

ORIGEN ROMANO DE LA FIANZA EN LAS PARTIDAS

José María ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO
Facultad de Derecho
Universidad de Murcia

SUMARIO

I. Introducción.- II. La fianza en las Partidas: estudio de su regulación y de sus fuentes: 1. Concepto.- 2. Capacidad para ser fiador.- 3. Supuestos de validez de la fianza de la mujer.- 4. La fianza en favor del menor de edad.- 5. Obligaciones susceptibles de fianza.- 6. Forma.- 7. Relación temporal de la fianza con la obligación principal. La fianza a término o bajo condición.- 8. Extensión de la fianza.- 9. Beneficio de división.- 10. Beneficio de excusión.- 11. *Fideiussio alterna*.- 12. Beneficio de cesión de acciones.- 13. Derecho de reembolso.- 14. La fianza hecha por mandato de tercero.- 15. Supuestos de extinción de la fianza. Transmisión de la obligación a los herederos.- 16. Excepciones que puede oponer el fiador.- 17. *Cautio iudicium sisti*.- III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el estado actual de la investigación sobre las fuentes de las Partidas, los autores parecen convenir en que el *Corpus Iuris* justiniano fue utilizado por los redactores de esta compilación alfonsina, particularmente en las Partidas Quinta y Sexta. Otras fuentes apuntadas de las instituciones civiles de las Partidas son la glosa de Acursio o glosa ordinaria y las Sumas a las distintas

partes del *Corpus Iuris Civilis*, particularmente las de Azón, Odofredo de Denariis y otros juristas.

La institución de la «fiadura» en las Partidas y su origen en la *fideiussio* romana no han sido objeto de investigación doctrinal hasta el momento. El texto alfonsino dedica diecinueve leyes a su regulación, dentro del título 12.º de la Partida 5.^a (*De las fiaduras et de las cosas que los homes facen por mandado dotri ó de su voluntad sin mandado de los dueños dellas*). En este título se recoge la normativa reguladora de la fianza civil y del mandato. En el proemio del título se indica que «... despues desto [de la fianza] diremos de todas las otras cosas, que los omes fazen unos por otros, por su mandado o sin el, de que nasce obligacion entre ellos, que es otra manera de fiadura»¹. En Partidas 5.12.20 se pone asimismo en relación el mandato y la fianza, al definir el mandato:

«Facen los homes por mandado de otros algunas cosas a las vegadas por que finca cada uno dellos obligado, tambien aquel que lo face como el otro que lo mandó, que es otra manera de obligacion que es semejante de la fiadura...».

Esta conexión entre el mandato y la fianza aparece ya en el derecho justiniano al asimilar el mandante al fiador en el *mandatum credendae pecuniae* o *mandatum qualificatum*². Es de destacar que tanto D.46.1 como C.8.40(41) llevan como rúbrica *De fideiussoribus et mandatoribus*. En la glosa, Azón comenta a este respecto:

«Est autem nomen fideiussoris generale, ut contineat etiam mandatorem et constitutorem et eum qui toto transfert in se obligationem, qui et vocatur expromissor...»³.

En este trabajo nos limitaremos al estudio de la leyes que regulan la fianza en las Partidas, con el objetivo de profundizar en el conocimiento de las obras que sirvieron de base para la composición de las Partidas.

Es nuestra intención localizar las fuentes concretas de inspiración de las leyes que las Partidas dedican a regular la fianza contractual y comprobar cómo los compiladores alfonsinos traducen los diversos materiales jurídicos que manejan con un estilo propio, pero que deja entrever la norma que les ha servido de inspiración. Para ello, hemos cotejado las leyes de Partidas con los textos del *Corpus Iuris Civilis* y con las obras de glosadores anteriores a la redacción

¹ Partidas 5.12.pr. (ed. *Real Academia de la Historia*, Madrid, 1807, III, p. 277).

² D.17.1.38.1 ss.; C.8.40(41), 10, 23 y 28.

³ Azón, *Summa Codicis* (in C.8.41), ed. Lugduni, 1557, f. 220 r., n.º 2.

de Partidas, en un intento de verificar la fidelidad de la obra alfonsina a la compilación justiniana, descubriendo los pasajes en que la normativa de las Partidas se aparta de aquélla y da acogida a las opiniones de los juristas medievales. Podemos aproximarnos así al grado de conocimiento que los redactores de esta compilación alfonsina tienen del Derecho romano.

II. LA FIANZA EN LAS PARTIDAS: ESTUDIO DE SU REGULACIÓN Y DE SUS FUENTES

1. Concepto

La ley 1.^a de Partidas 5.12 comienza dando una definición de fiador:

«Fiador tanto quiere decir como home que da su fe et promete a otro de dar o de facer alguna cosa por mandado o por ruego de aquel quel mete en la fiadura...»⁴.

El texto alfonsino recoge una concepción de la fianza hecha por ruego o por mandato del deudor principal, pero hay que tener presente que la fiadura puede ser realizada sin tal ruego o mandato, incluso sin conocimiento del deudor.

En la glosa *Licite* a esta ley de Partidas, Gregorio López nos recuerda que la fianza puede ser un contrato oneroso⁵, como ya se reconocía en Digesto 39.5.19.1 respecto a la *fideiussio* romana, donde Ulpiano recoge un caso de *fideiussio* con pacto de retribución:

«Marius Paulus quidam fideiusserat pro Daphnide mercedem pactus ob suam fideiussionem et sub nomine alterius ex eventu litis caverat quantitatem dari...».

Esta ley 1.^a de Partidas 5.12 continúa resaltando que la fianza conlleva un gran beneficio para el acreedor, pues tanto el deudor como el fiador quedan obligados:

«Et tiene grant pro a aquel quel rescibe; ca es por ende mas seguro de aquello quel han a dar o de facer, porque fincan amos a dos obligados, tambien el fiador como el deudor principal...».

⁴ Partidas 5.12.1 (ed. RAH, III, p. 277).

⁵ LÓPEZ, Gregorio, glosa *Licite* a P. 5.12.1 s.v. *ruego*: «*Licite enim pecuniam pro fideiussione posset recipere*» (ed. *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, 1848, 3, p. 717).

El mismo Gregorio López advierte que la fianza es una obligación accesoria⁶, como ya venía a decir Paulo en un pasaje que se recoge en D.46.1.3.44:

«Hi, qui accesionis loco promittunt, in leviozem causam accipi possunt, in deteriozem non possunt. Ideo si a reo mihi stipulatus sim, a fideiussore mihi aut Titio, meliozem causam esse fideiussoris Iulianus putat, quia potest vel Titio solvere...».

2. Capacidad para ser fiador

Se establece a continuación, en esta misma ley 1.^a, un principio general sobre la capacidad para ser fiador y para poder recibir esta garantía personal; pueden ser y recibir fiadores quienes puedan hacer y recibir promisión :

«... Et decimos que puede seer fiador todo home que puede facer promision para fincar obligado por ella: et otrosi pueden resecebir fiadores todos aquellos que pueden resecebir promisiones, asi como dice en el título ante deste que fabla de los prometimientos».

No pueden ser fiadores, por tanto, el mudo, el sordo ni el menor de siete años. Tampoco pueden serlo el loco o desmemoriado, el pródigo, el pupilo ni el menor de veinticinco años y mayor de catorce, ya que éstos sólo pueden realizar estipulación válida si les reporta algún beneficio, lo que no sucede en la intervención como fiador. Así se prescribe en Partidas 5.11.2 (respecto al mudo y el sordo), 5.11.4 (respecto al loco, al menor de siete años, al pupilo y al menor de veinticinco años) y 5.11.5 (respecto al pródigo), con una indudable inspiración romana⁷.

La ley 2.^a de P.5.12 está dedicada a establecer quiénes no pueden actuar como fiadores aunque puedan realizar estipulación válida:

1.º En primer lugar, no pueden ser fiadores los «caballeros de mesnada del rey» que reciben soldada; particularmente se establece que no pueden ser fiadores por aquellos que arriendan o tienen en concesión los derechos de almojarifazgo, las rentas reales y los otros derechos del rey:

⁶ LÓPEZ, Gregorio, glosa *Est enim* a P.5.12.1 s.v. *Amos*: «*Est enim accessoria obligatio fideiussoria, ut l. hi qui 34 Digesto eodem [D.46.1.34]*» (ed. *Los Códigos españoles...*, 3, p. 717).

⁷ Inst.3.19.7: «*Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. Quod et in surdo receptum est, quia et is, qui stipulatur verba promittentis et is qui promittit, verba stipulantis audire debet. Unde apparet non de eo nos loqui qui tardius exaudit, sed de eo qui omnino non exaudit*». D.45.1.6: «*Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso*».

«Homes señalados son que maguer pueden facer promisiones por sí, non pueden ser fiadores por otro, asi como los caballeros de mesnada del rey que resciben soldada et bienfecho dél; ca a estos atales non los deben los homes rescebir por fiadores, porque no se embargue el servicio que han de facer al rey, et otrosi porque los homes non podrien alcanzar derecho de ellos tan ligeramiente como de los otros. Et señaladamente defiende la ley que los caballeros non podrien seer fiadores por aquellos que arriendan o tienen en fialdat los almozarifadgos, et las rentas et los otros derechos del rey...»⁸.

Esta prescripción puede haber tenido presente la Constitución imperial del Emperador León, recogida en el *Codex* justinianeo 4.65.31, que prohíbe que los militares intervengan como fiadores de los arrendatarios de cosas ajenas, a fin de que no se dediquen a negocios privados ajenos al oficio de las armas:

«Milites nostros alienarum rerum conductores seu procuratores aut fideiussores vel mandatores conductorum fieri prohibemus, ne omisso armorum usu ad opus rurestre se conferant et vicinis graves praesumptione cinguli militaria existant. Armis autem, non privatis negotiis occupentur, ut numeris et signis suis iugiter inharerentes rem publicam, a qua aluntur, ab omni bellorum necessitate defendat».

2.º Tampoco pueden ser fiadores los obispos, los clérigos ni los religiosos, para que no descuiden su servicio a Dios y a la Iglesia:

«... Eso mesmo decimos de los obispos, et de los clérigos reglares et de los religiosos; ca podrie seer que por razon de la fiaduria se embargarie el servicio que deben facer a Dios, et vernie daño a la eglefia...».

El origen de esta disposición se encuentra en las Decretales de Gregorio IX, 3.22.1:

«Clericus fideiussionibus inserviens abiiciatur».

