

este requisito, y en vez de ordenar que no se le admita la demanda como lo hace respecto de la conciliación y de las otras reglas antes espuestas, le castiga con la grave pena de que no se le admitan despues. Esto es todo lo que debe hacerse; el demandado tendrá derecho para oponerse á la admisión de los documentos cuando el actor los presente fuera de la demanda; pero no podrá oponer (ni le conviene proponerla, porque lo otro le es mas ventajoso) la escepcion dilatoria de no contestar para obligarle á que los presente, así como tampoco el Juez puede repeler de oficio la demanda porque no se acompañen tales documentos, segun hemos demostrado en el comentario del art. 226. Esto es lo racional, y lo conforme tambien á la jurisprudencia sancionada por el Tribunal de Comercio de esta córte, cuya Ley de enjuiciamiento establece en el art. 117 igual escepcion dilatoria, usando hasta de las mismas palabras.

En resumen, la escepcion dilatoria por defecto legal en el modo de proponer la demanda *solamente* procede por alguna de las causas consignadas en las reglas espuestas en el comentario del artículo 226, de este tomo, menos la 2ª, 9ª y 10, que por referirse á la personalidad del demandante ó de su procurador, pertenecen á la escepcion segunda de las dilatorias, que ya hemos examinado en este comentario.

Queda explicado todo lo relativo á las cuatro escepciones dilatorias, únicas que hoy pueden proponerse como tales: "solo son admisibles como escepciones dilatorias," dice el artículo que estamos comentando, y el adverbio *solo* escluye la admisión, ni aun por analogía, de cualquiera otra que no esté comprendida en las cuatro que designa. Todas las demás habrán de utilizarse en la contestación á la demanda, con arreglo al precepto del art. 254. Si se han de cortar los abusos del antiguo procedimiento que antes hemos lamentado, es necesario que los jueces y tribunales cumplan rigurosamente lo que la Ley dispone sobre este particular sin ampliar su precepto con interpretaciones infundadas. Sanciona además la Ley, para un caso especial, otra escepcion dilatoria por el artículo siguiente que vamos á examinar.

#### ARTICULO 238.

*Si el demandante fuese extranjero, será tambien escepcion dilatoria la del arraigo del juicio, en los casos y en la forma que en la Nacion á que pertenezca se exigiere á los españoles.*

Arraigar el juicio es asegurar sus resultas; es la fianza que presta el litigante para asegurar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado; es lo que en el foro se llama *caucion judicatum solvi*. Si bien nuestro derecho, siguiendo las prescripciones del romano (1), habia establecido que en determinados casos el demandado arraigase el juicio (2), ninguna disposicion especial contiene que imponga tal obligacion al demandante, ya fuese español, ya extranjero. De aquí el que nuestros tribunales guardasen á los extranjeros las mismas consideraciones que á los naturales del país, cuando comparecian ante ellos como demandantes. Mas, esto no estaba en armonía con los principios sancionados por el derecho de gentes, ni es justo que se trate con esa distincion á los extranjeros, cuando á los españoles no se guarden iguales consideraciones en los tribunales del país á que aquellos pertenezcan. Estas razones exigian la adopcion de alguna medida sobre el particular, que pusiera á nuestra legislacion en armonía con la de las otras naciones; y á este fin vá dirigido el artículo que estamos examinando.

La nueva Ley no ha creido conveniente establecer reglas fijas sobre esta materia, á pesar de que se hallan consignadas en casi todos los Códigos extranjeros, y se consignaron tambien en el proyecto de Código civil que nuestro gobierno publicó en 1851.

