

CAPÍTULO VI

De las obligaciones accesorias de los fiadores, y otros que acceden a la de un deudor principal	231
Sección I. De la naturaleza de la caución. Definición de las cauciones o fianzas y los corolarios que de ellas se derivan	231
Sección II. División de los fiadores o cauciones	249
Sección III. De las cualidades que deben tener las cauciones	249
Sección IV. Por quién, para con quién por que clase de obligaciones y cómo puede ser hecha la caución	254
Sección V. De la extensión de las finanzas.....	259
Sección VI. De qué manera se extinguen las cauciones y las diferentes excepciones que la ley concede a las cauciones	261
Sección VII. Del derecho que tiene la caución contra el principal deudor y contra sus cofiadores	275

CAPÍTULO VI

DE LAS OBLIGACIONES ACCESORIAS DE LOS FIADORES Y OTRAS QUE ACCEDEN A LA DE UN DEUDOR PRINCIPAL

Este capítulo se divide en ocho secciones, de las que las siete primeras corresponden a las fianzas. Nosotros trataremos en la primera, de la naturaleza de la caución. Veremos en la segunda, cuáles son las diferentes especies de cauciones. En la tercera, trataremos de las cualidades que deben tener las cauciones. En la cuarta veremos, por quién y para quién, por qué especie de obligación y cómo se contratan las fianzas. En la quinta, a qué se extienden. En la sexta, trataremos de la manera cómo se extinguen las fianzas, y de las diferentes excepciones que la ley concede a las cauciones. Veremos en la séptima, las acciones que de por sí tiene la caución contra el deudor principal y sus fiadores. La octava y última sección tratará de las otras especies de obligaciones accesorias.

SECCIÓN PRIMERA

DE LA NATURALEZA DE LA CAUCIÓN. DEFINICIÓN DE LAS CAUCIONES O FIANZAS Y LOS COROLARIOS QUE DE ELLAS SE DERIVAN

366. La caución es un contrato por el cual alguien se obliga por un deudor para con el acreedor, a pagarle en todo o en parte lo que aquel deudor le debe, al sucederle en su obligación.

Se llama *caución* o *fiador* aquel que contrata una tal obligación.

La caución, además del contrato que interviene entre la caución y el acreedor para con quien se obliga la caución, encierra también, muy a menudo, otro contrato, que se reputa; interviene,

por lo menos tácitamente, entre la caución y el deudor por quien la caución se obliga; y ese contrato es el contrato del mandato, que se reputa que interviene siempre cuando es mediante el consentimiento y voluntad del deudor principal que el fiador se obliga por él, según esta regla de derecho: *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur* (l. 60, d. de R. J.). Cuando la fianza se ha hecho sin saberlo el deudor a quien se ha garantido, no puede reputársele como habiendo un contrato entre la caución y ese deudor; mas se le reputa intervenir entre ellos la especie de un cuasi contrato que se llama *negotiarum gestorum*. Nosotros trataremos de las obligaciones que nacen de ese contrato de mandato, o del cuasi contrato *negotiarum gestorum*, en la séptima sección de este capítulo.

El contrato que interviene entre la caución y el acreedor para con quien ella se obliga, no es de la clase de los contratos de beneficencia; pues el acreedor no recibe, por este contrato, nada más de lo que le es debido; no se procura sino una seguridad por lo que se le debe, sin la cual no habría contratado con el deudor principal, o no le hubiese concedido el término que ahora le concede; mas la caución contiene un beneficio en relación al deudor para con quien se obliga el fiador.

De la definición que nosotros acabamos de dar de la fianza y de los fiadores, derivan varios corolarios.

COROLARIO PRIMERO

367. Siendo la obligación de los fiadores, según nuestra definición, una obligación accesoria a la del deudor principal, resulta que es de la esencia de la obligación de los fiadores el que haya una obligación de un deudor principal válida; por consiguiente, si aquel por quien el fiador se ha obligado para con vos no era vuestro deudor, el fiador no vendrá obligado, por cuanto la obligación accesoria no puede subsistir sin una obligación principal, según la siguiente regla de derecho: *Cum causa principalis non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum habent* (l. 178, de R. J.)

COROLARIO SEGUNDO

368. Una segunda consecuencia de nuestra definición, es la de que el fiador, al obligarse por alguien, no le descarga por esto de su obligación, sino que contrata una que sucede a la suya, con lo que el fiador difiere en eso de aquel que se llama en derecho *expromissor*, que se obliga para con el acreedor; de manera que el acreedor lo acepta por deudor en lugar del otro a quien descarga.

COROLARIO TERCERO

369. Resulta de nuestra definición que el fiador no puede de una manera válida obligarse más que a la prestación de la cosa misma por la cual se ha obligado el deudor principal, o a la prestación de una parte de esta misma cosa; por cuanto si alguien debe caución por mí, por cien moyos de trigo, en favor de una persona que me debía 2.000 libras, esa caución sería nula (L. 24, D. de fid.): *Quia in aliam rem quam quæ credita est fidejussor obligari non potest; quia, non ut æstimatio rerum quæ mercis numero habentur in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce æstimanda est.*

Contra viceversa, se puede de una manera válida dar caución para conmigo por una suma de 2.000 libras, en favor de aquel que me debe cien moyos de trigo; pues siendo el dinero la estimación común de todas las cosas, aquel que me debe una cantidad de cien moyos de trigo, que valen 2.000 libras, me debe efectivamente y verdaderamente 2.000 libras, y por consiguiente, aquel que se obliga por él para conmigo a pagarme 2.000 libras no se obliga a una cosa diferente de lo que me debe mi deudor principal.

370. Si alguien se hubiese obligado para conmigo a darme una cierta heredad, y que otro le afianzase por el usufructo de esta heredad, ¿sería válida la caución? Sí; pues siendo el usufructo un derecho que se me debe en esta heredad, forma, en cierto modo, parte de la cosa que me es debida, y por consiguiente, no se puede decir que la caución se hubiese obligado a alguna cosa diferente de la cosa debida por el deudor principal. Eso es lo que decide Gayo en la ley 70 (§ 2, D. de fidejuss.): *In eo —dice él— videtur dubitatio esse, usufructus pars rei sit an proprium quiddam? Sed cum usufructus, fundi jus est, incivile est fidejussorem ex sua promissione non teneri.*

COROLARIO CUARTO

371. Resulta de esta definición, que la caución no puede obligarse de un modo válido a más de lo que el deudor principal está obligado; y como lo más, se estima no sólo *quantitate*, sino también, *die, loco, conditione, modo*, resulta que el fiador no puede obligarse a condiciones más duras de lo que lo está el principal obligado; pues la obligación accesoria no puede sobrepasar a la principal; pero puede, sí, obligarse a condiciones menos duras. Que es lo que decide la ley 8 (§ 7, D. de fidejuss.): *Illud commune, est in universis qui pro aliis obligantur, quod ei fuerint in duriores causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari; in leviores plane causam accipi possunt.*

Resulta de ese principio, que si alguien ha hecho fianza por una suma determinada, *puta*, por una suma de 300 libras, por un deudor cuya deuda no hubiese sido todavía liquidada; el señalamiento de la caución por una suma de 300 libras, debe reputarse como no habiéndose hecho más que en favor de la caución, y sólo al efecto de que sí, por la liquidación que se hará, la deuda subiera a una mayor suma, la caución no sería responsable más que por 300 libras. Mas si por la liquidación la deuda principal fuera liquidada a una suma menor, *puta*, a 250 libras, la caución, que no puede deber más de lo que debe el principal deudor, no será deudora más que de la suma de 250 libras; y si hubiese pagado la de 300 libras consignada en su fianza, tendría derecho a que se le restituya el excedente, esto es, tendría el derecho de repetir lo pagado de más.

¿Puede el acreedor en ese caso, antes de la liquidación de la deuda, contravenir al fiador al pago de la suma de 300 libras, por provisión, no obstante que ella pide que se proceda a la liquidación de la deuda, que sostiene no deber por una tan grande suma? La costumbre de Bretaña (art. 189), decide por la afirmativa; mas esta decisión no debe seguirse fuera de su territorio; pues según el principio que acabamos de exponer, la caución no pudiendo ser responsable por más de lo que lo es el deudor principal, no debe ser limitada al pago de la deuda de preferencia al deudor principal; por cuanto este sólo lo está mediante la liquidación de la deuda (*Ord. de 1661*, tit. 33, art. 2º), por lo tanto, la caución no debe ser restringida antes al pago. D'Argentre, en su nota al artículo de la *Costumbre* arriba citada, conviene que su disposición es contraria al derecho, *contra jus romanum*; y en su comentario al artículo 206 de la antigua *Costumbre*, de donde se saca aquel, dice: *Hic se auctores consuetudines produnt non jurisconsultos.*

372. Según ese principio, cuando el deudor principal se ha obligado pura y simplemente, la caución se obliga válidamente a pagar en un corto tiempo o bajo una cierta condición; mas por lo contrario si el deudor principal no se ha obligado más que bajo una cierta condición que esté todavía pendiente, o bajo un cierto término que no haya todavía expirado, el fiador no puede obligarse a pagar por él al primer requerimiento del acreedor (*Dicto l. 8, § 7*).

Observad que si la caución nada expresa debe sobreentenderse el término o condición limitada en la obligación principal; de la misma manera que se ha decidido en la ley 67 (*D. de tit.*) que el lugar del pago, expresado en la obligación principal, es sobreentendido en la fianza.

373. Si el deudor principal se ha obligado a pagar dentro de un término, la fianza puede obligarse a pagar dentro del mismo término o más tarde; pero no puede obligarse a pagar en un término más corto.

De donde se sigue que cuando el deudor principal se ha obligado a pagar dentro de un cierto término, y que la caución se obliga bajo una cierta condición a pagar tan pronto como la condición será cumplida, la caución no será válida si la condición se cumpliera antes que el término, en que el deudor principal ha de pagar, hubiese expirado (L. 16, § 5, *dicto tit.*). Pues si la caución fuese válida, el fiador estaría obligado a pagar antes que la deuda pudiera ser exigida al deudor principal, y por consiguiente, *in diuisione causam*, lo que no puede ser.

Cuando un deudor principal se ha obligado bajo una condición, la caución puede igualmente obligarse bajo la misma caución, y bajo otra conjuntamente; pues en ese caso la condición de la caución es mejor que aquella del deudor, puesto que no puede ser obligada sin que antes no se hayan cumplido las dichas dos condiciones. Si la caución se obliga bajo la alternativa de la condición, bajo la cual el deudor principal se ha obligado, y según otra condición, o simplemente bajo una caución diferente, la caución será válida, si la condición bajo la cual el deudor principal se ha obligado llega primero; mas si es la otra la que llega primero, la caución no será válida, por cuanto no se puede obligar la caución antes de que lo haya sido el deudor principal (L. 77, partes y § D. de *fidejuss.*).

374. El lugar del pago puede también hacer más dura la obligación; es por esto que si la caución permitía pagar en un lugar más lejano de aquel en que el deudor principal debe pagar, la caución no sería válida, como prestada bajo una condición más dura que la obligación principal (*Dicto* L. 16, §§ 1 y 2).

375. Si alguien en nuestras colonias se hubiere obligado para con otro a darle uno u otro de dos ciertos negros, *puta*, Jaime o Juan, quienes poco más o menos fueran de un mismo precio, la caución por la cual el fiador se obligaría por el deudor a dar de un modo determinado a Juan, ¿sería válida? La ley 54 (D. de *fidejuss.*) decide que es válida y que la condición de la caución es, en este caso, mejor que aquella del deudor principal, puesto que la caución puede ser liberada por la muerte de Juan, mientras que el deudor principal sólo puede serlo por la muerte de uno y otro.

Contra, si el deudor principal se hubiese obligado a dar a Juan de un modo determinado, la caución por la cual el fiador se obliga a dar a Juan o Jaime no sería válida, no sólo por la razón

antes citada, es decir, que esta obligación alternativa es más dura que la obligación determinada de Juan, sino que, todavía, por otra razón, cual es que si la caución escogía el dar a Jaime, se encontraría debiendo otra cosa de lo que debía dar el deudor principal, que no era deudor más que de Juan; lo que no puede ser. (*Supra*, nº 369.) Esta es la decisión de la ley 8 (§ 8, D. *de tit.*).

Eso no hay que temerlo en el caso precedente, en el que el deudor principal ha prometido Juan o Jaime, y la caución Juan determinadamente; pues en este caso si el deudor principal ofrece a Juan al acreedor, y le constituye en demora de recibirlo, determinando por esa elección su obligación; la obligación de dar a Jaime, se exime de la obligación de dar a Juan, libra por consiguiente a su fiador: *nam reo liberato, liberantur fidejussores*. El fiador, que no había accedido que a la obligación de dar a Juan ya no debe nada. Si por lo contrario ese deudor principal hubiere ofrecido a Juan, debería la misma cosa que su fiador; no puede, pues, llegar en este caso que el deudor principal y la caución deban cosas diferente

Si el deudor principal se hubiese obligado a dar los negros Juan o Jaime, a elección del acreedor, la caución se obligaría válidamente a dar uno de ellos *aquel que se reclamara* (*dicto libro 8, § 10*); pues el acreedor conservando siempre su elección contra el deudor principal hasta el momento del pago, el deudor será siempre deudor de una de las dos cosas, y por consiguiente, de aquella que la caución quiera.

376. Hay cuestión sobre si la caución es enteramente nula, cuando la caución se ha obligado a más que el deudor principal, o si es nula solamente en la que excede la obligación principal. Parece que los jurisconsultos romanos han pensado que era enteramente nula, aunque Dumoulin (*ad. L. 51, si stipulandi, § sed similis, § 30 y siguientes*) haya querido hacer decir lo contrario; eso resulta evidentemente de estos términos de la ley 8 (§ 7), arriba citada: *placuit eos omnino non obligari*. Es verdad que Holvander, en su edición lee: *non omnino*; pero es de su autoridad privada ese cambio de lección, contra la fe de los ejemplares y contra la autoridad de los intérpretes griegos, que han traducido esos términos: *omnino non* por *οὐδεν ὧλως id est, nullo modo*. Eso mismo resulta de los otros textos arriba citados. La razón que aduce Connanus (*Com. Juv., nº 68*) de este modo de sentir de los jurisconsultos romanos, es que siendo una caución de una manera esencial una obligación accesoria de la obligación principal, y siendo de la esencia de una obligación el no contener nada más de lo que contenga la principal, una fianza por la cual uno se obliga a alguna cosa de más, peca en su forma esencial, y debe, por consiguiente,

declararse absolutamente nula. Este razonamiento, acerca del cual hay motivo para pensar que los jurisconsultos romanos se han apoyado, es más sutil que sólido. De que una caución es un accesorio de la obligación principal, se sigue solamente que cuando la caución se ha obligado a más, no es válidamente obligada a ese plus; pero nada impide el que lo sea hasta concurrencia de lo a que el deudor principal se ha obligado; pues queriendo obligarse a una suma mayor, ha querido obligarse a la suma por la cual el deudor principal se ha obligado. Por cuanto, pues, las leyes romanas no se siguen en nuestras provincias más que cuando se las encuentra de conformidad con la ley natural, pienso yo que uno no debe separarse de ellas y decidir que una caución que se ha obligado por la mayor suma de la que hay inscrita en la obligación principal, o que se ha obligado a pagar de presente lo que el deudor principal no debía pagar sino hasta dentro cierto término o bajo determinada condición, se ha obligado a pagar válidamente la suma inscrita en la obligación principal, en los términos y condiciones consignados. *La costumbre de Bretaña* (art. 118) ha seguido este modo de ver; y *Wissembach* (*ad Tr. de fid.*, nº 10) conviene que, aunque contrarios a los textos de derecho, se sigue en la práctica.

377. El principio que nosotros hemos establecido de que el fiador no puede obligarse a condiciones más duras de aquellas en que lo está el deudor principal —*in duriores causas*— debe entenderse en relación a lo que es debido, y a lo que constituye el objeto de la obligación. El fiador no puede, a la verdad, deber más de lo que el deudor debe: *quantitate, die, loco, conditione, modo*; mas en cuanto a la cualidad del lazo, puede ser obligado de un modo más estrecho y duro.

Por ejemplo: 1º Según los principios del Derecho romano el fiador que accede a una obligación puramente natural está más estrechamente obligado que el deudor principal, puesto que puede ser obligado a pagar cuando el deudor principal no puede serlo, no teniendo el acreedor acción alguna contra él.

2º Según los principios del mismo Derecho romano, cuando alguien ha garantido un deudor que tiene la que se llama *exceptionem competentis*: como si un tal hubiese hecho fianza por un padre contra su hijo que es su acreedor; el fiador está más estrechamente obligado que no lo está el deudor principal, puesto que aquel puede ser obligado con todo rigor al pago de la deuda; mientras que el deudor principal no puede serlo, sino hasta concurrencia de lo que le quedara, dejándole lo que le es necesario para su subsistencia (L. 173, D. *de reg. jur.*).

3º El fiador de un menor está con frecuencia más estrechamente obligado que el deudor principal, que puede si ha sido le-

sionado, exigir la restitución contra su obligación; en lugar de que el fiador se ha obligado sin esperanza alguna de restitución (L. 13, *de nun.*, L. 1, *Cod. de fidejuss. minor.*).

4º Según nuestros usos, una caución judicial puede exigirse aun por cárcel, bien que el deudor principal no esté sujeto a ella; *puta*, si se trata, por ejemplo, de un sacerdote, un menor, una mujer o un septuagenario; está pues, por consiguiente, más estrechamente ligado, y en cuanto a la cualidad del lazo más duramente obligado.

COROLARIO QUINTO

378. Resulta de nuestra definición, que siendo la caución una obligación accesoria a la del principal deudor, la extinción de la obligación principal entraña también la extinción de la caución, puesto que es de la naturaleza de las cosas accesorias el que no puedan subsistir sin la cosa principal. Todas las veces, pues, que el deudor principal es liberado de cualquier manera que sea, no sólo por el pago real que hubiese hecho de la deuda o por la compensación de la deuda, sino que también de cualquiera otra manera que sea, el fiador se encontrará igualmente libre de toda responsabilidad; pues, siendo la esencia de la caución el que el fiador esté obligado por un deudor principal, no puede ser obligado cuando no existe deudor principal por quien se obligue.

379. Igualmente la caución se declara quita por la novación que se hace de la deuda; pues la caución no puede ser responsable de la primera deuda, por la cual ha sido caución del deudor, puesto que ya no subsiste, habiéndose extinguido por la novación. No puede tampoco ser responsable de la deuda en que se ha convertido la primera, puesto que esta nueva deuda no es aquella a la que él ha accedido: *novatione legitime perfecta debiti in alium speciem translati, prioris contractus fidejussores, vel mandatores liberatos esse non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverint* (L. 4, *Cod. de fidejuss.*).

