

sa, se proceda contra la referida casa por via ejecutiva, y todo rigor legal, hasta que quede indemnizado enteramente de la obligacion que formalizó por él, y de todos los gastos procesales y personales, perjuicios y menoscabos que se le irroguen, cuyo importe defiere en su juramento con relevacion de otra prueba: otorga á su favor la escritura de indemnidad que sea mas estable y eficaz; se obliga igualmente á no enagenar la enunciada casa, ínterin no se extinga dicha obligacion, y si lo hiciere sea nulo: y aunque esté en poder de tercero, cuarto ó mas remoto poseedor, ha de subsistir siempre afecta á la responsabilidad de la citada fianza y obligacion, y poderse repetir contra ella, del mismo modo que si el otorgante la poseyera; á cuyo fin la grava tambien á la observancia de este pacto, para que sea mas firme, y no se pueda contravenir á él: todo lo cual quiere y consiente se anote en los títulos de pertenencia de la citada casa, y demas partes conducentes, para que siempre conste y obre los efectos que haya lugar; y que se tome la razón en la oficina de hipotecas en el término prefinido por la real pragmática, bajo la pena que esta impone. Al cumplimiento de lo referido obliga &c. *Proseguirá como en la obligacion con hipoteca.*

OBLIGACION DE MANCOMUNIDAD SIMPLE.

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro, Juan, Diego y Martin de tal, vecinos de ella— Otorgan que se obligan de mancomun á pagar á prorata sin excusa ni dilacion, y poner á su costa para tal dia de su cuenta y riesgo en casa y poder de Francisco Lopez, vecino y mercader de tal parte, en una partida y moneda de plata ú oro corriente, y no en otra cosa ni especie, tanta cantidad, que les ha prestado con el interés de un cinco por ciento, y no mas, como lo juran á Dios y á una cruz en legal forma, de que doy fe (*Aquí se pondrá la confesion de la entrega y recibo como en la obligacion con prenda.*); y si no lo cumplieren segun dejan prometido, quieren que el acreedor dirija su accion contra cada uno por su cuarta parte y premio correspondiente, y les apremie con todo rigor á su solucion, y á la de las costas y perjuicios que en su exaccion se le causen; cuya liquidacion defieren en su juramento, ó de quien sea parte legítima, relevándole de otra prueba; y si alguno ó algunos fueren á la sazón pobres, se ha de repartir su parte entre los restantes, haciéndoles constar previamente el acreedor su indigencia, á cuya satisfaccion se les ha de poder compeler igualmente &c. *Proseguirá como la obligacion de mutuo.*

CAPITULO XVII.

De varias fianzas particulares.

- 1 Hay otras fianzas que solo tienen lugar en ciertos casos y circunstancias dignas de saberse.
- 2 La fianza de saneamiento es la que da un deudor aun cuando tenga bienes sobrados para pagar.
- 3 La fianza de la ley de Toledo la da el acreedor que por la via ejecutiva cobra su deuda para resguardo del deudor, si en el grado de apelacion prueba que no debió pagar.
- 4 Otros casos en que ha lugar esta fianza.
- 5 La fianza de la ley de Madrid tiene lugar en la sentencia arbitraria, y por ella queda asegurado el que se siente perjudicado de dicha sentencia para el caso en que se revoque en apelacion.
- 6 De la sentencia confirmatoria de pareceres conformes de los contadores nombrados por las partes se admite apelacion despues de ejecutada, y en estos casos hay que dar fianza por si el tribunal superior revoca la indicada sentencia.
- 7 La fianza de la haz tiene que presentarla en las causas civiles algun fallido ó poco abonado, para que el juicio no quede ilusorio, y en las criminales cuando el delito merece pena pecuniaria y no corporal, so pena de prision del que no la diere. Puede ser de dos modos, á saber: de estar á derecho, ó de pagar juzgado y sentenciado.
- 8 La fianza *carcelera* tiene que darla el reo preso para conseguir su libertad, obligándose el fiador á presentarle cuando se le pida.
- 9 Explicacion de dicha fianza, y de las obligaciones que contrae el que la toma á su cargo.
- 10 *De la caucion de *non offendendo*.*
- 11 *De la fianza de *calumnia*.*
- 12 *De la fianza de *rato et grato*.*
- 13 De la fianza *depositoria*, ó sea de *acreeedor de mejor derecho*, que tiene lugar en los concursos de acreedores.
- 14 De la fianza de *arraigo*, y de los casos en que tiene lugar.
- 15 *De la fianza que debe darse en el recurso de nulidad.*
- 16 *De la que deben dar los alcaides de la cárcel.*
- 17 *De la de los personeros de número y apoderados particulares.*
- 18 De la *caucion juratoria*.
- 19 Equivocacion de un autor acerca de esta caucion por la mala inteligencia de una ley.
- 20 Responsabilidad de los escribanos en órden á la admision de las fianzas referidas, *y acuerdo de la audiencia de Méjico sobre este punto.*
- 21 *De la fianza de indemnizar de las costas (*reficiendis expensis*) que algunos demandados suelen exigir del actor.*

