

hijo por el padre, entónces se admite la caucion de que *el dueño dará la cosa por válida*, como puede verse en todo el *tit ff. Rem, rat. hab.* Si esta caucion se exige ántes de la contestacion del pleiio, será pretoria; si despues de contestado, será judicial, y por tanto con razon se cuenta entre las comunes.

§. DCCCLX y DCCCLXI. Últimamente siguen las cauciones ó estipulaciones *convencionales*, cuyas especies advertimos que eran casi innumerables. La estipulacion era el fundamento comun de todos los negocios: de aquí es que ni por acaso se celebraba ningun contrato sin que mediase estipulacion, y por esto se afirmaban las compras con las estipulaciones, *L. 7. §. ult. ff. De contr. empt.* Plauto, *Epid act. 3. scen. 4.* Á nadie son desconocidas las estipulaciones edilicias que se agregaban á todas las compras de las cosas; por ejemplo, que la cosa está sana; que el caballo come y bebe, como es conveniente, *L. 44. §. 4. ff. De act. empt.*; que el siervo está sano, que no es ladron, loco, fugado, dado en pago con perjuicio de otro, etc. Del mismo modo se agregaban las estipulaciones á las locaciones, *L. 58. §. 4. Locat. ff.*; al mutuo sobre las usuras ó sobre el modo de prestar la pena convencional, *L. 3. C. De usur. L. 13. ff. De novat*; últimamente acompañaban las estipulaciones á los esponsales, á las obligaciones literales, á las novaciones y á las aceptilaciones, como se ha advertido en otros lugares. Enseñó esto de propósito, y claramente mostró á los juriscultos ejemplos buscados de todas partes, con esquisita diligencia y trabajo casi admirable, el eruditísimo Brissonio en la mayor parte del *lib. 6. De form. rom.*

TÍTULO XX.

DE LAS ESTIPULACIONES INÚTILES.

§. DCCCLXII. Llámanse estipulaciones inútiles las que no tienen efecto, así como en el mismo sentido se llaman también inútiles los legados y fideicomisos. Y esto sucede por tres causas: 1^a por las personas de los contrayentes, si no pueden obligarse prometiendo, §. 863-866. 2^a Por las cosas que entran en la estipulacion, como si no están en el comercio, ó á nuestra disposicion y arbitrio, §. 867 y 868. 3^a Por no guardar la forma de la estipulacion, §. 869-871.

§. DCCCLXIII y DCCCLXIV. Por la calidad de las personas no pueden ménos de ser inútiles algunas estipulaciones, pues 1^o *los que no pueden consentir, tampoco pueden estipular ni prometer.* Porque, ¿ cómo se ha de concebir contrato sin consentimiento? Y de aquí se deduce, (a) que ni los niños, ni los furiosos, ni los mentecatos, ni los sordomudos pueden estipular ni prometer, pues sin consentimiento no pueden concebirse ni estipulacion ni promesa. (b) Que los pupilos salidos de la infancia pueden ciertamente estipular sin autoridad del tutor, pero no prometer, pues cuando prometen, se obligan, y por tanto hacen peor su condicion. Al contrario, cuando estipulan, hacen mejor su condicion, §. 254, pues otro se obliga á ellos. Aquí ocurre esta importante cuestion: ¿ se obligan el pupilo y el menor, á lo ménos naturalmente? Los mas de los autores afirman que el pupilo y el menor solo se obligan naturalmente, y que uno y otro son incapazes de obligacion civil; pero aún cuando esto sea mui cierto respecto del pupilo, con todo los menores también se

obligan verdadera y civilmente, como hizo ver de propósito Zach. Hubo en su *Diss. phil. jurid. B. Diss. de oblig. pub.*; y á la verdad, (a) cuando en la *L. 101. ff. De V. O.* se dice, *que los púberes pueden obligarse por medio de la estipulación sin el consentimiento de los curadores*, ¿quién negará que en este lugar no se entiende la obligación natural, sino la civil? Verdad es que de la estipulación no nace obligación natural, sino civil. (b) Ni se infiere otra cosa de la *L. 43. De O. et A. L. 9. §. 4. ff. De jurejur.*, donde dice el jurisconsulto que pueden los menores prestar juramento; lo cual no puede hacer sino el que tiene libre facultad de disponer y obligarse. (c) Se manifiesta esto de que los menores tienen restitución *in integrum*. Porque ¿qué necesidad tenían de restitución, si no estaban obligados civilmente y con efecto? 2º El otro axioma que aquí notamos es, *que toda estipulación requiere dos personas*, una estipulante y otra prometedora, pues la estipulación es un contrato, y contrato es el consentimiento de dos ó mas sobre una misma cosa. De esto se deduce claramente (a) que no puede haber estipulación entre el padre y el hijo (1), porque jurídicamente son una persona, y no dos, §. 139. 6, (b) ni entre el dueño y el siervo, que también está ligado por el vínculo de potestad. Y ciertamente, no siendo el siervo por Derecho romano persona, es evidente que mucho ménos, negociando el dueño y el siervo, pueden considerarse como

