

SOBRE LA NOVELA 99 DE JUSTINIANO Y LA SUPUESTA «FIDEIUSSIO MUTUA»

I. LA NOVELA 99

Justiniano legisla en la Novela 99 acerca de una forma especial de obligarse, mediante ἀλληλεγγύη¹. La disposición esencial de la Novela es²:

Εἰ γὰρ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς, εἰ μὲν μὴ προστεθεῖ τὸ δεῖν καὶ ἓνα τούτων εἰς ὁλόκληρον ἐνέκεσθαι, πάντας ἐξ ἴσου τὴν ἀγωγὴν ὑφίστασθαι...

Si quis enim alterna fideiussione obligatos sumat aliquos, si quidem non adiecerit oportere et unum horum in solidum tenere, omnes ex aequo conventionem sustinere...

(Versión del *Authenticum*),

Los ἀλληλεγγύοι, según esta disposición se obligaban *pro parte* (ἐξ ἴσου) cuando otra cosa no se convenía. Para que surgiese una obligación *in solidum* (εἰς ὁλόκληρον) era preciso establecerlo así. Y en este caso concreto (ἀλληλεγγύοι εἰς ὁλόκληρον) se establecen requisitos especiales dirigidos a atenuar la solidaridad. Si los deudores expresamente han declarado responder *in solidum*, a este acuerdo se le reconocerá fuerza legal; pero no produce inmediatamente efectos de solidaridad. Aun así, el acreedor exigirá, de momento, la parte que a cada codeudor corresponda, entre los presentes y sol-

1. Dice que otorga sus disposiciones para los contratos futuros (capítulo 1, 2). La Novela es del año 539.

2. Reproducimos la disposición esencial de la Novela según la edición Schoell-Kroll, Berlín, 1928.

ventes. Sólo entra en juego una solidaridad especial cuando el intento de cobrar por cuotas no logra éxito. Entonces las cuotas de los ausentes e insolventes acrecen a los demás³. Hay que admitir que en caso de ausencia o insolvencia de todos menos uno, éste vendría a responder por la totalidad, *in solidum*. No establece, por tanto, una verdadera obligación de división, como algunos afirman⁴, sino en principio. Subsidiariamente —diríamos—actúa la solidaridad convenida.

La Novela plantea un problema de interpretación, que dió pábulo a las más diversas hipótesis. Y la máxima dificultad radica en la identificación de los *allelengyoi* allí mencionados⁵, acerca de los cuales se legisla.

Las hipótesis más importantes que se han establecido son: 1.^a, identificación de los *allelengyoi* con los deudores solidarios o bien con los correales, antes de ser superada esta distinción; 2.^a, asimilación de los *allelengyoi* a los fiadores recíprocos o mutuos, pertenecientes a una supuesta figura de *fideiussio mutua*; 3.^a, consideración de los *allelengyoi* como deudores colectivos griegos.

Estas divergentes opiniones han sido sostenidas por los autores (como iremos viendo), sin que ninguna de ellas se haya impuesto definitivamente. Sin embargo, la opinión más difundida es la que identifica a los *allelengyoi* con los deudores solidarios. Con esta posición se plantea un grave problema que

3. Cfr. STEPH. BRASSLOFF, *Zu den Quellen der byzantinischen Rechtsgeschichte* (I. Zur Novelle 99), ZS 25 (1904) 301. Este autor parece ser uno de los que mejor han comprendido la compleja disposición de Justiniano. Cfr., además, C. ACCARIAS, *Précis de Droit Romain*, Pichon, Paris, 1891, pág. 207.

4. Sobre su contenido, vid. P. COLLINET, *Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident*, «Études historiques», Sirey, Paris, 1912. I. pág. 125. Suele decirse, sin más distinciones, que la Novela 99 establece el *beneficium divisionis* obligatorio para los deudores solidarios: como se ve, la disposición es más compleja. Aun en la hipótesis más simple (identificación de *allelengyoi* y deudores solidarios) hay que aludir a algo más que a la sola división.

5. Así vió certeramente el problema COLLINET, *op. cit.*, pág. 126. La controversia—dice—gira en torno al significado contenido en la palabra *allelengyoi*.

afecta al dogma jurídico de la solidaridad. El hecho de que a los *allelengyoi* se les otorgue en esta Novela el *beneficium divisionis* (supuesta la condición de deudores solidarios de éstos), contradice un principio esencial de la solidaridad clásica: el que supone a los codeudores con responsabilidad *in solidum*.

Puede decirse que entre las dos primeras teorías se mantiene una polémica histórica en la que se resume todo el problema que la Novela 99 plantea. ¿Se refiere a la solidaridad o a la fianza mutua (*mutua fideiussio* según denominación corriente)?

2. INTERPRETACIONES ANTIGUAS DE LA NOVELA 99

Los intérpretes de todas las épocas han intentado captar el alcance de la Novela 99. Ello dió lugar a una amplísima literatura acerca del tema, desde los glosadores a nuestros días, que aquí intentaremos resumir en dos apartados. El primero abarcará hasta la época de la moderna romanística. Esta será estudiada en el segundo apartado.

La discusión histórica en la que va implícita la cuestión de la Novela 99 gira en torno a la interferencia entre *mutua fideiussio* y solidaridad, como hemos dicho. Pero entre los intérpretes medievales se centra, concretamente, en el tema de la inherencia o no de la *mutua fideiussio* en la solidaridad. Más adelante, en la romanística moderna, se establecen amplias teorías en que la Novela entra directamente en la polémica, mientras los primeros exegetas parecían guiados exclusivamente por el propósito de hallar una explicación al derecho de regreso entre deudores solidarios.

Las divergencias comienzan ya con los Glosadores⁶. Existió una conocida discusión entre Martino y Búlgaro. El primero—acaso precedido de Irnerio—consideraba que toda relación de correalidad pasiva había de entenderse como *fideiussio*.

6. G. BORTOLUCCI, *Un crítico del Fabro*, en *Conferenze Romanistiche a ricordo de G. Castelli*, Milán, 1940, pág. 210.

Búlgaro, por el contrario, no admitía que en la obligación correal fuese inscrita una *mutua fideiussio*. Esta, para Giovanni Bassiano, que secundó su opinión, debía ser explícitamente contratada, adherida a la obligación solidaria.

En torno a estas dos corrientes se polarizaron, con matices y divergencias, Placentino, Azón, Ugolino, Odofredo, Acurcio, Jacobo de Ravanis, G. Duranti, Jacobo Butrigario, hasta que Bártolo señaló un progreso innegable. Distinguió la relación interna entre los deudores solidarios y la relación externa entre éstos y el acreedor. En el primer aspecto, los deudores han de considerarse como *fideiussores* cuando se trate de negocio oneroso (tipo: el mutuo) del cual uno solo o todos *pro rata* se beneficiasen. Y mientras el regreso se habría basado en la calificación de *fideiussores*, la división se basaría, por el contrario, en la Novela 99 y no sobre el *beneficium divisionis* de que gozan los *fideiussores*. Por el contrario, en relación con el acreedor, el deudor correal no puede considerarse como *fideiussor*, aun cuando del negocio se hayan beneficiado uno o los otros *correi*. Con estas excepciones, sin embargo: Que se concede al deudor solidario hacer valer el *beneficium excussionis* cuando así fué convenido con el acreedor en el acto de constituirse la obligación y en tanto demuestra que el negocio ha aprovechado solamente al codeudor. Cuando, ignorándolo el acreedor, una convención semejante haya tenido lugar entre los codeudores, el codeudor requerido podrá obtener que a su riesgo y expensas sea *excussus* el codeudor que se haya aprovechado del negocio.

El criterio parciario de la obligación solidaria en las relaciones internas tiene su origen en la opinión de Martino que, según refiere Butrigario, setenció: *quod antea possent cadere sidera de coelo quam quis obligaretur in plus quam ad eum pervenisset*. Esto es admitido también por Ludovico Romano.

Las opiniones de los juristas de los siglos XVI y XVII se muestran, asimismo, divididas, según Bortolucci, cuya investigación seguimos. Cuyacio sostiene que más bien debería hablarse, entre deudores solidarios, de *mutua intercessio* y no de *mutua fideiussio*, por ser el concepto de la primera más amplio que el de la segunda. Fabro rechazó enérgicamente la adhe-

rencia interna de la *fideiussio* a la correalidad. Según él, Papiniano (en el texto clave, como más adelante veremos, D. 45, 2, 11 pr.) no habría escrito: *reos promittendi vice mutua fideiussores accipi convenit*, si la *mutua fideiussio* fuese, por sí, inherente a la obligación solidaria. Por otra parte, no resulta de ningún texto que el *correus* solvente tenga acción en regreso por la cuota de los otros. No tiene la *actio mandati* porque ha pagado una deuda propia; tampoco la *actio negotiorum gestorum* porque *suum negotium gessit*. Refiriéndose a la Novela 99, piensa que quizá Triboniano haya incurrido en error (debido al *beneficium divisionis* adrianeo otorgado a los *fideiussores*) concediendo el mismo beneficio a los *correi*, aunque *non solum iuris constitutio sed ipsa quoque conventionis substantia omnino repugnaret*.

