

§ 50

Inactividad procesal. Rebeldía (1).

1. *Inactividad y rebeldía. La comparecencia.*—Ambas partes o una de ellas pueden quedar inactivas durante el curso del proceso; pero cabe distinguir diversos grados de inactividad. El demandado puede abstenerse de cualquier actividad procesal; el actor, desde la actividad inicial (citación) puede abstenerse de cualquiera actividad posterior; en estos casos se trata de *rebeldía*, y puede ser, por lo tanto, rebeldía del demandado, del actor o de ambos.

El actor, o el demandado o ambos, pueden *comparecer* en juicio y luego abstenerse de otras actividades. En este caso, el pleito no se sigue en rebeldía, ni se le aplican las reglas de la rebeldía, aunque el pleito continúe durante varias audiencias. Si solo una parte es inactiva, el pleito se vá juzgando basándose en los actos de la otra parte (art. 352 últ. párr.). Si lo son las dos, podrá el pleito incurrir con el tiempo, en *caducidad* (§ 74). Lo que constituye la rebeldía es la *falta de comparecencia de una parte* en el juicio

(1) FILOMUSI-GUELFÍ, *Il processo civile contumaciale nel diritto romano*, 1893; MANCINI, PISANELLI y SCIALOJA, I, pág. 2, pág. 209 y siguientes; MATTIROLO, III, núm. 913; MORTARA, III, núm. 671 y sigs.; LA ROSA, *Il contumace nel giudizio civile*, 1887; MONTANI, *L'opposizione contumaciale*, 1907; RISPOTI, *Il processo civile contumaciale*, Milán, 1911; WACH, *Práklusion und Kontumaz* en la *Revista de Grünhut*, vol. 7, pág. 147; KOHLER, *Ungehorsan und Vollstreckung*, (desobediencia y ejecución); *Kontumazialverfahren* (procedimiento contumacial), en las *Indagini processuali*, pág. 1 y sigs.; BÚLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, (ficciones y verdades en el derecho procesal), en el *Archivio per la prat. civ.*, vol. LXII, pág. 1 y sigs.; CANSTEIN, *Die Grundlagen des Kontumazialrechts*, en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, vol. 16, pág. 1 y siguientes; SCHMIDT, 2.^a ed., § 89; WEISMANN, § 85; HELLWIG, *System*, § 197 y siguientes; POLLAK, § 93; S. SKEDI, 89.

Una vez comparecida la parte, ya no puede considerarse rebelde en el mismo grado de procedimiento. Nosotros no admitimos, como en el sistema francés, la rebeldía por falta de conclusiones del procurador (*faute de conclure; défaut contre avoué*). Ni siquiera admitimos, como el sistema germánico, la rebeldía de la parte que compareció en las audiencias anteriores y no en la audiencia en que fué tratado el pleito.

La *comparecencia* de las partes tiene lugar, como sabemos, en la audiencia (y normalmente en la fase ante el presidente) menos en los casos en los cuales es aún posible una citación, no audiencia fija. Sin embargo, la comparecencia puede tener lugar también en la segunda fase de la audiencia, ante el Colegio (1). La comparecencia personal tiene lugar mediante anotación en la hoja de audiencia. La de las partes representadas por procurador, mediante exhibición de los poderes al canciller que toma nota de ellos en la hoja de audiencia (L. 31 Marzo 1901, art. 7); en los casos de citación que no sea a audiencia fija, depositanse los poderes en cancelería (Cód. proc. civ., art. 158, 159). Según el art. 2º del R. D. 31 Agosto 1901 la *contracitación* (§ 41) equipárase a la comparecencia en estos efectos: *a*) en excluir el derecho de oposición en rebeldía del demandado que contracita; *b*) en subsanar las nulidades de la citación, conforme el art. 190 Cód. proc. civ.

La comparecencia personal en los casos en que es obligatoria la intervención de procurador, equivale a no comparecencia.

II. *Rebeldía del demandado*.—Si el demandado, *legalmente* citado, no ha comparecido o (según los casos) no ha presentado procurador o no lo ha hecho *legalmente*, a instancia del actor debidamente personado, declárase rebelde (art. 380). Desde la declaración de la rebeldía, el pleito se rige por las normas del procedimiento en rebeldía. Pero si no ha sido citado en persona, el actor *puede* hacerle notificar un nuevo acto de citación, en el que se declare que, de no comparecer, el pleito se continuará en su rebeldía (art. 382); esta segunda citación, ya se notifique en persona,

(1) Puede tener lugar ante el juez delegado, cuando el pleito se encuentre en estado de instrucción ante este último; Corte de apelación de Bolonia, 28 Díc., 1906, (*Legge*, 1907, pág. 349).

ya en tercero, impide el derecho de hacer oposición en rebeldía, con tal que ambas citaciones sean válidas (art. 474) (1).

A base de citar estas normas, suele distinguirse una rebeldía *voluntaria* (o real) y una rebeldía *involuntaria* (o ficticia); será rebelde involuntario el que no ha sido citado en persona, porque es dudoso si este no quiso o no pudo presentarse por desconocer la citación y la ley lo defendería con el medio especial de la oposición; la renovación de la citación haría voluntario al rebelde involuntario. Esta distinción no tiene fundamento alguno en la ley y no es plausible, porque:

1.º También el demandado citado *en persona* puede ser rebelde involuntario, si no ha podido comparecer.