380. Igualmente cuando el deudor principal deviene único heredero puro y simple del acreedor, o *viceversa*, cuando el acreedor deviene único heredero puro y simple del deudor principal; o cuando una misma persona deviene sucesivamente heredera de una o de otra, los fiadores quedan quitos y libres, por cuanto desaparece el deudor principal, por la confusión que se hace de las cualidades del acreedor y del deudor, las que encontrándose reunidas en una misma persona, se destruyen mutuamente, por cuanto nadie puede ser acreedor ni deudor de sí mismo.

Otra cosa sería si el deudor no hubiese devenido heredero del acreedor sino mediante beneficio de inventario, o *viceversa*; pues uno de los efectos del beneficio de inventario es el de impedir la confusión de las cualidades y de distinguir la persona del heredero beneficiario de la del acreedor porque es siempre deudor por la sucesión beneficiaria; esas cauciones no se entienden finiquitadas, puesto que hay un deudor principal.

Cuando el acreedor hereda a su deudor, no a título de heredero, sino a título de donatario universal, o de legatario universal o de desheredación o de confiscación; como en todos esos casos no es responsable de las deudas indefinidamente, sino tan sólo hasta concurrencia del valor de los bienes que hereda, pues la confusión no puede hacerse más que hasta esta concurrencia; de ello se sigue que las cauciones no se descargan más que hasta esta concurrencia; y que si no hay en los bienes que ha dejado el deudor de qué pagar toda la deuda, los fiadores vienen obligados a pagar el resto; mas el acreedor no puede perseguirlos hasta tanto que el otro se haya apoderado de los bienes que hereda.

Cuando el deudor deviene heredero puro y simplemente del acreedor, a la verdad, pero sólo en parte, o *viceversa*, la confusión no va sino hasta a la porción de la que él es heredero, y sus cauciones sólo se declararán quitas por esta porción.

381. Cuando el deudor no queda liberado por pleno derecho, sino por alguna excepción que puede oponer contra la demanda del acreedor, ¿los fiadores pueden oponerse a los mismos fines de no recibir que puede oponer el deudor principal? Es necesario sobre este particular distinguir entre las excepciones de no recibir que se llaman *exceptiones in personam*, y las que se llaman *exceptiones in rem*. Las excepciones *in personas* son aquellas que están fundadas sobre alguna razón que es personal al deudor principal, las excepciones *in rem*, son aquellas que se llaman así, por cuanto no se fundan en razón alguna que sea personal al deudor principal, sino en la cosa misma, es decir, sobre la misma deuda.

Esas excepciones *in rem* pueden ser opuestas a las cauciones, lo mismo que por el deudor principal: *Rei cohærentes, exceptiones etiam fidejussoribus competunt* (L. 7, § 1, D. de except.); y es de esas excepciones de las que hay que entender lo que se dice en la ley 19 (D. dicto titulo): *Omnes exceptiones quæ reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo, competunt*.

Tal es la excepción del dolo o de la violencia, tal es también la excepción de cosa juzgada o de juramento decisorio (*dicto l.*, § 1); pues siendo fundadas esas excepciones sobre lo que se ha decidido por la sentencia o por el juramento decisorio, esto es, que la cosa no es debida, son excepciones que caen sobre la cosa, y no

sobre razón alguna que sea personal al deudor principal; y por consiguiente, son excepciones no *in personam*, sino *in rem*, y esas últimas excepciones pueden ser opuestas por las cauciones, lo mismo que por el deudor principal con quien la cosa ha sido juzgada, o a quien se ha diferido el juramento. *Nec obstat regula juris*, que la cosa juzgada, lo mismo que el juramento decisorio no puede hacer adquirir derechos a quienes no han sido partes (L. 2, *Cod. Quib. res jud. non noc.*; L. 3, § 3, *D. de jurejur.*); pues esta regla no debe entenderse de aquellos cuyo derecho está esencialmente ligado con aquel de la persona que ha sido parte; tales son las cauciones en relación al principal deudor.

Cuando un deudor principal, por una transacción con el acreedor sobre la legitimidad de la deuda, ha convenido pagarla, mas con la carga de que se le concederá un plazo de tres años; la excepción que esta convención da contra el acreedor, si hacía diligencias antes del término, es también una excepción *in rem*; pues se funda sobre la cosa misma; se funda sobre la duda que había de la legitimidad de la deuda; duda sobre la que se ha transigido. Esta excepción puede por consiguiente oponerse por los fiadores lo mismo que por el deudor principal, aunque no hayan sido partes en la transacción. De aquí nace una cuestión: se pregunta si el deudor, por una nueva convención con el acreedor, puede en perjuicio de los fiadores, permitir al acreedor que exija su crédito antes del término consignado en la primera convención. Pablo en la ley 22 (§ 2, *D. de pact.*) decide formalmente que lo puede [aunque algunos intérpretes, para conciliar ese texto con la ley (*fin. D. dicto titulo*) que decide lo contrario hayan forzado al texto para hacerle decir otra cosa]. La razón de la decisión de Pablo está, en que el derecho que resulta de la primera convención habiendo sido formado por el solo concurso de las voluntades del acreedor y del deudor sin que los fiadores hayan intervenido para nada, puede destruirse por un consentimiento contrario: *cum quæque eodem modo dissolvantur quo colligata sunt*. Por lo contrario, Furio-Anthiano decide que la nueva convención no puede privar a los fiadores de la excepción que han adquirido por la primera (*l. fin. D. de pact.*), y yo pienso que hay que atenerse a esta decisión; la razón alegada por Pablo no puede tener lugar sino cuando no hay un derecho adquirido por un tercero. Algunos intérpretes, de quienes en otro tiempo he seguido su opinión para conciliar Furio-Anthiano con Pablo, dicen que la decisión de Furio no tiene lugar más que en el caso aquel en que los fiadores han ratificado y aceptado la primera convención. No se dice en esta ley que los fiadores hayan aceptado la primera convención, ni siquiera puede suponerse; pues que, al suponerlo, Furio hubiese puesto en cuestión lo que no habría podido dar lugar a cuestión.

Pasemos ahora a las excepciones *in personam*. Esas excepciones, que se fundan sobre la insolvencia o la poca solvencia del deudor principal, y sobre el privilegio personal que tiene de no poder ser obligado sobre su peculio no pueden ser opuestas por las cauciones. Eso es lo que nosotros aprendemos de la ley 7 (D. *except.*), que enseña que la excepción concedida a un deudor, tal como padre o madre, marido, patrono o asociado del acreedor, que no puede ser restringido al pago, y por lo tanto, tampoco puede ser opuesto a las cauciones. La razón es evidente. El estado de pobreza de ese deudor principal no se libra de su obligación, por cuanto si en el porvenir mejorara de posesión se le podría constreñir.

En el interin su obligación no deja por esto de subsistir en todo su valor, y sirve de fundamento suficiente para el de las cauciones. Su estado de pobreza no lo destruye, detiene solamente su ejecución que tiene de no poder ser obligado a pagar; mas esta excepción fundándose sobre la cualidad de padre o de marido de que es personal no puede oponerse a sus cauciones.

Lo mismo resulta de la excepción de la cesión de bienes; cuando el deudor principal ha hecho una cesión de bienes, y éstos no han bastado a pagar lo que debía, no por esto queda exonerado por el resto (L. 1, *Cod. qui. bon. cel.*), y su obligación, que subsiste por el resto, es un fundamento suficiente a la obligación de sus cauciones por el resto. Sin embargo, en tanto no ha adquirido nuevos bienes en más de lo que le es necesario para su subsistencia, puede oponer contra las diligencias que se hagan contra él por su acreedor una excepción que resulta de la cesión que ha hecho de sus bienes (L. 3, *Cod. de bon. author jud. possid.*; L. 4, *D. de cess. honor.*). Es evidente que esta excepción se funda sobre una razón de favor que es personal al deudor; es la *excepti in personam*, que sus cauciones no pueden oponer.

Yo pienso que sucede otro tanto por la excepción que nace de un contrato de moratoria a que se habrá visto obligado a acceder un acreedor, y por el cual se concede al deudor una rebaja de una parte de la deuda, y ciertos plazos para el pago de la que resta. Creo que la excepción que da ese contrato al deudor principal, contra la demanda que se presente en contra suya antes del término concedido por dicho contrato o no contra la demanda de aquello que él le ha rebajado por dicho contrato, debe pasar a los fiadores, y que estos pueden ser perseguidos *incontinenti* por el pago del total del crédito; pues es evidente que esta excepción es una excepción *in personam*, que no se concede al deudor más que en consideración de su estado de pobreza que le es personal. Las rebajas concedidas por el contrato de prórroga no habiendo sido acordadas *animo donandi*, sino por necesidad, la excepción que resulta de ese contrato, lo mismo que la del precedente, no causa perjuicio

alguno a la obligación civil; la obligación natural, por lo que falta a pagar, subsiste en toda su integridad, y sirve de fundamento suficiente a la obligación de los fiadores. Esta razón sirve de respuesta a aquella que se alega en primer lugar por la opinión contraria, que consiste en decir que es de la esencia de la caución que el fiador no puede ser obligado a más de lo que lo está el deudor principal. En cuanto al segundo medio que se alega por la opinión contraria, que consiste en decir que si el fiador no se aprovecha del contrato de prórroga, y podía obligarse a pagar el total de la deuda, sucedería indirectamente que el deudor principal no lo aprovecharía personalmente, a causa del recurso que tiene en contra según el fiador cuando ha pagado el total; la respuesta está en que eso no puede suceder, por cuanto el fiador que ha pagado el total, es, en su calidad de acreedor de esta suma para su indemnización, obligado, lo mismo que los otros acreedores, a acceder al contrato de prórroga, y de hacer sobre esta indemnización al deudor principal las rebajas consignadas en dicho contrato. Es necesario, empero, convenir que la opinión contraria está autorizada por dos antiguas sentencias citadas por Basnage, de las cuales, una es del parlamento de París y la otra del parlamento de Normandía. Esta última es la 114 de las reproducidas por Montholon; mas yo no pienso que la decisión de dichas sentencias debe seguirse, por las razones antes expuestas. Esta decisión me parece opuesta a la naturaleza de la caución, que es un acto al cual un acreedor ha recurrido para su seguridad, contra el riesgo de la insolvencia del acreedor principal, ahora bien, ¿qué sería de esta seguridad, si el acreedor no tuviese el derecho de exigir de la caución lo que la insolvencia del deudor principal le obligaría a remitir al deudor principal? Nuestro modo de ver está conforme con el artículo XIII de las decisiones que Mr. de Lamoignon expresa sobre ese título.

Quando hubiese existido un contrato entre un acreedor y el deudor principal, mediante el cual el acreedor, para gratificar el deudor principal, hubiese convenido con él no pedirle el pago de la deuda; si el acreedor, en lo sucesivo, pidiera el pago a los fiadores, los fiadores podrían, en verdad, oponerle la excepción que resulta del contrato que había celebrado con el deudor principal. Mas según el antiguo Derecho romano, las cauciones no tenían ese derecho sino por cuanto la demanda presentada contra las cauciones reflejábese contra el deudor principal, que estaba obligado a saldarlas: *actione contraria mandati, aut negotiorum gestorum*; es por esto que, en el caso en que la demanda dada contra las cauciones no hubiese debido reflejarse contra el deudor principal, *puta*, por cuanto esas cauciones lo había garantido *donandi animo*, con protesta de no repetir nada contra el deudor principal de lo

que ellos se habrían obligado a pagar por él, las cauciones no pudiendo en ese caso, según los principios del antiguo Derecho, oponer la excepción que nace del contrato intervenido entre el acreedor y el deudor principal; por cuanto esta convención y la excepción que resulta siendo fundadas sobre la consideración personal que el acreedor ha tenido por el deudor principal a quien ha querido gratificar, es una excepción *in personam*, que no pertenece en modo alguno a las cauciones. Eso es lo que nosotros aprendemos por la ley 32 (D. de pact.), donde se dice: *Quod dictum est, si cum reo pactum sit ut non petatur, fidejussori quoque competere exceptionem, propter rei personam placuit, ne mandati iudicio conveniatur, igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fidejusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fidejussori.*

Aun cuando la caución fuera una caución ordinaria que tiene recurso contra el deudor principal por lo mismo que se ha obligado a pagar por él, no podría, según los principios del Derecho romano, oponer la excepción que nace del trato intervenido entre el acreedor y el deudor principal, si por esta convención el acreedor, al prometer no pedir el pago de la deuda al deudor principal, se hubiese expresamente reservado poderle pedir la caución: *Debitoris conventio fidejussoribus proficiet, nisi hoc actum est, ut dumtaxat a reo non petatur, a fidejussore petatur; tunc enim fidejussor exceptione non utetur* (L. 21, § 5, in fin. 22. D. dicto titulo).

Cujas en su comentario sobre dicho párrafo 5 observa muy bien que en eso los fiadores difieren de aquellos que se llaman en Derecho *mandatores pecuniæ cædendæ*; pues, si a vuestra requisición, yo hubiese prestado a alguien una suma de dinero, yo no podría en lo sucesivo, conviniendo con el deudor que no le pediría nada por el pago de la deuda, reservarme de una manera válida el poder pedírsela. Y nos da la siguiente razón para esta diferencia. Cuando mediando vuestra instancia he prestado una suma a un tal, por la naturaleza del contrato que ha intervenido entre nosotros, yo me he obligado a cederos la caución que nace del préstamo que yo he hecho en ejecución de vuestro mandato; por cuanto todo mandatario estando obligado, *actione mandati directa*, a tener cuenta del mandato de todo lo que él ha adquirido al ejecutar el mandato; pues, cuando por mí hecho me he puesto fuera de estado de poder cumplir mi obligación para con vos, y de poder cederos la acción que nace del préstamo que he hecho al deudor, sea conviniendo con el deudor no pedirle nada, sea dejándole, por mi culpa, que se haya desistido de la demanda contra ese deudor, sea de cualquiera otra manera que sea, yo no puedo ser recibido a repetir contra vos —*actione mandati contraria*— la suma que he prestado por vuestra orden a ese deudor (L. 95, § pen., D. de solut.); pues es un principio común a todos los contratos sinalagmáticos que la

parte que falta a su obligación no es recibida a reclamar de la otra parte el cumplimiento de la suya.

No sucede lo mismo con los fiadores. Un acreedor, según los principios del Derecho romano, como observa Cujas (*ad. dicto* §), no contrata obligación ninguna para con los fiadores de conservarles sus acciones contra el deudor principal, contra de quien tienen ya una y principal de por sí. Es por una pura razón de equidad que él no puede rehusar la cesión a la caución, cuando hace el pago; mas no está obligado a cederla sino tal como la posee, y en tanto que la tiene; es por esto que la convención que él ha tenido con el deudor, por la cual ha hecho ineficaces sus acciones contra él, no le excluyen de poder pedir al fiador el pago de la deuda.

Tal era el antiguo Derecho, que, como observa Cujas (*ad dicto* § 5), no puede tener lugar después de la Novela de Justiniano: *Jure novo* —dice Cujas— *haud facile procedere potest*; pues habiendo Justiniano, por su Novela, concedido a los fiadores la excepción de excusión —*beneficium ordinis*— que consiste en el derecho que él les da, de que cuando se vean perseguidos por el acreedor, puedan remitirle a que ante todo reclame contra el deudor principal, y a excusar a este efecto sus bienes, y es evidente que no puede hacerlo hoy día el acreedor, al convenirse con el deudor en no reclamarle el pago de la deuda, reservarse el poder pedirla a sus fiadores; pues no puede por su hecho, privarles del derecho y de la excepción que la ley les da.

Según los principios del Derecho francés, además de esta razón sacada de la Novela, para que un acreedor no pueda, al convenir con el deudor el no reclamarle el pago de la deuda, reservarse el poder pedirla a los fiadores, hay otra que no es menos decisiva; y se deduce de la diferencia de los principios del Derecho romano, y de los nuestros acerca de los simples pactos.

Según los principios del Derecho romano, sólo las obligaciones que hubiesen sido formadas por el consentimiento de los pactos, podían destruirse por un consentimiento contrario. En relación de todas las otras, cuando el acreedor quisiera hacer rebaja al deudor no podría hacerlo sino por la forma de la aceptilación o simple, o aquilina. Sin eso la convención que habría hecho con el deudor de no exigirle la deuda no sería más que un simple pacto, que no podría destruir la obligación del deudor; pues de la misma manera que un simple pacto no puede producir una obligación civil, tampoco puede destruirla. Es verdad que esta convención daba al deudor una excepción por excluir al acreedor de la demanda que hubiere dado en contra suya, y contra la fe del contrato; mas el deudor no tenía esa excepción que de la equidad pretoriana, contra el rigor del Derecho; la obligación que había contratado no le dejaba subsistir *ipso jure* en su persona, y era un

fundamento suficiente para conservar la de los fiadores que a ella habían accedido.

Lo mismo sucedía cuando el acreedor se había convenido por liberalidad, en conceder un cierto término a su deudor, que había primero contratado una obligación pura y simple y sin término alguno. Esta convención no era más que un simple pacto, que no daba al deudor más que una excepción contra la demanda que el acreedor, contra la fe del contrato, había presentado antes de término; mas, si por el contrario, el acreedor hubiese declarado que no entendía conceder término sino al deudor y no a las cauciones, este contrato, según los principios del antiguo Derecho, no les impediría obrar contra las cauciones antes de término; y antes no podían oponerle el principio de Derecho, de que es de la naturaleza y de la esencia del contrato que la caución no está obligada a más de lo que lo está el deudor principal y que tenga los mismos términos de pago; pues el contrato por el cual el término ha sido concedido al deudor, no siendo más que un simple pacto, no ha podido causar perjuicio a su obligación, ni disminuirla; subsiste *pro ipso jure*, tal como ha sido contratada, como obligación pura y simple y sin término, y deja por sí misma subsistir la de las cauciones. Si el deudor puede disfrutar del término que le ha sido concedido por la convención, no es más que por una excepción que tiene de la equidad pretoriana, contra el rigor del Derecho, y que no siendo fundada más que sobre una consideración personal por el deudor, no pasa a sus fiadores.

Esos principios de Derecho romano sobre el efecto de los simples pactos no se sacan del Derecho natural, y no se fundan más que en sutilidades muy opuestas al espíritu y a la sencillez de nuestro Derecho francés. Nosotros no conocemos la solemnidad de la aceptación; todas las convenciones pueden producir obligaciones civiles, extinguirlas y modificarlas. Cuando un acreedor tiene un contrato con el deudor por el cual se obliga a no exigirle la deuda, este contrato, según la sencillez de nuestro Derecho francés, libera de pleno derecho al deudor; es por esto que el acreedor no puede de un modo válido reservarse el poder pedir el pago a los fiadores; pues la dicha liberación entraña necesariamente la de las cauciones.

