

Notas para un estudio histórico-crítico de la fianza

MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ

GABRIEL BUIGUES OLIVER

Profesores Titulares de Derecho Civil y Derecho Romano
Universitat de València

SUMARIO: 1.— Antecedentes remotos de la fianza. 2.— Origen de las garantías. 3.— Formas primitivas. 3.1.— El *praes*. 3.2.— El *vades*. 3.3.— El *nexum*. 4.— La *sponsio*. 5.— La *fidepromissio*. 6.— La *fideiussio*. 6.1.— Características de la fianza. 6.2.— Régimen de responsabilidad del garante. 6.3.— Acciones de los garantes. 6.4.— Extensión de las excepciones del deudor al garante. 6.5.— Forma. 6.6.— Relaciones entre deudor-garante: El *beneficium excussionis*. 7.— El *beneficium cedendarum actionum*. 7.1.— Cesión de las acciones al garante contra el deudor. 7.2.— Cesión de acciones al garante contra el resto de cogarantes. 7.3.— Relación del *beneficium cedendarum* con el *beneficium divisionis*. 8.— Pluralidad de fiadores. 9.— Regreso del garante. 9.1.— Orígenes. 9.2.— Fundamento. 9.3.— Ejercicio de la acción. 9.4.— *Actio mandati contraria*. 9.5.— Diferencia entre la *actio mandati* y la *actio negotiorum gestorum*. 9.6.— Relación entre el *beneficium cedendarum actionum* y la acción de regreso. 10.— Extinción de la obligación de garantía. 10.1.— *Litis contestatio*. 10.2.— Novación. 10.3.— Confusión. 10.4.— Compen-sación. 11.— Instituciones afines.

1.— ANTECEDENTES REMOTOS DE LA FIANZA

El concepto de garantía en el Derecho Romano no se corresponde con su significación técnico-jurídica actual. En las fuentes romanas no

se encuentra una elaboración dogmática del concepto, ni tampoco de su estructura y función (1).

Las discusiones contemporáneas sobre el concepto de garantía resultaban ajenas —al menos en la época clásica— a la Jurisprudencia romana, a quien competía la función de ir configurando los principios jurídicos para dar respuesta a las necesidades del momento (2).

Como señala Biondi (3), los tratados y monografías de Derecho Romano otorgan la calificación de garantía a las más variadas instituciones, siempre que asegurasen el cumplimiento de una obligación contraída por otro. Su definición y conceptualización quedó al arbitrio de los juristas, que elaboraron un sistema cuya idea común incidió en la constitución de un medio cuya finalidad fuera asegurar al acreedor el cumplimiento de la obligación

D. 44,7,1,8. (Gai. 2 *aureorum <res cott>*): «*Sed aut proprio nomine quisque obligatur aut alieno: qui autem alieno nomine obligatur, fideiussor vocatur. Et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeat*». (Trad. Puede uno obligarse en nombre propio o ajeno; el que se obliga en nombre ajeno se llama fiador. Generalmente, exigimos del que se obliga en nombre propio otros que se obliguen por la misma obligación, pues procuramos que el objeto de la obligación nos quede mejor asegurado) (4).

(1) DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», V. I. Roma, 1940, p. 1. Ni en Cicerón se encuentra referencia de los garantes de Derecho privado, sobre todo si las garantías se encontraban vinculadas a relaciones de carácter jurídico-público. «Es handelt sich doch hier um öffentlich-rechtliche Verhältnisse, bei denen von einer zivilen Bürgschaft gar nicht die Rede sein kann». ERNEST LEVY, «Sponsio, fidepromissio, fideiussio», Berlín, 1907, p. 14. Incluso la concepción dada por FESTO, (De *verborum significatione*, Hildesheim-New York 1975) de la *adpromissio* queda desvirtuada considerándola actualmente inaceptable porque la *sponsio*-garantía quedaba extinguida si se cumplía la obligación principal. «*Adpromissor est, qui, quod uno nomine promissit, idem pro altero quoque promittit*». GLÜCK, «Commentario alle Pandette». Trad. G. de Marinis. Libro II, Milán pp. 321 y ss. Para más datos acerca de las referencias en Cicerón a la garantía de las obligaciones, ver COSTA, *Cicerone Giureconsulto*, Roma 1964 (ristampa anastática de la edición de Bolonia 1927), pp. 145 y ss., especialmente 207 y ss.

(2) Cfr. KUNKEL «Historia del Derecho Romano», trad. de la 4.^a ed. alemana por Juan Miquel. Barcelona, 1982, pp. 35 y ss.

(3) BIONDI, *Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obbligatio, delle garanzie personali*, en B.I.D.R., 65 (1962), pp. 105 y ss.

(4) Seguimos, como regla general, la traducción de D'ORS Y OTROS, *El Digesto de Justiniano*, Pamplona 1975.

Originariamente se prefirió entre las dos formas de garantía, la personal y la real, la primera, puesto que a diferencia de esta última, presentaba la ventaja de respaldar con todo el patrimonio garante la obligación del acreedor, por contra de lo que sucedía con la aceptación de una garantía real, cuya aquiescencia implicaba la afección de uno o varios bienes previamente determinados con carácter exclusivo al patrimonio del acreedor.

Esta tendencia —recogida en la doctrina actual— supuso entender la garantía como refuerzo a la posición del acreedor, respaldando el crédito primitivo mediante la adición de un nuevo patrimonio, intentando de esta manera aminorar el riesgo de insolvencia del deudor obligado (5).

El concepto de garantía se fue elaborando conjuntamente al de débito y responsabilidad.

Las instituciones de garantía más primitivas presuponían la asunción de responsabilidad en el cumplimiento de una obligación ajena, pero con la peculiaridad de que las mismas no se veían salvaguardadas con los correspondientes medios coercitivos para reclamar su exigibilidad.

La elaboración del concepto de *obligatio*, que caminó paralelamente al desarrollo de la distinción y posterior unificación entre *Schuld* y *Haftung*, permitió destacar que la garantía no constituía una obligación porque carecía de un *oportere* jurídicamente exigible. Esta circunstancia indujo a la conclusión de que no existía obligación del garante. A éste únicamente se le investía de responsabilidad, haciéndose efectiva desde el momento en que el deudor incumplía su deber de prestación (6).

Semejantes inconvenientes también se vieron reproducidos en el ámbito del Derecho Público. Sin embargo, y característico de ambos, es la idea de que el nacimiento de la *obligatio* perfila la garantía como un negocio o elemento jurídico de carácter accesorio de la obligación principal, puesto que para que tenga eficacia requiere el incumplimiento previo de la obligación principal (7).

(5) En este sentido AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial y sus formas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo 1972, pp. 10 y 11.

(6) FRAGALI, «Voz Garanzia», en *Enciclopedia del Diritto*, p. 446.

(7) De estos dos conceptos: Débito y responsabilidad (*Schuld* und *Haftung*) se admitía originariamente su eficacia con carácter individualizado. Pasaron diversas etapas hasta que la doctrina coincidió en atribuirles un carácter unitario, a partir del cual distinguir los casos específicos. Cfr. al respecto: ALBERTARIO, «Obbligazioni», T. I. Milán, 1936, pp. 66 y ss.; SOLAZZI, «L'estinzione delle obbligazioni», NAPOLI, 1935, pp. 13 y ss.; PACCHIONI, «Delle obbligazioni in generale». Padova, 1935, pp. 59 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, «Derecho de las obligaciones», Madrid, 1976, 2.ª reimp., pp. 67 a 88.

La garantía también estaba afecta a distinta calificación en atención a los medios o formalidades de que se valiera para ejecutar la obligación de un tercero o la satisfacción de un derecho. Según los medios coactivos previstos por el ordenamiento para proteger el derecho del acreedor podían distinguirse garantías genéricas o primarias de aquellas que procuraban una mayor seguridad y que constituían garantías específicas. Estos medios eran normalmente de carácter coactivo puesto que implicaban la ejecución de los bienes afectos del patrimonio del obligado o consistían en una sanción sobre la que recaía una condena de carácter pecuniario a fin de resarcir el daño (8).

También en toda época, la garantía cumplió una función económico-social contribuyendo a poner de relieve las consecuencias de su asunción, dependiente en la mayoría de ocasiones, de la autonomía de la voluntad de las partes.

El desarrollo de esta función justificó el cambio de las garantías de marcado carácter personalista, que las circunstancias históricas y consecuentemente sociales contribuyeron a desprestigiar paulatinamente, por las de carácter real, con las que los acreedores encontraron el mejor modo de proteger sus derechos.

Análoga evolución presentó la génesis de la *obligatio* entre los antiguos derechos germanos. Contrariamente al Derecho Romano, la doctrina germánica puso especial interés en distinguir los conceptos de deuda y responsabilidad, como una característica de la relación obligatoria. Así, individualizaba los dos elementos fundamentales que constituían el deber de cumplir la prestación debida de la responsabilidad y garantía que vinculaba una persona a una cosa.

La semejanza llegó hasta el extremo de permitir encontrar instituciones que cumplían la misma finalidad, de similar estructura. Así la *wadiatio longobarda*, que requería de formas negociales solemnes, cumplía la misma función que la *stipulatio* (9), figura que posteriormente estudiaremos.

(8) BO, «Voz Garanzia», en *Nuevo Digesto Italiano, cit.*, p. 193, pone de manifiesto la disparidad de la doctrina sobre la materia, destacando la opinión de los autores que consideran la garantía parte integrante de la obligación, o mejor un «quid» que surge en el proceso teniendo eficacia ejecutiva en el procedimiento de ejecución. AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial y sus formas», *cit.*, pp. 12 y ss., diferencia la responsabilidad del deudor de la función de garantía que cumple cualquier obligado subsidiario, poniendo de relieve que la garantía servirá para intensificar la responsabilidad del obligado principal.

(9) En la *wadatio lombarda* la relación entre acreedor y deudor se integra con la presencia de un tercero, que cumple la función de ejecutor extrajudicial o de garantía. A este último sólo se le permitía comparecer en la segunda fase, admitiendo que el deudor pudiera obligarse directamente mediante el *wadium* y que asumiera la obligación de constituirse en garante propio (*fideiussorem posui me ipsum*) además de conferir al acreedor la licencia *pignerandi*, directamente. FRAGALI, *Enciclopedia del Diritto, cit.*, p. 447.

2.— ORIGEN DE LAS GARANTÍAS

Como ya se ha dicho en páginas anteriores, aunque no faltaron autores que presentaron las garantías de la obligación como una categoría general con idéntica finalidad todas ellas, en Derecho Romano se ha constatado que los juristas clásicos compaginaban la existencia y el empleo simultáneo de varias instituciones, constituyéndose la mayoría por el libre arbitrio de las partes, aunque también en casos limitados se permitía su constitución por imperativo legal. Desde la época más primitiva del Derecho Romano coexistieron diversos términos (10): *Cavere* se utilizó en el sentido de prometer (11) o proporcionar, aunque el término en sí mismo no implicaba compromiso de garantía. Indistintamente también se hablaba de *cautio cum satisdatione* o *idonea*. Solamente en la época moderna, *cautio* se empezó a denominar caución o fianza (12).

Tampoco *satisdatio* fue un término antiguo. El sustantivo por sí mismo no se vincula a ninguna figura jurídica. Servía únicamente para destacar que la garantía se constituía interviniendo varias personas (13).

A los términos *fideiussio* y *pignus* tampoco se les puede atribuir el carácter de primitivos. Similar cuestión planteaba la *intercessio* cuyo origen se vincula al senadoconsulto Veleyano del año 46 d.C., ya que se refiere tanto a *las fideiussiones* como a *las mutui dationes* (14).

D. 16,1,2,1. (Paul. 30 ed.): «*Postea factum est senatus consultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cuius senatus consulti verba haec sunt: 'Quod Marcus Silanus et Velleus Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri*

(10) BIONDI, «Sponsio e Stipulatio», en *B.I.D.R.*, 65 (1962), p. 106.

(11) Comprende tanto la promesa del deudor como la del garante. *Cfr.* *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*. T. 1, 641. Sobre las distintas significaciones del término *Cavere*, ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958.

(12) Según algunos autores, *cautio* se empleaba para designar una *satisdatio*. Fundamentando sus tesis en D. 35, 3, 3, 1 (Ulp. 79 ed.), dan a estos textos una interpretación distinta. DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», vol. I, Roma, 1940, p. 2; GLÜCK, «Commentario alle ...», *cit.* p. 323.

(13) Para el término «*satisdatio*» ver D. 2, 9, 1 (Gai., 5 ed. prov.); D. 46, 5, 7 (Ulp. 77 ed.). En relación con la *fideiussio*, C. 6,38,3. (a.531). En general, ver voz *satisdare* en HEUMANN-SECKEL, *cit.*

(14) El propio texto legislativo se manifiesta en el sentido aludido, aunque de manera expresa sólo se puede deducir que los romanos veían en el garante una persona que intervenía en lugar de otro. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, m, 835; DE MARTINO, «L'origine delle...», *cit.*, p. 2.

oportet de ea re ita censuere: quod ad fideiussiones (15) et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur ...» (Trad. Más tarde se hizo un senadoconsulto con el que se protegió ampliamente a todas las mujeres. Los términos del senadoconsulto son los siguientes: «Por cuanto los cónsules Marco Silano y Veleo Tutor manifestaron en su discurso sobre las obligaciones de las mujeres que se hacen deudoras en favor de otros y lo que se debe hacer en este asunto, “los senadores” decidieron de este modo: en lo referente a las fianzas y daciones en mutuo en favor de otros, por los que hubiesen salido garantes las mujeres, aunque parece que ya antes se había declarado como derecho que no se las pueda demandar por ello ni dar acción contra ellas...»).

Por último, la referencia al término *praestare* no suponía distinción entre obligación principal y garantía. Esta fue precisamente una de las razones que indujo a pensar que la responsabilidad constituía un elemento genérico en todas las obligaciones (16).

3.— FORMAS PRIMITIVAS

Anteriormente a la *sponsio*, que es la garantía personal de las obligaciones más antigua de la época clásica, se encuentran otras figuras que evolucionaron hasta convertirse en las tres formas de mayor relevancia en el Derecho Romano: La *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*.

Estas figuras primitivas fueron el *praedes*, el *vades* y el *vindex*.

La doctrina no ha llegado a establecer un criterio suficientemente exacto sobre el orden temporal de estas instituciones debido a que su estudio se fue desarrollando paralelamente al de la *obligatio* y a las controversias sobre la prioridad del delito o del contrato.

(15) LENEL (*Palingenesia Iuris Civilis II*, Graz 1960, Paulo n. 880), propone la sustitución de [*fideiussiones*] por «sponsiones et fidepromissiones».

(16) Para un exámen en profundidad de las fuentes ver MAYR, «Praestare», en *SZ.* 42, (1921), pp. 198 a 227. El término «praestare» según la mayoría de la doctrina deriva de *praes stare* cuya significación es «estar garante». Al respecto vide DE MARTINO, «L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio», en *S.D.H.I.* 1 (1940), p. 2; BONFANTE, «Istituzioni di Diritto Romano», Turín, 1946; ALBERTARIO, «Corso di Diritto Romano», *Le obbligazioni*, T. I. Milán, 1936, pp. 196 y ss.

Se puede afirmar que aparecieron en una época muy temprana, porque al igual que sucede en la actualidad, el acreedor en la mayoría de ocasiones no tenía confianza en la solvencia real de su deudor. De ahí deviene la necesidad de buscar a un tercero para que actúe como garante frente al acreedor del comprometido.

3.1.— El *praes*

En el período clásico coexistieron dos formas de garantía que desaparecieron posteriormente en la época de la República: el *praes* y el *vas*.

Aunque se tienen pocas noticias de ellas, se cree que una de las funciones comunes a ambas fue garantizar la comparecencia del demandado en los procesos civiles o del acusado en los criminales.

Son figuras que cumplen, por tanto, una función específica, no pudiendo en ocasiones sustraerlas del ámbito propio al que quedaban circunscritas en el proceso, principalmente la segunda, puesto que la función del *praes* no se limitaba al proceso (17).

Estas dos instituciones se aplicaban cuando una de las partes que suscribía el contrato era el Estado (18). Constituía práctica común que todo contrato en el que interviniese el Estado exigiera a los contrayentes que garantizaran la *obligatio*. Su utilización dependía de los contratistas de obras públicas y de los magistrados que en determinados Municipios podían exigir su constitución en la prosecución de algún proceso en el que se veía inmerso un particular.

Posteriormente estas dos garantías van delimitando su ámbito de aplicación. De este modo, las acciones que el Estado exigía a los ciudadanos que contrataban con él se denominaron *praedes*, cumpliendo la finalidad de garantizar la ejecución de sus compromisos.

Se cree que la constitución del *praes* suponía que únicamente podían quedar obligadas las personas intervinientes en la obligación, puesto que el negocio era de pura garantía, hasta tal extremo, que no se permitía al deudor quedar obligado si no se constituía *praes* de sí mismo (19).

(17) VARRÓN (Lingua Latina. 6,74), señala en relación la Praes: «Praes est is, qui populo se obligat, interrogatusque a magistratu, si praes sit, ille respondit, praes». Ver Talamanca, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 324. También MOMMSEN, en S.Z. 23 (1902), pp. 439 y ss., sobre el significado del término *praes* en relación con *manceps* a partir de una definición de FESTO, (De *verborum significatione*, cit. p. 151).

(18) Utilizamos la expresión Estado con todas las precauciones que se deben tomar al aplicarlo al Imperio romano. Sobre este punto, ver D'ORS, «Sobre el no estatismo del Imperio romano», en *Ensayos de teoría política* (1965), p. 57.

(19) Al respecto GIRARD, «Manuel élémentaire de Droit Romain», 6.ª ed., Paris, 1918, p. 762.

El Pretor también podía exigir otros tipos de fianza, que en sentido genérico se podrían calificar de cauciones, cuya finalidad era garantizar ciertas obligaciones impuestas a los litigantes. Así nació la obligación de restituir la cosa y los frutos en la *reivindicatio* (*praedes litis et vindiciarum*) compareciendo ante la Justicia (20).

Al igual que el *nexum* confería un derecho sobre la persona y sus bienes que liberaba al deudor anterior, que los configuraba más como deudores correales que como fiadores de la deuda (21). El derecho sobre la persona se suprimió en una época temprana, pero a título subsidiario se pudo seguir exigiendo la afectación de determinados bienes para garantizar el crédito (22). La asunción de este comportamiento garante originó la creación de la *praediorum subsignatio*.

La *praedes datio* subsistió en la época clásica, aplicándose incluso a los créditos que provenían de los Municipios formados por ciudadanos romanos (23).

En la República siguió utilizándose sin atribuirle un carácter exclusivamente procesal, a diferencia del *vades*. Sin embargo, en la época de mayor auge destaca por su carácter procesal, especialmente respecto a la *Legis actio per sacramentum*, *praedes sacramenti*, y por su carácter más restringido que las acciones *in rem* de los *praedes litis et vindiciarum* (24).

En la época de las *legis actiones* se observa una bipolaridad en la forma de manifestación del instituto.

Las *praedes litum* y la *vindicarium*, aplicables a las relaciones entre particulares (25), pretenden justificar la existencia de una obligación distinta del débito mientras que a la *res publica* se aplica el *praedes sacramenti*.

(20) DE MARTINO, «L'origine delle garanzie personali ...», *cit.* en *S.D.H.L.*, 1 (1940), pp. 1 y ss. Esta institución también se empleó para garantizar la obligación del adquirente en caso de evicción. A fin de evitar esta práctica, cuando se celebraba una venta pública se escribía en el cuaderno de cargo una cláusula en la que el vendedor declaraba expresamente que no le daría afianzamiento.