La ley 45.^a de Partidas 1.6 (*De los clerigos, et de las cosas que les pertenescen facer et de las que les son vedadas*) ya prescribe que los clérigos no pueden ser fiadores, salvo que la fianza sea hecha en favor de otros clérigos, o de sus iglesias o de personas necesitadas; pero por estas fianzas sólo quedarán obligados los bienes que sean propiedad del clérigo, sin que sus personas ni sus iglesias queden obligadas por la «fiadura»:

⁸ Partidas 5.12.2 (ed. RAH, III, p. 277-278).

«Fiadores non deben ser los clérigos que son de epístola o dende arriba en las rentas del rey, nin de otro señor de tierra, nin de concejo, nin en pleito de arrendamiento de heredades ajenas nin de bienes de huérfanos: mas bien se pueden fiar unos á otros en sus pleitos, o a sus eglesias, o a otros hombres que fuesen cuitados para facerles ayuda. Pero si entraren en alguna de estas fiaduras que les son defendidas, valdrá la fiadura en quanto de sus bienes fallaren, mas non por que sus personas nin sus eglesias finquen obligadas por ello: et débeles su perlado poner pena por ello qual entendiere que merescen porque se metieron en tales cosas...»⁹.

Las Decretales de Gregorio IX, 3.22.2 y 3.22.3 ya establecían que la fianza entre clérigos es válida y en X.3.22.4 se prescribe que la fianza hecha por un religioso sin licencia de la mayor parte del capítulo y del abad no obliga al convento, a no ser que redunde manifiestamente en beneficio de éste¹⁰.

3.º La ley 2ª de Partidas 5.12 prescribe asimismo que el siervo no puede ser fiador salvo si tuviere peculio que le hubiese dado su señor, pues entonces sí puede intervenir como fiador, respondiendo con los bienes de tal peculio por la fianza que hiciere:

«... Et aun decimos que ningunt siervo non puede entrar fiador por otro, fueras ende si hobiese pegujar apartado quel hobiese dado su señor; ca entonce por las cosas que pertenescen al pegujar bien podrie entrar fiador por otro...».

El origen de esta prescripción es romano. Ya en Digesto 46.1.20 se recoge una opinión de Pomponio en la que afirma que el esclavo no se puede obligar a título de afianzamiento:

«Sed et si servi dominus pecuniam solverit, repetere eam non ab eo pro quo fideiussit, sed ab eo cui numeravit, poterit, cum servus fideiussionis nomine obligari non possit. Sequitur ergo, ut ab eo, pro quo fideiusserat, repeti non possit, cum ipse aere alieno obligatus sit nec solutione liberari eius pecuniae nomine potuerit, cuius obligatio ad servum non pertinuit».

⁹ Partidas 1.6.45 (ed. *RAH*, I, p. 283-284).

¹⁰ X.3.22.4: «Quod quibusdam religiosis a sede apostolica est prohibitum, volumus et mandamus ad universos extendi, ne quis videlicet religiosus absque maioris partis capituli et abbatis sui licentia pro aliquo fideiubeat, vel ab aliquo pecuniam mutuum accipiat ultra summam communi providentia constitutam; alioquin non teneatur conventus pro his aliquatenus respondere, nisi forte in utilitatem domus ipsius manifeste constiterit redundasse. Et qui contra istud statutum venire praesumpserit, graviiori disciplinae subdatur».

Pero en Digesto 46.1.19 se recoge un pasaje del que parece deducirse que el esclavo puede ser fiador por otro si afianza respondiendo con los bienes de su peculio:

«Servus inscio domino pro quodam fideiusserat et eo nomine pecuniam solverat: quaerebatur, dominus possetne ab eo, cui soluta esset, repetere. Respondit: interest, quo nomine fideiusserit: nam si ex causa peculiari fideiussit, tunc id, quod ex peculio solverit, repetere dominus non poterit, quod ex dominica causa solverit, vindicabitur: si vero extra causam peculii fideiusserit, quod ex pecunia dominica solverit, aequè vindicabitur, quod ex peculio condici poterit».

4.º En esta misma ley de Partidas se prescribe que la mujer no puede ser fiadora, pues no sería decoroso que las mujeres tuvieran que ir a pleito por las fianzas que hiciesen, teniendo que estar presentes en lugares donde se congregan muchos hombres, lo que iría contra la honestidad y las buenas costumbres:

«... Otrosi decimos que muger ninguna non puede entrar fiador por otro; ca non serie guisada cosa que las mugeres andosiesen en pleyto por fiaduras que feciesen, habiéndose de allegar a los logares do se ayuntan muchos homes, et usar cosas que fuesen contra honestat o contra las buenas costumbres que las mugeres deben guardar».

Estamos ante la recepción en las Partidas del Senaconsulto Veleiano, del siglo I d.C., por el que se prohibió expresamente que las mujeres fueran fiadoras, tal y como se establece en Digesto 16.1.1:

«Velleiano Senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne por ullo femine intercedant».

3. Supuestos de validez de la fianza de la mujer

En Partidas 5.12.3 se recogen ocho casos de validez de la fianza realizada por una mujer:

1.º La mujer puede entrar como fiadora «por razón de libertad», es decir, cuando intercede como fiadora de un siervo para que éste sea manumitido:

«Muger deximos en la ley ante desta que non puede entrar fiador por otri; pero razones hay por que lo podrie facer; et estas son ocho: la primera es quando fiase a alguno por razon de libertad: et esto serie como si alguno quiesiese aforrar su siervo por dineros, et entrase alguna muger por fiador por los dineros del aforramiento...».

Esta causa de validez de la fianza de una mujer se recoge ya en una Constitución imperial del Emperador Justiniano, del año 530, recogida en C.4.29.24, en la que se establece que si alguien acepta como fiadora a una mujer para conceder la manumisión a un esclavo del aceptante, queda dicha mujer obligada, no siendo en este caso aplicable el Senadoconsulto Veleiano:

«Veterum ambiguitatem decidentes sancimus, si quis, ut servo suo manumissionem imponat, mulierem acceperit, obnoxiam sese pro certa quantitate facientem, si in libertatem servum perduxerit, sive principaliter mulier sese obligavit sive pro servo hoc fecit, teneri eam, recte omnimodo senatus consultum Velleianum in hoc casu tacere imperantes...».

2.º El segundo caso que recoge Partidas 5.12.3 en el que es válida la fianza de una mujer tiene lugar cuando entra como fiadora garantizando a un hombre la aportación de la dote por parte de la mujer con la que va a contraer matrimonio:

«... La segunda es quando fiase a otro por razon de dote; et esto serie como si alguna muger entrase fiador a algunt home por darle la dote que debie haber de la muger con quien casase...».

Ya otra Constitución imperial de Justiniano, recogida en C.4.29.25, establecía que si una mujer intercede como fiadora de la constitución de la dote de otra mujer, queda obligada a cumplir con su palabra, para evitar que quede sin dote la mujer o por esta razón sea repelida por el varón y se desarregle el matrimonio, no teniendo en este caso aplicación el Senadoconsulto Veleiano:

«Generaliter sancimus, ut, si quis maior viginti quinque annis sive masculus sive femina dotem vel pollicitus sit vel sponderit pro qualibet muliere, cum qua matrimonium licitum est, omnimodo compellatur suam confessionem adimplere. Neque enim ferendum est quasi casu fortuito interveniente mulierem fiere indotatam et sic a viro forsitan repelli et distrahi matrimonium... omni auctoritate Velleiani senatus consulti in hac causa cessante».

3.º Es válida también la fianza de la mujer cuando ésta es consciente de que no puede ser fiadora y aun así entra como tal, renunciado a la aplicación del principio general de que no pueden ser fiadoras:

«... La tercera es quando la muger fuese sabidor et cierta que non podrie nin debie entrar fiador por otri, si despues lo ficiese renunciando de su grado et desamparando el derecho que les otorga la ley a las mugeres en esta razon...».

Gregorio López afirma en su glosa¹¹ que esta prescripción aprueba la opinión de Azón, que habla ya de renuncia al Senadoconsulto Velejano:

«Cessat hoc Senatusconsultum cum mulier renuntiauit auxilio Senatusconsulto ut Digesto eodem lege vltima § penul. [D.16.1.32.4] Est enim suo fauore inducta haec exceptio. Et valet haec renuntiatio, cum mulier sciebat se tutam, puta certiorata, a contrahente, vel aliunde cognouit»¹².

El pasaje del Digesto al que se remite Azón es D.16.1.32.4, donde se recoge la opinión de Pomponio en la que afirma que si una mujer está dispuesta a aceptar el juicio de modo que no se dé acción contra el deudor principal, a pesar de que la mujer puede oponer la excepción del Senadoconsulto Velejano, debe dar caución de que no usará en adelante dicha excepción. Renuncia así al Senadoconsulto:

«Si mulier pro eo, pro quo intercesserit, iudicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur: quoniam senatusconsulti exceptionem opponere potest, cavere debet exceptione se non usuram et sic ad iudicem ire».

4.º El cuarto caso de inaplicación del Senadoconsulto Velejano que se recoge en Partidas 5.12.3 acaece cuando una mujer entra fiadora, transcurren dos años desde que está constituida la fianza y después la mujer entrega prendas al acreedor o le hace nueva carta de «fiadura» por el que ésta se renueva. Todo ello porque en este caso hay que considerar que la deuda principal parece que recae más bien en la mujer que en aquél por quien entró fiadora:

«... La quarta razon es si alguna muger entrase fiador por otro, et durasse en la fiadura fasta dos años, et dende adelante diese peños a aquel a quien entró fiador, o le ficiese carta de nuevo en que renovase otra vez la fiadura; ca entonce debe ome asmar quel principal debdo sobre que fue fecha la fiadura mas pertenesce a ella que a aquel a quien entró fiador...».

Lo prescrito en este fragmento de la ley 3.ª ya se venía a establecer en una Constitución imperial del Emperador Justiniano del año 530, en la que se indicaba que en el caso de que una mujer, llegada a la edad necesaria para ello, hubiera, después de haber afianzado, otorgado por escrito caución, o dado pren-

¹¹ LÓPEZ, Gregorio, glosa *Approbat* a P.5.12.3, s.v. *Renunciando*: «Approbat opinionem Azon. C. ad Vellejanum in summa...» (ed. *Los Códigos españoles...*, 3, p. 719).