(1) Los hijos pueden prometer, y serán válidas las promesas que hagan á sus padres de los bienes castrenses ó casi castrenses, *L. 6. tit. 11. Part. 5.*; lo mismo la que se hace entre hermanos de los mismos bienes. No valdrá el pacto celebrado por la mujer casada sin licencia de su marido, ó con la habilitación judicial en caso de ausencia de aquél ú otro cualquier impedimento legal. Tampoco vale la promesa del pródigo, á quien se ha prohibido la administración de sus bienes, por estar equiparado en Derecho al furioso.

dos personas. (c). Últimamente es digno de observarse que dos hermanos constituidos en la potestad del mismo padre, tampoco pueden estipular entre sí, como espresamente se ve por la *L. 38. ff. De condict. indebit.*; pues aunque sean dos personas, sin embargo, como los hijos de familia no tienen nada propio, sino que por Derecho antiguo todo era del padre, el estipular el hermano con el hermano sería igual á que el padre estipulase consigo mismo; pues lo que el hermano promete dar, es del padre, y lo que adquiere el otro hermano estipulando, lo adquiere para el padre.

§. DCCCLXV y DCCCLXVI. El tercer axioma es: *ninguno puede estipular para otro mas que para sí mismo*. La razón de este axioma se da en el §. 19. *Inst. h. t.*, diciéndose, *que se han inventado las estipulaciones ú obligaciones, para que cada uno adquiera para sí lo que le convenga. Por lo demás, si se da algo á otro, esto no es del interés del estipulante*. Pero no es menester que vayamos tan adelante: basta decir, que esto se deriva de la misma naturaleza de la obligación, la cual es un vínculo del Derecho, por el que somos compelidos á pagar alguna cosa, §. 768. Y de esta definición se sigue inmediatamente que la obligación no sale de la persona: si no sale de la persona, ninguno puede pedir lo estipulado sino aquel que estipuló; y por tanto ninguno puede estipular sino para sí mismo; que es lo que se quería demostrar. Ahora fácilmente se entenderán los siguientes axiomas: (a) el padre no puede estipular para el hijo, á no ser heredero, *L. 17. §. 4. L. 33. ff. De pactis*; pues aunque semejante estipulación sea útil al padre estipulante, no lo es sin embargo al hijo, porque este no adquiere nada, viviendo el padre. Mas aprovecha al hijo heredero, porque entonces este sucede en todos los derechos del difunto. (b) Si alguno ha estipulado copulativamente para sí y para Ticio, solo

vale la estipulación respecto de la parte del estipulante, pues el otro no adquiere ningún derecho por la estipulación de un tercero; §. 4. *Inst. h. t.* (c) Si alguno estipula para sí ó para Ticio disyuntivamente, vale la estipulación, de manera que él prometedor se obliga solo al estipulante, quedando sin embargo dueño de pagar á este ó á Ticio. Esto proviene de la regla de interpretación, según la cual *las palabras se han de interpretar de modo que tengan efecto*. Y puede semejante estipulación tener efecto, si suponemos que el estipulante estipula para sí, pero que trasfiere el pago á Ticio. (d) Bien puede el tutor estipular con el contutor que administra la tutela, que quedarán salvas las cosas del pupilo, pues no tanto estipula para el pupilo como para sí, porque si el contutor administra mal los bienes, no solo es el peligro para él, sino que también pertenece al contutor: y cuando á nosotros nos resulta interés, también podemos estipular para otro, §. 20. *Inst. h. t.*

§. DCCCLXVII y DCCCXVIII. Hacen inútil la estipulación las cosas que entran en ella, 1º ó porque no están en el comercio, por ejemplo, si uno promete un templo; 2º ó porque manifestamente no existen ni pueden existir, por ejemplo, si uno promete un fauno, un sátiro, un centauro. Mas las cosas que pueden existir, aunque verdaderamente no existan, pueden prometerse útilmente, por ejemplo, la vendimia del año que viene, *L. 73. ff. De V. O.* Se ha de observar de paso, que en las *Inst. §. 1. h. t.*, se leen las siguientes palabras: *si quis rem quæ in rerum naturâ non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit*. Pero *aut* se toma allí por *et* como otras muchas veces, *L. 53. ff. De V. S.*, y así se traducirá: *si alguno estipulase que daría una cosa que no existe, ni puede existir, etc.* También estipulamos inútilmente, 3º cuando ya son nuestras las cosas que se nos prometen. ¿Cómo puede dársenos