(21) Ver KASER, «Das römische Zivilprozessrecht», Munich, 1966, 4.^a ed., pp. 61 y ss.

(22) Una corriente doctrinal ha mantenido que el *praedes* podía intervenir en las relaciones entre particulares. *Cfr.* LENEL, «Das Nexum» *SZ.* 33, (1902), pp. 84 a 101 en especial pp. 96 a 99; partiendo de su teoría sobre el *nexum*, considera el *vandimonium* el modo más antiguo de contratar. En sentido divergente *vid.* GIRARD, «Manuel élémentaire...», *cit.*, p. 763, n. 1.

(23) GIRARD, *cit.*, p. 762, n. 3.

(24) GIRARD, *ult. op. cit.*

(25) TALAMANCA, «voz Fideussione», *Nuova Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, p. 324.

Una vez iniciado el proceso en el que el Pretor atribuía la posesión temporal del objeto controvertido a la parte que detentaba la posesión, no se le obligaba a que restituyera la cosa en caso de pérdida, correspondiendo contrariamente al *praedes* la obligación de indemnización, viendo los estudiosos de la materia en este supuesto una manifestación de responsabilidad sin débito. Como manifiesta De Martino (26), aún a pesar de la doctrina partidaria de distinguir en la obligación dos elementos: deuda y responsabilidad, esta dualidad se desconocía en Roma. No obstante, ello tampoco constituyó un serio impedimento para reconocer que en los orígenes más arcaicos se conocieran supuestos de responsabilidad desligados del débito. Esta situación se superó al sustituir la función de las *praedes* por una *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* que recaía directamente en la parte deudora.

Gai. 4,16. (*in fine*): «... *deinde eadem sequebantur quae cum in personam ageretur; postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat...*» (Trad. Después se observaban los mismos trámites que para la acción personal. Seguidamente, el pretor decretaba la posesión interina en favor de uno de ellos, es decir, lo constituía en poseedor provisional en tanto se resolvía el pleito, y le ordenaba que diera garantes a su contrario que respondieran de las resultas del litigio y de la posesión interina, esto es, como garantía de la cosa y de sus frutos. Asimismo, el pretor exigía a ambas partes que le dieran otros garantes para asegurar la apuesta solemne, pues la que se perdía pasaba al erario público) (27).

Indicios fundados inducen a pensar que en el siglo I a.C. también se aplicaba a las relaciones entre particulares y fuera del proceso (28). Un único caso puede citarse, confirmado por el epistolario de Cicerón (29) en el que L. Tullio aparece obligado como *praes* de Flaminio Flamma en su relación con L. Munazio Planco (30).

(26) DE MARTINO, «L'origine delle garanzie personale e il concetto dell'obbligo», *cit.*, p. 133, n. 3.

(27) Ver también GAI. 4,91. y 94.

(28) TALAMANCA, *ult. op.cit.*, pp. 324-325.

(29) Cic. ad Att. 12,52,1.: «L. Tullium Montanum nosti; qui cum Cicerone profectus est. Ab eius sororis viro litteras accepi Montanum Planco debere, quod praes pro Flaminio sit, HS XX "milia"; de ea re nescio quid te a montano rogatum. Sane velim, sive Plancus est rogandus, sive qua re potes illum iuvare, iuves. Pertinet ad nostrum officium. Si res tibi forte notior est quam mihi, aut si Plancum rogandum putas, scribas ad me velim, ut, quid rei sit et quid rogandum sciam».

(30) TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, pp. 324 y 325 que señala los casos de la *praedes sacramenti* o de los *praedes litis et vindiciarum* entre particulares. En las que el *praes* figuraba como responsable por la prestación que gravaba al deudor principal. No obstante, en opinión de Talamanca, una posible diferencia podía radicar en que los negocios en los que intervenía aquél, únicamente se obligaba al cumplimiento de la obligación.

Esta figura comienza a quedar postergada en la época del Principado. De su vigencia se conoce que su duración fue mayor que la del *vades*.

El comienzo del Imperio marca el momento en que el *praes* comienza a ser reemplazado por un fiador, pasando a constituir con el tiempo una práctica habitual.

En la etapa Justiniana la *praedis datio* no se utilizaba quedando reducida a un compromiso muy restringido en la etapa ulterior consistente en garantizar exclusivamente las relaciones obligatorias en el ámbito privado de los ciudadanos (31). La fórmula que se utilizaba era la de *praes/es?*, *praes sum*.

Por otra parte, su estructura formal excluía que el *praes* asumiese la garantía del acto realizado por un tercero y confirma la opinión dominante de que el *praes* respondía de la falta de realización del acto con su persona, erigiéndose en el único responsable (32); hasta tal extremo, que el deudor no podía obligarse si no se constituía *praes* de sí mismo a fin de sujetarse al procedimiento ejecutivo, sin necesidad de que se produjera un proceso preventivo de confirmación y de ejecución propio de la *praediatura* (33).

Desapareció sin dejar vestigios, de forma tal que, en opinión de prestigiosos juristas, si se encontrara en algún texto clásico de Derecho Romano, se debería a una interpolación de los compiladores que sustituyeron la palabra *praes* por la de *fideiussor* (34).

3.2.— El *vades*

Del *vades* se tienen menos noticias que del *praes*. Se piensa que es la forma más antigua de aplicación única al proceso para garantizar la presencia del demandado o del acusado en los procesos civil o penal respectivamente.

En sus orígenes los obligados garantes eran verdaderos rehenes en manos del actor. Posteriormente se obligaban a prestar una cantidad pecuniaria si el demandado no comparecía.

Esta institución supone, al igual que sucedía con el estudio del *praes*, cuestionarse si la posición del *vades* implicaba asunción de responsabilidad. No se puede responder a esta cuestión puesto que no puede precisarse si el *vades* era el único deudor o si subsistía simultáneamente con el deudor principal (35).

(31) La doctrina no tiene establecida una terminología común, discrepando en las acepciones con frecuencia. Vid. KASER, «Das römische Privatrecht», Munich, 1955 T. I., p. 152, n. 20, cuando indica: «Käufer und Pächter vom Staat oder der Gemeinde».

(32) KASER, «Das römische Zivilprozessrecht», *cit.*, pp. 61 y ss.

(33) TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, p. 324, n. 12

(34) DE MARTINO, «L'origine delle garanzie...», *cit.*, p. 138.

(35) CUQ, *Institutions juridiques des romains*, Paris 1928, p. 615.

El demandado, parte en el litigio, no tenía obligación de comparecer en el proceso si lo hacía el *vades*.

Aunque las fuentes son inciertas, el único indicio que se encuentra en el proceso privado es el que procede de la estructura de la *cautio vadimonium sisti* de la época clásica en el proceso formulario, que tenía, bien fuera por la promesa del deudor principal o por la de los *sponsores*, la estructura de una *stipulatio poenae* (36), reforzada eventualmente por la *satisdatio* del demandado (37) y que en el proceso civil de las *legis actiones* la prestación de los *vades*, como el *vadimonium* en el proceso formulario, servía para evitar la *in ius vocatio* o para garantizar la comparecencia del demandado en caso de aplazamiento del proceso *in iure* (38) que posteriormente quedó fijada en una *poena* para casos de incomparecencia (39). Posteriormente adoptó la forma de estipulación aunque anteriormente revistió otras formas desaparecidas con la promulgación de la Ley *Aebutia* (40).

Hubo un texto de singular importancia que demuestra la existencia de una antigua *praxis* contractual en virtud de la cual el vendedor debía constituirse en *vades* para garantizar el negocio que se estipulaba.

Varr. 6,74.: «*Vas apellatur qui pro altero vadimonium promittebat, consuetudo erat cum reus parum esset idoneus inceptus rebus, ut pro se alium daret; a quo caveri portea lege coeptum est, ab his, qui praedia venderent, vadem ne darent, ab eo ascribi coeptum in lege mancipium "vadem ne poscerent nec debitur"*».

(36) TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 323, n. 8 donde cuestiona si el *vades* está facultado para ejercitar una acción de regreso contra el obligado principal.

(37) DE MARTINO, «L'origine...», *S.D.H.L.*, cit., 1940, p. 142. Todavía en algunos núcleos sociales y posteriormente con la aparición del Estado, se toma especial interés en evitar la insolvencia determinante de la falta de comparecencia. De ahí, que en la intervención de personas que forman parte del mismo núcleo familiar o gentilicio al que pertenece el demandado, extraños en su individualidad al proceso asumiesen la responsabilidad de presentar al demandado en el juicio.

(38) No se sabe con certeza la estructuración de esta figura, ni tampoco el contenido exacto de la obligación a la que se comprometían. Al respecto ver TALAMANCA, *Enciclopedia...*, cit., p. 323.

(39) Cfr. LENEL, «Das nexum», en *SZ* 23, (1902), pp. 96 a 99 que considera el *vadimonium* la forma más antigua de contrato. GIRARD manifiesta abiertamente su opinión en contra, *op. cit.*, p. 763, n. 1, no considerando suficientemente probados los textos sobre los que se apoyan las manifestaciones de Lenel. Sobre el *vadimonium* consultar GIMÉNEZ-CANDELA, «A propósito del *vadimonium* en las Tabulae Pompeianae de Murécine», en *Studi Sanfilippo* I; Notas en tomo al «*vadimonium*» en S.D.H.I., 1982 y «La contribution des tablettes pompéiennes au Droit Romain», *Comunicación al VIII Congreso Internacional de Epigrafía griega y latina*, Atenas, 1982.

(40) Una estructura semejante asume la garantía mediante *vades* en lo que, según Livio, constituyó el primer caso de aplicación del instituto al proceso criminal. Al respecto TALAMANCA, *Enciclopedia...*, cit., p. 323.

La función que correspondía a este *vades* no era la correlativa a la función de un *vadimonium* real, compuesto por la dación de un cosa ya fuera porque se hubiera gravado excesivamente al vendedor, ya fuera porque aquella dación debería haber tenido idéntica forma que la empleada en la *mancipatio*. De haber optado por la respuesta positiva se habría pasado de un *mancipium* a otro.

Excluido el *vadimonium* real, hay que rechazar que se tratara de una figura que constituyera rehenes, pensando que estos *vades* cometían análoga función a la procesal en la que el *mancipio accipiens* se obligaba a renunciar a la *satisdatio secundum Mancipium* a causa de la imposibilidad del vendedor de llevar algún *sponsor*. En este caso, el comprador se conformaba con que se le presentara u ofreciera un *vas* obligado solamente a presentar al vendedor en el juicio, si llegara a entablarse un proceso de evicción.

Este *vas* quedaba liberado cuando la obligación hubiera sido cumplida o cuando el vendedor encontraba un *sponsor* que se obligara en solitario al cumplimiento de la prestación. No obstante, pese a estas matizaciones esta figura debe encuadrarse dentro de la categoría común de los *vades*.

Finalmente hay que resaltar que todos los autores han puesto de manifiesto que, el ámbito de aplicación originario de la *vadiatura* es controvertido, tanto por parte de los autores que ven en ella el origen mismo de la obligación contractual (41), como los que sostienen que los *vades* fueron únicamente garantes procesales (42). A favor de estos últimos, sin embargo, abogan las fuentes históricas (43).

3.3.— El *nexum*

Queda finalmente en el ámbito del Derecho privado la figura del *nexum* (44), que unánimemente se consideró la garantía más efectiva entre todas las existentes.

(41) KASER, «Das römische Zivilprozessrecht», *cit.*, pp. 57 y ss. y 167 y ss.

(42) LENEL, *op. cit.*, p. 98.

(43) DE MARTINO, «L'origine delle garanzie...», *cit.*, p. 144; opinión que no encuentra incompatible con el dato en Varr., 6, 74. En todo caso el *vades* desde los tiempos de Aulo Gelio adquirió la consideración de recuero de anticuario, 16, 10, 8: «... *Vades et subvades omnisque illa duodecim tabularum antiquitas... lege Aebutia lata conscripta est*».

(44) Sobre el *nexum* *cfr.*: ULRICH VON LÜBTOW, «Zum Nexumproblem», en *SZ.*, 67, (1950), pp. 112 a 161 y bibliografía que cita; HUSCKE, «Über das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht», 9.^a ed., Leipzig, 1846-1980 y bibliografía que contiene; SCHLOSSMANN, «Altromisches Schuldrecht -Nexum-Praescriptiones», 2.^a parte especialmente. Leipzig, 1904 y bibliografía.

Consistía en un método drástico para introducir a la persona que asumía el compromiso, que bien podía ser el *nexum* u otra persona, a que cumpliera la obligación, puesto que unánimemente si ésta se efectuaba, se podía lograr la liberación del fiador (45). Sus efectos tenían repercusión entre las partes sin necesidad de proceso, actuando mediante la *nexi liberatio*.

Como ya ha sido señalado, el de garantía o reconocimiento, aún en la época clásica, de la idea unitaria de *obligatio* (46), dio lugar al nacimiento de obligaciones singulares o típicas que se adaptaban a supuestos de hechos específicos. La noción de *nexum* no puede configurarse como un mero aspecto de la obligación de la figura que garantizaba, que queda perfilada vinculando un *oportere* garantizado mediante la *manus iniectio*. A pesar de la oscuridad que rodea la estructura de esta institución, se puede afirmar, que comporta la sujeción inmediata de una persona con el fin de que garantice el cumplimiento de una obligación.

El *nexum* presupone un sometimiento actual, mientras que la *obligatio* ocasiona, según circunstancias, una sujeción eventual producida como consecuencia del incumplimiento. Operando sobre la primitiva idea de la responsabilidad personal, el *nexum* determina la *nexi liberatio*, mientras que en la *obligatio* el incumplimiento presupone ejecución sobre la persona. Consecuencia de todo ello, es que no pueda extraerse vinculación alguna entre *nexum* y *obligatio*, máxime cuando mientras la primera desaparece sin dejar vestigios, la *obligatio* sustituye la función que cumplía aquel pero prescindiendo de su dureza.

4.— LA SPONSIO

Dejando como objeto de otro trabajo el estudio de otras instituciones que en algún momento suscitaron la polémica de si constitúan fuentes primitivas de la *obligatio* como el mútuo (47), se considera con carácter general que la *sponsio* fue un contrato típico reconocido al igual que otros por el *ius civile* (48).

(45) Sobre la vinculación del *nexum* al nacimiento de la *obligatio* vide BIONDI, *cit.*, pp. 108 y ss. Conviene también tener en cuenta que la correlación entre *obligatio* y *actio* es tal, que siguiendo el concepto de D'ORS, ahí donde falta la acción *in personam* falta también la *obligatio*. *Derecho Privado Romano*, Pamplona 1981, p. 413.

(46) Según D'ORS el término *obligatio* se utiliza desde la primera etapa clásica para designar una relación debitoria, que pueda reclamarse mediante una acción en que se ignore un deber de contenido civil con el término técnico «oportere». D'ORS, *op. cit.*, p. 409. Sobre el concepto de *obligatio* ver BIONDI, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

(47) Sobre el mútuo ver STANOJEVIC, «La mutui datio du Droit Romain», en *Labeo*, 1969, pp. 311 a 326; D'ORS, «Credutum», en *A.H.D.E.*, 33 (1973), pp. 345 a 364. Recientemente, GÓMEZ ROYO, *El mútuo en las fuentes postclásicas bizantinas*, Valencia, 1992.

(48) BIONDI, *op. cit.*, p. 110.

La forma más antigua es la *sponsio* (49) hecha con el deudor, en la cual, en lugar de prometer una cantidad determinada de dinero, el fiador promete el *idem* (50).

Originariamente la garantía personal tiene en el Derecho Romano mayor importancia que la garantía pignoratícia. Las simples promisiones no son los supuestos más frecuentes, sino al contrario, las relaciones que se aseguraban mediante fianza (*cautiones*) (51)

La estructura de la sociedad romana que distinguía entre protectores (*patroni* en sentido amplio) y protegidos (*liberti y clientes*) favorecía este tipo de intercesión de personas solventes a favor de los deudores, de suerte que la verdadera dependencia que establecían las obligaciones patrimoniales no se establecían entre el deudor y su acreedor, cuanto de aquel respecto a su fiador.

La acumulación de fianzas fue tan frecuente que incluso llegaron a plantearse casos en los que los fiadores se encontraban en situaciones comprometidas (52).

La época clásica en su período republicano conoce tres formas de afianzamiento que comenzaron reforzándose mediante la *verborum obligatio* (53).

(49) Su etimología es griega según afirmación de FESTO, *De verborum ... cit.*, s. v. *spondere*. TALAMANCA, «L'origine della "sponsio" e della "stipulatio"», *cit.*, p. 98.

(50) El *sponsor* promete el «*id quod Titius promittit*» por lo que su obligación será cierta o incierta según lo sea la del deudor. Por ello, se establece la diferenciación de que mientras el *fideiussor* es un garante de responsabilidad, el *sponsor* y el *fidepromissor* son garantes de la deuda. En este sentido ALVARO D'ORS, «Certum-incertum en la fideiussio». *Jura*, 1963, p. 190; D'ORS y GIMÉNEZ-CANDELA, «Fianza parcial», en *RIDA*. 30 (1983), p. 117. Sostiene D'Ors la misma tesis que sostuvo Flume, según la cual, el fiador es garante de responsabilidad mientras que los *sponsor* y *fidepromissor* son garantes del débito. Al igual que sostuvieron Flume y Beseler, afirma D'Ors que la obligación del fiador es siempre incierta, extrayendo dicha conclusión de la lectura del D. 45,1,75,6. También Flume recaba que mientras que la *actio incerti* contra el *sponsor* estaba unida a una obligación principal de *incertum*, la misma idea puede recogerse para la acción contra el fiador que se presenta como incierta. BESELER, «Miscelánea», en *SZ*. 45, (1964), pp. 188 a 265, especialmente p. 237. Ver también, TALAMANCA, «Alia causa» e «durior conditio», «come limite dell'obbligazione dell'adpromissor», en *St. Grosso*, III, pp. 121 y ss., n. 23 comentando el texto de GAYO 3,113 y 126.

(51) Sobre el sentido especial de *cautio vide* el parágrafo 428 de D'ORS, «Derecho Privado Romano», *cit.*, y GLÜCK, «Commentario...», *cit.*, p. 323 sobre el sentido que le daba la Pandectística.

(52) A modo de ejemplo los autores relatan que Tiberio prefería pagar directamente a los acreedores de sus protegidos que salir fiador por éstos o anticiparles la cantidad. Resultaron ser tan numerosos los que pedían su afianzamiento que decidió remitir al Senado la comprobación de las causas de dichas peticiones. *Cfr.* D'ORS, *op. cit.*, p. 508, n. 5.

(53) GIRARD, *op.cit.*, p. 763. En su opinión sirvió para retrasar el nacimiento de una deuda accesoria junto con la principal. Ver también IGLESIAS, «Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado», 6.^a ed. Barcelona, 1972, p. 504, contando en este punto con la unanimidad de la doctrina; MALTORANO, *Enciclopedia del Diritto*, voz *Cauzione*, p. 654.

La *sponsio*, que es la garantía más antigua (54), se aplicó a los ciudadanos romanos yuxtaponiéndose la responsabilidad del deudor accesorio a la del principal (55). Su carácter era el de un contrato típico reconocido por el *ius civile* (56); sin embargo, su estructura y alcance se acomodaba mejor con relación a las funciones que ordinariamente se atribuían a las garantías (57).