Igualmente, conforme a nuestro Derecho, cuando después del contrato un acreedor concede por liberalidad un cierto término de pago a su deudor, no puede de un modo válido excluir de sus términos a los fiadores; pues teniendo el contrato el efecto de modificar de pleno derecho la obligación del deudor, y de una obligación pura y simple hacer una obligación con un término de pago, la obligación de las cauciones recibe necesariamente la misma modificación, y tiene el mismo término de pago que tiene la obligación del deudor principal.

Sí en el caso de un contrato de prórroga hecho entre los acreedores y el deudor, los fiadores no disfrutaban de las rebajas y de los términos concedidos al deudor por el contrato, como lo hemos dicho más arriba, es que las rebajas y los plazos que se conceden al deudor para ese contrato no caen más que sobre la obligación civil, la obligación natural queda entera, y como consecuencia de ella el mismo deudor, si le ocurría la comodidad de pagar, no podría ante el fuero de la conciencia, disfrutar de las rebajas ni de los plazos que le han sido concedidos. Basta esta obligación natural, como ya hemos dicho, para servir de fundamento a la de las cauciones; mas cuando un acreedor, de plena voluntad y por liberalidad, ha descargado a su deudor, o le ha concedido término, no estando ya obligado el deudor, ni naturalmente, ni civilmente, a pagar la suma que le ha perdonado, o antes de término, es una consecuencia de ese estado de cosas el que los fiadores no tengan mayor responsabilidad.

382. Cuando el deudor principal se hace restituir contra su obligación, por órdenes de rescisión. ¿la rescisión de su obligación entraña la rescisión de las cauciones? Es necesario hacer la misma distinción que hemos hecho en punto a las excepciones. Si la restitución se funda sobre algún vicio real de la obligación, como sobre el dolo, la violencia, el error, lesión enorme. la rescisión de la obligación principal entraña la de los fiadores. Si, por el contrario, la restitución se funda sobre razones que sean personales al deudor principal, como, por ejemplo, sobre su menor edad. en ese caso la rescisión que obtiene de su obligación no entraña para nada la de los fiadores; el deudor principal no adquiere, por la restitución, más que una defensa que le es personal contra su deudor, la cual, no obstante la rescisión, subsiste en algún modo —*naturaliter*— y es un sujeto bastante para que pueda acceder al mismo la obligación de los fiadores, que es lo que se decide por la ley 13 (D. de *minorib.*); y de un modo más terminante por la ley 1 (Cod. de *fidejuss.*).

Hay, empero, un caso conforme al cual la rescisión de la obligación principal, aunque por simple causa de minoridad, entraña la de los fiadores; y es cuando el deudor principal se ha obligado bajo una cualidad que ha destruido la rescisión; como si se hubiese obligado en cualidad de heredero, y que se hiciera restitución contra su aceptación en lo sucesivo; pues no estando el deudor principal obligado de por sí, sino bajo una cualidad de heredero que ya no tiene, y que ha perdido por la rescisión de su aceptación de la herencia, ya no es deudor, ni aun *naturaliter*; su obligación adherida a esta cualidad que queda destruida, ya no subsiste; eso es lo que se decide en la ley 59 (D. de *acquir. hered.*).

383. La regla que nosotros hemos establecido, conforme a la cual la extinción de la obligación principal entrañaría la del fiador, sufre una especie de excepción en el caso en que la cosa debida hubiese perecido por el hecho o la falta del fiador, o después que él ha sido constituido en demora; en ese caso, aunque la obligación del deudor principal a quien no se ha puesto en demora, se haya extinguido por la extinción de la cosa que sustituía el objeto, el fiador queda obligado. Eso es lo que decide la ley 32 (§ 5, *de usur.*): *Si fidejussor solus moram fecerit, reus non tenetur, sicuti si Stichum promissum occiderit; sed UTILIS ACTIO in hunc (fidejussorem) dabitur.*

Lo que ha sido establecido contra el principio de Derecho, que no permite que la obligación del fiador puede subsistir después de la extinción de la obligación principal, es lo que nos indica el jurisconsulto, al decirnos que en ese caso la acción que tiene lugar contra el fiador es una acción útil (*actio utilis*); es decir, que se da, *contra tenorem juris, ita suadente utilitate et æquitate*, por forma de daños y perjuicios y en castigo de la falta o demora del fiador.

COBOLARIO SEXTO

384. De que el fiador, según nuestra definición sea aquel que se obligue por otro, o que accede a la obligación de otros, los jurisconsultos romanos habían sacado esta consecuencia, que todas las veces que en las dos cualidades del deudor principal y del fiador de ese deudor, se encontrasen reunidas en una misma persona, lo que sucede cuando el fiador hereda al deudor principal; o *viceversa*, cuando el deudor principal deviene heredero del fiador, o cuando un tercero es declarado heredero de uno y otro; en todos esos casos la cualidad del deudor principal destruye la del fiador; por lo mismo que siendo esencialmente un fiador aquel que se obliga por otro, no puede ser fiador de sí mismo; de donde concluían que en todos esos casos, la obligación de la caución quedaba extinguida, y que nada quedaba ya de la obligación principal (L. 93, § 2, *et fin. D. de solut.*; L. 5, *D. de fid.*; L. 24, *Cod. de fidej.*).

De lo que deducían que si el fiador hubiese dado el mismo un fiador que accediera a su obligación, en todos esos casos la obligación de ese fiador quedaba extinguida por la extinción de la del fiador, que era como una obligación principal frente de la del fiador (L. 38, § *fin. D. solut.*).

Según nuestra usanza, no se para mientes en esta sutilidad; y un certificador de caución, que es *fidejussor fidejussoris* no queda descargado porque el fiador que ha certificado haya devenido he-

redero del principal deudor, o *viceversa*. Hay tanto mayor motivo para pensarlo, cuanto que los jurisconsultos romanos se habían dividido en dos opiniones sobre esta cuestión (*dicto ley 93, § fin.*). Por lo demás, aun cuando se decidiera, según el Derecho romano, que se haría en ese caso confusión de la obligación del fiador, las hipotecas dadas por ese fiador, no dejarían por esto de subsistir; pues las hipotecas no se extinguen más que por el pago; y esta confusión, que, según la sutilidad, desobliga al fiador en su cualidad de fiador, no equivale a un pago; eso es lo que decide en dicho ley 38 (§ *fin.*).

Cuando la caución deviene heredera de su fiador, es indudable que en ese caso no se hace confusión ninguna, y que las dos obligaciones subsisten, aunque reunidas en una misma persona (L. 21 § 1, D. *de fidej.*); de la misma manera que las dos obligaciones subsisten, cuando un deudor principal hereda a su co-deudor principal (L. 5, D. *de tit.*).

385. De que sea de esencia de la obligación de los fiadores acceder a la obligación de un deudor principal, no es necesario concluir que se extinga cuando el deudor principal muere sin dejar herederos. La razón de la duda se fundaría en que no queda deudor alguno principal de la obligación a la que el fiador pueda parecer como que acceda. La razón de decidir, y que al mismo tiempo puede servir de respuesta a esta objeción, está en que la sucesión de su deudor principal aunque vacante, la representa, y tiene lugar de su persona, según la regla: *Hæreditas jucens personæ defuncti vicem sustinet*; y por consiguiente queda, a lo menos, *fictione juris*, un deudor principal, a cuya obligación accede, por tanto, la de los fiadores.

Viceversa, cuando el acreedor de quien se ha dado caución muere, y deja vacante la sustitución, esta sucesión le representa, y es una persona ficticia para con quien la fianza continúa subsistiendo.

386. Cuando la fianza se ha hecho para un acreedor según una cierta cualidad suya, la caución subsiste para con las personas a quienes pasa dicha cualidad. Por ejemplo, si yo he hecho fianza por una sucesión para con el heredero, por su cualidad de heredero, y ese heredero restituye después la sucesión a un heredero fideicomisario en la persona de quien la cualidad de heredero y todos los derechos hereditarios han pasado, la caución subsiste para con el heredero fideicomisario (L. 21, D. *de fid.*).

SECCIÓN II

DIVISION DE LOS FIADORES O CAUCIONES

387. Nosotros hemos visto, que en nuestro Derecho francés tres diferentes maneras de cauciones o fiadores: las cauciones puramente convencionales, las legales y las judiciales.

Las convencionales son aquellas que intervienen por la convención de las partes en los diferentes contratos; como en los contratos de préstamo, de venta, de alquiler y otros semejantes. Por ejemplo, una persona toma a préstamo dinero, y da una caución por la que se obliga para con el prestamista a la restitución de la cosa prestada; o bien compra una cosa, o la toma a alquiler, y da una caución por la que se obliga al pago del precio por la cosa alquilada; tales cauciones se llaman *cauciones convencionales*; no es ni la ley ni el juez quien ordena esas cauciones; es la sola convención de las partes que les hace intervenir, porque el que toma a préstamo, el comprador, el que alquila, han convenido con el prestamista, el vendedor, el inquilino a darles caución.

Las cauciones legales son aquellas que la ley manda dar, tales como las que un donatario mutuo u otro usufructuario está obligado a dar para disfrutar de los bienes de los que le han dado o legado el usufructo, etcétera.

Las cauciones judiciales son aquellas que previenen los jueces: como cuando el juez ordena que una persona recibiera provisionalmente una cantidad, dando garantía de que la devolverá, si llegara este caso.

SECCIÓN III

DE LAS CUALIDADES QUE DEBEN TENER LAS CAUCIONES

§ 1. De las cualidades que debe tener una persona para contratar una fianza válida.

388. Es necesario, ante todo, que la caución sea capaz de contratar y de obligarse como caución.

Todos aquellos que son incapaces de contratar, tales como los locos, los que están inhabilitados, los pupilos, las mujeres casadas, cuando no están autorizadas, las religiosas, no pueden ser fiadores.

389. Por Derecho romano, las mujeres no podían obligarse como cauciones por los negocios de los otros; un senado-consulto anulaba su obligación.

Justiniano, por su Novela 134, cap. VIII, había permitido a

las mujeres, al obligarse, el que pudieran renunciar a la excepción que les daba el senado-consulta.

Ese derecho ha sido seguido en otro tiempo en Francia; mas como la cláusula de renuncia del senado-consulta velleio, que era de estilo en las actas de los notarios, hacía inútil el efecto, y que del mismo no podían resultar más que pleitos, le pareció bien al rey Enrique IV, por su edicto de 1646, abrogar enteramente el derecho del senado-consulta velleio; y en consecuencia no tiene ya lugar en todo el resorte del parlamento de París, donde se ha registrado dicho edicto.

En Normandía, donde no lo ha sido, el derecho de velleio se observa en todo su rigor; y la Novela que permite a las mujeres su renuncia, no se observa.

En vista de esta diversidad de jurisprudencia, se debe seguir la ley del lugar del domicilio que tuviera la mujer cuando contrate la fianza; pues las leyes que reglan las obligaciones de las personas, tal como la velesiana, que no permite a la mujer el que se obligue por otro, son estatutos personales, que ejercen su empeño sobre todas las personas que están sometidas al mismo por el domicilio que tienen en su territorio y en cualquier lugar que contraten. Es por esto que si una mujer domiciliada en Normandía se diera en caución por alguien, aunque el acto de la fianza se hubiese pasado en París, donde el velleiano es abrogado, la fianza sería nula.

Mas aunque una mujer se haya casado en Normandía, si su marido traslada su domicilio a París, esta mujer habiendo cesado por efecto de dicha traslación de domicilio, de estar sometida a las leyes de Normandía, las fianzas que contratase después de este traslado de domicilio serían válidas.

La obligación personal que una normanda contrata al presentarse como fiadora, siendo nula, es una consecuencia el que la hipoteca de sus bienes, bajo la que se ha obligado, sea igualmente nula, aunque estén situados en París; la hipoteca no puede subsistir sin la obligación personal de la que ella es lo accesorio.

Viceversa, si una parisiense hubiese hecho fianza por un acto pasado delante de notario, sus bienes, aunque en Normandía, serían hipotecados; por cuanto esta hipoteca es una consecuencia de la obligación que ha contratado por un acto auténtico.

Se hará tal vez esta objeción: Convenimos —se dirá— en que el velleiano es un estatuto personal en cuanto a su primera parte, por lo que prohíbe a las mujeres obligar sus personas por otro; mas hay una segunda parte, por la que les prohíbe también obligar sus bienes por la deuda de otro. El velleiano que tiene por objeto esta segunda parte de las cosas, es, en cuanto a esta segunda parte un estatuto real; y según la naturaleza de los estatutos reales, ejerce su imperio sobre todas las cosas situadas en el territorio

donde está en vigor, cualesquiera que sea la persona a quien dichas cosas pertenecen; pues, anula la obligación que una mujer, aunque no personalmente sometida a su imperio, hace de sus bienes colocados en Normandía, un motivo de la deuda de otro.

Mi respuesta es, que este argumento prueba solamente, que si una parisiense, sin darse como fiadora, y sin obligarse personalmente, obligaba sus bienes situados en Normandía, por la deuda de otro, esta obligación sería nula; por cuanto el velleiano, observado en Normandía, que tiene imperio sobre las cosas en dicha comarca situadas, impide la obligación por la deuda de otro; mas cuando la obligación de los dichos bienes no es más que una consecuencia de la obligación personal que una parisiense ha contratado por un acto delante de notario, la ley de Normandía no puede anularla; pues esta ley, no teniendo imperio alguna sobre la obligación personal de una parisiense, no puede tenerla sobre aquello que no es más que lo accesorio.

No siendo el velleiano más que un estatuto personal, por lo que toca a la primera parte, y siendo estatuto real en cuanto a la segunda parte, se sigue que una mujer normanda puede, sin darse como caución, y sin contratar obligación alguna personal, obligar en favor de la deuda de otro los bienes que ella tiene (y que están fuera de Normandía), en una provincia donde esté abrogado el velleiano; pues los estatutos reales no ejercen su imperio más que sobre las cosas situadas en su territorio.

390. Los menores, aunque emancipados, no se obligan válidamente como cauciones por los negocios ajenos; pues la emancipación no les da más que el poder de administrar sus bienes; y es evidente que la fianza por los negocios de otro no forma parte de esta administración.

Eso tiene lugar, aun en relación con un menor mercader que saliera garante de otro mercader por un negocio comercial en que no tuviera interés alguno; pues su cualidad de mercader no le da el poder de contratar sin esperanza de restitución, más que por los negocios de su comercio; ahora bien, un negocio de otro mercader por el cual él no tiene interés alguno, no es un negocio de sus operaciones mercantiles (Basnage, *Tratado de las hipotecas*, parte II, cap. II; Despeisses, *Tratado de las hipotecas*, s. 1).

Por la misma razón, un menor que, por dispensa del principal, ejerciera una carga pública, no es por esto menos restituible contra la caución que hubiese contratado; pues la dispensa del príncipe no le hace reputar mayor, más que por aquello que concierne a la carga pública que le permite poseer; de donde se sigue que sólo los compromisos relativos a la administración de esta carga, son los que puede contratar sin esperanza de sustitución. Ésos prin-

cipios son ciertos, a pesar de una sentencia contraria citada por Despeisses (*ibid.*).

Hay dos casos en extremo favorables, conforme a los cuales la fianza de un menor puede ser válida. Por ejemplo, se ha juzgado un menor no restituible contra su fianza, para sacar su padre de la cárcel.

La fianza de un menor hecha por esta causa debe sobre todo ser confirmada, cuando el padre no tenía facultad de cesión de los bienes para salir de la cárcel, y cuando su fianza no causaba un perjuicio ni una lesión enorme en la fortuna del hijo. Mas si el padre tuviera la vía de la cesión de los bienes, debe subvenir al hijo menor que ha tenido la docilidad de sufrir, en beneficio de su padre, una caución considerable, y que no era de todo punto necesaria. Se puede también entrar en consideraciones sobre la edad del menor; aquel que estuviera en una edad próxima a la mayor edad, débesele admitir con mayor dificultad a ser restituído contra su fianza hecha por dicha causa, que no cuando se trate de uno que esté en edad menor. Basnage pretende que para la fianza de un menor no estuviere en ese caso sujeta a caución, sería necesario que el menor tuviera, cuando sufrió dicha fianza, por lo menos dieciocho años, que es la edad de la pubertad completa, que es aquella en que conforme a la Novela 115 (cap. 3, § 13), los hijos estaban obligados bajo pena de desheredación a rescatar a sus padres cautivos, y al efecto cita una sentencia que anula una caución hecha con dicha causa, por un menor de dieciséis años. En todos esos casos se tiene mucho cuidado en las diferentes circunstancias, de donde nace la variedad de sentencias reproducidas por Brodeau y Louet (l. a. ch. 9).

§ II. De las cualidades requeridas para que una persona pueda ser recibida a título de caución

391. Cuando un deudor se ha obligado, por la ley, por el juez, o por un simple pacto a dar a su acreedor una garantía; para que esta sea rescindible, no basta que tenga esta primera cualidad requerida que ante todo se exige, y que consiste en que sea capaz de obligarse como caución, además es necesario:

1º Que esta caución sea solvente, y tenga un capital suficiente para responder de la obligación a la cual accede.

Cuando el acreedor a quien la caución se presente, conteste su solvencia, la caución debe justificarse presentando los títulos de los inmuebles que posea; si no, la caución debe rechazarse.

Para juzgar de la solvencia de una caución, y si los bienes son suficiente para responder de la deuda, no se toma en consideración generalmente sus bienes muebles, por cuanto estos se enaje-

nan fácilmente, y no son susceptibles de hipoteca; sin embargo, cuando la deuda es módica, y que no debe durar mucho tiempo, se admiten como cauciones mercaderes que tienen un comercio acreditado aunque su fortuna no consista más que en bienes muebles (Besnage, *ibid.*).

Tampoco se toman en cuenta los bienes muebles litigiosos, ni aquellos que están situados en un país muy lejano, por cuanto su evaluación sería demasiado difícil (Besnage, *ibid.*).

2º La caución ha de estar domiciliada en el lugar donde ha de darse, es decir, dentro de la extensión de la jurisdicción, a fin de que la justipreciación sea fácil: *Fidejussor locuples videtur non tantum ex facultatibus, sed ex conveniendi facilitate* (L. 2, D. *Quid satis.*). Es, sin embargo, bajo este concepto, más indulgente para los que por la ley o por mandato del juez han de dar caución, que no por aquellos que se someten a ella de un modo voluntario; esos no deben ser recibidos a alegar que no la encuentran en el lugar, por cuanto se someten voluntariamente a darla: *sibi imputare debent*; se debe fácilmente admitir a los otros a dar por caución personas de su país, cuando no pueden darlas en el lugar donde la caución deba darse (Besnage, *ibid.*, Despeisses, *ibid.*).

3º Por la misma razón, si se presentaba por caución una persona poderosa, el acreedor podría rechazarla. Se podría también rechazar una persona que, por su derecho de *committimus*, pudiese emplazar el acreedor delante de otra jurisdicción, o a un militar que se encontrara en el caso de obtener órdenes del Estado (Besnage, *Tratado de las hipotecas*, parte II, cap. II).

