

ella, pudiese ejercitarla y recibir ó exigir el pago por cuenta suya. Los casos de viaje, de ausencia, de ineptitud para los negocios, ó de deseo de no encargarse personalmente de ellos, motivaban suficientemente este útil pensamiento. Mas el rigor del principio primitivo se oponía á que se pudiese verificar esto por medio de una procuración, pues no se podía litigar por procurador. Cuando posteriormente se admitió esta facultad, fué sólo con seguridades y formas más embarazosas en el litigio. Por otra parte, el principio de que el derecho y la acción resultantes de la estipulación se hallaban exclusivamente ligados á la persona del que había pronunciado las palabras, se conservaba allí fijo. De este mismo principio se tomó el medio de llegar al objeto. Este medio fué, para el estipulante, emplear otra persona que, procediendo en calidad de adjunto suyo, estipulase del mismo deudor el mismo objeto, por un segundo contrato verbal accesorio del primero: «*Possumus tamen ad id quod stipulamur, alium adhibere qui idem stipulatur, quem vulgo adstipulatorem vocamus*» (1).

Tal es, según mi juicio, el origen y utilidad del estipulador (*adstipulator*), que el manuscrito de Gayo nos ha dado á conocer con algunos pormenores. Es estrechar y limitar demasiado la institución, es tomar un punto accesorio y posterior con respecto al carácter principal y originario, el fijarse, como se hace comunmente, á la única utilidad que posteriormente quedó al adstipulador, en las estipulaciones *post mortem suam*. Cuando Ciceron, en su arenga contra Pison, llega á estas palabras: «*Ad quærebat etiam paulo ante de me, » quid suo mihi opus fuisset auxilio: cur non meis iniñicis, meis » copiis præstitissem? Quasi vero, non modo ego, qui multis sæpe » auxilio fuisset, sed quisquam tam inops fuerit unquam, qui isto » non modo propugnatore, tutiorem se, sed advocato aut adstipula- » tore, paratiorem fore putaret*» (2), se ve que al adstipulador se le pone en la misma línea que al defensor (*propugnatore*), más especialmente todavía que el orador que nos defiende en justicia (*advocato*), y que se trata de una utilidad, de una protección que de él ha de obtenerse en vida suya, para no abandonarse á sus propios recursos (*cur non meis copiis præstitissem*). El origen del adstipulador se encuentra en la imposibilidad primitiva de hacerse represen-

(1) Gay. Com. 5. § 110.

(2) CICERON. *In Pison.* § 9.

tar en los actos jurídicos y de litigar por medio del procurador. Su carácter es el de un mandatario respecto del estipulante principal; y el de un acreedor por estipulación con respecto al estipulante principal. De este doble carácter procedieron las reglas particulares á esta especie de intervención.

La adstipulación no podía intervenir sino á continuación y como accesoria de una primera estipulación; ningún otro contrato era susceptible de esta circunstancia. Sin duda en los primitivos tiempos, la fórmula empleada era la fórmula romana: *SPONDESNE? SPONDEO*. Pero desde el momento que para la estipulación fueron admitidas otras expresiones, lo fueron por consiguiente para la adstipulación. Y no era necesario, nos dice Gayo, que el adstipulador emplease precisamente aquellas de que el estipulante principal se hubiese servido. Por ejemplo, habiendo este interrogado así: *DARI SPONDES? PODEA EL ADSTIPULADOR INTERROGAR EN ESTOS TÉRMINOS: «IDEM FIDE TUA PROMITTIS? Ó IDEM FIDEJUBES?»* y recíprocamente (1).—El adstipulador no puede estipular, ni otra cosa que lo que ha estipulado el estipulante principal, porque se trata de fortificar el primer contrato, y no de crear una obligación nueva y distinta; ni más, porque todo lo que haya de más es otra cosa; por otra parte, como dice Gayo, «*nec plus in accessione esse potest, quam in principali*» (2). Sería adstipular más, adstipular pura y simplemente, cuando la estipulación principal es por término ó bajo condición. Pero nada impide que tenga lugar lo contrario, y que la adstipulación contenga menos que la estipulación principal (3); porque se puede no querer fortificar ésta sino en parte, en ciertos límites ó bajo ciertas condiciones.—La adstipulación tiene de particular (*in hoc autem quædam singulari jure observantur*) que el derecho y la acción que de ella resultan únicamente se atribuyen al adstipulador individualmente, y no pueden adquirirse ni transmitirse por él á ninguno otro, ni aun á sus herederos. Es fácil explicarse esta singularidad; pues el adstipulador no es más que un adjunto, un hombre de confianza del estipulante principal, una persona con cuyo auxilio se suple la insuficiencia del mandato ordinario, y por consiguiente, esta confianza se limita á él individualmente. De aquí se deduce que el esclavo, que no puede estipular válidamente, á no ser para su señor, no puede ser adstipula-

(1) Gay. Com. 5. § 112.

