

ferencia considerable entre la fianza y la caución por mandato, y es que la obligación del mandante no es una obligación accesoria; es una obligación propia é independiente de la del deudor principal; es una obligación resultante de un mandato (1) y sometida á la teoría de este contrato. En consecuencia:

1º El mandante no está obligado hacia el mandatario sino conforme á los principios del mandato. No está pues obligado respecto de un mandatario que se ha excedido de su mandato, prestando por ejemplo 2,000 en lugar de 1,000, ó al menos no está ligado sino en los límites de sus instrucciones (2). No lo está tampoco respecto de un mandatario á quien la ejecución del mandato no ha causado ningún daño, lo que sucederá si el tercero mutuuario ha reembolsado el préstamo (3). En fin, el mandatario no podría tampoco demandar la reparación de un daño sufrido por su culpa; tal sería el caso en que él hubiera remitido la deuda al deudor principal.

2º Por otro lado, el mandante soporta plenamente la responsabilidad de su mandato. Desde el momento que el mandatario se ha ceñido á los límites de su mandato, el mandante debe reembolsarle todos sus gastos legítimos, reparar el daño que la ejecución le ha causado sin su culpa, y descargarle de las obligaciones que ha contraído legítimamente. No es admitido á oponer las excepciones del deudor principal que tuvieran por efecto sustraerle á la responsabilidad mencionada. Supóngase que yo encargo á A de prestar 1,000 á X, que era un hijo de familia; yo no puedo prevalerme de la *exceptio senatus consulti Macedoniani*; debo reembolsar á A los 1000 que ha prestado y no ten-

(1) *Dig. eod.* l. 28.

(2) *Cod.* lib. 8, tit. 40, l. 7.

(3) *Dig.* lib. 46, tit. 1, l. 52, § 3; l. 71 y *Cod.* lib. 8, tit. 40, l. 4.

go ningún recurso contra X; se presume que he renunciado á él (1).

3º Si el mandante paga al mandatario, este pago, en razón de la diversidad de deudas no liberta de pleno derecho al deudor principal (2); éste puede solamente rechazar por una excepción de dolo al acreedor (el mandatario) que le reclama un segundo pago. Se sigue de aquí que el mandante puede, aun después de haber pagado al acreedor, pedir la cesión de sus acciones (3) y también, independientemente de una cesión efectiva, obrar contra el deudor principal por medio de las acciones útiles *quasi ex jure cesso*. En efecto, aun después de haber sido pagado por el mandante, el acreedor conserva formalmente sus acciones contra el deudor principal, y desde entonces nada se opone á la cesión real ó ficticia de ellas (4).

D.—DE LAS INTERCESIONES DE LAS MUJERES.

§ 37. *Historia.*

Bajo la República las mujeres intercedían con una completa libertad. A partir de Augusto se operó una reacción; se consideró que las mujeres son demasiado naturalmente inclinadas á interceder y se quiso protegerlas contra esta debilidad del sexo [5]. La condescendencia de la

(1) *Dig.* lib. 4, tit. 4, l. 13.

(2) *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 28.

(3) *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 28.

(4) Maynz, II, § 264.—Ya en el derecho clásico, á diferencia de lo que sucedía con la fianza (Paulo, II-17 § 15), la *litis contestatio* entre el acreedor (el mandatario) y el deudor principal, no libertaba al mandante (Paulo, II-17, § 15; *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 27, § 5; *Id.* lib. 46, tit. 1, l. 13 y 52 § 3; *Cod.* lib. 8, tit. 40, lib. 23; *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 60). Era una consecuencia de la diversidad de las deudas. Pero en derecho nuevo la misma regla es seguida en la fianza. [*Cod.* lib. 8, tit. 40, l. 28].

