

55. Si la deuda es pura ó se ha purificado, no es necesario que preste el deudor caucion de pagar, mediante á que puede entonces reconvenirlo inmediatamente el acreedor y usar de otros remedios convenientes; mas si la deuda es condicional ó respectiva á cierto dia, aunque siendo el deudor sospechoso al tiempo del contrato, no puede pedir el acreedor la dicha caucion, por debérsele imputar que contrajo con él; si puede pedirla haciéndose sospechoso, bien por culpa suya, bien por caso fortuito, despues del contrato antes de llegar el dia ó de cumplirse la condicion, y tiene que prestarla el deudor de pagar cuando aquel llegue ó ésta se cumpla, dando fiador idóneo; pues de lo contrario será puesto preso, sin que se escuse con la caucion juratoria no teniéndolo, y aun se le puede prohibir por el juez que enagene sus bienes: no siendo de omitir que para hacer la prueba de sospecha, no se necesita citar al deudor si se teme su fuga (núm. 57).

CAPITULO XII.

De los dos reos.

1. Cuando dos ó mas se obligan llanamente, ya sea en contrato oneroso, ya sea en contrato lucrativo, cada uno queda obligado solamente por igual parte, no *in solidum*; y por el contrario si dos ó mas son los acreedores, á cualquiera le compete la accion por parte aunque en la persona de alguno no valga el contrato: y lo mismo sucede en la sentencia si muchos son condenados simplemente; pero lo dicho se ha de entender prometiéndose cosa dividua, no individua como la servidumbre, pues en tal caso cada reo se halla obligado *in solidum*, y á cada acreedor se le adquiere accion *in solidum*. Lo propio acontece, si las partes se convienen en obligarse *in solidum* en cualquiera especie de contrato espresa, ó tácita-

mente por haberse puesto alguna palabra distributiva, v. gr., *que cualquiera prometia*: advirtiéndose que uno de los reos se puede obligar puramente y otro *in diem* ó bajo condicion (número 1).

2. Sin embargo de que los reos se hayan obligado *in solidum*, han de ser reconvenidos por su parte, á no ser que alguno de ellos esté pobre ó ausente, ó se haya renunciado el beneficio de la division, en cuyo último caso si el acreedor reconviene á alguno *in solidum*, ha de protestar que se contentará con una sola paga: y habiendo alguno de los deudores disfrutado toda la utilidad y siendo reconvenido el otro, aunque se haya renunciado el dicho beneficio, podrá éste excepcionar que á sus espensas sea aquel reconvenido primeramente (núm. 2, ley 12, tít. 12, part. 5).¹

3. Si uno de los reos de deber por causa onerosa paga *in solidum*, y todos se han utilizado, puede reconvenirlos con respecto á las partes que les tocaron, y si él solo percibió la utilidad, nada puede repetir, segun sucederia si fuesen reos de deber por causa lucrativa: y por el contrario si uno de los reos de estipular recibe la paga de toda la deuda, siendo por causa onerosa tiene que comunicarla con los demas, y no siendo por causa lucrativa, sino que son socios (núm. 3.)

CAPITULO XIII.

De los fiadores.

1. Pues que ya hemos hablado de los que se obligan principalmente por sí, trataremos ahora de los que se obligan

¹ Por la ley 1, tít. 16, lib. 5 de la Recop. sienten muchos AA. que si dos reos se obligan *in solidum*, no les compete el beneficio de la division [número 3, vers. *Sed quid hodie*].

por otros para que mas bien pueda cobrarse la deuda, como son los fiadores, esto es, *aquellos que prometen solemnemente pagar en el mismo lugar y tiempo la cosa ó dinero que otro debe*. Su obligacion puede agregarse á la principal, bien sea civil y natural juntamente, bien natural, ó bien civil tan solo: y aun el fiador puede obligarse por el que se halla obligado únicamente por el oficio del juez, sin embargo de que ninguna accion suponga en el principal. Puede tambien obligarse por la herencia yacente, en quien reside la obligacion principal pasiva por representar al difunto. Puede asimismo intervenir tanto por la obligacion que provenga de contrato ó cuasi contrato, como por la que descienda de delito ó cuasi delito, de tal suerte que la sentencia pronunciada contra el principal deudor, puede ejecutarse contra el fiador sin nuevo proceso ó juicio. Ultimamente puede obligarse no solo por cierto y determinado contrato, sino tambien en general y para siempre por todos los de algun deudor (*núm. 1, ley 5, tit. 12, part. 5*).