Gerolamo Borgia establece una distinción doctrinal entre *rei debendi ad quos pecunia aut aliud lucrum ex obligatione pervenit*, los cuales se entiende que son *fideiussores* por la parte de lucro en que ha participado el codeudor y *correi promittendi non ex re ipsa sed ex propria promissione in stipulationem deducta* que son obligados *in solidum* sin *mutua fideiussio*, nisi alter eorum ultra promissionem factam lucrum quoque omne habuisset.

Y cuando esto no acontezca *quia omnes principales sunt nemo pro altero fideiussisse videbitur*. La Novela 99 se aplica a la primera categoría. Borgia—afirma Bortolucci—defiende la tradición, pero los pragmáticos más recientes *fere cum Fabro conveniunt*, al menos para la relación entre acreedores y deudores.

La distinción entre relación interna y externa, la primera regulada por la división, la segunda por la integridad de la deuda, se convierte en dominante y, en Pothier, la obligación solidaria es descrita con todos los caracteres que presenta después en el Código de Napoleón.

No puede omitirse en esta breve historia del problema de la Novela 99 una alusión a Savigny y a la Pandectística⁷.

7. Consideramos que la Pandectística arranca de Puchta y alcanza su máxima manifestación en el conceptualismo de Windscheid. Savigny significa una actitud semejante, pero no idéntica. Cfr. L. LEGAZ LACAMBRA.

Savigny⁸ aplica las prescripciones de la Novela 99 dentro de la que llama correalidad, exclusivamente. Y juzga oportuno dar un resumen de las opiniones principales, tal es la cantidad de material acumulado en torno al problema de la determinación del objeto a que se refiere. Reduce a tres las opiniones más importantes, aparte de otras aisladas⁹. Según la primera opinión, el objeto de la Novela debían de ser los fiadores. Estos, que hasta entonces responderían siempre solidariamente bajo la sola protección del *beneficium divisionis*, deberían, según esta interpretación, no responder más que parcialmente, en regla general; una responsabilidad solidaria (y con ella la necesidad del *beneficium divisionis*) no podía producirse más que por contrato expreso. Sería la aplicación a los *fideiussores* de la misma prescripción que la antigua ley Furia había establecido para los *sponsores* y *fidepromissores*. Reconoce Savigny que esta opinión ha suscitado pocas adhesiones.

Una segunda opinión consideraba como objeto de la ley todos los deudores correales en general, de suerte que significaría una transformación de la teoría de las obligaciones correales. El *beneficium divisionis*, que antes no se aplicaba más que a los fiadores, debía ser extendido a todos los deudores correales. No convence tampoco a Savigny esta explicación porque, como la anterior, no está muy de acuerdo con los términos de la ley; sobre todo porque no manifiesta conexión con la Novela 4. Para él esta Novela y la 99 deben hallarse en íntima relación.

La tercera opinión consideraba como objeto de la ley aquellos deudores correales que han formado con sus codeudores contratos especiales de fianza recíproca, de cada uno por todos los otros. Esta opinión es la que Savigny acoge como exacta, tomándola de Donellus, Asverus y Heimbach, aunque este último difiera por la intención de referir la Novela a préstamos de

Introducción a la Ciencia del Derecho, Bosch, Barcelona, 1943, págs. 92-93; Cfr. también A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho*, Ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1945, págs. 130 y sigs.

8. SAVIGNY, *Le droit des obligations*, trad. de T. HIPPERT, Paris, 1873, volumen I, págs. 221 y sigs.

9. *Op. cit.*, págs. 222-224.

dinero¹⁰. Encuentra explicables, mediante esta tercera opinión, dos puntos fundamentales en este tema. En primer lugar, la alusión a la Novela 4, que, de este modo, Justiniano podía considerar, a justo título, complementada por la Novela 99. En segundo lugar, hallaba en esta ley un desarrollo de la idea de Papiniano (D. 45, 2, 11 pr.) por medio de la legislación positiva. Y todavía más: cree que la exposición de la Novela, como lo hace el *Epítome Juliani*, confirma la admisión de esta opinión.

Una interpretación original realizada por Vangerow fué recogida y expresamente adoptada por Windscheid¹¹. Vangerow opina que el *beneficium divisionis* sería acordado, según esta Novela, a los deudores correales por contrato a quienes la deuda incumbe materialmente por su parte; no al que haya asumido el *debitum* sólo en interés de su codeudor.

Las demás posiciones recogidas por Windscheid¹², con intención de exhaustividad, como dadas hasta entonces, son: 1) La disposición de la Novela se referiría a todos los deudores correales o bien a todos los deudores solidarios, excepto a quienes lo son como consecuencia de un delito. 2) Se referiría solamente a los deudores que se hubiesen hecho recíprocamente garantes uno por otro. 3) Se referiría a los deudores por cuota, hechos garantes uno por otro. Así nos proporciona Windscheid un resumen de interpretaciones distinto del de Savigny, interesante por ser obra del ilustre pandectista. Ello nos permitirá pasar, en la historia de las interpretaciones de la Novela, al pensamiento romanístico moderno, que significa un cambio fundamental en cuanto a actitud ante las fuentes. Comenzaremos por Bonfante, cuyo punto de vista significó una reactualización polémica del tema. Su teoría, mantenida con el entusiasmo y la brillantez de sus magistrales exégesis, significó una profunda revolución.

10. Esta diferencia carece de relevancia para Savigny. Cfr. pág. 224 (k).

11. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*. Editrice Torinese. Turin, 1904. trad. FADDA y BENZA. vol. II (Parte Primera), págs. 148-149.

12. Vid. pág. 148 (núms. 8 y 10).

3. INTERPRETACIONES MODERNAS DE LA NOVELA 99

Bonfante¹³ atribuye a esta Novela más virtualidad que cualquiera de los intérpretes anteriores. Viene a significar, para él, la confirmación legislativa de la desaparición del concepto romano-clásico de solidaridad, sustituido por la idea de *mutua fideiussio*. Es la culminación de un proceso histórico de transformación de la solidaridad clásica, que se remonta al jurisconsulto Papiniano en D. 45, 2, 11 pr. Este jurisconsulto, al considerar en el citado fragmento la hipótesis de la obligación con *mutua fideiussio*, declara sin más—según Bonfante—que hay en este caso una obligación parciaria en que un mismo deudor es reconvenido, en parte, como *fideiussor* del otro. Y esta misma *fideiussio mutua* es el contenido que Bonfante ve en la *allelenge* de la Novela 99. De ahí obtiene una serie de consecuencias que caracterizan su tesis.

La solidaridad romana—afirma—ha desaparecido. El nombre expresa ahora un concepto diverso, habiendo penetrado en este nuevo sentido en el uso y en la conciencia común. Acudiendo, una vez más en sus investigaciones, al análisis terminológico observa que el vocablo solidaridad, en el lenguaje corriente de hoy, hace referencia a la interdependencia mutua. En el lenguaje de la jurisprudencia clásica romana, en cambio, *in solidum* significa obligación por la totalidad en cada deudor (tratándose de solidaridad pasiva). La solidaridad romana cumplió múltiples funciones, ajenas a las que cumple la solidaridad moderna. Los beneficios acordados—según él—por Justiniano: *divisionis*, *excussionis* y derecho de regreso, han comenzado la obra de degeneración de la solidaridad. Ya en el derecho justinianeo la solidaridad de tipo clásico es una supervivencia. Como se ve, la teoría afecta radicalmente al dog-

13. P. BONFANTE y A. SRAFFA. *Solidarietà e mutua fideiussione?*, en *Rivista del Diritto Commerciale (e del Diritto generale delle obbligazioni)*, volumen XII (1914). Parte prima, págs. 905 y sigs. Cfr., además, BONFANTE, *Historia del Derecho Romano*, trad. de SANTA CRUZ TEIJEIRO, Ed. Revista Derecho Privado, Madrid, 1944, vol. II, pág. 56.

ma de la solidaridad en las obligaciones. Fué seguida su opinión por Albertario, entre otros ¹⁴.

Puede decirse que la romanística moderna aparece dividida en dos grandes campos, respecto a la interpretación de la Novela. De un lado, los que ven en la *allelengye* una *mutua fideiussio*, siguiendo las huellas de Bonfante. De otro, los que mantienen la opinión de que se refiere a la solidaridad. Esta opinión, en cierta medida, era tradicional en cuanto ha contado con muchos partidarios y arranca de la misma rúbrica del *Authenticum: De reis promittendi*. Sólo Collinet señala una excepción que no puede encuadrarse en ninguno de los dos campos ¹⁵. Para este autor existe una influencia de la obligación colectiva de los griegos, que se manifiesta en Papiniano y en los papiros, y cristaliza en la Novela 99. La *allelengye* mencionada en esta Novela no es una institución romana, sino la forma griega de solidaridad ¹⁶. Esta institución griega, practicada bajo la forma muy especial de fianza recíproca, tiene por función, como la correalidad romana, crear entre los deudores la solidaridad en el sentido más amplio de la palabra ¹⁷. Más adelante veremos las últimas consecuencias de la doctrina de Collinet.

