

De los requerimientos.

589. Los requerimientos tienen lugar en los juicios ejecutivos. Antes de verificarse el embargo de bienes, es necesario requerir al deudor para que lo evite, haciendo el pago de la deuda. Dicho requerimiento debe verificarse, según dispone el art. 953, en los términos siguientes. *Si el deudor no fuere habido despues de haberle buscado dos veces en su domicilio con intervalo de seis horas, se le hará el requerimiento por cédula, que se dejará por su orden á su mujer, hijos mayores de 14 años, dependientes ó criados, si los tuviere, á falta de ellos á los vecinos. Sino se supiese su paradero, ni tuviese casa, se hará el requerimiento por cédula al alcalde del pueblo de su domicilio, y si no lo tuviese conocido, al alcalde de su última residencia; publicándolo además por edictos que se insertarán en los periódicos del pueblo, si los hubiese, y sino se fijarán en las puertas del juzgado.*

590. La citación de remate se hace también como el requerimiento, puesto que dispone el art. 959 que *hecho el embargo de bienes, se citará de remate al deudor en persona ó por medio de cédula, sino fuere habido, en la forma prevenida para el requerimiento*: En la cédula deberá expresarse el objeto de que el ejecutado se presente á excepcionar. Véanse estos artículos al tratar del juicio ejecutivo.

SECCION III.

DE LAS EXCEPCIONES.

§ I.

De las excepciones y sus diversas clases en general.

591. Compareciendo ante el juez el demandado, en virtud del emplazamiento que se le hizo, puede proponer desde luego *excepciones* contra la acción del demandante, ó contra el modo de proponerla ó contra su persona, ó la del juez, bien para excusarse de contestar á la demanda, ó para enervarla ó destruir sus efectos.

592. Por excepción se entiende, pues, el medio de defensa, ó la contradicción ó repulsa con que el demandado pretende excluir, dilatar ó enervar la acción ó demanda del actor.

La palabra excepción, *exceptio*, proviene de *exciendo* ó *ex-capiendo*, porque por la excepción siempre se desmembra ó hace perder algo á la acción del actor.

593. El origen de las excepciones se debe al derecho pretorio de los romanos. En la Introducción de esta obra hemos visto que el sistema de las fórmulas era una especie de juicio ó sentencia interlocutoria, por el cual el pretor determinaba la cuestión que debía resolver el juez. Estas fórmulas, redactadas despues de un debate contradictorio, se componían de la *intentio* ó exposición de la demanda, y de la *exceptio* ó exposición de los me-

dios de defensa; mas no siempre había lugar á esto, porque si la defensa no era mas que la negación de la demanda, no variaba la fórmula; pero la *intentio* justa en derecho, podía no serlo, sino se había consultado á la equidad. Así pues en los pleitos de derecho civil (*ipso jure*) se hubiera visto el juez precisado á despreciar la equidad, si el pretor no hubiera añadido á su fórmula una cláusula especial para autorizarle á tener en consideración la equidad; y esto era lo que constituía la *exceptio*. Era, pues, esta una modificación opuesta por el pretor como medio de equidad á la orden de condena dada por el juez en virtud de la acción. Por ejemplo, según derecho civil, no se examinaba porque tenía lugar la estipulación; pues bastaba que esta existiera para que hubiese obligación por parte del que respondía, aun cuando se le hubiera arrancado su promesa por violencia, ó se le hubiera sorprendido por dolo. Y como hubiera sido herir la equidad mandar la ejecución de semejante promesa, para evitar esto, imaginaron los pretores no dar al juez una orden general, que obligándole á pronunciar según los principios rigurosos de derecho, hubiera llevado consigo la condena inícuca del demandado, sino una orden condicional: v. g., *condenareis á menos que no haya dolo ó violencia*. Esta restricción era lo que se llamaba *excepcion*.

594. Esta institución de derecho pretorio se adoptó por derecho civil, confirmando las excepciones introducidas por los pretores, y estableciendo otras nuevas, ya por derecho, tales como la de cosa juzgada; ó dadas por senado consultos, tales como las del Trebeliano y Macedoniano; ó por constituciones imperiales, como la de compensación concedida por Marco Aurelio, ó por las leyes como la de cesión de bienes. Mas sustituido el sistema formulario por el extraordinario, habiendo desaparecido el *judex*, pues que el magistrado conocía del litigio, cayó la excepción con la fórmula; de manera que así como la acción no indicó ya ni una fórmula sacramental de proceder, ni la autorización necesaria á todo litigante para litigar, sino un derecho que se derivaba de la ley misma, y no ya de una concesión especial del magistrado para obtener justicia directamente, así la *exceptio* no fue ya una restricción puesta por el magistrado al poder de condenar, sino un medio de defensa deducido del pleito, que cada parte hacía valer por sí y á su voluntad. Tal es la excepción en que han pasado á nuestro derecho las excepciones.