La *sponsio* originariamente era un acuerdo de voluntades sobre un negocio jurídico concreto, resultante de la oferta y de la correspondiente aceptación (58).

Los requisitos indefectibles de la institución se basaban en los principios de oralidad y en el formalismo sacramental inserto en la propia significación del verbo *spondere* (59).

Tenía la configuración de *conceptio verborum*, que implicaba una íntima vinculación entre interrogación y respuesta, que era el determinante de un acto del que derivaba una *obligatio*.

El esquema de su formalismo se encuentra en la estructura de las leyes comiciales. Se formula una interrogación: *Velitis iubeatis quirites, vos quirites rogo?*, a la que proseguía la respuesta: *Uti rogas* (60).

(54) Constituye una forma de estipulación considerada como fuente de las obligaciones civiles y pretorias; junto con los delitos, préstamos y contratos según clasificación de D'ORS, *op. cit.*, pp. 418-419.

(55) La razón de la preferencia por las garantías personales se asienta fundamentalmente en Roma en dos causas: En la importancia de la palabra y en que el único negocio de garantía real es la época más remota era la fiducia. Ver DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», vol. I, *cit.*, p. 8. GLÜCK, «Commentatio...», *cit.*, p. 321.

(56) La génesis de la *sponsio* se entronca con el derecho quiritarario más antiguo. Cfr. TALAMANCA, «L'origine della "sponsio" e della "stipulatio"», en *Labeo*, 1963, p. 96.

(57) En opinión de Biondi dicha afirmación sólo puede hacerse partiendo de la distinción de Gayo entre obligaciones *ex contractu* y otros contratos típicos como el mutuo o la venta. *Op. cit.*, p. 110.

(58) En opinión de Biondi, despojado de sus formalidades se encuentra el esquema del contrato moderno, *op. cit.*, p. 111. Contrariamente a la afirmación de la *sponsio* como un negocio técnico de garantía, en oposición a la mayoría de autores que entienden que la *sponsio* supone asunción de responsabilidad por el acto de un tercero, aunque con naturaleza de negocio autónomo. Ver PASTORI, «Appunti in tema di sponsio e stipulatio», Milán, 1961.

(59) PAPIANO se refiere a la Ley como «*communis reipublicae sponsio*» D. 1,3,1, (Pap. 1 definit.): «Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio».

(60) No obstante, dicho término puede interpretarse también como manifestación de voluntad. BIONDI, *op. cit.*, p. 113.

Prometía el *sponsor* una prestación idéntica o una parte de la obligación al reo u obligado principal.

Para Biondi (61) la importancia de la *sponsio* fue de tal envergadura que junto con el desarrollo de la *stipulatio* configuraron el concepto de *obligatio*, al igual que se entiende en la actualidad.

La finalidad de dicha institución era, en principio, satisfacer cualquier exigencia resultante de una relación jurídica. No importaba si tenía carácter patrimonial; su relevancia radicaba en que la vinculación del *sponsor* sólo podía efectuarse si las relaciones quedaban ligadas en el ámbito de la esfera personal.

La *sponsio* precisaba adaptarse a los criterios de oralidad mientras que la *obligatio* se basaba en el consentimiento de las partes; criterio opuesto al que seguía el Derecho Romano que prescindiendo del consentimiento se fundamentaba en los *verba* (62), si bien dicho término podría también entenderse comprensivo de cualquier manifestación de voluntad.

El deudor accesorio yuxtaponía su responsabilidad a la del principal. Sin embargo, la *sponsio* por necesidades prácticas, perdió dos de sus características fundamentales.

Su ámbito de aplicación se amplía de los ciudadanos romanos a los peregrinos mediante la aparición de una institución nueva, fruto de la evolución de la primera. Esta figura de reciente nacimiento se concretó en la llamada *fidepromissio*, destacándose en ella el carácter similar a la *sponsio*.

Esta sin embargo, queda reducida a la interposición de la *interrogatio* precisando una respuesta ritual, a través de la imposición de un formalismo radical, sin perder su estructura de promesa o juramento religioso. De esta manera la *sponsio* quedaba formulada en los siguientes términos: *Idem spondesne? Spondeo, idem fidepromittisne? fidepromitto* (63). El nuevo deudor promete la misma promesa, lo que implica que la identidad no incide en el objeto de la obligación (*idem debitum*) sino en la forma promisoria. Como consecuencia de ello no se produce novación puesto que en tal supuesto se requería igualdad de objeto e identidad de contenido.

(61) BIONDI, *op. cit.*, p. 112. Cumple desde otra vertiente la función de contrato moderno dada la estructura de los *verba*, viendo como progresivamente su campo de aplicación fue reduciéndose al nacer otros contratos causales típicos.

(62) La vinculación al *ius sacrum* hace que originariamente siga un paralelismo con el juramento. Fue precisamente su carácter religioso el que impuso que la sanción repercutiera en el ámbito religioso, atribuyéndoles a los *verba* un carácter constitutivo. TALAMANCA, «L'origine della "sponsio"...», a propósito de la recensión de la obra de PASTORI, «Appunti in tema di sponsio e stipulatio», en *Pub. Fac. Giurisprudenza della Univ. di Urbino*, Milán, 1961, *cit.*, p. 36.

(63) En contra de dicha formulación *vide* PERNICE, «Parerga», en *SZ.* 19 (1963), pp. 82 a 183.

La fórmula expresada (64) pone de manifiesto la conservación de algunos elementos dignos de destacar. En primer lugar, si bien su ámbito de aplicación se extendió a los ciudadanos no romanos también, la fórmula ritual de la *sponsio* sigue celebrándose en latín. Por otra parte, cabe destacar que el carácter religioso que impregna a la *sponsio* fue extensible a todas las instituciones de Derecho Romano clásico.

Nos hallamos ante un acto evidentemente personal que se perfecciona con la expresión del verbo *spondere*. El carácter formalista del acto llega a tal extremo que la pronunciación de cualquier otra palabra distinta de la referida convierte el acto en nulo. Tal vez por ello, la utilización de la *sponsio* se aplicaba únicamente a los *cives*, puesto que era coherente con la propia naturaleza de la institución pensar que ciudadanos, habitantes fuera de la urbe romana, no pudieran comprometerse mediante fórmulas religiosas si profesaban otra religión (65).

Este punto abrió fisuras en la doctrina. Mientras hay autores que afirman con carácter general que probablemente estos contratos no pudieron servir para afianzar más que deudas nacidas *verbis*, llegando incluso al planteamiento de si sólo sería permisible asumir la obligación al mismo tiempo que la obligación principal (66), otros autores, influenciados por los textos de Gayo (67), partían de que la estructura de los actos realizados por quienes debían someterse al *ius gentium* tenían que realizar actos diversos a la *sponsio*.

Aparece así la *stipulatio* que presenta la misma estructura que la *sponsio* pactada siempre mediante una *obligatio verbis*, pero sin contener el verbo *spondere*. Por otra parte, la fórmula con el verbo *spondere* tampoco podía utilizarse en lengua distinta, contrariamente a lo que sucedía con la *fideiussio* (68).

Todos estos criterios vienen a confirmar que el empleo del verbo *spondere* se atribuía con un criterio muy restringido, únicamente permitido a los ciudadanos romanos (69).

Fue precisamente el carácter personalista y sacramental del vínculo, lo que justificó la intransmisibilidad pasiva a los herederos del *sponsor*, manteniendo este criterio con carácter constante hasta Gayo (70).

(64) «*Id quod Titius promissit*» lo que implica que la identidad no incide en el objeto de la obligación (*idem debitoris*) sino en la fórmula promisoria. Sobre la visión de la Pandectística vide BESELER, «Miscellanea Graecoromana». *Studi in onore di Pietro Bonfante*. VII. Milán, 1930, p. 73.

(65) D'ORS, «Derecho Privado Romano», Pamplona, 1981, p. 509.

(66) BIONDI, *op. cit.*, p. 115.

(67) Gai., 3,119.

(68) Gai., 3,134 y 3,93.

(69) Los *cives* cumplimentaban todos sus actos, tanto públicos como privados en documentos redactados en latín. Únicamente para el testamento se admitió en la etapa tardía el uso de otras lenguas, pudiendo el peregrino testar según su propia lengua.

(70) Gai., 3,120 «*sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur*» y 4, pp. 112-113, al afirmar que no todas las acciones se dan al heredero o en contra del mismo. «*Aliquando tamen etiam ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit... nam et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur*».

5.— LA FIDEPROMISSIO

La *sponsio* y la *fidepromissio* son dos formas distintas de fianza que reciben el nombre genérico de *adpromissio*; es decir, de un deudor que se yuxtapone al principal para garantizar el cumplimiento de la obligación de aquél (71).

Ambas constituyen un mismo cuerpo con características similares, que paulatinamente fueron evolucionando, junto con la introducción posterior de la *fideiussio*, conforme a la promulgación de cinco importantes leyes: Publilia; Appuleia; Furia; Cicereria y Cornelia.

La extraordinaria importancia de cada una de estas Leyes caracterizadas por las innovaciones que introdujeron, condujo a la inclusión de modificaciones sustanciales en estas tres figuras. Sin embargo, no toda la actividad legislativa quedó culminada con su publicación; la proliferación de las mismas continuó durante la época del Imperio con el Senadoconsulto Veleyano y la Epístola de Adriano, acabando con la promulgación de la Novela 99 de Justiniano (72).

Se ha llegado a tener conocimiento de estas Leyes gracias a las Instituciones de Gayo, desapareciendo definitivamente en la etapa Justiniana.

La doctrina sistemáticamente ha realizado su estudio con referencia a la *fideiussio*. Así pues, las características comunes a la *sponsio* y la *fidepromissio* que las diferencia de la *fideiussio* (73) son las siguientes:

(71) VALIÑO, «Instituciones de Derecho Privado Romano», Valencia, 1976, p. 371.

(72) FUENTESECA, «Sobre la Novela 99 de Justiniano y la supuesta *fideiussio mutua*», en *A.H.D.E.*, 20 (1950), pp. 242 a 274.

(73) D'ORS, *op.cit.*, p. 509. Siguiendo la idea ya expuesta, la identidad no está en el objeto de la obligación directamente (*idem debitum*) sino en la forma promisorias. Premisa que le sirve para concluir que no se da la novación puesto que esta requiere igualdad de contenido e identidad de objeto. *Cfr.* además D'ORS y GIMÉNEZ-CANDELA, «Fianza parcial», *cit.* Sin embargo, para los autores el origen de la *sponsio* y de la *fidepromissio* es controvertido. En opinión de Talamanca la *stipulatio* encuentra su origen en el comercio internacional concretándose en la *fidepromissio* que por imposibilidad de referirse a vínculos provenientes de una religión común entre los contrayentes, se recurre a la *fides* como elemento sancionador, lo que motiva que los *verba* tengan una función declarativa por falta de lengua común en el tráfico mercantil internacional. TALAMANCA, «L'origine della "sponsio"...», *cit.*, pp. 97 y 105. Sobre su desarrollo consultar al mismo autor, pp. 106 y ss. Sobre la *stipulatio* ver KASER, «Derecho Romano privado», 5.^a ed., (trad. Santa Cruz Tejeiro). Barcelona, 1968; TALAMANCA, en *Labeo*, 1963, *cit.*, p. 96 y SEGRE, «In materia di garanzie personali», en *B.I.D.R.*, 42 (1934), p. 497.

En virtud de una regla de la que se desconoce su origen, en la concepción primitiva de casi todos los pueblos se utiliza el afianzamiento con la peculiaridad de que el compromiso de los fiadores se extingue con su muerte, pero no se transmite a sus herederos. Al respecto ver para conceptos generales GIRARD, *op.cit.*, p. 765, y para desarrollo en los pueblos franco y germano, ESMEIN, «Etudes sur les contrats dans les très anciens droit français», Paris, 1911, pp. 89, 90 y 131-132.

1. Sólo garantizan deudas nacidas de una promesa estipulatoria, ya que el fiador promete lo mismo que prometió el deudor principal, requiriendo que la promesa sea válida (74).

2. La deuda del fiador es cierta o incierta según lo sea la del deudor principal (75).

3. La obligación asumida por el fiador no se transmite a sus herederos. Además, para los afianzamientos realizados en Italia, la Ley Furia, por motivos políticos les concedió dos privilegios para mitigar este régimen, sin embargo, como contrapartida, se disminuían las garantías de los acreedores.

A partir de la promulgación de esta Ley, *sponsors* y *fidepromissores* quedaban liberados al expirar el plazo de dos años desde el vencimiento de la deuda, y además si hubiese varios, al acreedor en lugar de pedir o reclamar la totalidad a uno de ellos, se le facultaba a dirigirse individualmente por la parte que cada uno de los obligados había

La intransmibilidad a los herederos ya la manifestaba GAYO 3,120: «*Praetera sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur*». Sobre la excepción prevista para los *heres peregrini fideiussoris*, vide TALAMANCA, «Recensión a Triantaphyllopoulos», Atenas, 1957, en *Archivio Giuridico*, 1957, pp. 164 y ss.

(74) Criterio radicalmente diverso al regulado en nuestro ordenamiento jurídico y demás cuerpos legales de influencia napoleónica.

(75) Radica en este punto una de las principales diferencias entre las dos primeras instituciones y la *fideiussio*. Mientras que en esta última, el garante asume todo o parte de la deuda ajena, no promete una prestación idéntica a la promesa de lo debido por el otro; en las dos primeras figuras asumen una obligación idéntica y por tanto, de carácter no accesorio. BIONDI, «*Sponsio e stipulatio...*», *cit.*, p. 121. Esta diferencia no podía constatarse claramente en el período postclásico ni incluso en el clásico tardío. Esta matización no fue recogida por Gayo, pareciendo que no encuentra en ella obstáculo con el principio común a todas las garantías: «Que el garante pro alio o pro altero o pro eo, qui promittit, obligatur (Gai. 3, 115, D. 46,1,8,7.) que en opinión de SEGRÈ (In materia di garanzia personali», *B.I.D.R.*, 1934, n. 42, p. 500) podía significar que el sentido primitivo vendría a expresar que el que se obliga es únicamente el garante en lugar del promitente. A pesar de la referencia a Gayo, Segrè encuentra que su carácter de *accessio*, en el sentido de manifestar la dependencia de las garantías personales a la obligación principal, se encuentra sin duda en Gai. 3, 126, al respecto SEGRÈ, *op. cit.*, pp. 502 y ss. La omisión de Gayo la justificó SEGRÈ (*op. cit.*, p. 504) apoyándose en los textos del propio Gayo, de los que deduce que en tiempos del autor al que alude, la condición jurídica de los *sponsors* o *fidepromissores* era similar (Gai. 3,118. 126. 127). La única diferencia que los separaba se fundaba en que el *sponsor* contaba con mayor protección jurídica debido a que la *Lex Publilia* le concedía la *actio depensi* (Gai. 3,127). Vide además BUCKLAND, «Les limites de l'obligation du fideiussor», en *R.H.*, 1933, pp. 116 a 129, en especial p. 119, inclinándose por entender que la obligación accesorial queda vinculada a la principal, de tal manera, que la extinción de esta última lleva implícita la de la primera. En dicho sentido, BIONDI, «*Sponsio e stipulatio*», *cit.*, p. 119, partiendo de que las tres instituciones constituían garantías, aunque variando en la forma de respaldar la obligación principal, a lo que se añade que la deuda del fiador será cierta o incierta según lo sea la del deudor principal. Ver D'ORS, «*Certum-incertum* en la *fideiussio*», en *Iura*, 1963, p. 190.

asumido responder. Normalmente, si hubiese fallecido alguno de los comprometidos, con carácter proporcional se reclamaba la deuda entre los supervivientes una vez vencida la obligación, sin tener en cuenta la solvencia de los mismos (76).

En ambas instituciones el *adpromissor* promete la misma cosa que el deudor pero al acreedor no se le puede pagar dos veces. Además, la obligación del fiador no está sometida a la del deudor, puesto que no tiene carácter accesorio (77). Su obligación sobrepasa en ocasiones la responsabilidad del deudor principal, quedando sujeto a pagar el débito contraído incluso si la obligación principal es nula (78). Consecuencia de ello es que el acreedor tiene facultad para dirigirse directamente contra el fiador, aunque contando con el rechazo de la opinión pública (79).

(76) Gai. 3,119.

(77) En el Imperio para el acreedor que procedía contra el fiador, siendo solvente el deudor, peligraba su situación puesto que podía verse inmerso en un proceso promovido mediante la acción de injurias: D.47,10,19.: «*Si creditor meus, cum paratus sum solvere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellaverit, iniuriarum tenetur*» (Gai 22 ed. prov.).

(78) Cfr. D'ORS, *op. cit.*, p. 509.

(79) TRIANTAPHYLLOPOULOS, «La législation romaine sur le cautionnement», en *R.H.*, 1961, p. 501. Para un estudio en profundidad de las leyes romanas *vide* APPLETON, «Les lois romaines sur le cautionnement», en *SZ.* 28 (1907), pp. 1 a 48, en especial pp. 3 a 5, destacando que la *Ley Appuleia*, dedicada a la pluralidad de cauciones, se aplicó en todas las provincias romanas, concediendo al *sponsor* o al *fidepromissor* que hubiese pagado la totalidad de la deuda, las correspondientes acciones contra los copartícipes, en la parte que habían asumido pagar.

La mayoría de autores toman como términos *post-quem* la constitución de la primera provincia en el año 241 a.C., cuando Sicilia se constituyó en provincia. Rechaza Triantaphyllooulos esta interpretación porque, aun cuando estos autores extraen esta conclusión de los textos Gayo (3,122) manifiesta expresamente que la *Lex Appuleia* estaba en vigor en las provincias; en opinión del autor citado, esta conclusión es refutable puesto que Gayo en el fragmento anteriormente reseñado señala la territorialidad ecuménica de esta Ley a fin de distinguirla y oponerla a la territorialidad itálica de la *Lex Furia* (*op. cit.*, p. 504). La conclusión de este autor es que estaba destinada a todo el ámbito de aplicación territorial del Derecho Romano, entre otras razones porque al tiempo de su promulgación no existían provincias. Todo ello hace pensar que este autor se opone al criterio común de la doctrina, sosteniendo que fue una ley promulgada antes de la formación de la primera provincia en el año 241 a.C. Como la *Lex Appuleia* era probablemente un plebiscito, podría pensarse que la fecha de entrada en vigor fue alrededor del año 287, fecha de la Ley Hortensia y el 241 a.C. Destaca este autor que la opinión más común es que la Ley Publilia fue la más antigua. Precisamente, esta Ley permite diferenciar la estipulación solidaria de la *sponsio* porque los promitentes solidarios no se beneficiaban de recursos entre ellos.

Esta Ley instituyó que el *sponsor* disponía de una acción con carácter exclusivo contra el deudor principal sino le devolvía lo abonado por éste en el plazo de seis meses, una vez realizado el pago. Este recurso lo ejecutaba mediante una *manus intectio pro iudicato*, que en la época del procedimiento formulario se transformó en la *actio depensi*, cuya sanción consistía en desembolsar el doble de lo pagado. Ver TRIANTAPHYLLOPOULOS, *op. cit.*, pp. 502 y ss. que estudia con detenimiento las características y formalidades exigidas por esta Ley.

Otra característica que interesa destacar es que el fiador, una vez había satisfecho la deuda, disponía de una *actio depensi* para ejercitar contra el deudor, si éste no le reembolsaba la cantidad satisfecha en el plazo máximo de seis meses. La función de esta acción es semejante a la que actualmente desempeña la acción de regreso (80).