(5) *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 1. 1, § 1 y 2, § 2. Se juzgó también que era poco

mujer era sobre todo de temer respecto de su marido; hé aquí por qué se procuró desde luego escudarla por este lado. La ley *Julia de adulteris* del reinado de Augusto prohibió al marido hipotecar los inmuebles dotales itálicos, aun con el consentimiento de la mujer, por el motivo de que este consentimiento en la hipoteca formaba una intercesión [1]. Por otra parte, varios edictos de Augusto y de Claudio prohibieron cualquiera intercesión de la mujer en favor de su marido [2]. También bajo el reinado de Claudio, en el año 46 de nuestra era, apareció el Senado Consulto Valeyano, que hirió de ineficacia las intercesiones de la mujer, aun en beneficio de otros que el marido [3]. Verdad es que la parte dispositiva del Senado Consulto no mencionaba expresamente sino dos modos de intercesión: las fianzas y los préstamos de consumo hechos por la mujer por cuenta de otro [4]. Pero en razón del preámbulo [5] y del espíritu del Senado Consulto, se le extendió á todas las intercesiones (6). Justiniano fué más lejos todavía: declaró inexistente la intercesión de la mujer, desde luego cuando ella se había verificado en beneficio de un tercero de otra manera que por un título á la vez público y firmado por tres testigos (7), en seguida y de una manera

conveniente que la mujer intercediese por otro, siendo la intercesión un *utile officium* (Dig. lib. 13, tit. 5, l. 1. 2, § 1 y 1, § 1).—Art. 1704 del Cód. Civ. del D. F. de México.

[1] *Inst.* lib. 2, tit. 8.

[2] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 2.

[3] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 1. 1 y 2 § 1. El Senado Consulto declara que no hace sino consagrar una práctica anterior; entiendo sin duda hablar de una extensión que se procuraba dar anteriormente á los edictos de Augusto y de Claudio. [*Pothier, Pand.*, 16-1 núm. 1, nota f.]

[4] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 2 § 1.

[5] *Id.* id. l. 2 § 1.

[6] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 1. 2 § 4, 6, 7 y 8, § 8 y 14; l. 17, § 2; *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 1, § 1; *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 1. 4, 5 y 7.

[7] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 23, § 2 y 3.

absoluta cuando se hacía en beneficio del marido [1]. Nos ocuparemos sucesivamente del Senado Consulto Valeyano y de las reformas de Justiniano.

§ 38. *Teoría del Senado Consulto Valeyano.*

I. En el último estado del derecho romano, la teoría del Senado Consulto Valeyano se aplica exclusivamente á las intercesiones de la mujer hechas por un título público y firmado por tres testigos, en beneficio de otros que su marido. Según el Senado Consulto, la intercesión de la mujer no es inexistente; es solamente herida de ineficacia; no obliga á la mujer ni civil ni naturalmente (2). No estando obligada la mujer civilmente puede rechazar la acción del acreedor por la excepción del Senado Consulto Valeyano [3]. Y como no existe tampoco una obligación natural, si en la ignorancia de su beneficio ella ha pagado al acreedor, dispone de la *condictio indebiti*; se excusa en el caso su error de derecho, por derogación á la regla *error juris nocet* [4]. La excepción del Senado Consulto Valeyano pertenece igualmente á los herederos de la mujer [5] así como á sus fiadores (6) y otros intercedentes [7], aun cuando ellos no gocen de un recurso contra

[1] *Novella* 134, cap. 8.

[2] *Arg. Cód.* lib. 4, tit. 18, l. 9.

[3] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 25, § 1. La mujer puede también prevalerse de su excepción después de haber sido condenada, cuando es demandada por la *actio judicati* en ejecución de la sentencia. [*Dig.* lib. 14, tit. 6, l. 11].

[4] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 9; *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 40. Si la mujer ha dado su cosa en hipoteca, se defenderá por dicha excepción contra la acción hipotecaria, ó bien reivindicará su cosa contra el acreedor hipotecario ó contra el tercero á quien este último ha vendido la cosa, rechazando la excepción *rei obligata* por la *replicatio Senatus Consulti Velleiani*. [*Dig.* lib. 6, tit. 1, l. 39 § 1, l. 40; *Id.* lib. 13, tit. 5, l. 32, § 1; *Cod.* lib. 4, tit. 18 l. 7 y *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 32 § 2.

[5] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 20.

[6] *Dig.* lib. 44, tit. 1 l. 7, § 1 y *Cod.* lib. 4, tit. 18 l. 14.