595. Por derecho romano se llamaba también excepción, tanto la defensa del demandado como la del actor, en vista de lo expuesto por aquel, por lo que significaba la réplica del actor, según aparece de las leyes 1, § 1 y 22, § 1 Dig. de *except.* Esta misma significación dió á las excepciones nuestro código el Especulo. Véase el proemio al tít. 4 del lib. 5.

596. Asimismo el antiguo derecho romano daba el nombre de *defensio*, y comprendía en él á todo medio empleado por el demandado para defenderse de la demanda de su adversario, ya consistiera simplemente en negar el fundamento de esta demanda, ya en dirigir contra ella una pretensión contraria. Véase la ley 11, cód. de *except.* donde se considera la palabra

defension como equivalente á la de excepcion; *defensiones sive exceptiones* dice la ley, y las leyes 4 y 9, Cód. del mismo título.

597. Nuestros códigos adoptaron en general esta nomenclatura, aun para designar solo las excepciones: asi se ve en el Especulo, Fuero real, leyes de Partida, Ordenamiento de Alcalá, y aun en las ordenanzas de Montalvo, que la conservan en los epígrafes de varias leyes, al paso que en el texto se valen la de palabra excepciones: leyes 2, 3, 4 y 5, tit. 8.º lib 3; asi como el Fuero real usa, en el epígrafe de algunas leyes, de la palabra excepciones y en el texto de la de defensiones. V. la ley 7, tit. 10, lib. 3.º

598. Asi pues, puede decirse, que por defensa en general se entiende todos los medios de que se vale el demandado, ya sea de fondo ó ya de excepciones, esto es, ya sea para contradecir, dilatar ó excluir la accion del actor, y en sentido estricto, los medios de que se sirve para sostener precisamente lo contrario de la pretension del demandante; al paso que la excepcion aunque no se dirige á negar que el demandante tiene el derecho que reclama, su objeto es paralizar sus efectos.

599. Constituyendo las excepciones verdaderos medios de defensa, y siendo esta de derecho natural, es consiguiente que aquellas se funden en el mismo derecho.

600. Las excepciones se dividen en reales y personales. Las *reales* son las que van inherentes á la cosa, de suerte que pueden oponerse por cuantos tienen interés en la misma, bien sea directo, como el deudor principal, ya sea accesorio como los fiadores de este. Tales son la excepcion que nace del pacto general de no pedir la deuda, ó de la transacion que celebra el acreedor con cualquiera de varios deudores solidarios, los cuales podrian oponerse tanto por estos como por sus fiadores.

601. Las *personales* son las que van inherentes á la persona, de suerte que solo pueden oponerse por aquellos á quienes se ha concedido por ley ó pacto, y no por los demás interesados en la cosa. Tal es la excepcion de beneficio de competencia que concede la ley á varias personas, para no poder ser reconvenidas por mas parte de la deuda que aquella que pueden satisfacer, pues solo la puede oponer el que goza de dicho beneficio, mas no sus fiadores. Tal es la que tiene el deudor solidario á quien por pacto especial promete el acreedor no pedir la deuda comun, pues solo este la podrá oponer y no su condeudor solidario.

602. Esta division de las excepciones es de suma importancia, especialmente para saber el tiempo que dura la excepcion, pues si fuere personal, espira con la persona que la goza; y si fuere real, pasa á los herederos, y solo se extingue con el derecho en que se funda, y no se prescribe nunca; á diferencia de las acciones que se prescriben por mas ó menos tiempo; porque no estando en la potestad del que tiene una excepcion, oponerla cuando quiera, como puede hacerlo el que tiene una accion, sino que solo la puede deducir cuando su adversario le dé ocasion para ello, entablado su accion, seria injusto que se extinguieran antes de haberlas podido utilizar, y por esto sientan por regla los autores: *temporalia ad agendum sunt*

perpetua ad excipiendum. Pero debe advertirse que esta regla se limita respecto de las excepciones que competen por modo de accion, como la de inoficioso testamento, y la de restitucion *in integrum*, etc., los cuales se extinguen en el tiempo que la accion.

Dividense tambien las excepciones en dilatorias y perentorias, y en mixtas de dilatorias y perentorias, division la mas importante con relacion á los juicios, por lo que vamos á hacernos cargo de ella detenidamente en los siguientes párrafos.

§ II.

De las excepciones dilatorias.