2.º La segunda citación no asegura que el rebelde sea voluntario, especialmente cuando también la segunda citación ha sido hecha a *terceras* personas.

3.º Que la ley no distingue entre rebelde voluntario y no voluntario, resulta del hecho de que dicta normas comunes al rebelde actor y demandado (art. 386 y 388); y la rebeldía del actor debería estimarse siempre voluntaria.

4.º Además la ley deja a cargo del rebelde triunfante en apelación o en la oposición los gastos de la rebeldía, sin distinguir si esta fué o no voluntaria (art. 388). Y aún cuando esta norma sea difícil de explicar, excluye la supuesta distinción (2).

5.º Cuando la ley ha querido distinguir entre el hecho voluntario y el involuntario, lo hizo expresamente. Tal en el art. 442, y más especialmente en la *ficta confessio* (art. 28, v. también art. 225). Y en el caso de la *ficta confessio* la distinción se explica, porque la ley escoge esta solución pronta, solo en la hipótesis de que el interrogado *no haya querido* hacer uso del derecho de responder.

6.º Si la ley concede el derecho de oposición, tan solo el demandado, no citado en su propia persona, no ha de verse en esto un favor al rebelde involuntario (lo cual queda descartado en las observaciones 1.ª y 2.ª) sinó más bien un medio de que el actor renovando la citación acrezca las probabilidades de la noticia del pleito en el demandado. Se dirá que en tal caso la ley pudo, sin

(1) Precedente inmediato de la institución de la renovación de la citación lo tenemos en las Const. piamont., lib. III, tít. V, art. 3 y sigs.

(2) CHIOVENDA, *Condanna nelle spese*, cit., pág. 312.

más hacer obligatoria la segunda citación; pero la ley ha querido dar al actor la elección entre el daño del retraso por renovar la citación y el peligro de un juicio de oposición; puede ocurrir, que el actor tenga confianza absoluta en su demanda y que esta por su naturaleza permita que se ordene la ejecución provisional de la sentencia, no obstante oposición (art. 364). En este caso, el actor podrá preferir la rapidez en la obtención de la sentencia a la ventaja de excluir una oposición que no teme.

De todo esto podemos deducir un principio muy importante para la exacta inteligencia de la instrucción de la rebeldía; *la ley no tiene en cuenta en la rebeldía el elemento subjetivo de la voluntad, sino tan solo el elemento objetivo de la no comparecencia.*

Si son varios los demandados, y alguno no citado en persona no comparece, para evitar la confusión que originaría el hecho de que alguno pudiese hacer oposición y otros no, nuestra ley ordena que la segunda citación a los no comparecidos sea *obligatoria* por parte del actor, a menos que este renuncie en cuanto a los no comparecidos al efecto de la citación (art. 382) (2). No obstante el inconveniente no desaparece por completo, puesto que la ley no considera el caso de que todos los demandados sean citados en terceras personas y no comparezcan.

Si uno de los demandados hace uso del derecho de contracitar, debe citar también a los otros demandados, con cédula, para la nueva audiencia, dando a cada uno el término que le corresponda. También esta cédula de citación, aunque las primeras citaciones fuesen hechas en persona, está sometida a la renovación respecto de los demandados no citados en persona. La renovación es de cargo del actor (R. D. 31 Agosto 1901, art. 1.º).

Ya hemos visto que en los juicios pretoriales el magistrado puede de oficio ordenar una nueva citación del demandado que

(2) Esta es una simplificación del sistema francés de la *unión de la rebeldía (défaut profit joint)*; el juez declara la rebeldía del demandado no personado; el actor debe notificar esta sentencia al demandado no personado, con nueva citación para la audiencia señalada; si el demandado continúa aún rebelde, el juez declara su rebeldía definitiva y el pleito se considera como contradictorio respecto de todos los demandados.

notoriamente no haya podido comparecer o no haya tenido noticia de la citación (art. 442).

Declaración de la rebeldía.—En los juicios formales la declaración de rebeldía debía pedirse dentro de los sesenta días a contar del vencimiento del plazo para comparecer, a base de un certificado del canciller, de falta de personamiento de la parte, a menos que siendo varios los demandados, hubiese comparecido alguno. La sentencia podía ser tan sólo declarativa de la rebeldía, en cuyo caso el pleito continuaba para la instrucción, o resolver en el pleito (art. 383 y 384). En los juicios sumarios y hoy en el ordinario, la no comparecencia de una parte en la audiencia anótase en la hoja de audiencia y el presidente *lo comunica* al compareciente: la sentencia (interlocutoria o definitiva) contendrá la *declaración* de rebeldía de la parte no comparecida (Regt.º general jud. art. 230, L. 31 Marzo 1901 art. 14, art. 26, R. D. 31 Agosto), mientras no *se declara* la rebeldía para las diligencias que fuere preciso practicar antes, el actor seguirá las formas de los juicios en rebeldía, pero condicionalmente: puesto que si el magistrado en la sentencia no declarase legalmente existente la rebeldía, los actos realizados según las formas de los juicios en rebeldía, serían nulos. No obstante, siendo preciso cambiar el trámite de ordinario en formal, sucede que la declaración de rebeldía se contiene en la misma *ordenanza* que dispone el cambio (R. D. 31 Agosto 1901, art. 10).