¹² AZÓN, *Summa Codicis* (in C.4.29), fol. 95 r., n.º 3.

da o fiador, si tal prestación se hiciera pasados dos años desde que que salió fiadora, queda obligada, porque tuvo mucho tiempo para salir de la fianza y voluntariamente la confirmó. La Constitución imperial pone como argumento, al igual que lo hacen las Partidas, que en este caso no parece ligarse por una obligación ajena, sino que lo hace por su propia causa. Esta Constitución imperial se recoge en C.4.29.22:

«Si mulier perfectae aetatis post intercessionem vel cautionem conscripserit vel pignus aut intercessorem praestiterit, sancimus, antiqua legum varietate cessante, si quidem intra biennale iuge tempus post priorem cautionem numerandum, pro eadem causa fecerit cautionem vel pignus aut intercessorem dederit, nihil sibi praeiudicare, quod adhuc ex consequentia suae fragilitatis in secundam iacturam inciderit. Sin autem post biennium haec fecerit, sibi imputet, si, quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit: videtur etenim ex huiusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere et tam ex secunda cautione sese obnoxiam facere, in quantum hoc fecit, quam pignus aut intercessorem utiliter dare».

5.º El quinto caso de validez de la fianza de la mujer se da cuando ésta recibe precio a cambio de su intervención como fiadora:

«... La quinta razon es si la muger rescebiese prescio por la fiadura que feciese...».

Este supuesto ya se recogía en otra Constitución imperial del Emperador Justiniano del año 530, recogida en C.4.29.23, en cuyo proemio establece que si la mujer actúa como fiadora recibiendo a cambio alguna cosa, queda obligada, sin que pueda utilizar el auxilio del Senadoconsulto Veleiano, haya intercedido sin escritura o con ella:

«Antiquae iurisdictionis retia et difficillimos nodos resolventes et supervacuas distinctiones exsulare cupientes sancimus mulierem, si intercesserit, sive ab initio sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat, omnimodo teneri et non posse senatus consulti Velleiani uti auxilio, sive sine scriptis sive per scripturam sese interposuerit...».

6.º El sexto caso en que es válida la fianza de la mujer tiene lugar cuando ésta se viste con ropas de varón, o usa de cualquier otro engaño por el que el acreedor cree que es varón, pues el derecho que tienen las mujeres no les fue otorgado para obrar con engaño:

«... La sexta es quando la muger se vestiese vestiduras de varon engañosamente, o feciese otro engaño qualquier, por que la rescbiese alguno por fiador cuidando que era varon; ca el derecho que han las mugeres por sí en razon de las fiaduras non les fue otorgado para ayudarse dél en el engaño, mas por la simplicidad et por la flaqueza que han naturalmiente...».

La glosa de Gregorio López nos remite a la glosa ordinaria¹³. En efecto, Acursio, en la glosa *Scilicet* a C.4.29.1, s.v., *Non ignoret*, afirma:

«Scilicet ipsas esse feminas nam secus si ignorent quia sunt veste virili ut Digesto eodem si decipiendi [D.16.1.30]»¹⁴.

En este pasaje del Digesto al que se refiere Acursio, Paulo afirma que si una mujer hubiera salido fiadora con ánimo de engañar no se le concede la excepción del Senadoconsulto Velejano, ya que actúa con dolo:

«Si decipiendi animo vel cum sciret se non teneri mulier pro aliquo interceserit, exceptio ei senatus consulti non datur: actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit...».

7.º La séptima razón por la que es válida la fianza hecha por mujer acaece cuando ésta interviene como fiadora en su beneficio, v. gr., si afianza a aquél que le hubiese fiado a ella:

«... La setena razon serie quando la muger feciese fiadura por su fecho mesmo: et esto serie como si entrase fiador por aquel que la hobiese fiado a ella, o en otra manera semejante desta que fuese por su pro o por razon de sus cosas propias...».

En D.16.1.13.pr. se recoge, en sentido semejante, una opinión de Gayo en la que este jurista afirma que no tiene lugar el auxilio del Senadoconsulto Velejano cuando la mujer toma sobre sí una obligación a primera vista ajena pero en realidad suya, siendo uno de los ejemplos puestos por Gayo aquel en el que una mujer sale fiadora por su propio fiador:

«Aliquando, licet alienam obligationem suscipiat mulier, non adiuvatur hoc senatus consulto: quod tum accidit, cum prima facie quidem alienam, re vera

¹³ LÓPEZ, Gregorio, glosa *Hoc est* a P.5.12.3, s.v. *Vestiduras de varon*: «... et sumpsit hoc ista lex a Glosa. in lege 1 C.ad Vellejanum [C.4.29.1]» (ed. *Los Códigos españoles...*, III, p. 719).

¹⁴ ACURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, Venetiis, 1488; ed. facs. *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, VII, Augustae Taurinorum, 1969, fol. 107 r.

autem suam obligationem suscipiat. Ut ecce si ancilla ob pactionem libertatis expromissore dato post manumissionem id ipsum suscipiat quod expromissor debeat, aut si hereditatem emerit et aes alienum hereditarium in se transcribat, aut si pro fideiussore suo intercedat».

8.º El último supuesto en que es válida la fianza hecha por mujer, en la legislación de Partidas, tiene lugar cuando la mujer intercede como fiadora por alguien y después hereda sus bienes:

«... La ochava razon es quando la muger entra fiador por alguno, et acaesce despues deso que ha de heredar los bienes de aquel que fió...».

Ya en D.16.1.8.13 se recoge la opinión de Ulpiano en la que sostiene que si una mujer es heredera de un antiguo deudor, puede ser demandada con la acción restitutoria y con la acción directa, sin que tenga trascendencia con qué acción sea demandada:

«Plane si mihi proponas mulierem veteri debitore successisse, dicendum erit restitutoria eam conveniri posse, sed et directa actione: nihil enim eius interest, qua actione conveniatur».

4. La fianza en favor del menor de edad

En Partidas 5.12.4 se regula la fianza realizada a un menor: si una persona fia a un menor de veinticinco años y la obligación así garantizada fue hecha con engaño, no queda obligado el menor ni el fiador. Pero si la obligación principal garantizada con fianza es válida pues no intervino dolo, aunque el menor puede defenderse con la *restitutio minorum* porque de ella se deriva un perjuicio para él, el fiador, sin embargo, queda obligado a cumplir la fianza; si hace algún pago por tal razón, no puede demandar al menor¹⁵.

El origen romano de esta norma lo encontramos en C.2.23(24).2, donde se recoge una Constitución imperial del año 287 en la que se establece que el fia-

¹⁵ Partidas 5.12.4 (ed. RAH, III, p. 279): «Fiando algunt home ámozo que fuese menor de veinte et cinco años, si a tal menor como este fuese fecho engaño en aquella cosa sobre que es fecha la fiadura, non es tenuto el menor nin el que fió en quanto montare el engaño, ante decimos que debe seer desfecho. Mas si en aquella cosa o en aquel pleyto sobre que era dado fiador non fuese fecho engaño, como quier quel mozo se podrie ayudar del derecho que le es otorgado por razon que es menor edat, desatando la postura o el pleyto porque fuera fecho a daño dél, con todo eso el fiador finca obligado para cumplir la fiadura maguer non quiera, et non se podrie excusar de lo facer por tal razon como esta, et demas si pechare alguna cosa en esta manera, non la puede demandar al menor».

dor queda obligado si interviene a favor de un menor de edad que es favorecido con el *auxilium aetatis* salvo si interviene dolo en el negocio principal, pues en este supuesto debe proveerse en favor de ambas personas, del menor y del fiador:

«Si ea, quae tibi vendidit possessiones, interposito decreto praesidis aetatis tantummodo auxilio adiuvatur, non est dubium fideiussorem ex persona sua obnoxium esse contractui. Verum si dolo malo apparuerit contractum interposito esse, manifesti iuris est utrique personae tam venditricis quam fideiussorem consulendum esse».

5. Obligaciones susceptibles de fianza

Pueden ser dados fiadores para garantizar obligaciones tanto civiles como naturales, tal y como se prescribe en Partidas 5.12.5¹⁶.

Esta ley concuerda con Inst.3.20.1, donde se afirma que se pueden admitir fiadores en todas las obligaciones, sin que tenga relevancia que la obligación así garantizada sea civil o natural:

«In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adiciatur fideiussor...».

Concuerda igualmente con D.46.1.16.3, donde se recoge la opinión de Juliano en la que afirma que se puede recibir fiador siempre que haya alguna obligación civil o natural que garantice:

«Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civil vel naturalis cui applicetur».

¹⁶ Partidas 5.12.5 (ed. RAH, III, p. 279): «Fiadores pueden seer dados sobre todas aquellas cosas o pleytos a que home se puede obligar: et decimos que son dos maneras de obligaciones en que puede seer fecha fiadura: la primera es quando el que face finca obligado por ella, de guisa que maguer él non la quiera complir, quel pueden apremiar por ella et facérgela complir: et esta obligacion atal llaman en latin *obligatio civilis et naturalis*, que quiere tanto decir como ligamiento que es fecho segunt ley et segunt natura. La segunda manera de obligacion es natural tan solamente, et esta es de tal natura quel home que la face es tenuto de la complir naturalmente, como quier que le non pueden apremiar por juicio que la cumpla: et esto serie como si algunt siervo prometiese a otro de dar o de facer alguna cosa; ca como quier que nol pueden apremiar por juicio que la cumpla, porque non ha persona para estar en juicio, con todo eso tenuto es naturalmente de complir por sí lo que prometió por quanto es home. Et por ende decimos que todo home que puede seer obligado en alguna de las maneras sobredichas, puede otri entrar por él fiador, et será tenuto de pechar la fiadura maguer non quiera».

6. Forma

La siguiente ley del título de Partidas objeto de nuestra investigación —P.5.12.6— está referida a la forma requerida para el contrato de fianza:

«Fiar puede un home a otro en esta manera diciendo el que rescibe al que entra fiador: sodes me vos don fulan fiador sobre tal cosa que me ha de dar o de facer fulan home; si el otro responde si so, o dice yo so fiador por él, o lo otorga respondiendo en tal manera o por otras palabras semejantes destas, finca por ende obligado tambien como el debdor principal...».

En Roma, la forma de la estipulación de garantía que era la *fideiussio* consistía en una pregunta solemne dirigida por el acreedor al fiador, cuya fórmula era: *idem fide tua esse iubes?*, seguida de la correspondiente respuesta del *fideiussor*: *fideiubeo*.

En Inst.3.15.1 se afirma:

«In hac re olim talia verba tradita fuerunt: spondes? spondeo, promittis? promitto, fidepromittis? fidepromitto, fideiubes? fideiubeo...».