[7] *Dig.* lib. 20, tit. 3, l. 2.—*Contra*: Art. 1724 del Cód. Civ. del D. F. de México.

la mujer (1), porque la excepción tiene un carácter real [2]. Cuando la intercesión de la mujer había sido privativa, su ineficacia causaba un grave perjuicio al acreedor. La *expromissio* de la mujer había libertado al deudor originario, ó bien la mujer por su intervención había impedido al acreedor adquirir un crédito contra el tercero en favor de quien ella había intervenido. Hé aquí por qué el pretor vino en socorro del acreedor. En el caso de una *expromissio* de la mujer, él daba al acreedor su acción contra el antiguo deudor, como acción útil (*rescissoria vel restitutoria*) (3), y con ella todos sus accesorios (4). En el caso de una intervención de la mujer, el pretor acordaba útilmente al acreedor, contra el tercero en favor de quien la mujer había intervenido, la acción que nace del contrato concluído con la mujer, por ejemplo la *actio ex stipulato* (5).

II. Cesa el beneficio de la mujer:

1º Cuando ha sido pagada por interceder; debe entonces soportar el riesgo de la intercesión, como tiene su ventaja [6].

[1] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 16 § 1.

[2] *Id.* *id.*; *Dig.* lib. 44, tit. 1, l. 7, § 1. La excepción pertenece aun á los que han intercedido á consecuencia de un mandato de la mujer, con tal que el acreedor haya tenido conocimiento de este mandato. La intercesión subsidiaria de la mujer aprovecha aquí al intercedente directo, porque la mujer es la única verdadera intercedente. [*Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 1. 6 y 30, § 1 y l. 32 § 3; *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 15]. Véase también el *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 8, § 4. Por otra parte, la excepción del Senado Consulto Velejano se da contra el acreedor y sus herederos y también contra aquellos que han intercedido por mandato de la mujer y que han debido pagar al acreedor porque éste ignoraba la existencia del mandato. [*Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 1. 6, 7 y 32, § 3].

[3] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 1, § 2, l. 8, §§ 7 y 9, l. 13, § 2, l. 32, § 5 y l. 8, § 8.

[4] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 13, § 1, l. 1. 14 y 20; *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 8, § 1.

[5] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 1, § 2, l. 8, § 14. En virtud de una disposición especial, el acreedor se aprovechaba de la hipoteca que la mujer se había hecho dar por el tercero en provecho de quien había intervenido. [*Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 29].

[6] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 23; *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 1. 16 y 22; *Cod.* lib. 4 tit. 18, l. 23, § 1.—Vangerow, III, § 58, *Ann.* I, núm. 1.—Art. 1704, fr. III del Cód. Civ. del D. F. de México.

2º Cuando la mujer se ha hecho culpable de un dolo hacia el acreedor, porque el Senado Consulto quiere protegerla contra su ligereza y no contra su fraude. [1].

3º Cuando el acreedor ha caído en un error excusable respecto de la intercesión de la mujer, y notablemente cuando la mujer que intervenía por un tercero, no ha hecho conocer esta circunstancia al acreedor que la ignoraba [2].

4º Cuando ella ha intercedido cerca de un acreedor menor y el deudor principal es insolvente; el interés del menor prevalece aquí sobre el privilegio de la mujer [3].

5º Cuando la intercesión se ha verificado en provecho de la libertad [4] ó de una constitución de dote [5], á causa del favor de que gozan la libertad y la dote.

6º Cuando la mujer renuncia desde luego á su beneficio, ya expresa [6], ya tácitamente. Hay renuncia tácita de parte de la mujer que acepta la herencia del deudor.

[1] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 2, § 3 y l. 1. 23 y 30; *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 1. 5 y 18.—Art. 1704, fr. II, del Cód. Civ. del D. F. de México.

[2] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 1. 4, l. 17, 27 y 28, § 1; *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 1. 1 y 13; *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 1. 6-32 § 3 y 19, § 5.

[3] *Dig.* lib. 4, tit. 4, lib. 12.

[4] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 24.

[5] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 1. 12 y 25.