Comparecencia retrasada.—Mientras dura la audiencia relativa a un pleito, o sea, mientras no ha sido expedido; enviado o excluido del registro, puede tener lugar, como sabemos, la comparecencia. Es facultad del presidente suspender cualquiera resolución en el pleito y disponer que la parte sea llamada nuevamente al final de la audiencia (Regt.º germ. jud., art. 252, art. 26, R. D. 31 Agosto 1901). En todo caso la comprobación de no comparecencia no puede hacerse sino después de *transcurrida una hora* desde la apertura de la audiencia (Regt.º germ. jud. art. 195 y 230).

Pero también en el período en que el pleito se encuentra en decisión el demandado, aunque ya hubiere sido declarado rebelde por una sentencia *interlocutoria* precedente, puede comparecer y proponer sus derechos o razones (reapertura de la discusión, «purgación» de la rebeldía), art. 386, Cód. proc. civ. Esta norma ha dado lugar a las disposiciones del art. 232. del Regt.º gen. ju-

dicial, sustituido ahora por el 49, R. D. 31 Agosto 1901: el demandado debe depositar en cancillería el escrito conclusional con el mandato, cuando sea preciso, y con los documentos; puede examinar en cancillería los actos y los documentos de las otras partes: el presidente decreta al final del escrito la *suspensión del juicio* y señala la audiencia a que las partes deberán comparecer nuevamente; el decreto se transcribe en todos los ejemplares del escrito. El rebelde no tiene la obligación, como en otros tiempos, de abonar previamente los gastos de la rebeldía. La reapertura del contradictorio es notificada a las otras partes mediante cédula *por el canceller*, en el término fijado por el presidente. En la nueva audiencia las partes tendrán derecho de hacer discutir el pleito inmediatamente, pero si presentan nuevos documentos deberán depositarlos en los términos del art. 5, L. 31 Marzo si quieren pedir la discusión inmediata.

El momento que impide la comparecencia retrasada es la *publicación* de la sentencia: hasta ese punto es posible la *suspensión del juicio*, puesto que la sentencia escrita y firmada, mientras no está publicada, no tiene efectos procesales. Esto corresponde a lo que dispone el art. 232 Regt.^o gern. jud. que hablaba de *prolación* de la sentencia, puesto que la prolación de la sentencia, considerada históricamente, es precisamente la publicación (1); y aún en nuestro derecho *prolación* significa lectura de la sentencia en presencia de las partes que quieren intervenir (2).

La comparecencia retrasada no priva de efectos a las sentencias ya pronunciadas en el juicio y pasadas como cosa juzgada; no abre de nuevo los términos preclusivos ya caducados (examen tes-

(1) CHIOVENDA, *Saggi*, pág. 287 nota; FERRARA L., en las *Studi di dir. proc. civ.*, pág. 375 y sigs. y en la *Legge*, 1908, pág. 651 y sigs. En contra: Cas. Nápoles, 30 Diciembre 1907, (*Legge*, 1908, pág. 651).

(2) CHIOVENDA, *Saggi*, cit. V. Cód. proc. civ., art. 802; «La apelación de la sentencia que concede la autorización se debe proponer en el término de quince días desde su prolación si el marido *ha estado presente*, y en su defecto desde la notificación», Ley consular, art. 106. «La parte que intenta apelar deberá declarar la apelación en la oficina consular dentro de los diez días siguientes a la *prolación*, si esta tuvo lugar a presencia de las partes o de sus representantes, en otro caso, a contar de la notificación, etcétera, «R. D. 30 Diciembre 1865, para la aplicación de las penas previstas por el art. 404, Cód. civ., art. 5.

tifical); no priva de efecto a la *ficta confessio*, salvo que el rebelde justifique una imposibilidad legítima; en cambio, priva de efecto al reconocimiento de las escrituras siempre que se haya impugnado en el *primer acto*-(art. 386).

La institución de la comparecencia retrasada da lugar a dilaciones y molestias, particularmente si son varios los rebeldes que pueden servirse de ella.

Actividades procesales en el juicio en rebeldía.—Ya hemos visto que, en nuestro sistema, la rebeldía del demandado no impide el desarrollo unilateral (*eremodiciante*) de la relación procesal, y que no modifica substancialmente la serie de las actividades procesales necesarias para la declaración de los hechos. En nuestro sistema la rebeldía del demandado no se considera como una reacción contra el poder del juez y como tal *castigada*; ni como una renuncia a la defensa; ni como una remisión a la justicia del magistrado; ni como una presunta ignorancia de la existencia del litigio, sino como lo que es en todo caso: una completa *inactividad* en la audiencia. A diferencia del sistema según el cual la simple rebeldía del demandado lleva consigo la derrota en el pleito (sistema del proceso sajón, del Cód. proc. ginebrino) (1) a diferencia del sistema según el cual la rebeldía del demandado supone la admisión de los *hechos* deducidos por el actor (sistema del Regt.^o germ. y austriaco (2); nuestro Juez, poco más o menos como el francés, debe examinar si los hechos están *probados* por el actor: la rebeldía por sí misma no dispensa al adversario de la prueba. Para obtener el efecto de la *ficta confessio* debe deferirse también al rebelde un interrogatorio expreso.

En cambio se ha simplificado la totalidad de las normas concernientes a la comunicación entre las partes, puesto que las ins-

(1) El art. 124 del Cód. ginebrino dispone, no obstante, que no serán estimadas las conclusiones que resulten infundadas *por los hechos articulados* y por los *documentos presentados*.