603. Las excepciones dilatorias son, como indica el verbo latino *differre* de que se derivan y que significa dilatar, las que dilatan ó diferencian el ingreso de la accion en el juicio; pero no la extinguen ni excluyen del todo, por lo que se llaman tambien temporales: leyes 2, tit. 4, lib. 5 del Especulo, 8 y 9, tit. 3, Part. 3, la cual dice que excepciones dilatorias tanto quieren decir como *alongaderas*: ley 6, tit. 10, lib. 2 del Fuero Real, 236 del Estilo, única tit. 4 del Ordenamiento de Alcalá: I, tit. 7, lib. 11 de la Novísima, y art. 236 de la ley de Enjuiciamiento civil.

604. Las excepciones dilatorias se refieren ya á la persona del juez ó á la del demandante, ó al negocio ó materia de la demanda, ó al modo de pedir ó de proponer esta, por creerla defectuosa.

605. Nuestras antiguas leyes enumeran entre las que se refieren al juez la de incompetencia de jurisdiccion de aquel ante quien se interpone la demanda, la de recusacion por juzgarle sospechoso, y la de litispendencia: leyes 2 y 3, tit. 4, lib. 5 del Especulo, 9, títulos 3 y 7, tit. 16, Part. 3, 5, tit. 7, lib. 2 del Fuero Real, 236 del Estilo, 5 tit. 8 del Ordenamiento y 1, tit. 7, lib. 11 de la Nov. Como referentes á la persona del actor marcan la de inhabilidad para comparecer en juicio, ó falta de poder suficiente en su procurador, si compareciese por medio de este: ley 9, tit. 2, Part. 3. Como referentes al demandado designan las del beneficio de escusion ó de orden, esto es, el derecho que tiene el fiador demandado para obligar al acreedor á que reconvenga primero al deudor principal y la excepcion de moratoria: leyes 9, tit. 12, Part. 5, 52 tit. 18, Part. 5 y 15, tit. 1, lib. 5 Nov. Recop. Como referentes á la materia de la demanda designan, la de peticion antes del plazo estipulado: ley 9, tit. 3, Part. 5, 5 tit. 4, lib. 5 del Especulo: 7 tit. 10, lib. 8 del Fuero Real. En cuanto al modo de proponer la demanda, marcan la de libelo oscuro, contradiccion ó inepta acumulacion de acciones, falta de los documentos en que debe fundarse la entablada y demás faltas sobre los requisitos esenciales de la demanda: leyes 9, títulos 3 y 2, tit. 7, Part. 3 y 1, tit. 3, lib. 11 de la Nov. entre otras. Asimismo nuestras leyes permitian proponer como excepciones dilatorias varias excepciones perentorias, segun diremos en el § IV al tratar de las *excepciones mixtas de dilatorias y perentorias*.

606. La circunstancia de hallarse estas disposiciones dispersas en va-

riedad de leyes de nuestros códigos, y la de emplear á veces la cláusula de «otras excepciones semejantes,» dió lugar á que los intérpretes y la práctica de los tribunales marcaran como excepciones dilatorias otras varias que no tenían la naturaleza de aquellas, ni producian sus efectos, con grave daño de los litigantes y entorpecimiento de la administracion de justicia. Para evitar estos inconvenientes, la nueva ley de Enjuiciamiento dispone terminantemente en el art. 257, incluso en el título que trata del juicio ordinario que, *solo son admisibles como excepciones dilatorias: 1.ª, La de incompetencia de jurisdiccion. 2.ª, La de falta de personalidad en el demandante ó en su procurador. 3.ª La litispendencia en otro juzgado ó tribunal competente. 4.ª Defecto legal en el modo de proponer la demanda.* En esta enumeracion puede decirse que se comprenden casi todas las excepciones dilatorias mencionadas en nuestros antiguos códigos; pues aun la de peticion antes del plazo puede considerarse contenida en la de defecto legal de la demanda relativamente al tiempo de pedir, como hacen algunos autores, entre ellos los señores Goyena, Aguirre y Montalban en el Febrero reformado, y asimismo se contiene en el art. 655 de la ley de Enjuiciamiento sobre las excepciones que pueden alegarse en el juicio ejecutivo, puesto que enumera entre ellas la de *espera*. En cuanto á la excepcion de moratoria quedó abolida por decreto de 31 de marzo de 1854, por lo que en el dia no se conoce mas excepcion de esta naturaleza que la de *espera* mencionada. En cuanto al carácter de excepcion dilatoria que daban á la recusacion las leyes citadas, ha sido atacada con razon por los autores, fundados en que se puede presentar en cualquier estado del juicio antes de sentencia, cuando fuere posterior á la demanda, ó ignorase la causa que la motiva el que la opone, en que no tiene por objeto eludir la demanda, sino asegurar la imparcialidad de los jueces, y en que puede presentarse tanto por el demandante como por el demandado, si bien esta última razon no era obstáculo para que se admitiera por nuestras antiguas leyes como excepcion, puesto que segun ya hemos dicho y expresa el proemio del tit. 4, lib. 5 del Especulo, se aplicaban las *defensiones tambien á los demandadores como á los demandados*. Como quiera, la nueva ley de Enjuiciamiento no enumera este remedio entre las excepciones, sino que marca respecto de la recusacion trámites particulares en el tit. 5 de las disposiciones generales, expuesto en el tit. 5 del lib. 2 de esta obra. Véase lo que decimos tambien al tratar de las excepciones mixtas de dilatorias y perentorias.