En Partidas, las formas verbales por las que nace la fianza son la pregunta «sodes me vos don fulan fiador sobre tal cosa que ha de dar o de facer fulan» y la pertinente respuesta «si so», o «yo so fiador por él» o palabras semejantes.

7. Relación temporal de la fianza con la obligación principal.

La fianza a término o bajo condición

La ley 6.^a continúa prescribiendo que el contrato de fianza puede realizarse antes del nacimiento de la obligación principal, al mismo tiempo que ésta o después de que el deudor principal esté ya obligado:

«... Et puede un home entrar fiador por otro si quisiere enante quel debdor principal sea obligado, como si dixiese: si vos diéredes tantos maravedis a fulan, yo vos so fiador por ellos. Otrosi lo puede facer en uno con aquel a quien fia, diciendo asi: por estos maravedis o por esta cosa que se obliga don fulan yo so fiador por él. Et aun puede entrar fiador despues quel debdor principal es ya obligado, como si dixiese: yo so fiador por tal cosa que debe dar o facer fulan home: et en qualquier destas maneras sobredichas que entre un home fiador por otro valdrá la fiadura...».

En Inst.3.20.3 se indica que el fiador puede preceder o seguir a la obligación:

«Fideiussor et praecedere obligationem et sequi potest».

Igualmente, en D.46.1.6.pr. se establece la validez de la *fideiussio* realizada después del nacimiento de la obligación principal:

«Stipulatus sum a reo nec accepi fideiussorem: postea volo adicere fideiussorem: si adiecero, fideiussor obligatur».

Por último, esta ley 6.^a prescribe que el fiador puede obligarse a término o bajo condición:

«... Otrosi puede entrar fiador a tiempo cierto, et esto serie como si dixiese: yo so fiador por fulan fasta tal dia. Otrosi puede entrar fiador so condicion diciendo asi: yo so fiador por fulan, si tal cosa acaesciere: et tal fiadura como esta o otra semejante della debe valer fasta aquel dia o en la manera que es fecha».

En D.46.1.6.1 se recoge una opinión de Ulpiano que admite esta posibilidad de constitución de la *fideiussio* bajo término o condición:

«Et parvi refert, utrum pure fideiussorem obligem an ex die an sub conditione».

En Partidas 5.12.16 se establece que el deudor principal ha de satisfacer a los fiadores lo que éstos paguen por él, tanto si el pago se produce antes de ser demandados como si tiene lugar como consecuencia de una sentencia recaída en juicio. Pero si se trata de una obligación establecida a término y los fiadores pagan antes de llegado el mismo, no podrán dirigirse contra el deudor principal en demanda de lo que pagaron hasta llegado el día fijado en la obligación principal¹⁷.

En D.17.1.22.1, Paulo comenta que había sido objeto de discusión si el fiador podría dirigirse contra el deudor principal en caso de haber pagado la deuda antes de expirado el plazo en que debía satisfacerse. Este jurista mantiene que, en este caso, el fiador habrá de esperar a que termine dicho plazo para poder demandar lo que pagó al deudor principal:

¹⁷ Partidas 5.12.16 (ed. RAH, III, p. 285: «... Otrosi decimos que si el fiador o sus herederos pagasen la debda que eran tenudos de pagar de su voluntad sin juicio et sin premia ninguna, que tambien es tenuto aquel por quien entró fiador de darles lo que asi pagaron, como si lo hobiesen pagado por premia que les hobiesen fecho por juicio; pero si acaesciese que lo pagasen ante del plazo, non lo pueden demandar fasta el dia que señalaron para pagarlo»).

«Item tractatum est, si, cum in diem deberem, mandatu meo in diem fideiusseris et ante diem solveris, an statim habeas mandati actionem. Et quidam putant praesentem quidem esse mandati actionem, sed tanti minorem, quanti mea intersit superveniente die solutum fuisse. Sed melius est dici interim nec huius summae mandati agi posse, quando nonnullum adhuc commodum meum sit, ut nec hoc ante diem solvam».

8. Extensión de la fianza

En Partidas 5.12.7 se prescribe que el fiador no puede obligarse a más de lo que se obliga el deudor principal. Y se establece que este exceso en la obligación del fiador puede producirse de cuatro formas:

- la primera tiene lugar cuando el fiador se obliga por una cantidad mayor de la que se obliga el principal deudor;
- la segunda, cuando el deudor principal se obliga a dar la cosa en un lugar cierto y el fiador a darla en un lugar más difícil;
- la tercera, cuando el fiador se compromete a cumplir su obligación en un tiempo más breve del que se ha obligado el deudor principal;
- en cuarto lugar, se produce dicho exceso si el deudor principal se obliga bajo condición y el fiador se obliga puramente¹⁸.

En el primer caso, la fianza es inválida en cuanto al exceso de cantidad; en los tres restantes, está viciada de nulidad.

Estas cuatro maneras de exceso en la obligación del fiador respecto a la del deudor principal vienen recogidas en las Instituciones de Justiniano y en el Digesto.

En Inst.3.20.5 se afirma que los fiadores no pueden obligarse de modo que deban más de lo que debe aquél a quien afianzan, porque su obligación es acce-

¹⁸ Partidas 5.12.7 (ed. RAH, III, p.280-281): «Por mas de quanto es el debdo principal non se puede obligar el fiador; et si lo ficiere, non vale la fiadura quanto en aquello que es de mas, et este mas segunt derecho puede seer en quatro maneras: la primera es quando el que entra fiador por el otro se obliga por mas de aquello que debie aquel a quien fia: et esto serie como si debiese cient maravedis, et el otro entrase fiador por cient et veinte, o por quanto quier mas de los ciento; ca tal fiadura non valdrie quanto en lo demas. La segunda es quando el debdor principal es obligado a dar alguna cosa en logar cierto, et aquel aquel fia entra fiador por dar aquella cosa en otro logar mas grieve; ca entonce tal fiadura non vale. La tercera es quando el que debie la cosa era obligado a darla a tiempo cierto, et el que entra fiador por él se obliga a darla a mas breve tiempo: et esto serie como si la hobiese a dar a dos años, et el otro entrase fiador por darla a un año; et de tal fiadura como esta decimos otrosi que non debe valer. La quarta es si el debdor principal era obligado a dar la cosa so alguna condicion, et el que entra fiador por él se obliga a dar aquella cosa puramente sin condicion ninguna, ca atal fiadura como esta non valdrie, porque se obliga en mas el fiador que el debdor principal».

soria y no pueden deber en lo accesorio más que en lo principal. Pero los fiadores sí pueden obligarse de modo que deban menos. En este pasaje, se recoge la nulidad de la obligación del fiador cuando afianza más cantidad de dinero que el deudor principal, la de la obligación de fianza pura, cuando la obligación principal está sometida a condición y la de la *fideiussio* sometida a un término posterior al del obligado principalmente, pues, según establece este pasaje de las Instituciones, no sólo en la cantidad sino también en el tiempo se considera el más y el menos:

«Fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur: nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis nec plus in accessione esse potest quam in principali re. At ex si reus decem aureos promiserit, fideiussor in quinque recte obligatur: contra vero non potest obligari. Item si ille pure promiserit, fideiussor sub condicione promittere potest: contra vero non potest. Non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur. Plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare».

Y respecto al lugar, en D.46.1.6.1 se recoge una opinión de Juliano en la que afirma que el que promete dar en cierto lugar, se obliga en condición más dura que si hubiese sido interrogado puramente; por tanto, si se interroga puramente al deudor principal y se hubiere admitido fiador con adición de lugar, no queda obligado el *fideiussor*:

«Qui in certo loco dari promisit, aliquatenus duriori condicioni obligatur, quam si pure interrogatus fuisset: nullo enim loco alio, quam in quem promisit, solvere invito stipulare potest. Quare si reum pure interrogavero et fideiussorem cum adiectione loci accepero, non obligatur fideiussor».

9. Beneficio de división

La ley 8.^a de Partidas 5.12 recoge la fianza solidaria (*in solidum*). En caso de pluralidad de fiadores, si se obligan a dar o hacer todo cada uno de ellos, quedan todos obligados a cumplir la totalidad de la obligación y pagando uno de ellos quedan liberados los demás. Esta ley continúa recogiendo el beneficio de división entre los cofiadores: si no se obligan solidariamente, el acreedor ha de dirigirse contra cada fiador demandándole sólo su parte de la deuda; pero si uno es insolvente, su parte de la deuda grava a los demás cofiadores¹⁹.

¹⁹ Partidas 5.12.8 (ed. RAH, III, p. 281): «Muchos homes entrando fiadores en uno, obligándose cada uno dellos de dar o de facer alguna cosa por otro, son tenudos de lo cumplir en aquella

Lo prescrito en Partidas 5.12.8 ya se establece, de forma muy paralela, en Inst.3.20.4. En Roma, los *fideiussores* en principio no veían limitada su deuda por la concurrencia de otros fiadores. Pero una epístola de Adriano implantó la división de la deuda entre los cofiadores que resultaran solventes en el momento de la *litis contestatio*. Es el *beneficium divisionis ex epistula Hadriani*:

«Si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere. Sed ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fideiussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. Sed et si ab uno fideiussore creditor totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, si is pro quo fideiussit solvendo non sit: et sibi imputare debet, cum potuerit adiuvari ex epistula Hadriani et desiderare, ut pro parte in se detur actio».

10. Beneficio de excusión

El llamado *beneficium excussionis* se recoge en Partidas 5.12.9. Dicha ley prescribe que, hallándose presente el deudor principal, debe ser demandado éste antes que los fiadores. Si el deudor principal no tiene bienes para hacer frente a la obligación, entonces se reclamará la deuda a los fiadores; y si no está presente, los fiadores, al ser demandados, pueden pedir plazo para presentar a juicio al deudor principal y sólo si no lo presentan en dicho plazo, deberán hacer frente a la obligación. Este plazo para aducir a juicio al deudor principal lo establecerá el juez según su albedrío.

En Roma, en época de Antonino Pío, el acreedor podía elegir dirigirse primeramente a los fiadores y compelerles al pago, prefiriéndolos al deudor principal:

«Iure nostro est potestas creditori relicto reo eligendi fideiussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur»²⁰.

manera que lo prometieron, de guisa que aquel que rescibe la fiadura puede demandar a todos o a cada uno por sí toda la debda quel fiaron, et pagando el uno, son quitos los otros. Pero si los fiadores non se obligasen cada uno por todo, mas dixiesen simplemente: nos somos fiadores por fulan de dar o de facer tal cosa, entonce si todos son valiosos para poder pagar la fiadura a la sazón que se demanda la debda, decimos que non puede demandar la cosa el señor de la debda a cada uno dellos, mas de quantol copiere en su parte. Et si por aventura algunos de los fiadores fuesen tan pobres que non podiesen pagar aquella parte que les cabie, entonce los otros que hobiesen de que lo pagar, quier fuesen uno o mas, son tenudos de pagar toda la debda principal, o de complir aquella cosa que fiaron».

