

den activa y pasivamente entre los cointeresados (1). Este sistema es consagrado para los deudores por el *Dig. Lib. 45, tit. 1, 1, 4, § 1* (2) y para los acreedores por el *Dig. eod., ll. 2, § 6, 3 § 1 y 4* (3). Pero en lo que concierne á los deu-

[1] Se podría objetar que, siendo único el deudor y el acreedor, un pago parcial de la deuda no impide que se incurra en la pena por el todo. Pero es éste el efecto del contrato por el cual el deudor único se ha obligado con el acreedor único á pagarle la pena en el caso en que no ejecutara su obligación. Si hay pluralidad de deudores ó de acreedores originarios ó de herederos del deudor ó del acreedor, cada uno no promete ó no estipula ó bien se presume que no ha prometido ó estipulado sino una parte de la obligación principal y por consecuencia solamente una parte de la pena.

[2] Este pasaje comprende dos partes. En la primera Paulo refiere la opinión de Catón; en la segunda, que comienza con las palabras: *Sed videamus*, presenta observaciones personales. Catón es de los más explícitos. Si la obligación garantizada por la cláusula penal es indivisible, como la estipulación *iter fieri*, su inexecución de parte de uno solo de los herederos del promitente hace incurrir en la pena á todos en proporción de sus respectivas partes hereditarias. La obligación principal es divisible y tal es el caso de la estipulación *amplius non agi*, el heredero culpable será el único obligado y por su parte. En efecto, continúa Paulo, la estipulación *amplius non agi* es divisible como la estipulación *ratam rem habiturum*, que se divide activa y pasivamente entre los herederos de las partes. Paulo considera pues como constante la distinción establecida por Catón entre las obligaciones divisibles y las indivisibles; la aplica aún á otra especie, á la estipulación *ratam rem habiturum*, que es ciertamente divisible [*Dig. lib. 46, tit. 5, l. 2, § 2*]. La conclusión que debe deducirse del pasaje es pues, que si una obligación divisible es garantizada por una cláusula penal y viene á faltar uno de los herederos del deudor, él solo estará obligado á la pena y por su parte hereditaria solamente. Por vía de analogía, si uno de los deudores originarios falta á la obligación, él solo incurrirá en la pena por una parte viril. Maynz, II, § 258 y notas 34 y 37, fundándose sobre dos manuscritos del Digesto propone leer: *Ut in illa stipulatione per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat*, en lugar de: *illam stipulationem per te non fieri*, etc. Según esta lección, Catón compararía la estipulación *iter fieri* á la *per te non fieri quo minus mihi ire agere liceat*, mientras que, según la lección común, continúa refiriéndose á la estipulación *iter fieri*. Parece que, si Catón hubiera querido recurrir á una analogía, habría escogido estipulaciones más diferentes que las *iter fieri* y *per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat*. El sentido general del texto queda por lo demás lo mismo, ya se adopte una ú otra lección. De otro lado se ha sostenido que las palabras *sed, videamus ne non idem hic sit* se refieran no á la estipulación *amplius non agi* como lo hemos admitido, sino á la estipulación *dolum abesse*, de la cual se trata en el *principium* de la ley 4. Esta correlación es manifiestamente forzada.

[3] La ley 2, § 6, se ocupa de la estipulación indivisible de no turbar en el ejercicio de un *actus* [*sibi heredique suo agere licere*]. El promitente había tur-

dores, el Derecho Romano establece una grave derogación cuando la obligación principal consiste en dar. Aquí la falta de pago de la deuda de parte de uno de los deudores ó herederos del deudor hace incurrir en la pena á todos, aun á aquellos que han pagado su porción de la deuda; cada uno está obligado á la pena por su parte individual ó hereditaria, salvo el recurso de los deudores no culpables contra aquel que ha hecho incurrir en la pena. Para explicar esta diferencia entre las obligaciones de dar y las de hacer, se ha alegado que si cada deudor no puede prestar sino su propio hecho y no el hecho de sus coobligados, le es al contrario posible dar una cosa en su totalidad. Pero esta posibilidad no es concluyente; si cada deudor *puede* dar toda la cosa, no la *debe* absolutamente; debería pues estar al abrigo de la pena cuando ha dado su parte ó porción (1).