Por lo demás, la disposicion del art. 257 de la nueva ley de Enjuiciamiento no es mas que una reproduccion de la contenida en el art. 117 de la ley de Enjuiciamiento mercantil de 1850, adoptada anteriormente en el reglamento de 1.º de octubre de 1845, sobre el orden de proceder el consejo provincial en los negocios contencioso-administrativos, art. 55 al 58, y en el de 30 de diciembre de 1846 sobre el procedimiento en el Consejo Real: art. 86 y 88.

607. Pasemos pues á hacernos cargo de las varias excepciones que, segun la nueva ley de Enjuiciamiento, pueden proponerse como dilatorias.

4.ª *La incompetencia de jurisdiccion.* A esta excepcion se da el nombre especial de *declinatoria* porque el demandado declina ó elude por ella la jurisdiccion del juez ante quien ha sido citado, pidiéndole se inhíba del conocimiento de aquel negocio, y remita los autos al tenido por competente. Es juez incompetente el que no tiene jurisdiccion para conocer de un negocio, ya por razon de la materia sobre que versa, ó del fuero de la persona, ó del territorio en que se halla domiciliado el demandado, ó del grado jurisdiccional en que se sigue el asunto, ó de la cantidad sobre que versa, segun los principios expuestos en el tit. 1 del lib. 1.º de esta obra. Mas debe tenerse presente respecto del caso en que *hubiese duda* sobre el interés del pleito, ó en que las partes no esten conformes acerca del valor de la cosa litigiosa de que se va á conocer, que debe procederse conforme previenen los artículos 1155 y 1165 de la ley de Enjuiciamiento y segun la doctrina expuesta en el núm. 97 del libro 2.º de este tratado; lo que deberá regir, aun cuando la no conformidad de las partes fuese sobre si el pleito es de mayor ó de menor cuantía, pues aunque el juez de primera instancia tiene competencia para conocer de los procedimientos de menor y de mayor cuantía, no la tiene para adoptar el de menor, cuando por el interés del pleito la ley prescribe el procedimiento de mayor cuantía, ni al contrario, por las consideraciones expuestas en los números 412 y siguientes del lib. 1.º de esta obra. Debe advertirse tambien, que para que el litigante pueda hacer uso de la excepcion de declinatoria, es necesario que no hubiese promovido la competencia de jurisdiccion por medio de la inhibitoria, por lo que deberá asegurar en el escrito en que lo haga, que no ha empleado el otro, segun previenen los artículos 85 y 84 de la ley de Enjuiciamiento, expuestos en los números 505 y siguientes del libro 1.º de esta obra.

2.ª *La falta de personalidad en el demandante ó en su procurador.* Carecerá el demandante de personalidad; 1.º, cuando no estuviere en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, ya sea por incapacidad moral ó física, como si fuese hijo de familia bajo la patria potestad, y compareciese en juicio sin la licencia del padre, ó si siendo menor ó demente compareciese sin la intervencion del curador: 2.º, cuando, aunque gozase del pleno ejercicio de sus derechos civiles, compareciese en representacion legal de otro, y no acreditase el carácter con que se presenta, ó si proviniendo el derecho que reclama de habérselo otro transmitido, no acreditase esta trasmision, y en los demás casos expuestos en el § 2, seccion 2.ª, tit. 1.º del libro 2.º de esta obra, donde se exponen los artículos 12 y 18 de la ley, de que se deduce esta doctrina.

Faltará la personalidad al procurador, cuando se presentase en juicio sin poder de su principal, declarado bastante por un letrado, segun dispone el art. 15 de la ley de Enjuiciamiento, expuesto en el núm. 69 del lib. 2 de esta obra.