El reconocimiento de la divisibilidad de la obligación parte de la *Lex Appuleia*, aproximadamente a mitad del siglo III aC. (81), concediendo al garante que pagó la totalidad una acción de regreso (82).

La relevancia que esta Ley atribuyó a la divisibilidad interna de la garantía entre varios obligados aflora con la Ley Furia de *sponsu*, de fecha imprecisa, aunque sin duda más reciente que la Ley Appuleia, en su relación con el acreedor que exige más de la *portio virilis* que corresponde a cada cogarante (83).

El problema, como señala Talamanca (84), es el de la efectividad de la división *ipso iure* entre los cogarantes de la obligación intentando que la *manus iniectio* fuera el único medio de defensa del garante.

Con la Ley Furia se introduce una innovación consistente en que caso de existir pluralidad de fiadores en una misma deuda, éstos quedaban facultados para reclamar del acreedor lo que les hubiese exigido de más que no les correspondiese pagar.

(80) GAYO no especifica la modalidad (3, 122) pero es factible excluir su introducción por la *manus iniectio* o por la *actio depensi ex lege Publilia*.

(81) En contra de la opinión de Triantaphyllopoulos, *cf.* GIRARD, *op. cit.*, p. 764.

(82) *Portio virilis* determinante, en la que cabe tener en cuenta que los garantes, sin importar su grado de solvencia, queden obligados «*eo tempore quo pecunia petiti potest*» (GAYO, 3,121) y sujetos a la *manus iniectio* del garante que pagó.

(83) TALAMANCA, «Enciclopedia del Diritto», *voz Fideiussione, cit.*, p. 327.

(84) La opinión de Talamanca no está referida al bienio en que un garante podía ser *sponsor* o *fideiussor*. En Gayo encuentra una argumentación para apoyar su tesis (Gai. 4,22) al aludir a la *manus iniectio, ex lege Furia*, únicamente para el pago *ultra virilem partem*. Esta confirmación podría estimarse aceptable sobre todo interpretándola con relación al período en que se promulgó la Ley, aunque no puede excluirse que una interpretación jurisprudencial permita llegar sucesivamente a una división *ipso iure*.

Sobre el ámbito territorial de las Leyes Appuleia y Furia, Gayo hace referencia (3,121, 122) a la *Lex Furia* era de aplicación únicamente en Italia, mientras que la primera se aplicaba a las provincias. La existencia coetánea planteó graves dificultades a los juristas romanos, siendo unos partidarios de que la promulgación de la Ley Furia había abolido la Appuleia encontrando dura oposición entre aquellos que mantenían la tesis de que ambas eran simultáneas en el tiempo. Al respecto, y en contra de la opinión de TALAMANCA, *Enciclopedia...*, *cit.*, p. 327 n. 3, vide FREZZA, «Le garanzie delle obbligazioni», I, «Le garanzie personali», Padua, 1962, p. 20 y TRIANTAPHYLLOPOULOS, «Lex Cicereia», Atenas, 1957, pp. 102 y ss.

Gai. 4,22.: «*Postea quedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniunctionem in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis quam pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exigisset;*» (Trad. Sucesivamente algunas leyes concedieron en casos concretos este procedimiento de ejecución personal contra determinados deudores, como si se hiciera en virtud de una sentencia; así, la ley Publilia, en favor del *sponsor* que ha pagado por el deudor garantizado, en caso de que éste no reintegrase al *sponsor* en los seis meses siguientes la cantidad que en su lugar había abonado al acreedor. Asimismo la ley Furia, reguladora de las fianzas, contra el que hubiera hecho pagar a un *sponsor* en mayor proporción que le correspondía...» (85).

Finalmente, queda por destacar una última diferencia. En opinión de Talamanca (86), tanto la *sponsio* como la *fidepromissio* son obligaciones solidarias (87) e incluso también la *fideiussio* hasta la introducción con Justiniano del *beneficium excussionis*. Sobre esta base se diferencian de la *fideiussio* en la tendencia a la independencia de ambas instituciones, en la validez y eficacia de la *stipulatio* principal y además, que sólo pueden estipularse en *obligationes verbis contractae* que originariamente requerían que se celebrasen en el mismo acto (88).

Estas argumentaciones son las que permiten llegar a la conclusión de que el origen de la *sponsio* de garantía, como se configuraba en la época clásica, debe encuadrarse entre las obligaciones pasivamente solidarias, de la que la Jurisprudencia más antigua creó la fuente de

(85) Ver también, GAI, 4,186. En el Digesto se menciona la *actio mandati contraria* como acción de regreso pero sin hacer ninguna referencia a la *actio depensi*. Ver ORTOLÁN, «Instituciones de Justiniano», Buenos Aires, 1960, p. 258. En sentido contrario TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto...*, cit., p. 326, para quien las dos formas de estipulación más antiguas divergían en la inaplicabilidad de la *actio depensi ex lege Publilia* de la *fidepromissio* (Gai 3,127). Vide también WINDSCHEID, «Diritto delle Pandette», trad. Fadda y Bensa, V. II, Turín, 1925, p. 867; BESELER, «Miscellanea...», cit., p. 74.

(86) TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 328.

(87) Manteniendo esta postura numerosos autores: D'ORS, «Derecho Privado Romano», cit., pp. 505 y ss.; VALIÑO, «Instituciones de Derecho Privado Romano», cit., p. 504, distingue entre existencia sucesiva, como ocurría en la fianza y no simultánea, caso de la solidaridad pasiva de los derechos del acreedor frente a deudores de distinto rango, que induce a distinguir entre solidaridad y fianza por su carácter accesorio.

(88) Defendida por LEVY: «“Sponsio”, “fidepromissio”, “fideiussio”», cit., pp. 36 y ss. En contra de toda la doctrina. Cfr. D'ORS-GIMÉNEZ-CANDELA, «Fianza parcial», cit., p. 103.

mayor importancia en el ámbito de la solidaridad contractual de toda la experiencia jurídica romana (89), atribuyéndole en algunos aspectos el carácter de obligación solidaria y en otros apartándola de la regulación general de la solidaridad dada la función de garantía que cumplían (90).

Como conclusión pudiera afirmarse que el *sponsor*, al igual que el *praes* o el *vas*, originariamente era un garante que respondía del hecho realizado por un tercero y que posteriormente la *sponsio* se convirtió en la *verborum obligatio* clásica más generalizada aún cuando ésta no tuviese la misma estructura que la primitiva obligación romana (91). Sin embargo, dado que el afianzamiento se concebía como un servicio «de amigos», que generalmente se solicitaba de personajes importantes, patronos o candidatos a la Magistratura para sus amigos políticos, la facilidad y frecuencia con que se utilizó acarreó numerosos inconvenientes, especialmente para el fiador. Motivo de ello fue que se limitara la duración de la obligación al período máximo de dos años (92).

Esta medida que satisfacía y beneficiaba a los garantes resultaba perjudicial para los acreedores que veían peligrar la satisfacción y garantía de su crédito. Ello fue el motivo por el que se configuró a mediados del siglo I a.C., en tiempos de Q. Mucio Scevola, una nueva figura que recibió el nombre de *fideiussio* (93).

6.— LA FIDEIUSSIO

Esta figura es una forma de fianza también verbal, en la que el fiador asumía mediante un *iussum* las consecuencias del acto, probablemente respondiendo a la interrogación: *Fide ne tua is esse iubet?* (94). Si en la

(89) Sobre todo con referencia a *fideiussio* BIONDI, «Sponsio e stipulatio», *cit.*, p. 121.

(90) Esta individualización no es fácilmente reparable. Ver DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», *cit.*, p. 18.

(91) TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, p. 329. Progresivamente se aceptó la tendencia a admitir que el deudor principal pudiera asumir la garantía del acto propio mediante la estipulación de negocios que servían de causa en una nueva obligación en la que se responsabilizaba un tercero y único garante.

(92) Si la deuda era pura y simple, hasta el día en que se comprometió el *sponsor*, si era una obligación o término el *sponsor* se obligaba hasta la fecha del vencimiento, si bien este plazo de ampliaba de hecho, a voluntad del fiador, no pudiendo sobrepasar el doble de lo fijado por la Ley. Al respecto CUQ, *op. cit.*, p. 645, n. 4.

(93) KASER, *Das römische Privatrecht* 12, Munich 1971, p. 663. Por su parte, LEVY, *Sponsio, fidepromissio...* *cit.*, p. 122 la sitúa en época de Labeón.

(94) Aunque hay autores que piensan que generalmente los *adpromissores* prometen lo mismo que el deudor principal unificando el término «idem» para los fiadores —sujetos de la *fideiussio*— no se emplea esta fórmula. Se refieren no a la expresión «*idem fide iubet*» sino «*id fide sua esse iubet*». En opinión de D'ORS, *op. cit.*, p. 510, no se trata de un *promissio*, sino de autorizar o avalar por la propia *fides*.

fórmula de promesa se encontraba en lugar de *id* la palabra *idem* no existía una *fideiussio*.

En lo que se refiere al objeto, la totalidad de la doctrina piensa que es el mismo que el del deudor principal. Talamanca ve en esta figura el surgimiento de una estipulación pasiva accesoria, que confirma un retorno histórico a la regulación primitiva de las dos formas originarias de garantías personales (95). Sin embargo, aún contando con dicha afirmación, hay diferencias sustanciales con las figuras ya reseñadas.

La referencia que el *fideiussor* hace a la deuda y no a la promesa justifica que el fiador se pueda comprometer en todo tipo de obligaciones.

Al igual que sucedía con el *fidepromissor*, gracias a la referencia a la *fides*, es una figura en la que se permite que sea un extranjero el que estipule la garantía.

Al contrario de la obligación del *sponsor* o del *fidepromissor*, la realizada mediante *fideiussio* podía transmitirse a los herederos, no teniendo plazo alguno de caducidad (96). A esta última característica, añade De Martino (97) que tiene de común con la *fidepromissio*, además de la forma verbal, su incorporación a una obligación principal ya constituida. Finalmente, cabe reseñar que, a pesar de la existencia de cofiadores, se podía proceder contra el fiador por la totalidad de la deuda.

Estas garantías no agotaban todas las garantías personales de naturaleza accesoria pasiva. Así lo expresaba Gayo (98) y además, a ma-

La promesa verbal que hace el *fideiussor* es semejante a la fórmula estipulatoria, pero el efecto novatorio no se produce, porque precisamente la promesa no es propiamente estipulatoria. Al respecto D'ORS, *op. cit.*, p. 511.

(95) TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, p. 329.

(96) Las diferencias vienen señaladas por la mayoría de los autores. Ver al respecto D'ORS, *op. cit.*, p. 511; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 329, n. 49.

(97) DE MARTINO, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

(98) GAI 3,116 «*Videbimus (de his) autem, quo nomine possint proprie appellari, qui ita interrogatur idem dabis? idem promittis? idem facies?* Referente a estas formas de garantía ver DE MARTINO, «*Le garanzie...*», *op. cit.*, pp. 31 y ss.; FREZZA, *op. cit.*, pto. 22; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 329, nota 51. En el sentido de que las *adpromissiones* y la *flideiussio* no son las únicas formas de garantía personal puesto que existen también el *constitutum debiti alieni*; el *receptum argentari*; la estipulación de indemnidad; es decir, la promesa de pagar lo que no pague el deudor principal; la estipulación penal con promesa de tercero; la acción de un deudor solidario y también el mandato de prestar (*mandatum pecuniae credendae* o «*qualificatum*»), en virtud del cual el mandante responde por la *actio mandati contraria* en caso de que el mutuario no pague al mandatario mutuante. Estas diferentes formas de garantía personal, así como las de garantía real cuando se contraían en virtud de deuda perteneciente a otra persona, constituyen un acto de *intercessio*, como cualquier modalidad de institución de un deudor por otro. Entre éstas se encuentran la novación expromisoria; el mandato irrevocable; *mandatum in rem suam* después de la *litis contestatio*; la aceptación de un mutuo destinado a otra persona; la promesa estipulatoria de restituir una cantidad destinada a otro y cualquier indirecta mediante mandatario. Sobre esta materia, D'ORS, *cit.*, p. 513.

yor abundamiento, es cierto que aún después de haber configurado la *fideiussio*, estas tres garantías verbales no satisfacían plenamente las expectativas de los acreedores puesto que no podían estipularse si el contrato se celebraba con determinadas personas, como era el caso de sordos, mudos o ausentes.

Para subsanar estos impedimentos se introdujo dos modos de afianzamiento consensual de posible realización entre ausentes. Uno de ellos fue antes de constituirse la obligación principal, el *mandatum pecuniae credendae*, mediante el cual el fiador mandaba al acreedor que hiciera un préstamo al deudor. Este supuesto era una aplicación irregular de las reglas del mandato, pero de evidentes efectos prácticos. Se fundamentaba en que todo mandante quedaba siempre obligado con respecto al mandatario, por mediación de la *actio mandati* contraria, a indemnizar el daño causado que en este caso derivaba del préstamo surgido como consecuencia de la ejecución del mandato.

La otra clase de afianzamiento consensual se realizaba después de la estipulación de la obligación principal, por el pacto de *receptum* en virtud del cual el fiador se constituía *iure praetorio* deudor de la cantidad adeudada por el responsable principal (99).

6.1. Características de la fianza

La finalidad de la fianza no se limitaba únicamente a procurar un crédito al deudor. El tercero podía intervenir antes de la estipulación de la obligación principal o incluso con posterioridad a la existencia de dicha obligación. La fianza cumplía su finalidad respaldando mediante la *fides* la obligación contraída por el deudor. También se permitía establecerla con carácter condicional pero siempre derivada de una obligación de carácter accesorio (100).

La única prohibición se establecía con relación a la capacidad para ser fiador. La fianza no podía ser aceptada más que por persona capaz de obligarse por otro.

El objeto, como ya se ha indicado, era el mismo que el del deudor principal. Destaca Girard, con razón, que las alegaciones que hicieron

(99) Amplia explicación sobre el tema en GIRARD, *op. cit.*, p. 765, nota 3.

(100) Corresponde a la figura del *fideiussor fideiussoris*. Sobre el carácter de accesoriedad en la *fideiussio*, ver FLUME, «Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftstipulationen». WEIMAR, 1932 y la recensión que sobre el mismo hace BUCKLAND, «Les limites de l'obligation du fideiussor» *R.H.*, 57 (1933), pp. 116 a 129, donde se pone de relieve el nacimiento de la *fideiussio* como obligación dependiente desde su origen a la principal, en contraposición a la *sponsio* y a la *depromissio* que tienen naturaleza independiente.

los jurisconsultos, apoyándose en los textos de Javoleno (101) no justificaron más que un juego de palabras. Según este autor, el motivo radicaba en el origen formalista de *la sponsio* y de *la fidepromissio*, en las que la palabra «*idem*» empleada por las partes distinguía la estipulación accesoria de una nueva estipulación principal (102).

Diversamente de la *sponsio* y de la *fidepromissio* que, como estipulaciones de garantía sólo podían contraerse para una *obligatio verbis contracta*, la *fideiussio* podía garantizar cualquier tipo de obligación, incluso la derivada de un delito (103).

Lo mismo sucedía con el sujeto de las obligaciones asumidas. Mientras la *fideiussio* se podía referir a cualquier tipo de obligación *in faciendo* las dos primitivas instituciones requerían que la obligación se refiriera a cosas fungibles (104).

Contrariamente a lo que ocurría en la *adpromissio*, de la que ya se ha destacado que la obligación del deudor accesorio tenía el mismo objeto que el deudor principal, en el *mandatum pecuniae credendae* la obligación era siempre diferente. En todo caso, cualquiera que fuese el procedimiento escogido para afianzar el débito no podía superar la deuda de la obligación principal pero sí ser inferior (105). De comprometerse a más, la obligación podría llegar a ser nula en caso de *adpromissio* (106) pero no en los supuestos de *constitutum* y de *mandatum pecuniae credendae*, según se desprende de los principios mismos del mandato para la *pecuniae credendae* (107).

(101) D. 46,1,42. (Jav. 10 epist.): «*Si ita fideiussorem accepero: "quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes?" non obligatur fideiussor, quia in aliam rem, quam quae credita est fideiussor obligari non potest, quia non, ut aestimatio rerum quae mercis numero habentur in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce estimanda est*». La última parte del fragmento [*quia non - fin*] ha sido considerado sospechosa por EISELE, en SZ 13 (1892), p. 149.

(102) Al respecto GIRARD, *op. cit.*, p. 760, n. 6 y DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», *cit.*, pp. 36 y ss.

(103) D. 46,1,8,5. (Ulp. 47 ad Sab.).

(104) En este sentido TALAMANCA, *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, p. 331, en contraposición a FREZZA, *op. cit.*, n. 37, que sostiene que cualquier tipo de afianzamiento puede garantizar una obligación solamente de carácter fungible. También, DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», *cit.*, pp. 40 y ss.

(105) Incluso la *Lex Cornelia* fija un límite máximo de compromiso. Sobre este punto ver APPLETON, «Les lois romaines sur le cautionnement», en SZ 28 (1907), pp. 40 y ss.; desprendiéndose la conclusión de que se aplicaba a los deudores de certa pecunia. D'ORS-GIMÉNEZ CANDELA, «Fianza parcial», *cit.*, p. 114. GAYO 3, p. 124.

(106) Según se interpreta de la naturaleza estrictamente rigurosa de estos contratos formales y de un texto de Ulpiano (D. 46,1,8,7.: «*Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur quod, si fuerint in durio rem causam admisibiti, placuit eos omnino non obligari, in levio rem plane causam accipi possunt propter quod in mino rem summam recte fideiussor accipietur (Ulp. 47 ad Sab.)*»)

(107) Ver ahora sobre la figura del *Mandatum pecuniae credendae*, ESPINOSA GOEDERT, *Mandato de crédito*, Barcelona 1994.

La accesoriedad formal, expresada con el *idem* en la estipulación del contrato, significaba accesoriedad también sustancial; esto es, dependencia de la garantía de la obligación principal.

Este carácter fue atribuido con un criterio bastante unitario a la *fideiussio* por parte de los juristas romanos. El propio Gayo demostraba que, para que fuera eficaz, era requisito indispensable la existencia previa de una obligación civil o natural.

Gai. 3,119a.: «*Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationis, adici potest. Ac ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur*». (Trad. El *fideiussor*, por su parte, puede intervenir en todas las obligaciones, es decir, obligaciones que hayan sido contraídas o por la cosa, o por las palabras, o por documentos escritos o por el consentimiento. E incluso no importa que la obligación a la que se adhiera sea civil o natural; hasta tal punto que se obliga también por un esclavo, ya sea una persona extraña quien acepte el *fideiussor* del esclavo, ya el mismo dueño en aquello que se le deba).

La doctrina romanística sobre este aspecto sostuvo largo tiempo que la importancia de la obligación principal era tal que, había que entender, que dependencia significaba sujeción a la obligación principal (108).