(2) La diferencia entre estos dos primeros sistemas consiste en que el juez en el primer sistema condena sin más dilaciones ni exámenes; en el segundo sistema, por el contrario, debe examinar si a los hechos deducidos por el actor puede aplicarse una norma de ley, y si encuentra los hechos imposibles, por ej., notoriamente inexistentes, inmorales, etc., rechaza la demanda.

tancias que se promueven en el curso del juicio, y las ordenanzas de instrucción se notifican al rebelde mediante copia del acto fijada en la puerta exterior de la oficina de la autoridad judicial (artículo 385) (1).

Por otra parte, nosotros hemos reproducido del Código francés una norma nacida en Francia por razones locales: la sentencia y las resoluciones distintas de las ordenanzas de instrucción deben notificarse personalmente al rebelde por un ujier designado por la autoridad que las pronunció, o que será requerido al efecto *bajo pena de nulidad*. El ujier designado, en caso de legítima imposibilidad, puede ser subrogado mediante decreto del presidente o de la autoridad judicial requerida (art. 385, párs. 2 y 3). Esta institución no tiene razón de ser y es causa de retrasos y cuestiones inútiles (2).

Ya hemos recordado en otro lugar (§ § 41 y 41 bis), las normas por las cuales las nulidades que el rebelde tendría derecho de hacer valer son manifestadas de oficio por el juez (art. 192) y por las cuales el actor no puede modificar en el curso del juicio en rebeldía las conclusiones contenidas en la citación (art. 387).

Remedios en favor del demandado rebelde.—En los sistemas que tendían a obtener coercitivamente la presencia del demandado, la constitución del rebelde se consideró como un arrepentimiento, que hacía cesar (por lo menos teniendo lugar dentro de un cierto plazo) las medidas aplicadas al rebelde, y daba lugar al desarrollo del juicio verdaderamente tal. En los sistemas que admitieron la posibilidad de un *conocimiento* en rebeldía, ha sido siempre un grave problema el de determinar si debe tratarse al rebelde y al que ha comparecido, de un modo diferente en cuanto al derecho y a los medios de impugnar las sentencias. En Roma se excluye al rebelde del derecho de apelar; en nuestros estatutos, probablemente bajo la influencia del derecho canónico, esta prohibición desaparece, ya absolutamente, ya con la condición de que el rebelde justifique la rebeldía, pero con un criterio amplio en la admisión de estas justificaciones. Así en el derecho más

(1) Así las *Constit. piem.*, lib. III, tit. V, art. 5.

(2) En Francia nació por la necesidad de garantizar en cierto modo a los rebeldes contra los fraudes de los ujieres, que simulaban las notificaciones, (*Souffler une copie*). V. CHIOVENDA, *Saggi*, págs. 265 y 279.

próximo a nosotros, dominaron dos principios diferentes; según uno, al rebelde debía ser restituído *in integrum*, incluso contra los vencimientos en que hubiere incurrido, siempre que justificase una imposibilidad legítima (1); según otro, el demandado rebelde, por el solo hecho de haber sido rebelde, puede hacer *oposición* a la sentencia en rebeldía (sistema francés y alemán moderno).

Nuestra ley tiene de los dos sistemas, pues admite:

a) La *restitutio in integrum* del rebelde (y en general del que no responde) contra los efectos de la *ficta confessio*, justificando un impedimento legítimo (arts. 218, 285).

b) La comparecencia retrasada de *cualquier rebelde* como tal, sin efecto restitutivo contra los términos vencidos y las sentencias excepto contra el reconocimiento de las escrituras (art. 386).

c) La oposición a las sentencias en rebeldía, pero sólo en favor del *demandado no citado personalmente*, y a quien no se ha renovado la citación y que no haya contracitado al actor (art. 474, R. D. 31 Agosto 1901, art. 2). Adelante § 83.

La oposición no significa *restitución in integrum* del rebelde contra el vencimiento de los términos ni contra los efectos del *ficta confessio*, sino tan sólo contra el reconocimiento de las escrituras. Esto se deduce claramente del art. 586, puesto que los derechos que no se ganan compareciendo antes de la sentencia, *a fortiori* no pueden ganarse haciendo oposición a la sentencia, ni (que-riendo atenerse a la realidad de las cosas) puede decirse que con razón la ley priva de tales derechos *tan sólo* al compareciente retrasado, como si el que comparece durante el curso del juicio asegurase tener noticia del llamamiento al pleito, y por consecuencia, haber sido un rebelde voluntario, porque la noticia del litigio pudo haberla tenido una hora antes de comparecer. Este sería un medio de impulsar al rebelde a valerse de la oposición antes que comparecer fuera de tiempo (retrasadamente) contra el principio de la economía en los juicios.

La opinión contraria fúndase en la idea de que exista en la ley la distinción entre rebeldía real y ficticia.

(1) Procesos derivados del proc. común italiano y alemán. Ejemplo, para Italia, Const. piam., lib. III, tít. V, arts. 6 y 8.

III.—*Rebeldia del actor.* (1).—Aunque iniciador del pleito y aunque haya podido también pedir la inmatriculación del pleito, el actor puede no constituirse en la audiencia, esto es, permanecer rebelde. El demandado normalmente personado, puede, en tal caso, pedir que se declare la rebeldía (art. 381). Lo mismo ocurre si el actor no se persona en la audiencia para la que fué contracitado por el demandado (art. 1.º, 2.º párrafo, R. D. 31 Agosto 1901).