3.ª *La litispendencia en otro juzgado ó tribunal competente;* esto es, la excepcion de existir en juzgado competente pleito pendiente sobre lo mismo que sea objeto del que se ha promovido. Asi pues, podrá alegar esta

excepcion el que fuere demandado en un tribunal sobre la entrega de un objeto por titulo de compra-venta, si existiera en otro juzgado otra demanda contra él sobre el mismo objeto por la misma causa entablada por el mismo demandante. La excepcion de litispendencia (*de lis*, proceso y *pendere*, estar pendiente) solo tiene pues lugar en concurrencia de dos litigios sobre el mismo objeto entre las mismas partes, por demandas basadas en la misma causa. El fundamento de esta excepcion consiste en que no seria justo obligar á una persona á seguir un nuevo pleito sobre el mismo asunto, de que habia ya otro pendiente, porque si se daban sentencias conformes en ambos, se habria seguido un pleito inútilmente, y si eran contradictorias las sentencias, ó serviria la una de excepcion de cosa juzgada respecto de la otra, ó de no ser asi, no podria ejecutarse ninguna. La excepcion de litispendencia no ha lugar en los juicios ejecutivos, segun expusimos en el número 390, 2.º, lib. 2.º de este tratado.

Aunque la *litispendencia* es una de las causas porque procede la acumulacion de autos ó procesos, segun previene el art. 157 de la ley de Enjuiciamiento, expuesto en los números 388 y siguientes del libro 2.º, ofrece esta excepcion la utilidad de poder obligar al demandante á no seguir mas que el primer pleito en los casos en que no ha lugar á la acumulacion, como por ejemplo, si el pleito pendiente se hallase en segunda instancia, conforme á la opinion mas general expuesta en el núm. 390, 4.º del lib. 2.º de esta obra; y cuando se hubiese entablado anteriormente otro y procediera la acumulacion respecto de ambos, ofreceria esta excepcion de *litispendencia* la utilidad de dilatar la contestacion hasta que se decretase la acumulacion de los procesos. Por lo demás, la acumulacion puede proponerse en cualquier estado del pleito, al paso que la excepcion de *litispendencia* solo puede deducirse antes de contestar á la demanda, y asimismo, aquella procede en mayor número de casos que esta. Y en efecto, la acumulacion puede alegarse cuando haya conexidad entre ambos pleitos ó como dice el art. 158 de la ley, cuando de seguirse separadamente los pleitos se divida la continencia de la causa. Véase el núm. 389. Mas este motivo no se halla comprendido en la excepcion de *litispendencia*, ni en las demás disposiciones del art. 237 de la ley, la cual se funda para esto sin duda, en que no siendo en tales casos las mismas las personas, las cosas y las acciones, como en el caso de la *litispendencia*, tienen las partes que alegar razones y defensas especiales á cada pleito, por lo que no debe concederse que se excluya la accion por una excepcion, si bien procede la acumulacion de dichos pleitos para evitar los gastos y dilaciones que se ocasionarian á las partes de seguirlos separados. Véase la doctrina y consideraciones expuestas en la sesion 2.ª del tít. 5, del lib. 2.º que trata de la acumulacion de autos.

4.ª *Defecto legal en el modo de proponer la demanda.* Esta excepcion no se refiere al fondo ó justicia de la demanda, sino que solo tiene lugar cuando la forma de la demanda, esto es, el modo de formular la pretension adolece de vicio ó no se ajusta á los requisitos y solemnidades que prescribe la ley para que pueda ser admitida por el juez. Tal suce-

derá cuando no se fije con precision lo que se pida ó no se determine la clase de accion que se ejercite en los casos en que deba hacerse, ó no conste la persona contra quien se proponga ó la que la entable, ó no se expongan sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, ó no se comparezca por medio del procurador, si el juicio es de mayor cuantía, ó no se acompañe copia de la demanda suscrita por dicho procurador, ó no vaya firmada por un letrado hábil para funcionar en el territorio ó tribunal que conozca de los autos, ó no vaya extendida en el papel sellado que corresponde segun su cuantía, ó no se acompañe acta de conciliacion ó de haberse intentado sin efecto, ó si procediese demanda de nulidad contra lo convenido en dicho acto (art. 217), ó si no se acompañara certificacion autorizada de haberse obtenido resolucion sobre el objeto del litigio por la via gubernativa en los casos en que deba hacerse por interesarse la Hacienda ó el Estado en el juicio, ó si proponiendo la demanda una junta ó establecimiento de beneficencia no se acredita previamente haberse recurrido por la via gubernativa en los casos en que está prescrito; ó si siendo parte en el pleito un establecimiento consagrado al servicio publico, no se presenta la autorizacion previa del gobierno para litigar, ó si hallándose sujeto el demandante á la contribucion industrial y teniendo relacion el negocio con la profesion, arte ú oficio porque debe pagarla, no acompañase certificado de matrícula y recibo correspondiente que acredite el pago de su cuota respectiva, pues todos estos requisitos deben contener la demanda segun los art. 18, 203, 224, 225, y las demás disposiciones expuestas en los §§ 1.º y 2.º de la seccion 4.ª del tít. 6, lib. 2.º de esta obra, para que el juez no pueda repelerla de oficio segun le faculta el art. 226 expuesto en el § 3.º de dicha seccion. En todos estos casos, si el juez hubiese admitido indebidamente la demanda, podrá el demandado oponer la excepcion dilatoria por defecto legal en el modo de proponer aquella. En cuanto al caso de que no se acompañen á la demanda los documentos en que el actor funde su derecho, ó no designe si no los tuviese á su disposicion, el archivo ó lugar en que se encuentren los originales como prescribe el art. 225, nos inclinamos á que no se comprende en la excepcion sobre defecto legal en el modo de proponer aquella, por las mismas consideraciones en que nos hemos fundado para opinar que no se comprende en la disposicion del art. 226 sobre que los jueces repelan de oficio las demandas que no se acomoden á las reglas que establece la ley. Véanse los números 310 y la pág. 42, aparte 2.ª