1. **H**AY varias fianzas especiales que tienen lugar en casos determinados, y por lo regular se prestan por mandamiento del juez ó de la ley. Como en cada una de ellas se observan circunstancias que le son propias, convendrá dar razon de todas para instruccion del escribano.

2. La fianza de *saneamiento* es la que da el reo ejecutado aunque tenga bienes superabundantes al débito. Llámase así, porque

1 L. 19. tit. 21. lib. 4. R., ó 12. tit. 28. lib. 11. N. Segun esta ley, el deudor que no daba la fianza de saneo debia ser reducido á prision, no siendo de aquellos que no po-

dian ser presos por deudas civiles. Hoy no pudiendo prenderse por tal á ningun ciudadano, ha cesado en cuanto ese punto dicha disposicion.—E.

el fiador está obligado á *sanear* los bienes secuestrados del deudor, y en su defecto á pagar de los suyos el importe de la deuda. Han de recibirlas los escribanos ante quienes se despachan las ejecuciones por su cuenta y riesgo, y de sus oficios, y no los que van á practicar la diligencia, sin que preceda consentimiento por escrito del ejecutante, y lo propio milita con la de *pagar juzgado y sentenciado*; pero en este caso es preciso que el ejecutante se conforme con el fiador, porque el solo consentimiento suyo para recibirla no exime á los ministros de la responsabilidad del débito, décima y costas, si el fiador y el deudor son fallidos; y así no les aconsejo que las reciban, aunque tengan para ello su mero consentimiento por escrito, si en ella no se da por satisfecho del fiador. Esta fianza ha de constar de tres requisitos: 1.º que asegure el fiador que los bienes embargados son del ejecutado: 2.º que sean equivalentes al tiempo del remate, no solo para la solución de la deuda, sino de las costas que en su exacción se causen, y décima donde hay estilo de exigirla; y 3.º que se obligue á satisfacerlo todo si se verificase no ser suyos, ó el resto, deducido el importe que produzcan y valgan, siéndolo y habiéndolo; para lo cual hará suya propia la deuda, y se constituirá en estos casos principal pagador. Y aunque algunos extienden esta fianza, añadiendo: *que el fiador se obliga á que habrá postor á los bienes ejecutados*, debe omitirse esta cláusula por tres razones: 1.ª porque no concierne al saneo de los bienes el que haya ó no postor á ellos, ni tiene conexión con él por ser cosa muy diversa: 2.ª porque la ley nada habla de postor, sino de saneamiento, y no debemos excedernos de su precepto; y 3.ª porque cede en visible detrimento del fiador, que ni quiere obligarse á más que al saneamiento, ni la ley le obliga ni manda que se obligue; y así se omitirá, pues si no hubiere postor, se adjudicarán en pago al acreedor por su tasa justa, y llegando esta á cubrir el principal, décima y costas, queda reintegrado de todo su crédito, y el fiador libre de la fianza, y no es justo gravarle con obligación que no quiere contraer, ni la ley se la impone.