El demandado tiene en nuestro derecho, dos caminos: limitarse en este caso a hacer cesar la relación *procesal* pidiendo la *absolución de la observancia del juicio*, o pedir una sentencia de fondo, esto es, la absolución de la demanda del actor (art. 381). En este segundo caso la sentencia será *de ordinario* favorable al demandado, o sea, desestimatoria, porque estando ausente el actor y no probando la demanda, ésta se rechaza (*actore non probante, reus absolvitur*). Pero en el caso no imposible de que la demanda del actor se presentase, desde luego, como fundada, no obstante la rebeldía del actor, la sentencia debería estimarla. Y si se tratase de procesos en los cuales la confesión no tendría efecto obligatorio (vinculativo) para el juez, ni aun la simple falta de pruebas por ausencia del actor, bastaría para llevar a una sentencia de fondo.

El demandado puede proponer demandas reconventionales, pero notificándoselas personalmente al actor; y durante el curso del juicio no podrá adoptar conclusiones diferentes de las contenidas en tal acto (arts. 381, 387).

Por lo demás, las normas relativas a la rebeldía del demandado son comunes a las del actor (arts. 383, 384, 385, 386), menos, ya se comprende, las que se refieren a la oposición en rebeldía.

IV.—*Rebeldia de ambas partes.*—Cuando no haya personamiento del demandado ni del actor, el actor puede hacer declarar la rebeldía del demandado, pero debe *renovar* la citación (art. 380). En cuanto a los juicios pretoriales, el art. 440 dispone que en este caso la citación *se tiene por no realizada*. No obstante, que ambos artículos deben entenderse del mismo modo, dedúcese no sola-

(1) PASINI, *Sulla massima actore non probante, reus absolvitur nella contumacia dell'attore*, Perugia, 1909.

mente de la identidad de su fundamento, sino de sus antecedentes parlamentarios. En ambos casos la solución es la misma: la relación procesal está constituida *con todos sus efectos substanciales y procesales* (1). Pero el pleito no puede ser elevado a audiencia sino a base de una nueva citación. El nuevo efecto de esta citación es único: señalar una nueva audiencia. Y esto puede hacerse tanto por el actor como por el demandado, puesto que perteneciendo ambos a la relación procesal perfectamente constituida con la citación, tienen, como sabemos, un derecho común a su desarrollo. Cuando tiene lugar una contracitación y ninguna de las partes se constituye en la audiencia fijada por la contracitación, ésta queda sin efecto (R. D. 31 Agosto 1901, art. 1); quiere decir que deberán comparecer, queriendo, en la audiencia señalada en la primera citación. Véase el párrafo siguiente.

(1) La opinión contraria (últimamente Cas. Turín, 6 Marzo 1911, en el *Foro Ital.*, 1911, pág. 615), no puede sostenerse más que cuando erróneamente se crea que la litispendencia no nace sino con la comparecencia de una parte.

APÉNDICE AL § 50

Derecho español (1)

Los *juicios en rebeldía* (arts. 762 y sgs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Desde el momento en que el demandado haya sido declarado en rebeldía, además de practicarse lo que ordena el art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se decretará, si la parte contraria lo pidiere, la retención de sus bienes muebles de toda clase y el embargo de los inmuebles, en cuanto se estimen necesarios para asegurar lo que sea objeto del juicio.

La retención o embargo practicados a consecuencia de la declaración en rebeldía, continuarán hasta la conclusión del juicio.

Cualquiera que sea el estado del pleito en que el litigante rebelde comparezca, será admitido como parte, y se entenderá con él la sustanciación, sin que ésta pueda retroceder en ningún caso.

Si compareciere después del termino de prueba en primera instancia, o durante la segunda, se recibirán en ésta precisamente los autos a prueba, si lo pidiere y fueren de hecho las cuestiones que se discutan en el pleito.

Podrá también pedir que se alce la retención o el embargo de sus bienes, alegando y justificando cumplidamente no haber podido comparecer en el juicio por fuerza mayor insuperable.

(1) Recuérdese la doctrina del § 48 y del ap. al §41; véanse también los artículos 281 al 283 de la L. E. C. por lo que se refiere a las notificaciones al rebelde; y para la rebeldía en los particulares juicios, los arts. 527 al 529, 685, 729, 1.192, 1.462, 1.485, 1.540, etc., etc.

Aquí trataremos exclusivamente de la doctrina legal de los *juicios en rebeldía*.

La solicitud que con este objeto presente se sustanciará como incidente en pieza separada, sin que se suspenda el curso de la demanda principal.

La sentencia que se pronuncie en el juicio seguido en rebeldía será notificada personalmente al litigante rebelde, cuando pueda ser habido, si así lo solicitare la parte contraria. En otro caso se hará la notificación en la forma prevenida en los arts. 282 y 283 de la L. E. C.

En los edictos se insertará solamente el encabezamiento y la parte dispositiva de la sentencia, con la firma del Juez que la hubiere dictado, y se publicarán en el *Boletín Oficial* de la provincia, y en el *Diario Oficial de Avisos*, si lo hubiere en el lugar del juicio.

También se publicará dichos edictos en la *Gaceta de Madrid*, cuando las circunstancias del caso lo exigieren, a juicio del Juez.