²⁰ C.8.40(41).5.

Esta jurisprudencia se sostenía en tiempo de Diocleciano, en una Constitución imperial del año 293:

«Si alienam reo principaliter constituto obligationem suscepisti vel fideius-sorio sive mandatorio vel quocumque alio nomine pro debitore intercessisti, non posse urgueri creditorem, eum qui mutuum accepit pecuniam magis quam te convenire, scire debueras, cum, si hoc in initio contractus specialiter non placuit, habeat liberam electionem»²¹.

El beneficio de excusión —aunque no con dicha terminología, que tampoco aparece en las Partidas—, por el que el deudor principal ha de ser demandado y ha de hacerse excusión de sus bienes antes de demandar a los fiadores, había sido establecido por la Novela 4, cap. 1, del Emperador Justiniano (año 535)²². Las Partidas recogen el contenido de este capítulo, que extractan a través de la Auténtica *Praesente*, C.8.40(41).3 = N.4,1-2, con la que esta ley 9ª de Partidas guarda una gran similitud:

Partidas 5.12.9

Auth. *Praesente*, C.8.40.3 = N.4,1-2

«En el logar seyendo aquel que fuese principal debdor, primeramente deben demandar a él que pague lo que debe, que non a los que entraron fiadores por él. Et

«*Praesente* tamen utroque, non permittitur intercessorem convenire prius, quam reus inventus est minus idoneus sive in totum sive in partem. Absente autem reo, prae-

²¹ C.8.40(41).19.

²² Nov. 4, cap. 1: «Si quis igitur crediderit et fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem acceperit, is non primum mox adversus mandatorem aut fideiussorem aut sponsorem accedat, neque negligens debitoris intercessoribus molestus sit, sed veniat primum ad eum, qui aurum accepit debitumque contraxit. Et si quidem inde receperit, ab aliis abstineat (quid enim ei in extraneis erit a debitore completo?): si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit accipere, secundum hoc ad fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem veniat et ab illo, quod reliquum est, sumat. Et si quidem praesentes ei constant ambo, et principalis et intercessor, haec omni serventur modo; si vero fideiussor aut mandator aut qui sponsioni se subiecit adsit, principalem vero abesse contigerit, acerbum est creditorem mittere alicubi, cum possit mox fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem exigere. Sed et hoc quidem curandum a nobis possibili modo. Non enim erat quoddam hic antiquae legi datum pro sanatione remedium, cum utique Papinianus maximus fuerit qui haec introduxit. Probet igitur fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem, et causae residueus iudex det tempus fideiussori, idem est dicere sponsori et mandatori, volentibus principalem deducere, quatenus ille prius sustineat conventionem, et sic ipsi in ultimum subsidium reserventur: sitque solacio intercessori in hoc quoque iudex (fideiussoribus enim et talibus prodesse sanctum est), ut illo deducto interim conventionem liberentur, qui pro eo in molestia fuerunt. Si vero tempus in hoc indultum excesserit (convenit namque etiam tempus definire iudicantem), tunc fideiussor aut mandator aut sponsor exequatur litem, et debitum exigatur contra eum, quem fidedixit aut pro quo mandatum scripsit aut sponsonem suscepit, a creditore actionibus sibi censis».

si por aventura non hobiese él de que lo pagar, entonce deben demandar a los fiadores, et si acaesciese que los fiadores fuesen en el logar et aquel por quien fiaron non, et comenzándoles a demandar el debdo pidiesen plazo a que aduxiesen aquel a quien fiaron, débengelo otorgar, et si al plazo non lo aduxiesen, entonce deben responder a la demanda et pagar cada uno dellos su parte, o los ricos por los pobres, o el uno por todos, en la manera que dice en la ley ante desta. Et este plazo les debe otorgar el judgador ante quien demandaren el debdo segunt su alvedrio, asmando todavia fasta quanto tiempo lo pueden adocir».

sens intercessor iure quidem convenitur, ipso tamen desiderante iudex definit tempus, intra quod deducat reum primo conveniendum, ipso in subsidium reservando. Nam transacto tempore compellitur intercessor satisfacere, cessis sibi a creditore actionibus, absque distinctione contractus sive intercessionis».

11. *Fideiussio alterna*

La ley 10.^a de este título 12.^o de la Partida 5.^a prescribe que si varios sujetos se comprometen como deudores principales a dar o hacer algo y todos se hallan presentes, no puede el acreedor pedir toda la deuda a uno, aunque cada uno de los deudores se hubiese hecho fiador o deudor por el otro, pues cada uno solamente debe ser apremiado por su parte. No estando todos presentes o no teniendo con qué pagar, los más ricos y presentes satisfarán la deuda, sean uno, dos o más:

«Obligándose muchos homes de so uno, et cada uno por todo faciéndose principales debdores de dar ó de facer alguna cosa á otro, si todos fueren en el logar quando el señor del debdo les quisiere facer demanda, maguer cada uno dellos entrase fiador et debdor por el otro, con todo eso non deben demandar todo el debdo al uno, ante decimos que debe seer apremiado cada uno de dar su parte, si todos hobieren de que pagar. Et si por aventura todos non fuesen en el logar, ó alguno dellos non fuese valioso, entonce los que fuesen hi et que hobieren la valia, deben pagar todo el debdo quantos quier que sean uno, ó dos ó mas»²³.

Se trata de la llamada «estipulación correal», *fideiussio alterna* o *mutua*, por la que varios sujetos asumen la deuda de modo conjunto, dando lugar así a

²³ Partidas 5.12.10 (ed. RAH, III, p. 282).

una situación de correalidad pasiva —*correi promittendi*—; en este supuesto no puede distinguirse, lógicamente, entre un deudor principal y otro de carácter accesorio, esto es, no puede hablarse en rigor de una obligación principal y, por otro lado, de una accesorio, cuya validez estaría condicionada a la existencia de la primera; por el contrario, todos los codeudores se encuentran situados ahora en un mismo plano de responsabilidad. Esta ley, por tanto, no se refiere ya a la relación existente entre el deudor principal y el fiador subsidiario, sino que contempla el supuesto de que dos o más deudores queden obligados conjuntamente, esto es, haciéndose todos ellos deudores principales y saliendo fiadores entre ellos de modo recíproco. El texto castellano establece que también en este caso es aplicable el beneficio de división.

Gregorio López indica que esta ley 10ª concuerda con la Auténtica *Hoc ita*, C.8.39(40).2 = N.99.1:

«Hoc ita, si pactum fuerit speciale, unumquemque teneri in solidum, et si alter inops sit in solidum vel in partem, ut id saltem de altero petatur, vel si absens sit. Quum enim ambo adsunt, per iudicem producuntur, negotiumque communiter examinatur, et sententia communiter infertur. Quod fiet per administratorem, si iudex sit delegatus. Sin autem non convenit specialiter, ex aequo sustinebunt onus. Sed et si convenit, si tamen ambo praesens sint et idonei, simul cogendi sunt ad solutionem».

Esta Auténtica es un extracto del cap. 1 de la Novela 99 del Emperador Justiniano (año 539), donde primeramente se declaró aplicable el beneficio de división a la *fideiussio alterna* o *mutua*²⁴.

12. Beneficio de cesión de acciones

Bajo la rúbrica *Cómo aquel que rescibe la paga de alguno de los fiadores, le debe otorgar poder para demandar a los otros*, Partidas 5.12.11, aborda el

²⁴ Nov. 99, cap. 1: «Si quis enim alterna fideiussione obligatos sumat aliquos, si quidem non adiecerit oportere et unum horum in solidum teneri, omnes ex aequo conventionem sustinere. Si vero aliquid etiam tale adiciatur, servari quidem pactum, non tamen mox ab initio unumquemque in solidum exigi, sed interim secundum partem qua unusquisque obligatus est, cedere autem eum et contra reliquos, sive et idonei sunt et in eo loco. Et si hoc ita se habere videatur, si quidem idonei sunt et praesentes inveniantur, illos periclitari complere [in] singulos in propria parte quod sub alterna promissione creditum est, aut ex quo omnino obligati sunt, et non commune debitum proprium cuiuspiam fieri onus. Si vero minus idonee se habere reliqui videantur. Sive omnes seu quidam, sive in partem seu in solidum, sive absentes forte, in illud teneri quod accipere ab aliis non potuit. Sic enim et illis servabitur pactionis modus, et nullum sustinebit damnum actor, licet aliquid inter se illi pepigerint ignorante isto qui habet eos obligatos, et unusquisque tenebitur quod ab initio scripsit, artibus aut dolis aut transactionibus praevaricari quae constituta sunt non sinendus».

beneficium cedendarum actionum. En dicha ley se prescribe que el fiador que paga toda la deuda en su nombre puede pedir al acreedor que le ceda las acciones que tenía contra los demás fiadores y contra el deudor principal. Después de hecha tal cesión, podrá dirigirse contra éste, reclamándole lo que pagó por él, o contra aquéllos, demandándoles la parte de deuda que corresponda a cada uno. Si alguno de los fiadores no tiene con qué pagar su parte de la deuda al fiador que pagó toda, ha de tomársele caución de que pagará en cuanto pueda.

Si el fiador paga toda la deuda en nombre del deudor principal, no puede pedir al acreedor que le ceda las acciones que tenía contra los demás fiadores; pero sí podrá dirigirse contra el deudor principal, aunque el acreedor no le ceda las acciones que disponía contra él.

Por último, si el fiador paga la deuda sin decir si lo hace en nombre propio o en nombre del deudor principal, ha de pedir acto seguido la cesión de las acciones que el acreedor tenía contra los demás fiadores; si no lo hace «luego que la paga ha fecho», no podrá ya pedir al acreedor que le ceda las acciones para dirigirse contra los otros fiadores; pues parece que también entonces ha hecho dicha paga en nombre del deudor principal y no en el suyo propio; sólo podrá reclamar entonces al deudor principal lo que pagó por él²⁵.

Gregorio López precisa que la primera prescripción de esta ley concuerda con lo que se indica al respecto en la *Summa Codicis* de Azón:

«Conventus autem fideiussor, etiam si fuerit damnatus, impetret cessionem personalium actionum contra reum principalem et in rem, et in pignoribus...

