

En torno a la *actio mandati* del *fideiussor*^(*)

La publicación en España de la versión castellana del *Digesto* (1), al hacer la traducción del pasaje correspondiente al Libro XVII, Título I, parágrafo 12, ha vuelto a poner sobre el tapete la discusión promovida hace ya tiempo sobre las posibilidades del ejercicio de la *actio mandati* por parte del *fideiussor* en casos de donación. En este trabajo, pues, nos ocuparemos del fragmento de referencia, así como del D. XVII.1.10.13 y XVII 1.11, en razón de la íntima relación que todos ellos guardan entre sí.

I. Los textos de D. XVII.1.10 y 12 pertenecen a ULPIANO en el libro 31 de los Comentarios al Edicto: *De bonae fidei contractibus. Mandati vel contra* (2), y según la ordenación que nos viene dada en el *Digesto*, en el fragmento 10.11 comienza ULPIANO a tratar el tema de los fiadores, que llega hasta D. XVII.1.12.7, aunque el tema propiamente dicho termina en 12.4, ya que está ligado con 12.5 y 12.6, que tratan de asuntos de mandatos de *fili*i, por cuanto que 12.2/3/4 tocan el tema de los fiadores siendo éstos personas sujetas a potestad (hijos o esclavos) (3).

(*) Trabajo realizado en el Instituto de Derecho Romano de la Universidad de München, a cuyo Director, Profesor NÖRR, agradecemos sus sugerencias y atenciones.

(1) *El Digesto de Justiniano*, tomos I a III, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968-1979. Traducción de D'ORS, HERNÁNDEZ TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA GARRIDO y BURILLO.

(2) O. LENEL: *Palingenesia Iuris Civilis*, Graz, 1960, vol. II, pág. 619, números 907 y sigs., en especial 910.

(3) Ya ARANGIO RUIZ: *Il mandato in diritto romano*, Nápoles, 1949, pág. 99, nota 1, en crítica a BIONDI, había observado que D. XVII, 1, 10, 11 a 13 y hasta 12, 5, constituyen una especie de paréntesis relativo a la aplicación del instituto del mandato al caso del fiador. GRADENWITZ: *Mlg. Gérardin*, París, 1907, pág. 290, apuntó la posible interpolación del texto.

D. XVII.1.10.13. *Si fideiussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fideiussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem: multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor vel si eam liberationem legavit* (4).

DONATUTI (5) considera el fragmento interpolado desde *multo magis* hasta el final. Argumenta, en primer lugar, que el párrafo no concuerda lógicamente con el anterior, en el que el jurista pretende determinar la persona del donatario y no la clase de donación. En efecto, DONATUTI entiende que 10.13 y 12 pr. (6) forman parte de un bloque homogéneo, en el que el clásico planteaba un problema general—la remisión de deuda por donación—enfocado desde un doble supuesto referido a los sujetos: en el primer caso (10.13), el donatario es el fiador; en el segundo, es el deudor principal. Por eso, a juicio de DONATUTI, se especifica en el primer fragmento *si fideiussorem remunerari voluit creditor*, para aclarar, en este primer supuesto, que el destinatario de la donación es el *fideiussor*. Abundando en su opinión, afirma que si el donatario fuera en los dos supuestos el fiador, ULPiano hubiera simplemente dicho *puto si remunerari*, y precisamente si aclara *fideiussorem remunerari* es para destacar el hecho mencionado de que se trata de una donación al fiador, para distinguirla del segundo supuesto, en el que se contempla la donación al deudor principal. La palabra básica del texto, en este orden, es *fideiussor* y no *remunerari*. En consecuencia, no concierne con el contexto del fragmento el párrafo *multo magis...* final, que viene referido a *remunerari*, ya que aporta otros supuestos de donación.

Este primer argumento de DONATUTI nos parece controvertible. Fundamentalmente en base a que, como más adelante diremos, pensamos que los supuestos recogidos en 10.13 y 12 pr. no enfrentan dos casos diferenciados por la persona del donatario (fiador-deudor principal), sino dos posiciones distintas que producen diferentes efectos (posibilidad o no

(4) DONATUTI: *Contributi alla teoria del mandato in Diritto Romano*, I, *L'actio mandati dell'adpromissor*, Perugia, 1927, pág. 78, apunta que donde el texto dice *fideiussor* debería decir *sponsor* en el original de la época clásica.

(5) DONATUTI: *Contributi*, pág. 78.

(6) Digesto XVII, 1. 12 pr.—*Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum. Si vero non remunerandi causa, sed principaliter (sed principali reo, Kr) donando fideiussori remisit actionem, mandati eum non acturum*. La traducción del texto publicado por la Ed. Aranzadi sigue la reconstrucción de KRUEGER: si se le remitió la acción al fiador, no para remunerarle, sino como donación (a favor del deudor principal), no tendrá el fiador la acción de mandato. Esta misma interpretación es la sustentada por DONATUTI. WATSON: *Contract of Mandat in Roman Law*, Oxford, 1961, piensa (pág. 168) que KRUEGER completa el texto en razón de una alteración del copista, pero no como interpolación deliberada. Sobre la ordenación de los textos de referencia en el Título del Digesto, véase el propio WATSON, páginas 24 y sigs., en especial pág. 30.

de ejercitar la *actio mandati*) y que se dan entre los mismos sujetos (acreedor donante-fiador donatario) en razón a la distinta naturaleza de la donación. Piénsese, además, que la construcción *si fideiussorem remunerari voluit creditor*, en la que se repite tanto *fideiussor* como *creditor*, responde a una generalizada construcción latina, muy dada a la redundancia, en las oraciones subordinadas condicionales, a más de que en cualquier caso el término *fideiussor* era en cierta manera preciso como antecedente de *eum* al quedar demasiado alejado el *fideiussori* del inicio del párrafo. A nuestro juicio, pues, ULPIANO no introdujo *fideiussorem remunerari* para distinguir «personas» en relación con el siguiente párrafo, sino por simple construcción gramatical de una frase de gran interés en el texto y en la que la palabra clave es *remunerandi*. Pensamos, pues, que sobre el argumento filológico y gramatical, en base a *fideiussorem*, no puede apoyarse la tesis de la posible interpolación del párrafo *multo magis... final*.

Por otro lado, argumenta también DONATUTI (7) que hablar de *mortis causa accepto*, para ligarlo con *acceptum factum sit*, constituye una clara incorrección jurídica porque no puede concebirse una *acceptilatio sub conditione*, y si se dijera que debe entenderse *si mortis causa donationem accepto tulisset* parece que el jurista clásico no se habría expresado así. Además, presentar el legado como una especie de donación es típicamente justiniano. Por último, la propia redacción gramatical: *tulisset-legavit*, implica un injustificado cambio de tiempo y modo, y hay una inútil (8) repetición de *creditor*.

Todo ello hace pensar a DONATUTI en la interpolación referida.

Por nuestra parte, suscribimos casi íntegramente estos últimos argumentos de DONATUTI y añadiremos que tal párrafo interpolado viene a dar entrada en el *Digesto* al 17.1.11, que en la ordenación compilatoria rompió la unidad entre 10.13 y 12 pr.

Como ya advertimos, el texto, siguiendo a ULPIANO, debe ligarse con D. XVII.1.12 pr.:

Si vero non remunerandi causa sed principaliter donando fideiussori remisit actionem, mandati eum non acturum.

Ambos fragmentos (10.13 y 12 pr.) presentan a simple vista una importante diferencia anunciada por *si vero*; a saber: en un supuesto (10.13), el fiador *habere mandati actionem*; en el otro (12 pr.), *mandati non acturum*.

(7) DONATUTI: *Contributi*, pág. 78.

(8) Pensamos que la pretendida inutilidad de la repetición puede tener su justificación aplicando el argumento sintáctico al que antes aludíamos.

Tal diferente posición jurídica tiene que obedecer a una circunstancia, subjetiva u objetiva, del negocio, y que lógicamente ULPiano ha de señalar en su discurso. Es más, el texto del jurista, pensamos, está encaminado a precisar que la aparición o no de tal circunstancia acarrea la consecuencia de permitir o no el ejercicio de la acción de mandato. Y precisamente en ello radica la problemática de los textos referidos, ya que los autores discrepan en cuanto a cuál es aquella circunstancia que provoca, con su existencia o no, efectos tan dispares.