Una opinión digna de relevancia es la sostenida por Cuq ¹⁸ después de una seria investigación en torno a la fianza mutua. En su opinión, Justiniano, por medio de la Novela 99, ha querido reaccionar contra la confusión que se había producido en Egipto entre la fianza mutua y la solidaridad. Ha intentado restablecer una distinción que se había borrado. Las conclusiones de Cuq nos parecen aceptables y obtenidas con bastantes

14. E. ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del Diritto Romano Giustiniano*. Milán, Giuffrè, 1935, pág. 106; *Studi di Diritto Romano*, volumen III, Milán, 1936, págs. 539-541.

15. P. COLLINET, *Etudes*, I. cit., págs. 124-144. Puede verse una consecuencia de su posición en *Le pseudo-bénéfice de division des débiteurs solidaires romains*, Studi Albertoni, I, Padua, Cedam, 1934, págs. 273-289.

16. *Etudes*, I. cit., págs. 137 y sigs.

17. *Op. cit.*, pág. 129.

18. E. CUQ, *Cautiement mutuel et solidarité*, en *Mélanges Cornil*, I, páginas 157-180. Vid. su opinión aceptada por E. VOLTERRA, *Diritto Romano e Diritti Orientali*, Zanichilli, Bologna, 1937, pág. 257.

pruebas históricas. No resultan aceptables, en cambio, sus opiniones acerca de la supuesta *fideiussio mutua* romana. La cree configurada, interpretando D. 45, 2, 11 pr., como relación mixta, mezcla de correalidad y fianza. Y otra referencia a la *fideiussio* la halla en la *allelengye* de la Novela 99.

No hace mucho, Archi¹⁹, en un estudio acerca del concepto de solidaridad, ha realizado un notable intento de clarificación del problema histórico-dogmático que aquélla implica, y lo situó sobre nuevas bases. Su estudio le conduce a enfocar la Novela 99 desde un punto de vista ya conocido—el de que se refiere a la solidaridad en sentido actual—, pero sobre bases originales.

Atribuye al pensamiento jurídico moderno, tal como ha cristalizado en los Códigos, la inherencia dogmática del derecho de regreso a la solidaridad, confundiendo así dos aspectos distintos. El derecho de regreso ha sido objeto de una evolución histórica, pero el concepto de solidaridad no ha variado.

En efecto, el concepto dogmático de solidaridad para Archi hace referencia, exclusivamente, a una relación obligatoria en que participan varios acreedores y un deudor o viceversa. Esta es su estructura fundamental e invariable en todos los tiempos, que hace referencia al aspecto externo. Lo que varía, sometido a una evolución histórica es el derecho de regreso, la relación entre los sujetos, la estructura interna. Pero esta evolución en nada afecta a la estructura externa. Archi afirma que ya los mismos romanos advirtieron la distinción de estos dos aspectos y encuentra la prueba de ello en los distintos *beneficia* concedidos a los obligados solidariamente.

Enfocado el problema de la solidaridad desde este original punto de vista, no comparte la opinión de los que atribuyen a Justiniano la transformación de la solidaridad romana en *mutua fideiussio*. En primer lugar, porque duda de que el esquema dogmático de la *mutua fideiussio*, con sus típicos efectos, sea aplicable al instituto helenístico *allelengye*²⁰. En segundo lu-

19. G. G. ARCHI, *Sul concetto di obbligazione solidale*, en *Conferenze Cas-telli*, cit., págs. 243-340.

20. *Op. cit.*, pág. 333.

gar, porque el principio del *beneficium divisionis* concedido por Justiniano a los *allelengyoi* está en contraste con los fines de la *mutua fideiussio*. Por estas razones, busca por otro camino la explicación de la Novela 99. Cree que Justiniano se ha ocupado exclusivamente de dos casos de obligación solidaria. De las nacidas *ex lege* o de aquellas que encuentran en otra parte su causa, pero que carecen de una relación interna capaz de proporcionar criterios para regular la posición de los deudores en particular. Deduce de ello que la obligación, como la interpretan los romanos, es muda, en el sentido de que no ofrece criterios en una u otra dirección. Pero un nuevo ambiente social—el justiniano—requirió, por principio de equidad, que el *debitum* se dividiese siempre en cuotas iguales, a diferencia del criterio seguido por los clásicos. De aquí que acepte como verdadera la posición de gran parte de la doctrina cuando sostiene que la Novela 99 debe de referirse a la obligación solidaria en general y que la libre versión latina del *Authenticum*, "*De reis promittendi*", reproduciendo el título griego (*περί ἀλληλεγγύων*), logra dar el pensamiento exacto del legislador. Observa, no obstante, una inadvertencia del emperador: la de que para tutelar los deudores según lo que considera ser de equidad, acaba por entorpecer, en concreto, aquellos que pueden ser eventualmente sus prácticos intereses. Estos pueden requerir que en un caso concreto la solidaridad sea respetada y, por tanto, el *beneficium divisionis* que la atenúa se resuelve en su daño.

La tesis de Archi, aunque significa un laudable esfuerzo a favor de la aclaración del problema dogmático de la solidaridad, se nos muestra criticable en algunos aspectos. Hay cierta razón histórico-dogmática y gran agudeza de visión en la distinción de los dos aspectos, interno y externo. Pero no a todas las épocas fué posible captar esta diferencia. Al menos, la época clásica parece haber configurado la solidaridad haciéndola radicar en un elemento que Archi no tiene en cuenta: la responsabilidad *in solidum*. Este fué un punto esencial para los clásicos, como puede deducirse claramente de D. 45, 2, 3, 1, que no debe olvidarse, aunque se admita, con Archi, que la solidaridad hace referencia a varios sujetos activos frente a uno pasivo o viceversa.

4. REVISIÓN DEL PROBLEMA

Parte del confusionismo de los autores en torno al problema de la Novela 99, y en particular de la *allelengye*, radica en el hecho de haber concedido excesiva importancia al discutido fragmento de Papiniano: D. 45, 2, 11, pr.

Se partió de él para la creación de la presunta figura de la *fideiussio mutua*, sin más apoyo en las fuentes. Ni se halla en éstas la denominación *fideiussio mutua*, ni una relación que, sin este nombre, pueda acomodarse al concepto que suele atribuírsele a la supuesta figura original de obligación²¹. Para aclarar el sentido de la Novela 99, no es preciso a un exegeta moderno acudir al texto de Papiniano, profundamente retocado por los compiladores. Se explica, en cambio, que lo hiciesen los glosadores para explicar la posibilidad del regreso. Sin embargo, la mayor parte de los autores contemporáneos han llegado hasta este texto en busca de un apoyo a sus puntos de vista, con más o menos parcialidad. Bonfante, remontándose a las fuentes romano-clásicas para corroborar su teoría de la transformación de la solidaridad moderna en *fideiussio mutua* configurada, según él, legislativamente a partir de la Novela 99. Collinet, pretendiendo añadir un argumento más a su tesis orientalista. Bortolucci, queriendo ver en él, equivocadamente, un pensamiento clásico. Acaso sea Archi el que concede menos importancia al fragmento en cuestión; no obstante, da por supuesta sin más la *mutua fideiussio*. Solamente Beseler ataca directamente la clasicidad del fragmento y lo reconstruye de un modo que, como afirma con acierto Bortolucci, casi le hace decir lo contrario de lo que en él se lee²². Creemos que un análisis crítico del texto puede proporcionar nuevas perspectivas. Veamos el texto:

21. Cfr. *Vocabularium Jurisprudentiae Romanae*, tomo II. Berlín, 1906. sub verbo *fideiussio*.

22. Vid. G. BESELER, *Textkritische Studien*, en *ZS*, 52 (1932), 63. Anteriormente había criticado el texto, menos radicalmente, en *Tijdschr. v. Rechtsgesch.*, 10 (1930), 169-240.

D. 45, 2, 11 pr. (Papiniano, 11 resp.)

*Reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi convenit, reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), poterit eundem ut principalem reum, item qui fideiussor pro altero exstitit, in partes convenire, non secus ac si duos promittendi reos divisio actionibus conveniret*²³.