²⁵ Partidas 5.12.11 (ed. RAH, III, pp. 282-283): «Pagando alguno de los fiadores todo el debdo en su nombre, puede demandar a aquel a quien face la paga que le otorgue el poder que habie para demandar el debdo contra los otros fiadores que fueran sus compañeros en aquella fiadura, et otrosi el que habie contra el debdor principal; et él débegelo otorgar, et despues quel fuere otorgado este poder, en su escogencia es de demandar a cada uno de los otros fiadores aquella parte que pagó por ellos; et si alguno hi hobiese tan pobre que la non podiese entonce pagar, debe tomar tal recabdo dél que la pague cada que podiere, et puede aun demandar la parte que pagó por sí al debdor principal. Et si esto non quiere facer así, puede demandar él por sí mesmo al principal debdor todo el debdo, maguer el señor del debdo nol otorgase el poder que habie contra él: mas si acaesciese que alguno de los fiadores pagase todo el debdo en nombre de aquel a quien fió et non en el suyo, entonce aquel que rescibe la paga dél, nol puede otorgar poder para demandar ninguna cosa á los otros fiadores. Et esto es porque todo el derecho que él habie contra los otros fiadores para demandarles el debdo o para otorgar poder de lo demandar a aquel que gelo paga, todo se remata porquel fiador que así pagase la debda como sobredicho es, en salvo finca su demanda para poder demandar lo que pagó a aquel por quien entró fiador. Et si alguno de los fiadores pagase todo el debdo simplemente, non diciendo que lo face en nombre del debdor principal nin en el suyo, si luego que la paga ha fecho, demanda a aquel que la face quel otorgue poder de demandar lo que pagó a los otros fiadores, decimos quel debe seer otorgado; et si entonce non lo demanda, dende en adelante non gelo debe otorgar, porque semeja que fizo la paga en nombre del debdor principal, et non en el suyo; pero bien puede demandar al debdor quel dél lo que pagó por él».

Item impetrat cesionem actionum contra fideiussores. Pro parte dico, non in solidum...»²⁶.

En D.46.1.17 se afirma que se suele auxiliar a los fiadores de modo que el acreedor sea compelido a ceder las acciones y derechos que tiene contra los demás fiadores al que está dispuesto a pagar la totalidad de la deuda:

«Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina».

Y en D.46.1.36 se recoge una opinión de Paulo donde este jurista indica que el acreedor está obligado a ceder las acciones que tenía contra el deudor principal y los cofiadores al fiador que ha pagado la deuda en su integridad:

«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 accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones».

13. Derecho de reembolso

La ley 12.^a de Partidas 5.12 recoge tres supuestos de validez de la fianza, en los que el fiador puede pedir al deudor principal el reembolso de lo que haya pagado por él:

1.º En primer lugar, es válida la fianza cuando el tercero entra como fiador mediando mandato del deudor principal o si lo hace sin mediar mandato de dicho deudor pero éste está presente y no lo contradice:

«Mandando un home a otro que entre fiador por él, o entrando el otro fiador por él de su voluntad delante de aquel a quien fia sin su mandato, et non lo contradice...».

2.º Es asimismo válida la fianza cuando el tercero entra como fiador sin mandato e ignorándolo el deudor principal, pero éste, al tener conocimiento de ello, lo consiente:

«... o entrando fiador por él a otra parte sin su sabidoria et sin su mandado, et quando lo sabe consiente en lo quel otro fizo o le place...».

²⁶ AZÓN, *Summa Codicis* (in C.8.41), fol. 220 v., n. 11-13.

3.º En tercer lugar, goza de validez la fianza cuando el tercero entra como fiador sin mediar mandato del deudor principal y éste no lo consiente pero el objeto de la fianza conlleva algún beneficio para dicho deudor principal:

«... o si entra fiador otrosi por él sin su mandado sobre cosa quel otro deba dar o facer, et que sea a su pro, maguer non lo consienta...».

En estos tres casos, la fianza es válida y el fiador podrá dirigirse contra el deudor principal:

«... en qualquier destas maneras que entrase fiador un home por otro, valdrie la fiadura, et quanto pagare el fiador por aquél a quien fió, tenuto es el otro de gelo dar et facer cobrar...».

Esta ley prescribe a continuación tres casos en que el fiador no dispone de acción contra el deudor principal para demandarle el reembolso de la deuda que ha satisfecho. Se trata de fianzas realizadas *animo donandi*, en beneficio del fiador o cuando media una prohibición del deudor a la entrada del fiador:

«... El primero es si el que entra fiador o que paga el debdo, lo face con la entencion de dar por el otro aquello que fió, o de lo pagar por él et nunca gelo demandar. El segundo es si la fiadura es fecha por pro de sí mesmo de aquel que entra fiador. El tercero es si quando entró fiador lo fizo contra defendimiento de aquel a quien fió, como si dixiese non vos ruego que entredes fiador por mí, ante vos lo defiendo, o deciendol otras palabras semejantes destas».

En Inst.3.20.6 se afirma que, si el fiador paga por el deudor, tiene contra éste, para recobrar lo que ha pagado, la acción de mandato:

«Si quid autem fideiussor pro reo solverit, eius recipiendi causa habet cum eo mandati iudicium».

Gregorio López nos recuerda en su glosa²⁷ que esta ley 12.ª concuerda y sigue la opinión de Azón recogida en su *Summa Codicis*:

«Sic autem fideiussor acceptus habet actionem mandati contra reum, si reo mandante vel patiente, fideiussit: forte eo etiam ratum habente: et sic erit fic

²⁷ LÓPEZ, Gregorio, glosa *Adde.* a P.5.12.12, s.v. *Tenudo*: «...sequitur ista lex dicta Azon. C. eodem in summa»; glosa *Hos casus* a P.5.12.12, s.v. *En tres casos*: «Hos casus ponit etiam Azo. C. eodem in summa...» (ed. *Los Códigos españoles...*, 3, p. 726).

speciale. Si vero pro absente, datur ei negotiorum gestorum actio: nisi in casibus quando fideiussit pro vetante, vel in rem suam, vel animo donandi...»²⁸.

Ya en D.17.1.6.2, se recoge la opinión de Ulpiano, de modo semejante a lo expresado en esta ley de Partidas y en la *Summa* de Azón, en el sentido de que si una persona consiente que alguien entre como su fiador o de otro modo intervenga, queda obligado por la acción de mandato, a no ser que el tercero entre como fiador contra la voluntad del deudor principal, con ánimo de donar o siendo gestor del negocio:

«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».

14. La fianza hecha por mandato de tercero

En Partidas 5.12.13 se establece que si alguien sale fiador por mandato de un tercero en favor de un deudor que no está presente, no podrá demandar lo que pagó al deudor sino sólo a aquel por cuyo mandato entró como fiador. Pero si el deudor principal está presente o si, estando el deudor ausente, dicha fianza le resulta beneficiosa, entonces el fiador podrá escoger entre demandar lo que pagó al deudor principal o al mandante²⁹.

Lo prescrito en esta ley de P.5.12, como advierte Gregorio López, coincide con lo establecido en D.17.1.53, donde se recoge una opinión de Papiniano:

«Qui fide alterius pro alio fideiussit prasente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante alterutrus mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam

²⁸ Azón, *Summa Codicis* (in C.8.41), fol. 220 v., n. 14-16.

²⁹ Partidas 5.12.13 (ed. RAH, III, pp. 283-284): «Por otro que non estodiese delante entrando algunt home fiador, non lo faciendo por su mandado, mas por mandamiento de otro tercero, decimos que si tal fiador como este pagase alguna cosa a aquel a quien entro fiador, que non puede demandar lo que pagó á aquel a quien fió, mas al otro por cuyo mandado entró por fiador. Pero si quando desta manera feciese la fiadura, estodiese delante aquel a quien fiaba, et non lo contradixiese, o entrase fiador en nombre dél, maguer non estodiesse delante, si se torna en pro de aquel por quien fizo la fiadura, entonce en su escogencia es de aquel que entró fiador de demandar lo que pagó a quien fió o al otro tercero por cuyo mandado fizo la fiadura, et ellos son tenudos de lo pagar».

reum promittendi: nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contingit etsi meo mandato solvas».

15. Supuestos de extinción de la fianza.

Transmisión de la obligación a los herederos

Bajo la rúbrica *Por qué razones se desata la fiadura et puede el fiador salir della*, en Partidas 5.12.14 se prescribe que los fiadores no pueden apremiar a los deudores principales, vía judicial, a que los liberen de la fianza, salvo por cinco razones:

1.^a En primer lugar, puede el fiador pedir que se termine su condición de fiador si recae sobre él sentencia por la que ha de pagar toda la deuda o parte de ella.

2.^a La segunda razón acaece cuando hubiere estado largo tiempo en su condición de tal, tiempo que ha de ser determinado por el juez según su albedrío.

3.^a En tercer lugar, puede el fiador pedir que se extinga la fianza si considera que se cumple el plazo en que debe pagar y, por no incurrir él ni el deudor principal en pena, quiere realizar el pago pero el acreedor no quiere recibirlo por alguna razón o no está presente, por lo cual, el fiador deposita lo que se debe en alguna iglesia o monasterio o en mano de algún hombre bueno, ante testigos.

4.^a La cuarta razón tiene lugar cuando el fiador entró como tal hasta día señalado y este día ya ha pasado.

5.^a Por último, puede el fiador pedir que se extinga la fianza si aquel por quien salió fiador comienza a malgastar sus bienes³⁰.

Como indica Gregorio López en su glosa³¹, esta ley 14.^a guarda paralelismo con D.17.1.38.1, donde se plantea la cuestión de si el fiador podrá reclamar, aun antes de que pague, que se le dé por libre:

³⁰ Partidas 5.12.14 (ed. RAH, III, p. 284): «Quejar non se deben los fiadores a ningunt juez para apremiar a aquellos que los metieron en la fiadura que los saquen della fasta que paguen alguna cosa del debdo por que entraron fiadores, fueras ende por cinco razones. La primera es si el fiador fuere judgado a pagar toda la debda o parte della. La segunda es si hobiese estado grant tiempo en la fiadura: es este tiempo debe seer determinado segunt alvedrio del judgador. La tercera es quando el que entra fiador entiende que se cumple el plazo a que debie pagar, et por non caer en pena él nin aquel á quien fiaba aquel a quien entró fiador, et quiere pagar, et el otro non gelo quiere rescibir por alguna razon o por aventura non es en el logar, et entonce pone aquello que debie en fialdat en alguna eglesia o monesterio o en mano de algunt home bono ante testigos. La quarta es si quanto entró fiador señaló dia cierto a quel debiese sacar de la fiadura et es pasado. La quinta es si aquel a quien fió comienza a desgastar sus bienes; ca por qualquier destas cinco razones sobredichas se desata la fiadura et puede apremiar el fiador a aquel a quien fió quel saque della».