Para unos, el hecho clave está en la razón de la donación, y en tal sentido, la contraposición aparece en el texto entre *remunerari voluit* y *non remunerandi causa sed principaliter donando*.

Para otros, en cambio, la clave tiene que hacer referencia a los sujetos implicados, tanto en el negocio principal y su fianza como en la donación, y así—dicen—, en el primer supuesto (10.13), la donación se hace por el acreedor al fiador, mientras que en el segundo, la donación la hace aquél al deudor principal. Para fundar en el texto tal aseveración siguen la anotación de KRUEGER:

Idem Graeci: fuerit, non ipsius remunerandi causa, sed principali reo.

Tal es, como ya indicamos, el criterio de DONATUTI (9), y recientemente, el de los autores de la traducción española antes anotados.

II. Para abordar tal discrepancia doctrinal y textual y tomar postura en la interpretación del texto conviene, en primer lugar, hacer una breve referencia al juego de la *actio mandati* en materia de fianzas.

Ya DONATUTI (10) concluyó que se precisa la existencia de un contrato de mandato como presupuesto de la *actio mandati* del *adpromissor*, y ARANGIO RUIZ (11) observa que siendo la *adpromissio* una forma de garantía personal en virtud de la cual el acreedor podía dirigir la *actio* (*ex stipulatu* en la primera forma—*sponsio*—de garantía) tanto frente al deudor principal, como frente al fiador, la equidad exigía la concesión de una acción de regreso en favor del fiador que paga, acción que habría de ser la *actio mandati*, naturalmente *contraria* (12), si la *stipulatio* de garantía se hizo en presencia y con el consentimiento del deudor princi-

(9) DONATUTI: *Contributi*, pág. 77, en especial nota 3, bibliográfica en tal sentido.

(10) DONATUTI: *Contributi*, pág. 37.

(11) ARANGIO RUIZ: *Il mandato*, págs. 88 y 89.

(12) DONATUTI sostuvo el primitivo carácter bilateral del mandato, como los otros tres contratos consensuales. Véase J. IGLESIAS: *Derecho Romano*, Barcelona, 1972, pág. 438, nota 227.

pal, y la *negotiorum gestorum*, también *contraria* si fue hecha sin su conocimiento (13).

Ahora bien, sobre la base de considerar existente un contrato de mandato (14), es necesario que se cumplan los requisitos precisos por tal contrato para que sea factible la exigencia de los derechos derivados del mismo por vía del ejercicio de la acción. Y justamente para que el mandatario pueda reclamar, por medio de la *actio mandati contraria* los gastos que le produjo el cumplimiento del mandato, hubo de llevar a cabo tal cumplimiento. En el caso de la *adpromissio*, el contenido del mandato consiste en satisfacer al acreedor la deuda que el deudor principal (y el fiador, por él) ha contraído (15).

En consecuencia, para que se entienda cumplido el mandato hecho al *adpromissor* deberá éste haber pagado al acreedor. Así se desprende de numerosos textos, principalmente G. 3.127, D. XVII.1.37, D. XXVI.7.9, C. 4.352 (16), y como afirma DONATUTI (17), en numerosos textos se confirma la necesidad de que el pago sea válido y liberatorio del deudor principal. Esta última condición es el resultado natural del juego de la *adpromissio* y el mandato. En efecto, si el fiador-mandatario tiene la posibilidad de dirigirse contra el deudor-mandante es precisamente porque ha cumplido el mandato—satisfacción al acreedor—, es decir, produciendo la *solutio* del crédito, ya que de otra manera, el deudor principal, no liberado, quedaría sujeto a la doble exigencia del acreedor (con la acción del contrato) y del fiador (con la *actio mandati contraria*).

Pensamos que precisamente por ello el texto habla de *acceptum factum sit*, tanto por el hecho de que posiblemente la fianza se hubiera prestado en tiempos clásicos a través de una *sponsio* de garantía (*stipulatio*), como porque el jurista quiso recalcar (en contraposición a *remisit actionem* del 12 pr.) que se había producido el pago de la deuda y con ello cumplido el requisito necesario para permitir el ejercicio de la *actio mandati*. En efec-

(13) WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, II (trad. FADDA-BENSA), Torino, 1930, página 582, nota 12, el sacrificio del mandatario fiador, en la ejecución del mandato, puede consistir en enajenación, asunción de obligación, privación de derecho o en cualquier privación de derecho patrimonial.

(14) IGLESIAS: *Der. Rom.*, pág. 506; la jurisprudencia admite como acción de regreso para el *fideiussor* la *actio mandati*; D. XVII, 1.6.2; D. L. 17.60, G. 3.127.

(15) Precisamente en la época clásica el fiador promete *idem*, y por la naturaleza de la *sponsio* de garantía, la obligación de fianza no se subordina a la obligación principal. En principio, el fiador es el único responsable, ya que se coloca en el puesto del deudor, y más tarde responde solidariamente con el deudor principal, como un codeudor, para por último afirmarse el carácter accesorio de la obligación del fiador. En la época clásica conviven el principio de la co-obligación solidaria y el de la accesoriedad. En el *Corpus Iuris* encuentra éste su definitiva consagración. Cfr. IGLESIAS: *Der. Rom.*, pág. 504 y bibliografía recogida en nota 15, pág. 503.

(16) Véase D. XVII, 1, 50, presupuesto para que el *adpromissor* ejercite la *actio mandati*; que pague.

(17) DONATUTI: *Contributi*, pág. 52.

to, la *acceptilatio* es un modo de extinción *ipso iure* de las obligaciones; es, referida a la *stipulatio*, una *solutio* (18) y, en consecuencia, una forma no sólo de pagar la obligación, sino también, y esto es lo importante en este caso, de liberar al deudor principal (19).

Esta significación de *acceptum* en el texto había sido ya vista por los scholiastas. Así, en B. 14.1.10.29, *Nomophylafis* (20): si se hace *acceptilatio*, se libera tanto el *fideiussor* como el reo (deudor principal), porque la *solutio* libera tanto al fiador como al deudor.

Nota igitur, per pactum dimisso fideiussore etiam reum una liberari: sed si accepto latum sit, reus propter acceptilationem simul liberatur, quia solutio tantum a fideiussore praestita reum liberat.

Y STEPHANO observa que si al fiador le fue hecha *acceptilatio* de la *pecunia*, también queda liberado el deudor, pues el fiador al que se le hizo *acceptilatio*, no puede accionar de mandato contra el deudor si no ha sido liberado él mismo (el reo) por la *acceptilatio*.

Se trata, en consecuencia, de verificar aquellos requisitos que permiten al fiador el ejercicio de la *actio mandati*: pagar y liberar al deudor principal; requisitos que quedan colmados por la *acceptilatio*.

Esta idea principal—el pago por el fiador—preside también el fragmento 12.1 y siguientes (21), donde se trasluce la hipótesis del pago válido en los casos de intervención de un tercero (22). Ello lleva a DONATUTI a preguntarse por qué se admite el ejercicio de la *actio mandati* en caso del pago hecho a través de la donación de un tercero al fiador (fragmen-

(18) DONATUTI: *Contributi*, pág. 77, estima que está fuera de discusión la equivalencia de la *acceptilatio* como *solutio*. Véase también IGLESIAS: *Der. Rom.*, página 514 y bibliografía citada en notas 30 y 32.

(19) Véase ARCHI: *L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica*, RIDA, 1958, págs. 391 y sigs., y *La donazione*, Milán, 1960, pág. 103, en donde presenta la *acceptilatio* como caso típico de donación *in liberando*, y en el que siendo la *acceptilatio* un modo de extinción *ipso iure* de las obligaciones y la donación una causa, se concluye sobre la existencia de la *acceptilatio* concluida *donationis causa*. Sobre esta idea es de notar que si se considera la *acceptilatio* como caso típico de donación liberatoria, *remunerandi* fue puesto intencionadamente para advertir que se quería el provecho material del fiador donatario.

(20) Véase WENGER: *Di Quellen der Römischen Rechts*, Wien, 1953, pág. 718 y nota 464, e *Histoire du Droit Byzantin ou du droit romain dans l'empire d'orient*, Mortreuil, Osnabrück, 1966 (reimpresión de la edición 1843/46).

(21) Véase en WATSON: *Contract*, págs. 168 y 169, para quien la palabra clave es *autem*, que a su juicio debe entenderse no en el sentido de que sólo MARCELO mantiene la opinión recogida en el fragmento. Del análisis de frags. 12 pr. 12.1 y siguientes, WATSON deduce que no puede aceptarse la integración de KRUEGER antes reseñada.