ni hacerse nuestro lo que ya nos pertenece? 4º Porque las cosas sean torpes ó imposibles. Á la verdad las cosas torpes también son imposibles moralmente, como muy bien y elegantemente observa Papiniano, *L. 15. De condit. instit.*, y no hai ninguna obligación para las cosas imposibles. 5º Porque se prometa un hecho ajeno, pues nadie puede prestarlo. Sin embargo se ha de distinguir, si uno prometiese un hecho meramente ajeno, ó que él lograría que otro lo hiciese, ó últimamente, si se obligase á la indemnización. En el primer caso la promesa es inútil: en el segundo es útil, pero el prometedor se libra, si prueba que por su parte hizo lo que pudo, porque ninguno está obligado á cosas imposibles, *L. 185. ff. De R. J.* En el último caso está obligado indistintamente, aunque pruebe que no dejó piedra por mover, pues se obligó á sí mismo, y no á otro.

§. DCCCLXIX — DCCCLXXI. En tercer lugar, se halla vicio también en la estipulación respecto de la forma; lo cual la hace inútil. La forma de la estipulación consiste, 1º en el consentimiento de los contrayentes; 2º en la conformidad entre la respuesta y la pregunta; y 3º en las palabras proferidas vocalmente estando uno y otro presentes. Si faltase alguna de estas tres cosas, no existe estipulación. Colegimos pues del primer requisito, que todas las estipulaciones son inútiles, 1º cuando el prometedor y el estipulante no convinieron en lo mismo; lo que sucede por error en la cosa ó en la persona, pues si solo se yerra en el nombre ó en un punto accidental, es útil la estipulación. 2º Cuando estipula ó promete uno bajo de condición imposible, pues entónces consienten á la verdad los contrayentes; pero al mismo tiempo muestran, ó que se burlan, ó que no están en su juicio; y en uno y otro caso no pueden contraer. De aquí se deduce ahora fácilmente, por qué la condición imposible vicia el contrato, § 11.

Inst. h. t. L. 31. De obl. et act., teniéndose por no escrita en los testamentos. Pero ya se satisfizo á esto, cuando se trató de los legados, §. 832. 3. Del segundo requisito se infiere, que no puede resultar obligacion, si uno responde otra cosa distinta de lo que se le ha preguntado; de suerte que entónces no vale la estipulacion, ni aún en la suma en que se convino; como si se prometiese ménos de la cantidad que se pedia. Pues aunque la parte se contenga en el todo, *L. 113. ff. De R. J.*, sin embargo existe un testo espreso en el §. 5. *Inst. h. t.*, que se ha de notar contra los que disienten de esta opinion. Pero si se piden dos cosas diversas, y se promete una, el prometedor estará obligado respecto de esta, §. 18. *Inst. h. t.* Últimamente inferimos del tercer axioma, *que no puede intervenir ninguna estipulacion entre los ausentes*. Por tanto en vano estipulará uno por cartas, por un comisionado ó procurador, pues la estipulacion es un contrato verbal de tal naturaleza, que se han de proferir de viva voz las palabras solemnes. Sin embargo, si existe escritura ó instrumento en que se dice que hubo estipulacion, se tiene por verdadero, hasta que se pruebe lo contrario. De aquí la regla de los doctores que dice, *que á favor de la escritura existe la presuncion de la verdad y solemnidad*; cuyo fundamento está en el §. 17. y 21. *Inst. h. t.* Por lo demas esta regla presta grande utilidad, no solo en las estipulaciones, sino tambien en los testamentos, y en todos los demas insirumentos; y por esto la esplican estensamente Mascardo, Menoquio, Fulvio Paciano, y otros que escribieron de las presunciones.

TÍTULO XXI.

DE LOS FIADORES.