[6] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 32, § 4. La renuncia es también necesaria en el caso para que la mujer sea admitida á la *litis contestatio*.—Según el antiguo Derecho de México podía ser renunciado el beneficio del Senado Consulto Velejano l. 1. 61 de Toro y 2, tit. 16, lib. 5, de la Recopilación; Castro, *Discursos críticos sobre las leyes*, 1º tomo 2 lib: 4 y Alvarez Posadilla *Coment. l. 61 de Toro*, págs. 365 y 366, estableciéndose que la prohibición del Senado Consulto reconocía un derecho y mero privilegio susceptible de ser renunciado por la agraciada y no siendo en consecuencia de interés general. Sentencia del Juzgado 5º de lo Civil de México, de 31 de Agosto de 1853. [*Gaceta de Trib.*, tom. 2, pág. 869]. Pero, á no dudarlo, en el derecho moderno no sucede lo mismo, atento lo dispuesto por los arts. 6 y 1704 del Cód. Civ. del D. F. de México y así lo ha reconocido la jurisprudencia de los tribunales, sentencia del Juzgado 2º de lo Civil del D. F. de 14 de Marzo de 1874. [*El Foro*, tom. 3, núm. 55, año de 1874]. Véase la obra *Princip. de Derecho Civil Mexicano* por A. Verdugo, tom. 1, págs. 53 á 59.

dor principal [1]. Pero la mujer no renuncia válidamente á su beneficio en el momento mismo de su intercesión. En efecto, el objeto del Senado Consulto Veleyano es proteger á la mujer contra su ligereza y especialmente contra una exagerada confianza en la solvencia del deudor; ahora bien esta ligereza, esta confianza que la determina á interceder, la arrastraría también á renunciar su beneficio. Luego si la renuncia inmediata hubiera sido posible, se hubiera frustrado el objeto del Senado Consulto, tanto más cuanto que las renunciaciones se habrían hecho de estilo; ellas habrían acompañado regularmente á las intercesiones de la mujer [2]. Sin embargo, muchos autores admiten sin distinción la validez de la renuncia de la mujer [3]. Otros se pronuncian de una manera general contra esta validez, salvo algunas excepciones [4].

7º Cuando la mujer renueva su intercesión después de dos años [5].

[1] *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 8, § 13; *Id.* lib. 46, tit. 3, l. 95 § 2.—Maynz, II § 265, nota 16.

[2] *Arg. Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 22. En este sentido Maynz, II, § 265 y Muhlenbruch, II, § 488-2º y nota 15.

[3] Puchta *Pand.*, § 488-7º; Vangerow, III, § 581, *Ann.* I y Namur, II, § 331-5. No se puede oponer ni el *Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 32, § 4, puesto que se trata aquí de una renuncia subsecuente, ni la regla según la cual la madre y la abuela, para llegar á la tutela de sus descendientes, deben renunciar al beneficio del Senado Consulto Veleyano. (*Cod.* lib. 5, tit. 35, l. 3, y *Novella* 118, cap. 5), porque se comprende que, á pesar de la nulidad de una renuncia voluntaria, la ley impone la renuncia en un caso particular.

[4] Thibaut, I, § 536. A; Windscheid, *De valida mulierum intercessione*, págs. 57 y siguientes.

[5] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 22. Se alegan muchas otras excepciones del beneficio del Senado Consulto Veleyano. Tales serían el caso en que la mujer intercede en su propio interés. (*Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 1. 13, 21 y 27, § 2; *Cod.* lib. 4 tit. 18, l. 1. 2 y 6; Art. 1704 fr. IV del Cód. Civ. del D. F. de México, y aquel en que intercede con la intención de hacer una liberalidad al deudor. (*Dig.* lib. 13, tit. 5, l. 4, párf. 1 y l. 1. 8 y 21 párf. 1). Pero no hay verdadera intercesión en estos casos. Véase antes párrafo 30, I. Vangerow, III, párf. 581, *Ann.* I, núms. 1, 2 y 3 y Maynz, II, párf. 265.

§ 38 bis. *Reformas de Justiniano.*

Justiniano hizo en esta materia una doble reforma: declara inexistente la intercesión de la mujer, desde luego cuando ella se verifica en provecho de un tercero, de otra manera que por un título público firmado por tres testigos [1], en seguida cuando se hace en provecho del marido, aun cuando la formalidad anterior hubiera sido observada (2). En los dos casos la intercesión de la mujer se considera como no hecha; se presume que la mujer no ha hecho nada y por tanto el recurso al Senado Consulto Veleyano es inútil (3). Para que éste sea aplicable en el derecho nuevo, es preciso que la mujer haya intercedido por un tercero, otro que su marido y por un título público firmado por tres testigos (4).