bado á uno de los herederos del estipulante en el ejercicio del *actus*. A falta de cláusula penal, el heredero podrá obrar solo por su parte. Si una pena ha sido estipulada, rigurosamente, dice Paulo, se incurre, en la pena por el todo, es decir que cada heredero del estipulante podría obrar por su parte. Pero, añade el jurisconsulto, los herederos que no han sido turbados, serán rechazados por una excepción de dolo; luego en definitiva la pena no es debida sino en parte al heredero turbado. Ahora bien, si tal es la regla que debe seguirse en el caso de una obligación principal indivisible, no podría haber mayor severidad respecto de una obligación divisible. Es preciso aún decir aquí [contra Vangerow, III, § 567. *Ann.* 2, núm. II, p. 14] que no se incurre rigurosamente en la pena sino en parte y por el heredero turbado. La ley 3 y la 4 aplican la decisión de la ley 2 § 6 á otras dos estipulaciones indivisibles [*mihí heredique meo habere licere. dolum abesse a te heredique tuo*]. En cuanto á la ley 3, § 1 no tiene otro objeto que explicarnos porque, en ausencia de una cláusula penal, el deudor está obligado solamente en parte respecto de aquel de los herederos del estipulante á quien ha turbado, mientras que si uno de los herederos del promitente turba, cada heredero está obligado por su parte [l. 2, § 5 y 6 *eod.*].

[1] Los textos son decisivos [*Dig. lib. 10, tit. 2, l. 25, § 13; Id. lib. 45, tit. 1, l. 5, § 3 y tit. 4, l. 85, § 6*]. Según el *Dig. lib. 10, tit. 2, l. 25, § 13* si ha sido prometido dinero bajo cláusula penal, la obligación principal se divide entre los herederos del promitente; pero aquel de entre ellos que paga su parte en la deuda, no escapa de la pena. El *Dig. lib. 45, tit. 1, l. 5, § 3* supone que alguno ha prometido un capital bajo cláusula penal; uno de sus herederos paga sólo su parte de capital; no incurre menos en la pena. La ley 5, § 4 aplica la misma regla al compromiso con cláusula penal, cuando uno solo de los herederos de un contra-

III. ¿Cuál es la influencia de la cláusula penal sobre la obligación principal? Cuando el deudor único ejecuta en parte la obligación principal, teniendo un acreedor único, no incurre menos en la pena por el todo (1). Del mismo modo, si se trata de una obligación de dar, el hecho de que uno de los deudores dé en parte la cosa debida no impide á todos incurrir en la pena, cada uno por su parte (2). He aquí por qué se ha dicho que la cláusula penal hacía en cierto modo indivisible la obligación principal (3). Esta apreciación es inexacta. Los caracteres esenciales de la obligación indivisible no existen en el caso. Si es verdad que, para evitar la pena, es necesario pagar toda la deuda, es no menos cierto que no se la *debe* pagar toda entera; se