§. DCCCLXXII — DCCCLXXIV. Trátase aquí de los fiadores, porque la fianza es una especie de estipulacion, que no se contraia de otro modo que por una pregunta y la correspondiente respuesta: *afianzas? afianzo: prometes caucion? la prometo: prestas caucion? la presto: mandas? mando*. De donde viene que los fiadores se llamaban tambien *fideipromisores, adpromisores*, y si la fianza se hacia ántes que se contrajese la deuda principal, se denominaban *mandatores*. En cuanto á lo demas, se pregunta, 1º qué es fianza, y cuál es su naturaleza, §. 873 y sig.; 2º quiénes pueden ó no salir fiadores, 875 y sig.; 3º á qué obligaciones puede aplicarse la fianza, §. 877 y sig.; 4º qué efecto tenga aquella, §. 879.; y 5º qué beneficios competen á los fiadores, §. 880 — 886. En cuanto á lo primero, sabremos la naturaleza de la fianza, parte por la definicion, y parte por los axiomas que se derivan de ella. *Fiador es el que consiente en una obligacion ajena por medio de la estipulacion, sin causar novedad en ella*. Nada se pone en vano en esta definicion. Decimos que el fiador *consiente* en una obligacion ajena, porque la fianza es un contrato accesorio, como lo llama mui bien Puffendorf; y de aquí es que ántes debe existir la obligacion principal que la fianza, pues si esta precede á la obligacion principal, no es fianza, sino mandato. Decimos ademias que el fiador *consiente por medio de la estipulacion*, pues si uno responde de otro sin interponer estipulacion, no afianza, sino que *promete*. Por tanto se diferencian la fianza y el *dinero prometido*, en que aquella es un contrato verbal ó estipulacion, y este un pacto pretorio; de

aquella nace la accion de lo estipulado, de este la accion de dinero prometido. Decimos últimamente en la definición, que el fiador consiente en la obligacion ajena sin causar novedad en ella, pues no se quita la obligacion principal, ni se libra el deudor, porque otro le salga fiador, sino que este se agrega á la obligacion para mayor seguridad del acreedor; Asi pues, si yo dijese que tomaba á mi cargo la obligacion de Pedro, de manera que claramente quedase este libre, no seria esta fianza, sino *promesa formal*, cual es sin duda aquella del apóstol san Pablo, *Philem. v. 18 y 19: si te hubiese causado algun daño, ó te debiese alguna cosa Onésimo, yo me obligo por él. Yo Pablo, que te escribo de mi puño y letra, te lo pagaré.* Con esto se entenderán fácilmente cuatro axiomas acerca de la fianza, que corresponden al §. 874: 1º *la fianza es estipulacion*, pues en otro caso no se diferenciaria de la promesa. 2º *La fianza es un negocio civil y varonil.* Asi se llama espresamente en la *L. 1. ff. ad SC. veley.*, y en la *L. 2. pr. ff. De R. J.*, porque se celebraba este negocio á presencia de varones. Véase á Jac. Gothofr. *Coment. ad reg. Jur. lib. 2.* 3º *La fianza es un contrato accesorio*, pues se ha inventado para seguridad del acreedor, á fin de tener obligado al deudor, y si este no paga, al fiador. 4º *Antiguamente el fiador estaba obligado como co-reo, en el día solo subsidiariamente.* Es decir, que antiguamente estaba en el arbitrio del acreedor reconvenir al deudor ó al fiador segun queria, *L. 20 ff. De cond. indeb. L. 16. §. ult. ff. De fidejuss. L. 5. C. De fidejuss.*; y de aquí aquel dicho de Tháles Milesio, *promete, y el daño estará cercano.* Es verdad que el mismo derecho tiene hoy dia el acreedor de poder demandar al deudor ó al fiador; pero este goza ahora del beneficio de orden, de que se hablará despues; y si usa de él, no está obligado á pagar, sin que ántes se proceda contra los bienes del deudor principal.

§ DCCCLXXV y DCCCLXXVI. En esta otra parte del título se pregunta, quiénes pueden ser ó no fiadores. Respondemos segun el primer axioma, que todos los que pueden obligarse estipulando; y con arreglo al segundo, los que pueden celebrar un negocio civil y varonil. Asi como del primero se sigue naturalmente que no pueden salir fiadores los niños, los furiosos, los mentecatos, ni los sordomudos, por no saber lo que hacen, ni poder proferir las palabras solemnes; y ni aún los pródigos, ni los pupilos, ni los menores, sin interponer su autoridad el tutor; así del último puede inferirse la razon, por que tampoco los militares pueden afianzar por los paisanos, *L. 8. §. 1. Qui satisd. cog.*, ni los clérigos por los legos, *Nov. 123. cap. 6. (1)*, ni las mujeres por los estraños ni por sus maridos. La fianza de las mujeres por los estraños la impidió el SC. veleyano, que quitó á esta fianza todo el efecto, y concedió á la mujer la misma condiccion del dinero pagado, á no ser que 1º saliese fiadora de sus cosas, *L. 8. §. 1. ff. Qui satisd. cog.*; 2º ó recibiese algo por la fianza; 3º ó usase de dolo; 4º ó ejerciese el comer-