3. Después de sentenciada la causa de remate se da también en las causas ejecutivas la fianza de la ley 2.ª tít. 21 lib. 4.º R. ó 1.ª tít. 28. lib. 11. N. (que llaman de *Toledo*, por haberla establecido en esta ciudad los reyes católicos en el año de 1480), la cual se requiere por *forma* para que la sentencia pueda ejecutarse, si el acreedor quiere percibir el importe de la condenación, y el reo ejecutado apela al tribunal superior; con cuya fianza se admitirá á este la apelación en el efecto devolutivo y no en el suspensivo, excep-

1 Salg. *Labyr. cred.* part. 1. cap. fin. n. 59 y sig.

to en la corte, que por estar tan inmediato el tribunal superior acude á él, y con su derecho ó mejora suspende la ejecución de la sentencia hasta que se ejecutoria, bien que hasta que se requiere con ella continúan las diligencias, y deben continuarse. Para que el escribano se instruya de cuándo y cómo se ha de dar, y por quién, insertaré lo dispositivo de dicha ley que dice: *Y ordenamos y mandamos conforme á ella, que cada y cuando los mercaderes, ú otra cualquier persona, ó personas de cualesquier ciudades y villas y lugares de nuestros reinos, que mostraren ante los alcaldes, justicias de las ciudades y villas y lugares de nuestros reinos y señoríos, cartas y contratos públicos, y recaudos ciertos de obligaciones que ellos tengan contra cualesquier personas, así cristianos como judíos y moros, de cualesquier deudas que les fueren debidas; que las dichas justicias las cumplan y lleven á debida ejecución, seyendo pasados los plazos de las pagas, no seyendo legítimas cualesquier excepciones que contra los tales contratos fueren alegadas, en tal manera que los tales acreedores sean pagados de sus deudas, y que las justicias no dejen de lo así hacer y cumplir por paga, ó excepcion que los dichos deudores aleguen, salvo si dentro de diez dias mostraren la paga ó legítima excepcion, sin alongamiento de malicia, por otra tal escritura como fué el contrato de deuda, ó por alvalá que haga fe, ó por confesion de la parte, ó por testigos que esten en el arzobispado ú obispado donde se pidiere la ejecución, tomados dentro del dicho término; y para probar la tal paga y excepcion, si por testigos lo oviere de probar, es nuestra merced que el deudor nombre luego los testigos, quién son y dónde viven, y jure que no trae malicia; y si nombrare los testigos aquende los puertos fuera del arzobispado, haya plazo de un mes para traer sus dichos, y si allende los puertos por todo el reino, que haya plazo de dos meses; y si los nombrare en Roma ó en Paris ó en Jerusalem fuera del reino, que haya plazo de seis meses: pero es nuestra merced que el deudor que alegare la tal paga ó excepcion, no la probando dentro de los dichos diez dias en la manera que dicha es, si dijese que los testigos que tiene estan fuera del arzobispado ú obispado, como dicho es, que pague luego al mercader ó al acreedor, dando el tal mercader ó acreedor luego fianzas; que si el deudor probare la paga, ú otra excepcion que le pueda excusar, que le tornará lo que así pagare con el doble por pena en nombre de intereses, y el reo asimismo le dé fianzas, que si no lo probare en el dicho término, que pagará en pena otro tanto como lo que pagó; la cual pena es nuestra merced sea la mitad para la parte contra quien maliciosa é injustamente se alegó la paga, y la otra mitad para reparos de los muros &c.*