Obsérvese, en primer lugar, una incongruencia en el pensamiento aquí atribuido a Papiniano, respecto a la época clásica. Que el acreedor (*reus stipulandi*) pudiese, si quería, dividir su acción para reclamar contra la misma persona a dos títulos, era perfectamente inútil. ¿Cómo podría decir Papiniano que no era inútil este medio? Más fácil, más útil era reclamar *in solidum* contra uno (de acuerdo con la mecánica de la solidaridad clásica) que dividir la acción y reclamar a dos títulos distintos. De dividir la acción, lo más lógico y sin duda útil a los codeudores, sería dividirla entre éstos. Esta facultad de actuar *divisio actionibus*, que el mismo fragmento reconoce, parece ser práctica admitida con objeto de obviar la responsabilidad *in solidum* y hacer posible el pago parcial por parte de los codeudores. Pero que el acreedor dividiese la acción para actuar dos veces contra la misma persona con objeto de obtener por partes una cantidad única, que podía obtener de una sola vez, además de insólito resulta inexplicable. Pero hay más. ¿Cómo podía funcionar la supuesta *fideiussio pro altero* a que alude el texto—o *fideiussio mutua*, si así quiere denominarse—dentro de la estructura clásica de la obligación solidaria? Cada codeudor era un deudor potencial del todo (*in solidum*) y la *fideiussio* que se estableciese a su favor tendría también por objeto la misma cantidad, el todo, según la fórmula: (*id*) *idem fide tua esse iubes?* El *fideiussor*, en este caso, era un codeudor que, a su vez, debía el todo, como el deudor principal. De este modo,

23. Nos interesa hacer constar, desde ahora, la interpolación de *vice mutua*, según BESELER, *ob. cit.*, págs. 58 y sigs.

en cada uno de los *rei promittendi* se reunían dos posiciones jurídicas—las de *reus promittendi* y *fideiussor*—y al menos dos responsabilidades por el todo, como deudor solidario y *fideiussor pro altero*. ¿O de qué cantidad resultará fiador?

Por otra parte, ¿cómo puede hablarse de dividir la acción si más bien se trata de dos acciones excluyentes en manos del *reus stipulandi*? *eundem ut principalem reum item qui fideiussor pro altero extitit in partes convenire*. Se le reclama porque es deudor principal y fiador, luego podrá hacerlo con dos acciones. Cualquiera de ellas está dirigida a la reclamación del todo en el derecho clásico, y una excluye a la otra. Si paga como deudor principal no cabe acción como *fideiussor*. Y si divide la acción (*actionem suam dividere si velit*) dividirá una de ellas. De lo contrario, tendrá que dividir las dos y utilizar, en parte, una, reclamándole a uno de los *duo rei* como deudor principal y, en parte, la otra, reclamándole como fiador. Dentro de las normas clásicas de la obligación solidaria (*obligatio in solidum*) no tiene explicación clara ²⁴.

Nuestro fragmento alcanzaría satisfactoria aclaración si suponemos una obligación *pro parte*; es decir, una obligación en que cada deudor lo fuese por su cuota. Entonces podría concebirse perfectamente que un deudor fuese considerado deudor exclusivo, principal, de su cuota y fiador de las cuotas de los demás. Pero esta solución no puede admitirse para el derecho clásico, en el cual la obligación de los *duo rei promittendi* tiene como característica la de ser una *obligatio in solidum*.

Todavía cabe pensar en la clasicidad del fragmento suponiendo que no hace referencia a la obligación solidaria, que *rei*

24. Casi nos inclinamos a creer que la combinación de fianzas a que alude el fragmento, tal como se nos muestra, contradiría el principio de división obligatoria *ex epistula dicitur Hadriani*. En efecto, es difícil establecer distinción, como parecen pretender BORTOLUCCI (*Un critico del Fabro*, en *Conferenze Romanistiche*, cit., pág. 205) y CUQ (*Cautionement mutuel*, cit., página 164), entre estos *mutui fideiussores* y los *cofideiussores*. ¿No son todos fiadores frente al acreedor? ¿Y, en definitiva, no afianzan todos una cantidad igual de deuda? Muy difícil es sustentar una verdadera distinción. Para hacerlo era preciso que se pudiesen señalar las características exactas de esa situación de *mutui fideiussores* y *rei promittendi*, a la vez, dentro del pensamiento clásico.

promittendi no son los deudores solidarios. Collinet ha argumentado en este sentido. Para él la opinión de Papiniano que figura en el fragmento no se refiere a la correalidad o solidaridad, considerando que la cualidad de *mutui fideiussores* es incompatible con la de *correi*. Precisamente, ve en este fragmento una prueba de que los romanos habían advertido una diferencia entre *mutua fideiussio* y correalidad²⁵. Dos razones aduce en apoyo de la tesis de que Papiniano no hacía referencia a deudores solidarios. En primer lugar, que la expresión latina *rei promittendi* puede designar deudores puros y simples y no obliga, de ningún modo, a ver en el discutido fragmento una alusión a deudores correales. En segundo lugar, que era necesaria la cláusula *in solidum* para dar nacimiento a la correalidad activa o pasiva. De ambos argumentos deduce que el jurisconsulto no se preocupa de determinar la cualidad de los *rei promittendi*, deudores convertidos *vice mutua fideiussores*, pero si lo hacía, los colocaba fuera de la correalidad. Los argumentos de Collinet no nos parecen de gran fuerza; más bien un poco débiles.

En apoyo del primer argumento, exclusivamente terminológico, aduce el fragmento: D. 45, 2, 1 (Modestino) *Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur, qui promittit reus promittendi habetur*.

Aquí define Modestino lo que se entiende por *reus stipulandi* y *reus promittendi*, en singular, caso típico de los dos sujetos de la *stipulatio* normal. Papiniano, por el contrario, habla en plural: *reos promittendi*. Pero si este contra-argumento no fuese suficiente, puede observarse que Papiniano coloca, frente a estos sujetos pasivos (*reos promittendi*) un solo sujeto activo o acreedor (*reus stipulandi*), situación que responde exactamente a la estructura de una obligación solidaria pasiva. Ciertamente, la denominación usual de los sujetos de una obligación solidaria, parece ser *plures rei stipulandi* o *promittendi* y *duo rei stipulandi* o *promittendi*²⁶. Luego veremos el motivo de que en el fragmento de Papiniano no aparezca: *plures reos*

25. Vid. P. COLLINET, *Etudes*, 1, cit., págs. 131 y sigs.

26. Cfr. la terminología del título 2, en el Libro 45 del Digesto.

promittendi o *duos reos promittendi*. (Nos referimos al principio del fragmento, puesto que al final aparece *duos promittendi reos*.) El segundo argumento de Collinet resulta excluido por el primero. Aunque admitamos la vinculación de la cláusula *in solidum* a la obligación solidaria, en nuestro caso no era necesario incluirla, porque se partía ya de una terminología suficiente para dar por supuesta una relación solidaria. No se trataba, especialmente, del vínculo solidario; su estructura era un presupuesto, que ahora no se trataba de precisar. Por ello, si terminológica y estructuralmente se prueba la alusión a la solidaridad, el segundo argumento es improcedente.

Aunque la eliminación de toda referencia a la solidaridad significaría la desaparición de gran parte del problema que el fragmento plantea, no cabe duda de que en él se alude a la solidaridad, de un modo o de otro. Tanto en su contextura clásica como en la compilatoria que ahora presenta, encierra una alusión a la relación obligatoria solidaria. No nos convence el intento de Collinet de colocarlo al margen de la solidaridad.

Tampoco es admisible la opinión de Beseler, resultante de haber sometido el fragmento a su hipercrítica. Papiniano—según Beseler—admitiría la validez de una *mutua fideiussio* añadida a una obligación de *Stichum dare*, negando, en cambio, la validez de una *sponsio* o *fideiussio* añadida a la obligación solidaria de una suma. La interpretación de Bortolucci²⁷ resulta asimismo inaceptable.

Dando por segura la alusión a la solidaridad, hay que pensar cuál sería el contenido del fragmento en su forma papiniana clásica. A nuestro modo de ver, se movía dentro de los terrenos de la fianza y la solidaridad²⁸, pero con finalidad

27. La opinión de BESELER puede verse en *Textkritische*, cit., pág. 63, y la de BORTOLUCCI en *Un crítico del Fubro*, en *Conferenze*, cit., págs. 204-205, junto con su crítica a Beseler.

28. En las fuentes, ambas materias aparecen siempre próximas. Así, en el Código de Justiniano, dentro del libro 8, el título 39 (40) es *Duobus reis stipulandi et duobus reis promittendi*, y el siguiente, 40 (41), *De fideiussoribus et mandatoribus*. En el Digesto, el título 2 del Libro 45 es *De duobus reis constituendis*, y el título 1 del Libro 46, *De fideiussoribus et mandato-*

antitética al establecimiento de una supuesta *fideiussio mutua* entre deudores solidarios. Se refería, probablemente, a las relaciones entre *fideiussor* y deudor principal. En este aspecto, era preciso imaginar algún medio para obviar el inconveniente del carácter no subsidiario de la *fideiussio* y es muy natural que a Papiniano se le plantease esta cuestión. Indudablemente, la falta de subsidiariedad debió de significar un grave inconveniente en la relación de fianza, sólo atenuado por remedios como la *cessio actionum*. La *litis contestatio*, al agotar la acción del acreedor, le dejaba inerte frente a la insolvencia del deudor. Llama la atención el hecho de que hasta la promulgación de la Novela 4, no se haya dictado por el legislador un *beneficium excussionis* u *ordinis* a favor del *fideiussor*. Al parecer, fué preciso llegar hasta el momento de la supresión del efecto consuntivo de la *litis contestatio* para que el acreedor pudiese actuar, sucesivamente, contra el deudor y el *fideiussor*²⁹. Acaso en este fragmento haya admitido Papiniano esta posibilidad de reclamar a deudor y fiador por partes. Si bien esta posibilidad no significaría una situación de subsidiariedad del *fideiussor*, podría significar un paso hacia ella, aunque la división más bien parece favorecer al acreedor. El fragmento clásico, con el auténtico pensamiento de Papiniano, podría ser este:

<Ut> re<i>[os] promittendi [vice mutua] fideiussores non inutiliter accipi convenit. reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), poterit [eundem ut] principalem reum, item qui fideiussor [pro altero] exstitit, in partes convenire, non secus ac si duos promittendi reos divisim actionibus conveniret³⁰.

ribus. Entre ambos sólo está colocado el breve título 3 (*De stipulatione servorum*) del libro 45. ARANGIO RUIZ afirma que la *fideiussio* parece regulada, en un primer momento, sobre las normas de la solidaridad. Cfr. *Instituzioni*⁹, Nápoles, 1947, pág. 406.