(1) Segun la *L. 45. tit. 6. Part. 6.* los clérigos tambien pueden ser fiadores de las personas miserables. Ademas de los casos que cita Heineccio, en que la mujer puede ser fiadora, segun nuestras leyes lo puede ser en los siguientes: 1º por causa de libertad, fiando á un esclavo por el precio de su rescate: 2º por razon de dote, si la ofrece á otra mujer para casarse: 3º si subsiste en la fianza dos años, y despues de cumplidos la renueva ó entrega prenda al acreedor, para la seguridad del débito: 4º si recibe precio por ser fiadora: 5º si se viste de varon ó hace otro engaño, para que la admitan por tal, creyendo que es varon: 6º si fia por su hecho propio á quien la fió, *L. 3. tit. 12. Part. 5.*: 7º por rentas reales; y se advierte que si algun casado las toma en arrendamiento, ó quiere fiar al arrendador de ellas, no debe ser admitido, sin que su mujer se obligue en el contrato, y renuncie el privilegio ó hipoteca que tiene en los bienes de su marido; pues como a dote y fisco corren paridad en el privilegio, el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho. Tampoco pueden ser fiadores los labradores, mas que entre personas de su clase.

cio, 5º ó renunciase á su privilegio. El afianzar la mujer por el marido, lo prohibió la *Auth. Si qua mulier C. de SC. vellej.*; y por tanto esta fianza es de ningun valor, á no ser que la mujer renunciase el beneficio que le compete. Y ha de observarse, 1º que ántes de la renuncia debe la mujer estar cierta de su privilegio, y 2º que segun la práctica, puede renunciarse estrajudicialmente el senadoconsulto veleyano, *L. fin. §. penult ff. De fidejuss. L. 2. C. de SC. vell.*; mas conforme á la Auténtica ya descrita, solo con juramento y judicialmente, *cap. Cum contingat, X. De jurejur.*

§. DCCCLXXVII y DCCCLXXVIII. La tercera pregunta en este título es, en qué negocios pueden añadirse fiadores. Segun el axioma tercero, respondemos, 1º en todos los contratos, y aún en las obligaciones naturales y destituidas de efecto civil. Y de aquí es que puede suceder que el principal deudor no esté obligado civilmente, y sí el fiador. Por ejemplo, si alguno afianza por el pupilo que promete sin la autoridad del tutor, el pupilo no puede ser ofendido, y sin embargo estaria sujeto el fiador. No obstante ponemos una escepcion, y es, que no se obliga el fiador, si las leyes civiles desechan claramente la obligacion del deudor principal, ó la condenan, lo que sucede en el SC. veleyano. Por tanto, si uno sale fiador por la mujer que afianza, no queda obligado: pero si afianzando por un deudor que sea hijo de familias, porque la lei reprueba manifiestamente la obligacion de la mujer que afianza, y el senadoconsulto macedoniano no deseche la obligacion natural del hijo de familias, si toma dinere prestado, sino que solo le concede una escepcion; y conoceremos fácilmente cuándo la lei reprueba ó no enteramente la obligacion, examinando si concede solo una escepcion, como lo hace el SC. macedoniano, ó si tambien la accion ó condicion de lo que no se debe, como sucede

en el SC. veleyano. Mas se pregunta, 2º ¿se admiten tambien fiadores en los delitos? Debe distinguirse, si la accion es popular ó no. En las populares están escludidos los fiadores, *L. 56. §. ult. ff. h. t.*: en las demas se distingue, si la causa es capital ó no. Si la pena es meramente pecuniaria, bien pueden darse fiadores en la obligacion. *L. 56. §. ult. L. 70. §. ult. ff. h. t.* Tambien se admiten fiadores, si no aparece ningun indicio contra el reo, y este, conseguido un salvoconducto, quiere dar fiadores de presentarse en juicio. Mas no se admite fiador en delitos que merezcan la pena capital ú otra corporal afflictiva, porque no puede el fiador sufrir esta pena, si se fugase el reo. Se pueden ver ejemplos de esto en Andovide, *Orat. de mysteriis*, Ciceron, *De amicit. cap. 10.*, y en las *Excerpt. Peiresc. p. 244.* Hygin. *Fab. 257.*, cuyos ejemplos quiso tambien apoyar el esclarecido juriconsulto Paulo Voet. *De statut. sect. V. c. II. §. 22.*; pero fué refutado sólidamente por Hercio *ad Puffendorf. de J. N. et G. lib. V. c. 10. §. 12.* Del mismo axioma se deriva, 3º que el fiador puede obligarse *mas*, pero no *en mas*. Pues aunque seria absurdo que yo debiese ciento y el fiador se obligase en doscientos (1), porque lo accesorio debe seguir á su principal; no seria lo mismo, que debiendo yo por escritura, se obligase el fiador dando prenda. Porque el

