

abonado al tiempo de constituir la fianza: Vº Quando la parte se contentó con él (1).

152 La mancomunidad es un contrato por el qual dos, ó mas personas se obligan como principales á pagar á prorrata, ó cada una por el todo la deuda que contraen. Diferénciase la mancomunidad de la fianza, en que en esta los simples fiadores se obligan subsidiariamente á la solucion del débito por insolvencia, ó falencia del deudor principal, hecha previa ex- en sus bienes: y aunque se obliguen como principales pagaciondores, siempre hay uno, ó mas que son los verdaderos deudores; pero en la mancomunidad todos son deudores principales, ya se obliguen simplemente, ó cada uno por el todo, y no hay que hacer excusion en los bienes del uno para reconvenir al otro por su parte, pues á un propio tiempo puede el acreedor dirigir su accion contra todos. Y convienen en que por ámbas quedan todos obligados segun se obliguen.

153 Si cada uno se obliga simplemente á satisfacer la deuda, ó cumplir otro contrato, debe ser réconvenido solamente por su parte; y si se obliga por el todo, puede el acreedor demandársela íntegramente, como lo expresa la ley 2. Cod. de Duobus reis stipulandi, & promitendi; que dice: *Creditor prohiberi non potest exigere debitum cum sint duo rei promitendi ejusdem pecunie, à quo velit; & ideo si probaveris te conventum in solidum exolvisse, Rector Provinciæ juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuum pecuniam accepisti, non cunctabitur*, y se prueba con la ley 10. t. 1. l. 10. N. R. cuyo tenor es este: *Establecemos que si dos personas se obligaren simplemente por contrato ó en otra manera alguna para hacer y cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienden ser obligados cada uno por la mitad, salvo si en el contrato se dixese que cada uno sea obligado in solidum, ó entre sí en otra manera fuere convenido é igualado; y esto no embargante qualesquier leyes del Derecho comun que contra esto hablan; y esto sea guardado así en los contratos pasados como en*

manda del acreedor, le condena á pagar cierta suma por su parte, tampoco alcanza á los demas deudores en todo; por la regla de que la cosa juzgada no aprovecha mas que á las partes.

(1) Bobad. lib. 3. Polit. cap. 13. n. 104. Ayllon, ad Gom. lib. 2. Var. cap. 13. n. 24. y otros que cita.

los por venir. Cuya ley corrige la Auténtica: *Hoc ita, Ced. de Duobus reis stipulandi*, de que los Escribanos ponen renunciacion en este contrato, y la ley 10. tit. 12. Part. 5. concordante con ella en esta parte. Y si alguno ó algunos son pobres ó no estan en el lugar al tiempo que el acreedor pide el débito, deben pagarlo por entero los socios mancomunados, ya sean uno ó mas, como lo expresa dicha ley 10. al fin. *E si por aventura todos non fuesen en la tierra, ó alguno dellos non fuese valioso, entonces los que fueren y é que ovieren la valia, deben pagar todo el debdo quantos quier que sean, uno, dos ó mas.* Cuya legal disposicion no está derogada ni corregida en este particular (a). Y se advierte que pendiente el pleyto contra uno de los deudores, puede el acreedor dirigir su accion contra el otro, aunque sea despues de dada la sentencia (1).

154 Pero se duda si habiendo pagado uno por todos, y obteniendo el lastro del acreedor, podrá repetir contra cualquiera de los demas mancomunados por el todo, deducida la parte que como uno de ellos le tocó satisfacer, y aquel que se lo pague, usar de la misma accion contra otro de los consocios, baxada la suya y así los demas respectivamente por el resto hasta la extension del crédito, ó solo á prorrata contra todos: y parece que debe ser por el todo, porque de lo contrario se hace el primer pagador de peor condicion que los demas, siendo así que todos se obligaron omnimoda é idénticamente sin distincion, y que el acreedor puede repetir contra cada uno de ellos al modo que contra el otro: se le irrogarán muchos perjuicios en tener que litigar con todos aunque sea en un Juicio, y de poco le servirá la cesion y subrogacion de los derechos del acreedor, respecto de que no goza enteramente de ellos (b). Esta misma duda propone

(a) Si no se hace renuncia de la disposicion de la ley 10. tit. 12. p. 5. ó la renuncia del beneficio de division, que es equivalente; ó las leyes de la mancomunidad, que todo es uno, podrá el deudor obligado mancomunadamente y en todo, valerse de la decision de la referida ley 10. de la partida que contiene una disposicion no derogada, llena de equidad para que la deuda se pague entre todos los solventes: véase la nota del n. 156.