tantes se conforma con la sentencia arbitral. En fin, según la ley 85, § 6 del mismo título, uno había prometido 100 si no daba el fundo Ticiano. A su muerte, algunos de sus herederos hicieron la tradición parcial del fundo; uno solo faltó; se incurrió en la pena de 100 [*pœna comittitur centum*], es decir que ella es debida por cada heredero por su parte. Molitor, I, núm. 164 aplica la ley 85, § 6 á una estipulación penal principal. Las palabras: *item si ita stipulatio facta sit: si fundus Ticianus datus non erit. centum dari?* vienen en su apoyo. Pero, en este sistema, la decisión de Paulo es inexplicable; los 100 no podrían ser debidos si no es que la tradición del fundo se hubiera hecho imposible; ahora bien Paulo admite que ellos son debidos desde que uno de los herederos ha faltado [I, 115, § 2, *eod*]. Debemos pues suponer en la ley 85, § 6 la existencia de una obligación principal y referir su decisión á una cláusula penal propiamente dicha [Arg. I, 85, § 5 *eod*]. Es también la opinión común [Vangerow, III, § 614, *Ann.* núm. 3]. Según Molitor, I, núm. 163, 165 á 167 y 250 a, el deudor culpable sería el único obligado por su parte en los contratos de buena fe y las estipulaciones pretorianas, mientras que en los contratos de derecho estricto y las estipulaciones convencionales, los deudores no culpables deberían igualmente su parte de la pena. La primera regla sería dictada por la equidad, la segunda por la forma de la obligación. Pero esta forma es la misma, ya se trate de una estipulación convencional ó de una estipulación pretoriana ¿qué importa que el *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 4, § 1 cite la estipulación pretoriana *amplius non agi?* No la cita sino como ejemplo y no establece menos una regla absolutamente general. Maynz, II, § 258, observación, p. 420, no menciona, la excepción relativa á las obligaciones de dar.

[1] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 47.

[2] *Dig.* lib. 10, tit. 2, l. 25, § 13; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 5, § 3 y 4, l. 85, § 6.

[3] Molitor, I, núm. 250. Vangerow, III, § 567, *Ann.* 2, número II, p. 14.

está perfectamente libre de la obligación principal por un pago parcial. Se comprueba algo de análogo con ocasión de una deuda hipotecaria; un pago parcial deja subsistir la hipoteca por el todo; si se quiere librar la cosa gravada de hipoteca, es preciso pagar la deuda entera. Ahora bien, jamás se ha concluído de esto que la obligación se hiciese indivisible en razón de la hipoteca; desde entonces se debe decir también que, cuando una obligación divisible es garantizada por una cláusula penal, ella queda divisible (1).

II. DE LA DACIÓN DE ARRAS

§ 28. Nociones generales.

La dación de arras es una convención accesoria por la cual una de las partes da una cosa á otra, á fin de probar la existencia y asegurar la ejecución de una convención principal. La arra (*arrha*) tiene pues, un doble objeto. Atestigua desde luego la existencia de una convención; prueba que una convención principal se ha efectuado entre las partes. Este papel de la arra es presentado de preferencia en nuestras fuentes (2). Después el arra asegura la ejecución de una convención principal (3) y bajo este aspecto se asemeja á la pena estipulada; es una pena realizada de ante-

[1] Sería más exacto representar la pena como indivisible, del mismo modo que se habla de la indivisibilidad de la hipoteca. Mencionamos á título de memoria otra opinión según la cual la cláusula penal haría pura y simplemente indivisible la obligación principal, de tal manera que hubiera lugar á aplicarle las diversas reglas de la indivisibilidad de las obligaciones [Maynz, II, § 258, observación].

[2] Gayo, III, 139, *Inst.* lib. 3, tit. 23; *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 35. Arts. 2820 y 2821 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] Varron, *de lingua lat.* V, 175, Isidoro, *Origenes*, V, 25, 20 y 21.

mano para el caso de inejecución de una obligación. Constituye también una pena eventual para los dos contratantes, para aquel que la da y para aquel que la recibe, como lo explicaremos bien pronto (1). Como la pena propiamente dicha, el arra puede consistir en una cosa cualquiera; en Roma, era generalmente una suma de dinero (2) ó un anillo (3). Aunque la dación de arras fuese posible con motivo de cualquiera especie de convenciones, era sobre todo usada en la venta (4) y en los esponsales (5); el arra era entregada por el comprador (6) y por el futuro cónyuge (7). La dación de arras es también una convención accesoria, puesto que prueba y asegura otra convención, y por tanto es nula si la convención principal lo es. En fin, y es esta una diferencia marcada con la cláusula penal, ella constituye un contrato real innominado; ella no es pues perfecta sino por la dación del arra (8) y las reglas de los contratos innominados le son aplicables (9).