2. El fiador no puede obligarse en mas que el principal con respecto á la cosa, tiempo, lugar ó causa; pero en menos con respecto á lo referido sí puede obligarse, como tambien con un vínculo mas eficaz que el del principal deudor. En este supuesto será válida la obligacion del fiador en instrumento ejecutivo, y con hipoteca ó juramento, aunque el principal deudor no se hubiese obligado en aquel ni con estos requisitos: y si por ventura era natural la obligacion del deudor, solamente el fiador puede ser reconvenido (*núm. 2*).¹

¹ La ley 7, tit. 12, part. 5, dispone espresamente que el fiador quedé obligado tan solo en la misma cantidad que debe el principal deudor, sin embargo de que se haya ofrecido á la entrega de otra mayor: declarando inválidas las demas obligaciones, en las cuales los fiadores intentan obligarse mas fuertemente que lo está el reo principal en orden al lugar, tiempo ó cua-

3. Cuando el fiador interviene no simplemente, sino con el modo ó condicion de que si el reo principal no paga, quede obligado, se juzga fiador condicional, y la tal condicion se verifica habiéndose constituido en mora el deudor ó habiendo muerto; bien que hoy ademas de la mora se requiere la ejecucion en los bienes de éste (*dic. n. vers. Quæro tamen, ley 16, tit. 12, part. 5*).

4. Prometiendo alguno pagar al acreedor lo que no pueda conseguir de su deudor, no se conceptúa propiamente fiador, porque éste se obliga por lo que el principal se halla obligado y aquel por lo que no se pueda exigir del deudor, no quedando en nada obligado si todo se exige, y por tanto con propiedad se llama *expromisor*. Lo propio se ha de aseverar del que promete al acreedor la indemnidad, por juzgarse que se obliga á lo mismo, y en ambos casos se requiere la escucion para complemento de la condicion (*núm. 3*); pero si alguno promete pagarme lo que otro me debe, será propiamente fiador (*núm. 4*).

5. Si alguno dirige á otro carta en favor de cierta persona y en virtud de ella contrae con ésta el que la recibe, se halla obligado con la accion *mandati* el que la remitió, siempre que en la carta se hablase con particularidad, como si en ella se dijera que el que la recibe preste ó entregue tal cantidad ó cosa á alguno, ó aunque se hable generalmente, si se dice que contraiga con cierta persona á cuenta y riesgo del que la envía; mas si la tal carta se halla concebida en términos muy generales, porque el que la envía dice únicamente; *darás fe*

lidad de la obligacion; pero en medio de esta disposicion soy de sentir que despues de la célebre ley 2 de la *Resop.* ya citada, que previene sea obligatorio todo contrato de cualquier modo celebrado, indistintamente deben declararse válidas todas las promesas de los fiadores.

á Francisco en cuanto te diga: ó Francisco es persona fiel de la cual puedes confiarle, de ningun modo queda obligado, en atencion á que la tal carta tan solo recomienda y aprueba la persona y no es obligatoria, á no ser que se pruebe haberse dicho con dolo ó fraude (núm. 5).

6. Teniendo alguno que prestar fiador en algun negocio por disposicion de ley, como el tutor ó usufructuario, puede prestarlo en ageno lugar y jurisdiccion; pero si por convencion de las partes ha de presentarlo en el lugar del acreedor (núm. 6).

7. Dándose fiador por disposicion de ley para la forma y sustancia de algun acto, si llega á empobrecer, ha de prestar el deudor principal otro idóneo; mas dándose el fiador por convencion de las partes y contentándose con él el acreedor, aunque empobrezca despues no tiene el deudor obligacion de dar otro (n. 7); debiendo advertirse que cuando alguno tiene que prestar fiador, ha de dar por tal una persona que segun derecho se pueda obligar y reconvenir eficazmente, y así podrá dar por fiador al menor, al clérigo ó á la muger en los casos que diremos despues quedan obligados (n. 8).

8. Si alguno promete al acreedor la indemnidad, ó promete satisfacerle lo que no pueda obtener del deudor, y siendo aquel negligente en reconvenir á éste, llega á no tener que pagar, queda libre el fiador, mayormente si requirió al acreedor para que reconviniese al deudor y no lo hizo. Esto mismo debemos decir del fiador que se obliga simplemente y en la forma comun, si no ha renunciado el beneficio de la escusion y ha reconvenido espresamente al acreedor, á fin de que reconvenga al deudor principal; pues si renunció del dicho beneficio ó no requirió por su negligencia al acreedor, sin embargo de la culpa de éste queda obligado: lo cual tambien se verifica en muchos fiadores que gozan del beneficio de divi-

sion, porque si alguno teme que los demás no tengan despues para pagar, puede requerir al acreedor para que los reconvenga con respecto á sus partes, y no haciéndolo, á sí mismo se ha de imputar el satisfacer *in solidum* (n. 9).