29. Incluso hay una constitución de Diocleciano (C. 8. 40. 19) en que se concede libre elección al acreedor, entre deudor principal y *fideiussor*. Más adelante aludiremos a ella. Para esto, cfr. MONIER, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, t. II, Domat, París, 1948, pág. 313.

30. La interpolación de *vice mutua* aparece suficientemente probada por BESELER, como ya hemos señalado (vid. anteriormente, cita 23). La labor

Con esta reconstrucción se explica la persistencia de *qui* en el actual fragmento (D. 45, 2, 11, pr.), que Mommsen corrige por *quia*³¹. Y también la falta de *duos* o *plures* antes de *reos promittendi* (de acuerdo con la terminología más corriente), porque en su lugar se hallaría en el fragmento clásico, *ut*.

De admitirse esta conjetura, el fragmento D. 45, 2, 11 pr. correspondería a la rúbrica *De adpromissoribus* de los *Libri responsorum* de Papiniano en la Palingenesia de Lenel y no a la anterior, *De stipulationibus*, en que está incluido³².

Así resulta más satisfactoria la opinión de Papiniano. En efecto, no inútilmente se consideraría al *fideiussor* y al deudor principal como deudores solidarios respecto al acreedor.

Podía actuarse con acción dividida, como en la solidaridad, contra el deudor principal y el *fideiussor*. Esta facultad introducía flexibilidad en el régimen de la *fideiussio*. Además, resultaba explicable este recurso a la relación de solidaridad, puesto que sufría ya el *fideiussor* el inconveniente de hallarse obligado por el total de la deuda principal atianzada, aunque su responsabilidad viniera mitigada en la práctica por la *cessio actionum* y por el negocio previo—*mandatum, negotiorum gestio*—en virtud del cual el *fideiussor* resultó garante. Resultaría mucho más seguro el acreedor, puesto que evitaría así el riesgo de la insolvencia, actuando *divisis actionibus*³³. De este modo, disminuía notablemente su riesgo por concurrir al pago deudor y fiador.

de los compiladores no parece haber sido grande en el aspecto formal, pero sí en el fondo. Así, lo hicieron pasar del título *De fideiussoribus et mandatoribus* (D. 46, 1) al cercano *De duobus reis constituendis*.

31. Vid. DIGESTA, ed. MOMMSEN-KRUEGER, Berlín, 1928, pág. 784 (14).

32. Cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, pág. 933.

33. COLLINET dice que esta forma es plural de majestad o redundancia y, por ello, indicio de interpolación (*Le pseudo-bénéfice de division...*, cit., página 280). No negamos esta afirmación: admitimos la posibilidad de que en derecho clásico dijese: *divisa actione*. Pero en contra de esta posibilidad está el hecho de que si bien la unidad de vínculo en la solidaridad corresponde al derecho clásico y la pluralidad al justiniano, los clásicos hablaban, sin embargo, de varias *actiones* donde los justinianos hablan de varias *obligationes*. Cfr. M.^a E. LUCIFREDI PETERLONGO, *Intorno all'unità o pluralità di vincoli nella solidarietà contrattuale*, Giuffrè, Milán, 1941, pág. 39.

Creemos, sin embargo, que se trataría de una medida de excepción, acaso poco utilizable.

Cualquiera que fuese el medio práctico de aplicación no puede extrañarnos su existencia, puesto que aparece probada la práctica de procedimientos dirigidos a lograr una responsabilidad subsidiaria por medio de estipulación. Tal la impropriamente denominada *fideiussio indemnitatis*, que para nosotros significa, más que nada, un indicio de obligación subsidiaria (D. 46, 1, 16, 6).

Lo que Papiniano muestra en el fragmento que nos ocupa, no es más que un medio de introducir un régimen de flexibilidad en la *fideiussio*. Es un intento especialísimo y disfrazado bajo la facultad de división, que un acreedor solidario podía utilizar. Y, en definitiva, un expediente que más bien parece favorecer al acreedor. Finalmente, nos queda una última afirmación.

Respecto a la existencia de la facultad de división a favor del acreedor solidario no cabe dudar³⁴. Esta facultad es reconocida por autorizados romanistas³⁵, con apoyo en D. 45, 2, 3, 1, principalmente. Lo que sí puede discutirse es la época de reconocimiento del *beneficium divisionis*. Collinet considera inexistente este beneficio hasta la Novela 99. Y restringe, asimismo, la aplicación de la *facultas divisionis* en la época clásica, limitándola a los *mutui fideiussores*, basándose en el fragmento de Papiniano, D. 45, 2, 11, pr., que hemos sometido a

34. P. COLLINET, el único que ha asumido la tarea de negar esta facultad respecto al derecho clásico, parece hacerlo con el prejuicio de destacar aquí una influencia oriental. Pretende con ello identificar en una ascendencia oriental la *facultas* y el *beneficium divisionis*; éste lo considera decretado por la Novela 99. Mas con esto creemos—aparte de la deficiencia de su crítica textual, a la que aludiremos más adelante—que hace menos viable su opinión acerca del origen del *beneficium*, puesto que más explicable es que se concediese primero la facultad de división—ya en época clásica—y luego el beneficio que el reconocimiento casi coetáneo de ambos. (Vid. más adelante nuestra crítica del pensamiento de Collinet.) Vid. asimismo, la crítica de SEGRÉ a la opinión de Collinet en BIDR, N. S., I (1934), página 524 (2).

35. Vid. P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit Romain* 6, París, 1918, pág. 755; ACCARIAS, *Précis*, cit., II, pág. 143, nota 1.

crítica. Fuera del caso de los *mutui fideiussores*, que cree ver en el fragmento de Papiniano, niega la existencia de la facultad de división en el derecho clásico. Esta facultad se extendió, según afirma, por vía de interpolación y es producto de una escuela de Oriente ³⁶.

Creemos posible afirmar la existencia de la facultad de división a favor del acreedor solidario en el derecho clásico. Collinet ha ido demasiado lejos en la crítica de los textos con el prejuicio de eliminar del derecho clásico esta facultad. Ni siquiera la hubiese admitido en el supuesto caso de los *mutui fideiussores* que cree ver en el fragmento de Papiniano. Pero se hallaba obligado a esta admisión por conclusiones anteriormente obtenidas: había afirmado anteriormente la clasicidad del fragmento, viendo en él la *mutua fideiussio* y considerándolo ajeno a la correalidad. Y la expresión más neta de que la correalidad era ajena al fragmento papiniano la hallaba, precisamente, en que cada uno de los *mutui fideiussores*, podía ser perseguido, en parte como deudor principal y en parte como fiador ³⁷. Aquí había admitido ya, por tanto, esta facultad de división, suponiendo el pensamiento de Papiniano ajeno a la obligación solidaria. Lo raro es que Collinet estudie este fragmento de nuevo, a propósito del que llama pseudobeneficio de división de los deudores solidarios romanos, después de haber afirmado que nada tenía que ver con la solidaridad romana. Como nosotros creemos haber demostrado la alusión del fragmento a la solidaridad anteriormente, cae por su base uno de los argumentos de Collinet. Podemos afirmar en este caso la existencia de la facultad de división a favor del acreedor solidario; del final del mismo fragmento, sin contar con otros, puede deducirse la existencia de la división como facultad del acreedor frente a los deudores solidarios: *non secus ac si duos promittendi reos divisio actionibus conveniret* ³⁸.

En otro fragmento, aducido por Collinet como prueba contraria a la facultad de división clásica (D. 19, 2, 47), dada su

36. *Le pseudo-bénéfice*, cit., pág. 285.

37. *Études*, I, cit., pág. 134.