(22) Véase DONATUTI: *Contributi*, págs. 70 a 73.

to 12.1), mientras que se niega en caso de que el donante (fragmento 12 pr.) sea el mismo acreedor (23).

III. Esto nos sitúa en el núcleo fundamental de la discrepancia entre 10.13 y 12 pr. Textualmente, la divergencia aparece entre *si fideiussorem remunerandi voluit creditor* y *si vero non remunerandi causa sed principaliter donando*, ya que, según ULPIANO, en el primer caso, el fiador dispone de la *actio* de mandato, mientras que en el segundo no. Como ya indicamos, tal discrepancia ha llevado a la interpretación, en base a la integración de KRUEGER, de que el segundo texto (12 pr.) se refiere a la donación del acreedor al deudor principal:

... *non ipsius remunerandi causa sed principali reo*.

A tal efecto, DONATUTI (24) apunta, después de citar el *Scholio* de STEPHANO y la *Glosa* (BAROLO, DONELLO, FABRO), que se ha pretendido ver la diferencia entre ambos textos, afirmando que la remuneración era un negocio jurídico a título oneroso, ya que depende del «servicio» que el fiador hubiera prestado primero al acreedor. Pero—dice DONATUTI—la donación remuneratoria es una donación y no un negocio oneroso, y el querer considerar como disminución patrimonial los servicios del fiador al acreedor, por los que éste le remunera, es una «errónea ocurrencia». Por eso—continúa—si se mira a la primera parte del texto, se observa que la antítesis no está entre donación remuneratoria o no remuneratoria, sino entre donación al fiador o al deudor principal, y la hipótesis *si fideiussorem-creditor* determina al donatario. Todo ello hace que DONATUTI admita como muy probable la reconstrucción integrativa de KRUEGER.

Sin embargo, a nuestro juicio, tal interpretación plantea algunos interrogantes.

Así, si se hizo por el acreedor donación del crédito en favor del deudor principal, se extinguió la deuda, y no parece que quepa hablar entonces de remisión de acción en favor del *fideiussor*. Como ya dijimos, la deuda para con el acreedor es solidaria entre deudor principal y fiador y, en consecuencia, si se hizo donación al deudor principal, por el carácter extintivo que para con la deuda tiene la donación, se extinguiría también la responsabilidad del fiador. Al extinguirse el crédito por el pago (donación en su favor) del deudor principal, se extingue la responsabilidad del fiador, y no habiendo éste pagado nada, nada podrá reclamar del reo (deudor principal). En tal sentido resultaría vano hablar de remisión al fiador, y vacuo, igualmente, afirmar que no tiene el fiador acción de man-

(23) DONATUTI: *Contributi*, pág. 77, especialmente nota 1.

(24) DONATUTI: *Contributi*, págs. 76 y sigs.

dato contra el reo, ya que ningún mandato cumplió en nombre del deudor principal.

En puridad, si en virtud de la donación del acreedor al deudor se extinguió la deuda, no puede hablarse de remisión de acción al fiador, sino de simple extinción de la obligación. En otro sentido, sería tanto como decir que en los casos de fianzas cuando paga a su tiempo el deudor principal, se remite la acción al fiador y no puede éste reclamar nada. El caso resulta tan elemental y evidente, que no parece lógico que ULPiano lo hubiera reseñado en su tesis.

Antes al contrario, el jurista clásico está, a nuestro juicio, exponiendo los distintos supuestos que se plantean cuando, por intervención de un tercero (ya el acreedor, ya otro), el fiador se libera de su responsabilidad. Y precisamente según sean las características de esta liberación tendrá o no el *fideiussor* la posibilidad de actuar *ex mandato* contra el deudor principal.

En los comentarios de las *Basílicas* (25), B. XIV.I.12, se puntualiza:

Si tamen non remunerandi causa, sed simpliciter donans creditor fideiussori remiserit actionem, non habet mandati actionem,

y el scholista añade: no tiene la acción de mandato porque nada pagó.

Con esta interpretación cobra su sentido el texto 12.1, en el cual el fiador tampoco paga por sí mismo, pero lo hace un tercero por él, siendo así que, como ya vimos, el pago de un tercero no sólo sirve de *solutio* de la deuda, sino que libera también al deudor principal.

La clave del texto habrá, pues, que buscarla en:

... si vero non remunerandi causa, sed principaliter donando fideiussori remisit actionem.

La discrepancia se presenta entonces entre la donación remuneratoria de 10.13 y la simple donación de 12 pr.

IV. Ello nos obliga a delimitar el campo de la donación romana.

Sabido es que en el período clásico la donación es una «causa» por la cual se realiza la atribución de un derecho (de antiguo patrimonial, por lo que en el período más antiguo consistiría en un *dare*) del donante al donatario, y que tenía como requisito esencial la gratuidad, que implicaba una falta de correspondencia del donatario (26).

Hasta Constantino se presenta no como un negocio jurídico típico,

(25) HEIMBACH, II, 90.

(26) ARCHI: *Donazione*, págs. 23-24.

sino como causa de un número variado y heterogéneo de actos jurídicos (27). A partir de Constantino se tipifica como negocio, y en Justiniano se puede hablar de «donación» y «donaciones» (*complures sunt*) (28).

En los textos de la compilación se habla de *animus*, aunque, como ARCHI (29) pone de relieve, ya PRINGSHEIM demostró que el requisito del *animus* es netamente bizantino. A los clásicos les bastaba la objetividad de la *causa donandi*. Este rígido criterio fue, sin embargo, atenuado posteriormente por el propio PRINGSHEIM, y como anota BIONDI, los clásicos no pudieron prescindir del elemento subjetivo de la voluntad, *animus*, que es el «propio de la *causa donandi*», y nada tiene que ver con la «voluntad» del acto a través del cual se manifiesta y exterioriza dicha *causa donandi*. Para ARCHI (30), el elemento subjetivo y el objetivo fueron individualizados por los juristas. Hubo necesidad de elaborar el concepto de *causa donandi* para saber cuándo una atribución pudiera considerarse hecha a título de donación. Sólo teóricamente ambos elementos pueden considerarse como recíprocos nexos, y la posibilidad o imposibilidad de escindirlos. Según ARCHI, desde Juliano en vez de *mens, voluntas*, etc., se dice: *animus* del donante (31).

Sobre la base de la espontánea liberalidad del donante (D. XXIX.5.29), los clásicos (32) distinguían entre *donum* y *munus*, teniendo éste un sentido más restringido que aquél. Su relación es la misma que existe entre *genus* (*donum*) y *species* (*munus*) (D.L. 16.194): *munus est donum cum causa*, y en D.L. 16.214, MARCIANO apunta, en la primera parte, al *munus publicum*, y en la segunda, a la «voluntad necesaria» del donante, contraria a la «espontánea», propia de *donum*.

En otros textos, así en D. XXXIV.4.18, hay una distinción entre las liberalidades *munificentia*, en las que parece haber una carga social que mueva la voluntad del donante, y las liberalidades en que hay una simple espontaneidad (33). El mismo criterio se encuentra en B. XLVII.1.1. (34), donde el anónimo intenta contraponer donación verdadera y propia al *munus*, en base a D.L. 16.194: la *donatio* comprende la donación propia

(27) Véase BIONDI: *Il concetto di donazione*, St. Ferrini, pág. 107.

(28) Véase BIONDI: *Successione testamentaria e donazioni*, Milán, 1955, páginas 631 y 646, así como 674 y sigts. y 680 y sigts.

(29) ARCHI: *Donazione*, pág. 50 y bibliografía en nota de la pág. 49.

(30) ARCHI: *Donazione*, pág. 53.

(31) ARCHI: *Donazione*, pág. 288. En JUSTINIANO el *animus* viene a perder toda base concreta, dando lugar a una peligrosa concepción dogmática entre los aspectos subjetivos de la causa y los simples motivos.

(32) Véase ARCHI: *Donazione*, págs. 71 y sigts.

(33) Sobre *munificentia* y liberalidad en JUSTINIANO, véase ARCHI: *Donazione*, páginas 280 y sigts.

(34) H. IV, 564.

y el *munus*, y es el elemento de la *munificentia* el que distingue la *species* del *genus* (35).