1. Ley 6, tít. 7, lib. 46, del Dig.; Rub. y § 1º, tít. 11, lib. 4º, Inst.

2. Leyes 2ª, tít. 3, lib. 2, Fuero Real; 41, tít. 2, Part. 3ª, y 5ª, tít. 11, lib. 10, Nov. Rec.

Por los arts. 30 y 32 del mismo, se establece que "el extranjero demandante en España debe afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado, á no ser que posea en España bienes inmuebles, en cantidad suficiente..... sin perjuicio del principio de reciprocidad consignado en el art. 26." En éste se ordena que "los extranjeros gozarán en España de los mismos derechos civiles que gocen en su país los españoles, salvo lo dispuesto ó que se dispusiere por los Tratados y leyes especiales." La nueva Ley se ha desentendido de estos precedentes, y aceptando en toda su estension el principio de *reciprocidad* sancionado por el derecho de gentes, se ha concretado á mandar que "si el demandante fuese extranjero, será tambien escepcion dilatoria la del arraigo del juicio, en los casos y en la forma que en la nacion á que pertenezca se exigiere á los españoles." De consiguiente, nuestros tribunales tratarán al extranjero como los de su país tratan á los españoles: si en ellos se exige á estos en todo caso, cuando se presentan como demandantes, el arraigo del juicio, como sucede en los Estados Pontificios, lo mismo exigirán del natural de aquel país los jueces españoles: si se les releva de esta obligacion por poseer en el país bienes inmuebles ó por otra cualquier causa, como en Francia, Austria, Cerdeña, etc., lo mismo se hará en España con aquellos extranjeros: si se les obliga á consentir una inscripcion hipotecaria sobre dichos bienes, como sucede en los Países Bajos, tambien en España se tomará razon en el registro de hipotecas de la responsabilidad á que quedan afectos los bienes raices del extranjero demandante: si en el país á que éste pertenezca, se admite libremente ante sus tribunales al español, sin exigirle garantía de ningun género para asegurar las resultas del juicio que entable, la misma conducta observarán los jueces españoles con aquel extranjero, por mas que el demandado reclamase en contrario. En esto consiste la reciprocidad, y esto es lo que quiere decir y lo que ha sancionado el art. 238 que estamos examinando. En cada caso, pues, habrá de consultarse la legislacion ó jurisprudencia del país á que pertenezca el extranjero demandante, y hacerse lo mismo que allí se practique.

Pero, ¿qué es lo que se practica en las otras naciones? ¿En qué casos y en qué forma se exige en ellas á los españoles demandantes el arraigo del juicio? Hé aquí la pregunta que naturalmente ocurre al leer el art. 238, que estamos comentando, y á la que vamos á contestar, presentando el resultado del estudio que á este fin hemos hecho de las legislaciones extranjeras, por el orden alfabético de naciones, para facilitar su consulta.

*Austria.*—Por el párrafo 406 de su Código de procedimiento civil, se impone la obligacion de prestar caucion para el arraigo del juicio á todo demandante, sin distincion de naturales ni extranjeros, que no posea en la provincia donde radica el pleito, bienes suficientes para responder de las costas y gastos del mismo; relevándose únicamente de esta caucion al demandante pobre, que afirme bajo juramento no hallarse en estado de prestarla.

*Baden.*—El artículo 16 del Código civil del gran ducado de *Baden* dispone lo mismo que igual artículo del Código francés: mas, esta disposicion ha sido modificada por el de procedimiento civil, cuyos tres párrafos relativos á este asunto dicen así: "§. 176. Todo extranjero, demandante principal ó por intervencion, ó coadyuvante de la accion de aquel, está obligado, si el demandado lo requiere, á dar caucion de pagar las costas, daños y perjuicios á que pudiera ser condenado, á no ser que posea en el gran ducado inmuebles, ú objetos que la ley reputa como inmuebles, de valor suficiente para responder dicho pago." "§. 183. Cesa esta obligacion: 1º en los casos de quiebra ó cesion de bienes: 2º cuando es probable que la parte líquida del crédito alcanzará á cubrir las costas, daños y perjuicios: 3º en caso de ejecucion de una sentencia ó escritura pública: 4º en asuntos de comercio: 5º cuando el extranjero ha sido compelido judicialmente á poner su demanda." "§. 184. No se exigirá caucion de pagar el importe de la reconvention, ó de los gastos que ella pueda ocasionar."