38. Final del fr. D. 45, 2, 11 pr. Vid. la opinión de COLLINET en *Le pseudo-bénéfice*, cit., págs. 279-80.

alteración justiniana, nos parece ver en él claramente la admisión de esta facultad en derecho clásico. Para consolidar nuestra opinión, podíamos cotraargumentar a Collinet incluso a propósito de otros textos en que niega la existencia de un *beneficium divisionis* con la pretensión de eliminarlo del Digesto y relegarlo a la Novela 99: (D. 27, 3, 1, 10; 30 (1 de leg.), 8, 1; C. 8, 40 (41), 23; D. 26, 7, 38). Mas, por otra parte, consideramos suficientemente probada la existencia de la facultad de división en el discutido fragmento de Papiniano (D. 45, 2, 11, pr.). Vamos a someter a crítica otro de los tres textos que Collinet aduce como fundamentales, porque aclara nuestros puntos de vista anteriores.

D. 45, 2, 3, 1. (*Ulp. 47 ad Sab num.*)

Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti: hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus possitque ab alterutro peti. et partes autem a singulis peti posse nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et fideiussore petere possumus. utique enim cum una sit obligatio, una et summa est, ut, sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur ab altero liberatio contingat.

Collinet considera interpolaciones [*hoc - reorum*] y [*et partes - possumus*]. Respecto a este último párrafo admite, con Beseler, que la presencia de *nequaquam* es criterio seguro de interpolación. Y añade, como prueba de fondo de la interpolación, la parte: *quemadmodum et a reo et fideiussore petere possumus*. La división de la demanda entre deudor principal y *fideiussor* es imposible en el derecho clásico³⁹, afirma, y no se logra hasta la desaparición del efecto consuntivo de la *litis contestatio*. Efectivamente, en principio, acaso tenga razón Collinet en esta observación; pero el hecho de que existiese esta interpolación nada tiene que ver con el resto del fragmento. No nos basta para negar su clasicidad, la presencia de *nequaquam*. Por el contrario, el fragmento es esencialmente clásico,

³⁹ *Op. cit.*, pág. 279. Cfr. la opinión de G. SEGRE, en BIER, N. S., I. (1934), págs. 523-4.

salvo la indicada interpolación, y, probablemente, la de *nequaquam dubium est*. El fragmento ofrece interesantes sugerencias.

En él se contiene una perfecta definición de la solidaridad clásica. Cuando la obligación es solidaria (es decir, con *duo rei*): *potest ab uno eorum solidum peti*, y todavía reafirma el carácter propio de la solidaridad: *hoc est duorum reorum ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus possitque ab alterutro peti*. Después de advertir que se podía reclamar *in solidum*, resulta explicable que añadiese: *et partes autem a singulis peti posse nequaquam dubium est*. Puede considerarse interpolación *nequaquam dubium est*, con Beseler, frase que pudo incrustarse a continuación con objeto de introducir la probable interpolación: *quemadmodum et a reo et fideiussore petere possumus*. Aquí radica para nosotros el interés de este fragmento, que viene así a corroborar nuestra reconstrucción de la discutida opinión de Papiniano en D. 45, 2, 11, pr. Los compiladores tenían presente aquella opinión de Papiniano que hemos considerado clásica, *poterit principalem reum item qui fideiussor exstitit in partes convenire*. Esto podía lograrse acudiendo a la consideración de *fideiussor* y deudor principal como *duo rei promittendi*. Y en todo caso era un ardid del jurista basándose en la división usual de la deuda por parte del acreedor frente a los deudores solidarios, como prueba: *non secus ac si duos promittendi reos divisim actionibus conveniret*. Por eso los compiladores, considerando inútil en su época aquel ardid jurídico, recogieron el fragmento y aprovecharon la alusión a la solidaridad (*reos promittendi*) adaptándole a la situación de fianza recíproca propia del ambiente oriental: *allelengye*. Era natural que así lo hiciesen, puesto que la solidaridad y la fianza mutua en provincias como Egipto se hallaban confundidas. Por otra parte, habían incluido bastantes alusiones jurisprudenciales a la solidaridad, mientras faltaba toda alusión a la fianza mutua. Así incluyeron el fragmento en el título 2 del Libro 45, *De duobus reis constituendis*. Luego, al hallar en el fragmento D. 45, 2, 3, 1, una especie de definición de la solidaridad, no pudieron menos de añadir toscamente, para completar ideas, la opinión que habían tergiversado en Papiniano: *nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et*

fideiussore, petere possumus. El resto puede considerarse clásico. Una prueba más de ello es la alusión a la unidad de la obligación solidaria: *cum una sit obligatio* ⁴⁰.

Descartada así la genuinidad del fragmento atribuido a Papiniano, en el que se pretende ver la base de la llamada *fideiussio mutua*, hay que admitir que ésta no fué conocida como tal por los juristas romanos. Es perfectamente concebible una combinación de fianzas recíprocas entre codeudores, pero una institución designada como *fideiussio mutua* que se haya incrustado en la solidaridad romana en base al fragmento D. 45, 2, 11, pr., no es admisible. Y menos admisible es todavía una *fideiussio mutua* autónoma sin relación con la solidaridad, como pretende Collinet, y Bonfante en cierto modo también. A este propósito ya Bortolucci ha esgrimido argumentos convincentes ⁴¹. Supuesto el carácter accesorio de la *fideiussio* romana, valía para la hipótesis de la *fideiussio mutua* el principio de que sólo y en tanto existe *fideiussio*, en cuanto existe una deuda principal. Ello excluye que Papiniano considerase la obligación de *mutua fideiussio* como una particular forma de obligarse al pago de todo, en el supuesto de que el fragmento fuese genuino. Así critica Bortolucci la supuesta autonomía que por algunos se pretendió ver en la llamada *mutua fideiussio*. Claro que Bortolucci, después de argumentar certeramente en contra de la autonomía de esta supuesta institución, la considera, interpretando el pensamiento de Papiniano, como accediendo a una obligación correal con pluralidad de sujetos pasivos. Un último argumento en contra de la existencia de la *fideiussio mutua*, como tal institución entre los romanos, nos lo proporciona Cuq al afirmar que la fianza mutua no tiene razón de ser más que en países donde la fianza tiene carácter subsidiario ⁴². Sin embargo, admite la referencia de Papiniano (D. 45, 2, 11, pr.) a la fianza mutua entre codeudores ⁴³. Cree ver allí una institución que participa de la naturaleza de la fianza y de la correa-

40. M. E. PETERLONGO, *Intorno all'unità o pluralità...*, cit., págs. 489.

41. G. BORTOLUCCI, *Un critico del Fabro*, cit., págs. 202-5.

42. E. CUQ, *Cautionnement mutuel*, cit., pág. 160.

43. *Op. cit.*, pág. 164.

lidad, sin ser ni una cosa ni otra a los ojos de los clásicos ⁴⁴. Bortolucci, como hemos visto, considera la *fideiussio mutua* accediendo a la obligación correal. Esta misma complejidad de las distintas opiniones prueba la difícil interpretación del fragmento que sólo puede aclararse considerándolo obra compilatoria. Máxime cuando tiene como una razón más en contra de su genuinidad la de ser único, como el mismo Cuq asegura ⁴⁵. Aunque se hubiese recibido esta institución por influencia de la práctica oriental, lo más natural sería que se hallase alguna otra referencia acerca de ella. Por no haber rechazado como espurio este fragmento, Cuq se ve obligado a suponer que obedece a una consulta dirigida a Papiniano ⁴⁶. Practicada la *fideiussio mutua* en ciertas provincias, su validez y efectos habían suscitado dificultades. Cuq afirma, por último, que Papiniano reconocía su validez, pero no decía qué ventaja procuraba al acreedor. En realidad, Papiniano decía simplemente: *non inutiliter accipi convenit*. Pero esto no lo decía a propósito de la supuesta *fideiussio mutua*, ni tampoco habla, por la misma razón, de ventajas para el acreedor. Cuanto aparece en el fragmento se lo han hecho decir los compiladores, porque no entendían ya su primera y auténtica opinión. Lo que aparece en el fragmento es un arreglo acomodado a la fianza mutua, tal como aparecía en la práctica oriental en tiempos de la Compilación.

5. CONCLUSIONES

Negada la existencia entre los romanos de la relación jurídica denominada *fideiussio mutua* por los intérpretes, vamos a intentar la aclaración de la reforma llevada a cabo por Justiniano en la discutida Novela 99. Para ello, tenemos que referirnos, en primer lugar, al contenido de la *allelengye*. La utilización de esta terminología, de profunda raigambre oriental, no puede ser caprichosa; tiene que obedecer forzosamente a una

44. *Op. cit.*, pág. 165.

45. *Op. cit.*, pág. 157. Según Cuq, otra referencia a la *fideiussio mutua* sólo se halla, en toda la Compilación, en la Novela 99.

46. *Op. cit.*, pág. 158.

directriz legislativa dictada por la necesidad de definir prácticas jurídicas y direcciones confusas; hubo de ser, en una palabra, decisionista ⁴⁷.