Esto mismo será aplicable a la notificación, y publicación en su caso por edictos, de la sentencia definitiva que se pronuncie en la segunda instancia.

El litigante rebelde a quien haya sido notificada personalmente la sentencia definitiva, sólo podrá utilizar contra ella el recurso de apelación, y el de casación cuando proceda, si los interpone dentro del término legal.

Los mismos recursos podrán utilizar los litigantes declarados en rebeldía, a quienes no haya sido notificada personalmente la sentencia.

En este caso, el término legal para interponerlos, se contará desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el *Boletín Oficial* de la provincia.

A los demandados que hubieren permanecido constantemente en rebeldía y no se hallaren en ninguno de los casos expresados, podrá concederse audiencia contra la sentencia firme que haya puesto término al pleito, para obtener su rescisión y un nuevo fallo, en los casos concretos que se determinan a continuación.

No será oído contra la sentencia firme el demandado emplazado en su persona, que por no haberse presentado en el juicio haya sido declarado en rebeldía.

Exceptúase el caso que acredite cumplidamente que, en todo el tiempo transcurrido desde el emplazamiento hasta la citación para la sentencia que hubiere causado ejecutoria, estuvo impedi-

do de comparecer en el juicio por una fuerza mayor no interrumpida.

Para que pueda prestarse audiencia en este último caso, se necesita indispensablemente que se haya solicitado aquélla y ofrecido la justificación de la fuerza mayor dentro de cuatro meses, contados desde la fecha de la publicación de la sentencia en el *Boletín Oficial* de la provincia.

Se prestará audiencia contra la sentencia dictada en su rebeldía, al demandado que hubiere sido emplazado por cédula entregada a sus parientes, familiares, criados o vecinos, si concurren las dos circunstancias siguientes:

1.^a Que la pida precisamente dentro de los ochos meses contados desde la fecha de la publicación de la sentencia en el *Boletín Oficial* de la provincia.

2.^a Que acredite cumplidamente que una causa no imputable al mismo, ha impedido que la cédula de emplazamiento le haya sido entregada.

El demandado que por no tener domicilio conocido haya sido emplazado por edictos, será oído contra la sentencia firme cuando concurren todas las circunstancias siguientes:

1.^a Que lo solicite dentro de un año, contado desde la fecha de la publicación de la ejecutoria en el *Boletín Oficial* de la provincia.

2.^a Que acredite haber estado constantemente fuera del pueblo en que se ha seguido el juicio, desde que fué emplazado para él hasta la publicación de la sentencia.

3.^a Que acredite asimismo que se hallaba ausente del pueblo de su última residencia al tiempo de publicarse en él los edictos para emplazarlo.

En todos estos casos, la pretensión que deduzca el litigante rebelde para que se le oiga contra la sentencia firme, se sustanciará por los trámites establecidos para los incidentes, y con audiencia de los demás interesados que hayan sido parte en el pleito.

A la Audiencia que haya dictado la ejecutoria, o a cuyo distrito pertenezca el Juzgado de primera instancia cuya sentencia haya quedado firme, corresponde el conocimiento de estos incidentes.

Contra la sentencia que los resuelva declarando haber o no lugar a que se oiga el litigante condenado en rebeldía, no se dará otro recurso que el de casación.

En los casos en que el Tribunal Supremo hubiere dictado la sentencia, corresponderá al mismo declarar, sin ulterior recurso, si procede o no oír al litigante condenado en rebeldía.

Cuando se declare no haber lugar a la audiencia solicitada por el litigante condenado en rebeldía, se impondrán a éste todas las costas del incidente, y quedará firme definitivamente la sentencia recaída en el pleito, la que se llevará a efecto, comunicándose para ello las órdenes correspondientes.

Cuando se declare haber lugar a dicha audiencia, se remitirá certificación de esta sentencia para su cumplimiento al Juez de primera instancia que hubiese conocido del pleito, devolviéndole los autos, si obrasen en el Tribunal superior.

También en este caso se impondrán las costas del incidente al que lo haya promovido, si no se hubiese opuesto el litigante contrario, o si el Tribunal estima que no ha sido temeraria la oposición.

La sustanciación de la audiencia concedida contra las sentencias dictadas en rebeldía, se acomodará a las reglas siguientes:

1.^a Se entregarán los autos por ocho días al litigante a quien se haya concedido la audiencia, para que exponga y pida lo que a su derecho conduzca, en la forma prevenida para la contestación de la demanda.

2.^a De lo que expusiere se conferirá traslado por otros ocho días al que haya obtenido la ejecutoria, entregándole las copias del escrito y documentos.

3.^a Si por los dos litigantes o cualquiera de ellos se hubiere pedido el recibimiento a prueba, y la cuestión objeto del pleito versase sobre hechos, se accederá a él, otorgando para proponerla y practicarla la mitad de los términos que se fijan en el art. 553 de la L. E. C., sin perjuicio de conceder también el término extraordinario cuando se pida y sea procedente.

4.^a En adelante se acomodará la sustanciación a las reglas establecidas para la primera instancia del juicio declarativo que corresponda, con los recursos de apelación y de casación cuando procedan.

Si durante estas actuaciones volviera a constituirse en rebeldía el litigante a quien se haya concedido la audiencia, se sobreseerá en ellas, y quedará firme la sentencia que puso término al pleito seguido en rebeldía, sin que sea permitido después ningún otro recurso contra la misma.