I. La nulidad establecida por Justiniano contra las intercesiones no solemnes de la mujer en favor de terceros sufre excepción:

1º Cuando la mujer ha sido pagada por interceder; como ella obtiene una ventaja de la intercesión, soporta también sus riesgos [5].

2º Cuando la mujer engaña al acreedor con motivo de su intercesión; porque ¿cómo imponer al acreedor la observancia de una forma cuando, en razón del fraude, ignora que hay que observar esa forma? [6].

3º Cuando el acreedor cae en un error excusable rela-

[1] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 23, párf. 2 y 3.

[2] *Novella* 134, cap. 8.—Art. 1704, fr. IV del Cód. Civ. del D. F. de México.

[3] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 23, párf. 3; *Novella* 134, Cap. 8.

[4] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 23, párf. 2.

[5] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 23, Art. 1704 fr. III del Cód. Civ. del D. F. de México.

[6] Windscheid, II, párf. 488-1º y nota 5. Art. 1704 fr. II del Cód. Civ. del D. F. de México.

tivamente á la intercesión de la mujer por un motivo análogo.

4º En el caso de una intercesión en favor de una constitución de dote [1].

II. La intercesión de la mujer por su marido es nula aun cuando sea hecha en un título público firmado por tres testigos [2]. Hay excepción en esto cuando el marido ha sido engañado por la mujer ó bien ha caído en un error excusable con motivo de la intercesión de la misma. La razón de esto es que el marido, á causa del dolo ó del error excusable, ha ignorado la intercesión de la mujer [3].

Como todas las excepciones de las dos constituciones de Justiniano son al mismo tiempo excepciones del beneficio Velejano, la mujer está en los casos indicados plenamente obligada por su intercesión.

[1] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 25. En efecto, esta ley es posterior á la 23 que estableció la solemnidad de que se trata, y declara de una manera general que la mujer intercede válidamente en favor de la dote. La cuestión sobre hasta qué punto las excepciones del beneficio Velejano son también excepciones de la solemnidad de la ley 23 es de las más controvertidas. Unos admiten que en todo caso en que el beneficio Velejano cesa, la intercesión no solemnemente de la mujer es válida. Otros, y es la opinión dominante, no reconocen sino una sola excepción de la solemnidad de la ley 23, á saber cuando la mujer ha sido pagada por interceder. (Vangerow, III, párf. 581, *Ann.* 2; Maynz, II, párf. 265). Aceptamos la opinión intermediaria de Winscheid, II, párf. 488-1º y nota 5. No hablamos de los casos en que la mujer intercede, sea en su propio interés, sea *ánimo donandi*, porque no constituyen verdaderas las intercesiones. Véase antes párf. 38, nota 5, pág. 210.

[2] *Novella*, 134, cap. 8.

[3] La *Novella* 134, cap. 8, exceptúa el caso en que la mujer ha intercedido en su propio interés; pero entonces, á decir verdad, no hay intercesión. Aquí igualmente se ha querido admitir las mismas excepciones que para el beneficio Velejano. Pero véase Vangerow, III, párf. 581 *Ann.* 3, núms. 3 y 4, y Maynz, II, párrafo 265.

CAPITULO SEGUNDO.

De las diversas especies de obligaciones.

SECCIÓN I. DE LAS OBLIGACIONES DE DAR Y DE LAS OBLIGACIONES DE HACER.

§ 39.— Objeto de la división.

Al definir la obligación [1], hemos tenido ocasión de explicar los dos sentidos en que se toma el *dare* y el *facere* considerados como objeto de la relación obligatoria. A estos dos sentidos corresponden las dos acepciones de la división de las obligaciones en obligaciones de dar y en obligaciones de hacer.

1º Propiamente hablando, la obligación de dar [*obligatio dandi*] es la que tiene por objeto la traslación de la propiedad de una cosa ó bien la constitución de otro derecho real. La obligación de hacer (*obligatio faciendi*) comprende el resto de las obligaciones, y por consiguiente también la que tiene por objeto la entrega de una cosa con otro objeto que el de conceder un derecho real, es decir la *obligatio tradendi*. A esta categoría pertenecen la obligación del arrendador y también la del vendedor [2].

(1) Véase antes párrafo 1.

[2] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 30, párf. 1; arts. 1272 y 1422 del Cód. Civ. del D. F. de México.