(1) El fiador no puede obligarse á mas que el deudor principal; pero esto no impide para que el fiador pueda obligarse mas que el deudor principal, ó quedar mas fuertemente obligado; y así el deudor puede estar obligado solo naturalmente, y el fiador natural y civilmente; puedo yo estar obligado en virtud de escritura, y mi fiador dar prenda para mayor seguridad; y aún atendida la lei de la *Novissima Recopilacion*, que establece que uno quede obligado de cualquier modo que parezca se intentó obligar, no habrá dificultad en decir, que si el fiador sabia y entendia que se obligaba á mas que el principal, y así fué su voluntad otorgar fianzas, valdrá la obligacion, y tendrá fuerza en todo aquello en que parezca quiso obligarse.

fiador se da para que esté mas seguro el acreedor; y esto se consigue si el fiador se obliga mas estrechamente que el mismo deudor. Últimamente inferimos, 4º que estinguida la obligacion natural, tambien se concluye la obligacion del fiador. Lo cual es igualmente conforme á Derecho, porque lo accesorio sigue á su principal, *L. 93. §. 2. De solut.* Por tanto, si, por ejemplo, salí fiador de que otro se presentaría en juicio, y luego muere, ya no estaré obligado, porque cesó la obligacion del muerto.

§. DCCCLXXIX. Á la cuarta pregunta, cuál es el efecto de la fianza, se satisface con el cuarto axioma. Es esta obligacion subsidiaria, y por tanto, 1º no pagando el reo principal, está obligado á hacerlo el fiador ó sus herederos, pues con este fin se admitió este fiador. 2º Si son muchos los fiadores, se obligan en el todo (*in solidum*); pues se han dado para seguridad del acreedor, y este no estaria seguro, si haciendo quiebra los demas fiadores, se obligase al acreedor á tomar solamente la parte del que quedase solvente. 3º Los fiadores son reconvenidos por la accion de lo estipulado; pues ya observamos que podian darse con sola la estipulacion, §. 873. 4º Si uno salió fiador hasta cierto tiempo, pasado este queda libre; pues la culpa recae en el acreedor, que sabiendo, por ejemplo, que el fiador está obligado solo por un año, se descuida de reconvenir dentro de él al deudor, *L. 44. §. 1. De O. et A.* 5º La morosidad del acreedor en la reconvenion liberta al fiador, y para esto se ha introducido por la *L. Si contendat. 38. ff. De fidejuss.* la provocacion, por la que viendo el fiador que busca dilaciones el acreedor, para que si queda sin bienes el deudor, no pueda él ser perseguido, provoca al acreedor á que entable contra él su accion dentro de cierto tiempo, y oiga la escepcion de orden que se le opondrá, ó permita que se le imponga perpetuo silencio (1).

(1) Para proceder con claridad acerca de los efectos de las fianzas,

§. DCCCLXXX — DCCCLXXXII, Llegamos á la quinta y última parte de este título, en que se pregunta, ¿qué beneficios legales competen á los fiadores? Se responde

es necesario distinguir los varios modos con que pueden obligarse los fiadores. Pueden constituir su obligacion simplemente, esto es, á prorata, ó cada uno por el todo, como fiadores ó como principales pagadores. Si se obligan simplemente como fiadores, quedarán obligados á pagar á proporcion la parte que les toque; y si se obligan por el todo, puede el acreedor dirigir su accion contra el que quisiere, por el todo, ó á prorata á su eleccion, y pagándole uno integramente su débito, quedan libres para con él los demas; pero si alguno ó algunos son pobres, es de cargo de sus confiadores la total solucion de la deuda, *L. 8. tit. 12. Part. 5.* Mas aunque los fiadores se obliguen simplemente, si renuncian el beneficio de la division, que consiste en que la satisfaccion de la deuda se divida, quedarán obligados por el todo, como si espresamente se hubieran obligado así, Gregorio López en la *L. 8. tit. 12. Part. 5.*, Febrero, *Librería de escribanos, cap. 4. §. 35. núm. 17.*; pero no obstante que renuncien el tal privilegio, no podrán ser reconvenidos ántes que el deudor principal, sino en varios casos que se individualizarán. 1º Cuando renuncian tambien el beneficio de la escusion, pues entónces no necesita el acreedor hacer constar, para demandarlos, que el deudor no tiene bienes. 2º Cuando este es notoriamente pobre, pues entónces deben absolutamente pagar por él. 3º Cuando el deudor está fuera del lugar; pero en este caso, si piden término al juez para presentarle, se les concederá, y no presantándole dentro de él, pueden ser compelidos á pagar segun se hayan obligado. 4º Cuando niegan maliciosamente la fianza, y se les convence de haberla otorgado. 5º Cuando no oponen la escepcion de la escusion ántes de la contestacion. 6º Cuando el deudor principal no puede ser reconvenido fácilmente por razon de su persona, lugar ó privilegio; y algunos otros que trae Febrero, *Lib. de escribanos cap. 4. §. 5. núm. 127. L. 9. tit. 12. Part. 5.*