Contra las sentencias firmes recaídas en los juicios verbales de que conocen los Tribunales municipales en primera instancia también se prestará audiencia al demandado condenado en rebeldía, si concurren todas las circunstancias siguientes:

1.^a Que la citación para la comparecencia al juicio verbal le haya sido hecha por edictos, o por cédula entregada a sus parientes, familiares, criados o vecinos.

2.^a Que solicite la audiencia dentro de tres meses, a contar desde la notificación en estrados de la sentencia que haya causado ejecutoria.

3.^a Que acredite cumplidamente no haberle sido entregada la cédula de citación por haberlo impedido una causa no imputable al mismo, o que cuando se publicaron los edictos se hallaba ausente del pueblo, sin haber regresado a él durante la sustanciación del juicio.

En estos casos, el Juez de primera instancia, a cuyo partido corresponda el Juzgado municipal, conocerá del incidente por los trámites establecidos para los juicios verbales, y decidirá, sin ulterior recurso, si procede o no que sea oído el litigante condenado en rebeldía, comunicándolo al Tribunal municipal para su cumplimiento.

Las sentencias firmes dictadas en rebeldía del demandado, podrán ser ejecutadas, salvo el derecho de éste para promover contra ellas el recurso de rescisión o audiencia expresado en los artículos anteriores.

El que haya obtenido la sentencia no podrá, sin embargo, disponer libremente de las cosas de que se le haya dado posesión hasta haber transcurrido los términos antes señalados para oír al litigante condenado por ella.

Cuando el litigio hubiera tenido por objeto dinero o cosa fungible, se depositará en debida forma, si el actor no presta fianza bastante a satisfacción del Juez para responder de ello, en el caso de que, oído el litigante rebelde, se le mandase devolver.

En todo caso, el que haya obtenido la sentencia en rebeldía de su contrario, podrá pedir la anotación preventiva de su derecho en el Registro de la propiedad.

Transcurridos los términos señalados sin que el litigante rebelde haya pretendido audiencia contra la sentencia firme, se alzarán a prohibición impuesta a la parte contraria para disponer de la

cosa litigiosa, o se mandará en su caso entregarle la cosa depositaria, o cancelar la fianza, si la hubiere constituido.

No podrá concederse audiencia a los litigantes condenados en rebeldía contra las sentencias firmes recaídas en los juicios ejecutivos, en los posesorios, ni en ningún otro después del cual pueda promoverse otro juicio sobre el mismo objeto.

§ 51.

Impulso procesal (1).

I. *Concepto y principio general.*—Llámase «impulso procesal» la actividad que tiende a obtener el *progresivo movimiento* de la relación procesal hacia el fin. Así como respecto de las otras actividades procesales existe un reparto de iniciativa entre las partes y el juez, en cuya regulación distínguense los diferentes sistemas procesales, así el impulso procesal puede concebirse confiado a los órganos jurisdiccionales (impulso oficial) o a las partes (impulso de parte). El principio del impulso oficial se basa en la idea de que el Estado está interesado en la rápida definición de los litigios *una vez surgidos*, y por esto sus órganos deben tomar la iniciativa de la pronta solución de los mismos; el principio opuesto parte de la idea de que el proceso civil es cosa de las partes y de que éstas tienen derecho de disponer del tiempo de su ramitación, y, a la vez, la carga de hacerse *diligentes* para llevarlo delante.

En el sistema italiano, igual que en el francés, prevalece el impulso de la parte; en el austriaco, el impulso oficial; el sistema alemán adopta cuando uno cuando otro principio.

II. *Aplicaciones y excepciones.*—Las principales aplicaciones del principio del impulso de parte en nuestro derecho son las siguientes:

1.º No basta el señalamiento de la audiencia en la citación para que el pleito sea llevado a la audiencia: para esto requiérese un nuevo acto de parte, la *inmatriculación* (§ 44 bis).

2.º Cancelado o caducado en el registro (inmatriculación) el pleito no vuelve a llevarse a la audiencia (reproducida) sino me-

(1) SCHMIDT, 2.^a ed., § 53; WEISMANN, I, pág. 68 y § 76; POLLAK, *Richterbetrieb und Parteibetrieb*, en la *Rivista pel proc. civ. tedesco*, vol. 31, página 419 y sigs.

dante un nuevo acto de parte (citación por cédula); art. 13, L. 31 Marzo 1901. Sólo cuando se haya realizado una prueba, el juez delegado manda a las partes a audiencia señalada, ante el Colegio (artículo 13, ley cit.). El uso de la citación por cédula admítase siempre que sea necesario reproducir el pleito, y no haya habido remisión a audiencia señalada (1).

3.º Si surgen incidentes que requieran la remisión de las partes al Colegio, esto, de ordinario, sólo se dispone a instancia de parte (arts. 183, 209).

4.º Admitidas las pruebas por resolución del juez su ejecución definitiva no tiene lugar sino a instancia de parte, (señalamiento del día para el examen, art. 233; citación de los peritos para el juramento, art. 259; señalamiento del día para la inspección ocular, art. 274; citación para la formación del acta de identidad del documento impugnado de falsedad, art. 303; ejecución de actos fuera de la jurisdicción del magistrado, art. 434, etc.).

5.º La determinación del juez competente en caso de recusación, hácese a instancia de parte, art. 126.