Todo ello nos lleva al tema de las donaciones remuneratorias. Para BIONDI (36) son aquellas que se hacen con intención de recompensar al donatario. Quiere el donante provocar un enriquecimiento en el donatario, pero al mismo tiempo pretende con ello compensarle (37). Precisamente como *munera* siguen el régimen de la *lex Cincia de donis et muneribus*, y como en toda donación, son independientes del motivo que las ha determinado (38). Para REGGI (39), la antinomia que se observa en las fuentes ha repercutido en la doctrina provocando la disparidad de criterios entre la donación remuneratoria como acto gratuito y como acto oneroso. Arranca del planteamiento de que la idea de donación como negocio típico a partir de Constantino fue influenciada por el pensamiento cristiano (la idea de gratitud en la moral cristiana, con la obligación moral que impone) (40), para terminar observando que en D. XV.3.10.7 aparece clara la donación remuneratoria, en la que se dona para gratificar al donatario por su acto anterior. El objeto de la voluntad es dar, a causa de la anterior donación—para compensarle lo pagado—, cumpliendo el deber moral de la gratitud. Concurren—dice REGGI—dos elementos: el deber moral y el *animus*; elementos que explican la diferencia que se observa en el fragmento: por un lado, la donación simple; por otro, la donación remuneratoria.

La misma idea de la donación remuneratoria aparece en D. XXXIX.5.29, donde PAPINIANO, al hablar de la donación remuneratoria, dice que no es una mera donación.

Ciertamente, el propio REGGI observa que tanto este texto como el antes citado (D. XV.3.10.7) no han de ser tomados en su tenor literal, ya que han sido acusados de interpolaciones.

Pero, a nuestro juicio, es de notar que la idea diferenciadora del *animus remunerandi* que late en XV.3.10.7 es prácticamente la misma que la que subyace en D. XVII.1.10.13 (12 pr.). En efecto, en D. XV. 3.

(35) Sobre el significado de *munus*, véase *Dictionnaire Etymologique de la langue Latine*. ERNOUT MEILLET, quatrième édition, Paris, 1959, pág. 442 (voz *munus-remunero* = recompensar, gratificar); y BARNABAS BRISSONNIUS: *De verborum significatione* (cura (HIENECCII), donde, junto a otros cuatro significados, cita el texto de LABEON (D. L.), asimilándolo, con variantes, a *donum*.

(36) BIONDI: *Suc. test.*, págs. 719 y sigs.

(37) Tales son las militares; Pauli St., 5.11.6.

(38) Para IGLESIAS: *Der. Rom.*, págs. 706 y sigs., con bibliografía en nota 1, la donación remuneratoria es la verificada para premiar algún favor o beneficio recibido.

(39) REGGI: *In tema di donazione remuneratoria*, St. de Francisci, III, páginas 229 y sigs.

(40) Así mientras que hasta DIOCLECIANO la ingratitud del donatario no podía hacer revocable la donación perfecta, sí la hace en CONSTANTINO Frag. Vaticana, 248.

10.7, POMPONIO, por boca de ULPIANO, nos indica que la posibilidad o no de ejercicio de la *actio in rem verso* radica precisamente en el hecho de que la donación al esclavo fuera verificada para compensarle (*remunerandi causa*) o simplemente donarle. En el primer supuesto; como no hubo realmente enriquecimiento, no puede accionarse; en el segundo, sí (41).

Pensamos que del contenido de los textos citados pueden extraerse dos conclusiones:

a) En las donaciones remuneratorias, como liberalidades *munificentiae*, en las que el *animus* del donante está movido ya por una carga social, ya por un hecho anterior del donatario (beneficioso para el donante), la donación tiende a recompensar al donatario.

b) Por ello, en el orden patrimonial, tal recompensa persigue aumentar el patrimonio del donatario (en su caso, para compensarle de la disminución que pudo suponer su conducta anterior en favor del donante).

Por otro lado, aunque se admitiera la hipótesis de que los textos fueron objeto de interpolaciones para atemperar la idea de donación remuneratoria a la concepción postconstantiniana, el contenido general de aquéllos y los similares tratamientos procesales de los que el clásico nos da noticia, están evidenciando que aunque, sin duda alguna, no considerada como negocio típico, la donación ofrecía ya a los clásicos una problemática propia en la que las ideas de compensar o no al donatario e incrementar o no su patrimonio eran de alguna manera determinantes.

En resumen, toda donación implica una causa de liberalidad, que obliga al donante, y en la que el beneficio para el donatario es la consecuencia lógica de aquella causa. Ahora bien, el ánimo de liberalidad puede responder:

a) A simple y mera espontaneidad del donante.

b) Al deseo de gratificarle o compensarle por un acto anterior del donatario en beneficio del donante.

Por otro lado, el beneficio del donatario puede consistir:

1. En una ganancia o beneficio material que aumenta su patrimonio.

2. En un beneficio material que evita que disminuya su patrimonio o lo reintegra a su posición anterior (por ejemplo, liberación de deuda propia).

3. En un beneficio jurídico que le libere de una carga, pero que no afecte inicialmente al aumento o disminución del patrimonio (42).

(41) Nótese que en el orden procesal se trata de un supuesto *ad contrarium* del D. XVII, 1.10.13 (12 pr.).

(42) Véase IGLESIAS: *Der. Rom.*, pág. 708; la donación liberatoria consiste en la remisión de una deuda o gravamen que afectaba al beneficiario.

Estas tres soluciones son aplicables al supuesto señalado antes con a), mientras que sólo las dos primeras lo son al supuesto b) (*animus remunerandi*).

V. Aplicando este esquema al supuesto de referencia, habrá de notarse que en D. XVII.1.10.13 se nos presenta el caso de un acreedor que hace *acceptilatio* con el fiador. Como ya hemos visto, la *acceptilatio* implica la extinción *ipso iure* de la deuda y la consiguiente liberación del deudor principal. Sin embargo, por sí misma la *acceptilatio*, como modo verbal solemne que es, no implica necesariamente la atribución material de la cuantía de la deuda al acreedor y, por ende, la disminución efectiva del patrimonio del deudor-fiador. Por la simple *acceptilatio* nada material sale del patrimonio del fiador y, por tanto, éste, como mandatario del deudor principal, no ha sufrido gasto alguno en el cumplimiento del mandato. No tiene, pues, la posibilidad de ejercitar la *actio mandati contraria*. Ahora bien, si la *acceptilatio* la hizo el acreedor no solamente con el propósito de extinguir la deuda, sino *animus donandi*, el clásico nos advierte que cuando ese *animus* viene movido por el expreso deseo de remunerar al donatario, cabe la *actio mandati* (43). En efecto, y con independencia de que el donatario hubiera efectuado con anterioridad servicio o acto alguno en favor del acreedor donante, y en virtud del cual, en compensación, éste le dona ahora, la donación persigue el aumento patrimonial (puro y simple o compensatorio de la disminución antes habida) del deudor-fiador. Y hecha la *acceptilatio* para extinguir la deuda, sin que nada hubiera pagado el fiador, sólo con el ejercicio de la *actio mandati contraria* frente al deudor principal, se produce aquel efectivo aumento patrimonial querido por el donante.

En la práctica, lo que está ocurriendo es que el acreedor se da por cobrado de su fiador para hacer a éste donación del montante de la deuda. Por ello tiene que seguirse que el fiador pueda cobrar dicho montante del deudor principal, aun sin haberlo él mismo desembolsado, pues sólo así se producirá el deseado por el acreedor aumento patrimonial del fiador. De no ser así, el beneficiario de la donación sería el deudor principal, al que nadie había querido verificar donación alguna. Por eso, para que pueda cobrar el fiador del deudor principal, se realiza la *acceptilatio*, que libera al deudor y deja cumplido el mandato del fiador.

El núcleo del problema radica, pues, en el sentido que el acreedor quiera dar a la donación que hace en favor del fiador, y que el clásico nos indica con la expresión *si fiudeiussorem remunerari voluit creditor*. El

(43) Así, BIONDI: *Suc. test.*, pág. 720, si el acreedor ha hecho *acceptilatio* al fiador *donandi causa*, queriendo remunerar al fiador—D. XVII, 1.10.13—, se trata de un caso de donación remuneratoria.

acreedor remunera al fiador produciendo un aumento de su patrimonio, ya que el *fideiussor* no desembolsa (pago material) el montante de la deuda, pero lo cobra del deudor principal (44).