4. Aunque esta ley solo prescribe cuándo y cómo se ha de dar la fianza, si el reo ofrece probar con testigos la paga ó legítima excepcion fuera del perentorio y fatal término de los diez dias, debe darse la misma fianza con pena del duplo en el caso de que habiénd-

dose sentenciado la causa de remate, por no haber probado dentro de dicho término ni ofrecido probar fuera de él, despues la revoque el superior por haber estimado la excepcion que desestimó el inferior, ó por otra causa; y cuando el actor obtiene en la via ejecutiva, reservando al reo su derecho para la ordinaria, y en esta es condenado el actor; pues la ley 19 del mismo tít. y libro dice al fin: *Y no haciendo la oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el juez hacer remate y pago á la parte, dando las fianzas la parte que pide la ejecucion, que la ley de Toledo y las otras leyes de estos reinos disponen, y haga el remate y pago sin embargo de cualquiera apelacion.* Por tanto la fianza se ha de ordenar conforme á la que extenderé, y á lo que explicaré cuando trate del juicio ejecutivo, y en el caso en que deba hacerse; mas no en todos sin distincion, como hasta aquí lo han practicado los que no han visto la ley.

5. En la via ejecutiva intentada en virtud de sentencia arbitraria sobre compromiso y transacciones (a), se da tambien otra fianza que previene la ley 4 tít. 21 lib. 4 R. ó 4. tít. 17. lib. 11. N. (que llaman de Madrid, por haberla establecido allí dichos señores reyes en el año siguiente de 1494), y dice así: *Por ende queriendo en ello proveer, y proveyendo mandamos: que luego que la tal sentencia arbitraria fuere dada, de que la parte pidiere ejecucion, se ejecute libremente, pareciendo y presentándose el compromiso y sentencia signada de escribano público; y pareciendo que fué dada dentro del término del compromiso, y sobre las cosas sobre que fué comprometido, y que la parte sea satisfecha de aquello sobre que fué sentenciado en su favor, haciendo obligacion y dando fianzas llanas y abonadas ante el juez ó jueces ante quien se pidiere ó oviere de ejecutar la sentencia de tornar y restituir lo que oviere recibido por virtud de la tal sentencia con los frutos y rentas, segun que fuere condenado, si la tal sentencia fuere revocada; y prosigue ordenando lo que se ha de hacer en el recurso de apelacion hasta ejecutoriarse la sentencia, y luego dice: Y esto mismo mandamos que se haga y se ejecute en las transacciones que fueren hechas entre partes por ante escribano público; y mandamos á los del nuestro consejo que den y libren nuestras cartas para todos los consejos y personas singulares que las pidieren.* Es de advertir que en los casos de esta ley y en el de la del párrafo siguiente no se ha de ordenar la fianza con la pena del duplo, sino conforme ellas disponen.

6. Cuando se apela de la sentencia confirmatoria de pareceres conformes de los contadores que nombran las partes, ó de los que son

(a) Cuando se pidiere el cumplimiento de transacciones ó convenios conciliatorios, creemos no habrá necesidad de dar fianza, pues no la exige el art. 8 de la ley de 18 de

mayo de 1821, que habla de este punto; antes bien dice, que aquellos se ejecutarán sin excusa ni tergiversacion.—E.

nombrados por una de ellas, y por la justicia en rebeldía de la otra, debe dar aquella á cuyo favor se pronunció la sentencia, fianza de restituir lo que en virtud de esta hubiere percibido con los frutos y rentas; y constituida que sea la fianza, se ha de ejecutar la sentencia, sin embargo de apelacion, como lo previene otra ley de Madrid y un auto acordado¹. Tambien suele mandarse dar esta fianza en otros casos fuera de los referidos, y en todos se ha de extender del mismo modo.