Es todavía una cualidad requerida en las personas que se presentan para cauciones judiciales, el que estén sujetas a la pena carcelaria. Es por esto que se pueden rechazar como a cauciones judiciales las mujeres, los eclesiásticos, que han recibido órdenes sagradas, y los septuagenarios, por cuanto no están sujetos a dicha pena.

Para la forma de recepción de las cauciones, véase la *Ordenanza de 1667*, L. 28.

§ III. De los casos en que un deudor está obligado a dar nueva caución en lugar de aquella que ha sido recibida

392. Si la caución tuviese las cualidades requeridas al prestarse, pero que luego cesara de tenerlas; *puta*, si de solvente que era se hubiera convertido en insolvente, ¿el deudor estaría obligado a dar nueva caución? Es necesario distinguir: si es una caución legal o judicial estará obligado: *Si medio tempore calamitas insignes fidejussoribus, vel magna inopia accidit, causa cognita, ex integro satisdandum erit* (L. 10, § 1, *qui satis. cog.*; L. 4, D. *de stipul. præt.*).

Si es una caución convencional, es necesario subdistinguir. Si yo me he obligado a dar una caución indeterminada, y que en ejecución de esta obligación he dado una que luego ha resultado insolvente, es necesario que yo dé una nueva; mas si he contratado ante todo bajo la caución de un tal, o que este resulte luego insolvente, no se me puede obligar a dar otro, por cuanto yo no he prometido dar por caución más que aquel que yo he dado.

393. Nos falta examinar la cuestión de saber, si aquel que es responsable de dar una caución, puede ser admitido a dar en su lugar prendas suficientes para responder de la deuda.

Por la negativa se alegó esta máxima de Derecho: *aliud pro alio invito creditor solvi non potest*; máxima que tiene lugar cuando la misma cosa que se ofrecerá será mejor; de donde parece deducirse que el acreedor a quien se debe una caución no está obligado a recibir en lugar suyo objetos en su lugar. No obstante esas razones, se debe ser fácil en permitir a aquel que debe una caución dar prendas en lugar de ella, cuando no puede dar la caución; por cuanto aquel a quien se debe la caución no teniendo otro interés que el de procurarse una seguridad, y encontrando en esas prendas tanto o más de lo que se le debe: *cum plus cautiones sit in re quam in persona, et tutius sit pignori incumbere, quam in personam agere*, lo que sería de su parte un puro mal humor el rehusar en lugar de la caución las prendas ofrecidas, si lo que se le ofrece lo puede guardar sin embarazo, ni peligro alguno (Basnage, *ibid.*).

SECCIÓN IV

POR QUIÉN, PARA CON QUIÉN, POR QUÉ CLASE DE OBLIGACION Y CÓMO PUEDE SER HECHA LA CAUCION

§ I. Por quién y para con quién

394. Uno puede darse en caución por cualquier deudor sea el que sea, aun por una sucesión vacante: *cum personæ vicem sustineat* (L. 22, D. de fidej.), e igualmente para con cualquier acreedor que sea de aquel por quien uno se obliga. También se puede ser garante por impúberes, locos, incapacitados, por aquellas causas en que dichas personas pueden ser. sin hecho alguno de su parte, válidamente obligadas. Por ejemplo, si yo he útilmente administrado los negocios de un impúber o de un incapacitado, ese impúber y ese incapacitado estando en ese caso obligado para conmigo, *ex quasi contractu*, a devolverme las sumas que yo he gastado por sus negocios, y que han sido empleadas en su provecho,

se puede en cuanto a las dichas sumas, dársele caución por ellas. Es en ese sentido que Cujas enseña cómo debe entenderse la ley 25 (D. de fidejussor), que dice: *Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit, magis esse ut ei non subveniatur*. Esta explicación hace desaparecer la contradicción que Besnage encuentra entre esta ley y la ley 6 (D. de verb. oblig.), que dice: *Is cui bonis interdictum est... non potest promittendo obligari, et ideo nec fidejussor pro eo intervenire potest*; pues en lugar de que en el ejemplo precedente debe suponerse al incapacitado válidamente obligado; por lo contrario en el presente caso, el incapacitado no está obligado, por cuanto es incapaz de contratar, de donde se sigue que su caución no lo es, por cuanto no puede haber fianza sin una obligación principal (*supra*, nº 366). Cayo establece claramente nuestra distinción en la ley 70 (§ D. de fidejuss.): *Si a furioso —dice— stipulatus fueris, non posse te fidejussorem accipere certum est... Quod si pro furioso jure obligato fidejussorem acceperis, tenetur fidejussor*.

Es evidente que uno no puede dar fianza por sí mismo (L. 21, § 2, D. dicto titulo) ni para consigo mismo.

395. Uno no puede darse en caución más que para con el acreedor de aquel a quien se garantiza; la fianza que se contratare con aquel que no fuera su acreedor, aunque tuviera poder para recibir la deuda, no sería válida (L. 23, D. de tit.).

§ II. Por qué clase de obligación

396. Uno puede dar caución para toda clase de obligaciones: *Fidejussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur* (L. 16, § 3, D. dicto titulo).

Observad que las obligaciones naturales por las cuales se dice en dicho texto que pueden intervenir las cauciones, son aquellas por las cuales la ley civil no concede acción alguna; tales como aquellas que se formaban por un simple pacto, o que eran contratadas por esclavos, y que por otra parte no eran reprobadas por la ley; pues una caución no puede intervenir útilmente por obligaciones reprobadas por las leyes, aunque obliguen en el fuero de la conciencia, y que puedan en ese sentido ser llamadas obligaciones naturales.

Es sobre ese principio que las leyes deciden que una caución no puede válidamente acceder a la obligación de una mujer que se ha obligado contra la prohibición del senado-consulto velleiano (L. 16, § 1, D. ad sen. vell.; L. 14. Cod., dicto titulo). Pues aunque en el fuero de la conciencia esta mujer esté obligada a cumplir su obligación, sin embargo, esta obligación habiendo sido contratada

contra la prohibición de la ley, está considerada ante el fuero externo como nula, y no puede, por consiguiente, servir de fundamento a la obligación de una caución. La ley, al anular la obligación de la mujer, anula todo lo que de ella depende, y por consiguiente, las cauciones que son los accesorios. Este es el sentido de los términos de la ley 16 (§ 1) : *quia totam obligationem senatus improbat*.

Me parece que debe decidirse la misma cosa en relación a la caución que alguien puede haber dado por una mujer bajo la potestad marital, que ha contratado una obligación sin la autorización competente. Aun se debe decidir el caso *a fortiori*; pues la ley no anulaba que *per exceptionem* la obligación de la mujer que se había obligado contra el velleiano; mas se puede decir que, según nuestro Derecho consuetudinario, la mujer que ha contratado sin estar autorizada, aunque puede ser válido el contrato ante el fuero de la conciencia, es nulo, aun *ipso jure*, ante el fuero externo, puesto que nuestras costumbres las declaran absolutamente inhábiles para contratar, e incapaces de obligarse. *Mujer casada NO PUEDE OBLIGARSE* (*d. Paris*, art. 234); *NO PUEDE contratar en modo alguno* (*Orleáns*, art. 194). Domat (*Tit. de scautions*, sección I, nº 4) es de una opinión contraria a la nuestra; y Besnage cita una sentencia del parlamento de Borgoña, publicada por Bouvot, por la que se declara válida una caución dada en favor de una mujer que había contratado sin estar autorizada por su marido; pero yo creo que no debe seguirse la jurisprudencia sentada por esa sentencia. La distinción sobre la que Besnage quiere fundar esa decisión, está, en si la obligación principal es nula *ratione rei in obligationem deductæ*, o si es *ratione personæ*, lo que no me parece bastante sólido; una obligación, de cualquier manera que sea nula, sea *ratione rei*, sea *ratione personæ*, no es una verdadera obligación; y es de la naturaleza de las cauciones el que no pueden subsistir si hay una verdadera obligación principal (*supra*, nº 367). No se debe comparar la mujer bajo la autoridad marital con el menor. La obligación de un menor, no es nula; la vía de restitución que las leyes le conceden contra su obligación supone una obligación; existe pues, una, a la cual pueden acceder las cauciones. Mas la obligación de una mujer bajo la potestad marital, que contrata sin autorización es absolutamente nula; no hay, pues, obligación alguna a la que haya podido acceder la caución.

Mas si alguien se hubiese obligado conjuntamente con una mujer no autorizada, no como caución de esta mujer, sino como deudora principal, la nulidad de la obligación de la mujer no entrañaría la nulidad de la suya. Por ejemplo, si una mujer, sin estar autorizada, y yo, os hemos tomado a préstamo una suma que ha cobrado la mujer, y que nosotros nos hemos obligado solidariamente a devolveros; la mujer no será responsable para con vos,

caso de haber disipado dicha suma; pero yo no estoy menos obligado a devolvérsela, por cuanto me he convertido en deudor principal puesto que yo también os he pedido el préstamo; no siendo necesario que yo haya recibido el dinero para que se me considere como quien os ha pedido el préstamo, basta que vos le hayáis realmente entregado a aquella mujer mediante mi consentimiento.

Las obligaciones contrarias a las buenas costumbres siendo nulas, no pueden garantizarse. Por ejemplo, si alguien, al encargarme que cometiera un crimen, se hubiese obligado a indemnizarme de todas las consecuencias que ese crimen podría traer, a darme una cierta recompensa, no se podría de un modo válido garantizar una tal obligación, que, siendo contraria a las buenas costumbres, es nula, y no puede ser, por consiguiente, objeto de una caución. Es en este sentido que se dice *maleficiorum fidejussorem accipi non posse*; mas se puede válidamente afianzar a aquel que ha cometido el delito para la reparación del daño que ha causado (L. 70, § *fin. de fidejussor*).

397. Puede darse caución de la obligación de un hecho personal cuya prestación no puede hacerse más que por el deudor principal (L. 8, § 2, D. *de op. lib.*); pues esta obligación se convierte, por su inejecución, en una obligación de daños y perjuicios que la caución puede pagar; lo que basta para que la fianza sea contratada válidamente.

398. No permite el Derecho romano que una mujer reciba de su marido una caución por la restitución de su dote; esta desconfianza para con aquel a quien ella sometía y confiaba su persona, había parecido a los emperadores que ofendía el bien parecer (L. 1 y 2, *Cod. de fid. vel mand. dot.*). Esas leyes no se observan entre nosotros.

399. Puede darse caución no sólo por una obligación principal, sí que también por otra caución: *Pro fidejussore fidejussorum accipi posse nequaquam dubium est* (L. 8, § 12).

Nuestros certificadores de cauciones son especies de cauciones de cauciones.

400. En fin, se puede dar como caución, no tan sólo por una obligación que ya se haya contratado, sino por una obligación que deba contratarse, aunque en aquel momento no lo esté: *adhiberi fidejussor tam futurae quam praesenti obligationi potest* (L. 6, § *fin., dicto titulo*); de manera, sin embargo, que la obligación que resulte de esta fianza, no empieza a correr más que del día en que se contratara la obligación principal, puesto que es de su esencia

el que no pueda subsistir sin una obligación principal. Según esos principios, deseo yo desde hoy darme para con vos como garante por una suma de mil escudos que vos os proponéis prestar a Pedro; mas la obligación que resultara de esa fianza no principiará a tener efecto sino a contar del día en que vos habréis efectivamente hecho dicho préstamo a Pedro; en tanto que vos no se lo hayáis hecho, y que la cosa quede entera, yo podré cambiar de voluntad, haciendo constar que vos no hacéis el préstamo a Pedro, y que yo no entiendo ya ser su fiador (Besnage, *Tr. des hyp.*, parte II, cap. VI).

§ III. Cómo se contratan las fianzas

401. Por el Derecho romano, la caución no se contratava más que por estipulación. La estipulación no es de uso entre nosotros. La caución puede hacerse por un simple contrato, sea por ante notario, sea por escritura privada, sea verbalmente; salvo que si el objeto es de un valor de más de cien libras, la prueba por testigos de la convención verbal no es admisible.

402. Aunque la fianza puede hacerse por una letra misiva y aun verbalmente, es necesario, empero, mucha atención para no tomar por caución lo que dice o escribe una persona, a menos de que use éste de un modo bien claro sin intención de comprometerse como garantía. Porque si yo os he dicho o escrito por carta, que un hombre que os pedía dinero a préstamo era solvente, no puede tomarse esto por una declaración de garantía; pues con ello yo no he podido llevar otro objeto que el de aseguraros que yo le creía solvente, pero no el de obligarme por él. Según esos principios, se ha juzgado por una sentencia publicada por Papiniano (4, 12), que los siguientes términos de una carta escrita al dueño de un pupilaje, a saber: *Que un tal pondrá su hijo en pensión en vuestra casa; es un hombre probo que os pagará corriente*, no encierra obligación alguna. Según el mismo principio, si yo acompaño una persona en casa de un mercader para comprarle tales o cuales generos, el mercader no debe demandar de ello el que yo me dé por garante de dicha persona.

Aunque una persona haya entrado en un asunto pagando por otra, aunque sea su hijo, es decir, pagando parte de su deuda, no puede concluirse de aquí que él haya querido garantizar el resto de la deuda (I. 4, *Cod. de uxore pro marito*, etcétera).

Si se presentara con una obligación que se ha suscrito en mi presencia, y que yo también la hubiese firmado, no se podría de ello concluir el que yo me hubiese dado por caución; sino que debe

reputárseme como no habiéndola suscrito sino como testigo (L. 6, *Cod. de fidej.*).

403. Cuando el deudor se ha obligado a prestar caución, sea por contrato, sea por la ley, el acreedor puede exigir que la caución se obligue por ante notario.

Las cauciones judiciales se obligan en la escribanía del tribunal, por un acto que recibe el escribano.

404. No importa que la fianza se contrate al mismo tiempo que la obligación principal, o en tiempo diferente, antes o después.

No es necesario que aquel a quien se caucione dé su consentimiento (L. 30, D. *de tit.*).

SECCIÓN V

DE LA EXTENSION DE LAS FIANZAS

405. Para juzgar de la extensión de la obligación de la caución, es necesario poner mucha atención en los términos de la fianza.

Cuando la fianza expresa por qué cantidad, por qué causa se da la caución, su obligación no se extiende más que a la cantidad que ha sido convenida. Por ejemplo, si alguien se ha dado en caución para conmigo, por cuenta de mi arrendador, por el pago del importe de su arriendo, no está obligado a las otras condiciones del mismo, tales como las que se señalasen de los daños que hubiese causado en la finca, del reembolso de los adelantos que le hubiese hecho, etcétera.

Si alguien se ha dado como caución por la suma principal que debía el principal obligado, no será responsable de los intereses que produce esta suma (L. 67, § 1, D. *de tit.*).

Por lo contrario, cuando los términos de la fianza son generales e indefinidos, el fiador se reputa haberse obligado a todas las obligaciones del principal deudor, que resulten del contrato a que accede; se le reputa haberle caucionado *in omnem causam*.

Por ejemplo, si la caución por la cual alguien se ha dado para conmigo como caución de mi arrendador, dice en términos generales que se ha dado como en caución del contrato, será responsable no sólo del pago del arriendo, si que también de todas las obligaciones del mismo, como, por ejemplo, de lo que echará a perder, de la devolución de adelantos, o de los muebles que hubiese dejado al arrendador para la explotación de la fianza, *dots*

prædiorum (L. 52, § 2, L. d. tit.) de los daños y perjuicios por las anticipaciones que el arrendador habrá dejado hacer, etcétera.

Aquel que presta caución en términos generales, es también responsable de lo principal debido por aquel por quien se ha obligado, si que también de todos los intereses que se le deban (L. 2, §§ 11 y 12, D. de adm. rer. ad civit. pertin.; L. 57, D. locat.).

Es responsable no sólo de aquellos que se deben *ex rei natura*, sino aun de aquellos que produce la demora en que se ha puesto el deudor principal. *Paulus respondit, si in omnem causam conductionis se obligavit, eum quoque exemplo coloni; tardius illatarum per moram coloni pensionum præstare debere usuras* (dicto ley 54).

Debe también ser responsable de los gastos hechos contra el principal obligado; pues sus gastos son un accesorio de la deuda; pero sólo debe serlo a contar del día en que le han sido denunciadas las diligencias; lo que se ha establecido para impedir que uno no anime a un fiador con gastos, que se harían a menudo sin él saberlo, y que puede evitar pagando, en cuanto se le dé aviso. Es por esto que hasta tanto que las diligencias le sean denunciadas, no debe ser responsable más que de la primera citación, o del primer acto de la demanda.

406. Por extensa que sea en general la caución, no se extiende más que a las obligaciones que nacen del contrato mismo por el que la caución se ha obligado, y no por aquellas que pudieran nacer o nazcan de una causa extraña.

He aquí un ejemplo: Un acreedor en nuestras colonias ha prestado dinero a un tal, y para mayor seguridad, el deudor le ha dado en garantía un negro que sabía que era ladrón, pero sin advertir al acreedor. El negro roba al acreedor a quien ha sido dado como garantía. El acreedor puede pedir *contraria pignoratitia actio*, contra el deudor que no le ha advertido; mas la caución no se extenderá a los daños e intereses que nazcan de una caución extraña al préstamo por el cual se ha comisionado al deudor: *Ea actio fidejussorem onerare non poterit, cum non pro pignore, sed pro pecunia mutua fidem meam obliget* (L. 54, D. de fidejuss.).

Por la misma razón, aquel que ha dado su caución por un administrador de rentas públicas, no está obligado más que a la restitución de los fondos públicos, y no de las multas a las cuales se puede condenar al administrador por malversación de los caudales, o por faltas en su administración. Esto es lo que decidió el emperador Severo: *Fidejussores magistratum in pœnam vel mulctam non conveniri debere de crevit* (L. 68, D. d. tit.). Y en general, en cualquier caso que sea, la caución no se extiende a las penas a las cuales el deudor ha sido condenado *officie iudicis, propter*

suam contumaciam; pues es una causa extraña al contrato: *Non debet imputari fidejussoribus, quod ille reus propter nam pœnam præstitit* (L. 73, D. d. tit.).

SECCIÓN VI

DE QUÉ MANERA SE EXTINGUEN LAS CAUCIONES, Y LAS DIFERENTES EXCEPCIONES QUE LA LEY CONCEDE A LAS CAUCIONES

ARTÍCULO PRIMERO

DE QUÉ MANERA SE EXTINGUEN LAS CAUCIONES

407. La obligación que resulte de la caución se extingue:

1º De todas las diferentes maneras como se extinguen todas las obligaciones; nosotros las citaremos *infra*, parte III.

2º Es de la naturaleza de las cauciones, lo mismo que de todas las obligaciones accesorias, el que la extinción de la obligación principal entraña la extinción de las cauciones, y la liberación de las cauciones (*supra*, nº 378 y siguientes).