No hemos mencionado los casos en que no se acompañe á la demanda el documento ó documentos que acrediten el carácter con que el demandante se presenta en juicio cuando tiene representacion legal de alguna persona ó corporacion, ó cuando el derecho que se reclama provenga de habérselo otro trasmitido, y en que no se presente el poder que acredite la personalidad del procurador, cuando este intervenga, porque ambos casos se hallan comprendidos en el núm. 2.º del art. 237, en la excepcion sobre falta de personalidad en el demandante ó en su procurador; ni tampoco el caso de que la demanda no se interponga ante juez competente, como exige el art. 1.º de

la ley de Enjuiciamiento por hallarse comprendida en la excepcion de incompetencia de jurisdiccion marcada en el núm. 1.º del art. 257.

Por lo expuesto sobre los casos que comprende la excepcion por defecto legal en el modo de proponer la demanda, se vé que en el caso mencionado de que no se fijara con precision lo que se pidiera, habria lugar á la excepcion conocida por la práctica con el nombre de *libelo oscuro* ó de *demandada incierta*.

608. Ademas de las cuatro excepciones dilatorias expresadas, en el artículo 258 de la ley de Enjuiciamiento se establece la excepcion de arraigo del juicio contra los demandantes extranjeros. Dicho artículo dispone, que *si el demandante fuese extranjero, será tambien excepcion dilatoria la de arraigo del juicio en los casos y en la forma que en la nacion á que pertenezca se exigiere á los españoles*. El origen de esta caucion llamada *judicatum solvi*, se encuentra en el derecho romano. En el cap. 2.º de la novela 112 de *cautione quæ ante reorum citationem præstari debet ab actore*, despues de ordenar á los jueces que sometieran á los demandantes á dar caucion de que seguirian el pleito hasta su conclusion, se dispone lo siguiente: *et si postea fuerit approbatus injuste litem movisse, sumtuum et expensarum nomine decimam partem ejus quantitatis, quæ in libello continetur, pulsatus restituat*. Sin embargo, entre esta caucion y la que establece el artículo citado de la ley, existen diferencias notables segun aparecerán de la exposicion de dicho artículo.

609. Nuestras leyes, si bien establecieron respecto del demandado la fianza de arraigo, esto es, que asegure la responsabilidad ó las resultas de juicio, dando fiador abonado que se obligue á pagar lo que contra él fuere juzgado y sentenciado, si aquel no lo satisficiese, cuando habia peligro de que el juicio quedase ilusorio con perjuicio del demandante, nada prescribieron en cuanto á prestarla el demandante español ó extranjero. Véanse las leyes 2, tit. 5, lib. 2.º del Fuero Real, y la 66 de Toro, que es la 5, tit. 11, lib. 4.º Nov. Recop. Mas en las modernas disposiciones sobre procedimientos contencioso administratiuos, hallamos establecida esta excepcion respecto de los extranjeros. En el art. 86 del reglamento del Consejo Real de 30 de diciembre de 1846, se enumera como excepcion la que tiene lugar cuando el actor fuese extranjero, y se funda por parte del demandado en no haber aquel dado fianza ó hecho depósito de la suma equivalente á pagar las costas, gastos y perjuicios que ocasionare el proceso. La ley administrativa establece pues, esta excepcion, sin tener en cuenta el principio de reciprocidad como la ley de Enjuiciamiento civil: la ley administrativa siguió en esto lo que se prescribe en los códigos de casi todas las naciones de Europa. Creemos mas prudentes estas disposiciones que la de la ley de Enjuiciamiento fundada en el principio de reciprocidad, porque si para sujetar á la caucion á un extranjero en cuyo país se obliga á prestarla á los españoles, ha movido el sentimiento de dignidad nacional como dice uno de los intérpretes de la ley, individuo de la comision que la redactó, este mismo sentimiento induce á no adoptar disposiciones que den ocasion á que puedan modificarse nues-

tras leyes por las de una nacion extranjera y á que al concedernos esta nacion un derecho por su sola autoridad, nos imponga la necesidad de conceder el mismo derecho á sus habitantes, como se decia en la discusion del artículo 11 del Código civil francés, que segun hemos indicado prescribia una disposicion terminante, sin consultar el principio de reciprocidad á no hallarse sancionado en tratados especiales.