(108) Esta regla general cuenta con dos excepciones cualificadas: La *sponsio servi* y la *peregrini*. La idea contraria de la *unitas actu* únicamente se vio defendida por LÉVY, «*Sponsio, fidepromissio...*», *cit.*, pp. 36 y ss.; teniendo abiertamente en contra a TRIANTAPHYLLOPOULOS, «*Lex Cicereia*», T. I, Atenas, 1957, p. 85, junto con DE MARTINO, «*Studi sulle gatanzie personali*», T. II, Nápoles, 1938, pp. 56 y ss.; Triantaphyllopoulos que manifiesta reiteradamente su opinión en contra en la recensión que hace a la obra de FREZZA, «*Garanzie personali*», *cit.*, p. 29, realizada en IURA, 1963, pp. 227 y ss., se apoya Levy en su argumentación en el texto de GAI 3, 177, 178: «*Sed si eadem persona sit a quo postea stipulater, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte sit condicio, vel sponsor aut dies, adjiatur aut detraatur. Sed quid de sponsore dixi, non constat, nom diversae scholae auctoribus placuit, nihil ad novationem proficere sponsoris adiectionem aut detractionem*». Niega Levy la distinción formal entre solidaridad y garantía, en cuanto razona que el deudor está obligado a repetir su promesa con la intervención del garante (*op. cit.*, 37). IGLESIAS, por el contrario, diferencia la solidaridad de la fianza, en contra de numerosos autores citados D'ORS, VALIÑO... estableciendo que en la fianza se produce una existencia sucesiva y no simultánea, como ocurre en la solidaridad pasiva en los derechos del acreedor frente a los deudores de distinto rango. (*Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 6.ª ed., Barcelona, 1972, p. 504. En contraposición, SEGRÈ, «*In materia di...*», *cit.* p. 528.

Con estos antecedentes la doctrina pasó posteriormente a tratar la solidaridad accesoria en antítesis a la correalidad o solidaridad pura y simple (109). No obstante, esta afirmación hay que ponerla en entredicho. Estudiosos de la materia han destacado que sería bastante probable que dicha dependencia fuera únicamente exigible para la *fideiussio*, cuya validez dependía de una obligación principal válida, diversamente de lo que ocurría con la *sponsio* a la que se le atribuía una amplia independencia respecto a aquélla (110). Ambas instituciones coincidían (111) en que la obligación de garantía debía ser «*in eandem*» o «*in leviores causas*» pero nunca «*in aliam*» o «*in duriores causas*» (112). Esta matización es importante porque las fuentes establecían una limitación a la admisibilidad de las estipulaciones pasivamente accesorias en base a los criterios de la «*durior causa*» y al de la «*alia causa*».

6.2. Régimen de responsabilidad del garante

El estudio de la responsabilidad del garante presupone el tratamiento de unas *cuestiones* previas relacionadas con la *perpetuatio obligationis*. Estas cuestiones confluyen en el problema que plantea la *mora* o *factum debitoris* en relación con el fiador y el *factum sponsoris vel fideiussoris* en el nexo entre el garante y el deudor principal.

En este punto son relevantes dos textos:

D.46,1,58,1. (Paul. 22 quaest.): «*Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, veluti si moram fecit in Stichio solvendo et is decessit*». (Trad.: Cuando el deudor principal perpetúa su obligación con su propio acto, perdura también la obligación del fiador, por ejemplo si incurrió en mora para pagar a Estico y este murió).

(109) Esta se caracteriza porque todos los obligados están en similares condiciones y ninguna obligación depende de las otras ya existentes. Vide ALBERTARIO, «Corso di Diritto Romano, Le obbligazioni solidali», Milán, 1948. Para visión de la Pandectística Cfr. GLÜCK, «Commentario...», cit., pp. 875 y ss.

(110) Esta regulación se aparta de los principios aplicables a la solidaridad contractual, donde se aplicaba el principio *unicuique sua mora nocet*. DE MARTINO, («Le garanzie...», cit., p. 11) explica dicha aplicación alegando que de esta manera se destaca la función de la accesoriedad. En contra los autores partidarios de la *unitas actus*.

(111) En este sentido, DE MARTINO, «Novissimo Digesto Italiano», cit., p. 273.

(112) Sobre estas acciones mayor información en DE MARTINO, «Le garanzie...», cit., p. 160, n. 1; Nov. *Digesto Italiano*, cit., p. 273; SEGRÈ, «In materia di garanzie personali...», cit., pp. 529 y ss.

D.45,1,88. (Paul. 6 ad Plaut.): «*Mora rei fideiussori quoque nocet. Sed si fideiussor servum obtulit et reus moram fecit, mortuo Stichio fideiussori succurrendum est* (113). *Sed si fideiussor hominem occiderit, reus liberatur, fideiussor autem ex stipulatione conveniri potest*». (Trad. El fiador responde también de la mora del deudor, pero si el fiador ofrecía el pago del esclavo debido y el deudor incurrió en mora, entonces, si se muere el esclavo Estico que se debía, debe defenderse al fiador. Pero si el fiador matara al esclavo, queda liberado el deudor y puede demandarse al fiador en virtud de la estipulación) (114).

El planteamiento inicial se resolvió acogiendo a criterios de pura lógica jurídica. El garante pagaba la deuda hasta donde previamente se hubiera comprometido. El único conflicto que podía presentarse era si el fiador adelantaba el pago al vencimiento de la obligación, puesto que no se podía apreciar hasta que el deudor hubiera agotado todos sus recursos jurídicos para oponerse al pago.

También el pago anticipado en caso de mora del deudor principal dejaba sin resolver el problema de los intereses moratorios que sólo repercutían en el fiador cuando originariamente contuviesen la promesa *in quantum illum condemnarit oportebit*, equiparándola más tarde a las formas que podrían integrarse como *fideiussio in omnem causam o in omnem obligationem* (115).

D. 19,2,54,pr. (Paul. 5 resp.): «*Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur nec prosint ei constitutiones quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere. Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras...*» (Trad. Pregunto si el fiador del arrendatario estará obligado también por los intereses de las rentas no pagadas, y si no le favorecen las constituciones en las que se prevé que aquéllos que han de pagar una cantidad por otros, sólo deben responder de la pérdida

(113) Según FREZZA esta expresión haría referencia (*op. cit.*, p. 85) a una *exceptio doli* concedida al *sponsor*.

(114) FREZZA, (*op. cit.*, pp. 84 ss.), pone en relación este fragmento con D.45,1,49, pr. y D.22,1,24,1.; concluyendo que mientras en el caso de mora del *sponsor*, este responde mediante el ejercicio de una «*actio directa*», el *fideiussor* lo hace por medio de una *actio utilis ex stipulatu*; lo cual, según el citado autor italiano, «muestra ad un tempo la diferencia di struttura fra la fattispecie negoziale del primo e quella del secondo tipo di garanzia».

(115) DE MARTINO, «Novis. Dig. Italiano», voz *Fideiussione*, p. 273.

del capital. Respondió Paulo que si el fiador se obligó también en toda la deuda del arrendamiento debe responder lo mismo que el colono de los intereses de las rentas que se abonan con retraso por mora del colono...).

Si bien la situación del fiador era subsidiaria podía variar cuando el fiador incurría en mora. Esta cuestión devino polémica desde la lectura de algunos textos que se referían a la *actio ex stipulatu* (116). Ello era equivalente a presuponer que el fiador quedaba obligado *iure civili*, mientras otros textos aludían a la *actio utilis*, a la *actio de dolo malo* (117) o la *restitutio in integrum* (118) que a su vez permitía suponer que el garante se liberaba *iure civili*, sometiéndose exclusivamente a la jurisdicción del Pretor.

La polémica se suscitó desde un principio por la afirmación de los autores clásicos, rebatida posteriormente, de que, en derecho clásico, el garante quedaba liberado y que consiguientemente, los textos en los que aparecía la mención a la *actio ex stipulatu* habían sido compilados y glosados posteriormente. Otros autores mantuvieron, mientras tanto que la *actio ex stipulatio* se refería a la *sponsio* y las restantes acciones a la *fideiussio* (119).

La segunda hipótesis parece la más verosímil. Fundamentalmente porque no hubiera resultado lógico que los compiladores sustituyeran la clásica *actio utilis ex stipulatu*, cuando su tendencia general era la de ampliar la categoría de las *actiones utilis* y, además, porque resultaría poco comprensible que queriendo suprimir la *actio ex stipulatu* le hubieran dado una nueva consideración en los textos relativos a dicha materia.

(116) D.38,1,44. (Scaev. 4 quaest.).

(117) D 4,3,9. (Ulp. 11 ed.).

(118) D.40,3,38,4. (Afiic. 7 quaest.). Este fragmento es considerado por FREZZA, (*op. cit.*, pp. 92 y ss.) como referido a una acción ficticia de naturaleza rescisoria.

(119) Ver, FREZZA, *op. cit.*, pp. 85 y ss., y PUGLIESE, «Intorno alla impossibilità della prestazione causata dal paterfamilias e dal fideiussore», en *St. Paoli*, Florencia 1955, pp. 594 y ss. FREZZA señala (pp. 95 y ss.) una serie de posibles soluciones jurisprudenciales en relación a la responsabilidad del *sponsor* y del *fideiussor*:

A) Para el *sponsor*

a) Responsabilidad normal *ex stipulatu*

b) Responsabilidad eventual de dolo mediante una acción ficticia *ex stipulatu*.

B) Para el *fideiussor*

a) Responsabilidad normal (en origen) inexistente

b) Responsabilidad eventual de dolo:

1.— mediante la *actio doli*

2.— mediante una *actio* ficticia *ex stipulatu*.

En la compilación Justiniana, textos que parten de la liberación del «*reus*» atribuyen una *actio de dolo*, seguramente de origen clásico o una *in integrum restitutio* de difícil alcance para establecer *a priori* que su origen no se encuentra en la época clásica o ni siquiera en la concesión de una *actio utilis ex stipulatu* (120). Hay autores que se valen de esta interpretación (121) para entender que esta contradicción no significa más que en los textos justinianos se alcanza la unificación formal de las instituciones ya existentes: *sponsio* y *fidepromissio*, en la figura de la *fideiussio*.

Esta institución mantiene de las primeras el carácter solidario entre el deudor principal y el garante; en la *fideiussio* se destaca además, el carácter de garantía personal que asume la responsabilidad patrimonial de la deuda de un tercero, donde el fiador no puede considerarse sujeto de un deber de prestación (122).

6.3.— Acciones de los garantes

Originariamente, el garante (123) no tenía ningún recurso legal contra el deudor al que había satisfecho su deuda, por ello, el garante que veía comprometido su patrimonio corría incluso el riesgo de verse perjudicado por la mala fe del obligado principal. Conscientes de ello, los jurisconsultos promulgaron la *Lex Publilia* que permitía como primera medida protectora a los garantes ofrecer la *manus iniectio* contra el deudor si no había reembolsado la cantidad satisfecha en el plazo de seis meses; *manus iniectio* de carácter *pro iudicato* que tuvo tal relevancia que se mantuvo incluso después de la Ley Vallia (124).

La *Lex Apuleia* mejoró aún más la situación de los garantes. Esta Ley contemplaba el supuesto partiendo de la existencia de una pluralidad de fiadores para garantizar una deuda.

Como originariamente si un garante pagaba la deuda no disponía de ninguna acción para proceder contra los demás, la Ley introdujo un

(120) DE MARTINO, *Nov. Digesto Italiano*, cit., p. 273 y FREZZA, «Le garanzie ...», cit., pp. 138 y ss.

(121) DE MARTINO, *Nov. Dig. Italiano*, cit., p. 273 y bibliografía que señala sobre la materia.

(122) DE MARTINO, *ibidem*.

(123) La utilización genérica de garantía abarca cualquier persona que asuma una garantía de carácter personal. Por ello sirve para referirse a *sponsor*, *fidepromissor* y *fideiussor*.

(124) Gai. 4, 22. La fecha exacta de la *Lex Publilia* se desconoce pero hay que suponer que según un *depensum*, se remonta a la época en que se pesaba el metal como forma de pago. Pesadas que se mantuvieron, aún después de introducir la moneda de plata para las obligaciones resultantes de un *nexum* o de una sentencia. Ver TRIANTAPHYLLOPOULOS, «La législation romaine sur le cautionnement», cit., pp. 502 y 503.

medio de protección para el tercero pagador. Estableció la ficción de que entre los garantes existía una sociedad en la que cada uno debía soportar una parte de la deuda. Si se diera el caso de que uno de ellos pagase la totalidad, la Ley le proveía de una acción contra los restantes responsables de la obligación para que les pudiese exigir el excedente.

Esta Ley se aplicó tanto al *sponsor* como al *fidepromissor*, mientras que la Ley Publilia únicamente fue aplicada a la *sponsio*. Su ámbito de aplicación no quedó restringido, como sucedía en la Ley Publilia a Italia, sino a todas las provincias del Imperio (125).

Pero estas dos Leyes no lograron solventar todos los problemas para el garante, que en ocasiones se veía con serias dificultades para proceder contra los restantes obligados. A fin de paliar dichos inconvenientes se promulgó la Ley Furia que obligaba al acreedor a proceder separadamente contra cada uno de los garantes supervivientes en el momento del vencimiento de la obligación. La Ley Furia —como su propio nombre indica: *Lex Furia sponsu*— puede, aunque originariamente parece poco probable, que se promulgara para beneficiar a los *sponsores*, si bien, posteriormente por influencia de la Jurisprudencia fue extendiendo su ámbito de aplicación abarcando también el ámbito de los *fidepromissores*.

Esta Ley quiso tener un carácter tan favorable para los fiadores que en ocasiones llegaba a perjudicar al acreedor. De esta manera, el cobro total del crédito podía peligrar puesto que si uno de los garantes había fallecido, la porción correspondiente quedaría sin cobrarla. Esta supuesto era igualmente aplicable cuando alguno de ellos resultaba insolvente en el momento del vencimiento de la obligación.

La exigencia por parte del acreedor de constituir una garantía personal tenía una contrapartida. Si éste se excedía pidiendo a los cogarantes una cantidad superior a la parte que a cada cual le correspondía, se entendía que su comportamiento era delictivo, quedando expuesto a la *manus iniectio pro iudicato* (126).

Mientras que la Ley *Appuleia* se aplicaba en todas las Provincias, la Ley Furia tenía un alcance restringido sólo a Italia, donde estableció

(125) Se supone que es de fecha circundante al año 241 a.C., fecha de creación de la primera provincia; cuando Sicilia se constituyó como tal. Gai. 3,122. TRIANTAPHYLLOPOULOS, «La législation...», *cit.*, p. 504.

(126) La Ley Furia es *minus quam perfecta*. Se cree que data del s. II, siendo posterior a la Lex Appuleia y anterior a la Ley Vallia. Gai. 3, pp. 120-122; y 4, p. 22. TRIANTAPHYLLOPOULOS, «La législation sur le cautionnement», *cit.*, p. 504. Sobre este punto conviene consultar también APPLETON, «Les lois romaines sur le cautionnement», *cit.*, pp. 10 y 11. Respecto la aplicación de dicha Ley sobre la obligación principal a la accesoria ver DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», *cit.*, pp. 36 y ss.

un plazo de duración para los afianzamientos de dos años (127). Sin embargo, al acreedor no se le exigía notificar a los restantes garantes la identidad de los otros, por lo que, en numerosas ocasiones, procedía contra algún garante, si no por la totalidad de la deuda, sí por el exceso de lo que le correspondiese pagar.

Ese posible fraude a la Ley es lo que vino a subsanar la Ley Ciceireia. Esta prohibió lo que hasta aquel momento era de uso frecuente: que los garantes se comprometieran sucesivamente sin tener previo conocimiento de los anteriores afianzamientos.

La Ley Ciceireia obligó al acreedor a declarar y publicar en heraldos (*praedicere palam*) el objeto de la deuda y el número de garantes que le respaldaban. De esta manera, los fiadores que se comprometían en una etapa posterior a la inicial relación de fianza sabían con exactitud la cuantía exacta por la que respondían. Los obligados, si así lo deseaban, podían ejercitar en el plazo de treinta días desde la asunción de su compromiso, una acción prejudicial con el propósito de ganar el pleito y quedar liberados.

Esta Ley no menciona los *fideiussores* porque su fecha oscila entre mediados del siglo II a.C., siendo posterior a la Ley Furia y anterior a la Ley Cornelia.

Más tarde, la *manus iniectio* concedida al *sponsor* se sustituyó por la *actio depensi*, no pudiendo invocarse esta acción por los restantes *adpromissores*, aunque esta ley siguió conservando algunos privilegios (128).

En las relaciones obligatorias ya se aplicaba la *fideiussio* pero seguía sin existir una reglamentación específica. Al efecto de cubrir esta laguna, la Jurisprudencia definió la relación existente entre el deudor y el fiador, entendiendo que, el que interviniera en la relación establecida entre acreedor-deudor con la finalidad de prestar un servicio al deudor, a todos los efectos, era un mandatario.

Esta solución resultaba tan favorable al fiador que Marcelo y Ulpiano (129) conceden la *actio utilis* al mandante cuando éste hubiera pedido una remuneración pecuniaria. Incluso otros autores llegan a proveerle de una acción aún habiendo intervenido en el cumplimiento de la relación obligatoria principal, a pesar de la prohibición del deu-

(127) En un fragmento de las *Disputationes* de Ulpiano publicado por LENEL en 1904 se lee: «*In Furia Lege spectamus, ubi sponsor acceptus est, non ubi obligationem contracta, cui sponsus accedit. Denique ex duobus sponsoribus, quorum alter in Italia alter in provincia acceptus est, cum demum relevat qui Italicus est*». Este texto demuestra también que la Ley Furia estuvo vigente durante el siglo III d.C., a pesar que se creyó que en tiempo de Cicerón ya estaba derogada.

(128) Por ejemplo, se condenaba al deudor que negaba su deuda, a pagar el doble de la misma, *satisdatio iudicatum solvi*. *Vadimonium* de similar valor al del litigio.

(129) D.17,1,6,2. (Ulp. 31 ad ed.): «*Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio*».

dor. Es importante destacar que todos los autores concurren en atribuirle la *actio mandati contraria* para que pudiera reembolsarse por lo que pagó.

Si la intervención era espontánea era imprescindible averiguar si se realizaba con ánimo de liberalidad. De ser así, el fiador carecía de acciones puesto que se presumía que había obrado *animus donandi*. En caso contrario, se equiparaba al fiador a un gestor de negocios ajenos y se le facultaba para el ejercicio de la *actio negotiorum gestorum*.

La forma de actuación del fiador se basaba, en consecuencia, en la existencia o no de interés (servicio) en la satisfacción de la obligación principal. Ello dará lugar, según haya ánimo de lucro e interés en el cumplimiento de la obligación, a la consideración de su actuación como una gestión de negocios ajenos o un mandato.

El ejercicio de las acciones de que disponía el fiador estaba sujeto al cumplimiento de los requisitos siguientes:

1. Haber pagado la deuda previamente asumida.
2. Que el deudor hubiera quedado liberado por el pago del tercero.
3. Que el pago se hubiera efectuado después del vencimiento de la obligación.
4. Que previamente el deudor hubiera tenido conocimiento del pago del fiador para poder oponer, de estimarlo conveniente, las acciones y excepciones que obraran en su poder para negarse al pago.

6.4.— Extensión de las excepciones del deudor al garante

La doctrina romanística quiso explicar este punto utilizando varios recursos. Uno de ellos fue el basado en la accesoriedad de la garantía; otro, en la admisión del principio introducido por obra de la Jurisprudencia, apoyado fundamentalmente en el regreso (130) y finalmente en la idea de que el Pretor no había podido ignorar la diferencia entre *sponsio*, *fidepromissio* o *fideiussio*.

Los juristas clásicos se hallaban divididos sobre esta cuestión. La Jurisprudencia jugó un papel relevante en relación con las excepciones y en la pluralidad de criterios en orden a su extensión, negando cualquier diferencia de régimen entre la *sponsio* y la *fidepromissio* de un lado y la *fideiussio* de otro. Con ello se subraya la importancia de las garantías personales y de la estructura de la obligación solidaria en relación con la principal, restando importancia a la consideración del regreso (131).