*Baviera.*—El párrafo 5º del capítulo 8º del Código de procedimiento civil de *Baviera* obligaba tanto al demandante como al demandado á dar la caucion ó fianza de arraigo del juicio; mas, esta disposicion fué modificada por el número 1º, párrafo 8º de la ley de 22 de Julio de 1819, que dice así: "Todo extranjero que entable demanda contra un súbdito bávaro, y que no posea bienes raíces en Baviera, está obligado, si el demandado lo requiere, á dar caucion de pagar los gastos del proceso; si se le opusiere reconvenccion, la caucion deberá ser suficiente á cubrir el importe del principal, frutos, intereses, daños y perjuicios resultantes de dicha reconvenccion; no viniendo obligado el demandado á contestar la demanda hasta tanto que se haya prestado la caucion. La obligacion de dar la caucion para pagar los gastos, cesa en los casos de quiebra ó de concurso, en materia de letras de cambio y cuando una parte del crédito resulta líquida; en cuyo caso quedará esta parte reservada para seguridad del demandado."

*Cerdeña.*—El art. 33 del Código civil *sardo*, dispone que en cualquier negocio judicial, que no sea de comercio, el extranjero demandante, que no tenga domicilio fijo en los Estados Sardos, estará obligado á dar fianza para el pago de las costas, daños y perjuicios que resulten del pleito, á no ser que posea en los Estados Sardos bienes raíces de valor suficiente para asegurar dicho pago, ó que no se exija tal garantía á los súbditos del Rey de Cerdeña en el país á que pertenezca el extranjero.

*Dos Sicilias.*—En este reino, lo mismo que en el gran ducado de Baden, y en las demás naciones, cuyos códigos han sido formados á imitacion de los de Francia, se exige el arraigo del juicio á todo demandante extranjero, siempre que lo reclame el demandado antes de oponer cualquiera otra escepcion, y fuera de los casos ó limitaciones siguientes: 1º cuando se trata de asuntos mercantiles; y 2º cuando el demandante posea en el reino de las Dos Sicilias bienes inmuebles bastantes para asegurar el pago de las condenas que pudieran recaer contra él. El art. 17 del Código civil de las Dos Sicilias es una traduccion casi literal del art. 16 de igual Código de Francia; y el 260 del de procedimientos civiles, lo es del 166 del de esta nacion, que podrán verse mas adelante en su lugar correspondiente.

*Estados Pontificios.*—El Reglamento judicial de los *Estados Pontificios*, en su artículo 796, dispone lo siguiente: "El extranjero que introduce una demanda, ó que reclama su intervencion en una demanda deducida contra una persona domiciliada en estos Estados, debe, si el demandado lo requiere, prestar caucion de pagar las costas, daños y perjuicios, á que pudiera ser condenado." Este mandato es absoluto, y comprende á todo extranjero que sea tanto demandante principal como coadyuvante, ó que reclame algo judicialmente contra cualquier persona domiciliada en aquellos Estados.

*Estados Unidos de América.*—Estos Estados se rigen por el mismo derecho que Inglaterra, por lo que les es aplicable lo que respecto de esta nacion diremos mas adelante.

*Francia.*—El Código civil francés sancionando lo que la jurisprudencia de aquel país tenia establecido, en su art. 16 ordena lo siguiente: "En cualquiera materia que no sea de comercio, el extranjero demandante estará obligado á dar fianza para el pago de las costas, daños y perjuicios que resulten del pleito, á no ser que posea en Francia bienes raíces de valor suficiente para asegurar dicho pago." Y el art. 166 del Código de procedimiento civil dice así: "Todo extranjero que demandare, sea como principal ó por intervencion, deberá, si lo exigiere el demandado antes de oponer ninguna otra escepcion, afianzar que pagará las costas, daños y perjuicios en que pudiera ser condenado."