³¹ Glosa *Ortum* a P.5.12.14, s.v. *Por cinco razones* (ed. *Los Códigos españoles...*, 3, p. 727).

«Non absimilis illa, quae frequentissime agitari solet: fideiussor an, et priusquam solvat, agere possit, ut liberetur? Nec tamen semper expectandum est, ut solvat, aut iudicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessabit, aut certe bona sua dissipabit; praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit, qua numerata creditori mandati actione conveniat».

También hay que tener presente D.17.1.56.1, donde se recoge el depósito público de la cantidad objeto de la deuda realizado por el fiador:

«Fideiussor, qui pecuniam in iure obtulit, et propter aetatem eius, qui petebat, obsignavit ac publice deposuit, confestim agere mandati potest».

En caso de morir el fiador —se prescribe en Partidas 5.12.16—, sus herederos quedan obligados a cumplir la fianza, pasando a ellos todas las excepciones y derechos que tenía el *de cuius*³².

Las Instituciones de Justiniano, 3.20.2, ya establecían que el fiador no solamente se obliga él mismo, sino que también deja obligado a su heredero:

«Fideiussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem obligatum relinquit».

En C.8.40(41).24 igualmente se afirma que el heredero del *fideiussor* está obligado como lo está el deudor principal:

«Fideiussoris quidem heres exemplo rei principalis tenetur...».

16. Excepciones que puede oponer el fiador

La ley 15.^a de P.5.12 versa sobre las excepciones procesales alegables en juicio:

En primer lugar, trata esta ley el caso de que el fiador sea demandado en juicio y, siendo conocedor y pudiendo alegar alguna excepción perentoria que tuviera el deudor principal, no la propusiera. Si después es condenado el fiador por sentencia, no podrá reclamar al deudor principal lo que pagó de la deuda. Y ello «porque semeja que lo hizo engañosamente», para hacer perder al deudor principal su derecho.

³² Partidas 5.12.16 (ed. *RAH*, III, p. 285): «Moriendo el fiador tambien fincan obligados sus herederos para cumplir la fiadura como lo era él mesmo quando era vivo; et todas las defensiones et todos los otros derechos que dixiemos en las leyes ante desta que ha el fiador por sí, todos fincan otrosi a sus herederos en la manera quel mesmo los debie et podrie haber...».

Tampoco podrá reclamar el fiador al deudor principal que le reembolse lo que pagó por él si dicho fiador pudo interponer en el juicio y no lo hizo alguna excepción perentoria alegable que sirviera tanto al deudor principal como al fiador, esto es, alguna excepción perentoria común. Esta ley 15.^a pone como ejemplo el convenio que el acreedor hubiera hecho con el deudor principal y con el fiador para no reclamarles nunca la deuda.

Ahora bien, no sucede lo mismo si la excepción perentoria alegable es personal del fiador y éste no quiere interponerla, v.gr., si dicho fiador es mujer, como ejemplifica esta ley —*exceptio Sc.Velleiani*—; o bien si la excepción perentoria pertenece exclusivamente a la persona del deudor, no pudiendo interponerla el fiador. En estos dos supuestos de excepciones perentorias personales no alegadas, el fiador, si paga la deuda que garantizó, podrá dirigirse contra el deudor para que le reembolse lo que hubiera pagado de la deuda³³.

Ya Ulpiano afirmaba —D.17.1.29.pr.— que si el fiador deja de oponer excepciones que competen al deudor principal pero de las que el fiador puede hacer uso, como la *exceptio doli* o la *exceptio non numeratae pecuniae*, no podrá repetir del deudor principal porque parece que procede con dolo, ya que la excesiva negligencia está próxima al dolo:

«Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id

³³ Partidas 5.12.15 (ed. RAH, III, pp. 284-285): «Demandada seyendo al fiador en juicio la debda que fió, si sabe que aquel por quien entró fiador ha alguna defension por si atal por que rematarie la demanda si fuese puesta, et non la quisiese poner et fuese dada sentencia contra él, quanto quier que pagase de la debda sobre esta razon, non la podrie despues demandar a aquel por quien fizo la fiadura, porque semeja que lo fizo engañosamente por facer perder al otro su derecho. Eso mesmo decimos que serie si el fiador hobiese alguna defension atal, que si fuese puesta que valdrie tambien a él como á aquél por quien entró fiador, et non la quisiese poner: et esto serie como si el señor de la debda hobiese fecho pleyto al principal debdor o al fiador que nol demandase nunca el debdo, o otro pleyto semejante destos por que podiese seer rematada la demanda, et sabiéndolo el fiador non quisiese poner tal defension contra aquel quel demandaba. Et como quier que diximos que si el fiador hobiese por si alguna defension et non la quisiese poner quando le demandasen la debda, que por esta razon non podrie despues demandar al quel metió en la fiadura, lo que pagase por él, casos hi ha en que non seria así; et esto serie como si la defension pertenesciese á la persona del fiador tan solamente, et non al quel metió en la fiadura; ca si fuese muger el fiador, maguer que con derecho podrie poner defension ante si quando le feciesen la demanda, deciendo que non era tenuta de responder a ella, porque las fiaduras que las mugeres facen non deben valer sinon en casos señalados; con todo eso maguer non la quisiese poner, tenuto serie aquel por quien entró fiador de darle lo que pagase por él. Eso mesmo decimos que serie si la defension pertenesciese tan solamente á la persona del principal debdor et non a aquel que fizo la fiadura; ca maguer quel fiador podiera haber rematada la demanda por ella si la hobiese puesta, con todo eso tenuto es de darle aquel por quien entró fiador todo lo que pagó por él».

quod solverit quaeritur. Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim negligentia prope dolum est)...

En D.44.1.7.1, Paulo expresa que las acciones inherentes a la cosa competen también a los fiadores, como la *exceptio rei iudicatae*, *exceptio doli*, *exceptio iusiurandi* o la *exceptio metus causa*. Si el fiador no opone estas excepciones en el juicio en que se le reclama el pago de la deuda que ha garantizado, no podrá reclamar del deudor lo que ha pagado:

«Rei cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iusiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori...».

En D.17.1.10.12 se recoge, a través de Ulpiano, una opinión de Juliano en la que este jurista sostiene que si el fiador deja de oponer excepciones personales suyas, sí podrá dirigirse contra el deudor principal pidiéndole lo que pagó por él:

«Generaliter Iulianus ait, si fideiussor ex sua persona omiserit exceptionem, qua reus uti non potuit, si quidem minus honestam, habere eum mandati actionem...».

Por último, en D.2.14.22, Ulpiano se hace eco de excepciones personales del deudor principal, como un *pactum de non petendo* acordado entre dicho deudor y el acreedor para que éste se dirija al fiador; lógicamente, esta excepción no puede ser utilizada por el fiador, quien, si efectúa el pago de la deuda, podrá dirigirse contra el deudor principal:

«In his, qui eiusdem pecuniae exactionem habent in solidum vel qui eiusdem pecuniae debitores sunt, quatenus alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio, quaeritur. Et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse eius qui paciscebatur interfuit. Itaque debitoris conventio fideiussoribus proficiset, nisi hoc actum est, ut dumtaxat a reo non petatur, a fideiussore petatur: tunc enim fideiussor exceptione non utetur».

17. *Cautio iudicium sisti*

En P.5.12.17 se recoge un supuesto de fianza referida, no a la *fideiussio* romana, sino a una *cautio iudicium sisti* realizada por un tercero. Se trata del caso en que un fiador se obliga, ante el rey o algún juez, a presentar en juicio el día señalado al acusado de haber cometido un delito, bajo pena en caso de

incumplimiento. Si el fiador no puede encontrar al acusado, se le ha de conceder otro plazo igual al primero, si éste fuese menor de seis meses, para presentarlo ante el juez. Siendo el primer plazo de seis meses, el segundo tendrá igual duración, de modo que, si transcurrido un año el fiador no encuentra al acusado o no lo presenta a juicio, dicho garante habrá de responder de la pena que se obligó a cumplir.

Esta ley concuerda con una Constitución imperial de Justiniano del año 530 recogida en C.8.40(41).26, donde se concreta que la pena a que se obliga el fiador consistirá en dinero:

Partidas 5.12.17:

«Acusado seyendo algunt home sobre algunt malfecho, si entrase otro fiador por él delante del rey o de alguno de los otros que judgan por su mandado, obligándose so pena cierta a traerle a derecho a dia señalado, débelo adocir aquel dia que cumpla de derecho a aquel que lo acusó. Et si por aventura acaesciese que lo non podiese fallar, debe haber otro tanto de plazo para buscarle et para adocirle ante el judgador quanto fue el plazo primero a que lo hobo de adocir si fuere menor de seis meses. Et si por aventura fue el primero plazo de seis meses, debe haber otros tantos para buscarle, et si non lo podiese fallar o nol troxiese a derecho fasta el año complido, entonce es tenudo de pechar la pena a que se obligó».

C.8.40(41).26:

«Sancimus, si quis pro alio sponderit, quatenus eum intra certum tempus tradat vel certam quantitatem pecuniarum pro eo inferat, et tempore statuto iam influente non poterit eum repraesentare, non statim pecunias pro eo stipulatas inferre, sed competere quidem post temporis lapsum omnimodo poenalem actionem, non autem statim summam, pro qua fideiussor admissus est, profligari. Sed si quidem usque ad sex mensuum spatium tempus statutum sit, aliud tantum ei indulgeri, intra quod si possit personam exhibere et eam tradere, poena sit liberatus. Sin autem amplius quam sex mensuum tempus ab initio constitutum est, tunc, quanticumque temporis curricula data sunt, tamen post lapsum eorum semenstres tantum habere eum indutias, intra quas sit ei licentia personam et non pecunias reddere. Sin autem et secunda adiectio temporis excedat, tun omnimodo poenam pecuniariam persolvat. Sed si quidem post statutum ab initio tempus...».