Lo primero que puede observarse, a propósito de la *allelengye*, es su parentesco con la ἐγγύη, típica forma de fianza entre los griegos. Bortolucci hizo notar, de modo especial, esta relación ⁴⁸, que, por otra parte, la misma terminología indica. Asimismo se prueba el acercamiento de *allelengye* y ἐγγύη en fuentes posjustinianas. Así, en πείρα XI, 6 (Zachariae a Lingenthal, Ius Graeco-romanum I, pars I), donde la frase: τούτων δὲ ἐστὶν ἐγγύη καὶ ἀλληλεγγύη ἐνογγή. Y afirma—con alguna prueba—que en algún otro lugar de las colecciones jurídicas bizantinas existe este acercamiento. A nosotros nos basta probar esta idiosincrasia común de las dos instituciones ⁴⁹. Es indudable que, en principio, la *allelengye* responde a una forma de fianza, que es la fianza mutua.

Hoy estamos plenamente informados de la existencia práctica de una forma de *fianza mutua* en Oriente, concretamente en el Egipto greco-romano, y en la época neo-babilónica ⁵⁰. Numerosos documentos de esta época proporcionan la prueba de su existencia desde el siglo VII antes de nuestra Era, en tiempos de los últimos reyes indígenas y después bajo los reyes persas aqueménidas. Y su uso debió de mantenerse en Persia en tiempos de los Arsácidas (desde 247 a. d. C. a 226 después de nuestra Era), pues se encuentran aplicaciones en la época

47. Así fué, en gran parte, su actitud legislativa. Vid. A. D'ORS, *La actitud legislativa del Emperador Justiniano* «Orientalia Christiana Periodica», vol. XIII, núm. 1-2, Roma, 1947, pág. 133 y passim.

48. G. BORTOLUCCI, *La fideiussione nel Egitto Greco-Romano*, BIDR, 17, 1905, cfr., págs. 305-16 y *Un crítico del Fabro*, cit., pág. 207.

49. Ambas figuras constituyen instituciones practicadas en el Derecho de los Papiros. Vid. A. D'ORS, *Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano*, Madrid, 1948, pág. 127. Cfr., además, MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Berlín, 1910-12, II, 1, págs. 113-15. Ya anteriormente, MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig, 1891, página 184; ZS. 18, 296. J. PARTSCH, *Griechischer Bürgerschaftsrecht*, Teubner, Leipzig-Berlin, 1909, I, pág. 254.

50. E. CUG, *Le cautionement mutuel*, cit., págs. 159 y sigs.

de los Sasánidas, correspondiente al período romano que se extiende desde Alejandro Severo a Justiniano ⁵¹.

Respecto al Egipto greco-romano, los estudios papirológicos nos suministran datos suficientes. Sucesivamente han estudiado los papiros en este aspecto Bartolucci, Samter y Angelo Segré ⁵². Ultimamente, nos proporciona Taubenschlag un magnífico resumen de todas las investigaciones ⁵³.

Cuq, que ha estudiado especialmente la fianza mutua en la época neobabilónica, cree posible que esta figura se haya extendido de la Mesopotamia a Egipto, bajo las dinastías helenísticas. Y aun que haya persistido bajo Justiniano en regiones en que era practicada desde tiempo inmemorial; así en Osroëne y Mesopotamia.

Ahora bien; entre la fianza mutua de tipo babilónico y la que se deduce de los papiros greco-egipcios hay ciertas diferencias interesantes. La fianza mutua en el ambiente jurídico greco-egipcio evoluciona claramente hacia la solidaridad hasta confundirse con ella. Los documentos babilónicos, por el contrario, se muestran ajenos a la solidaridad; ésta no parece haber sido entre los babilonios una modalidad de las obligaciones. Cuando una obligación era contraída en común por varias personas, una de las maneras de conferir al acreedor el derecho de reclamar el pago total a uno de los codeudores era la fianza mutua. Pero esta fianza no le garantizaba contra la insolvencia eventual de uno de los deudores. No tenía otro objeto que facilitar la pronta ejecución de la obligación, permitiendo al acreedor dirigirse a aquel codeudor que estaba más a su alcance ⁵⁴. El acreedor tenía el derecho de reclamar el pago de toda la deuda al codeudor presente en el lugar del

51. *Loc. cit.*, y, especialmente, págs. 165-76.

52. *Op. cit.*, págs. 159 y siguientes, donde Cuq hace referencia al contenido esencial de estas investigaciones papirológicas. Pertenecen a A. SEGRÉ, *Aegyptus*, V, 44-64 y 185-201; SAMTER, *Philologus*, XXIX, 414-36. Cfr., además, *Philologus*, LXXV, 414 y sigs. De BORTOLUCCI, cfr. también *Nota su la mutua fideiussio* (D. 45, 2, 11 pr.), en *Scritti in onore Mauricordi y Studi Saresi*, XVI, 1938, 97 y sigs.

53. R. TAUBENSCHLAG, *The law of Greco-Roman Egypt in the light of the Papyri*, Nueva York, 1944, págs. 230-32.

54. E. CUQ, *Le cautionement*, cit., pág. 176.

pago, hallándose los otros más o menos alejados. La única nota común entre la fianza mutua y la solidaridad es la facultad del acreedor de exigir de uno de los deudores el pago total ⁵⁵.

En Egipto el principio de solidaridad tuvo como característica el hecho de que cada deudor estaba obligado por el todo, aunque la cosa era debida una sola vez, y satisfecha por uno de los obligados se disolvía la obligación. Un principio semejante fué aplicado por los griegos; la correalidad fué establecida como regla.

Desde el siglo III a. de C., añadida a la cláusula creadora de la correalidad, apareció una nueva cláusula acerca de la fianza de los codeudores. Significaba que el acreedor tenía la elección para reclamar, a uno u otro, la total obligación sobre la base de la correalidad o una parte de ella sobre la base de la de la *allelengye*. La práctica romana se familiarizó con ambas cláusulas ⁵⁶.

Por la cláusula de fianza mutua los codeudores se reconocían ἑγγυοὶ ἀλλήλων ο ἄλληλεγγυοί. Por la cláusula de solidaridad se reconocía que el acreedor tendría el derecho de exigir el pago de uno de los codeudores o de cada uno de ellos, a su arbitrio.

La cláusula de la πράξις, según Bortolucci ⁵⁷, va variando del derecho griego al romano, pero subsigue siempre a la declaración de que los deudores son: ἄλληλεγγυοὶ εἰς ἕκαστον.

El uso de yuxtaponer las dos cláusulas conduce, a la larga, a considerar la *allelengye* como equivalente de la solidaridad. Se olvidaron las restricciones que comportaba la fianza en cuanto al derecho de pedir el pago integral a uno de los codeudores. La expresión ἐξ ἄλληλεγγύης fué empleada por los notarios de Egipto para designar la correalidad romana. Los codeudores que se obligaban κατὰ τὸ τῆς ἀλληλεγγύης δίκαιον ο bien

55. *Loc. cit.*

56. R. TAUBENSCHLAG, *The law*, cit., págs. 230-1.

57. *La fideiussione*, pág. 306.

κατά τὸ ὅμο ῥέον προμίσθέντων δίκαιον eran considerados de la misma manera ⁵⁸.

En suma, la fianza mutua no ha conservado en Egipto una existencia independiente; se ha confundido con la solidaridad ⁵⁹. Cuq y Taubenschlag lo afirman con seguridad. Bajo la jurisdicción romana—dice Taubenschlag—⁶⁰, la idea de correalidad fué definitivamente incorporada dentro de la cláusula de *allelengye*. Desde entonces los juristas ligaban a este término el significado de correalidad y formulaban la *allelengye* juntamente con la cláusula de la *παῖσις*.

Alcanzado este punto, estamos en condiciones de opinar acerca de la reforma llevada a cabo por Justiniano con la Novela 99. No compartimos con Archi la idea de un desconocimiento de la *allelengye* en su estructura y en el modo de establecerse el *vinculum iuris* ⁶¹. Esta opinión parece haberla tomado Archi del punto de vista de Bortolucci, el cual afirma que se trata de una obligación con pluralidad de sujetos pasivos, cuya precisa estructura no está todavía fijada con certeza. Y respecto a su modo de funcionar, afirma, igualmente, que los documentos papirológicos que dan alguna noticia son ambiguos ⁶². Esta opinión de Bortolucci resulta evidentemente afectada de parcialidad, máxime habiendo sido emitida recientemente. Sin duda, responde a la idea de mantener la tendencia iniciada en su primer estudio sobre el tema en 1905 ⁶³. En este trabajo parece decididamente guiado por la idea de evitar toda relación de la *allelengye* con la solidaridad. Archi acogió su tesis y alegó que la amplia aplicación de la *allelengye* en el espacio y en el tiempo había tenido repercusión sobre las formalidades de la institución, de tal modo que sólo eran posibles hipótesis respecto a sus perfiles dogmáticos. Nosotros pensamos que la regulación de la *allelengye* en tiempos cercanos

58. E. CUQ. *Le cautionnement*, cit., pág. 163.

59. E. CUQ. *op. cit.*, pág. 164.

60. R. TAUBENSCHLAG, *The law*, cit., pág. 232.

61. G. ARCHI, *Sul concetto...*, cit., pág. 331.

62. G. BORTOLUCCI, *Un crítico del Fabro*, cit., pág. 206.

63. G. BORTOLUCCI. BIDR (17), 1905, págs. 265-316, cit.

a los de Justiniano puede constituir la clave para valorar la reforma contenida en la Novela 99.