*Ginebra.*—El Código de procedimiento civil de *Ginebra* consagra tambien á esta materia dos artículos, que dicen así: "Art. 67. Si el demandado lo requiere al principio del pleito, el demandante extranjero, no domiciliado en el Canton, estará obligado á dar

fianza para el pago de las costas y de los daños y perjuicios que resultaren del pleito, ó á depositar la cantidad que provisionalmente determinare el tribunal." "Art. 68. El demandante extranjero estará dispensado de dar la fianza ó de hacer el depósito, si perteneciere á un Estado en el cual no se exijan estas precauciones del ginebrés demandante, ó si posee en el Canton bienes bastantes para asegurar el pago de dichas costas, daños y perjuicios."

*Grecia.*—En esta nacion, con arreglo á los arts. 78 y 79 de su Código de procedimiento civil, tambien se obliga al demandante extranjero á que preste caucion, si el demandado lo requiere, escepto en los tres casos siguientes: 1º cuando aquel posee en Grecia bienes raíces de valor suficiente para responder de las costas, daños y perjuicios del pleito, á que pudiera ser condenado: 2º cuando la parte del crédito, que haya sido reconocida, baste para cubrir dichas costas, daños y perjuicios: 3º en asuntos de comercio ó de letras de cambio. En todo caso se deja á salvo lo convenido con otras naciones en los Tratados respectivos.

*Hanóver.*—Con arreglo al párrafo 16 del Código de procedimiento civil de este Estado, tambien está obligado el extranjero, cuando sea demandante principal ó en reconvenccion, á dar caucion para el pago de las costas y gastos del juicio, si el demandado regnícola lo requiere, á no ser que posea en el reino bienes raíces suficientes para asegurar dicho pago.

*Hesse.*—Igual obligacion tiene el demandante extranjero en el *gran ducado de Hesse* con arreglo á la ley 1742, siempre que el demandado lo requiera antes de contestar la demanda.

*Inglaterra.*—En esta nacion clásica y especial, no hay legislacion escrita sobre esta materia; pero como en ella los fallos de los tribunales forman jurisprudencia con fuerza de ley, se halla sancionado por los mismos que el demandante extranjero está obligado á prestar la caucion *judicatum solvi* ó de arraigo para responder de las costas y gastos del juicio (1). Esceptúase, sin embargo, de esta obligacion segun la opinion mas seguida, el extranjero demandante que se encontrare de hecho ó hubiese fijado su domicilio en el reino; aunque sobre esto existen decisiones contrarias (2).

*Países Bajos.*—El Código de procedimiento civil de los *Países Bajos* se ocupa de esta materia con mas rigor que los de otras naciones: dicen así dos de sus artículos: "Art. 152. Todo extranjero que demande como principal ó por intervencion, ó que sea parte coadyuvante en una instancia pendiente, está obligado, si el demandante lo requiere antes de oponer escepcion ó defensa, á prestar caucion para el pago de las costas, daños y perjuicios á que pudiera ser condenado. Por reclamar esta caucion, no se entenderá que la parte reconoce la competencia del Juez." "Art. 153. En la providencia en que se mande prestar la caucion, se fijará la cantidad de la misma. El demandante que depositare la cantidad señalada, ó que justificare que tiene bienes raíces situados en los Países Bajos, bastantes para responder de ella, quedará relevado de dar la caucion, con tal que en este último caso consienta una inscripcion hipotecaria sobre dichos bienes."

*Polonia.*—El art. 15 del Código civil polaco ordena casi lo mismo que el 16 del Código francés: segun él, en cualquiera materia que no sea de comercio, el extranjero demandante está obligado á dar caucion para el pago de las costas, daños y perjuicios, y

1. Véase en el *Law Magazine*, la sentencia del tribunal del Echiquier en el pleito de Alibon contra Furnival, vol. XIII, p. 452, núm. 10; la sentencia en el pleito del Youde contra Youde, vol. XVI, p. 401, núm. 1; id. en el pleito del emperador del Brasil contra Robinson, vol. XVIII, p. 382, núm. 3; idem del rey de Grecia contra Wright, vol. XIX, p. 163, núm. 2.