§ 29. Efectos de las arras.

I. Para determinar los efectos de las arras, conviene distinguir dos casos; aquel en que la arra es dada después de la perfección del contrato y aquel en que lo es antes de esa perfección.

[1] Véase en esta obra § 29 siguiente.

[2] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 11, § 6; *Id.* lib. 18, tit. 3, l. 8; *Cod.* lib. 4, tit. 45, l. 2, § 1.

[3] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 11, § 6; *Id.* lib. 14, tit. 3, l. 5, § 15.

[4] Véanse los textos citados en las dos notas precedentes.

[5] Rúbrica *Cod.* lib. 5, tit. 1.

[6] Véanse los textos citados en las notas.

[7] *Cod.* lib. 5, tit. 1, l. 6.

[8] Arg. *Dig.* lib. 19, tit. 5, l. 17, § 5. Non obstat: *Cod.* lib. 4, tit. 49, l. 3, en la cual por las palabras *ex arrali pacto* se quiere designar la dación de arras.

[9] Véase el § 29 siguiente, en esta obra.

1º Cuando el arra es dada *después* de la perfección del contrato, debe ser devuelta si el contrato recibe su ejecución (1) ó bien si su inejecución no puede ser reprochada á ninguna de las partes (2). En uno y otro caso, la arra ha llenado su misión, probando y asegurando tanto como es posible la convención principal. Se puede hacerla restituir, sea por la acción que nace del contrato principal si es de buena fe, por ejemplo la *actio empti* (3), sea por una *condictio sine causa*, puesto que la causa de la dación del arra ha venido á cesar (4). Es claro que la arra puede también ser imputada sobre la prestación que tiene que hacer la parte que la ha dado; así es cómo, consistiendo en dinero acuñado, será regularmente imputada sobre el precio de venta (5). Pero si el contrato queda sin ejecución por culpa de uno de los contratantes, la arra manifiesta su carácter penal. Como en la hipótesis de una cláusula penal, el acreedor puede, á su elección, demandar la obligación principal, renunciando al beneficio de la convención arral (6), ó bien aprovechar de ésta, renunciando á los derechos que nacen del contrato principal (7). Si el acreedor prefiere este segundo partido, el deudor culpable pierde la arra dada (8) ó bien debe restituir la arra recibida y además pagar su valor, en otros términos restituir el doble (9). Así en el caso de venta, el comprador culpable perderá la arra dada; el vendedor culpable estará obligado á devolver el doble de la

[1] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 11, § 6; *Id.* lib. 14, tit. 3, l. 5, § 15.

[2] *Cod.* lib. 5, tit. 1, l. 3. Esta hipótesis comprende también aquella en que el contrato ha sido rescindido de común acuerdo [*Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 11, § 6; *Cod.* lib. 4, tit. 45, l. 2, § 1].

[3] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 11, § 6. Art. 2821 del Código Civil del D. F. de México.

[4] L. 11, § 6 cit.

[5] *Dig.* lib. 18, tit. 3, l. 8.

[6] Arg. *Dig. cod.* l. 6.

[7] L. 6 cit.

[8] *Id. Id.*

[9] Arg. *Cod.* lib. 4, tit. 21, l. 17, § 2.