Esta aclaración, por vía de interpretación del texto, es la que se hace ya en B. XIV.1.10.27. Sch. 28, en el que se anota que *remunerandi gratia* se refiere a que se trata de beneficiar materialmente al fiador.

Para aclarar definitivamente la cuestión, ULPiano añadía inmediatamente el texto que en la compilación aparece como D. XVII.1.12 pr.: si no quiso remunerarle, es decir, producir el efecto de un aumento patrimonial, no cabe acción de mandato.

Justamente si la idea del acreedor no era aumentar (o compensar) el patrimonio del fiador, no puede éste accionar de mandato contra el deudor principal, ya que de hacerlo así se produciría el no deseado incremento patrimonial.

¿Cuál puede ser entonces el contenido del *animus donandi* no remuneratorio—*non remunerandi causa sed principaliter donando*—del que nos habla el texto? Pensamos que no puede ser más que uno: liberar al fiador de la carga de la fianza; liberarle del compromiso contraído como tal *adpromissor*, pero lógicamente sin que ello entrañe modificación, ni en más ni en menos, de su patrimonio.

Avalan esta tesis varias observaciones contenidas en el propio texto:

- En primer lugar, la misma distribución gramatical: *non remunerandi... sed principaliter donando*.
- En segundo término, el hecho de que en este caso se vete el ejercicio de la *actio mandati*, que de accionarse hubiera producido un enriquecimiento del fiador, no querido por el donante.
- En tercer término, y a nuestro modo de ver, fundamentalmente, el texto, muy a diferencia del que le precede, no habla de *acceptilatio*, sino sencillamente de *remittere actionem*. Ello implica dos cosas: que el acreedor quiso con su donación liberar sencillamente al fiador de su ligadura (*remittere actionem*) y que, en contra de lo que ocurría en el caso anterior, no se ha producido la *solutio* de la deuda y, en consecuencia, puede el acreedor dirigirse, para su cobro, contra el deudor principal. Ello apoya aún más la imposibilidad de que el fiador remitido ejercite la *actio mandati*: el deudor no ha quedado liberado; el mandato no fue cumplido.

A estos argumentos deben unirse, de contrario, los ya anotados en apoyo de la tesis de que resultaría vacío el fragmento si la donación se refiriera, como se pretende en la integración de KRUEGER, al deudor prin-

(44) Véase en el mismo sentido, ARCHI: *Donazione*, págs. 71 a 73.

cial. Lógicamente, si el acreedor hubiera donado (de liberación) la deuda al deudor principal, ¿cómo puede ni pensarse que el fiador, que nada pagó, ni nada cumplió de mandato, ni nada le fue donado, pueda beneficiarse cobrando el montante de la deuda por vía de la *actio mandati contraria* frente al deudor principal, que se vería así privado del beneficio patrimonial que le reportara la donación del acreedor? El texto sólo cobra sentido si se interpreta como una aclaración aplicable al tipo de donación hecho por el acreedor en favor del *adpromissor*.

Para rematar la explicación, en el sentido que venimos dándole, el clásico añade inmediatamente el último supuesto, D. XVII.1.12.1. La donación se sigue produciendo en favor del fiador, pero ahora verificada por un tercero. Agudamente, ULPiano especifica que esta intervención del tercero pagando al acreedor se hizo *donaturus*, ya que aunque, en general, el pago de un débito por un tercero es considerado por los clásicos como un posible medio de realización de la *causa donandi* (45), pudiera ocurrir que se interpretara como una *negotiorum gestio* que permitiera al tercero ejercitar acción contra el deudor principal. Se trata, pues, de una donación que no puede perseguir otro fin que el aumento del patrimonio del fiador (la donación se hace en su favor) y de esta suerte producirá la *solutio* de la deuda, por lo que liberado el deudor principal, el donatario beneficiario—deudor-fiador—ejercitará contra el deudor principal la *actio mandati contraria* para obtener el beneficio material que con la donación se perseguía. Nótese que:

a) Este beneficio es el único fin posible de la donación, ya que un tercero no puede liberar al fiador si no es pagando por sí mismo la deuda.

b) Sólo persiguiendo este beneficio del fiador puede hablarse de *causa donandi*, ya que en otro caso estaríamos ante el supuesto de la gestión de negocio (o incluso de mandato, si el tercero hubiera actuado por orden del fiador).

c) Que de no producirse la posibilidad de la *actio mandati* frente al deudor principal, se hubiera producido un enriquecimiento de éste, a quien nada fue donado, en virtud de la donación que, por medio del pago al acreedor, hizo un tercero en favor del fiador.

d) El jurista clásico no añade párrafo alguno en que dijera que si el tercero pagó para hacer donación al deudor principal, no puede el *adpromissor* actuar de mandato contra éste. Le debió parecer sencillamente inútil por meramente lógico.

Para abonar aún más la tesis que venimos sosteniendo, sobre la base de que es el deseo de enriquecimiento patrimonial del donatario lo que

(45) Véase ARCHI: *Donazione*, pág. 108.

determina la posibilidad de ejercicio de la acción que conduzca a materializar dicho enriquecimiento, los textos que continúan el discurso de ULPIANO, referidos a supuestos de personas en potestad, aclaran definitivamente la cuestión: en frag. 12.2, como el tercero que pagó (por el hijo o esclavo) no quiso el enriquecimiento del padre, que lo tenía en potestad, no puede éste accionar de mandato frente al deudor principal.

De esta suerte, el texto de ULPIANO, tal como aparece ordenado en la *Palingenesia* (46), sigue una sistemática coherente. Se inicia con D. XVII. 1.10.11, donde se sienta el principio general de la aplicación de la *actio mandati contraria* al supuesto de los *adpromissores*, continuando (frag. 10. 12) con unas matizaciones procesales referidas a la relación fiador-deudor principal. Inmediatamente, ULPIANO aborda el tema de la posibilidad de ejercicio de la *actio mandati* cuando no se ha producido un pago efectivo por parte del fiador, distinguiendo entonces varios supuestos:

A) donación en favor del fiador hecha por el acreedor, y que puede presentar dos alternativas que conduzcan a dos soluciones o efectos diferentes:

a.1. Donación remuneratoria, que permite, más bien diríamos precisa, el ejercicio de la *actio mandati* frente al deudor principal para obtener el beneficio material perseguido. D. XVII.1.10.13.

a.2. Simple donación, que no persigue el enriquecimiento del fiador, sino sólo su liberación, y, en consecuencia, no le faculta para accionar de mandato (D. XVII.1.12. pr.). La simple donación remite la acción al fiador, sin que por ello quede liberado el deudor principal.

B) Donación en favor del fiador hecha por un tercero y que, a su vez, ofrece en el jurista una doble posición:

b.1. La regla general, basada en el principio de que el pago por un tercero libera al deudor, y apoyada en el hecho de que la donación apunta al beneficio del donatario (fiador) y no de otro (deudor principal), por lo que el donatario fiador dispondrá de la *actio mandati* para materializar aquel beneficio cobrándole al deudor principal liberado (D. XVII.1.12.1).

b.2. El supuesto específico del fiador sujeto a potestad, en el que, por mera aplicación de las reglas anteriores, el padre bajo cuya potestad se encuentra aquél no podrá ejercitar de mandato frente al deudor principal (frag. 12.2).

La ilación entre los cuatro fragmentos es de esta suerte perfectamente coherente.

(46) LENEL, 910.

Luego el jurista clásico aborda otros supuestos, siguiendo con el tema de las personas sujetas a potestad, y que trascienden los límites del problema que aquí contemplamos (frags. 12.3 a 12.6).