7. La fianza de la *haz* (que tiene este nombre porque se constituye en juicio ante el juez y escribano de la causa ó ante otro escribano en virtud de órden del juez) se da en causas civiles, cuando se manda á algun fallido ó poco abonado que arraigue el juicio, y que en su defecto se le pondrá preso, la cual sirve para que si hace fuga no quede ilusorio el juicio ni el colitigante perjudicado; y en las criminales y de denuncias, cuando no se puede imponer al reo otra pena que la pecuniaria, por ser leve el delito. Esta fianza (que algunos confunden con la de *cárcel segura* ó *carcelera*) puede constituirse de dos maneras, que son: *de estar á derecho* y *de pagar juzgado y sentenciado*. La primera es cuando el fiador se obliga solamente á que el reo asistirá al juicio, y no usará de dolo; en cuyos términos solo se extiende su obligacion hasta la sentencia dada en primera instancia, durante la cual debe asistir y traer á juicio al reo siempre que se le mande, ó comparecer en él en su nombre, y defenderle; previniendo que el clérigo *in sacris* no es idóneo para constituir esta fianza ante juez lego, porque no puede renunciar su fuero. Y la segunda, cuando se obliga á las resultas del juicio, que quiere decir: *á pagar lo juzgado y sentenciado contra el reo en todas instancias*; de suerte que hasta estar finalizado y ejecutoriado el juicio, no empieza el efecto de esta especie de fianza: y aunque parece que el verdadero modo de constituir la es que el fiador se obligue á todo, como se practica, y que no queriendo no se le admita, ni se ponga en libertad al reo, si está preso, á ménos que el actor se conforme por escrito, porque quedan en descubierto el juez que la manda dar, y el escribano que la recibe, y deben pagar al actor los perjuicios que se le irroguen; observará no obstante el escribano, lo que ordena la ley 7 tít. 20 lib. 2 R. ú 8 tít. 24 lib. 5 N. cerca del fin: *Y mandamos que de aquí adelante no se dé lugar que los escribanos de la audiencia extiendan las fianzas á mas de lo contenido en los autos que los jueces dieren; y si no fuere en casos que por algunas justas causas contenga, no hagan que los presos den fianzas para mas devolverlos á la cárcel, ó pagar lo juzgado.* Y si la fianza se extendiere á mas que á una de estas dos cosas, se

¹ L. 24. y aut. acord. 1. tít. 21. lib. 4. R., ó 5. tít. 17. lib. 11. N. y nota.

entenderá puesta solamente la cláusula *de estar á derecho*¹. A estas dos clases de fianzas llaman comunmente *de estar á derecho y pagar juzgado y sentenciado*, y en sustancia no es otra cosa que relacionar lacónicamente la causa y su estado, asegurar el fiador que el reo estará á derecho en ella, y pagará lo que contra él fuere juzgado y sentenciado en todas instancias y tribunales, y que en su defecto lo satisfará y cumplirá él exactamente: á cuyo fin se obligará á ello, hará suya propia la deuda agena, y consentirá que con él se practiquen las diligencias que ocurran hecha previa excusion en los bienes del reo, y que á todo se le apremie en legal forma &c., y si quisiere puede constituirse principal pagador, y renunciar la ejecucion; pero no necesita mas expresion ni renunciacion de leyes civiles y auténticas, pues á quanto se obligue el hombre á tanto queda obligado, como lo dice la ley 1.^a tantas veces citada, que es posterior á todas las referidas y á las de Partida.

8. La fianza *carcelera* es otra clase de fianza de la *haz*, que se dirige únicamente á la libertad del reo encarcelado, el cual la da cuando no merece ni se le debe imponer pena corporal sino pecuniaria por el delito que cometió, y por eso se suelta de la prision. Lllaman á este fiador *carcelero comentariense*, porque se encarga y toma á su cuidado la custodia del reo, por cuyo encargo y promesa que hace de volverlo á la cárcel, se le pone en libertad, y así se ha de obligar á presentarlo en ella en el término legal, ó en el que prefina el juez de la causa, ó siempre que se le mande, bajo la pena que como á tal *carcelero* se le imponga no cumpliendo con la presentacion. Puede constituir esta fianza sola, ó junta con la de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado; pero regularmente se constituyen ambas bajo de un contexto y escritura, y por eso se confunden, como queda expuesto; bien que si el fiador lo resiste no puede ser compelido á ello, por lo que se lo advertirá el escribano para que sepa á lo que se obliga; *haciéndole presente que es de mas gravámen contra él que la de la *haz*, por la pena á que se obliga, ademas de pagar lo juzgado y sentenciado.^{2*}