2. En el citado *Law Magazine*, vol. XXIV, p. 177, núm. 6, se encuentra una sentencia sobre este particular en favor del extranjero; y en id., vol. XIV, página 167, núm. 9, se encuentra otra anterior en sentido contrario.

de la privacion de ganancias, que resulten del pleito; á no ser que posea en el reino bienes raices ó un establecimiento industrial, de valor suficiente para asegurar dicho pago.

*Prusia.*—Tambien en Prusia se obliga á dar la fianza de arraigo del juicio á todo demandante, sea regnícola ó extranjero, siempre que lo requiera el demandado: así lo dispone el párrafo 1.º, tít. 21, part. 1.º de su Código de procedimiento civil. Mas, por el párrafo 2.º se exceptúan los negocios sumarios, y los que versan sobre alimentos, salarios, letras de cambio; ejecucion de sentencias, reintegro ó posesion de bienes, divorcio, los mercantiles celebrados en ferias y mercados, y los de quiebras. Tambien están dispensados de dar caucion el fisco, las municipalidades, los establecimientos públicos, las corporaciones legalmente establecidas, y el demandante que posee bienes raices suyos ó de su mujer, de valor suficiente para responder del pago. Además, dedica un párrafo especial á tratar de la caucion que debe dar el demandante extranjero, que dice así: "§. 13. Si el demandante es extranjero, no puede el demandado negarse á contestar la demanda á pretexto de que no se ha prestado la caucion, cuando aquella se apoya en escrituras públicas ó en otras pruebas de fácil adquisicion y que pueden ser producidas sin gastos considerables. Pero si la demanda del extranjero está basada en pretensiones vagas que no tienen apoyo en documentos fehacientes, de manera que puede temerse un procedimiento y unas pruebas costosas, debe dar la caucion que ordenare el Juez, ó bien depositando la cantidad señalada en dinero ó en títulos de crédito pagaderos en el reino, ó ya por medio de fianza de personas abonadas, ó dando prendas; sin que en ningun caso pueda admitirse la caucion juratoria. Si no puede ó no quiere dar la caucion de alguna de las maneras antedichas, el demandado no tendrá obligacion de contestar la demanda, y á su instancia se archivarán los autos. El extranjero que habiendo sido vencido en primera instancia, apelare, deberá tambien prestar caucion si el apelado lo requiere; y no puede seguirse adelante la apelacion, hasta que el apelante haya cumplido este mandato judicial."

Por último, en los demás Estados de la *Confederacion germánica*, que aun se rigen por el *derecho comun* en materia de procedimientos civiles, se obliga á todo demandante á prestar la caucion *judicatum solvi*, por los gastos del juicio y la reconvencion, admitiéndose casi las mismas escepciones que antes hemos señalado respecto de Prusia.

La reseña que acabamos de hacer de la legislacion extranjera servirá de norma á nuestros tribunales para el debido cumplimiento del artículo que estamos examinando: á ella se sujetarán para exigir del extranjero demandante el arraigo del juicio, en los casos y en la forma que en el país á que este pertenezca se exija de los extranjeros, entre los cuales se cuentan los españoles. Y respecto á los naturales de aquellas naciones en las cuales nada haya sancionado la ley ni determinado la jurisprudencia, se estará á las prescripciones generales del derecho de gentes, el cual tiene admitido como regla general que se obligue al demandante que sea extranjero á prestar la caucion *judicatum solvi* ó fianza de arraigo del juicio, con el objeto de asegurar al demandado el reintegro de las costas, daños y perjuicios que se le sigan del pleito, en el caso de que aquel lo abandone, ó que por haberlo promovido con temeridad fuere condenado á su pago.