610. El objeto de esta caucion de arraigo, es evitar que entablando demanda los extranjeros contra los naturales del país, puedan burlar los efectos de la sentencia contraria, marchándose del reino sin dejar seguridad ni persona alguna para el pago de las costas, intereses y perjuicios ocasionados por su demanda.

611. Debiendo tenerse presente para saber hasta dónde se extiende la responsabilidad de esta caucion, las personas que deben prestarla, y los casos y la forma en que se presta, la legislacion sobre este punto de los países de que es natural el demandante, y siendo muy numerosas las leyes extranjeras sobre esta materia, nos limitaremos á resumir y combinar las reglas mas esenciales que se deducen de las disposiciones que rigen en las naciones principales de Europa.

612. En general la fianza ó caucion que debe dar el extranjero, abraza la responsabilidad al pago de las costas, daños y perjuicios que resulten del pleito: tal es la que comprende el Código francés y el de Holanda, Polaco, Dos Sicilias, la legislacion de los Estados Pontificios, Países-Bajos, Baden, Ginebra, Prusia, Hannover, Gran Ducado de Hesse y Grecia. La inglesa y la austriaca solo expresan las costas y gastos del juicio, la de Baviera la paga de lo juzgado; por lo que no deberá extenderse á mas la fianza que se exija en España á los naturales de estos países.

En cuanto á las personas que deben prestarla, es disposicion adoptada en casi todas las naciones, que la preste todo extranjero, ya lo sea de nacimiento, ya por haber perdido la nacionalidad de su país, de cualquiera clase y condicion que sea y aun los embajadores y soberanos, pues cuanto mas elevada es en dignidad, mas es de temer que por su influencia y poder eluda los efectos de la sentencia.

613. Son extranjeros segun el real decreto de 12 de noviembre de 1852: 1.º todas las personas nacidas de padres extranjeros, fuera de los dominios de España; 2.º los hijos de padre extranjero y madre española nacidos fuera de estos dominios, si no reclaman la nacionalidad de España; 3.º los que han nacido en territorio español, de padres extranjeros, ó de padre extranjero y madre española, sino hacen aquella reclamacion; 4.º los que han nacido fuera del territorio de España de padres que han perdido la nacionalidad española; 5.º la mujer española que contrae matrimonio con extranjero. Como parte de los dominios españoles se consideran los buques nacionales sin distincion alguna; art. 1.º de dicho decreto.

Mas los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza ó ganado vecindad con arreglo á las leyes, son tenidos por españoles segun el art. 2.º, por lo que no están sujetos á la caucion de arraigo. Pero si lo estará el ex-

trajero, aunque el derecho que motiva la demanda se lo hubiese cedido un español, al paso que no debe prestarla el español cesionario de un extranjero, porque en esta materia se considera no tanto el origen del crédito, como la persona que interpone la demanda. V. Dalloz. Repertorio de jurisprudencia, art. Excepcion.

614. No obstante lo expuesto, no será obligado á prestar la caucion el demandante ginebrés, pues el Código de Ginebra dispone no lo esté el extranjero que pertenezca á un Estado en que no se exija, lo cual es aplicable á España, puesto que nuestra ley solo la requiere por reciprocidad. Tampoco lo estará el demandante *prusiano* que apoya la pretension en escrituras públicas ó en otras pruebas que puedan proponerse sin promover procedimiento de gran coste y no en alegaciones que por su vaguedad hacen presumir mala fe ó falta de derecho, ó que pueden ocasionar un procedimiento costoso, pues asi se halla determinado respecto de los extranjeros en el Código prusiano de procedimientos; tít. 21, part. 1.ª § 15.

No está obligado á prestar la caucion el extranjero demandante que poseyese en el reino en que sigue el pleito bienes suficientes para responder de las responsabilidades expresadas. Asi se establece en los códigos de Francia, Holanda, Sicilia, Países-Bajos, de Baden, de Ginebra, de Baviera y de Austria, Prusia, Hannover, Grecia, Cerdeña y otros; y si bien no se expresa esta excepcion en las leyes sobre procedimiento de los Estados Pontificios, y de alguna otra nacion, ni tampoco en el art. 237 de la nuestra, induce á considerarla como expresada el fundarse en la falta de necesidad de aquella caucion en este caso, por haber ya seguridades y garantías de que el extranjero demandante satisfará las responsabilidades del juicio.