VI. Insertándolo entre el texto de ULPiano, los compiladores introdujeron un fragmento de POMPONIO contenido en *Libro tertio ex Plautio*:

D. XVII.I.11. *Si ei, cui damnatus ex causa fideiussoria fueram, heres postea extitero, habebō mandati actionem.*

Creemos que la razón de su intromisión se debe, por un lado, a que se trata también de un supuesto de ejercicio de la *actio mandati contraria* concedida al *fideiussor*, y, por otro, a que al interpolar los compiladores el texto de ULPiano (frag. 10.13), añadiendo *multo magis* hasta el final, queriendo así completar el tema con supuestos referidos a situaciones *mortis causa*, se daba entrada al texto de POMPONIO referido también a un supuesto nacido como consecuencia de una cuestión sucesoria (47). Los precedentes textuales contenidos en el último párrafo del fragmento 10.13 insisten en la misma situación que hemos venido analizando. Como se trata de beneficiar materialmente al fiador (*remunerandi gratia*), B. XIV. 1.10.27 (48), Sch. 28 insiste que con más razón se dispondrá de la *actio mandati* cuando se hubiera llevado a cabo la *acceptilatio* (49) por causa de muerte o se hubiera legado de liberación, ya que *ex presuntione enim remunerandi gratia haec videtur fecisse. Inter vivos enim acceptilationem dicere quis potest, quam creditor fecit, benevolentiam fideiussoris provocans, quod in mortis causa acceptilatione vel liberatione legata dici non potest, quia haec defuncto committuntur.*

Nuestro aserto sobre el beneficio material del donatario encuentra su apoyo doctrinal en DI PAOLA (50), quien al estudiar el medio procesal de la repetición de la cosa donada (51) concluye señalando que al ser la *condictio* la única acción que podía ejercitar el donante para repetir lo que hubiese donado, la *donatio mortis causa* debía siempre comportar una

(47) En MOMMSEN, nota 6, se advierte: *iunge* (1), 1.47 pr.; y ambos fragmentos constituyen los números 333 y 334 de la *Palingenesia* de LENEL, *liber III ex Plautio libri VII*.

(48) H. II, 89.

(49) Véase lo ya dicho antes sobre la improcedencia del término. En Sch. 30, STEPHANO aborda el tema de la *acceptilatio sub coditione: inutiles esset sed pone, pure eam factam esse.*

(50) DI PAOLA: *Donatio mortis causa*, Catania, 1950, especialmente capítulo 2.º Véase bibliografía sobre la donación *mortis causa* en IGLESIAS: *Der. Rom.*, página 710, nota 20, y BIONDI: *Suc. test.*, pág. 707 y sigs.

(51) S. DI PAOLA: *Donatio*, págs. 35 y sigs.

datio (52). DI PAOLA añade (53) que las fuentes demuestran que los negocios en que se habla de *donatio mortis causa* son, en general, aquellos que comportan una *datio* o aquellos que tienen el valor de una *datio*, tal como la *acceptilatio*, citando expresamente (54) D. XVII.1.10.13. Es precisamente en base al *negotio* de la *datio* como se calcula el montante de la donación (D. XXXIX.6.31.1). La relación donación-beneficio patrimonial del fiador queda así completada.

Por lo que al legado se refiere, ya anotamos que es típicamente justiniano presentarlo como negocio de donación, y en B. cit. Sch. 31 (55) se anota que *legata remunerationes esse, quia sunt, qui dicant, eo animo haec fierit...*

Tras el añadido compilatorio que coordina en su estructura interna con el contenido y fundamento del texto clásico, se insertó D. XVII.1.11.

A tenor del literal del texto, en el que el *fideiussor* fue hecho heredero del acreedor después de haber sido condenado *ex causa fideiussoria*, la justificación del ejercicio de la *actio mandati* contra el deudor principal parece clara y totalmente coincidente con el criterio que ya vimos en los textos anteriores: el fiador pagó y, en consecuencia, cumplió el mandato; luego accionaría de mandato (contrario) para exigir del deudor principal lo que por él satisfizo.

El pago del fiador viene dado precisamente en razón de la condena *ex causa fideiussoria*. DONATUTI (56) apunta que con la condena se produce la disminución patrimonial que se precisa como requisito ineludible para gozar de la *actio mandati* (57). Avalando esta tesis, la idea se encuentra también en POMPONIO, D. XVII.1.47 pr. (58), en el que se trata de una mujer que promete en dote a un fiador lo que éste le debía como fiador. Se celebra el matrimonio, y el fiador—dice JULIANO—puede pedir al deudor por mandato, ya que se entiende que dejó de tener la cantidad debida por el hecho de quedar afectada a las cargas matrimoniales, «y con ello pagó la deuda», apostilla el traductor de la versión española de ARANZADI. En razón, pues, del pago hecho por el fiador, le cabe el ejercicio de la acción de mandato.

Sin embargo, el caso se complica porque el jurista nos advierte expresamente que:

(52) Debiendo observarse que entre las fuentes citadas por DI PAOLA en apoyo de su tesis está precisamente D. XVII, 1.10.13.

(53) DI PAOLA: *Donatio*, pág. 50.

(54) DI PAOLA: *Donatio*, notas 32 y 33 en págs. 50-51.

(55) H. II, 90.

(56) DONATUTI: *Contributi*, pág. 100.

(57) Véase DONATUTI: *Contributi*, págs. 100 a 103, en las que, en contra de BESELER, se demuestra que la condena es un sustituto del pago.

(58) Texto que, según la ordenación Palingenésica de LENEL, lleva el número 334 siguiendo al D. XVII, 1.11.

- a) El fiador fue hecho heredero del acreedor.
- b) Esta sucesión se produjo con posterioridad a la condena *ex causa fideiussoria*.

La coincidencia de ambas circunstancias (condena-*successio*) fue lo que movió al jurista para puntualizar la solución del caso. En efecto, si no hubiera habido sucesión alguna, no habría necesidad de puntualización. Lógicamente, la condena del fiador, como pago que es, le facultaría para el ejercicio de la *actio mandati contraria* frente al deudor principal. Si el clásico dejó el supuesto reseñado fue para advertir que, pese a haber habido una *successio* entre acreedor y fiador, el hecho de que la condena fuera anterior sigue haciendo viable la *actio mandati*.

DONATUTI (59) advierte que la justificación de la decisión de Pomponio se encuentra en Africano, D. XLVI.1.21.5.:

Cum fideiussor reo stipulandi heres exstiterit, quaeritur, an, quasi ipse a se exegerit, habeat adversus reum mandati actionem. Respondit, cum reus obligatus maneat, non posse intellegi ipsum a se fideiussorem pecuniam exegisse: itaque ex stipulatu potius quam mandati agere debet.

Se nos presenta así como preeminente la idea de que la condena fuera anterior a la *successio*, permitiendo por ello el ejercicio de la *actio de mandato*.

El tema así enfocado ya estaba en los griegos. El texto de D. XVII.1.11 aparece en B. XIV.1.11 (60):

Fideiussor qui post condemnationem heres creditori extitit, mandato adversus debitorem agit.

En el Sch. del Anónimo (XI.1) se comenta precisamente *post condemnationem*, apuntando que rectamente se dice después de la condena, pues si antes que fuese condenado fuese hecho heredero, no puede actuar de mandato contra el deudor, sino por la acción principal, remitiéndose a D. XLVI.1.21. En base a este texto, se añade: pues si antes de la condena fuese heredero tiene la *condictio ex mutuo* (61).

La concordancia de ambas circunstancias, condena (pago)-*successio*, es, como ya dijimos, la que obliga a la puntualización textual, ya que se

(59) DONATUTI: *Contributi*, pág. 81.

(60) H. II, 90.

(61) Sobre este mismo criterio se funda B. XXVI, 1.21.5, referido a D. XLVI, 1.21.5; H. III, 97.

produce un efecto diferente si aquélla (la condena) fue anterior a la *successio*, pues en este caso cabe al fiador la *actio mandati*, mientras si la *successio* se produjo antes del pago (condena) deberá ejercitar la acción derivada del negocio principal (*ex stipulatu*). La razón que para ello dan los textos viene expresamente advertida:

«D. XLVI.1.21.5..., *cum reus obligatus maneat.*»

Si el reo (deudor principal) continúa obligado es que no se ha producido pago alguno que le libere. La pregunta que entonces debemos formularnos es por qué se entiende que la concurrencia de la *successio*, que teóricamente daría lugar al instituto de la *confusio*, extintivo de las obligaciones, no produce su lógico efecto, dejando, por el contrario, vigente la obligación del deudor principal.

VII. A nuestro entender, la problemática que plantea el texto que venimos analizando (D. XVII.1.11) debe resolverse planteando la cuestión desde aquel antiguo principio, antes anotado, según el cual el fiador que paga dispone de la *actio mandati* frente al deudor principal.

Según esto, antes que se hubiera producido la sucesión del deudor-fiador, al ser heredero del acreedor, hubo de producirse ya el pago de la obligación principal por parte del fiador, ya que el texto nos indica que... *damnatus ex causa fideiussoria fueram, heres postea extitero*. Pensamos que la relevancia en el texto se encuentra en el hecho de haber sido el fiador condenado con anterioridad a la *successio*, dejando así a ésta sin trascendencia práctica a efectos del ejercicio de la *actio mandati*, ya que la *condemnatio* equivale, en principio, al pago y, en consecuencia, había nacido ya para el fiador la posibilidad de ejercitar la acción de mandato frente al deudor principal.