9. Regularmente no puede el fiador reconvenir al deudor principal para que lo exonere de la fianza, y los casos en que puede hacerlo son los siguientes. El primero, cuando el deudor principal ha sido condenado en juicio á que pague. El segundo, si principia á dilapidar sus bienes. El tercero, si con él hizo pacto el fiador de que despues de cierto tiempo habia de exonerarlo de la fianza. Y el cuarto, si el fiador ha estado en la obligacion por el término de un año (*segun la ley única al fin tit. 18, lib. 3 del Fuero*), el cual corre despues de la obligacion principal cumplida; y por tanto si la deuda es condicional ó *in diem*, ó si el fiador intervino por la eviccion de alguna cosa ó por algun curador, aunque la fianza haya durado mucho tiempo, no puede solicitar que se le exonere de ella antes de purificarse la deuda principal, antes que se evinca la cosa y antes que se finalice la curaduría (n. 10).¹

10. Cuando alguno sale por fiador de algun deudor con ignorancia de éste, no puede recobrar lo que pague con la accion *mandati* sino con la accion *negotiorum gestorum*; pero si

¹ Por lo que hace al primer caso juzgo que donde dice *el deudor principal* debe decir *el fiador*. Fúndome en la razon, en la misma ley *Lucius Titius ff mandati § Non absimiles* que cita nuestro autor, y en que varios AA. que he visto (*entre ellos Hevia Bolaños, lib. 2 del com. terrest., cap. 5 n. 9* y *D. José Febrero en su Libr. de Escrib. cap. 4, § 5, núm. 133*), tratando de los modos de disolver la fianza hablan con respecto al caso de la condenacion del fiador y no del deudor. Por lo que hace al cuarto caso segun el Aillon (*núm. 11 vers. Quando*), segun los citados AA. [en los dichos lugares], y otros muchos, el tiempo de la fianza se ha de regular por el arbitrio del juez.

sale por fiador de algun deudor contradiciéndolo éste, no puede ni con una, ni con otra, ni aun por equidad, para que el deudor no se lucre con la pérdida ajena, mediante á que cesa toda equidad por la espresa prohibicion del deudor; bien es verdad que si alguno paga para librar la persona de otro contra su voluntad, muy bien puede pedir lo que satisfizo; por ser nula la prohibicion en favor de la causa pública á quien interesa conservar la vida de sus individuos (núm. 11).

11. Si el fiador antes de intervenir en la fianza protesta que no quiere quedar obligado por la futura obligacion que hiciere por otro, y la protestacion se intima al acreedor, será inválido el acto siguiente contrario; mas si la protestacion no se intima al acreedor ó tercero á quien toca el negocio, aunque en el caso que el acto pende de la voluntad de uno como el testamento y la adiccion, la protestacion precedente anula el acto siguiente contrario; como que en este caso la disposicion depende de muchos, quedará el fiador tan perfectamente obligado como si la protestacion no hubiera precedido, pues de otra suerte el acreedor ó tercero seria perjudicado gravemente por dolo y fraude del fiador (núm. 12).

12. La confesion del acreedor contenida en escritura pública ó privada en la cual se espresa que el fiador le satisfizo, es de tal suerte válida, que prueba haber precedido la paga, y en virtud de ella puede el fiador reconvenir al deudor principal con la accion *mandati*, como si verdadera y realmente se probase la solucion; y mayormente tendria ésto lugar pasados 30 dias, porque tan solo tiene lugar dentro de éstos la escepcion *non num. pec.* en la liberacion de la deuda y confesion de la paga (núm. 13).