3º Queda liberada la caución cuando el acreedor se ha puesto por su hecho fuera de estado de poderle ceder sus acciones contra alguno de sus deudores principales, de quien o quienes tuviese interés la caución en ser subrogada (*infra*, parte III, cap. I, art. 6, § 2).

4º Cuando el acreedor ha recibido voluntariamente del deudor alguna heredad en pago de una suma de dinero que le es debida, ¿la caución queda liberada aunque mucho después, sufra evicción por esta heredad? La razón de la duda está en que el pago no es en este caso válido, no habiendo transferido a aquel a quien ha sido hecho la propiedad de la cosa (*infra*, p. III, cap. I, art. 3º, § 3).

Por consiguiente, la obligación principal subsiste; de donde parece seguirse que la de las cauciones debe subsistir. Basset (IV, 22, 5) inserta una sentencia de su parlamento que así lo dispuso. No obstante estas razones, y aunque no se puede negar que el pago en este caso no es válido, y que la obligación principal subsiste, ha sido juzgado así por las sentencias reproducidas por Besnage (*Tratado de las hipotecas*, p. II, cap. fin.) que el acreedor fuera en ese caso no recibibile a obrar contra las cauciones, si durante ese tiempo el deudor principal hubiese resultado insolvente. La decisión de tales sentencias se funda sobre esta regla de equidad que *Nemo ex alterius facto prægravari debet*.

La caución no debe sufrir perjuicio por arreglo alguno que haya intervenido entre el acreedor y el deudor principal. Ahora

bien, si en este ejemplo el arrendador fuese recibido a obrar contra la caución, habría sufrido perjuicio del arreglo por el cual el acreedor ha tomado en pago dicha heredad; pues el acreedor, por este arreglo, ha quitado el medio a la caución de poder, al pagar al acreedor mientras que el deudor era solvente, de repetir de ese deudor la suma de lo que se había hecho responsable.

Quid, si el acreedor hubiese simplemente concedido al deudor una prórroga de término por el pago, y que durante el tiempo de esta prórroga el deudor hubiese devenido insolvente, ¿la caución podría resistirse a pagar? Vinnio (*Q. illustr.*, 11, 42) sostiene la negativa. Este caso es muy diferente del que antes hemos citado. En el caso precedente, la dación de esta heredad dada en pago, habiendo hecho que hasta el tiempo de la evicción la deuda pareciera como saldada, con tal arreglo ha quitado todo medio a la caución de proveer a la indemnización de su caución, aun en el caso en que se hubiese apercibido que la fortuna del deudor que ha garantizado principiara a flojear; pues no puede pedir a ese deudor que le descargaba de su garantía, que pareciera saldado de la misma manera que la deuda principal, si uno se apercibía que su fortuna principiaba a descomponerse: *Si bona dilapidari cœperit* (L. 10, *Cod. mand.*). La caución no puede, pues, pretender que esta prórroga de término concedido al deudor le haga daño, pues por lo contrario le aprovecha.

La obligación de la garantía se extingüía también, según los principios del Derecho romano, por la confusión de que hemos hablado (*supra*, nº 384); lo expresado no tiene lugar entre nosotros.

Las diligencias hechas por el acreedor contra el deudor principal no liberan por esto la caución, que queda siempre obligada hasta el momento del pago (L. 28, *Cod. de fidej.*). Es por esto que el acreedor puede abandonar las diligencias principales contra el deudor principal, para perseguir la caución; mas por lo común la caución puede oponerle la excepción de excusión, de la que vamos a tratar a continuación.

ARTÍCULO II

DE LA EXCEPCION DE EXCUSION

§ I. Origen de ese derecho

408. Según el Derecho que estaba en uso antes de la Novela 4 de Justiniano, el acreedor podía exigir de los garantes el pago de lo que le era debido, antes de dirigirse al deudor principal: *Jure nostro* —dice Antonino Caracalla en la ley 5 (*Cod. de*

fidej.)— *est potestas creditorum, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur.*

Los emperadores Diocleciano y Maximiano deciden la misma cosa en la ley 19. El Código de Justiniano (*dicto titulo, de Nov., cap. 1*) ha concedido a los fiadores la excepción que se llama de *excusión* o *excepción de orden*, es decir, la excepción por la cual pueden remitir al acreedor que les pide el pago de su derecho, a excusar antes los bienes del deudor principal. Ese derecho de la Novela se sigue entre nosotros, pero no para con todas las cauciones, ni para todos los casos.

§ II. Qué clase de cauciones pueden oponer excepción de excusión

409. Las cauciones judiciales no pueden oponer esta excepción (Louet, letra F, 23).

Las cauciones por las fincas del rey tampoco son admitidas hoy día a poner dicha excepción, aunque la Ordenanza de Luis XIII, del año 1513, se lo haya concedido. Esa jurisprudencia se había introducido desde el tiempo de Mr. Le Bret, quien aduce esta razón, que se presumen esas cauciones como siendo secretamente los asociados del arrendador deudor principal (Le Bret, *Plaid*, 42 *in fin.*).

En fin las cauciones que por su fianza han renunciado a esa excepción no puede después oponerla: *Unicuique enim licet juri in favorem suum introducto renuntiare.*

¿Se reputa que la caución ha renunciado a dicha excepción, cuando se dice en la fianza, que se obliga como el *deudor principal*? Los autores parecen divididos sobre esta cuestión. Se citan antiguas sentencias del parlamento de París, que han juzgado que eso no basta, y que la renuncia a esa excepción ha de ser expresa. Basnage, en su *Tratado de las hipotecas*, dice que la jurisprudencia de Normandía es la siguiente: que dichos términos bastan para constar la renuncia a la excepción de excusión, y que no se debe creer que se hayan empleado dichos términos para que nada signifiquen; eso está conforme con las reglas de la interpretación de las convenciones (*supra*, nº 92).

La renuncia a las excepciones de excusión y de división no deben inferirse de esos términos que se encontrarían al final de la acta de caución, *prometiendo, obligándose y renunciado*, etcétera. Ese término *renunciando*, vago e indeterminado, sin que exprese a que renuncian las partes, no puede mirarse más que como una vana fórmula, que nada significa: *Ea quæ sunt styli, non operantur.* Esta decisión tiene lugar, aun cuando en el original de la escritura el notario hubiese extendido esta cláusula de *renunciando*, etcétera, y hubiese expresado la renuncia a las excepciones de di-

visión y de excusión. Dumoulin (*Tr. usur. quæst.*, 7, *in fin.*) dice haberlo hecho juzgar así por sentencia firme; la razón está en que el notario no puede, por lo que ha añadido a la escritura, aumentar las obligaciones de las partes (*infra*, p. IV, cap. I, art. 3º, al principio).

§ III. En qué caso el acreedor está obligado a la excusión, y cuando ha de oponerse la excepción de excusión

410. El acreedor no está obligado a la excusión en todos los casos, y se puede sobre este punto establecer por principio que el acreedor no está obligado a una excusión que sería muy difícil.

Es por esta razón que la Novela, al conceder a los fiadores el beneficio de excusión, exceptúa el caso en que el deudor principal está ausente; a menos de que el fiador no ofreciera presentarlo dentro un breve plazo que le sería concedido por una vez por el juez.

Esta excepción que la Novela pone al beneficio de excusión no tiene lugar entre nosotros, como lo observa muy bien Loyseau. Las razones en que se funda están sacadas de la dificultad, según el procedimiento romano, de excusar un ausente; que no tienen aplicación entre nosotros. Las citaciones y requerimientos a domicilio, que, según nuestra ley de procedimientos, tienen el mismo efecto que si fueran hechas a la persona misma, hacen la excusión del deudor principal, aun en caso de ausencia, tan fácil como si estuviera presente.

411. El acreedor no está obligado a excusar el principal deudor antes que el fiador, sino cuando el fiador lo pida, y oponga la excepción de excusión; es por esto que, aunque el acreedor no haya excusado el deudor principal, su petición y sus diligencias contra el fiador están bien dirigidas hasta tanto que el fiador haya opuesto la excepción de excusión.

Es en consecuencia de esos principios que ha sido juzgado, por decreto de 1º de setiembre de 1705, citado por Bretonnier, que el juez no podía de oficio ordenar dicha excusión.

Esta excepción de excusión es del número de las excepciones dilatorias, puesto que no tiende más que a diferir la acción del acreedor contra el fiador hasta después del tiempo de la excusión, sin excluirle enteramente. Esto porque según la regla común a las excepciones dilatorias (L. 12, *Cod. de except.*), debe oponerse antes de la contestación de la causa. Si el fiador ha contestado el fondo, sin oponerse, no será recibibile, siendo como es reputado, al defender el fondo, como habiendo renunciado voluntariamente a esta excepción (Guy Pape, y los doctores por él citados, q. 50). Sin em-

bargo, en un caso se le podría recibir, a saber, si los bienes, de que pide la excusión no hubiesen tocado al deudor principal sino después de la contestación de la causa; *puta*, por una caución que hubiere heredado después; pues la regla de que las excepciones dilatorias deben oponerse antes de la contestación en causa, no puede tener lugar más que para las excepciones ya nacidas, y no en relación de aquellas que no han nacido hasta después; pues al defensor no se le puede reputar cuando no ha defendido más que el fondo, como habiendo renunciado a las excepciones que no han nacido sino después (Guthieres, y los doctores por él citados, *Tract. de contr. jurat.*, XXII, 18).

§ IV. ¿Qué clase de bienes está obligado a excusar el acreedor?

412. Cuando se opone la excusión, el acreedor, si no tiene título ejecutivo contra el deudor principal, debe citarlo y obtener contra él sentencia condenatoria. En virtud de esta sentencia, o sin asignación, en virtud de su título ejecutivo, si le tiene, debe proceder por ejecución contra el deudor principal, y secuestrar y ejecutar los muebles que estén en la misma casa del deudor.

Si no los hay, o no los hay en bastante número para que pueda asentarse una ejecución, el alguacil debe constar por medio de una información verbal la falta de muebles; y esa información reemplaza la excusión mobiliaria.

Por lo que hace a los otros bienes muebles e inmuebles que podría tener el deudor principal, no estando obligado el acreedor a conocerlos, no está obligado a excusarlos, si no le son indicados por la caución. Esta indicación debe hacerse en una vez; y debe comprender todos los bienes del deudor, que se quiera que excuse el acreedor. Pero no será recibida, después de la excusión de aquellos que se han indicado, a indicar otros (Lamoignon, *Sentencias*, título *De las excusiones*, art. 9º, decreto de 20 de enero de 1701, citado por Bretonnier sobre Henrys, tomo 4, 34).

413. La excusión no ha de ser muy difícil, el acreedor no puede estar obligado a la excusión de los bienes del deudor que estén fuera del reino. M. de Lamoignon quería que ni tan sólo pudiera estar obligado a la excusión de aquellos que estuvieran situados en los límites de otro parlamento (Lamoignon, *Sentencias*, *ibid.*).

El acreedor no está obligado tampoco a la excusión de los bienes litigiosos del deudor; pues no está obligado a sostener proceso alguno, ni a esperar su conclusión para ser pagado; lo que es todavía una consecuencia del mismo principio de que la excusión no ha de ser ni demasiado larga ni demasiado corta.

Por la misma razón, no está obligado a excusar los bienes hipotecarios por el principal deudor, cuando el principal deudor los ha alienado, y son poseídos por un tercero; son, por lo contrario, esos terceros detentores quienes tienen derecho de remitir a la excusión del deudor principal y de sus cauciones los acreedores que dieran contra ellos la acción hipotecaria (D. *Novel.*, cap. 11).

No sucede lo mismo respecto de aquellos que han heredado a título universal en los bienes del deudor principal, como son los donatarios y legatarios universales, también el fisco, cuando hereda al deudor principal a título de desheredamiento o de confiscación. Los herederos universales *sunt loco hæredis*; ocupan el lugar de herederos del deudor principal, y le representan; deben, pues, en consecuencia ser excusionados de la misma manera que habrían debido serlo el deudor principal, hasta concurrencia de lo de que son responsables por sus deudas.

Cuando varios deudores principales han contratado una obligación solidaria, y que uno de ellos ha dado a un tercero por caución, se pregunta si esta caución puede obligar al acreedor a excusar no sólo aquel de los deudores por quien se ha dado caución, si que también a todos los otros deudores principales.

Yo pienso que puede ser así; y basta para convencerse de ello, examinar cuál es la razón sobre la que se funda la excepción de la excusión. No es que se presume que la caución no haya tenido intención de obligarse más que por defecto, y en caso de insolvencia de aquel por quien responde: esta intención debe expresarse; y cuando no lo esté, no se presume, y la obligación es pura y simple. Si esta presunción tuviese lugar en las cauciones ordinarias, el derecho que tendría la caución de remitir el acreedor a la excusión del deudor principal sería un derecho que tendría en rigor de justicia; el acreedor no tendría acción contra la caución antes que la insolvencia del deudor principal hubiese sido constatada por la excusión; ahora bien, todos convienen que la excepción de excusión que la ley concede a la caución, no se le concede más que como pura gracia, y que la demanda del acreedor contra la caución procede en rigor, y es bien fundada, aunque el deudor principal sea solvente, y no haya sido excusionado; es necesario, pues, buscar otra razón para esta excepción de excusión, y no hay otra que la siguiente, a saber: que es equitativo que una deuda, en cuanto se pueda, sea pagada de preferencia por aquellos que son verdaderos deudores, y que han aprovechado del contrato, que no por aquellos que son deudores de otro; que siempre hay disgusto en pagar por otro; y es por esto que hay humanidad en que el acreedor, cuando le es la cosa poco más o menos indiferente, evite tal disgusto a la caución y se haga pagar de preferencia por sus verdaderos deudores, y no por ella. Esta es la razón que Quinti-

liano (*Declam.*, 273) da del beneficio de excusión. Luego de haber dicho que es una cosa miserable para una caución el verse obligada a pagar por otra —*miserabile est*— concluye que un acreedor no se porta bien causando tal disgusto al fiador, en tanto puede hacerse pagar por el verdadero deudor: *Non aliter salvo pudore, ad sponsorum venit creditor, quam si recipere a debitore non possit*. Ahora bien, es evidente que esas razones militan para obligar al acreedor, no sólo a la excusión de aquel de los deudores solidarios por quien la caución ha respondido, sino a la de todos los codeudores principales; pues la caución de aquel de los deudores por quien se ha dado la caución, si que también de los otros deudores principales. Puédese también decir que aquel que se ha dado por caución por uno de varios deudores solidarios, es también en cierto modo caución de los otros; pues la obligación de todos sus deudores no siendo más que una obligación, al accederse a la obligación de aquel por quien uno se ha dado en caución, se accede a la de todos.

§ V. A expensas de quien debe hacerse la excusión

414. La excusión se hace a riesgo y peligro del fiador que ha concedido que se hiciera; y luego la de los bienes inmuebles no puede hacerse sin grandes gastos, el acreedor puede pedir que el fiador le suministre el dinero necesario para poder hacerlo. Esta es una regla general para todos los casos en que se opone la excepción de excusión (*Journal des Audiences*, t. I, libro v, cap. xxv); que es una consecuencia de nuestro principio.

§ VI. ¿El acreedor que ha descuidado el hacer la excusión, es responsable de la insolvencia del deudor?

415. Queda todavía una cuestión por examinar.

El acreedor a quien el fiador a opuesto la excepción de excusión, y no ha juzgado oportuno hacerlo tan pronto, y ha dejado pasar varios años, durante los cuales el deudor ha pasado a insolvente, ¿podría, ya, en este estado de excusión, revenir contra el fiador? Yo creo al acreedor bien fundado, y que la caución no puede oponerle excepción alguna, bajo el pretexto de que no hizo a tiempo la excusión de los bienes del deudor principal a la que ha sido remitido. La razón está que el Derecho que da a las cauciones la excepción de excusión que le concede la Novela, se limita a detener las diligencias del acreedor contra ellas, en tanto que no se ha provisto todavía contra el deudor principal, y que no ha discutido sus bienes. El beneficio de esta Novela se limita a que, como se dice, *Creditor non primum ad fidejussorem*

aut sponsorem accedat. Basta, pues, que el acreedor no persiga las cauciones antes de haber perseguido el deudor principal y discutido sus bienes; el acreedor puede hacer esta excusión cuando mejor le parezca y nada hay que le obligue a hacerlo cuando de ella gusten las cauciones. Habiendo fijado la ley el tiempo según el cual un acreedor puede ejercer sus acciones, el fiador no puede fijarle un plazo más corto del que la ley le concede: *Nemo invitus agere compellitur (toto tit. Cod.) ut nemo invitus*, etcétera. *Creditor ad petitionem debiti urgeri minime potest* (L. 20, Cod. de pign.). Pues si el deudor principal, a cuya excusión ha sido remitido el acreedor, ha devenido después insolvente, la caución no debe quejarse de que el acreedor no le haya perseguido cuando no lo era, por lo mismo que no estaba obligado a ello; y la caución si tenía noticias de que se acercaba ese caso de insolvencia, podía ocurrir a ella, persiguiendo ella misma al deudor principal, como era de su derecho, tan pronto ha sido emplazada (*infra*, nº 441). Henrys (tomo II, lib. 4, art. 34) es de nuestro modo de ver, y la autoriza por sentencia dada en un caso análogo, y asegura, que de su tiempo, era la opinión general del tribunal de París. *La costumbre de Bretaña*, artículo 192, contiene una disposición contraria. Yo creo que debe dejarse limitada a su territorio. D'Argentré, sobre este artículo, dice, que esta disposición sacada de la antigua costumbre ha sido conservada, cuando su reforma, contra su opinión.

No hemos tratado la cuestión sino en consideración a los fiadores ordinarios; mas si el fiador ordinario se hubiese obligado solamente a pagar lo que el acreedor no pudiera sacar del deudor principal, *in id quod servari non poterit*, el acreedor que hubiese tenido el medio, durante un tiempo dado, de hacerse pagar, no sería admitido fácilmente cerca del deudor, a presentar demanda contra el fiador si al cabo de un tiempo tan largo hubiese devenido insolvente (L. 41, D. *dicto titulo*); por cuanto ese fiador que no se ha obligado más que a lo que el acreedor *no podría sacar*, le opondría que él ha podido de una manera muy fácil sacar del deudor principal lo que le era debido, y que en consecuencia nada le debe (L. 41, D. *dicto titulo*).

ARTÍCULO III

DE LA EXCEPCION DE DIVISION

§ I. Origen de ese derecho

416. Cuando varias personas se prestan a ser fiadores de un deudor principal por la misma deuda, se reputan como habiéndose obligado cada una de ellas por toda la deuda: *Si plures sint fide-*

jussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenetur (Justiniano, *tit. de fidej.*, § 4).