arra recibida (1). Con el objeto de conservar la arra recibida, el acreedor dispondrá de una excepción de dolo contra una demanda por restitución de la arra; para obtener la restitución del doble de la arra dada, recurrirá á la acción que nace del contrato de buena fe, á la *actio empti* por ejemplo (2) ó á la acción *praescriptis verbis* que resulta de los contratos innominados, porque la dación de arras pertenece á esta categoría de contratos (3). Pero, no más que con ocasión de una cláusula penal, el acreedor no es admitido á acumular la demanda de la obligación principal y la de la pena arral; sería contradictorio demandar á la vez la ejecución de la obligación principal y la pena dada para el caso de inejecución. Las partes pueden derogar estas reglas y sobre todo convenir en que las arras tendrán un carácter facultativo, es decir que cada uno de los contratantes tendrá la facultad de desistirse del contrato por el abandono de la arra dada ó por la restitución del doble de la arra recibida. Se forma entonces una obligación llamada facultativa; cada parte no debe ejecutar sino su obligación principal, con el temperamento de que puede elegir entre sustraerse á ella, abandonando la arra dada ó restituyendo el doble de la arra recibida. El vendedor no podrá ser demandado sino por entrega de la cosa vendida y tendrá la facultad de romper el contrato, volviendo el doble de la arra recibida; el comprador no podrá ser demandado sino por pago del precio de venta, y será libre de desprenderse de él, abandonando la arra dada. Pero, para que las arras constituyan una facultad de un contrato perfecto, es indispensable una convención especial. Este sistema es el único conforme á los principios generales del derecho y á la vo-

[1] *Id. Id.*

[2] *Arg. Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 11, § 6.

[3] *Dig.* lib. 17, tit. 5, l. 17, § 5.

luntad de las partes. No se vé por qué un contrato, que sería perfecto, hecha abstracción de una dación de arras, se haría imperfecto porque han sido dadas las arras; la intención de las partes, en la dación de las arras, es más bien garantizar la ejecución del contrato por la amenaza de una pena que debilitar su fuerza obligatoria.

2º Sucede también que la arra sea dada *antes* de la perfección del contrato, con ocasión de una simple promesa de contratar. Desde luego es posible que las partes hayan convenido en poner el contrato por escrito; no hay provisionalmente sino una simple promesa de otorgar un contrato escrito (1). Es posible también que las partes hayan hecho una simple promesa de contratar oralmente (2). Cuando la arra ha sido dada así antes de la perfección del contrato, queda sujeta á restitución si el contrato se perfecciona, porque ella ha alcanzado su objeto; puede ser repetida por la acción que nace del contrato de buena fe ó por una *condictio sine causa* (3). Pero si una de las partes se rehusa á perfeccionar el contrato, la arra produce su efecto penal; el contratante que se resiste, pierde la arra dada ó debe restituir el doble de la arra recibida (4); en la primera hipótesis, el adversario se defenderá por una excepción de dolo; en la segunda, ejercerá la acción *praescriptis verbis* en virtud del contrato innominado que resulta de la dación de arras [5].

II.—Según esta exposición, la arra por su naturaleza es siempre confirmatoria; asegura en todos los casos la ejecución del contrato. No hay arra penitencial por sí misma, es decir que la arra como tal no tiene jamás el carácter de

(1) *Cod.* lib. 4, tit. 21, l. 17, § 2.

[2] *L.* 17, § cit.

[3] *Arg. Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 11, § 6.

[4] *Cod.* lib. 4, tit. 21, lib. 17, § 2.

[5] *Arg. Dig.* lib. 19, tt. 5, lib. 17, § 5.

una facultad; ella no es jamás dada para permitir á una parte desistirse de un contrato por el abandono de la arra dada ó por la restitución del doble de la arra recibida. Esta proposición es evidente cuando la arra ha sido dada antes de la perfección del contrato; la arra impide entonces á las partes separarse impunemente, lo que ellas podrían hacer á falta de arra. Pero el principio no es menos cierto cuando la arra ha sido dada con ocasión de un contrato perfecto. Sin duda es posible aquí que sea permitido un desistimiento mediante el abandono de la arra dada ó la restitución del doble de la arra recibida; solamente que esto será en virtud de una convención especial, de una *factum displucentiæ* y no en virtud de la dación de arra; lejos de permitir el desistimiento, la arra lo trabará, puesto que, sin ella, podría haber desistimiento impunemente. Sin embargo se ha sostenido que la dación de arra con ocasión de un contrato perfecto permite á las partes desistirse por el abandono de la arra dada ó la restitución del doble de la arra recibida, y se funda esta doctrina sobre un pasaje de las Institutas de Justiniano (1); pero este pasaje debe ser aplicado á la hipótesis de una simple promesa de hacer una venta escrita ú oral [2].