13. Ha de ser reconvenido el deudor principal y se ha de hacer escusion en sus bienes antes de reconvenir al fiador, esceptuándose varios casos. El primero, cuando se halla fue-

ra de su jurisdiccion el deudor principal, por ser difícil el reconvenirlo. El segundo cuando renunció el fiador el beneficio de escusion que fué inducido únicamente en su favor. El tercero, cuando es notorio que el deudor principal no tiene para satisfacer. El cuarto, cuando el fiador es público cambista, pues éste no goza del beneficio de escusion por la utilidad comun y buena fé con que debe versarse, á causa de recurrirse á él frecuentemente. El quinto, cuando no puede ser reconvenido fácilmente el deudor principal por causa que haya sobrevenido de nuevo respectiva á su persona ó lugar en que se halla: v. gr., si es algun tirano que reside en parte segura, algun enredador que no acostumbra pagar sus deudas sin pleito, rey, magnate ó fisco, á quienes el acreedor no puede igualarse. El sexto, cuando el fiador reconvenido niega serlo, pues por ésto pierde el dicho beneficio, en atencion á que negando alguno en juicio lo que es causa de su intencion, beneficio ó privilegio, lo pierde (núm. 14, ley 9, tit. 12 part. 5).¹

14. Si el fiador reconvenido no pone la escepcion dilatoria de escusion antes de contestarse el pleito, es válido el juicio y puede ser condenado legítimamente; bien que si la opone antes de la contestacion, sin embargo no se anula el proceso, porque puede replicar el acreedor que el deudor principal no tiene para satisfacer, y entonces pendiente el juicio se podrá hacer la escusion *dic. núm. vers. Tertio limitata*: y si habiéndose hecho ésta legítimamente se encuentran bienes suficientes, mas no se halla quien los compre, ó si se halla, es con grande dificultad y en dilatado tiempo, no se

¹ Hallándose el deudor fuera del lugar, si el fiador reconvenido solicita que el juez le conceda término para presentarlo, lo deben otorgar á su arbitrio, y no presentándolo dentro del tiempo asignado, lo puede apremiar á la satisfaccion del débito segun se hubiere obligado [D. José Febrero en el citado lugar num. 126].

puede precisar al acreedor á que los reciba en pago de su crédito, ó á que espere largo tiempo, pues en tal caso se dice que el deudor no tiene para pagar, y se puede reconvenir al fiador (*dic. núm. vers. Octavo limita*).

15. Siendo muchos los fiadores y reconviniéndose á alguno *in solidum*, puede oponer la escepcion de division para que cada uno sea reconvenido por su parte si tiene que pagar, así en la primera instancia antes de la sentencia definitiva por ser escepcion perentoria y no despues, como en la segunda instancia si el fiador fué condenado y apeló. Esta ta escepcion no compete habiéndose renunciado, ó habiendo satisfecho alguno de los fiadores toda la deuda, en cuyo caso no puede reconvenir al acreedor no obstante que la tal escepcion sea favorable, pues no es perpetua como la del senadoconsulto veleyano ú otra semejante, atento á que pueden no tener que pagar los demas fiadores (*núm. 15, ley 8, tit. 12, part. 5*).

16. Pueden ser fiadores todos los que se pueden obligar principalmente, á escepcion de los prohibidos por ley. En primer lugar se halla prohibida la muger por la fragilidad de su sexo, de suerte que aunque por rigor de derecho queda obligada civil y naturalmente, le compete la escepcion del senadoconsulto veleyano, que puede oponer con buena conciencia aun despues de la sentencia definitiva en la misma ejecucion antes de hacerse la paga: y si por ventura satisface al acreedor, puede recobrar lo pagado con la condicion *indebiti* por ser perpetua y favorable la escepcion referida (*núm. 16, ley 1, tit. 2, part. 5, y ley 2, tit. 12, part. 5*).

17. Renunciando la muger el dicho beneficio, como fuese cerciorada de éste por el escribano es válida la renuncia, y de consiguiente si el escribano ó notario preguntado por el juez ignora cuál sea el senadoconsulto veleyano, de nada sir-

ve la renuncia por aparecer probada evidentemente la negativa. Tambien carece la muger del espuesto beneficio aun no siendo cerciorada, cuando juró la fianza (*núm. 17, ley 3, tit. 12, part. 5*).¹

18. En segundo lugar se halla prohibido el menor de 25 años, pues si se obliga por alguna persona, bien sea estraña, bien conjunta, bien tenga para satisfacer, bien no tenga, aunque por rigor de derecho queda obligado, le compete la restitucion y aun se presume siempre lesion en este caso: si bien es cierto que siendo varon con la edad de 18 años y saliendo por fiador de su padre encarcelado, se obliga eficazmente, así porque cualquiera persona mayor y prudentísima lo haria, como porque de lo contrario podria ser desheredado. Y en tercer lugar se halla prohibido de ser fiador el soldado (*núm. 19, ley 2, tit. 12, part. 5*).²

19. Al clérigo se le aconseja en el capítulo 1 de *Fidejussor* por aquellas palabras: *Clericus fidejussionibus inservieuns abjiciatur*, que no salga por fiador; pero si efectivamente sale por tal, queda obligado, debiendo satisfacer de su patrimonio ó de las rentas de su beneficio solamente en cuanto pueda haer, y no pudiendo ser preso por deuda: y aunque el obligado á dar fiador de estar á derecho no se libra dando por tal un clérigo ó persona que sea de otro fuero y jurisdiccion, si satisface el que prometió simplemente prestar fiador por alguna deuda ó contrato (*núm. 18*).