(1) Salg. part. 1. Labir. cap. 17. desde el n. 10. al 34. Parlad. lib. 2. Rer. cap. fin. Part. 5. §. 11. n. 21.

(b) Conviene desenvolver los principios de la doctrina de este número. El deudor en todo que paga el todo, tiene derecho á que el acreedor le



Olea de jur. tit. 5. quæst. 5. y para evitar las que pueden ocurrir sobre ello mediante no haber disposicion legal que las disuelva, preguntará el Escribano á los contrayentes (ins-

ceda las acciones ó le dé lasto para repetir de los demas codeudores en todo el exceso que pagó sobre la cantidad que le correspondia por su parte. Se ha dicho ya que quando muchos se obligan en todo solamente son respecto del acreedor deudores del todo cada uno; pero entre sí se divide la deuda, y cada qual es deudor por sí mismo únicamente por la parte que tiene en la causa de ella. Por medio de la cesion de acciones, se entiende que el deudor las compra del acreedor, quien no puede negarse á esta subrogacion, y si se puso en estado de no poder ejecutarla, pierde su derecho y accion para demandar en todo, segun queda explicado en las Notas antecedentes. Quando el deudor en el acto de pagar exige la cesion aunque se la niegue el acreedor, se supone que la ley la hace, y asi no es necesario un procedimiento contra él para que la haga. Esta subrogacion no es solo contra los codeudores, sino contra los fiadores; tambien queda subrogado en todos los privilegios é hipotecas anexas á las acciones del acreedor.

Quando uno de tres ó quatro deudores obligados mancomunadamente en todo pagó el todo de la deuda, con lasto contra los demas, disputan los AA. (y es la question que se suscita al principio de este número), si podrá pedir el todo á cada uno de los demas, con rebaxa de la quarta ú otra parte correspondiente á él, en la qual no pudo ser subrogado. En efecto, parece que siendo el deudor por la subrogacion un procurador en causa propia del acreedor, puede introducir esta demanda. Por la opinion contraria puede decirse que estando per aquella opinion habria un circuito de acciones, porque el codeudor que hubiese pagado el todo con la rebaxa de la quarta parte correspondiente al deudor que la habia demandado, teniendo como tenia tambien igual derecho á ser subrogado en las acciones del acreedor con rebaxa de la suya, tendria tambien derecho para demandar al deudor que le demandó á él, rebaxándole asimismo la quarta parte, puesto que el deudor que primero demandó está tambien obligado por todo al acreedor, cuyas acciones se suponen cedidas. Yo entiendo que debe evitarse este circuito de acciones y pleytos, y que se ha de demandar á prorrata á los codeudores solventes. La ley 11. tit. 12. p. 5. hablando de especie semejante quando pagó uno de los fiadores *en todo* decide expresamente que la repeticion contra los demas en fuerza del lasto ha de ser á prorrata: *demandar á cada uno de los otros fiadores aquella parte que pagó por ellos.* Véase á Greg. Lop. sobre esta ley.