(2) *Ib.* § 126.

(3) Gay. Com. 5. § 115.

ador, como ya hemos dicho, p. 197; la misma decision habia prevalecido (*magis prævaluit*) respecto del hombre libre *in mancipio*, á causa de su asimilacion al esclavo (*nam et is servi loco est*). En cuanto al hijo de familia, pudiendo estipular válidamente para su jefe, podia ser *adstipulador* (véase p. 197). Pero el derecho que resultaba de la *adstipulacion* no lo adquiria el padre, pues era un derecho absolutamente individual; el hijo de familia no podia tampoco en el mismo instante ejercitarlo útilmente, porque se hallaba bajo la potestad de otro: era preciso esperar á que llegase á ser *sui juris*. Con tal que lo llegase á ser sin disminucion de cabeza, por ejemplo, por su elevacion á la dignidad de sacerdote flaminio, ó por la muerte del jefe; porque esta disminucion, variando su persona jurídica, hubiera extinguido el derecho que en él radicaba. La hija de familia y la mujer *in manu* se hallaban, en este punto, bajo la misma regla (1).

Siendo el *adstipulador*, respecto del promitente, un verdadero acreedor por estipulacion, tenia, lo mismo que el estipulante principal, la accion nacida del contrato, el derecho de recibir válidamente el pago, y aún el de dejar libre gratuitamente al deudor por aceptacion: el crédito extinguido para el uno lo era igualmente para el otro. Pero como respecto del estipulante principal el *adstipulador* no era más que un mandatario, estaba obligado por la accion de mandato (*mandati iudicio*) á darle cuenta de sus hechos, y á restituírle cuanto hubiese obtenido del deudor (2). En el caso en que hubiese dejado libre á este último gratuitamente, como de este modo habria destruido el crédito y causado injustamente un perjuicio al estipulante principal, habria quedado obligado con éste por la accion de la ley *AQUILIA*, que contenia un capítulo especial acerca de este punto (3), como veremos más adelante (lib. 4, tit. 3, § 12).

Haciendo la *adstipulacion* á un tercero, integramente y sin revocacion, señor del crédito por cuenta del acreedor principal, tenia aquélla, como se ve, sus peligros. Desde el momento que fué admitida la facultad de proceder por medio de procurador, y que lo fué con una extension y con medios cada vez más fáciles y expeditos, este recurso, más sencillo y seguro, debió hacer que cayese por tierra el uso de la *adstipulacion*. Sin embargo, de este uso se habia de-

(1) Gay. lb. § 114.

(2) Gay. Com. 5. § 111.

(3) lb. §§ 215 y 216.

ducido una utilidad, que se conservó más largo tiempo. Como ninguno podia estipular válidamente por un tiempo posterior á su propia muerte (*post mortem suam*), como ya hemos explicado, pág. 234, se imaginó de ponerse adjunto, en semejante caso, un *adstipulador*, á fin de que pudiese obrar despues de la muerte del estipulante principal, y llevar cuenta á los herederos de este último, por la accion *mandati*, de todo lo que hubiese obtenido. Aquí la *adstipulacion* tiene por objeto dar, por medio de un rodeo, fuerza y efecto á una estipulacion que sin esto seria inútil. Vemos en Gayo que en su tiempo apenas se empleaba la estipulacion en más que en este uso (1). Esta última utilidad desaparece en el momento que Justiniano hace válidas las estipulaciones *post mortem suam*; y con ella, no sólo el uso, sino hasta el nombre de los *adstipuladores*, que ya no vuelve á encontrarse en los textos de Justiniano, y cuya nocion exacta debemos al manuscrito de Gayo.

De los sponsores y de los fidepromisores.