P.5.12.18 es continuación de la ley anterior. En ella se establece que el fiador que se obliga a presentar en juicio al acusado, pasado el primer plazo de que dispone a tal fin, puede optar por defenderlo. Una vez que haya dado comienzo tal juicio, el fiador ha de continuar la defensa de aquel por quien entró garante hasta que el pleito llegue a su fin, aunque entretanto aparezca el acusado. Si el juicio termina con sentencia en la que se declara la inocencia del acusado, el fiador queda liberado de su obligación; pero si la sentencia es condenatoria, el fiador tendrá que pagar a la otra parte la pena a la que se obligó,

con los daños y perjuicios que la parte acusadora hubiere sufrido. Sin embargo, si la obligación que debía realizar el acusado consistía en dar o hacer algo, deberá el fiador cumplirla en lugar del acusado, pagando además los daños y menoscabos; habiendo cumplido el fiador la obligación que debía realizar aquel por quien entró como garante, dicho fiador ya no tendrá que pagar la pena a la que se obligó, pues defendió al acusado en juicio hasta la terminación de éste por sentencia³⁴.

Esta ley 18.^a está inspirada asimismo en C.8.40(41).26, que continúa prescribiendo que el que realiza una *cautio iudicium sisti* por un tercero puede preferir defenderlo en juicio:

«... Sed si quidem post statutum ab initio tempus completum maluerit reum pro quo convenitur defendere, licere ei hoc facere, nisi pacti tenor ad hoc reclamaverit, si forsitan sine defensione facienda pro eo fideiussit: sed si defensionem subierit, eam usque ad fine adimplere, nulla ei licentia concedenda in medio personam tradere et pecuniarum dationem effugere...».

En Partidas 5.12.19 se aborda también esta fianza procesal en la que el fiador garantiza la comparecencia de un acusado en un juicio. Comienza diciendo que si el acusado muere transcurriendo el primer plazo que tiene el fiador para llevarlo a juicio, no está obligado dicho fiador a pagar la pena a la que se obligó. Por el contrario, si el acusado muere pasado este primer plazo, el fiador habrá de pagar dicha pena:

«Finándose aquel a quien hobiese alguno fiado de adocir a derecho ante que se compliese el primero plazo a que lo debiera adocir en juicio, non es tenuto el fiador de la pena a que se obligó: mas si moriese despues del primero plazo, tenuto es de pechar la pena...».

Esta primera prescripción de P.5.12.19 está en concordancia también con lo que se establece en la parte final de C.8.40(41).26:

³⁴ Partidas 5.12.18 (ed. RAH, III, p. 286): «El que entrase fiador por otro en la manera que diximos en la ley ante desta, desque pasare el primero plazo a que lo debiera adocir a derecho, bien puede si se quisiere defenderle en juicio sobre aquella cosa de que fue aplazado o acusado; et esto puede facer fasta que sea acabado el segundo plazo, et despues que comenzare a defenderle en juicio non se puede dexar ende fasta quel pleyto sea acabado, maguer veniese entre tanto aquel por quien ficiera la fiadura. Et si por aventura fallaren en verdat que non era culpa aquel que fió, es por ende quito de la fiadura; et si fuere fallado que era en culpa, entonce debe el fiador pechar a la otra parte la pena a que se obligó, con todos los daños et los menoscabos quel venieron por esta razon. Mas si aquel por quien fue fecha tal fiadura debie alguna cosa dar o facer sobre que era aplazado, débela pechar o facerla el fiador con los daños et los menoscabos que venieron a la otra parte por esta razon; et pechando esto non es tenuto de la pena a que se habie obligado, pues que lo defendió en juicio fasta que la sentencia fue dada».

«... Sin autem et secundum tempus effluxerit, nullo modo ei licentia concedatur nec ad defensionis venire praesidium, sed omnimodo poenam conferat, nisi intra primum tempus, quod statutum est reus principalis ab hac luce fuerit subtractus: tunc enim penitus ab exactione poenae liberum eum custodiri oportet. Quodsi secundo tempore instante mortuus fuerit, nihilo minus poena iam comissa a fideiussore exigatur...».

La ley 19.^a continúa prescribiendo que si el fiador entra comprometiéndose a hacer comparecer en juicio al acusado en el día señalado, sin mediar pena por el incumplimiento de tal obligación, si no consigue presentarlo ante el juez, puede éste condenar al fiador a que pague una cierta cantidad de dinero, que será mayor si resultare que el fiador lo hizo engañosamente, pudiendo haberlo hecho comparecer y no queriendo:

«... Et si por aventura alguno entrase fiador por otro, non se obligando á cierta pena, mas para traerle á juicio tan solamente á día señalado, si aquel día non lo aduxiese ájuicio, puede el judgador condenarle en alguna contia cierta de dinero que peche segunt alvedrio, et si podiere saber en verdat quel fiador engañosamente lo fizo quel podiera traer á juicio et non quiso, entonce le debe poner mayor pena que si de otra guisa lo feciese...».

Este pasaje de la ley 19.^a concuerda con D.48.3.4, donde se recoge una opinión de Ulpiano en la que este jurista afirma que si alguien no presenta en juicio al reo de un delito, por el cual dio fianza, será castigado con pena pecuniaria y, si no lo exhibiera con dolo, debe ser castigado duramente:

«Si quis reum criminis, pro quo satisdedit, non exhibuerit, poena pecuniaria plectitur. Puto tamen, si dolo non exhibeat, etiam extra ordinem esse damnum...».

P.5.12.19 termina prescribiendo que si entrase un fiador para hacer comparecer en juicio al acusado sin señalar plazo y sin escritura, si el fiador no es demandado en un plazo de dos meses para que lo presente en juicio, queda liberado de la fianza. Pero la fianza que fue hecha sobre pleito que perteneciere al rey o a algún concejo o en escritura pública tiene una duración de tres años; si en este plazo el fiador no es demandado para aducir a aquel por quien salió fiador quedará también liberado de la fianza³⁵.

³⁵ Partidas 5.12.19, in fine (ed. *RAH*, III, p. 287): «... Otrosi decimos que si alguno entrase fiador por otro para traerle a juicio non señalando fasta qual dia, nin seyendo ende fecha escriptura, entonce si aquel que rescibió la fiadura non demanda al fiador que aduga aquel que fió fasta dos meses, dende adelante es quito el fiador, fueras ende si la fiadura fue fecha sobre pleyto que per-

Como indica Gregorio López³⁶, este último pasaje sigue lo establecido por Azón en la *Summa Codicis*:

«Item illud speciale est in hac promissione iudicio sisti: ut si quidem fiat sine scriptis, et non in causa publica, nec intra certum tempus, fideiussor libere-
tur, elapsus duobus mensibus, quibus actor non est persecutus actionem
suam. Praesumitur enim, quod voluit desistere, cum et ipse promittat se
litem contestaturum intra duos menses, un in authent. *de executoribus et iis
qui convenitur*. Ubi autem facta est fideiussio in causa publica, vel in scrip-
tis, forte tenetur fideiussor perpetuo, vel saltem usque ad triennium, quo
durat instantia causae, ut supra *de iudiciis*, l. *properandum* §1[C.3.1.13]»³⁷.

III. CONCLUSIONES

Los autores de las Partidas conocen bien los textos del *Corpus Iuris* justiniano tal y como aparecían recogidos en los manuscritos existentes en la época de redacción de las Partidas, así como las sumas y glosas de juristas medievales anteriores a dicha redacción.

En el caso de la fianza, van escogiendo los textos más relevantes del *Corpus* referentes a la *fideiussio* romana y se dedican a trasplantar tales textos a las leyes de Partidas. Utilizan asimismo la *Summa Codicis* de Azón y glosas de otros autores como Acursio. Con todo este material confeccionan una minuciosa regulación de la fianza, apoyándose en los textos más significativos de la Compilación justiniana.

En las dieciséis primeras leyes de Partidas 5.12 aparecen recogidas las principales prescripciones que de la *fideiussio* se encuentran en la obra de Justiniano. Las Partidas comienzan dando un concepto de fiador; establecen la capacidad para ser y recibir fiador, siguiendo lo prescrito en las Instituciones de Justiniano, en el Código y en el Digesto; en Partidas 5.12.2 y 3 tiene lugar la recepción en Partidas del Senadoconsulto Veleyano y se recogen los supuestos en que es válida la fianza realizada por una mujer; a continuación se regula la fianza hecha al menor de edad y se indican las obligaciones que pueden ser

tenesciese al rey a al comun de algunt concejo, o si fue fecha ende escriptura pública; ca la fiadura que fuese fecha en qualquier destas razones, dura fasta tres años; et si fasta los tres años non demandan al fiador que aduga a juicio a aquel que fió, dende adelante es quito de la fiadura, et non le pueden apremiar por ella».

³⁶ Glosa *Approbat* a P.5.12.19, s.v. *Tres años*: «Approbat. opinionem secundam Azon. C.eodem in summa circa finem, et reprobatur opinionem, quod perpetuo posset convenire in his casibus fideiussor, quae erat communis...» (ed. *Los Códigos españoles...*, 3, p. 730).

³⁷ AZÓN, *Summa Codicis*, (in C.8.41), fol. 220 v., n. 18.

garantizadas con fianza; se establece la forma de la fianza, de acuerdo con lo prescrito en las Instituciones; se da acogida y se regula la fianza *in solidum*, el beneficio de orden o excusión y la *fideiussio alterna*, siguiendo las *Instituta* y las auténticas. Seguidamente, Partidas 5.12 prescriben sobre el *beneficium cedendarum actionum*, sobre las causas de extinción de la fianza, la transmisibilidad de la obligación de fianza a los herederos y las excepciones que puede oponer el fiador, siguiendo lo establecido en la *Summa Codicis* de Azón y en textos del Digesto. En las tres últimas leyes que las Partidas dedican a la fianza se recogen varios supuestos de *cautio iudicatum solvi*.

En suma, estamos ante una detallada regulación de la fianza civil, con un sustrato de Derecho romano que la aproximan en gran medida a la concepción de la *fideiussio* en la compilación justiniana.

Tras el examen de la institución de la fianza en las Partidas, hemos de resaltar la importancia de los textos del *Corpus Iuris* justiniano como fuentes de las Partidas. Esta inspiración romana hará que el tratamiento que las Partidas hacen de la fianza sea un tratamiento culto y erudito, que se aparta de la simplicidad de la fianza altomedieval, mayormente de tipo procesal. Los autores de las Partidas saben escoger los textos de las fuentes romanas y de la doctrina medieval para dar una configuración de esta institución de la fianza que superará el período altomedieval para enlazar con la *fideiussio* romana y poner en vigor esta institución tal y como aparece conformada en tiempos de Justiniano. Todo ello nos lleva a reflexionar sobre el alto conocimiento que los autores del más relevante texto jurídico alfonsino tienen de las instituciones jurídicas romanas.