En eso se diferencian los varios fiadores de los varios deudores principales, quienes no son reputados más que como obligándose cada uno por su parte en el conjunto, si la solidaridad no está expresada. La razón de la diferencia está, en que es de la naturaleza de la caución el obligarse a todo lo que se obliga el deudor principal; y por consiguiente cada uno de aquellos que presta la fianza está reputado como habiendo contratado dicho compromiso, a menos de que no declare expresamente que él no se obliga más que por parte, esta es la razón que alega Vinnio (*Select. quest.*, libro II, cap. XL).

El emperador Adriano introdujo una modificación en esta solidaridad, por la excepción de división que concede a los fiadores; el fiador a quien el acreedor pide toda la deuda obtiene, por esta excepción, que el acreedor esté obligado a dividir y partir su demanda entre él y sus cofiadores, cuando son solventes, y que en consecuencia sea recibido a pagar al acreedor su parte, salvo al acreedor el acudir por el resto contra los otros. Ese derecho ha sido adoptado en nuestra práctica francesa.

§ II. ¿Quiénes son aquellos que pueden o no pueden oponer la excepción de división?

417. Hay algunas cauciones que no pueden oponer esta excepción; tales son las cauciones por los fondos reales. (Véase *Lébre, Informe 52, in fin.*).

También se excluyen las cauciones judiciales; esta es la opinión de Besnage. Las cauciones que por su fianza han renunciado a esta excepción, tampoco la tienen.

Cuando se dice por la fianza que los fiadores se han obligado *solidariamente y como deudores principales*, esta cláusula, ¿se imputa, como conteniendo una renuncia a la excepción de división? Aquellos que piensan que esta cláusula no contiene una renuncia a la excepción de excusión, deben también pensar, que tampoco contiene renuncia alguna para la división; mas las razones que nos han llevado a creer que contenía una renuncia a la excepción de excusión, y que nosotros hemos citado (*supra*, nº 409), nos llevan a creer también que contiene asimismo la renuncia a la división.

En fin, las leyes rehusan la excepción de división a las cauciones que han principiado por negar de mala fe su fianza: *Infi-ciantibus auxilium divisionis non est indulgendum* (L. 10, § 1, D. *de fidej.*).

418. No tan sólo las cauciones por sí mismas, sino sus herederos. pueden usar de esta excepción.

El fiador de la caución, que es *fidejussor fidejussoris*, puede también oponer las mismas excepciones que había podido oponer la caución que él ha garantido; y por consiguiente puede oponer esta excepción y pedir la división de la deuda entre él y los fiadores de aquel a quien él ha garantido.

§ III. ¿Quiénes son aquellos entre quienes la deuda ha de quedar indivisa?

419. El fiador puede pedir la división de la acción entre él y los otros fiadores, que son igualmente fiadores principales. Mas no podría pedir que fuera dividida entre él y su fiador; pues es él mismo un deudor principal frente de su fiador (L. 28, § 4, D. *de fidejuss.*).

420. Es necesario también que aquellos, con quienes el fiador pide la división de la acción del acreedor sean cofiadores del mismo deudor. Si dos deudores solidarios de una misma deuda hubiesen dado cada uno un fiador, el fiador de uno de sus deudores no podría pedir que la acción fuera dividida entre él y el fiador del otro deudor solidario; pues aunque fueran fiadores de una misma deuda, no siendo fiadores de un mismo deudor, no son propiamente cofiadores; esta es la decisión de las leyes 43 y 51 (§ 2, D. *dict. tit.*).

421. En fin, es necesario que los cofiadores, con los cuales el fiador pide la división de la acción, sean solventes, y se reputa que lo son, si, no siéndolo por sí mismos, lo son por sus fiadores; esto es lo que decide la ley 27 (§ 2): *Si aueratur an solvendo sit principalis fidejussor, etiam vires sequentis fidejussoris ei aggregandæ sunt.*

Por lo demás, si mi fiador fuera solvente cuando la contestación en causa, y que por consecuencia la acción del acreedor haya sido dividida entre él y yo, aunque luego después de la contestación en causa, haya devenido insolvente, el acreedor no podría revenir en contra mía por su parte; esta es la decisión de Papiniano (L. 51, § 4 y L. 52, § 1).

En eso la excepción de división difiere de la de excusión. La razón de la diferencia viene de la diferente naturaleza de las excepciones. La de la excusión no es más que dilatoria; no hace más que diferir la acción del acreedor contra el fiador, luego de que el acreedor haya hecho excusión el deudor principal; en lugar de que la excepción de división disfruta de la naturaleza de las excepciones perentorias, prescribe enteramente, cuando ha lugar, la acción del acreedor contra el deudor que la ha opuesto, y es por esto que

el acreedor no puede revenir nuevamente contra él aun cuando después los cofiadores resultaran insolventes.

Hay más; aunque cuando la demanda del acreedor, mi cofiador fuera ya insolvente, si el acreedor ha dividido voluntariamente su acción, pidiéndonos a cada uno nuestra parte. no podría ya pedirme la parte de mi cofiador insolvente; esta es la decisión de Gordiano en la ley 16 (*Cod. dicto titulo*).

422. Con tal que mi cofiador sea solvente, aunque el término o la condición bajo la cual se ha obligado no haya todavía finido; yo puedo, sin embargo, pedir que la acción sea por previsión dividida entre él y yo; salvo al acreedor el revenir en contra mía por la parte de ese fiador, si al vencimiento del término o de la condición no era solvente (*L. 27, D. de fidej.*); y con mayor razón si la condición bajo la cual se ha obligado perdiera algo de su valor.

423. La demanda del acreedor no deberá dividirse sino cuando los fiadores son solventes, si hay contestación entre el acreedor y el fiador que pida la división sobre el hecho de la solvencia de los cofiadores, el fiador es recibido, ofreciendo pagar su parte, a pedir que antes de saldar el resto, el acreedor venga obligado a discutir los cofiadores; pero será por cuenta y riesgo de ese fiador.

424. Yo no puedo oponer la excepción de división, si mi cofiador vive fuera del reino; pues esta excepción es una gracia que la ley no le concede mientras que el acreedor no sufra de ello gran perjuicio (*Papiniano, x, 4, 15*).

§ IV. ¿Puede dividirse una fianza con una caución que no ha sido contratada de un modo válido, y con una caución menor?

425. Cuando yo me he obligado dando caución por alguien, con una persona que era incapaz para contratar una tal obligación, como lo eran, por ejemplo, entre los romanos, todas las mujeres, yo no puedo evitar el pagar el total de la deuda al acreedor, como si yo fuera el único fiador; por cuanto no puede considerarse la persona incapaz que se ha constituido conmigo como fiadora. En este caso no se distingue si yo he contratado mi caución antes de esta persona incapaz, o si yo la he contratado conjuntamente o después.

No resulta lo mismo, según el Derecho romano, cuando yo me he dado como fiador junto con un menor, que se hace restituir más tarde, por serlo contra su obligación. Yo no soy responsable del total de la deuda más que en el caso en que yo hubiere ante todo sufrido solo la caución sin contar con el menor, que se

ha dado por caución hasta después, a la misma persona que yo; mas si nosotros nos hemos dado juntos por caución, la restitución que él obtiene contra su obligación, no debe, según el Derecho romano, hacerme cargar solo con la deuda que yo había entendido que él pagaría junto conmigo (L. 48, § 1, D. de fidej.).

Papiniano alega sobre este particular esta razón de diferencia entre una mujer y un menor. Aquel que presta caución conjuntamente con una mujer, no ha debido contar con la mujer para partir la obligación, puesto que no podía ignorar que era de ella incapaz, *cum ignorare non debuerit mulierem frustra intercedere*. Pero no sucede lo mismo con aquel que se ha dado por fiador junto con un menor; *propter* —dice Papiniano— *incertum ætatis et restitutionis*, por cuanto él podía ignorar que fuera menor, o esperar que no revendría contra su obligación; le tocaba al acreedor mejor que a él, el informarse de su edad cuando le ha admitido por fiador, y es al acreedor mejor que no él quien debe sufrir de la restitución que el menor ha obtenido contra su obligación (*dicto* L. 48, § 1).

Por mucho que sea el respeto que yo tenga por las decisiones del gran Papiniano, esta me parece ofrecer sus dudas. Siendo varios fiadores, como lo hemos dicho más arriba, deudores de toda la deuda, la división que concede la constitución de Adriano, cuando son todos solventes, no es más que una gracia que no se le debe conceder en perjuicio del acreedor. Esta razón que hace que se me rehuse la división de la deuda con mi cofiador, cuando ha devenido insolvente, debe hacerla rehusar con mi cofiador que se ha hecho restituir contra su fianza. No hay mayor razón para concederla a uno que a otro; yo no he debido contar más con uno que con otro; si yo he podido prever la insolvencia, con mayor razón he podido todavía prever la restitución. No se puede decir que el acreedor haya querido encargarse de ese riesgo aceptando la caución de un menor, pues no estando contento con la caución de ese menor, y habiendo exigido que se le juntara otra fianza, prueba por lo contrario que ha buscado la mayor seguridad contra la restitución, y que no ha querido encargarse de su riesgo.

Esas razones me parecen suficientes para decidir indistintamente contra la autoridad de la ley romana, que la restitución obtenida por causa de minoría por mi cofiador, debe, de la misma manera que su insolvencia, cargarme con la totalidad de la deuda.

Hay más; si, antes que mi fiador menor hubiese recurrido al tribunal contra su caución, y fuera perseguido por el acreedor, y le opusiera la excepción de división, pienso que sería de equidad el que no pudiera ser obligado a dividir su acción entre su cofiador menor y yo, sino bajo la reserva de dirigirse contra mí, en el caso en que ese menor se hiciera restituir contra su caución.

Mas si el acreedor hubiese consentido en la división de su

acción sin reserva alguna, hay lugar para pensar que en ese caso había tomado sobre sí el riesgo de la restitución del menor, y que no tendría recurso alguno en contra de uno.

§ V. ¿Cuándo puede oponerse la excepción de división?

426. Se suscita una cuestión sobre si la ejecución de división no puede oponerse antes de la contestación de la demanda. Algunos doctores antiguos, como Pedro de Belleperche, Cynus y otros, eran de esa opinión, mas la contraria, que es la seguida por Vinnio (*Select. quæst.*, L. XL), es la más verdadera; y se funda sobre el texto formal de la ley 10 (§ 1, *Cod. h. tit. Ut.*): *... dividatur actis inter eos qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine solet postulari*. Basta, conforme a los términos de esta ley, pedir la división de la acción antes de la sentencia, y por consiguiente, eso se puede antes de la contestación en causa. En efecto, esta excepción goza más de las excepciones perentorias que de las dilatorias, puesto que ella tiende a excluir enteramente la acción del acreedor contra aquel que la oponga por parte de sus cofiadores. El texto de las Institutas (*tit. de fid.*, § 4), sobre el que se fundan los que son de contrario sentimiento, nada prueba. Esta ley dice que todos los fiadores han de ser solventes cuando la contestación en el pleito para que haya lugar a la división de la acción; mas no se sigue de aquí que esta división no pueda pedirse después.

La ley 10 (§ 1, *D. de fid.*), donde se dice que la caución que ha negado su fianza no es recibida a oponer la excepción de división, no es por esto contraria a nuestra división; pues esta negativa hecha de mala fe la que le hace indigno de esta gracia y no admitible en esta excepción, y no la litiscontestación. La litiscontestación que interviene entre el acreedor y la caución, no supone que la fianza haya negado su caución: ha podido intervenir sobre toda otra cosa, *puta*, sobre haber sostenido la caución que la deuda era saldada, o que había alguna excepción que hacía al acreedor no recibida en su demanda. Algunos doctores han dado en el exceso contrario, decidiendo que la excepción de división puede ser opuesta aun después del juicio condenatorio, a ejemplo de la excepción *cedendarum actionum*, y de las excepciones s. c. *Macedoniani* et s. c. *Velleiani*. Esta opinión está destruida por la ley 10 (§ 1, *Cod. de find.*), en la que se dice que las cauciones pueden proponer la excepción de división antes del juicio condenatorio: *autem condemnationem*; por lo tanto, no lo pueden hacer después. En relación a los ejemplos que se aducen de las excepciones que pueden oponerse aún después del juicio, la razón está en que hay una gran diferencia entre la excepción de división y la excepción *cedendarum actionum*. Esta no ataca la sentencia, ni el derecho

que adquiere el acreedor por esta sentencia; y cuando la caución que se ha dado para con él la ha pagado, no hay interés alguno en rehusarle la caución de sus acciones; en lugar de que la excepción de división, si se proponía después del juicio condenatorio, atacaría esa sentencia, y el derecho que por ella adquiere el acreedor, puesto que tiende a restringir a una parte el derecho que adquiere el acreedor por ese juicio, de exigir el total de la deuda de la caución a que ha sido condenado para con él. En cuanto a lo que se decidió por las excepciones s. c. *Macedoniani*, s. c. *Valleiani*, es un derecho especial fundado sobre el favor de esas excepciones y sobre una especie de interés público, *ad coercendos fœneratores, et ad subveniendum sexui muliebri*. Ese derecho singular no puede pues aducirse en consecuencia, y no puede ser extendido a la excepción de división, ni a las otras excepciones perentorias (Vinnio, *ibid.*).

Cuando la sentencia condenatoria es suspendida por una apelación, se puede decir que no hay condena, hasta tanto que no intervega una sentencia definitiva; de donde se sigue que la causa puede admitirse, en causa de apelación, a oponerse a la excepción de división. Esta es la opinión de los doctores citados por Bruneman (*ad L. 10, Cod. de fid.*); esta es también la opinión de Vinnio.

§ VI. Del defecto de la excepción de división

427. El efecto de la excepción de división es el de obligar al juez a hacer la división de la deuda entre los fiadores que son solventes, y de restringir por ese medio a la parte solamente del fiador que se ha opuesto a la división, la demanda que se ha dado contra él.

Antes que se haya dictado esta división de la deuda por el juez sobre la excepción de división o que haya sido hecha voluntariamente por el acreedor, por la demanda que habría dado contra cada uno de los fiadores por su parte (*L. 16, Cod. de fidej.*): cada uno de los fiadores es verdadero deudor del total de la deuda. Por esto, si uno de ellos ha pagado el total, no puede tener contra el acreedor repetición alguna de las partes de sus cofiadores (*L. 49, § 1, D. de defid.*); pues debía en verdad el total que ha pagado, y no usando de la excepción de división de que podía usar, *plenius fidem exsolvit*. Mas después que la división de la deuda ha sido pronunciada, la deuda está de tal manera dividida, que aun cuando uno de los fiadores entre quienes la deuda ha sido dividida se convirtiera desde luego en insolvente, el acreedor no tendría recurso alguno contra los otros por la parte de este insolvente (*L. 15, § 4, D. de fidej.*).

Queda una cuestión por examinar. Si el fiador que ha pedido

la división de la acción del acreedor entre él y su fiador, ha pagado antes una parte de la deuda, ¿debe pagar la mitad de lo que resta a deber, sin imputar nada de lo que ha pagado? Papiniano lo había decidido así: *Eam enim quantitatem inter eos convenit dividi, quam litis tempore debent*. Esta decisión aunque conforme con el rigor del principio, no ha sido seguida; se ha encontrado más equitativo conceder al fiador la facultad de imputar sobre la parte de la que él es responsable de la deuda lo que ha pagado, que no obligarle a pagar el resto de su parte del total de la deuda, y cargar la otra entera a su cofiador; *sed humanius est* —dice el anotador— *si et alter solvendo sit, per exceptionem ei qui solvit succurri* (dicto ley 51, § 1).

ARTÍCULO IV

DE LA CESION DE ACCIONES, O DE LA SUBROGACION A QUE ESTA OBLIGADO EL ACREEDOR A CONCEDER AL FIADOR QUE PAGA

428. Un tercer beneficio que las leyes conceden al fiador, es que cuando paga, puede requerir al acreedor que le subrogue en todos sus derechos, acciones, hipotecas, tanto contra el deudor principal que él ha garantido, como contra todas las otras personas que sean responsables de dicha deuda. Esto es lo que resulta de la ley 17 (D. de fid.; L. 21, Cod. dicto titulo) y de muchos otros textos. Véase sobre esta cesión de acciones, y sobre la experiencia que tiene el fiador que se ha puesto por su hecho fuera del estado de cederlas (*infra*, parte III, cap. I, art. 6º, § 2).

SECCIÓN VII

DEL DERECHO QUE TIENE LA CAUCION CONTRA EL PRINCIPAL DEUDOR Y CONTRA SUS COFIADORES

429. La caución tiene recurso contra el deudor principal después de haber pagado. Nosotros trataremos de ese recurso en el primer artículo. Igualmente hay casos en los cuales la caución tiene acción contra el deudor principal, aun antes de pagar; de esto hablaremos en el segundo artículo. En el tercero trataremos la cuestión particular, de si la caución de una renta constituída puede obligar al deudor, al cabo de un cierto tiempo, al rescate de la renta. Y en el cuarto trataremos del derecho de la caución contra sus cofiadores.

ARTÍCULO PRIMERO

DEL RECURSO DE LA CAUCIÓN CONTRA EL DEUDOR PRINCIPAL, LUEGO QUE HA PAGADO

§ I. ¿Cuáles son las acciones que tiene la caución contra el deudor principal, luego que ha pagado?

430. Si luego de haber pagado la caución, se hace subrogar en los derechos y acciones del acreedor, puede ejercerlos contra el deudor, de la misma manera que hubiera podido hacerlo el acreedor. Si descuida adquirir esta subrogación, no deja por esto de tener de por sí una acción común contra el deudor principal, para hacerse reembolsar lo que ha pagado por él.

Esta acción es la acción *mandati contraria*, si es con la aquiescencia y conciencia del deudor principal como ha sido garantida; pues ese consentimiento del deudor principal encierra un contrato tácito de mandato, según esta regla de Derecho: *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur* (L. 60, D. de R. J.). Si la caución se ha obligado por el deudor principal sin su consentimiento, no puede tener contra él la acción *mandati*: sino que tiene contra él la acción *contraria negotiorum gestorum*, que tiene el mismo efecto.

§ II. ¿Qué pago da lugar a esas acciones?

431. No importa que la caución haya pagado en consecuencia de una sentencia condenatoria o voluntariamente y sin sentencia; pues en uno y en otro caso, *utiliter debitoris negotium gessit*. Ha obligado al deudor la exoneración de su deuda y, por consiguiente, debe reembolsarla de lo que le ha costado para procurársela.

No importa que el pago haya sido un pago real o una compensación, o una novación. En todos esos casos, la caución tiene derecho a pedir que el deudor principal la reembolse, sea de la suma que ella ha pagado, sea de aquella que ha compensado, sea de aquella que se ha obligado a pagar para extinguir la obligación del principal deudor.