Aunque un deudor haya omitido al tiempo de pagar exigir la subrogacion, no por eso queda privado de todo recurso; tiene todavia por sí una accion para repetir de sus codeudores la parte que es obligado á pagar cada uno de ellos; accion diferente segun las diferentes causas de que procede la deuda. Quando la deuda de mancomun y en todo se contrae por muchas personas para un negocio comun, como si tomaron dinero prestado y lo emplearon en objetos comunes, ó lo distribuyeron entre todos obligándose en todo á su resticion, en tal caso el deudor mancomunado y *en todo* que pagó el todo, tiene contra cada uno de los deudores la accion

truyéndoles primero de todo) lo que se ha de hacer en este caso, y lo que resuelvan se pondrá en la Escritura, la qual servirá de ley y regla, pues segun se obliguen quedarán obligados y deberán pagar. Y se previene que si uno de los mancomunados percibió toda la utilidad del negocio, puede pedir el otro que se le demande primero (1). Y que si uno pagó toda la deuda que dimanaba de causa onerosa, y todos participaron de la utilidad, puede repetir de los demas sus partes á proporcion de la que percibieron, mas no si él la disfrutó toda (2) (a); pero si son deudores por causa lucrativa

de un socio, para repetir de él por la parte que tuvo en el negocio comun. Si alguno de ellos vino á estado de insolvencia, se deberá abonar por los demas la parte que les cabe de esta insolvencia; la insolvencia de un socio es una pérdida para la sociedad, que deben soportar todos. Por exémplo, si seis personas en union compran una partida de géneros, obligándose todos de mancomun en todo al pago de todo su precio, aunque en la distribucion que despues hagan entre sí, se haga cargo cada uno de pagar la parte de géneros que llevó, si uno de ellos quiebra, y otro pagó el todo sin exigir subrogacion, le deberán abonar los demas segun la porcion de géneros que cada uno llevó lo que á esta porcion les cabe de la pérdida sufrida por la insolvencia del que quiebra.

Quando el negocio por el qual se contraxo la deuda de mancomun y *en todo*, no concierne sino á uno de ellos aunque todos sean deudores principales respecto del acreedor, entre sí solo es deudor principal aquel á quien el negocio concierne; los demas son como sus fiadores. Si aquel pagó el todo de la deuda no tiene recurso ni accion alguna contra los demas, si lo hizo alguno de estos, repetirá contra él por la caccion de mandamiento: y en quanto á la accion que tenga contra los otros, si quiebra aquel en cuyo provecho se convirtió el negocio, véase lo que se ha dicho y acerca de las acciones que un fiador *en todo* tiene contra sus confidejadores *solidarios*, particularmente la ley 11. tit. 12. part. 5. que es tan clara y terminante que no dexa lugar á opiniones.

(1) Ley Unde quæritur, ff. Commodati. y Ley Cum plures, §. Vestimenta, ff. Locati. Gom. lib. 2. Variar. cap. 12. n. 2. (2) Ley 1. Cod. de Duobus reis, ley 3. ff. de Exercito, ley Habebat §. fin. y ley Sig. ff. de Instituit.

(a) Quando la deuda de mancomun, y *en todo* procede de una donacion, como si dos ó mas personas hicieron donacion á alguno para que contraxese matrimonio obligándose *en todo* á pagar la suma donada, si una de ellas pagó el todo, no pueda en este caso tener la accion de un socio contra los demas por no haber aquí lucro alguno, que es el objeto esencial de la sociedad; pero sí tendrá la accion de *mandamiento*, pues cada donante no es donante ni deudor por sí, sino de su parte; y en quanto al exceso, es deudor por sus donantes, como su fiador y mandatario.

Segun los principios escrupulosos de los jurisconsultos romanos, quan-



no puede (1).

155 Las Escrituras de mancomunidad tienen muy poco que hacer, pues según el pacto de los contrayentes deben entenderse. No necesita el Escribano poner en ellas renunciación de las leyes del Derecho común, por la razón que dexo expuesta en el núm. 116, y así quando dos ó mas se obligan de mancomun por el todo, es superfluo renunciar el beneficio de la división y excusión, la Auténtica: *Hoc ita, Cod de Duobus reis stipulandi* (que algunos dicen: *de Duobus reis debendi*, y no hay tal título en el Código) y las leyes de la mancomunidad, y basta decir: *Todos se obligan de mancomun y cada uno por el todo á satisfacer á dicho Pedro tantos reales, &c.* con cuya expresion queda cada uno obligado por el todo, y por él puede ser reconvenido ó por su parte é elección del acreedor; y si se obligan simplemente, en diciendo: *que se obligan de mancomun á pagar á dicho Juan tantos reales, ó que se obligan á prorrata, &c.*, pagarán solamente su respectiva parte, y los ricos por los pobres, como consta bien claro en lo que dexo explicado y en las leyes insertas en este §., por lo que todas las demas renunciaciones no sirven mas que de confundir á los contrayentes, y aun á muchos Escribanos que por esto interpolan en las fianzas la renunciación de las leyes de la mancomunidad, y en esta la de unas y otras.