Del mismo modo que un tercero puede ser adjunto del estipulante principal, á fin de estipular la misma cosa para él y por él, del mismo modo puede ser adjunto del promitente, para prometer la misma cosa accesoriamente por él y para él. «*Pro eo quoque qui promittit, solent alii obligari*» (2). El objeto de esta adjuncion es garantir y asegurar mejor al acreedor la ejecucion de la obligacion dándole muchos obligados. Ofreciendo esta seguridad (*cautio*) una utilidad práctica mucho más general que la de la *adstipulacion*, su uso era mucho más frecuente (3). No quedó limitada á las solas obligaciones contraidas por palabras; por medio de algunas variaciones de forma se extendió y generalizó á todas las obligaciones, cualquiera que fuese su origen, y en este último estado de extension se ha mantenido siempre. Para obtener dicha extension ha servido la fórmula empleada para interrogar al adpromitente. Los términos de la interrogacion no se han tenido aquí por indiferentes, como lo eran respecto

(1) Gay. Com. 3. § 117: «*Adstipulator em vero fere tunc solum adhibemus quum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur quod stipulando nihil agimus: adhibetur autem adstipulator, et is post mortem nostram agat: qui, si quid fuerit consecutus, de restituendo eo, mandati iudicio, heredi (nostro) tenetur.*»

(2) Gay. Com. 5. § 116.

(3) Gay. Com. 3. § 117: «*Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores sæpe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit.*»

al *adstipulador*. De su diferencia, por el contrario, han nacido las diversas clases de adpromitentes.

La fórmula civil, exclusivamente propia de los ciudadanos romanos, *SPONDES?* y la de *FIDEPROMITTIS?* admitida como equivalente á fin de permitir á los *peregrini* el uso de las *adspromisiones* (1), han permanecido bajo el imperio de los primeros principios. Para salir de los límites estrechos de estos principios se introdujo una tercera fórmula, *FIDEJUBES?* De aquí han procedido tres clases de adpromitentes: el *sponsor*, interrogado en estos términos: *IDEM DARI SPONDES?* el *fidepromissor*, interrogado por esta fórmula: *IDEM FIDEPROMITTIS?* y el fideyusor (*fidejussor*), por ésta: *IDEM FIDE TUA ESSE JUBES?* (2). Tratemos desde luego de los dos primeros, pues forman la regla primera. Por lo demás, se confunden el uno con el otro casi en todo, pues la *fidepromissio* no es otra cosa que la *sponsio* puesta al alcance de los *peregrini* (3). La única diferencia consiste en ciertas ventajas accesorias concedidas particularmente y de un modo exclusivo al *sponsor*.

Hay entre el *adstipulador* por una parte, y el *sponsor* ó *fidepromissor* por otra, un paralelismo bien singular. Estas dos instituciones son absolutamente la contrapartida una de otra. Lo que la una es á la estipulación, lo es la otra á la promesa.—Así del mismo modo que el *adstipulador*, el *sponsor* ó el *fidepromissor* sólo pueden acceder á obligaciones contraídas por palabras, «*nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum*» (4); así como el *adstipulador* es un adjunto á un estipulante principal, igualmente éstos son adjuntos á un promitente principal (5).—Del mismo modo que la *adstipulación* podía emplearse para remediar la nulidad de la estipulación hecha por el estipulante principal *post mortem suam*, así la

(1) Gay. Com. 5. § 120.

(2) Ib. § 116. Si la interrogación hubiese sido hecha así: *IDEM DABIS? IDEM PROMITTIS? IDEM FACIAS?* ¿qué nombre se daría á este promitente accesorio, y cuál sería el resultado? Gayo anuncia deber explicarse sobre esto, pero su explicación no se encuentra en el manuscrito.

(3) Ib. § 118: «*Sponsoris vero et fidepromissoris similis conditio, fidejussoris valde dissimilis.*»

(4) Gay. Com. 5. § 119.