Tambien se halla exceptuado de prestar la caucion el extranjero demandante pobre que fuere austriaco, por disponerse asi respecto del extranjero en el Código de procedimientos de esta nacion, art. 466: disposicion que cremos debe hacerse extensiva respecto de los demás países, por fundarse en sentimientos de humanidad.

615. Pero está obligado á prestar la caucion el extranjero que se halla domiciliado en España, á no que fuese sardo, pues el código civil de Cerdeña exime de dicha caucion al extranjero que tenga domicilio fijo en los Estados Sardos; art. 53.

616. En cuanto al extranjero que demanda á otro extranjero, autores respetables opinan que deberia prestar tambien la caucion, fundándose en que el extranjero demandante ha calculado ya el riesgo á que se expone de perder el pleito y ha seguido el impulso de su propia voluntad, al paso que el demandado cede á la necesidad de defenderse; por lo que seria inhumano é impolítico rehusarle la proteccion y las seguridades que requiere una posicion que no se ha dado. V. Boncenne, teoría del procedimiento civil. Sin embargo, autores no menos respetables, entre los que se encuentra Dalloz, y en mayor número, sostienen la opinion contraria, fundándose en que la excepcion sobre el arraigo del juicio es un derecho civil del que solo disfrutan los naturales; opinion que, no obstante los nobles y justos sentimientos en

que se funda la contraria, tenemos que adoptar, si atendemos á la disposicion del art. 237, que solo se refiere á los españoles, como se ve con solo leer su contexto.

617. Para que esté obligado á prestar dicha caucion el extranjero, es necesario que sea demandante, bien como principal, bien como tercer opositor coadyuvante de la accion de aquel; pero no la prestará cuando fuere demandado, porque la defensa es de derecho natural, y además no existe el motivo de la ley sobre el temor de que entable demandas maliciosas ó gravosas el que no hace mas que contestar á la que se ha interpuesto contra él: *actor voluntarie agit, dicen los autores, reus autem ex necessitate se defendit*. Ni aun estará obligado á prestarla el demandado cuando usase de reconvention, pues aunque es entonces considerado como actor para varios efectos por el derecho, no lo es para el de la caucion, por no existir en este caso el temor de la ley, puesto que el extranjero no toma la iniciativa en el pleito, sino que usa de reconvention para oponerla á la reclamacion del actor, y á veces para defenderse de ella. Por eso no se expresa que deba prestarla en este caso en la legislacion de Inglaterra, Dos Sicilias, Polonia, Cerdeña, Estados Pontificios, Países-Bajos, Confederacion Germánica, Grecia y otros países, aunque el código de procedimientos de Hannover previene que se preste caucion por el demandante principal ó en reconvention. Mas, por el contrario, dispone la legislacion de Baviera que el demandante á quien se opusiese reconvention, debe prestar caucion suficiente á cubrir el importe del principal fruto, intereses, daños y perjuicios resultantes de dicha reconvention; pero el Código civil de Baden prohíbe que se pueda exigir caucion de pagar el importe de la reconvention ó de los gastos que ella pueda ocasionar. El mismo Código previene tambien que no deba prestar caucion el demandante cuando ha sido compelido judicialmente á poner su demanda, lo que se apoya en la misma razon, porque no se exige en la reconvention de no existir temor de que se interpongan demandas maliciosas ó temerarias, pues que el actor no obra voluntariamente en este caso; razon por la cual juzgamos que debiera hacerse general esta disposicion.

618. Tampoco debe prestar caucion el demandado, aun cuando habiendo sido vencido en la primera instancia interpusiese apelacion ó recurso de casacion, porque estos recursos se consideran como continuacion del primer pleito, ó de la defensa de primera instancia. Por el contrario, la legislacion de Prusia exige la caucion al demandante que habiendo sido vencido en primera instancia interpusiere apelacion; y tal es tambien la doctrina recibida en Europa, por la razon expuesta de que la apelacion es continuacion de la demanda que incohó el demandante en primera instancia, y tambien es doctrina que deberá prestar dicha fianza cuando apelare el demandado, pues aunque pudiera decirse que en este caso milita para no requerirla el motivo que respecto de la reconvention, puesto que no hace mas que defenderse, no es aplicable esta doctrina, porque, como dice Mr. Boncenne, en su teoría del procedimiento civil, el demandante es lo que fue en el principio del