1 Si la muger recibe precio por ser fiadora, queda obligada. Asimismo lo queda, si permanece en la fianza dos años y cumplidos éstos la renueva ó entrega prenda al acreedor para asegurar el débito [*ley 3, tit. 12, part. 5*].

2 La *ley 28, tit. 2 lib. 4 de la Recop.*, solamente permite al labrador ser fiador de otro labrador, prohibiéndole la renuncia de este beneficio y otros que le concede [*Vease al Aillon, núm. 20, vers. De agricola*].

20. El fiador se exonera de la fianza con la solucion del deudor principal y con la que él mismo haga, aunque si la cosa ó fundo del deudor se da en pago al acreedor, como despues sea vencida la cosa entregada y el deudor no tenga de qué pagar, el fiador se halla obligado, mediante á que por el ánimo de las partes ó disposicion de la ley la accion contra él no fué estinta, ó si se estinguió estrictamente renace siguiéndose la eviccion. Tambien se exonera con la novacion entre el acreedor y el deudor principal, si no que consiente en ella ó se obliga le nuevo. Asimismo queda libre con la prescripcion de la deuda principal, por juzgarse igualmente prescripta la accion contra él: con la advertencia que si el fiador intervino algun tiempo despues de contraida la obligacion principal, se interrumpe la prescripcion, porque se conceptúa hecho reconocimiento de la deuda por el mismo deudor. Igualmente se libra interviniendo pacto de no pedir entre el acreedor y deudor, de tal suerte que aunque éste lo remita despues, no se puede privar al fiador de la escepcion adquirida sin nuevo consentimiento suyo. Y últimamente se exonera el fiador con la confusion de la accion, pues si sucede al deudor ó por el contrario, se estingue la obligacion acesoria y permanece la principal; mas ésto debe entenderse cuando ambas obligaciones son útiles y válidas, no cuando la obligacion principal es ineficaz por razon de la persona ú otro motivo. En este supuesto si la obligacion principal es natural tan solo y el fiador sucede al deudor, no se confunde la obligacion accesoria; y si aquel sucediendo á éste hace inventario, como que por la persona del deudor no se obliga á mas de lo que alcanza la herencia, si con los bienes de ésta no se puede satisfacer la deuda principal, se halla obligado por su persona en virtud de la fianza, por cuanto la obligacion principal se reputa inválida á causa de no poderse exigir la deuda:

debiendo tenerse presente que la dicha confusion de accion no será total sino en parte siempre que el heredero tan solo en una parte suceda: bien es verdad, que si el acreedor sucede al deudor y hace inventario, no se confunde la accion en efecto, y por consiguiente si el difunto deja muchos acreedores, el heredero acreedor obtendrá su deuda en el tiempo, lugar y grado que la obtendria no siendo heredero: y si el tal heredero acreedor es gravado á restituir á otro la herencia, aunque no haga inventario, no se confunde su accion con la adiccion de la herencia, y puede deducir lo que se le debe, porque el fideicomiso universal no es válido en mas de lo que permita la herencia (*número 20*).

21. Si el acreedor proroga el término de la paga al deudor, no queda libre el fiador, mediante á que la prorogacion se entiende hecha con su cualidad, y á que en el dia nunca se hace novacion si las partes no lo espresan: advirtiéndose para complemento de la presente materia, que el fiador á fin de librarse puede satisfacer de los bienes del deudor principal, ya se deba dinero, ya cosa ó especie, sin que pueda decirse que comete hurto ó violencia, por no intervenir dolo ni fraude (*núm. 31*).

CAPITULO XIV.

De la restitution de los menores.

1. El menor infante ó próximo á la infancia no puede contraer ni evacuar ningun negocio aun con lo autoridad de su autor, quien por sí solo ha de intervenir en el acto; pero si es próximo á la pubertad, mediante á que ya tiene algun entendimiento, puede obligarse en cualquiera contrato con la autoridad de su tutor, y sin ella estipular y adquirir para sí. Tambien sin la autoridad del tutor se obliga naturalmente, á