(5) Me parece fuera de duda que ni unos ni otros podían intervenir antes, y es probable además que no lo podían tampoco después, pero que debían adjuntarse inmediatamente á continuación del contrato principal (Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 6. pr. f. Ulp.); como en la comedia de PLAUTO, en estos dos versos que tan extraordinariamente embarazan á los traductores (*Trinummus*, acto 5, escena 2.^a, versos 58 y 59):

LYSITELES. «*Filiam tuam spondes mihi uxorem dari?*»

CHARMIDES. *Spondeo.*

CALLICLES... *Et ego spondeo idem hoc.*»

sponsio ó la *fidepromissio* podían serlo para remediar la nulidad de la promesa hecha por el promitente principal *post mortem suam*; ó de otras nulidades procedentes de causas personales á este último, como, por ejemplo, de que siendo impúbero, hubiese prometido sin autorización de su tutor (1).—La regla de que no puede estipularse en el contrato accesorio, ni otra cosa ni más que en el contrato principal, pero que nada impide que se estipule ménos, es común á la *sponsio* y á la *fidepromissio* lo mismo que á la *adstipulatio* (2).—Del mismo modo que el derecho del *adstipulador* le es exclusivamente personal y no trasmisible á sus herederos, así la obligación del *sponsor* ó del *fidepromissor* no pasa á sus herederos: «*Præterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur*» (3).—En fin, del mismo modo que el *adstipulador*, acreedor por estipulación con respecto al promitente, no es con respecto al estipulante principal más que un mandatario obligado, por la acción *mandati*, á restituírle lo que haya percibido; así el *sponsor* ó el *fidepromissor*, deudor por promesa verbal con respecto al estipulante, no es, en sus relaciones con el promitente principal, más que un mandatario que tiene el derecho, por la acción *mandati*, de hacerse reembolsar lo que ha pagado (4).

Diversos plebiscitos que importa observar en la historia del derecho romano, y cuya existencia y algunas disposiciones nos han sido reveladas por Gayo, habían arreglado sucintamente la materia de los *sponsores* y de los *fidepromissores*.—1.º La ley APULEYA (*de sponsu*: año 652 de Roma, 102 años de J. C.), aplicable aun fuera de Italia, según la cual existía de pleno derecho una especie de sociedad entre los *sponsores* ó *fidepromissores*, cuando eran muchos; de tal manera que si uno de ellos hubiese pagado más que su parte, podía reclamar el exceso de los demás por su acción *pro socio* (5). Otra disposición, perteneciente á una ley, cuyo nombre es ilegible en el manuscrito de Gayo, y probablemente la misma que la precedente, exigía que el acreedor que debiese recibir *sponsores* ó *fidepromissores*, declarase alta y previamente (*prædicet palam et declaret*) para qué objeto y cuánto iba á recibir de ellos; faltando lo cual, los *sponsores* y los *fidepromissores* tenían treinta días para hacer acre-

(1) Gay. Com. 5. § 119.

(2) Gay. Com. 5. 126.

(3) Ib. § 120: salvo, respecto de los peregrinos, el derecho local de su ciudad.

(4) Ib. § 127.

(5) Ib. § 122.

ditar judicialmente que la declaracion requerida no habia tenido lugar, y comprobado este hecho, quedaban libres de toda responsabilidad (1).—La ley FURIA (*de sponsu*: por conjetura, del año 659 de Roma, 95 años de J. C.), aplicable á Italia solamente, y segun la cual la obligacion de los *esponsores* y de los *fidepromissores* no duraba más que dos años (*biennio liberantur*), y se dividia de pleno derecho en este intervalo, cuando habia muchos *sponsores* ó *fidepromissores*, entre todos los que existian en el momento de la exigibilidad (*eo tempore quo pecunia peti potest*), de tal manera que sólo podia dirigirse accion contra cada uno de ellos por su parte viril (2).—3.º Una ley CORNELIA (de Cornelio Syla, año 673 de Roma, 81 años de J. C.), en la que se principia á no tratarse ya de los *sponsores* y *fidepromissores*; pero cuyas disposiciones eran generales, y que, salvos algunos créditos tratados con más favor y especialmente exceptuados, prohibian que la misma persona pudiese obligarse por el mismo deudor, con el mismo acreedor, en el mismo año (*idem, pro eodem, apud eundem, eodem anno*) y más allá de XX mil; excedida la suma, no era válido el compromiso (3).—En fin, una ley PUBLILIA, cuya fecha nos es desconocida, atribuia á los *sponsores* un beneficio particular: el de poder reclamar contra el principal obligado la restitucion de lo que hubiesen pagado por él, por una accion especial, *actio depensi*, acompañada, en caso de contestacion por su parte, de una condenacion del doble (*adversus inficiantem in duplum*). Los *fidepromissores* no participaban de esta ventaja (4).