[1] *Inst.* lib. 3, tit. 23.

[2] En el *principium* del título de la venta, Justiniano se ocupa desde luego de la venta que no debe ser puesta por escrito (*de emptioibus et ventioibus quæ sine scriptura consistunt*). El declara esta venta perfecta por el sólo consentimiento de las partes, aunque ninguna arra haya sido dada; porque, dice, la arra sirve solamente para la prueba del contrato, y termina por la observación de que nada ha innovado en lo que concierne á esta venta (*nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est*). Pasando en seguida á la venta que las partes han convenido poner por escrito (*in his autem quæ scriptura conficiuntur*), el Emperador decide que cada contratante es libre de desistirse de ella hasta la redacción del escrito, y esto impunemente (*sine pena*). Estas últimas palabras determinan á Justiniano á hablar segunda vez de las arras, para decirnos que si ellas han sido dadas, el desistimiento no se verifica impunemente. Tiene en mira las arras dadas con ocasión de una simple promesa de hacer una venta escrita ú oral. Esto resulta en primer lugar de que había ya tratado de una manera completa de la hipótesis de la venta perfecta con ó sin dación de arras (*Sed hæc qui*

III. DE LAS INTERCESIONES.

Dig. Lib. 16, tit. 1—Cod., Lib. 4, tit. 29.

§ 30. Generalidades.

I.—La noción de la intercesión adquiere cierta importancia en el derecho romano cuando las mujeres fueron declaradas incapaces de interceder; desde este momento se trataba de precisar los actos jurídicos á los cuales se aplicaba esta incapacidad. La intercesión (*intercessio*) es una convención concluída con el acreedor de otra persona, convención por la cual se toma al propio cargo la deuda de esta persona (1). Así:

1º La intercesión supone una convención concluída con el acreedor de un tercero. Una convención concluída con el deudor de un tercero, por ejemplo la promesa de pagar su deuda, no constituye una intercesión, porque no se podría interceder en favor de alguno con él mismo (2).

2º Es preciso que el intercedente tome á su cargo la deuda de otro, lo que puede hacerse, ya obligándose personalmente, ya concediendo una hipoteca (3). Pagar la deu-

dem de emptioibus et venditionibus quæ sine scriptura consistunt). En segundo lugar, Justiniano había declarado formalmente que, en esta hipótesis, nada había innovado. Por último, lo que dice al fin del *principium* se refiere inmediatamente al caso de una venta imperfecta y á la facultad completamente natural que pertenece aquí á cada parte, de desistirse del contrato, sin incurrir en pena alguna. Nuestra interpretación reclama, sin embargo, un cambio de texto; es preciso leer hacia el fin del *principium*: "*Sive in scriptis sive sine scriptis venditis celebranda est,*" en vez de: "*celebrata est.*" Justiniano ha dado de una manera inexacta una de sus instituciones (*Cod.* lib. 4, tit. 21, lib. 17, § 2 que dice: *si quæ arraræ super faciendâ emptioe cujuscumque rei datæ sunt sive in scriptis sive sine scriptis*. Véase en este sentido Savigny, II, § 79; Mainz, II, § 259 y notas 14 y 15. *Contra*: Molitor, I, núms. 172-177.

(1) *Dig.* lib. 16, tit. 1, § 1.

(2) *Dig.* lib. 16, tit. 1, § 19, § 2.

(3) *Dig.* lib. 16, tit. 1, § 8.

da de otro, aunque sea á título gratuito, no es interceder, puesto que no se asume ninguna obligación (1). Por el mismo motivo no hay intercesión cuando delegamos nuestro deudor al acreedor de un tercero (2).