432. Si el acreedor por consideración a la caución, ha hecho rebaja de la deuda a título puramente gratuito, la caución no puede pedir nada al principal deudor que ha aprovechado esta rebaja, por cuanto no ha costado nada a la caución. Si la renuncia fuese hecha por recompensa de los servicios que la caución ha hecho al acreedor, la caución podría hacerse reembolsar de esta suma

por el deudor principal; pues, en ese caso, ha costado a la caución la recompensa que habría podido esperar de sus servicios, por lo que sufre la compensación por la deuda de ese deudor principal a la que ha accedido como caución. Esta es la disposición de la ley 12 (D. *mandat.*). Y eso está conforme con esta máxima de la ley 26 (§ 4, D. *dicto titulo*): *Sciendum est non plus fidejussorem consequi debere mandati iudicio, quam quod solverit.*

§ III. Tres condiciones para que el pago hecho por la caución dé lugar a acción contra el deudor principal

433. Para que el pago hecho por la caución dé lugar a esas acciones, es necesario:

1º Que la caución no haya por su demora descuidado alguna excepción que hubiese podido oponer al acreedor.

2º Que el pago haya sido válido, y haya exonerado al deudor principal.

3º Que el deudor principal no haya pagado una segunda vez por culpa de la caución.

PRIMERA CONDICIÓN

434. Para que la caución que ha pagado tenga recurso contra el deudor principal, es necesario que no haya descuidado por su culpa el oponer los fines de no recibir, si es que tuviere algunos que oponer contra el acreedor. Por ejemplo: si alguien me ha garantido por el precio de una heredad que he comprado, y que teniendo conocimiento de que he sido despojado de esta heredad, pago, sin embargo, el precio a mi vendedor para quien se ha dado en caución por mí, no tendrá recurso alguno en contra mía; por cuanto podía dispensarse de pagar oponiendo al acreedor la excepción que resultaba del despojo, y, por consiguiente, la excepción que de él resultaba contra la petición de precio que le ha hecho el vendedor, ya estaré obligado a devolverle lo que ha pagado, salvo mi recurso contra mi vendedor; pues no es por su culpa si no ha opuesto una excepción de la que no tenía conocimiento, sino yo quien estoy en falta por no haberle dado aviso. La ley 29 (D. *mand.*) establece esos principios para un caso semejante al que hemos indicado. Por lo demás, sólo la ignorancia de hecho es lo que puede en ese caso excusar la caución, otra cosa sería la ignorancia de derecho. *Finge*: Yo he comprado bajo vuestra caución una casa que yo creía subsistir, y que había sido destruída por un incendio antes del contrato; aunque vos hubiérais después sabido el incendio, vos habéis pagado el precio que creíais que era debido por

error de derecho; por lo tanto no podéis tener recurso alguno en contra mía (*dicto* ley 29, § 1).

435. Si la caución tuviese un fin de no recibir a oponer contra el acreedor, pero que fuese tal que honrosamente no pudiera oponerlo, en ese caso la caución no está, en verdad, obligada a oponerla; pero tampoco puede privar al deudor de la facultad de hacerlo. Es por esto, porque debe dejarse citar para el pago, y llamar en causa al deudor principal, a fin de que pueda oponerlo si le parecía bien; y caso de no hacerlo, la caución no tendría recurso alguno contra el deudor principal de lo que ella hubiere pagado. Eso es lo que resulta de la ley 48 (*D. mand.*) y la ley 10 (§ 12, *dicto titulo*).

Se puede citar como ejemplo de esos fines de no recibir que no pueden oponerse decentemente, el que se puede oponer al acreedor de una renta constituida que he dejado que se acumulara durante cinco años.

436. La regla que nosotros hemos establecido, de que la caución, para tener recurso contra el deudor principal, debe no haber omitido por su culpa el oponer los fines de no recibir que podía oponer, sufre excepción, cuando los fines de no recibir le fueran personales, y que no pudieran ser opuestos más que por el deudor principal. Por ejemplo: si la caución que me ha garantido hasta a un cierto tiempo, paga por mí antes de su tiempo, bien que ella hubiese podido dispensarse de pagar, no por esto dejará de tener recurso en contra mía, por cuanto ha pagado por mí lo que yo no habré podido evitar. Esta es la decisión de la ley 29 (§ 6, *D. mand.*): *Quamquam enim jam liberatus solverit, fidem implevit*. Basta que ella me haya procurado a sus expensas la liberación, para que yo deba indemnizarlo; de otro modo yo me haría rico a sus expensas, lo que no permite la equidad: *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari*.

SEGUNDA CONDICIÓN

437. Para que la caución tenga recurso contra el deudor principal, es necesario que el pago que se haga sea válido; porque si aquel que me debe un caballo de un modo indeterminado me ha dado caución, y que esta caución, en su día, me dé un caballo que resulte luego no ser de su pertenencia, la caución no tendrá recurso contra el deudor principal; por cuanto el pago que ha hecho no es válido, y, por consiguiente, no ha procurado al principal deudor su liberación.

438. Esta regla sufre excepción para el caso en que la caución perseguida por el acreedor pagara, por ignorar que el deudor principal había ya pagado; pues, aunque ese pago hecho por la caución, siendo el pago de una suma que había cesado de ser debida, no sea un pago válido, sin embargo, la caución no dejará de tener recurso, *actione mandati contraria*, contra el deudor principal, para ser reembolsado de la suma que él ha pagado, que grava solamente por la caución de subrogar el deudor principal en su acción de repetición contra el acreedor que pueda ser insolvente, para que el deudor principal se haga pagar como pueda. Esa es la decisión de la ley 29 (§ 2, L. *mand.*). El deudor principal está en mora por no haber advertido a la caución que había pagado.

Esta decisión no debe tener lugar cuando la caución ha garantido al deudor principal sin su consentimiento; pues, en ese caso, el deudor principal no incurre en falta por no haber advertido del pago al fiador de cuya fianza no tenía conocimiento.

TERCERA CONDICIÓN

439. Un tercer caso que se presenta es cuando la caución que ha pagado no tiene recurso alguno contra el deudor principal por la suma que ha pagado, y es cuando por su culpa, por no haber advertido al deudor principal, ese deudor ha pagado por segunda vez al acreedor; empero, puede por lo menos pedir que el deudor le ceda su acción para repetir contra el acreedor que ha recibido lo que ya no era debido. Esa es la decisión de la ley 29 (§ 3, D. *mand.*).

Según nuestros usos, esas cesiones se suplen, y se permitirá en ese caso a la caución repetir *recta via* del acreedor lo que hubiese recibido por segunda vez.

§ IV. Cuando la caución que ha pagado puede ejercer su recurso

440. Regularmente la caución que ha pagado puede ejercer acción en recurso contra el deudor principal tan pronto haya pagado por él; mas si hubiera pagado antes de que el término hubiera vencido, no podría presentar recurso contra él sino después de haber expirado el plazo; pues no debe por su hecho privarle del término que tiene derecho a disfrutar (L. 22, § 1; L. 51, D. *mand.*).

§ V. Cuándo hay varios deudores principales, ¿tiene la caución acción contra cada uno de ellos, y por cuánto?

441. Puede la caución, por la acción *contraria mandati* o por la acción *contraria negotiorum gestorum*, obrar contra cada uno

de los deudores principales que ha garantido, para la devolución del total de lo que ha pagado; pues cada uno de esos deudores principales siendo deudor del total de la deuda para con el acreedor, la caución, al darse como caución para cada uno de ellos, al pagar, ha liberado a cada uno por el total; y por consiguiente, tiene derecho a pedir solidariamente contra cada uno de ellos el reembolso del total de lo que ha pagado, y los intereses hasta el día de su demanda.

Si en lo que la caución ha pagado había intereses y atrasos, esos intereses y atrasos forman un capital para la caución que los ha pagado, frente del deudor para quien los ha pagado, y los intereses no son debidos a la caución más que a contar del día de su demanda.

Observad, empero, que por la suma que ha pagado por sus intereses y atrasos, la caución que se ha hecho subrogar en los derechos del acreedor, será colocada sobre los bienes del deudor contra quien ejerce su recurso, en el mismo rango en que sería colocado el acreedor, si no hubiese sido pagado; pero por lo que se refiere a los intereses de dicha cantidad, que nosotros decimos serle debidos desde el día de su demanda, como no es que de por sí que tiene derecho a pretenderla, no será colocada sino a contar del día en que pase el acta de indemnización delante del notario, si el deudor la ha pasado, y si no, del día de la condena que contra él obliga.

La caución que exige de uno de los deudores principales que ha garantido el total de la deuda que ha pagado, debe ceder a ese deudor no sólo las acciones que tenga de por sí contra los otros deudores, sino también las acciones del acreedor, en las cuales ha debido hacerse subrogar pagándole. Si la caución, al pagar al acreedor ha descuidado el requerir esta subrogación que ha puesto fuera de estado de poder procurar la subrogación a aquel de los deudores principales de quien exige el total de la deuda que ha pagado, ese deudor podrá, al ofrecer el reembolso por su parte, obtener, *per oppositam exceptionem cedendarum actionum*, el goce de la demanda de la caución por las partes de los otros deudores principales.

Eso tendría lugar si el deudor tuviera efectivamente interés en tener la subrogación de las acciones del acreedor; mas si no tuviera interés alguno en esta subrogación, si la subrogación en las acciones que la caución tiene de por sí le da la misma ventaja sobre los bienes de sus codeudores, que la subrogación en las acciones del acreedor, en ese caso no es admisible la demanda de que la caución no haya requerido al pagar, la subrogación por las acciones del acreedor, y si no pueda procurársela, y por consiguiente, no debe admitirse en la excepción *cedendarum actionum*.

Eso es lo que se comprenderá por el siguiente ejemplo. *Finge*: Varios deudores han tomado a préstamo solidariamente, una suma a un acreedor, bajo mi garantía; y me ha dado cada uno un compromiso de indemnidad ante notario, extendido en la misma fecha que la obligación que han contraído para con el acreedor. Yo he saldado esta deuda sin requerir la subrogación en las acciones del acreedor, y pido el reembolso por el total a uno de los deudores. Es evidente que no puede quejarse de que yo no pueda procurarle la subrogación en las acciones del acreedor; pues la acción que yo tengo contra los codeudores, y en la que estoy pronto a subrogarle, teniendo una hipoteca que resulta de la escritura de indemnidad de igual fecha que la hipoteca de las acciones del acreedor, la subrogación a esta acción que yo le ofrezco, le da la misma ventaja sobre los bienes de sus codeudores, que le habría otorgado la subrogación en los del acreedor, y por consiguiente, le reduce sin interés alguno, a que no pueda quejarse de que yo no se la haya podido dar.

Cuando la caución no se ha dado por garantía sino por uno de los deudores solidarios, y no por los otros, tiene, luego que ha pagado la deuda, sólo acción directa contra aquel a quien ha garantido; puede solamente, como ejerciendo los derechos y acciones de su deudor, ejercer aquellos que ese deudor, al saldar su deuda, habría podido ejercer contra ellos, y de la misma manera que los habría ejercido; para lo que, véase *supra* nº 281.

ARTÍCULO II

DE LOS CASOS EN QUE LA CAUCION TIENE ACCION CONTRA EL DEUDOR PRINCIPAL AUN ANTES DE HABER PAGADO

442. La ley 10 (*Cod. mand.*) no reconoce más que tres casos, según los cuales una caución puede, antes de haber saldado la deuda, obrar contra el deudor a quien ha garantido, para que le indemnice. *Si pro ea contra quam supplicas fidejussor, seu mandator intercessisti, et neque condemnatus es, neque bona sua eam dilapidare postea cœpisse comprobare possis, ut tibi justam metuendi causam præbeat; neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire, nulla ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgeri certum est (d. l. 10).*

El primer ejemplo citado en esta ley, es cuando la caución ha sido condenada a pagar, *si neque condemnatus es*.

Según nuestra práctica francesa, la caución no está obligada a esperar a que haya sido condenada. Tan pronto es demandada por el acreedor, puede emplazar al deudor principal como su fia-

dor, para que se le obligue a saldar la cuenta; y debe hacerlo, y si no lo hace, el deudor no está obligado a saldar de la caución los gastos hechos antes de que haya sido llamada en autos, sino solamente del acto de la demanda originaria, y de los gastos hechos después de haber sido entablado el pleito.

El deudor a quien la caución no ha llamado, puede aún algunas veces resistirse a saldar por lo principal, a cuyo pago ha sido condenada la caución, cuando le asistia medios de defensa contra la demanda del acreedor que insta, si hubiese sido citado, llamado en el pleito (*supra*, nº 433).

El segundo caso es cuando el deudor principal está en quiebra ese caso la caución, aunque no haya todavía pagado, puede hacer situación, *neque postea bona sua dilapidare comprobare possis*; en embargar parte de los bienes del deudor principal, a fin de que responda de la fianza que ha dado por él.

El tercer caso expresado por esta ley, es cuando el deudor se ha obligado a llevar a la caución la descarga de su caución dentro un determinado tiempo; en ese caso después del plazo expirado, la caución puede obrar contra el deudor principal, para que tenga esta descarga, o el dinero suficiente para pagar al acreedor.

La ley dice: *neque ab initis*, porque según los principios del Derecho romano, esta convención debía intervenir desde el tiempo del mandato; las convenciones que no intervienen sino después del contrato, no son más que simples pactos que, según las sutilezas del Derecho romano, no pueden producir acción alguna. (Véase *in Pand. Justin.*, tit. *de pactis*, nº 34.) No admitiéndose esas sutilezas en nuestro Derecho, no importa que la convención haya intervenido desde el tiempo del contrato o después.

La ley 38 (§ 2, *mand.*) cita un cuarto caso: *is diureus in solutione cessavit*. Según esta ley, aunque no hubiera cláusula alguna por la cual el deudor principal se hubiera obligado a hacer liberar la caución de su fianza dentro de un cierto tiempo; la caución, sin embargo, cuya obligación dura todavía después un tiempo considerable, puede emplazar al deudor principal para que le procure la descarga.

La ley, por este término *diu*, designa un plazo largo; pero sin determinarlo de una manera precisa. Bartolo lo calcula en dos o tres años; varios cuentan hasta diez años desde la época de la caución. Nada se puede decidir sobre este particular, eso debe depender de las circunstancias, y dejarse al arbitrio del juez (*gl. ad. d. l. 38*).

443. Cuando la obligación a la cual una caución ha accedido, debe durar por su naturaleza un cierto tiempo, por largo que sea, y la caución no puede pedir, durante todo eso tiempo, que el deu-

dor principal le haga descargar; pues habiendo conocido o debido conocer la naturaleza de la obligación a la cual ha accedido, ha debido contar que permanecería obligada durante todo ese tiempo; es por esto que aquel que se ha dado en caución por un tutor por la gestión de su tutela, no puede pedir al tutor, en tanto que dure su tutela, que le libere de su caución, por cuanto la obligación que resulta de la administración de su tutela, no puede terminar antes del fin de la tutela.

Por la misma razón, aquel que se ha dado por caución respecto a un marido para la devolución de la dote de su mujer, no puede pedir a ese marido, en tanto que dure el matrimonio, le libre de su fianza, por cuanto la obligación de la restitución de la dote es de naturaleza de las que no pueden saldarse sino después de la disolución del matrimonio.

ARTÍCULO III

SI LA CAUCION DE UNA RENTA PUEDE OBLIGAR AL DEUDOR AL RESCATE

444. O bien ha habido un contrato entre la caución y el deudor principal por el que se obligue al deudor de liberar de su caución al cabo de un determinado tiempo convenido entre las partes, o bien no ha habido sobre este particular contrato alguno. El primer caso ofrece menos dificultades; aunque no deje de ofrecer alguna dificultad aparente. Se puede decir que una tal convención no es válida, como siendo contraria a la naturaleza de las rentas constituídas, por cuanto es de su esencia que el deudor no pueda jamás ser obligado a rescatarlas; se añade que tales contratos, si fueran permitidos, abrirían la vía a los fraudes de los acreedores, quienes, para tener facultad para obligar al rescate a los deudores de rentas que se constituyeran en favor suyo, no adquiriría la renta que bajo la condición secreta de que se hiciera intervenir una caución adherida a las mismas, con quien el deudor tuviera formado un contrato para rescatar la deuda al cabo de un cierto tiempo; y, por ese medio, sus acreedores se harían indistintamente con rentas usurarias sin vender sus fondos y su principal. A pesar de estas razones, Dumoulin (*Tract. de usur.*, 30) decide que esta convención es válida, que la caución puede, al cabo de un tiempo convenido, exigir del deudor principal que le haga liberar de su caución, y que para este efecto sea obligado a reembolsar la renta. Si se opone contra esta convención, que es de la esencia de las rentas constituídas, el que el deudor no pueda ser forzado a rescatarlas, la respuesta es que, a la verdad, es de la ciencia de esas rentas el que el deudor no pueda ser obligado por el acreedor a reembol-

sarlas; pero nada impide el que no pueda ser obligado a ello por un tercero. Es la perfecta venta de la cantidad principal que ha pagado para la adquisición de la renta, lo que marca la esencia de la renta constituida; empero, basta por esta venta, que el acreedor de la renta no se haya retenido el derecho de poder exigirla; y que no pueda jamás obligar al deudor; pues es indiferente que el deudor pueda verse obligado a ello por un tercero. En cuanto a la segunda objeción respecto del fraude, la respuesta es que no se presume. Es verdad que el permiso para esta convención puede dar alguna vez ocasión a la clase de fraudes antes mencionada, lo que es un inconveniente: mas si bajo el pretexto de este inconveniente, ese contrato, que en sí mismo nada tiene que no sea muy lícito, fuera prohibido, resultaría un mayor daño, como es el que a menudo habría personas que se encontraría sin el dinero de que tienen necesidad para sus negocios, por no encontrar fiadores que quisieran contratar una obligación cuya duración no tendría límites.