Si se obligan como principales pagadores, haciendo suya propia la deuda ajena, consintiendo ser demandados primero que el deudor principal, y renunciando el beneficio de la escusion de bienes, pueden ser reconvenidos á prorata ántes que él, segun se obligaron, porque su fianza en este caso se eleva á obligacion principal; y por el todo cada uno, si renuncian tambien el de la division, ó se obligan de mancomum por el todo *in solidum*, pues el pacto se ha de observar, no siendo contra lei y buenas costumbres, y el hombre á cuanto se obliga, á tanto queda obligado.

que tres (1) : el primero se llama beneficio de *division*, y tambien beneficio de *la epsitola de Adriano*, porque se introdujo por una constitucion de este emperador. El otro es el beneficio de *orden*, que tambien se llama *de escusion* y beneficio de *la nueva constitucion*. El tercero es el beneficio de *la cesion de acciones*. Hai lugar al beneficio de *division*, siempre que muchos salieron fiadores por alguno, pues si entónces tienen todos con que pagar, gozan el beneficio de que no sea reconvenido ninguno por entero, sino cada uno de ellos á prorata, §. 4. *Inst. h. t.* Luego 1º este beneficio pertenece á los compañeros en la fianza, y no á los co-reos que se obligaron en el todo, á no ser que al mismo tiempo sean mutuamente fiadores. Lo esplicámos arriba, §. 843. 3., aunque separándonos de lo que vulgarmente enseñan los doctores. 2º Mucho ménos gozan de este beneficio los fiadores subsidiarios, porque son fiadores de fiadores, y por tanto quedan obligados, no pagando estos, *L. 27. §. ult. ff. De fidejuss.*; y lo quedan en el todo, á no ser ellos mismos muchos en número. 3º Este beneficio cesa, (a) si los fiadores omiten esta escepcion, *L. 26. L. 30. ff. h. t.*; (b) si los demas

(1) Muchos intérpretes de la legislacion española dans la misma contestacion que Heineccio, confundiendo en uno dos de los beneficios que competen á los fiadores. Procede esta equivocacion de la errada idea de mirar como el mismo beneficio el de *orden* que el de *escusion*, cuando son enteramente distintos. El primero únicamente da derecho al fiador reconvenido, para escusarse de contestar al acreedor, hasta despues que se haya dirigido contra el deudor principal, que es el primer obligado; y el segundo consiste en que el fiador no esté obligado á pagar, aunque tambien se haya reconvenido al deudor, hasta que se le haga constar legalmente que se le han ocupado sus bienes, y que no tiene ya otros de ninguna clase. En la práctica se hace constar la escusion por medio de certificaciones sacadas de los padrones de los pueblos, por sumaria de testigos y fijando edictos, en los que se prevenga á los vecinos que sepan que todavía quedan bienes en poder del deudor, lo manifiesten al juzgado.

fiadores no tienen con que pagar, pues entónces cada uno está obligado *en el todo*, §. 879. : (c) si los demas fiadores no pueden ser reconvenidos, como si se han fugado, ó viven en otro país : (d) y si los fiadores renunciaren este beneficio, pues nadie duda que cada uno puede renunciar al derecho introducido en su favor; pudiéndose hacer tambien fácilmente esta renuncia, v. gr. si cada uno de los fiadores se obligase *en el todo*, *L. 3. C. De fidejuss.*

§. DCCCLXXXIII y DCCCLXXXIV. El otro beneficio de *orden* ó de *escusion* es diferente del anterior, pues de aquel usan los fiadores entre si, de este contra el acreedor. Aquel se dirige á dividir la obligacion entre los fiadores á prorata; este á no ser reconvenidos los fiadores sin que ántes se haga escusion de los bienes del deudor principal, esto es, sin que primero se le embarguen y vendan, y aparezca que no tiene con que pagar. Por tanto de dicha esplicacion se infiere que en vano usa de esta escepcion el fiador, 1º si el reo principal manifiestamente no tiene para pagar, pues hacer escusion del que no tiene bienes, es querer quitar el vestido á un desnudo : 2º si se oculta ó fuga; y 3º si ha renunciado á este beneficio, pues no se admite retroceso respecto de lo ya renunciado.