9. Aunque el fiador se obligue á presentar al reo dentro de tiempo determinado bajo de pena, y no lo cumpla, no por eso incurre incontinenti en ella; antes bien debe el juez concederle seis meses de término si el primero fué igual ó menor, de suerte que en todo puede ser un año; y si dentro de él no lo presenta, incurra en la pena, y pasado se le puede exigir; y en el discurso del año tiene facultad de defenderlo en juicio despues de cumplido el primer plazo³; pero esta pena se entiende meramente pecuniaria y no corporal, porque á na-

¹ Parlad. differ. 60. n. 7.

² Herrera *Pract. crim.* lib. 2. cap. 1. n. 11.

³ LL. 17 y 18. tit. 12. part. 5.

die puede imponerse ninguna de esta clase por delito que no cometió¹, ni á ningun reo que la merezca se suelta ni debe soltar con fianza ni sin ella². Si el reo fallece ántes que espire el primer plazo, no debe su fiador pagar la pena; mas si muere despues de cumplido, incurre en ella, y se le puede exigir. Y si se obliga únicamente á presentarlo á dia cierto sin imponérsela, puede el juez condenarle en defecto de cumplimiento en alguna arbitraria; y procediendo la falta de presentacion de dolo y malicia suya, imponérsela mayor³. Pero en ninguno de los casos expresados debe ser reconvenido por ella despues de pasado el año siguiente al dia en que el plazo se cumplió, si dentro de él no le fuere demandada⁴.

10. *La caucion *de non offendendo* es en la que se obliga el fiador ó el mismo reo bajo de juramento, á no ofender al sujeto á cuyo favor se otorga, haciéndole responsable de los males que le sobrevengan por consecuencia de las amenazas que dieron lugar á la fianza⁵. Se puede exigir por el injuriado siempre que la injuria envuelva amenaza ó intento de matarle, herirle ó dañarle, justificando aunque sea sumariamente, que el recelo es fundado, porque el conminador acostumbra llevar á efecto sus amenazas⁶; y se debe decretar de oficio, aun cuando las partes no la pidan, siempre que se verse la utilidad pública; pudiendo obligar al que debe prestarla, cuando lo resista voluntariamente, hasta con el apremio de la prision; pero no si su resistencia nace de no tener quien lo fie, pues entónces se suplirá con la caucion juratoria⁷. Algunos autores⁸ juzgan que cuando el juez proceda á instancia de parte debe exigir la fianza, y cuando de oficio será bastante dicha caucion. El término de la duracion de aquella pende del arbitrio del juez, atendida la calidad de las personas, la clase de injurias que hayan mediado, el motivo del temor y demas circunstancias⁹. Asimismo cuando algun reo se ha refugiado á sagrado se extrae de él por el juez secular, bajo caucion juratoria por escrito ó de palabra, á arbitrio del retraido, de no ofenderle en su vida ó miembros¹⁰. *

11. *La fianza de *calumnia* es la que está obligado¹¹ á dar todo el que acusa criminalmente á otro, sin que nadie pueda resistirse á darla. Por ella asegura el acusador que su acusacion no es calumniosa, y el fiador afianza que la accion é intencion del actor quedarán probadas: que no es impulsado por odio, venganza, enemistad,

¹ L. 10. tit. 29. part. 7.

² L. tit. y part. cit.

³ L. 19. tit. 12. part. 5.

⁴ L. 10. tit. 16. lib. 5. R., ó 1. tit. 11. lib. 10. N.

⁵ Paz *Praxis* tom. 3. cap. 9. § 4. L. 5. C.