6.º Las notificaciones de sentencias, ordenanzas, avisos y, en general, todas las notificaciones necesarias para que transcurran términos o de cualquier modo el pleito avance, se hacen, ordinariamente, a instancia de parte (art. 368). De este modo las partes pueden tener en suspenso indefinidamente el paso en calidad de cosa juzgada de una sentencia (2).

Hay algunas excepciones: el anuncio de reapertura de la discusión hácese notificar por el canciller (R. D. 31 Agosto 1901, artículo 49); el depósito del estado de graduación lo mismo (artículo 412).

7.º Interrumpida la instancia, no vuelve a reanudarse sino a petición de parte (arts. 332 a 336).

8.º Descúbrese una exageración del principio del impulso de parte, además de (como hemos visto) una medida fiscal, en la norma que prohíbe a los jueces colegiados juzgar sobre las actas originales y sobre los originales de las resoluciones precedentes, y obliga a las partes a presentar copia de ellas en el pleito (art. 211;

(1) En contra: MARTORELLI, en el *Anuario* de CUZZERI, 1907, página 438; en él puede verse exactamente el estado de la cuestión.

(2) En Austria las notificaciones se hacen de oficio.

Real decreto 31 Agosto 1901, art. 44). Esto relaciónase con todo el sistema de nuestra ley en lo referente a *actos del pleito*; en lugar de *un* rollo del pleito en el que se se reúnen las actas, los actos, los documentos del pleito, y que al juez, de modo que el pleito pendiente pertenezca verdaderamente al juez como sucede en el sistema austriaco, y en nuestro proceso penal (así como, en parte, en el procedimiento civil pretorial) tenemos, como se ha visto, el sistema de los *dos* rollos de pleito; cada parte tiene el suyo, con sus actos, sus documentos, las copias de las actas y de las resoluciones precedentes que le interesan; los rollos no se entregan al juez más que para la sentencia; esto separa mayormente a nuestro juez de los pleitos pendientes ante él.

En todos éstos casos si una parte no se cuida de hacer avanzar el pleito, éste permanece en estado de reposo; lo cual no excluye que la litis esté pendiente. Sólo el reposo prolongado por un cierto tiempo da lugar a la *caducidad* (§ 74).

Excepciones.—Hay procedimientos en los cuales predomina el sistema opuesto:

a) En el procedimiento ante la Corte de Casación *domina el impulso oficial*. Notificado el recurso y depositado, decídese sin necesidad de otra actividad procesal de las partes (1).

El recurso inscribese en un registro, del cual se extrae el pleito para discusión cuando le llega el turno (arts. 527, 536). Por esto en Casación no es posible la *caducidad* (2).

b) En el procedimiento de expropiación de inmuebles el impulso oficial tiene también aplicaciones más frecuentes, puesto que los intereses que en él se discuten trascienden a los del acreedor que insta. El edicto para la venta se forma por el canceller (art. 666,

(1) Sólo la necesidad de anticipar los gastos necesarios para la sentencia, reclama aquí también una actividad de parte.

(2) Análogamente en los procedimientos ante la IV Sección del Consejo de Estado antes de la nueva ley 7 Marzo 1907, el art. 7 de esta ley (texto único, 17 Agosto 1907, art. 32), añadió un importante acto de impulso procesal de parte: la demanda de señalamiento de la audiencia para la discusión, que debe hacerse dentro de tres años, transcurridos los cuales *los recursos tiénense por abandonados*, (pero una forma de *caducidad* que: a) produce extinción del derecho de recurso; b) debe manifestarse también de oficio.

número 3); el procedimiento para la nueva subasta, después del aumento del sexto parece sometida al impulso oficial (art. 681), pero el art. 683 supone que la venta debe *promoverse* por quien ha hecho el aumento. En el juicio de graduación el impulso oficial se manifiesta en la más activa participación del canciller (arts. 712, 716); y en la existencia de *rollos* de cancelería, a base de los cuales el juez de primer y segundo grado provee y juzga (Regl. gen. judicial, arts. 236, 239).

c) En el procedimiento de interdicción e inhabilitación (véase § 34).

III. *A qué parte corresponde el impulso procesal.*—El interés y el derecho a la vida, prosecución y definición del proceso puede ser común *a todas* las partes; y en caso de litisconsorcio a todos los litisconsortes. Y por esto el impulso procesal corresponde, de ordinario, a todas las partes, actores o demandados; no sólo el demandado puede activar la audiencia mediante la contracitación sino que cualquiera puede pedir la inmatriculación (arts. 173, 184, número 3; L. 31 Marzo 1901, arts. 3 y 13); cualquiera puede dar curso a la ejecución de ciertos medios instructorios dispuestos por el juez (intervención de oficio, art. 205; peritos, art. 259; inspección, art. 274); pedir la expedición del pleito (art. 351), etc. La ley designa con el nombre de «parte más diligente» a la que en estos casos toma la iniciativa.

En la relación procesal de conocimiento esto es constante, porque las dos partes pueden tener interés en la decisión de los pleitos. En cambio en la relación de ejecución, habiéndose ya declarado quien debe prestar algo, es difícil que el deudor pueda tomar la iniciativa de acelerar el proceso. Pero, para el caso que el deudor puede tener interés en un acto del procedimiento ejecutivo, la ley le concede el derecho de impulso. Así en el caso de subasta a promover después del aumento de sexto (art. 683).