El segundo caso, que es aquel en el que no ha habido convención alguna entre el deudor principal y la caución, existen mayores dificultades. Dumoulin (*ibid.*) decide que en ese caso la caución no puede, al cabo de un tiempo largo, sea el que sea, obligar al deudor principal a reembolsarle la renta, para descargarle de su fianza; por cuanto la naturaleza de la renta siendo la de durar perpetuamente, hasta que plazca al deudor rescatarla, la caución de tal naturaleza y que ha querido garantizarla, se ha sometido a contratar una obligación perpetua, como lo es la renta: *Non obstat —dice— quod diu vel perpetuo remanebit in obligatione, quia hoc est de natura obligationis, et sic prævisum fuit, et tamen fidejussit; et se perpetuo obligavit, simplex autem promissio indemnitas intelligitur secundum naturam obligationis principalis.* Así —añade— aquel que ha garantizado al que ha tomado en arriendo una heredad por el término de ochenta años, contrata una fianza de esta duración; de igual suerte las cauciones de una tutela, que las cauciones de un marido para la restitución de la dote, contratan fianzas que deben durar tanto como la tutela o el matrimonio, y de las que no pueden descargarse antes: esta es la jurisprudencia del Parlamento de Tolosa, confirmada por Catelan (tomo II, libro V, cap. XXI). No obstante esas razones, en el tribunal se cree, que aun en el caso en que no ha habido convención entre el principal deudor y la caución, cuando la caución se ha obligado a ruegos del deudor y que su caución dure desde un tiempo muy considerable, desde diez años por lo menos, la caución está bien fundada al pedir al deudor principal que le libere de ella, reembolsándole la renta dentro un cierto tiempo que fijará el juez. La razón está en que si una renta es de naturaleza de durar hasta que sea reembolsada, es también de naturaleza de poder ser siempre reembolsada. Si la caución por un

tomador por arriendo a largos años, por un tutor, o un marido, para la restitución de la dote, no puede ser descargada después de haber expirado el arriendo, o después de la expiración del tiempo de la tutela o del matrimonio, es que es de la naturaleza de esas obligaciones el no poder acabar más pronto. Es por esto que, aquel que se ha dado por caución por esas clases de obligaciones, ha debido contar que la obligación de su fianza no acabaría más pronto; pero las rentas constituídas pudiendo ser reembolsables, y reembolsándose con gran frecuencia, aquel que se ha dado en caución por el deudor, ha contado que el deudor reembolsaría la renta, y que su caución no sería eterna: es por esto que, cuando dura demasiado tiempo, debe ser recibido a pedir que el deudor le descargue reembolsando la renta; esa es la opinión de Besnage (p. 2, cap. v). Lacombe cita una sentencia dada por él.

El derecho que resulta del convenio por el que el deudor se declara responsable del pago de la renta, dentro de un cierto tiempo convenido, para descargar la caución, en rigor no se ejerce. Es por esto que, si la caución, después de la expiración del tiempo convenido, persigue al deudor para lograr su reembolso, el juez debe ser fácil en conceder al deudor una prórroga de tiempo para satisfacer a esta obligación cuando el deudor no tiene la comodidad de hacerlo *incontinenti* (Dumoulin, *ibid.*).

445. Cuando el fiador que se ha convenido con el deudor principal en que reembolsaría la renta dentro de un cierto tiempo ha sustituido al único heredero del acreedor de la renta; o cuando habiendo devenido heredero por parte, la renta ha caído por la división en su lote; es evidente que no puede exigir del deudor principal el reembolso de la renta; pues su caución se encuentra en ese caso extinguida, no pudiendo ser caución para consigo mismo. No puede, pues, ser recibida al pedir que el deudor le exima de una fianza que ya no subsiste, y de la que él se encuentra libre.

¿*Quid*, si la renta por la cual se ha dado en caución para con el difunto ha caído en el lote de su coheredero, o que la división no se haya hecho todavía? Dumoulin (*ibid.*) decide que si la caución no ha devenido heredera del acreedor que por una pequeña parte, puede, en uno y otro caso, ejercer el derecho que tiene de por sí de obligar al deudor a procurarle la liberación de su fianza, reembolsándole la renta; mas si ha devenido heredero del acreedor por una parte considerable, como por una mitad o tercio, no puede, ni en uno ni en otro caso, exigir del deudor esta descarga. La razón que da para ello es que la caución, al ser heredera por una porción considerable de la renta, ha pasado a ser acreedora de esta renta por una porción considerable; y que esta cualidad de acreedor por una parte considerable de la renta, que ella tiene, o que

ha tenido antes de la división, resiste al derecho de exigir del deudor el reembolso, para procurarse la descarga de su caución; tanto más cuanto que le es o que le ha sido fácil procurarse de otra manera esta descarga, haciendo caer por la división esta renta en su lote.

Difícilmente podríamos consentir esta decisión de Dumoulin; sobre todo en el caso en que la renta cayera por entero por la división al coheredero de la caución; pues, según los principios de nuestra jurisprudencia sobre el efecto declarativo y retroactivo de las divisiones, que no estaban tan bien establecidos en tiempo de Dumoulin como lo están hoy día, un heredero no se reputa haber sucedido al difunto más que por los efectos que le han correspondido cuando la división, esto es, por su lote.

La caución, pues, se reputa como no habiendo jamás accedido a la renta por la cual se dió en caución para el difunto, habiendo recaído esta renta por entero en el lote de su coheredero. No tiene, pues, y se reputa como no habiéndola tenido jamás por parte alguna, la cualidad de acreedor de esta renta. Nada puede, por lo tanto, impedirle el ejercer el derecho que ha tenido de por sí, de exigir del deudor que le reembolse para procurarle la liberación de su caución. En cuanto a lo que añade Dumoulin, que ha sido fácil a la caución el procurarse de otra manera la descarga de su caución, haciendo caer la renta en su lote, respondo: 1º Que eso no dependía enteramente de la caución; su coheredero, a quien esta renta podía convenir más que el resto de la herencia, había podido exigir que la suerte decidiera sobre la misma. 2º Aun cuando eso hubiese dependido de la caución, yo no veo que estuviese obligada, para dar gusto al deudor, a tomar esta renta mejor que otros efectos de la sucesión que podían convenirle más, o serle más ventajosos.

El caso de no haberse hecho la partición ofrece mayor dificultad; para ese caso me inclino a creer que sobre la demanda que presentara la caución para el reembolso de la renta, debería sobreseerse hasta que estuviera hecha la división; pues no es equitativo que la caución persiga al deudor por el reembolso, cuando tiene esperanza de adquirir la descarga de su caución por la división, que puede hacer caer en su lote dicha renta.

¿*Quid*, si la división una vez hecha resultara que la renta quedara en común entre la caución y su coheredero? Convengo que en ese caso la cualidad que tiene la caución de acreedor por una parte de esta renta, le impide el poder exigir del deudor que haga el reembolso total de la renta; más ¿por qué no podría, a la vez que declarando que consiente en que se le continúe por la parte que le ha caído en la división, exigir el que se le reembolse por la parte que pertenece a su coheredero, a fin de

eximirse para con él de dicha caución? Yo no veo la razón que pueda impedirlo.

La caución cesa de tener derecho para exigir que el deudor principal haga el rescate de la renta, no sólo cuando es a título como propietario y acreedor de la renta, sino también cuando lo es por cualquier título que sea, ya sea universal, ya particular; *puta*, como si pasara a donatario o legatario particular de la renta; pues no tiene derecho a pedir el rescate como no sea para descargarse de su caución, y no tiene necesidad de ser liberado de ella cuando se ha convertido en propietario de dicha renta sea por el concepto que fuera, puesto que desde ese momento su caución termina, por cuanto nadie puede ser caución de sí mismo.

Si el derecho de propiedad de la renta que la caución ha adquirido no fuera más que un derecho resoluble; *puta*, si fuera donatario o legatario de esta renta, a cargo de sustitución; la obligación de su caución estaría en ese caso más bien suspendida que extinguida; pues reviviría cuando su derecho de propiedad viniera a resolverse, *puta*, por la apertura de la sustitución. Es por esto porque la caución no podría, en verdad, exigir el rescate de la renta durante el tiempo que de ella sería propietario, mas si su derecho de propiedad viniera a resolverse, y en consecuencia la obligación de su caución viniera a revivir, para con aquel a quien ha pasado la propiedad de la renta, el derecho a pedir el principal deudor que rescate la renta, para que se le libre de su fianza, debe igualmente revivir; y el tiempo dentro del que está obligado a hacer el rescate, que había cesado de tener mientras que la caución era la propietaria de la renta, principiaría a correr de nuevo.

Mas si la caución que ha pasado a ser propietaria de la renta cesa de ser propietaria de ella por una venta voluntaria que de la misma ha hecho, y no por la resolución de su derecho, la obligación de su caución no revive, ni por consiguiente el derecho de exigir del deudor el rescate de la renta (Dumoulin, *ibid.*, *quest.* 26, nº 249).

Si la caución hubiese hecho ella misma el rescate de la renta aunque se hubiese hecho subrogar en el derecho del acreedor, y que por medio de esta subrogación hubiese podido hacerla subsistir contra el deudor, podría, sin embargo, no haciendo uso de dicha subrogación, repetir del deudor la suma principal que ha pagado por dicho rescate. La razón está, en que su mandatario puede repetir *actione mandati contraria*, todo lo que el negocio de que él se ha encargado le ha obligado a desembolsar, *quidquid ex causa mandati ipsi inculpabiliter abest* (v. *Pand. Justin., tit. mand., nº 53* y siguientes). Ahora bien, es la fianza que el garante ha dado a ruegos del deudor, lo que le ha obligado a hacer un rescate, para poner fin a su obligación: pues por esta suma *ipsi abest ex causa*

mandati, et quidem inculpabiliter; el deudor principal no puede desaprobado este gasto, puesto que él se había obligado a hacer él mismo el rescate, para poner fin su mandatario a la obligación de la caución, si la caución no la hubiese hecho por sí misma; pues ese deudor principal no puede negarse a la repetición de esta suma (Dumoulin, *ibid.*, *quæst.* 30).

Sea que la caución haya dado dinero por el rescate de la renta, sea que, de consentimiento del acreedor, le haya dado alguna cosa equivalente a la suma con que podía rescatarse, tiene la repetición de esta suma contra el acreedor principal; pues en uno y otro caso *ipsi ex causa mandati abest*.

Observad que si la caución hubiese hecho el rescate de la renta antes de la expiración del tiempo según el cual el deudor se había obligado al rescate, no podría tener lugar la repetición sino al expirar dicho tiempo; y aun después de ese tiempo esta repetición no debe ejercerse con rigor, y cuando se pida, el juez ha de ser fácil en conceder un plazo al deudor para hacerse con dinero.

Hemos dicho que la caución que ha rescatado la renta, no podía tener la repetición del dinero del rescate contra el deudor principal a quien ha garantido, más que en cuanto no cesara la subrogación que se le ha concedido para hacer revivir la renta; esto, ¿por qué? Pues porque lo contrario parecerá que la caución teniendo dos cualidades, *duarum personarum vices sustinens*, podría ejercer a la vez los derechos diferentes que resultan de esas dos cualidades, a saber, el de exigir la continuación de la renta, como subrogado en los derechos del acreedor, y el que tiene de por sí, de exigir que el deudor principal rescate la renta. Parece que lo puede tanto más, cuanto que el deudor principal por ello no sufre perjuicio alguno; puesto que si la caución no hubiese hecho el rescate, la caución podría exigir de él, que él la hiciera; y no obstante esta demanda de la caución, no por esto dejaría de ser responsable del pago de los atrasos al acreedor hasta tanto que lo hubiese hecho; ahora bien, a él le es indiferente pagarlos a la caución subrogada en los derechos del acreedor o al acreedor. No obstante estas razones, Dumoulin (*quæst.* 29) decide que la caución que quiera usar del derecho de subrogación y hacerse servir la renta, no puede ya desde aquel momento usar del derecho que tenía de exigir el rescate, por cuanto son dos derechos absolutamente incompatibles. El acreedor de una renta constituida, o aquel que quiera ejercer los derechos de ella, está por esta cualidad obligado de procurar al deudor el libre goce del capital principal de la renta por todo el tiempo que le plazca al deudor, lo que es contradictorio con el derecho de exigir el capital principal.

Dumoulin (*quæst.* 30, n^o 247) lleva ese temperamento a su decisión; que si la caución, en la ignorancia de derecho en que es-

taba, por lo que no sabía que podía acumular el derecho de hacer servir en provecho suyo la renta, y el de exigir su rescate, hubiese recibido un año o dos de los atrasos, no dejaría por esto de poder ser recibida a exigir el rescate, ofreciendo renunciar a la subrogación en los derechos del acreedor, y de imputar en consecuencia sobre el capital principal, los atrasos recibidos.

ARTÍCULO IV

DE LAS ACCIONES DE LA CAUCION CONTRA SUS COFIADORES

446. Una caución puede ejercer contra sus cofiadores las acciones del acreedor, cuando ha tenido la precaución de hacerse subrogar; mas según las leyes romanas, no tiene de por sí acción alguna contra ellos, aun en el caso en que hubiera pagado la deuda: esta es la decisión de la ley 39 (D. de *fid.*; l. 2, *Cod. dicto titulo*).

Los jurisconsultos romanos se han fundado en el principio siguiente: cuando varias personas prestan garantía de un deudor, no contratan entre sí obligación ninguna: cada una de ellas no tiene otra intención que la de obligar al deudor principal; cada una de ellas no se propone hacer más que el negocio del deudor principal, y no el de sus cofiadores: *Solius rei principalis negotium gerit; non alter alterius negotium gerit*.

Ese principio es verdad y aun se puede decir evidente, mas la consecuencia que los jurisconsultos romanos han sacado del mismo, de que un fiador jamás pueda, sin subrogación de acciones, tener acción alguna de recurso contra sus cofiadores, aun cuando haya pagado la deuda entera, de la que eran todos responsables, es una consecuencia demasiado dura, y que no hemos admitido en nuestra jurisprudencia. Por lo contrario, nuestros jurisconsultos franceses han pensado que la caución que ha pagado toda la deuda, puede, sin subrogación de acciones, repetir una parte de cada uno de sus cofiadores. Esta era la opinión de D'Argente, sobre el artículo 213 de la antigua costumbre de Bretaña, y de ella se ha hecho una disposición en la época de su reforma (art. 194).

Esta acción no nace de la fianza que el fiador ha dado con sus cofiadores, puesto que para dicha fianza no han contratado obligación alguna entre ellos, según el principio arriba establecido, no nace, pues, más que del pago que el fiador ha hecho de toda la deuda, y de la equidad, que no permite que sus cofiadores, que eran responsables de la deuda como él, se aprovechen a sus expensas del gasto que él ha hecho. Esta acción no es la verdadera acción *negotiorum gestorum*; ese fiador que ha pagado la deuda entera, habiendo pagado la que efectivamente debía, ha saldado su propia

obligación, *proprium negotium gessit, magis quam cofidejussorum*; mas esta acción es una acción *utilis negotiorum gestorum, quæ non subtili juris ratione, sed ex sola utilitatis et æquitatis ratione proficiscitur*; por cuanto, aunque ese fiador, *ipsus inspecto proposito*, al pagar la deuda entera, hiciera más bien su propio negocio que el de sus cofiadores, empero, *effectu inspecto*, habiendo, en cuanto al efecto, girado el negocio de sus cofiadores, al mismo tiempo que hacia el suyo, habiéndoles, por el pago que él ha hecho, liberado de una deuda que les era común con él, la equidad exigía que llevasen su parte de ese pago, del que se han aprovechado tanto como él.

Hay algunos autores que han ido mucho más lejos, y que han sostenido que en el caso de insolvencia del deudor principal, un fiador tenía acción de por sí, contra sus cofiadores, no sólo después de haber pagado al acreedor, para repetir de ellos las partes que habrían tenido que abonar al acreedor; sino que aun antes de haber pagado, cada uno de los fiadores tenía acción contra los cofiadores para que contribuyeran con él al pago de la suma que juntos debían al acreedor. Han llegado hasta decir, que en el caso de insolvencia de un deudor de renta constituida, un fiador que se encontraba desde hacia mucho tiempo como responsable de esta renta, tenía acción contra sus cofiadores, para que fueran obligados a contribuir con él al pago de esta renta. Véase Besnage (*Tra-tado de las hipotecas*, p. 2, cap. VI) que cita algunas sentencias del Parlamento de Normandía que ha dictado en este sentido; y Brodeau sobre Lonet (letra F, cap. 27) que también cita una sentencia del Parlamento de París. Mas a mí se me figura que sus autores han ido demasiado lejos. Concedo que cuando uno de los fiadores es perseguido por el acreedor, ese fiador ejerza su acción contra sus cofiadores, para hacerles suministrar a cada uno parte de la suma pedida, cuyo pago haría que cesasen las diligencias; o en su defecto, serían responsables, cada uno por su parte de los gastos hechos después que las diligencias les han sido denunciadas. Esta acción nace de las gestiones hechas contra ese fiador, y de la equidad, que no permite que entre varios que igualmente se han comprometido a ser responsables de una deuda, uno sufra más perjuicio que el otro. Esta razón de equidad es la que hace admitir un fiador conminado para el pago a pedir al acreedor que divida su acción y sus actuaciones entre todos los fiadores, lo que le debe igualmente hacer admitir el que pida a sus cofiadores que contribuyan, cada uno por su parte, al pago de la deuda, y falto de ello, al pago de los gastos hechos después que las diligencias les han sido denunciadas. Debe ser admitido a presentar esta demanda, aun cuando haya renunciado al beneficio de división, o que haya sido excluido del mismo por la propia naturaleza de la deuda

garantida; por cuanto esta renuncia y esta exclusión no tienen lugar más que en favor del acreedor.

Mientras el fiador no es perseguido para que pague, no tiene acción alguna contra sus cofiadores para obligarles a contribuir con él al pago de la deuda; pues los fiadores, según el principio establecido anteriormente, no habiendo entendido contratar entre ellos obligación alguna, aquella de donde nace la acción que uno de ellos tiene contra sus cofiadores cuando es perseguido, no está fundada más que en una razón de equidad, que nace de las diligencias mismas que se dirigen contra él; de donde se sigue que no puede tener ninguna cuando es demandado. Con mayor razón el fiador de una renta no puede, en caso de insolvencia del deudor principal, tener acción contra sus cofiadores, para obligarles a contribuir con él al rescate de la renta; ¿pues de qué obligación podría nacer esta acción? Cuando el fiador la ha rescatado, no puede pedir otra cosa a sus cofiadores, que la continuación de la renta cada uno por su parte; pues la acción que tiene contra ellos no pudiendo nacer de la regla de equidad, que no permite que sus cofiadores no retiren del rescate otro provecho que la extinción de la presentación de una renta, no pueden ser responsables de otra cosa más que de continuar, cada uno por su parte, una renta igual a aquella de la que el rescate les ha emancipado para con el acreedor.

Una caución que ha pagado una deuda exigible o ha rescatado una renta, tiene acción contra las otras cauciones principales, y en caso de insolvencia de algunos de entre ellos, contra los certificadores de esta caución insolvente, que bajo este punto de vista la representen; mas no tiene acción alguna contra sus propios certificadores que se la han certificado; pues el certificador es el fiador de la caución frente de sus propios certificadores, ocupa el lugar de un deudor principal, *est instar rei principalis*.

Por la misma razón, cuando el certificador ha pagado, tiene recurso por el total contra la caución que ha certificado.

SECCIÓN VIII

DE VARIAS OTRAS ESPECIES DE OBLIGACIONES ACCESORIAS

ARTÍCULO PRIMERO

DE LA OBLIGACION DE AQUELLOS QUE SE LLAMAN MANDATARIOS

447. Aquel por orden de quien yo he prestado dinero a alguien, se le llama en Derecho *mandator pecuniæ credendæ* (*toto tit., D. de fidej. et mand.*).

Cuando vos me dais la orden de prestar una cierta cantidad