⁶ *De his qui ad Ecclesiam confugiunt.* Cap.

⁷ *De restitut. spoliat.*

⁸ Paz lug. cit.

⁹ Vilanova *Materia crim. for.* Obs. 11. cap.

¹⁰ ns. 17 y 18.

¹¹ Paz lug. cit. Panormitano in cap. 1. *De offic. ac potest. jud. del.* n. 3.

¹² Menochio *De arbitrar. jud. cent.* 2. cas. 241.

¹³ Art. 1. de la céd. de 15 de marzo de 1787.

¹⁴ L. 64. tit. 4. lib. 2. R., ó 7 y 8. tit. 3.

¹⁵ lib. 12. N.

interés ó por vejar al acusado; y se obliga en caso contrario á pagar las penas de la falsa querrela, costas, daños, perjuicios y demas dispuestas en derecho. Algunas veces se obliga solamente al acusador á todas estas resultas bajo la cantidad que el juez le asigna y manda depositar¹. * En todo servirá de regla el auto en que se manda dar, el cual y la acusacion deben relacionarse en la fianza, y de ella ponerse copia en los autos, ó nota de estar dada (a).

12. *La fianza *de rato et grato* es la que debe prestar todo el que comparece en juicio á nombre de otro sin poder suyo, ó no siendo bastante, ó presentándose como conjunto, como el marido por la muger, el pariente por sus parientes hasta el cuarto grado, los herederos que poseen bienes *pro indiviso* y los socios que tienen compañía. El actor en estos casos debe dar fianza segura bajo de pena, de que aquel por quien acciona habrá por firme lo que se practicare é hiciere en el pleito, y que en caso contrario el y su fiador pagarán al colitigante la pena prometida y la que se le imponga: el reo debe exigir la fianza ántes de la contestacion, pues despues no está obligado á darla aunque se le pida². *

13. En los concursos y concurrencias de acreedores, cuando alguno de los que comparecieron y fueron graduados, quiere percibir la cantidad que segun la sentencia le corresponde, debe dar para ello fianza lega, llana y abonada (que llaman *de acreedor de mejor derecho*, y por otro nombre *depositaria*) (b), y obligarse su fiador á que siempre que ocurra otro acreedor que tenga derecho mas privilegiado contra los bienes del deudor, ántes ó despues de ejecutoriarse la sentencia, restituirá aquel la cantidad que percibiere, luego que para ello sea requerido, y se le mande por el juez de la causa, y en su defecto lo hará el fiador, hecha previa excusion en los bienes del tal acreedor por quien constituye la fianza³. El motivo de darla es, para que si despues de la graduacion aparece algun acreedor que no fué citado, y si lo ha sido, no se cumplió ni veri-

1 Vilanova lug. cit. Observ. 6. cap. 1. ns. 89 y 90.

(a) En 20 de julio de 1723 acordó la sala del crimen de la audiencia de Méjico, que los escribanos á continuacion de la sentencia, auto ó decreto, en que se mandare á las partes dar fianza, pongan testimonio de ella, para que sin ser necesario ocurrir al protocolo de los originales conste en los procesos; entendiéndose esto sobre cualquiera delito. Balaña Autos de la sala del crimen n. 6.—E.

2 L. 10. tit. 5. part. 3.

(b) Tambien se llama *fianza depositaria* la que da el reo ejecutado de no enagenar los bienes embargados, cuando quiere que permanezcan en su poder, en cuyo caso se le dejan haciéndose inventario de ellos, y consignando ademas el fiador cierta cantidad bastante á cubrir las

resultas de la causa y todas sus atenciones, constituyéndose depositario y legal tenedor de ella, sujeto á las órdenes y disposiciones del juez que conoce del asunto. Esta misma fianza debe dar cuando despues de trabajada la ejecucion solicita el desembargo. (Acevedo en la ley 19. tit. 21. lib. 4. R. n. 52.) En las causas criminales suele tambien mandarse dar este género de fianza, cuando el actor pide se le entregue lo que pretende ser suyo, y en ello hay duda, como en el caso de hurto, si habiéndose aprendido al reo el robo pretendiere recuperarlo en virtud de la prueba que tiene producida; sobre lo cual puede verse á Herrera Pract. crim. lib. 2. cap. 1. n. 17.—E.