§. DCCCLXXXV y DCCCLXXXVI. Últimamente el tercer beneficio es el de *cesion de acciones*; pues no está obligado el fiador á pagar, mientras no le ceda el acreedor sus derechos y acciones contra el deudor, *L. 17. ff. h. t.* De aquí fácilmente se deduce que esta cesion debe hacerse ántes del pago, pues pagando perece la accion; y si ha perecido, no puede cederse, *L. 6. 7. ff. De sol.*, á no ser que casualmente se haga el pago con la condicion de cederse las acciones, *L. 76. eod.* Pero ¿qué utilidad, pregunto, trae al fiador el tomar las acciones cedidas? ¿acaso para obrar contra el deudor y repetir de él lo pagado? De ningun modo : contra este puede obrar directamente. Si

tuvo encargo de él para afianzar, tiene la accion de *mandato*. Si el deudor no supo que otro salia fiador por él, puede ser reconvenido por la accion de los *negocios hechos*. El que afianza por otro contra la voluntad del afianzado, es claro que no tiene ninguna accion, y por tanto se entiende que hace donacion de aquella cantidad. ¿Qué utilidad pues prestan al fiador las acciones cedidas? Se responde que en dos casos le son mui provechosas: 1º cuando uno salió fiador contra la voluntad del deudor principal; pues entónces no tiene contra este la accion directa, y por tanto puede obrar en virtud del derecho cedido. 2º Si es obligado uno de los fiadores á pagar *en el todo*; pues entónces no tiene ninguna accion contra los demas fiadores, porque no negoció con ellos. Luego tiene que obrar en virtud del derecho cedido por el acreedor. De donde se infiere juntamente que no puede renunciarse á este beneficio, pues no resulta interes al acreedor, que es á quien se hace la renuncia. Por tanto, si dijese: renuncio el beneficio de division, no estipularia para sí, sino para los fiadores; y se ha demostrado en el §. 865., que no puede uno estipular para otro.

TÍTULO XXII.

DE LAS OBLIGACIONES LITERALES.

§. DCCCLXXXVII y DCCCLXXXVIII. Hemos tratado tambien del otro género de contratos nominados, á saber, de los contratos verbales. Sigue el tercer género, el contrato *literal*, el cual se apoya solamente en las letras, de modo que el que las escribe, queda obligado, aunque nada haya recibido. No se hace mencion de este contrato en las *Pandectas*; y aún cuando se enemuran los contra-

tos, casi siempre se cuentan solamente tres especies, omitiéndose el contrato literal. Véase la *L. 1. §. 1. L. 4. ff. De O. et A. L. 8 §. 1. ff. De fidei. L. 1. §. 1. ff. De novat.* De aquí es que Duareno, Wissembaquo y otros inferen que Justiniano inventó últimamente este contrato, y que en lo antiguo solo se contaban tres especies de contratos. Aún cuando tengamos que confesar que Justiniano manifiestamente dió nueva forma á las obligacion literal, es antigua la division de contratos en reales, literales, verbales y consensuales; porque ya se hace mencion de ella en las *Instituciones* de Cayo, conservadas por Aniano. Por tanto tambien antiguamente hubo obligacion literal, pero distinta de la de hoy, establecida por las constituciones de Justiniano. No indagaremos cuál fuese en lo antiguo: ya lo hizo Cayo en las *Instit.*, hizolo Teófilo en la *Paraphr. h. t.*, y nosotros mismos lo hicimos en otro lugar, á saber, en las *Antiq. rom. h. t.* Ahora veremos solamente en qué consiste hoy dia la obligacion literal. Decimos que es un contrato, por el cual uno que confiesa por escrito ser deudor por causa de mutuo, y no se retracta dentro de dos años, queda obligado por el mismo escrito, y puede ser reconvenido, aunque no haya recibido el dinero contante. Así pues Justiniano distingue, si el vale es mas antiguo de dos años, ó ménos. Cuando todavía no han pasado los dos años, tiene el deudor la escepcion del dinero no contado (*non numeratæ pecuniæ*); mas despues de corrido aquel tiempo, está obligado al pago, y no se le oye, aunque repita cien veces al juez, que nunca ha recibido el dinero que espresa el recibo (1).

(1) Aunque nuestro Derecho, conforme en esta parte con el romano, dice que pasados los dos años sin quejarse el mutuario ni pedir su recibo, queda obligado á pagar la cantidad de que se da por entregado en él; con todo en la práctica, atendida la equidad, se admite todavia la escepcion de *non numerata pecunia*, siempre que el reo se