(130) APPLETON, «Les lois romaines sur le cautionnement», *cit.*, pp. 40 y ss.; TRIANTAPHYLLOPOULOS, «La législation romaine sur...», *cit.*, p. 507.

(131) TALAMANCA, *ibidem* y DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», *cit.*, pp. 233 y ss.; RAVAZZONI, «Novissimo Digesto Italiano», *voz Regresso*.

Los autores se dividieron a la hora de entender que estas tres instituciones se regían por el mismo sistema. Así pues, desde formulaciones distintas llegaron a la conclusión de que la *fideiussio* se aparta de la *sponsio* y de la *fidepromissio*. Esta conclusión, ya adelantada en páginas anteriores, es común a todos los autores, que, con carácter genérico, se basan en la accesoriedad de la obligación de garantía, mientras que para la *sponsio* y *fidepromissio* las excepciones del deudor son marginales y con un fundamento distinto cifrado en el regreso del *sponsor* o del *fidepromissor* (132).

De Martino (133) mantiene que la Jurisprudencia clásica distinguía únicamente entre excepciones personales y excepciones *ex re* (134). Los juristas se basaron principalmente en la naturaleza solidaria de la *adpromissio* y en su función de garantía, que es reforzar el derecho de crédito. Por eso, independientemente de la existencia de la acción de regreso negaban la extensión de la *exceptio pacti*, dado su carácter rigurosamente personal, mientras que admitían la *exceptio doli*; la *exceptio quod metus causa*; la *exceptio rei iudicata vel in iudicium deductae* y las que se derivaban de una prohibición legal como la *exceptio legis Cinciae* y la *exceptio legis Laetoria*.

La finalidad era tender a una sistematización unitaria de las garantías, dando prevalencia a los caracteres comunes y a la solidaridad sobre las excepciones.

En el Derecho Justiniano falta una orientación segura. En declaraciones generales se afirma que las excepciones se extienden al fiador; así en D. 44, 1, 10 (Mod. 12 resp.); D. 44, 5, 1, 8 (Ulp. 76 ed.) y C. 8, 35, 11. (a.294), mientras explícitamente quedó dicho en I, 4, 14. y en D. 44, 1, 7. (Paul. 3 ad Plaut.) que algunas excepciones no se aplicaban al garante.

(132) Las excepciones, por ejemplo, eran: La *exceptio* por falta de causa en la *stipulatio* y la *exceptio legis Cinciae*; la *exceptio non numeratae pecuniae* o la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, en las que además se producía el efecto extintivo de la *litis contestatio*.

(133) DE MARTINO, «Le garanzie personali dell'obbligazione», vol. I, Roma, 1940, *cit.*, p. 36; BUCKLAND, «Les limites de l'obligation du...», *cit.*, pp. 117 y 118. En la práctica no se respetaron las formas típicas de la *fideiussio*. Se desprende de C. 6, 38, 3 en la que Justiniano declara que la caución no es la *fideiussio*; lo que es equivalente a decir que se debía especificar que una promesa se hacía para cumplimentar las exigencias de la *fideiussio*.

(134) Así, en D.44,1,7,pr.-1. (Paul. 3 ad Plaut.): «*Exceptiones. quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea quam socius habet exceptionem "quod facere possit" vel parens patronusve, non competit fideiussori: sic mariti fideiussor post solutum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur. I Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt ...*».

Señala De Martino (135), que es importante destacar que los compiladores, en los textos que contenían declaraciones de principio, no fundamentaron la extensión de las excepciones al garante sobre el derecho al regreso, si bien servían particularmente para los *pacta* como se menciona en I.4,14,4.

«*Exceptiones autem quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fideiussoribus eius: et recte, quia, quod ab his petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati iudicio redditurus est eis, quod hi pro eo solverint. Qua ratione et si de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit, placuit proinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque qui pro eo obligati essent, ac si et cum ipsis pactus esset, ne ab eis ea pecunia peteretur*». (Trad. Mas las excepciones por las que se defiende un deudor, suelen darse las más de las veces también a sus fiadores; y con razón, porque lo que de ellos se pide, parece pedirse del mismo deudor puesto que por la acción del mandato habrá de devolverles lo que por él hubieren ellos pagado. Por cuya razón, si alguno hubiere pactado con el deudor no reclamarle la cantidad, se estableció que debía auxiliarse con la excepción del pacto convenido también a aquéllos que por él se hubiesen obligado, del mismo modo que si también con los mismos hubiese pactado, que no se exigiría de ellos la cantidad.

De la lectura de este fragmento extrae Frezza (136) tres enseñanzas que se apartan de la tesis mantenida por De Martino. En primer lugar, el fundamento de la extensión al fiador de las excepciones del deudor está en el derecho de regreso del fiador frente a éste. En segundo lugar, que la jurisprudencia había decidido extender como norma al fiador la excepción que nace de un *pactum de non petendo*. Y por último, que normalmente no se extienden al fiador aquellas excepciones de las que puede beneficiarse el reo «senza che possa prospettarsi la possibilità di rivalsa contro el reo del garante condannato» (137).

(135) DE MARTINO, *Nov. Digesto Italiano*, T. 8, *cit.*, p. 274 y bibliografía, nota 1; COLLINET, «Le pseudo-bénéfice de division des débiteurs solidaires romains», en *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, T. I, *Diritto Romano e bizantino*, V., XVII, Padua, 1934, pp. 273 a 289.

(136) *Op. cit.*, p. 97.

(137) Después de un estudio pormenorizado de cada una de las excepciones, y tras afirmar que el pacto es por excelencia el instrumento de la manifestación de voluntad de un sujeto, FREZZA concluye: «In sintesi, possiamo dire che la storia dell'unificazione del regime della comunicazione allo *sponsor* ed al *fideiussor* delle eccezioni del reo principale, è, sotto il profilo tecnico-giurirco, la storia della . autonomizzazione. della obbligazione del *fideiussor*, e della comunicazione degli effetti del *pactum de non petendo* a soggetti altri dai paciscenti», *op. cit.*, p. 126.

6.5.— Forma

Respecto a la forma, su naturaleza verbal decae en la época postclásica, inmediatamente después del decaimiento de la *stipulatio*.

C.8,40,27,1-2.: «*Sancimus itaque, nisi confessio litteris exposita fuerit a fideiussoribus ex repraesentatione personarum, licet attestatio super hoc praecesserit, attamen adhuc sine scriptis esse fideiussionem, videlicet in causi privatis, existimari et duobus mensibus effluentibus ab huiusmodi nexu fideiussores liberari, nisi in tempus certum data est fideiussio: tunc enim in tantum eam extendi in quantum etiam attestatio fuerit expressa. 2 Sin autem publica causa interveniat, tunc omnimodo attestationem pro scriptura haberi...*» (a.531) (Trad. Así pues, mandamos, que si no se hubiera hecho por escrito la confesión por los fiadores de la representación de las personas, aunque respecto a ello hubiera precedido atestado, se estime, sin embargo, que aun siendo sin escrito la fianza, ciertamente, en las causas privadas, quedan libres, transcurridos dos meses, de tal obligación los fiadores, a no ser que la fianza haya sido dada hasta un cierto tiempo; porque entonces ésta se extiende a tanto tiempo para cuanto también se hubiera hecho el atestado 2. Mas si mediara en causa pública, en este caso sea de todos modos considerado el atestado como escritura...).

No se tiene certeza de que la forma escrita tuviera un valor *ad substantiam* o *ad probationem*. De una parte, porque sólo la fianza producía efectos sin límite de tiempo, ayudando a que la forma pareciera un elemento sustancial. De otra, porque se admiten subrogados en la forma, por ejemplo, en la *confessio litteris* o en la *fideiussio ad tempus certum* o en la *attestatio*, que induce a pensar que la forma escrita se pedía única y exclusivamente con la finalidad de acreditar que existía un medio documental (138).

6.6.— Relaciones entre deudor-garante: El *beneficium excussionis*

Las consecuencias de la Constitución Adrianea, aplicada desde sus inicios con un criterio amplio, se recogieron en el derecho Justiniano, el cual introdujo el *beneficium excussionis* que es el equivalente al derecho que tiene el fiador de exigir que el acreedor se dirija en primer lugar contra el obligado principal, salvo que aquél fuera insolvente o ausente.

(138) Para ampliación de este punto, TALAMANCA, *N.E.D.*, cit., p. 334, n. 96.

Esta sistemática superaba la antigua naturaleza solidaria de la *fideiussio*. Tras él, al fiador sólo se le podía reclamar la obligación contraída en caso de insolvencia total o parcial del deudor.

7.— EL *BENEFICIUM CEDENDARUM ACTIONUM*

Los Jurisconsultos reconocían al *adpromissor* que pagaba la deuda la facultad de solicitar del acreedor que le cediera las acciones que ostentaba frente al deudor principal. Esta facultad se denominó *beneficium cedendarum actionum*.

Esta cesión de acciones constituía, en opinión de algunos autores, un reforzamiento a la autónoma acción de regreso, diferenciándose de aquélla en que además permitía configurarla con especiales garantías (139).

Se distinguía de la *actio mandati* en que se concedía en atención a la relación establecida entre garante y acreedor mientras que aquélla derivaba del vínculo entablado entre garante-deudor.

En cuanto a su forma, la cesión de acciones constituía al cesionario como representante procesal (*cognitor* o *procurator*) del cedente, con la particularidad de que en la fórmula prestada por el cesionario, recaía en la *intentio* el nombre del cedente y en la *condemnatio* el del cesionario (140).

Su contenido se centraba en asegurarle al garante la misma posición procesal que ostentaba el acreedor contra el deudor.

La cesión de las acciones se podía efectuar voluntaria o coactivamente. Dentro de esta última hay que distinguir dos supuestos:

7.1.— Cesión de las acciones al garante contra el deudor

En relación con este punto cabe citar algunos textos en los que se prescribía la obligación del acreedor de ceder sus acciones al garante, aunque éste siguiese manteniendo su derecho de regreso contra el deudor principal y recibiendo del acreedor las garantías reales que disfrutase. Estos fragmentos son:

D.46,1,36. (Paul. 14 ad Plautium).: «*Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodadmodo*

(139) MERLO, «La surrogazione per pagamento», Padova, 1933, p. 1.

(140) Gai. 4,86.

nomen debitoris vendidit "et ideo habet actiones, quia teneatur ad id ipsum, ut praestet actiones"». (Trad. Cuando el que tiene un deudor y unos fiadores cede sus acciones a uno de los fiadores mediante el pago de una cantidad, podría pensarse que estas acciones ya no existen, una vez que él ha cobrado lo que se le debía, y que todos han quedado liberados por ese pago, pero no es así, porque no es cobrar lo que hace, sino que, en cierto modo, ha vendido su crédito y por eso conserva las acciones, pues está obligado precisamente a entregar estas acciones) (141).

D. 17,1,45,5. (Paul. 5 ad Plautium).: «*Quotiens autem ante solutam pecuniam mandati agi posse diximus, faciendi causa, non dandi tenebitur reus; et est aequum, sicut mandante aliquo actionem nacti cogimur eam praestare iudicio mandati, ita ex eadem causa obligatos habere mandati actionem, ut liberemur*». (Trad. Pero en los casos en que dijimos que puede demandarse por el mandato antes del pago del dinero, el mandante queda obligado a hacer y no a dar, y es justo que así como estamos constreñidos por la acción del mandato a ceder la acción que adquirimos por un mandato, así también, si quedamos obligados por la misma causa, podamos ejercitar la acción de mandato para obtener la liberación) (142).

Se observa como en el segundo de los textos, D. 17, 1, 45, 5., no se contempla la hipótesis de la fianza sino la del mandato de crédito. Sin embargo, en el derecho justiniano no se puede mantener, a pesar de los textos expuestos, que se siga la misma regulación del *beneficium cedendarum actionum* en ambas figuras, y aún menos se puede deducir (143) que después de la introducción del *beneficium excussionis* se extienda al fiador el *beneficium cedendarum* que correspondería al *mandator pecuniae credendae* (144).

(141) Se trata de un fragmento sobre cuya autenticidad numerosos autores han manifestado sus dudas; especialmente por lo que respecta al párrafo final. Así, por ejemplo, ALBERTARIO, «L'uso classico e l'uso giustiniano di "extorquere"», en SZ. 32 (1911), p. 317 n. 1. En general, ver Index Interp.

(142) Este texto ha sido considerado no genuino, entre otros, por DONATUTI, (*Studi di Diritto Romano I*, Milán 1976, p. 289) quien, por otra parte, considera sospechoso también el párrafo 4 del mismo fragmento.

(143) D. 46, 1,13 (Iul. 14 dig.): «*Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: Sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. cet*». Se aleja del anterior, en que se expone una hipótesis de cesión de las acciones del acreedor al garante contra el deudor.

(144) FREZZA, *op. cit.*, p. 182.

El único texto en que se habla de cesión de acciones del acreedor al *fideiussor* es el de Paulo D. 46, 1, 36. En el texto citado se observa que todo acreedor, que cede sus acciones después de haber sido resarcido por parte de uno de los fiadores, transmite acciones inexistentes dado que el pago al acreedor extingue la obligación y consiguientemente la deuda. Pero ello no sucede así porque simultáneamente dicho pago supone también una venta de la titularidad del deudor *nomen debitoris* (145). Se trata de una cesión voluntaria, por tanto, no coactiva, lo que demuestra que la cesión se realiza mediante un proceso contra el fiador, en que se produce un pago voluntario seguido de la cesión de acciones del *accipiens* (146). Un supuesto de cesión coactiva lo encontramos en un rescripto del año 207 de los emperadores Severo y Antonino:

C.8,40,2,pr.: «*Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fideiussorem accepit, licet, si malit, fideiussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverint. Quod cum faciat debet ius pignorum in eum transferre*». (Trad. Al acreedor que por una misma deuda recibió prendas y fiador, le es lícito, si lo prefiere, demandar al fiador por la cantidad por la que se hubiere obligado. Y cuando hace esto debe transferirle a aquél el derecho de las prendas).

Se aprecia pues, claramente, la diferente forma de expresarse utilizada en uno u otro supuesto. Mientras que en el fragmento de Paulo se habla de «... *accepta pecunia praestat actionem* ...», en el rescripto poco antes citado, se señala que «... *debet ... in eum transferre*».

Así como la función de la *actio mandati contraria* servía de instrumento para resarcir al garante que había pagado, la cesión de acciones desempeñó la función de subrogar al garante que había satisfecho el crédito en las garantías reales que reforzaban la relación crediticia.

7.2.— Cesión de acciones al garante contra el resto de cogarantes

Como ya quedó expuesto, la Ley Appuleia había concedido beneficios para el coobligado que pagaba por varios *sponsors* o *fidepromissores* más de la porción que le correspondía a fin de que pudiera obtener el reembolso de los otros coobligados. Tampoco existía, en tiempos de Gayo, otra posibilidad que la ofrecida en la *Epistula divi Hadriani*, de dividir el gravamen entre los cofiadores solventes en el momento en que el acreedor presentara la demanda.

(145) Ver, LEVY, «Sponsio...», *cit.*, pp. 205-207; SEGRÈ, «Corso di diritto romano», I, Torino, 1929, pp. 198 y ss.

(146) CAMPOGRANDE, «Trattato della fideiussione nel diritto odierno», Turín, 1902, p. 4.

Gayo no menciona otros recursos para regular estas relaciones. La imposibilidad de acceder al regreso se afirma como principio general en C.8,40(41),11. (a.229) (147), por lo que *a contrario sensu* cabe interpretar que no se dará en relaciones en las que existan pluralidad de garantes pero no obligados de manera solidaria (es el supuesto en que no puede aplicarse el beneficio de la división *ex epistula divi Hadriani*, donde hay pluralidad de obligados sin relación entre ellos).

«*Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfacit, actio ei adversus eum qui una fideiussit non competit. Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut ius pignoris quod fiscus habuit in te transferretur, et si hoc ita actum est, cessis actionibus uti poteris*». (Trad. Cuando uno de los fiadores pague por completo la deuda, no le compete acción contra el que afianzó junto con él. Pudiste ciertamente al pagar al fisco, pretender que se te transfiriese el derecho de prenda que tuvo el fisco, y si esto se hizo así, podrás ejercitar las acciones cedidas. Lo que se ha de observar también respecto de las deudas privadas).

7.3.— Relación del *beneficium cedendarum* con el *beneficium divisionis*

Entre ambos beneficios debió existir un conflicto de competencias. En este sentido, Juliano (148) entendía que al fiador que renunciaba al *beneficium divisionis* se le protegía con la cesión de acciones del acreedor, lo que podía entenderse como que el *beneficium cedendarum* era una alternativa que permitía al fiador sustituir voluntariamente el *beneficium divisionis*.

En las fuentes se conserva un único caso en el que el ordenamiento jurídico no concede al garante obligado solidariamente el *beneficium divisionis* sustituyéndolo coactivamente por el *cedendarum actionum*. Dicho texto de Papiniano (149) seguido de una glosa, suspende el

(147) Otro ejemplo que se encuentra en las fuentes es el de la cesión de la *condictio indebiti* del deudor principal, después de haberle pagado al garante, siempre que este último lo hubiere realizado omitiendo informar al deudor de su comportamiento, FREZZA, *op. cit.*, p. 182.

(148) D.46,1,17. (Iul. 89 dig.): «*Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomine*».

(149) D. 46, 6, 12 (Pap. 12 quaest.): «*... ceterum fideiussores civiliter in solidum obligati ceteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt: pupilo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est, ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos iudices constituerentur*».

beneficium divisionis al cofiador de un tutor. Este párrafo al que se hace referencia se valora como una norma excepcional que deroga la regla general de máxima protección a los intereses del pupilo (150).

8.— PLURALIDAD DE FIADORES

El principio general era que los cofiadores se obligaban solidariamente, de forma que el acreedor pudiera reclamar la deuda a uno cualquiera de ellos, como si se tratara de una caución única. De esta manera, el acreedor se podía resarcir por la totalidad de la deuda procediendo sucesivamente contra todos los *mandatores pecuniae credendae*, porque la *litis contestatio* de uno no liberaba a los otros de su responsabilidad.

Antes de la reforma justiniana, en el supuesto de haber estipulado una *adpromissio*, en el caso de que se procediese contra uno de ellos, quedaban liberados los restantes deudores subsidiarios. A partir de entonces no. Sin embargo, en todas las épocas, cualesquiera que fuera la forma de compromiso, el acreedor podía elegir el obligado accesorio al que dirigirse, sin tener en principio obligación de dividir el *quantum* de la obligación.

Sobre este punto se operaron dos cambios sucesivos: Uno en tiempos de la República y otro en el Principado.

Como se indicó en epígrafes anteriores, la primera reforma que se operó tuvo lugar con la *Lex Furia* (151), que dispuso que la insolvencia o fallecimiento de uno de los cogarantes perjudicaba al acreedor y no al resto de obligados (152).

(150) Otra confirmación de la configuración del *beneficium cedendarum* como alternativa del *beneficium divisionis* en relación con la tutela. Así, D.27,3,1,11.13 (Ulp. 36 ad Ed.). Ver en FREZZA, *op. cit.*, pp. 186-187, las consecuencias resultantes de la comparación entre los textos de Modestino y de Ulpiano citados.

(151) Según testimonio de GAYO (Gai. 3,122), esta Ley posterior a la Appuleia, se promulgó cuando ya existían las provincias. En opinión de GIRARD, (*op. cit.*, p. 770, n. 4) es anterior a la Ley Ebuca basándose para ello en que produjo el nacimiento de una *manus iniectio pro iudicato* en lugar de dispensar el pago de la deuda. En terminología de Gayo tiene que ser anterior a la Ley Vallia que transforma todos los supuestos de *manus iniectio*, excepto dos, si se trata de *manus iniectio pura*.