3 Salg. Labyr. cred. part. 1. cap. 8. n. fin. y part. 2. cap. 6. n. 1 y sig.

ficó el término ó condicion estipulados en su escritura, no quede perjudicado teniendo mejor derecho, ni el acreedor que percibió su débito tenga excusa para volver la cantidad percibida, y ántes bien se le pueda compeler á su entrega por la accion *revocatoria*, como al depositario, en cuyo concepto se le debe tener en este caso. Tambien puede el mismo acreedor hipotecar alguna finca suya á la responsabilidad de dicha cantidad, y entonces no tiene precision de afianzar.

14. En el párrafo 32 del capítulo antecedente se dijo que el acreedor podia exigir fianza del deudor despues de celebrado el contrato principal, siempre que este intentase mudar de domicilio ó disipase sus bienes. Esta es la fianza llamada de *arraigo*, mediante la cual evita el deudor que se le ponga preso¹. Mas para ser precisados á darla debe constar legítimamente el débito por confesion, escritura, ó informacion á lo ménos sumaria, y faltando este requisito no debe ser compelido á afianzar². Si es demandado en juicio y no halla quien lo fie, basta que haga caucion juratoria de estar á derecho hasta la conclusion del negocio y pleito sobre el instaurado³ (*). Y si el fiador se constituye insolvente, deberá dar otro al deudor cuando la fianza se dió por necesidad y disposicion de la ley, y por forma y sustancia del acto, y con mayor razon con causa nueva que sobrevenga; pero no cuando fue dado por voluntad y convenio de las partes, y el acreedor se contentó con él⁴, excepto que se pactase así.

15. *Interpuesto recurso de nulidad de sentencia que cause ejecutoria, si la parte que obtuvo quiere que aquella se lleve á efecto, habrá de dar fianza de estar á las resultas, si se mandare reponer el proceso⁵. *

16. *Los alcaides y carceleros ántes de usar de su oficios han de dar fianzas, legas, llanas y abonadas, en la cantidad que pareciere á la audiencia del distrito, con obligacion de tener los presos en custodia y guarda, y no soltarlos sin haber pagado y satisfecho, pena de pagar y satisfacer los principales y fiadores; y las escrituras han de entregarse á los oficiales de hacienda pública, para cuando se ofrezca su execucion⁶. *

17. *Los personeros de número y apoderados particulares en la suprema corte de justicia de la federacion, no pueden ser admitidos

1 LL. 1 y 2. tit. 18. lib. 3. Fuero Real.

2 L. 66. de Toro, que es la 3. tit. 16. lib. 5. R., ó 5. tit. 11. lib. 10. N.

3 L. 41. tit. 2. part. 3.

(*) Arraigar es asegurar, afianzar, abonar hipotecas ó dar prendas en suma equivalentes á la que se demanda. Arraigarse es obligar bienes equivalentes á la cantidad que se le pide.

No está en práctica para este caso la ley de Partida que se cita, y si el prender el cuerpo del que no halla fianza de arraigo, co-

mo dispone la ley del Fuero Real que tambien se cita, y aun se acostumbra hacer con la prision el secuestro de los bienes al mismo tiempo. (Gomez parece que excluye la prision, y prefiere el secuestro. Núm. 2. Estúdiense este punto, y véase la ley del Fuero Real.) *Febrero adicionado.*

4 Gom. lib. 2. Var. cap. 13. n. 7.

5 Art. 46. cap. 1. dec. de 9 de octubre de 1812.

6 L. 4. tit. 6. lib. 7. R. I.