(1) Gay. Com. 5. § 125.—Es natural que habiendo establecido la ley APULEYA una sociedad de pleno derecho entre los *esponsores* ó *fidepromissores*, hubiese querido que ántes de contraer su compromiso les fuese declarado altamente para qué objeto y en qué número iban á asociarse: dos puntos importantes para juzgar la extension de su obligacion.

(2) Gay. Com. 5. § 121.—Cod. 7. 40. *De annali exceptione italici contractus tollenda.*

(3) Gay. Com. 5. §§ 124 y 125.—Se trata en el Digesto de esta ley CORNELIA: 41. 5. *De aleatoribus*. 3. f. Marcian. — Es cosa digna de notarse que las dos leyes APULEYA y FURIA, las primeras en fecha, no hablan sino de los *esponsores* y *fidepromissores*. La que sigue, la ley CORNELIA, dispone para todas las especies de garantes, y aún para los *fideyusores*. No es natural pensar que en el intervalo de quince años que las separa, para evitar las restricciones de las dos primeras leyes, sobre todo aquellas tan estrictas de la ley FURIA, el uso de los *fideyusores* obligándose por otra fórmula, y, por consiguiente, huyendo de estas reglas, hubiese sido, si no inventado, al ménos multiplicado, que hubiese entrado, en el uso cotidiano de los negocios, como el medio de responder más ampliamente y con mayor severidad de las deudas de otro, de tal manera que la ley CORNELIA establece sus limitaciones lo mismo á estas *fideyusiones*, que á las *esponsores* y *fidepromisiones*?

(4) Gay. Com. 5. § 127. y Gom. 4. § 9. — Paul. Sent. 1. 19. § 1. — Véase tambien Gay. Com. 4. § 22, relativamente á la accion de la ley, *manus injectio*, concedida á los *esponsores* por las leyes PUBLILIA y FURIA.

TITULUS XX.
DE FIDEJUSSORIBUS.

TÍTULO XX.
DE LOS FIDEYUSORES.

La seguridad dada por los *esponsores* y por los *fidepromissores* se hallaba encerrada en límites bien estrechos. Por el origen y por la misma naturaleza de la institucion, no podia acomodarse sino á obligaciones formadas por palabras, y no sobrevivía á los responsables. Sin embargo, la misma utilidad de asegurar su crédito existia en todas las obligaciones, y se podia desear una seguridad ménos perecedera. De aquí procedió la necesidad de evitar, por el uso de otra fórmula, el rigor de los principios. Esta necesidad fué todavía mucho más imperiosa cuando por la ley FURIA se halló la obligacion de los *esponsores* y *fidepromissores* limitada á dos años, y dividida entre ellos de pleno derecho y por cabezas. De aquí el origen y la causa de la propagacion del uso de los *fideyusores*, que acabaron por reemplazar, en la práctica de los negocios, á los *esponsores* y *fidepromissores*, y aún por hacerlos olvidar. Bajo el imperio de Justiniano ya en realidad no se hace mencion de estos últimos, aunque aparece alguna vez su nombre en los textos, aún posteriores al Digesto, á la Instituta y al Código (1).

Pro eo qui promittit solent alii obligari, qui fidejussores appellantur; quos homines accipere solent, dum curant ut diligentius sibi cautum sit.

Se usa que por el promitente se obliguen tambien las personas, llamadas *fideyusores*, que los acreedores acostumbran exigir para aumentar su seguridad.

I. *In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint. At ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis sit obligatio cui adjiciatur fidejussor; adeo quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur.*

1. Los *fideyusores* pueden acceder á toda obligacion que sea formada por la cosa, por palabras, por escrito ó por el consentimiento. Poco importa que la obligacion sea *civil* ó *natural*; de tal manera que un *fideyusor* puede obligarse por un esclavo, ya con un extraño, ya con el mismo señor de aquél, por lo que naturalmente se le debe.

In omnibus obligationibus. Es la principal ventaja obtenida por la introduccion de la *fideyusion*: esta especie de caucion puede aco-

(1) Véase la novela de Justiniano (año 529 de J. C.): *De fidejussoribus et mandatoribus, sponsores, etc.* cap. 1 y II.