3º La deuda de otro que el intercedente toma á su cargo, no puede ser indirectamente la suya; sino en vez de interceder por otro, él gestiona en realidad sus propios negocios. El vendedor que interviene en un proceso para defender al comprador contra la evicción, no intercede, no más que el mandante que se obliga hacia el acreedor de su mandatario para librar á este último de las obligaciones contraídas en la ejecución del mandato (3).

Siendo tales los caracteres de la intercesión, ella no existe cuando se hace á alguno una donación (4), cuando se asume respecto de alguno los riesgos de un negocio, por ejemplo de una adición de herencia (5), cuando se acepta (6) ó compra (7) una sucesión. No se comprende más que se interceda en su interés personal. En todos estos casos, ó bien no se toma ninguna deuda al propio cargo, ó bien se toma á cargo la propia deuda. Para no hablar sino de la donación, si se hace una donación á un deudor por una convención concluida con su acreedor ó bien no se contrae obligación, ó bien, si se contrae una, como se gratifica al deudor se asume una deuda personal. No existe pues, intercesión *animo donandi*.

II.—Los modernos distinguen intercesiones privativas é intercesiones acumulativas.

1º La intercesión es privativa cuando el deudor princi-

(1) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 4, § 1; l. 5; *Cod.* lib. 4, tit. 29, l. 1. 1-4 § 1.

(2) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 1. 5 y 8, §§ 5 y 6.

(3) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 1. 3-13-22 y 24.

(4) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 1. 4, § 1-8 y 21, § 1.

(5) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 1. 8 § 1 y 19 § 1.

(6) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 32.

(7) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 1. 13 y 19 § 3.

pal es excluído de la obligación, lo que puede verificarse de dos maneras, ó bien se puede librar al deudor principal de la deuda que él ya ha contraído y obligarse en su lugar por vía de novación (1), ó bien se puede intervenir en favor de alguno de manera que se le impida obligarse, obligándose á sí mismo en el interés del tercero. Supongamos que A quiera tomar mil pesos prestados de B; pero B, que no tiene confianza en la solvencia de A, no quiere hacerle el préstamo; en estas circunstancias, yo mismo tomo prestados los mil de B en vista de A, á quien yo entrego los pesos; por mi intervención yo habré impedido que A se obligue (2). De estas dos especies, la primera pertenece á la teoría de la novación (3), mientras que la segunda no tiene necesidad de un examen especial.

2º La intercesión es acumulativa cuando el deudor principal queda obligado al lado del intercedente, sea que se constituya personalmente garante por el deudor, sea que se limite á dar una hipoteca en seguridad de la deuda de otro (4). La garantía personal que se presta por la deuda de otro, se llama caución, y aquel que la presta toma el nombre de caucionador. En Roma la caución podía revestir cuatro formas: la solidaridad con el deudor principal, para la cual nos referimos á la teoría de la solidaridad (5), la fianza [§ 31 y 34] el constituto de la deuda de otro (§ 35) y el mandato en favor de un tercero (§ 36). El derecho clásico conocía además la *sponsio* y la *fidepromissio* (6). Como en la fianza, se empleaba la estipulación y fueron los términos de ésta los que dieron

(1) *Cod.* lib. 4, tit. 29, l. 4.—Art. 1607 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] *Cod.* lib. 4, tit. 29, l. 4, l. 19; *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 29.—Para que haya intercesión en el caso, se necesita evidentemente que el acreedor haya tenido conocimiento de la suposición de personas. (*Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 1. 4-11-12 y 27).

(3) Véase más adelante en esta obra, § 234 y 236.

(4) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 8.—Art. 1700 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(5) *Dig.* lib. 16, tit. 1, l. 17, § 2.—Véase adelante §§ 51 y 54.

(6) Gayo, III-115.