DONATUTI (62) apunta ya la importancia de la condena en el contenido del texto, advirtiendo que al producirse la sucesión al acreedor del deudor ya condenado, la liberación del deudor procede de la *litis contestatio* (ello naturalmente antes de C. VIII.40.28), y añadiendo que la sola circunstancia de que el fiador suceda al deudor no es suficiente presupuesto para la *actio mandati*. Por ello no se verifica la liberación del deudor. Si la sucesión se produce después de la *litis contestatio*, no se puede hablar de la extinción de la obligación por confusión. Ello sólo se produce después de la condena; hasta la condena no se produce la disminución patrimonial que se precisa para el ejercicio de la *actio mandati*. Por eso, a su juicio, las fuentes hablan de condena y no de *litis contestatio*. En conclusión, el pago se produce cuando la *confusio* extingue la obligación.

(62) DONATUTI: *Contributi*, págs. 100 a 103.

A nuestro modo de ver, en el planteamiento de DONATUTI se produce el equívoco de conjugar la condena y la *successio* (*confusio*) para producir la extinción de la obligación, siendo así que sin acudir para nada al problema de la sucesión del fiador a la herencia del acreedor, puede perfectamente estimarse la existencia de una causa extintiva de la obligación, que además equivale al pago de la misma (63), cual es la de la condena. Posiblemente en el texto clásico se hablara de *litis contestatio*, partiendo del conocido supuesto procesal de que en la época clásica, dentro del procedimiento formulario, la *litis contestatio* producía el efecto extintivo de la acción y, en consecuencia, la extinción de la obligación (64). El trastueque efectuado en el *Digesto* para referirse a condena encuentra su justificación entre las de aquellas interpolaciones que pretenden amoldar el texto al nuevo derecho, ya que decaído el procedimiento formulario, en el proceso *extra ordinem* el efecto extintivo de la acción aparece precisamente en la condena.

Al producirse, en virtud de la condena *ex causa fideiussoria*, la extinción de la obligación y, en consecuencia, poder estimarse que el fiador condenado ha cumplido el mandato que le confió el deudor principal, tendrá aquél, lógicamente, la acción de regreso pertinente (*actio mandati contraria*) para dirigirse en reclamación frente a dicho deudor. Prácticamente a esta misma conclusión llega también WATSON (65), quien verifica una crítica a la posición de BESELER, para el cual, el texto de POMPONIO ponía de relieve que se precisaba no sólo la condena, sino también que el mandatario llegase a ser heredero del acreedor (66), estimando WATSON (67) que el ejercicio de la *actio mandati* es el resultado directo de la condena en virtud del efecto extintivo que surge de la *litis contestatio*. Piensa, en último término, que se trata de la aplicación de la regla general a un caso particular, cual es el de que con posterioridad el fiador resultó heredero del acreedor (68).

(63) El mismo DONATUTI, pág. 103, en contra de BESELER, demuestra que la condena es un sustituto del pago.

(64) IGLESIAS: *Der. Rom.*, pág. 506, en la época clásica el *fideiussor* responde a la par que el deudor principal. El acreedor tiene la facultad de dirigirse a su elección contra uno o contra otro, y la *litis contestatio* celebrada con cualquiera de ellos extingue ambas obligaciones. P. II, 17.16; C. VIII, 40.5.

(65) WATSON: *Contract*, págs. 171 y sigs.

(66) WATSON formula también una fuerte crítica a la posición de SOLAZZI, que luego veremos, respecto a la relación de nuestro texto con D. XLVI, 1.21.5, entendiéndose que no se trata de una cuestión de preferencias entre la acción de mandato y la del contrato, sino de necesidad de ejercitar una de ellas a tenor de las circunstancias que concurren.

(67) WATSON: *Contract*, pág. 172.

(68) Resultan de gran interés los razonamientos de WATSON en crítica a BESELER planteando varias soluciones silogísticas sobre el presupuesto $A = \text{condemnatio}$; $B = \text{ser heredero del creditor}$; $C = \text{actio mandati}$, de donde: 1.º $A + B = C$;

En conclusión, y en este sentido que venimos exponiendo, el ejercicio de la *actio mandati* por parte del *fideiussor* proviene de la circunstancia fáctica de la condena *ex causa fiudeiussoria*, siendo intrascendente al problema la posterior situación del *fideiussor* como heredero del acreedor.

VIII. El caso no plantearía mayor problemática si no fuera porque junto al texto de referencia están los ya citados anteriormente, que referidos a la *successio* manifiestan expresamente que el reo permanece obligado.

Es aquí donde se nos plantea perfectamente la circunstancia de la *confusio* (69), como elemento extintivo de la relación obligacional, cuando menos entre fiador y acreedor, y la consecuencia de analizar entonces si debería o no ser de aplicación el ejercicio de la *actio mandati*.

SOLAZZI (70) advierte que los romanos no identifican la *confusio* como una *solutio* de la obligación, sino que se limitaban sencillamente a otorgar a aquélla un efecto extintivo irrevocable derivado, por un lado, de la intransmisibilidad de las obligaciones *inter vivos* y, por otro, de la aplicación de las reglas propias de la *successio*, con la imposibilidad de que una persona reúna en sí cualidades incompatibles, como son la de acreedor y deudor al mismo tiempo. Concluye advirtiéndolo (71) que la comparación de la *confusio* con la *solutio*, eliminados los textos sospechosos, es probablemente clásica, pero que ello no legitima a decir que los clásicos habían visto en la *confusio* un pago real o ficticio, una satisfacción material del acreedor, ya que en la confusión no existe verdaderamente un pago en sentido jurídico.

Al abordar SOLAZZI el análisis de nuestro texto entiende que para que fuera ejercitable la acción de regreso no bastaba que el fiador hubiese sido condenado, sino que era necesario que hubiese pagado, liberando al deudor principal, y que esa liberación, procedente del pago, sólo se produce por la confusión hereditaria, que aun no siendo un pago efectivo equivale al mismo. Para SOLAZZI esta situación se confirma con el contenido de D. XLVI.1.21.5 (72). Anota también SOLAZZI que en las fuen-

2.º A, pero no B = no C; 3.º Conclusión: B, pero no A = no C. Tal planteamiento es para WATSON radicalmente falso.

(69) Véase sobre el tema un interesante análisis de la «*confusio*» aplicado a textos del D. referidos a sucesiones en TORRENT: *Fideicommissum familiae relic-tum*, Oviedo, 1975, págs. 87 y sigs.; con abundante bibliografía sobre la *confusio* como modo de extinción de las obligaciones.

(70) SOLAZZI: *L'estinzione dell'obbligazione nel Diritto Romano*, Napoli, 1935, págs. 277 y sigs.

(71) SOLAZZI: *L'estinzione*, pág. 288.

(72) El texto está para SOLAZZI alterado en su final, ya que para AFRICANO el recurso a la *actio ex stipulatu* no debía ser una cuestión de preferencia, sino de necesidad. Véase *L'estinzione*, pág. 287, nota 3.

tes aparecen supuestos en que se niega la identificación de la confusión con el pago, entre los cuales está precisamente el del *fideiussor*, que hereda al acreedor, que no tiene contra el deudor principal la acción de regreso, en razón de que el reo permanece obligado. A la pregunta de por qué no se ha liberado el deudor principal, SOLAZZI responde diciendo que no le parece adecuada la respuesta generalizada en base a que la obligación del fiador era accesoria y subordinada a la principal, y que, por tanto, estaba en segunda línea, ya que—dice SOLAZZI—en el Derecho clásico la fianza, como derivada de la *stipulatio*, producía el efecto de la solidaridad, en virtud del cual los avatares de la relación fiador-acreedor, en torno a la obligación afianzada, debían seguirse también para con la relación acreedor-deudor principal. Para SOLAZZI, la respuesta debe encontrarse en la atribución patrimonial que los romanos daban a la *confusio*, que sin ser un pago producía un efecto económico equivalente y, en consecuencia, toda la cuestión ha de girar en torno a las características, efectos y momento de la elección de la acción por parte del acreedor. Queriendo respetar ese derecho de elección—dice SOLAZZI—hay que considerar la obligación fideiussoria como vacua hasta que tal elección no hubiese llegado. Sólo así se explicaría la decisión que diversamente da D. XLVI.1.21.5 sobre D. XVII.1.11: cuando por la condena del *fideiussor* la elección se ha concentrado en la obligación fideiussoria, el efecto satisfactorio se verifica y da origen para el heredero a la *actio mandati*.