### §. VI.

#### De las Fianzas de arraygo y Caucion Juratoria.

156 Ninguno está obligado á dar fianzas, si al tiempo

do la deuda procede de un delito, como si muchos fueron condenados mancomunadamente en todo á pagar cierta suma en resarcimiento civil de perjuicios, el que pagó el todo no tiene la acción como socio, ni la acción de mandamiento contra los demas reos ó deudores, porque no es válida la compañía ó mandamiento de cosas malas l. 3. §. 2. ff. de contr. empt. La práctica de algunos países concede una acción, que puede llamarse útil de Procurador voluntario, dictada por la equidad nacida del hecho de pagar uno la deuda común á todos. *Papon l. 24. tit. 12. n. 4. Traité des obligations. part. II. cap. III. §. VI. n. 282.*

(1) Ley in lege Falcidia 63. ff. ad Leg. Falcidiam. Gom. ibi, n. 3. & ibi Ayllon, núm. 4.

de la celebracion del contrato principal no se le pidieron, á menos que disipe sus bienes, que entonces se hace de peor condicion que quando lo cobró ó que quiere ir á vivir á otra tierra; en cuyos dos casos puede ser preso hasta que arraygue, y dé fiador lego, llano y abonado (1); (a) mas para ser precisado al arraygo, debe preceder legitimamente del débito por confesion, escritura, ó informacion á lo menos sumaria, y faltando este requisito, no debe ser compelido á afianzar (2). Si es demandado en Juicio, y no halla quien le fie, basta que haga caucion juratoria de estar á Derecho hasta la conclusion del negocio, y pleyto sobre él instaurado (3). Y si el fiador se constituye insolvente, deberá dar otro al deudor quando la fianza se dió por necesidad, y disposicion de la ley, y por forma, y substancia del acto, y con superior razon con causa nueva superveniente; pero no quando fue dado por voluntad, y convencion de las partes,

(1) Leyes 1. 2. tit. 18. lib. 3. del Fuero Real.

(a) La fianza de estar á derecho, como tambien la fianza carcelera se convierte en fianza de juzgado y sentenciado, ó lo que es lo mismo *in id quod interest*, quando el fiador no presenta al reo, ó al deudor; á menos que estas fianzas se hayan contraido á cantidad determinada. La fianza carcelera, que es la promesa que uno hace de presentar á otro al juez siempre que este lo exija para libertarle de la cárcel que de otra manera sufriria, no puede concederse sino en los casos en que la pena del delito haya de ser pecuniaria, y la razon es manifiesta, pues no siendo justicia, que el delito que uno cometió se castigue en otro, por exemplo, que se azote, ó ahorque á Juan por el robo ó muerte que hizo Pedro; no puede por lo mismo ser castigado el fiador por el delito del reo por quien fia. Si la pena del fiador que no presenta al reo es pecuniaria, queda sin castigo el delito principal por castigar el descuido del fiador. No sucede así, quando la pena es de dinero, que en tal caso nada importa que la pague el reo, ú otro por él, pues esto puede hacerse aun que el reo esté en prision.

Arraigarse 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 sí el prender el cuerpo del que no halla fianza de arraygo, como 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 n. 2. Estúdiase este punto, y véase la ley del fuero real.)

(2) Ley 66. de Toro, que es la 5. t. 11. l. 10. N. R. (3) Ley 41. tit. 2. P. 3.