(152) La interpretación de Gayo 4, 22 es que la Ley Furia de *sponsu* establece una *manus iniectio pro iudicato adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset*; sin duda contra aquel que hubiera obtenido judicialmente del fiador más de lo correspondiente a su parte. Conclusión evidente es (GIRARD, *op. cit.*, p. 771) que el acreedor que reclama el *quantum* total a un fiador no realice una *plus petitio* para obtener judicialmente el pago; únicamente como consecuencia de dicho pago, el fiador tendrá la *manus iniectio* como acción de repetición contra el acreedor. Lo que demuestra que (GIRARD, *ibidem*) el texto de GAYO 3,121 se refiere únicamente al período de tiempo que dure el procedimiento formulario, en el que el *sponsor* tiene facultad de poner las excepciones pertinentes para oponerse al pago. Autores contrarios a la opinión formulada Cfr. GIRARD, *ult. op.cit.*, n. 1.

La escasa aceptación que tuvo entre los acreedores fue el motivo por el que probablemente se redactara la Ley Cicereia; Ley que con bastante probabilidad fue la que introdujo la *fideiussio* (153).

La segunda modificación, que se introdujo mediante el rescripto de Adriano (154), concedía a los fiadores solventes el beneficio de división, al mismo tiempo que los dispensaba de adelantar la cuota correspondiente al resto de fiadores. Simultáneamente con este rescripto se intentaba proteger mejor a los acreedores. Se pretendía, por tanto, conciliar el interés del acreedor y el de los fiadores responsabilizándolos de su insolvencia recíproca, pero dispensándoles de pagar más de la parte que le correspondía a cada uno en situación de solvencia (155).

Este beneficio sólo se concedía a los cofiadores, incluso de provincias, que habían entablado una demanda (156). El cofiador que no procediere de este modo no podía dirigirse después contra el acreedor, puesto que carecía de acción contra él (157). Asimismo, este beneficio se podía denegar al fiador considerado indigno porque había rechazado la deuda o su compromiso de ser fiador de un tutor o de una mujer (158).

Los efectos variaban según los casos: Si el acreedor reconocía la solvencia de los fiadores, el Pretor le entregaba contra cada uno de ellos una acción comprensiva únicamente de su parte. Si el fiador era solvente y se le demandaba por la totalidad, el fiador no podía pedir la división sin que el resto soportase a su cargo los riesgos y sin garantizar su fianza. Si el acreedor no aceptaba esta proposición, el Pretor le concedía una acción por el *quantum* total del débito, pero insertando en la fórmula la excepción si *non et illi solvendo sint* (159).

Como cuando pagaba el fiador no estaba implícitamente donando al deudor el valor de lo pagado, se le concedía el derecho de hacerse reembolsar la cantidad expedida por el afianzado.

(153) Ley que implantó bajo pena de nulidad que se hiciera pública una lista con el número de acreedores y el montante del crédito.

(154) El término se refiere a los sujetos comprometidos por la *fideiussio*.

(155) La obligación, de todos modos, no se divide *ipso iure* entre los cogarantes. En caso de ruina o muerte de uno de ellos sin dejar herederos, su parte se carga sobre los otros fiadores. (D. 46,1,26. Gai. 8 ed. prov.).

(156) Apartándose de lo regulado por la Ley Furia.

(157) El principio general que afirmaba la inexistencia de regreso entre cofiadores venía establecido en C. 8,40,11, pr.: «Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciatur, actio ei adversus eum qui una fideiussit non competit» (a.229). También, en D.46,1,39. (Mod. 2 reg.). FREZZA (*op. cit.*, p. 184) argumenta a contrario «dove vi sia pluralità di garanti ma non coobbligazione (ossia nell'ipotesi di piú garanti che si siano obbligati l'uno indipendentemente dall'altro, nella quale ipotesi non trovava luogo il beneficio deLLa divisione ex epistula divi Hadriani) ivi esista la possibilitá di dare al garante che ha pagato un mezzo di rivasa contro gli altri garanti».

(158) Ampliación de este punto en GIRARD, *op.cit.*, p. 773, n.2 y p. 772.

(159) CUQ, *op. cit.*, p. 652.

9.— REGRESO DEL GARANTE

9.1.— Orígenes

Existe desde una época muy antigua. Incluso se han encontrado vestigios de esta institución en civilizaciones anteriores. En el Derecho Romano aparece en la época más arcaica (160) de las garantías personales con la *actio depensi* para beneficiar al *sponsor*, que permanecerá durante el transcurso de las distintas épocas romanas como única acción de regreso, en opinión de Talamanca (161). Su ámbito de aplicación, sin embargo, se limitó a la *sponsio*, lo que, consiguientemente, abre un interrogante respecto a su aplicación en la *fidepromissio* y *fi-deiussio*.

La Jurisprudencia no reconocía el derecho de regreso al garante que cumplía la obligación del deudor principal pero reconducía el tema a los principios que regulaban la gestión de negocios ajenos y el mandato (162). Si la garantía había sido asumida por encargo del deudor principal, el garante tenía opción a ejercitar la *actio mandati contraria* mientras que si no existía encargo ni hechos que excluyeran totalmente la posibilidad del regreso, el garante quedaba legitimado al ejercicio de la *actio negotiorum gestorum contraria* (163).

No parece probable que se pueda contar en el derecho clásico con el *beneficium cedendarum actionum* (164) como un medio de defensa del garante o de los cofiadores. Ahondando en esta idea, Frezza ha destacado la inexistencia de textos relativos a dicho beneficio en materia de estipulaciones pasivamente accesorias (165).

9.2.— Fundamento

El fundamento del derecho de regreso se encontraba en el nexo interno que unía al garante con el deudor principal (166). La relación

(160) ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni di Diritto Romano», Nápoles, 1945, p. 404.

(161) TALAMANCA, *op. cit.*, p. 337.

(162) ÁLVARO D'ORS, *op. cit.*, p. 512 que amplía incluso la relación a la sociedad.

(163) En ambas ocasiones son requisitos indispensables la buena fe y que el garante se comporte con la debida diligencia.

(164) Dicho beneficio se introdujo con la finalidad de extender el derecho de regreso cuando no se podía utilizar ni la *actio mandati* ni la *negotiorum gestorum*. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 407.

(165) FREZZA, «Le garanzie delle obbligazioni», *cit.*, pp. 181 y ss.

(166) Al respecto CAMPOGRANDE, «Trattato della fideiussione nel diritto odierno», Turín 1902, p. 436.

existía como mera relación social, desprovista de calificación jurídica, con su base en la dependencia económico-social que existía entre garante y deudor.

Sobre estas ideas se han interpretado algunos testimonios literarios de Cicerón y posteriormente de las *declamationes* que se atribuyeron a Quintiliano en las que se pone de manifiesto la inconveniencia de cobrar una deuda a los *sponsors* en lugar de al obligado principal.

Uno de los testimonios de las reflexiones jurídicas del contenido social de la relación entre garante y deudor principal lo constituyó la *Tabula Heraclensis (Lex Julia Municipalis)*, que ordenaba a la Magistratura Municipal que el deudor que hubiera expuesto a sus garantes a pagar por él no pudiera después ser amparado por ella.

También se consideraba inmerso en delito de injurias al acreedor que reclamaba el pago a los fiadores, cuando el deudor principal estaba dispuesto a pagar diligentemente. Esta idea la recogió Gayo en un texto referido, en opinión de Frezza, a los *sponsors* primordialmente, aunque incluye a los *fideiussores* (167).

Según el autor citado (168), la peculiar vinculación económico-social de la relación entre deudor principal y garante se explica como el primer reconocimiento del derecho de regreso que se encuentra en el desarrollo histórico de las formas de garantías personales de la obligación, en la cual, el derecho de regreso se configuraba al margen de la existencia de una relación jurídica interna entre garante y obligado principal. En esta configuración, el derecho de regreso aparece como correspondiente a la misma estructura de la relación de la garantía personal de la obligación (169).

La relevancia de su opinión, es que, por vez primera, considera que el regreso es inherente a la relación misma de fianza. No interesa cómo se estipuló dicha relación: establecer una relación obligatoria de fianza implica aceptar el regreso.

Este derecho, que prosigue al nacimiento de la relación obligatoria se va concretando a través de leyes y acciones citadas anteriormente.

La primera Ley que estableció una acción protectora del fiador fue la Ley Publilia que concedió al *sponsor* una *manus iniectio*, si no se le hubiere reembolsado lo que satisfizo en el pago de seis meses.

La Ley Appuleia establecía una especie de sociedad entre los *sponsors* o *fidepromissores* de un mismo débito. En concreto, concedía al garante, que había pagado más de lo que le correspondía o la totalidad de una deuda, una acción para dirigirse por lo que debían haber satisfecho los demás contra aquéllos.

(167) D,47,10,19. (Gai. 22 ae ed. prov.) «*Si creditor meus, cui paratus sum solvere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellaverit, iniuriam tenetur*».

(168) FREZZA, *op. cit.*, p. 160.

(169) Dicha afirmación no es tan categórica en cuanto a su origen.

Ambas leyes consideraban este derecho de regreso parte integrante de la estructura jurídica de la relación de garantía. El garante obtenía *ope legis* esta acción cuando se obligaba sin entrar en el modo de constitución de la relación obligatoria.

Estas dos formas se consideraban las más antiguas aplicables a la *sponsio* y *fidepromissio*. Posteriormente apareció una tercera modalidad para beneficiar también al *fideiussor* que es la *actio mandati contraria*, acción propia de la compilación Justiniana. Sin embargo, la aparición de esta última no es óbice para que pudieran seguir aplicándose las originarias (170).

Lo expuesto implica la existencia *ope legis* del derecho al regreso desde el momento en que se pagó; por tanto, lo que justificaba este derecho es la intervención del fiador.

El regreso convencional acabó por suplantar al regreso *ope legis* por razones evidentemente de tipo práctico puesto que el regreso convencional se adaptaba mejor para regular situaciones accesorias o marginales, que requerían una forma negocial más elástica que la que resultaba de la legal.

Esta consideración del regreso convencional sirvió para encuadrar en él la relación de mandato entre deudor y fiador con la condición de que el primero no se opusiera a la intervención del fiador o no hubiera ignorado el pago del tercero.

D. 17,1,53. (Pap. 9 quaest.): «*qui fides alteris pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante alterutrius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi: nec ne movet, quod pecunia fideiussor reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas*». (Trad. El que por mandato de uno se hizo fiador de otro que se hallaba presente y no lo recusó, tiene obligados a ambos por derecho de mandato. Pero si se hizo fiador de uno contra su voluntad o ignorándolo, por seguir el mandato de otro, puede demandar solamente al que mandó, no también al deudor. Y no me convence de otra cosa la consideración de que el deudor quede liberado con la cantidad que paga el fiador, pues lo mismo ocurre cuando pagas por otro siguiendo mi mandato).

(170) El propio GAYO, 3,127, lo sostiene: «*In eo quoque per omnium causa est (sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum), quod si quid pro reo solverint, eius recipiendi gratia habent eum eo mandati iudicium. Et hoc amplius sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum quae appellatur depensio*».

9.3.— Ejercicio de la acción

El garante debía obligarse de manera voluntaria (171). Caso contrario, el garante obligado no tenía derecho al ejercicio de la acción de regreso.

Segrè (172) mantiene que la ignorancia, ya sea de hecho o de derecho, no suprimía el vicio de inexistencia para el ejercicio de la acción de regreso. En cambio, para Frezza (173) esta formulación es errónea puesto que la distinción entre *ignorantia iuris* e *ignorantia facti* tiene un asidero fuerte en el pensamiento jurídico romano.

Distingue el último autor citado entre ignorancia de la invalidez del propio vínculo obligatorio, en cuanto referido a la relación entre el vínculo *fideiusorio* y el principal (por ejemplo que sea nula la fianza porque se extinguió *in duriores* o *in aliam causam*) y entre la ignorancia de las normas que convierten la relación obligatoria en ineficaz en sí misma (ejemplo de ello podría ser que se entable una garantía personal por valor superior a veinte mil sestericios según lo fijado por la Ley Cornelia...).

Aunque Segrè utiliza para justificar su exposición un texto de Pomponio, Frezza lo menciona en sentido opuesto del apuntado por aquél (174). Este último autor considera de clásica la norma en virtud de la cual, el garante que desconociese por *ignorantia facti* la validez de su relación, podía ejercitar, siempre que hubiera pagado, la *actio mandati contraria* contra el deudor principal.

El segundo requisito que se precisaba para el ejercicio de la acción de regreso era el conocimiento de las excepciones que podían alegarse en juicio contra el acreedor (175), basado en un deber recíproco de

(171) D. 17,1,29,1 (Ulp. 7 disput.): «*Non male tractabitur, si, eum ignoraret, fideiussor inutiliter se obligatum, solverint, an mandati actionem habeat, et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia eius potest, si vero ius, aliud dici debet*».

(172) SEGRÈ, «Corso di Diritto ...», cit., p. 168.

(173) FREZZA, op. cit., p. 168.

(174) D. 22,6,3,pr. (Pomp. 3 ad Sab.): «*Plurimus interest, utrum quis de alterius causa et facto non iure suo ignoret*».

(175) D. 17,1,29,pr. 2-4 (Ulp. 7 disput.): «*Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod soverit, quaeritur et si quidem sciens praetermiserit exceptionem (vel doli non numeratae pecuniae), videtur dolo versari (dissolute enim negligentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur, pari ratione et si aliqua exceptio debitori competeat, pacti forte conveni vel cuius alterius rei, et ignarus nanc exceptionem non exercebit, dici oportet mandati ei actionem competere: potui enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum. 2. Si, cum debitor solvisset, ignarus fideiussor solverit, puto eum manda, i habere actionem: (ignoscendum est enim ei, si non divinavit debitorem solvisse: debitor enim debuit notum facere fideiussori iam se solvisse creditor obrepat et ignorantia eius circumveniat cutiat ei summam, in quam fideiussit). 3. Hoc idem tractari et in fideiussore*

diligencia y de información entre el garante y el deudor principal. Si el fiador no respetaba esta carga perdía el derecho al ejercicio de la acción de regreso. Si por el contrario, el que no lo respetaba era el deudor principal, se exponía a tener que pagar dos veces la deuda.

Igualmente, en el caso de que el deudor dispusiese de una *actio mandati directa* contra su obligado, si hubiere notificado la extinción de la obligación en la forma convenida, no dispondría del regreso si no hubiera cumplido con el deber de informar en el momento de saldar su deuda.

Mucius Scaevola matizó algunas circunstancias que se han conocido a través de Celso (176). Si el *sponsor* —parece que Celso no conoció la *fideiussio*— avisado por el deudor conscientemente pagó capital e intereses, aunque hubiera omitido la obligación de impugnar los intereses para proteger su buen nombre, por la importancia de la *fides* en las relaciones entre deudor y *sponsor*, no decaía el derecho del que garantizaba una obligación aunque conscientemente hubiera omitido la oposición al acreedor de una excepción dilatoria.

Los autores postclásicos apoyándose en la opinión de Mucius Scaevola sostuvieron que el garante no podía omitir ninguna de sus excepciones personales, excepto la *minus honestae*; si lo hiciera incurría en la pérdida de su derecho de regreso.

A lo manifestado anteriormente debe también añadirse que el compromiso que asumía el *sponsor* o *fidepromissor* en ningún caso podía ser de carácter condicional por lo que siempre quedaba obligado al pago de la deuda por la que se comprometió (*idem*). Tiene su importancia, a raíz de que quedan sometidos a la regla según la cual no se puede actuar en dos procesos ostentando un único derecho.

Los jurisconsultos intentaron remediar esta situación mediante expedientes para evitar que el acreedor sufriera los efectos de la *litis contestatio*.

potest, si, eum solvisset non certioravit reum, sic deinde reus solvitur quod solvere eum non oportebat, et credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fideiussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori; cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur. 4. Quaedam tamen etsi scieus omittat fideiussor, care fraude, ut puta si exceptionem procuratoriam omisit (sive scieus sive ignarus): de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare».

(176) D. 17,1,48,pr. (Celsus 7 dig.): «Mucius Scaevola ait, si quis sub usuris creditam pecuniae fideiussisset et reus in iudicio conventus cum recusare vellet sub usuris creditam esse pecuniam et fideiussor solvendo usuras potestatem recusandi eosreo sustulisset, eam pecuniam a reo non petiturum, sed si reus fideiussori denuntiasset, ut recusaret sub usuris debitam esse nec is propter suam existimationem recusare voluisset, quod ita solverit, a reo petiturum, hoc bene censuit Scaevola: parum enim fideliter facit fideiussor in superiore concasu, quod potestatem eximere reo videtur suo iure uti: Ceterum in posteriore casu non oportet esse noxae fideiussori, si pericisset pudori suo».

El primer recurso que utilizaron fue redactar el contrato de forma que el procedimiento contra una de las partes no extinguiera la obligación y que no se pudiera actuar contra el fiador mas que después de haber sido infructuosas las actuaciones contra el deudor principal.

Otro procedimiento era el de evitar que se procediera en primer lugar contra el fiador, si sabiendo que el deudor era solvente, el acreedor consentía en proceder contra el deudor principal. Al perseguir a este en virtud de dicho mandato, el acreedor exigía la acción nacida de la *fideiussio*, pero si el deudor no le pagó, tenía contra el fiador una acción derivada del mandato (177).

Un último procedimiento más directo era la estipulación de un pacto entre el acreedor y el deudor en virtud del cual el fiador renunciaba al efecto extintivo de la *litis contestatio*. Este consentimiento incluía el poder acceder a proceder contra el fiador si el deudor principal no pagaba (178).

Con Justiniano se admitían únicamente los casos en que la *litis contestatio* operaba *ope exceptionis*. Partiendo de esta cláusula del año 531, implantó con carácter definitivo la abolición del efecto liberatorio producido por la *litis contestatio* en caso de pluralidad de deudores.

C. 8, 40, 28, pr.: «*Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari*». (a. 531) (Trad).

Mandamos en general, que así como se ha establecido respecto a los mandantes, que hecha la contestación contra uno de ellos no queda libre el otro, así se observe también respecto a los fiadores).

A partir de dicha Constitución, la *litis contestatio* realizada con el deudor principal dejó subsistir el crédito contra el fiador, al igual que había ocurrido con el *mandator pecuniae credendae*. Desde este momento no se encuentra justificación a que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra el deudor principal o subsidiario, a no ser que se motive por el carácter de la *adpromissio* (179). Con esta afirmación varía la orientación dada a la *fideiussio*. Desde dicho momento, no se encuentra inconveniente en imponerle al acreedor un orden para hacer

(177) Al respecto GIRARD, *cit.*, p. 709.

(178) Dicha estipulación era nula en el derecho antiguo donde la regla del efecto extintivo era de orden público en cuanto al fondo. Respecto de la forma, el simple pacto no era suficiente para conceder una acción reemplazando la extinguida de pleno derecho.

(179) GIRARD, *op. cit.*, p. 769.

frente a su cobro. Si el deudor es solvente es justo proteger al fiador para que no se proceda contra sus bienes sin causa suficiente, puesto que la función del fiador es respaldar el patrimonio del obligado principal, no respondiendo por él en todo caso, sino exclusivamente en caso de insolvencia, en su doble aspecto de total o parcial. Por ello Justiniano, en prevención de posibles perjuicios al fiador, introdujo en el año 535 el beneficio de orden o de excusión (180).