De lo dicho aparecen los casos en que el demandado puede proponer la escepcion dilatoria de arraigo del juicio contra el demandante que sea extranjero. En cuanto á las formas, tambien resulta sancionado por la legislacion de todas las naciones, que tal caucion debe exigirse al principio del pleito; antes de entrar en el fondo de la cuestion, y que mientras no se preste, el demandado no está obligado á contestar la demanda: por esta razon la nueva Ley con justicia la considera como escepcion dilatoria. Deberá prestarse como cualquiera otra fianza, y en cantidad suficiente, á juicio del Juez, para asegurar las resultas del pleito, que es su objeto; y si el extranjero demandante apelase del fallo de

primera instancia, podrá obligársele á que aumente el valor de la fianza por los gastos y perjuicios del recurso de alzada, si la que tuviere prestada no fuese bastante para cubrirlos; pero siempre á peticion del demandado, que es á quien interesa, y á quien se permite proponer las escepciones dilatorias. Si no hace aquella reclamacion dentro del término que el art. 239 concede para proponer dichas escepciones, se entenderá que renuncia este beneficio (arts. 30, núm. 2.º, y 32). La forma en que ha de solicitarse tal fianza, la escluye de los juicios ejecutivos y sumarios, cuya naturaleza y la de los documentos en que se apoyan la rechazan tambien, y esta es la opinion mas seguida en los autores.

La misma forma, y las palabras del artículo que estamos examinando indican, que el arraigo del juicio solo puede exigirse del extranjero *demandante*, y de ningun modo del que sea demandado, aun cuando al contestar la demanda propusiera *reconvencion*, ó aunque apelase del fallo de primera instancia. Estos recursos que la Ley le concede, no le privan de su carácter de demandado en el pleito: son, además, medios de defensa, la cual á nadie puede negarse, ni es justo poner obstáculos para el ejercicio de este derecho natural. Por *demandante* deberá entenderse no solo el que lo sea principal, sino tambien el que comparezca en un pleito como coadyuvante, ó como tercer opositor: en uno y otro caso se constituye en verdadero demandante, y por lo tanto vendrá obligado á prestar la caucion.

Quando el pleito se promueva entre dos extranjeros, ¿podrá el demandado proponer la escepcion dilatoria de arraigo del juicio? Del espíritu y aun tambien de las palabras de la misma ley se deduce que esta escepcion está concedida solamente en favor de los españoles demandados por un extranjero, y como un privilegio de nacionalidad: cratos mos, por lo tanto, con los autores de mejor nota, que no podrá tener lugar cuando el pleito verse entre extranjeros, á no ser que el demandado hubiese adquirido carta de naturaleza ó de vecindad en España, en cuyo caso es considerado como español.

Debemos, por último, manifestar, que teniendo la ley (1) por españoles á los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza, ó ganado vecindad con arreglo á las leyes, contra estos no puede proponerse la escepcion de arraigo del juicio. Podrá restarse siempre contra los extranjeros transeuntes, porque de estos es de quienes puede temerse con razon que, con la ausencia ó el regreso á su país, eludan el cumplimiento de la sentencia que contra ellos se dictare. Y aunque no milita esta razon respecto de los extranjeros domiciliados, y de los que poseen en España bienes raices ó un establecimiento industrial de valor suficiente para responder de las resultas del juicio, como la ley no los exceptúa, no podrán considerarse dispensados de arraigar el juicio, sino cuando en el país á que pertenezcan se dispense de esta obligacion á los españoles. Consultando la legislacion extranjera, que antes hemos espuesto, se verá que esta escepcion está concedida en casi todas las naciones, de acuerdo con lo que dicta la razon natural, y con las reglas admitidas por el derecho de gentes.

## ARTÍCULO 239.

*Las escepciones dilatorias solo pueden proponerse dentro de seis dias contados desde el siguiente al de la notificacion de la providencia en que se mandaren entregar los autos para contestar la demanda.*

*Trascurrido dicho término, deberán alegarse contestando, y no producirán el efecto de suspender el curso de la demanda.*

1. Art 2º del Real decreto de 17 de Noviembre de 1852, y Constitucion de 1856.