Aun admitiendo bastantes aspectos del planteamiento de SOLAZZI, discrepamos, sin embargo, en algunos otros. Así, en su idea de equivalencia al pago de la confusión hereditaria en el texto D. XVII.1.11. Ya hemos advertido que, a nuestro modo de ver, en el supuesto contemplado en el fragmento, el pago del fiador, en cumplimiento del mandato, se produce por la condena, y de ella derivan los efectos propios que permiten el ejercicio de la *actio mandati*. Hay también cierta contradicción entre el razonamiento de SOLAZZI apuntado, y el que verifica para explicar la razón de las fuentes para negar que la confusión implique un pago. Por último, en todo el contexto del esquema de SOLAZZI están mezclándose los efectos de la condena y los propios de la *confusio*, siendo así que, a nuestro juicio, y tal como ya apuntaba WATSON, ambas circunstancias deben entenderse y estimarse separadamente, sin poder aplicar indistinta o conjuntamente a las dos los efectos ya extintivos de la obligación (pago), ya permisivos del ejercicio de la *actio mandati*.

A nuestro juicio, y una vez que hemos argumentado en torno al pago efectuado por el *fideiussor* a través de la condena, el planteamiento del supuesto se reduce a lo siguiente:

Sin haber efectuado pago alguno, el fiador se hace heredero del acreedor. Esta *successio* implica la confusión de la relación obligacional exis-

tente entre acreedor y fiador y, en consecuencia, sea o no sea tal confusión un pago a los efectos clásicos, sí ha de admitirse que es una causa de extinción de las obligaciones y que, en consecuencia, se extingue aquella relación obligacional acreedor-fiador. Si—como dice SOLAZZI—la confusión no es un pago, el fiador no pagó, y por aplicación del principio general, no dispondrá de la *actio mandati*; pero si partimos de la base que en la época clásica el fiador responde solidariamente de la obligación con el deudor principal (precisamente la *stipulatio* es la fuente principal de la solidaridad), la extinción de la relación obligatoria acreedor-fiador ha de producir necesariamente la extinción de la relación solidaria y, en consecuencia, debería el fiador disponer de acción de regreso para recuperar el montante de la deuda, que si bien no salió directamente de su patrimonio, lo encontraría ahora disminuido en el patrimonio del acreedor de quien se hizo heredero, y en cualquier caso habría de disponer de la acción que evitara el injusto enriquecimiento que se produciría en favor del deudor principal.

Podría argüirse que al ser la *confusio* una forma de extinción *ipso iure* de las obligaciones, se extinguiría la deuda principal entre acreedor y reo, y el fiador, que con la *successio* dio lugar a aquella extinción (cumplimiento del mandato), habría de disponer de la *actio mandati*.

Por último, es aún de observar el grave problema que se plantea ante el hecho de que extinguida por la *confusio* la relación obligacional, se perdió la posibilidad de ejercicio de acción alguna y, en consecuencia, no podría (en contra de los textos) ejercitar el fiador, heredero ahora del acreedor, la acción dimanante del contrato principal.

IX. ¿Por qué, pues, los textos dicen que en los casos de simple *successio* no ha lugar al ejercicio de la *actio mandati* y sí, en cambio, dispone el heredero (fiador) de la *actio ex stipulatu* derivada del contrato principal? La contestación está en los propios textos: porque la confusión producida entre acreedor y fiador no extinguió la deuda entre acreedor y deudor. D. XLVI.1.21.5: el deudor permanece obligado.

La contestación estaba ya en D. XXVI.1.21.3: si el acreedor hace heredero al deudor, se extingue la obligación del fiador; pero si el acreedor hace heredero al fiador, sólo se extingue la obligación del fiador.

Para encontrar argumentos jurídicos que avalen la respuesta, la doctrina ha seguido diferentes caminos. Así son varios los autores (73) que consideran que para los romanos existían supuestos de obligación solidaria en que la obligación sólo se extinguía respecto a uno de los sujetos deudores, y uno de tales supuestos es precisamente el de la confusión; para otros, la respuesta encuentra su explicación en el hecho de que la *confusio*

(73) Véase IGLESIAS: *Der. Rom.*, pág. 360.

no es técnicamente una *solutio* de la deuda principal, sino simplemente un modo de extinción personal de la relación acreedor-fiador. A nuestro juicio, la explicación lógica a las palabras del *Digesto*, que expresamente determinan que por la confusión derivada de la *successio* del fiador al acreedor no se ha liberado el deudor principal, que sigue obligado, tiene que buscarse al margen de la indagación sobre si la *confusio* significó o no un pago de la obligación. Que no lo significó parece deducirse del hecho que el fiador no disponga de la *actio mandati* (si hubiera pagado hubiese cumplido el mandato y nada le impediría, como en el caso de D. XVII.1.11, dicho ejercicio). Por otro lado, que la confusión extinguió, por imposibilidad material de la obligación, la relación fiador-acreedor, está en la propia naturaleza de la *successio*.

Lo que está ocurriendo es que el jurista está contemplando las dos relaciones jurídicas: acreedor-deudor principal y acreedor-fiador, como claramente diferenciadas, y accesoria la una de la otra, de suerte tal que los avatares propios y particulares de la accesoria no alteran ni repercuten en la relación principal. Ello es consecuencia de la evolución que sufre la institución de la fianza en el paso del período clásico al postclásico. De aquella primitiva idea que colocaba al fiador como único responsable, al situarse en el lugar del deudor, que pasa luego a configurarse dentro del esquema típico de la solidaridad, se termina, por último, por afirmar el carácter accesorio de la fianza, que convive ya en el segundo estadio del período clásico con el de la solidaridad; carácter accesorio que encuentra su definitiva consagración en el *Corpus Iuris* (74). En su virtud, se entiende así que la confusión producida por la *successio* (del fiador sobre la herencia del acreedor) sólo extinguió la accesoria obligación del fiador, pero no alteró en modo alguno la relación obligacional principal antes existente entre acreedor y deudor principal. Es por ello por lo que al suceder el fiador al acreedor y colocarse en su lugar (*successio*), se reviste de la condición de acreedor, y al no haber sufrido alteración la relación obligacional principal, encuentra entre el caudal hereditario la acción (*ex stipulatu*) que le permite dirigirse frente al deudor para exigir el cumplimiento de la obligación.

X. En resumen, diríamos que en el caso de D. XVII.1.11, el ejercicio de la *actio mandati* viene determinado por el cumplimiento de la

(74) IGLESIAS: *Der. Rom.*, pág. 504. Véase especialmente en pág. 503, nota 15, bibliografía al respecto. Sobre este mismo tema, SOLAZZI: *L'estinzione*, págs. 307 y sigs., estima que probablemente la idea de mirar a la *obligatio maior* fue impulsada por PAPINIANO y acogida en parte por JUSTINIANO. Los textos D. XLVI, 1.38, y D. XLVI, 3.38.5, revelan que en caso de confusión que se da entre acreedor y deudor principal, la obligación fideiussoria se extingue por su carácter de accesoriidad, propio de la fianza, y al extinguirse la principal por confusión no puede pervivir la fianza, que sólo se mantiene viva mientras esté viva y plena la principal.

obligación del *fideiussor* a través de la condena, con independencia de su posterior sucesión al acreedor. Y en los casos de simple *successio* (D. XLVI. 1.21.5), la situación que nos ha quedado reflejada en los textos del *Digesto* está determinada por el carácter accesorio que la fianza tiene, sin que haya que buscar argumentos que permitan al fiador el ejercicio de la *actio mandati* en las relaciones cronológicas (antes o después) entre condena y *successio*. La *successio* del fiador y consecuente *confusio* extingue exclusivamente su relación, dejando viva la obligación del deudor principal, que no se libera, y, en consecuencia, permitiendo al fiador el ejercicio de la acción que de ella se derive.

GERARDO TURIEL DE CASTRO
Profesor Adjunto Numerario de Derecho
Romano de la Facultad de Derecho
de Oviedo