El último supuesto que resta por analizar es la injusta condena del garante.

D. 46,1,67. (Paul. 3 ad Neratium): «*Exceptione, quae tibi prodesse debebat, usus iniuria iudicis damnatus est: nihil tibi praestabitur iure mandati, quia iniuriam, quae tibi facta est, penes te monere quam ad alium transferi aequius est "scilicet si culpa tua iniustae damnationis causam praebuisti"*». (Trad. «Como fiador» has sido injustamente condenado por un juez a pesar de haber alegado una excepción que debía favorecerte: nada te deberá «el deudor principal» por derecho de mandato, pues la injusticia que se te ha hecho es más justo que recaiga en tí que no que se transfiera a otro; esto, siempre que hayas dado motivo con tu culpa a la condena injusta que sufres).

Cuyacio señaló que en este texto el párrafo entre corchetes se glosó con la finalidad de introducir la culpabilidad del garante como elemento justificativo de la exclusión del derecho de regreso.

9.4.— *Actio mandati contraria*

Constituyó uno de los medios procesales mediante los cuales se ejerció la vía del regreso y fue, en concreto, la primera acción.

(180) No obstante, su implantación no fue admitida sin discusión. Se cuenta en contra con la Novela 4 cap. 1. que subordina el beneficio a la presencia del deudor principal. De ahí, que se dedujera que con carácter general debe excluirse cuando *a priori* se conozca su falta de solvencia o insolvencia notoria. También hay otros textos que servían para argumentar que el fiador podía renunciar a dicho beneficio. Ejemplo de ello son los papiros del año 583, P. Oxy, 1, 136. El problema lo resolvieron los banqueros en sentido afirmativo en aquellos contratos que se celebraban donde expresamente figuraba una solicitud de afianzamiento en base a la Nov. 136 cap. 1. Este criterio sirvió de ejemplo para la regulación de la fianza en los distintos Códigos de influencia francesa. Ver GIRARD, *op. cit.*, p. 769. En opinión de FREZZA, (*op. cit.*, p. 142), se exigía además para la aplicación del beneficio que:

- a) El demandado principal fuera solvente.
- b) El *fideiussor* reconociera la deuda.

Partiendo del estudio de la estructura de su fórmula que era *in factum*, es de suponer que el hecho sobre el que se fundaba el regreso era que «*abest pecunia fideiussori*» cuando el fiador había pagado en lugar del obligado principal (181). La idea de enriquecimiento injusto justifica el regreso. Esta idea se desarrolla simultáneamente a la *condictio indebiti* que había servido de base al enriquecimiento injusto (182).

Esta acción se entiende partiendo del estudio de los textos clásicos. Un primer supuesto para clarificar la coexistencia del régimen legal y negocial del regreso del *sponsor* es de Ulpiano que completa el texto de Gayo 3,127 según el cual, el *sponsor* tiene a su disposición la *actio depensi* y la *actio mandati* para el ejercicio del regreso contra el deudor.

D.17,1,29,6. (Ulp. 7 disput.): «*Fideiussor, si solus tempore "sponsor, si biennio" liberatus tamen solverit creditori, recte mandati habebit actionem adversus reum: quamquam enim iam liberatus solvit, tamen fidem implevit et debitorem liberavit: Si igitur paratus sit defendere reum 'adversus creditorem, aequis simum est mandati iudicio eum quod solvit recipere, et ita Juliano videtur*». (Trad. Si un fiador, quedando el sólo liberado por razón del tiempo, hubiera pagado no obstante al acreedor, tendrá rectamente la acción del mandato contra el deudor, pues, aunque pagó cuando ya estaba liberado, cumplió su palabra y liberó al deudor contra el acreedor, es muy justo que recupere por la acción de mandato lo que pagó, y así lo admite también Juliano) (183).

Juliano y Ulpiano consideraron que la extinción *ope legis* de la responsabilidad del *sponsor* no comportaba la extinción de la relación de mandato y que, en consecuencia, en el caso de pago voluntario, el *sponsor* continuaba estando legitimado con la *actio mandati* para el ejercicio del derecho de regreso.

El trasfondo del carácter incoercible que se le daba a la acción de mandato por parte del mandante, a pesar de su interés por la ejecución del mismo, radicaba en que Juliano había efectuado una construcción encaminada a conferir una fundamentación jurídica a las exigencias ético-sociales que se reclamaba de la *fides*, más que para explicar una norma coherente con la relación de mandato. Esta prueba de sensibili-

(181) D. 17, 1, 26, 2. (Paul. 32 ed.); eodem 47 pr. (Pomp. 3 Plaut.).

(182) En sentido opuesto DONATUTI, *cfr.* FREZZA, *op. cit.*, p. 163, n. 1.

(183) DONATUTI, (*op. cit.*, pp. 328 y ss.), expone —entre otros— como argumentos de apoyo a su sospecha de autenticidad, lo extraño del principio según el cual basta la *liberatio rei* para la *actio mandati* y la incongruencia entre la segunda parte del texto y la primera, que hace suponer que una de las dos no debe pertenecer a Ulpiano.

dad ética justificaba la necesidad social que existía de atribuir un medio de garantía al fiador frente al desembolso realizado.

Existen textos que se han identificado dando valor a la *actio mandati* en cuanto acción concedida al *sponsor*. Se encuentran también autores que entienden que, en ocasiones, no es aplicable esta acción porque la *fides* en la relación de mandato constituía un límite a la legitimación del *sponsor* para actuar en vía de regreso contra el deudor principal (184).

En todos estos textos se llega a la conclusión de que la única diferencia entre la *actio mandati* y la *depensi* está en ser la segunda *in duplum* y en no poder proponerse antes de un semestre a partir del día en que pagó el *sponsor*. Si a éste, una vez hubiera pagado, no le convenía esperar el plazo de seis meses para cobrar, sólo contaba con el recurso de la *actio mandati* como medio de regreso.

9.5.— Diferencias entre la *actio mandati* y la *actio negotiorum gestorum*

Aunque las dos acciones tendían al mismo propósito, los efectos jurídicos producidos por cada una de ellas eran diversos.

Mientras que el fiador ejercitando la *actio mandati* podía obtener el reembolso de todos los gastos efectuados en ejecución del mandato, el fiador que se valía de la *actio negotiorum gestorum* sólo podía utilizar el regreso contra el deudor para reclamar los gastos realizados siempre que le hubieran resultado útiles al deudor principal.

La *actio mandati* surgía cuando se estipulaba una relación obligatoria de fianza por acuerdo entre deudor y fiador. Si el deudor expresamente prestaba su consentimiento dicha acción tenía su causa en un mandato expreso. Si el deudor había tenido conocimiento de la intención del fiador y callaba, la *actio mandati* se fundamentaba en un mandato tácito. Si la fianza se prestaba con el desconocimiento del deudor surgía la *actio negotiorum gestorum*. Esta fue la sentencia de Paulo que posteriormente constituyó el criterio que siguió Justiniano (185).

El desacuerdo entre los jurisconsultos romanos radicaba en que algunos concedían por lo menos al fiador la *actio negotiorum gestorum*. Cuyacio comentando D. 17,1,53 . escribía que el fiador tenía una *actio negotiorum gestorum* (186), razón por la que a finales del siglo XIX,

(184) Ver FREZZA, *op. cit.*, pp. 164-165; en las que transcribe algunos textos de la *actio mandati* aplicable a la *sponsio*.

(185) D. 17,1,40. (Paul. 9 ad ed.). «*Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere. Quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.*»

(186) «*Non ea etiam datur iis qui recusatum et contradicentium negotia gesserunt, modo ea utiliter gesserint*» (Cuyacio, coment. a L. solvendo 39, D. de negot. gest.) (D.3,5,38(39). Gai. 3 de verb. oblig.).

principios del XX, algunos autores justificaron que, a falta de un texto específico, no podría nadie enriquecerse a costa de otro.

Otros reservaron el regreso para cuando alguno hubiere enriquecido al deudor, concediéndole una *actio in rem verso* y por último, los restantes negaron al fiador toda posibilidad de poder ejercitar el derecho de regreso, concediéndole exclusivamente la subrogación legal en los derechos del acreedor.

9.6.— Relación entre el *beneficium cedendarum actionum* y la acción de regreso

Una última cuestión relacionando regreso y cesión de acciones es aquélla en la que el garante, que actúa en vía de regreso ejercitando la acción cedida del acreedor, debe probar el fundamento de su propio derecho.

El fiador tiene facultad para reclamar al acreedor, al que ha pagado, que le ceda sus acciones contra el deudor. Si la transferencia de acciones tiene lugar, el fiador se sitúa en la posición originaria del acreedor adquiriendo conjuntamente los derechos reales que poseía el acreedor como garantía del crédito (187). Esta figura que respondía a las necesidades de la práctica jurídica se le denominó posteriormente subrogación, siendo en opinión de Cuq «una de las más acertadas creaciones de la Jurisprudencia». No obstante, a pesar que dicho autor califica de «creación iuris» dicha institución, parece, como así lo demuestra el propio autor, que ya se utilizaba en Caldea en el siglo VI a.C. (188).

Desde que se comenzó a utilizar por la Jurisprudencia, suscitó graves reservas entre los autores clásicos. Estas objeciones se fueron planteando durante toda la Edad Media e, incluso en la actualidad, no han quedado resueltas de manera satisfactoria.

Desde un principio se opusieron una serie de obstáculos a la subrogación objetando la imposibilidad de que el fiador pudiera obligar al acreedor a cederle sus acciones por varias razones. Entre ellas hay que destacar el carácter unilateral del contrato entre fiador-acreedor y que el fiador no ostentaba ningún derecho frente al acreedor. A lo que cabía añadir que el pago de la deuda al acreedor extinguía la obligación y con

(187) Hasta la introducción de este beneficio de acciones si el acreedor, disponiendo conjuntamente de garantías personales y reales, en lugar de elegirlas, se dirigiera contra un garante, este se vería obligado a pagar y en compensación le correspondería una parte del bien afecto a la obligación como si de un acreedor se tratase. Ver GIRARD, *op. cit.*, p. 775.

(188) Ver al respecto CUQ, *op. cit.*, p. 651 n. 1 y *Rev. d'Assyriologie*, XII, 101 citada por el mismo autor.

ella todos los derechos inherentes a la misma (189). Para salvar estos inconvenientes, el fiador permitía que se le demandase para alegar, en el momento del juicio, que el acreedor había incurrido en dolo si había rechazado realizar la cesión de acciones. En caso de poder demostrar la existencia de dolo, el Pretor negaba al acreedor cualquier pretensión contra el fiador. Si el planteamiento era dudoso, el acreedor corría el riesgo de que el Pretor incluyese en la fórmula la *exceptio doli* que implicaba que si se apreciaba el dolo la demanda se desestimaba y el acreedor perdía su crédito.

En el caso de que el acreedor no pudiese ceder sus acciones porque las hubiera perdido, el fiador no tenía facultad para poder reclamárselas. El acreedor no prometía nada al fiador, por lo tanto, lo único que se le podía exigir es que no actuase dolosamente.

Como la aplicación del beneficio de cesión de acciones supone que el pago hecho por el fiador no extingue las acciones del acreedor, la explicación a esta contradicción la resolvió la Jurisprudencia mediante una ficción. En lugar de considerar el pago y la cesión como dos actos distintos, se estimaba que componían dos elementos de un solo acto jurídico, como si de una venta se tratara. Con ello, el pago supondría, en realidad, el precio de compra del crédito en una situación en la que al fiador se le reputaba haber comprado el débito por una cantidad igual a la debida.

El efecto pretendido con esta cesión era permitir al fiador intentar obtener las acciones más ventajosas del acreedor en lugar de actuar con su acción personal. Es por tanto, una acción privilegiada que permite colocarse en una posición anterior a los acreedores quirografarios e incluso delante de los acreedores hipotecarios de inferior rango (190).

10.— EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA

10.1.— *Litis Contestatio*

Para todas las formas de garantía prevalece, hasta Justiniano, el principio de concurso de acciones, con la consecuencia del efecto preclusivo respecto a las acciones de la *litis contestatio*, perfeccionada en alguna de las acciones contra las distintas personas obligadas a la misma prestación. En este sentido se manifiesta un fragmento de las Sentencias de Paulo.

(189) Por motivos de la equidad se descartó la primera. La segunda se aceptó creando una ficción. A este respecto, D. 21, 2, 65. (Pap. 8 quaest.); D. 10, 2, 18, 5 (Ulp. 19 ad Ed.).

(190) GIRARD, *op. cit.*, p. 776.

P.S. 2,17,16.: «*Electo reo principali fideiussor vel heres eius liberatur. Non idem in mandatoribus observatur*» (191).

A partir de Justiniano cambia el principio general establecido en el anterior fragmento de Paulo.

C.8,40,28.: «*Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita est in fideiussoribus observari...*» (a.531) (Trad. Mandamos en general, que así como se ha establecido respecto a los mandantes, que hecha la contestación contra uno de ellos no quede libre el otro, así se observa también respecto a los fiadores...) (192).

Este mismo régimen se debe aplicar a la *acceptilatio* clásica (193).

10.2.— *Novación*

Solamente se verifica la extinción de la obligación en el caso de novación de la obligación principal.

D. 46,1,60. (Scaev. 1 resp.): «*Ubi cum reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit: cum vero genere novationis transeat obligatio, fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum*». (Trad. Siempre que el deudor se libera del acreedor de forma que perdure la obligación natural, respondió que seguía obligado el fiador; mas cuando la obligación se transfiere por algún género de novación, debe quedar liberado el fiador, sea por el mismo derecho sea mediante una excepción) (194).

(191) También, GAI. Epit.: «*Creditor autem, qui pecuniam dedit, in potestate habet ad reddendam pecuniam, quem velit tenere, utrum ipsum debitorem an fideiussorem. Sed si debitorem tenere elegerit, fideiussorem absolvet: si vero fideiussorem tenuerit, debitorem absolvet; quia uno electo, quem idoneum creditor iudicavit, alterum liberat*». Más apoyo textual, en FREZZA, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

(192) Para un estudio más detallado del régimen justiniano en este punto, nos remitimos a FREZZA, *op. cit.*, pp. 135 y ss.

(193) ALBERTARIO, *op. cit.*, pp. 127 y ss. que plantea problemas relativos a cuando la *acceptilatio* se haya realizado a favor de un fiador que garantice una obligación no contraída de forma verbal (D. 46,4,13,7. Ulp. 50 ad Sab.).

(194) C.8,40,4.(a.213).

10.3.— Confusión

La confusión entre obligado principal y garante supone extinción de la garantía (195), que podrá ser total o parcial según el modo en que se realice.

D.46,3,93,2. (Scaev. lib. sing. quaest. pub. tractat.): «*Sed et si reus heredem fideiussorem scripserit, confunditur obligatio. Et quasi generale quid retinendum est, ut, ubi ei obligationi, quae sequellae locum optinet, principalis accedit, confusa sit obligatio: quotiens duae sin principales, altera alteri potius adicitur ad actionem, quam confusionem parere*». (Trad. En cambio si el deudor hubiera instituido heredero al fiador, se confunde la obligación. Y debe retenerse como principio general que se confunde la obligación cuando se une la obligación principal a la obligación que ocupa un lugar accesorio, mas cuando las dos obligaciones son principales, una se añade a la otra antes que producir confusión).

En el caso de confusión entre acreedor y garante, la justificación de esta extinción se encuentra precisamente en el carácter accesorio de la obligación, que no puede perdurar si no existe la principal.

También en el supuesto de confusión entre obligado principal y fiador (196), a diferencia de lo que sucede en las obligaciones pasivamente solidarias, la obligación de garantía se extingue, a menos que exista un interés del acreedor en la supervivencia de la obligación de garantía (197).

10.4. Compensación

No tuvo un alcance general en el período clásico (198). Los principales fragmentos en los que se hace mención a la aplicación y efectos de la compensación son dos textos de Paulo y Gayo.

(195) FREZZA, «Le garanzie...», *cit.*, pp. 145 y ss.

(196) FREZZA (*op. cit.*, pp. 145 y ss.) realiza una enumeración de los distintos supuestos de confusión que se pueden producir, recogiendo los siguientes casos:

- a) ente deudor y acreedor.
- b) entre deudor y fiador.
- c) entre acreedor y fiador.
- d) entre acreedor y acreedor.
- e) entre deudor y deudor.
- f) entre fiador y fiador.

(197) FREZZA, *ult. op. cit.*, pp. 151 y ss.

(198) Sobre este punto, SOLAZZI, «La compensazione in Diritto Romano», Napoli, 1950, pp. 55 y ss. ALBERTARIO, *op. cit.*, pp. 162 y ss.

D. 16,2,4. (Paul. 3 ad Sab.): «*Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso iure eo minus fideiussorem "ex omni contractu" debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, cum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest*». (Trad. Es cierto, como admitía Neracio y dice Pomponio, que, de propio derecho, el fiador, por el contrato que sea, deje de deber lo que el deudor puede retener por compensación, porque así como pido mal cuando reclamo todo del deudor, así también el fiador, por el mismo derecho, no está obligado a mayor cuantía que aquella a la que el deudor puede ser condenado).

D. 16,2,5. (Gai. 9 ed. prov.): «*Si quid a fideiussore petetur, aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit; sed et si utrumque velit compensare, audiendus est*». (Trad. Si se pidiera algo al fiador, es muy justo que el fiador elija, si prefiere compensar lo que a él mismo se le debe o lo que se debe al deudor, pero también ha de ser atendido si quisiera compensar una y otra cosa).

Respecto al segundo de estos fragmentos, Solazzi (199) refuta una opinión de Biondi según la cual, la fórmula «*ex compensatione*» era obligatoria sólo para quien tuviera abierta una cuenta corriente, situación que no era la del *fideiussor*. Este, para Solazzi, está obligado, porque respondía *tubeo* a la pregunta del banquero, lo que indicaba que se había obligado por el mismo objeto que constituía la obligación del titular de la cuenta corriente (200).

Por lo que respecta al primer texto, Solazzi considera que las objeciones sobre la autenticidad de algunas expresiones del texto no afectan a la idea esencial de Paulo «*fideiussor non tenetur in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest*».

11. INSTITUCIONES AFINES

El contenido del *constitutum debiti alieni* era similar al de la *fideiussio*. Su finalidad era la de comprometerse a pagar al acreedor la deuda de otro, dando lugar esta figura a una acción de naturaleza pretoria: la *actio de pecunia constituta*.

(199) SOLAZZI, *op. cit.*, p. 68.

(200) SOLAZZI, *op. cit.*, p. 69.

El *constitutum* (201) presupone una obligación, a la vez que da vida a una obligación accesorio a cargo del constituyente, aunque no es preciso para estipularla que vaya seguida de una forma solemne como en la *fideiussio*. Se permitía además contraer un *constitutum* para una deuda condicional sin que se entendiese *a priori* como nula o que su cuantía era superior a la deuda principal. En el primer caso se consideraba añadida la condición de manera implícita. Mientras que en el segundo, se disminuía su cuantía hasta el tope máximo que alcanzaba la responsabilidad del obligado principal.

Se permitía también que se pudiera prometer en lugar distinto al que se había establecido la obligación principal o durante un tiempo más breve, e incluso respecto a otros acreedores u objetos diferentes.

(201) Sobre la figura del *constitutum*, ver ASTUTI, «Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito», Catania 1941 y ROUSSIER, «Le constitut», Paris 1958.