Parece haber probado Archi que el ordenamiento jurídico romano se ha preocupado frecuentemente, en su secular evolución, de regular relaciones entre varios deudores solidarios. Los casos en que se carecía de una relación interna entre los deudores y los nacidos *ex lege* constituyeron la preocupación esencial de Justiniano. Y se tendió a la división del *debitum* por un principio de equidad, requerido por el nuevo ambiente social justiniano⁶⁴. Esta premisa del ambiente romano-justiniano hay que tenerla en cuenta para valorar la reforma introducida por la Novela 99.

Justiniano, con esta Novela, continúa su actitud legislativa de tipo decisionista. Pretende aclarar el confusionismo que se había producido en la más reciente práctica oriental, principalmente en el ambiente egipcio, en el cual, como hemos visto, solidaridad y fianza mutua aparecían confundidas. Esta es la certera conclusión que obtiene Cuq⁶⁵, después de un estudio histórico de la fianza mutua, desde sus manifestaciones en el Oriente babilónico hasta los papiros egipcios. La interpretación del móvil legislativo de Justiniano nos parece aceptable.

Es indudable que el vocablo *ἀλληλεγγύη* significa, etimológicamente, fianza mutua. Su relación con la *ἐγγύη*—según anteriormente hemos hecho notar—forzosamente tenía que estar presente en el ánimo del legislador y no puede pensarse que éste haya aplicado el término *ἀλληλεγγύη* para referirse a la solidaridad romana, ni siquiera teniendo en cuenta la confusión producida en el ambiente egipcio. No puede dudarse que Justiniano se refirió a la fianza mutua con el vocablo *allelengye*. Acaso la mejor prueba de ello se halla en la alusión a otra ley anterior sobre la fianza (que debe ser la Novela 4) contenida en el Prefacio de la Novela 99. Esta vendría a ser un comple-

64. G. ARCHI, *Sul concetto...*, cit., págs. 333-4.

65. E. CUQ, *Le cautionnement*, cit., pág. 177. También BORTOLUCCI reafirma últimamente su idea de que Justiniano no legisló acerca de la solidaridad, sino de la *allelengye*. (Vid. *Un critico del Fabro*, cit., págs. 207-9.)

mento de aquélla. Cuq ha analizado con acierto la posible relación entre ambas leyes y las cree inspiradas por un pensamiento común. Sometiendo a una reglamentación nueva la fianza simple y la fianza mutua—afirma ⁶⁶—, Justiniano parece haber pensado en proporcionar a los acreedores las ventajas respectivas que les aseguran ciertas costumbres de Oriente y de Occidente. Ha importado la condición de presencia de las costumbres babilónicas y considera, por tanto, como presentes a los fiadores que habitan en la misma localidad del acreedor. La condición de solvencia parece importada de la costumbre romana fundada en el rescripto de Adriano.

Una razón más, para corroborar la imposibilidad de que Justiniano se refiera a la solidaridad de tipo romano al legislar acerca de la *allelengye*, viene dada por el hecho de que el principio de la división del *debitum* se hallaba ya en el Digesto ⁶⁷. Archi, como hemos dicho, considera este principio como tendencia del ambiente justiniano. Nosotros sólo queremos hacer notar que la opinión en este sentido es corriente en los autores, salvo la débil confutación de Collinet, aunque se tienda a considerar la Novela 99 como consagración legislativa de este principio. Es discutible la aplicación del principio en más o menos casos, pero no puede negarse que estaba allí explícito. Por ello no es presumible que Justiniano vuelva a referirse a los deudores solidarios bajo la denominación de *allelengyo*. Su propósito era deslindar conceptos.

Así, por medio de esta Novela 99, rechaza la idea de que la *allelengye* haga nacer la solidaridad; ésta es preciso estipularla. Cuq recuerda que lo mismo ocurrió en el antiguo uso greco-egipcio ⁶⁸. Pero aun con en esta cláusula—como se sabe—

66. *Op. cit.*, pág. 179.

67. ALBERTARIO afirma que el *beneficium divisionis* se generalizó por vía de interpolación en la solidaridad justiniana, después de haberse dado ya en algunos casos durante la época clásica. Vid. CORSO, *Le obbligazioni solidali*, Giuffrè, Milán, 1944, págs. 208-17. Según ARCHI, *Sul concetto*, cit. pág. 269, núm. 54 y *passim*, el *beneficium divisionis* se mantuvo hasta el derecho justiniano—que extendió la aplicación de este *beneficium*—en los límites de la obligación solidaria por garantía.

68. *Le cautionement*, cit., pág. 177.

la Novela no autoriza al acreedor para exigir, inmediatamente, el pago total de la deuda a uno de los codeudores. Habrán de ser convocados los demás, si están presentes y son solventes, y cada uno pagará su cuota (Nov. 99, capítulo 1, pr.). Para ello, el magistrado que conozca del asunto, convocará a todos los interesados que habiten en la misma localidad del acreedor. Después, pronunciará una sentencia común teniendo en cuenta su solvencia (Nov. 99, c. 1, 1). Si uno de los codeudores está ausente o es insolvente, no se concede a los presentes un plazo para traer al ausente como en la Novela 4 (c. 1), sino que los otros pagarán por él y el acreedor les cederá sus acciones.

Toda esta minuciosa reglamentación de la *allelengye* o fianza mutua iba a caer enteramente en el vacío, porque esta figura había muerto para siempre. El intento definitorio de Justiniano no alcanzó arraigo en la práctica. En ésta la confusión de *allelengye* y obligación solidaria se había difundido de tal modo que sólo se percibe un leve eco de la reforma en la renuncia al beneficio de división. Bortolucci⁶⁹ cita un documento postjustiniano en que se declara que la obligación es asumida por varios *allelengyoi* indivisiblemente, para huir de la reforma de la Novela 99. Otras pruebas podrían aducirse para demostrar la ineficacia e incompreensión de la reforma intentada por Justiniano. Cuq afirma que los juristas de Constantinopla continuaron empleando la *allelengye* como solidaridad. Samter y Segré han hecho notar, como recuerda Cuq, que en el *Epitome Juliani* no se ha comprendido la reforma de Justiniano περί ἀλλήλεγγυῶν⁷⁰. Se identificaron los *allelengyoi* con los *correi promittendi* ya en la misma rúbrica. Asimismo Haloander, en su versión latina de la Novela 99, tradujo la rúbrica περί ἀλλήλεγγυῶν por: *de duobus reis promittendi*. Lo mismo se observa en la rúbrica del *Authenticum*. A este propósito, queremos rechazar el argumento de Archi, según el cual, esta versión del *Authenticum—De duobus reis promittendi—* constituye una prueba de que la Novela 99 se refería a la solidaridad⁷¹.

69. *Un crítico del Fabro*, cit., pág. 208.

70. *Le cautionement*, cit., pág. 180.

71. *Sul concetto*, cit., pág. 335.

La inobservancia de la Novela parece haber sido general. Los notarios egipcios no han tenido en cuenta la prescripción relativa a la solidaridad. Después de cierta desorientación en la práctica notarial entre la obligación solidaria ἀλληλεγγύη simple o εἰς ὁλόκληρον, esta última ha dejado de ser añadida. Prácticamente, la eficacia de la reforma se había agotado. Brasloff afirma que los tratados jurídicos postjustinianos, que representaban el derecho práctico, han suprimido casi siempre las normas de la Novela 99, mientras acogieron las de la Novela 4⁷².

Más tarde, glosadores y postglosadores, acudirán al concepto de *fideiussio mutua* para explicar el llamado derecho de regreso, según hemos indicado ya. Y las legislaciones modernas no invocan ya este esquema abstracto de la *fideiussio mutua* para resolver el problema interno de la relación obligatoria solidaria. Lo resuelven en el terreno de un dogmatismo, artificioso si se quiere, pero que parte de presupuestos que excluyen toda idea de fianza mutua. Archi, que ha estudiado detenidamente el problema de la solidaridad, llega a esta conclusión, en antítesis a la idea de Bonfante que agitó brillantemente la polémica en torno al concepto de obligación solidaria⁷³.

En conclusión, creemos que la controversia en torno a la *allelengye* y a la Novela 99 debe quedar definitivamente resuelta. Una serie de razones prueban la inutilidad de toda discusión. 1.º El principio de división del *debitum* entre deudores solidarios se hallaba ya en el Digesto y no es preciso invocar una disposición que, según cuanto hemos expuesto hasta aquí, parece referirse a codeudores con fianza mutua entre sí y no a la solidaridad en sentido romano. 2.º La *allelengye* considerada en su prístino significado de fianza mutua no halla ningún eco en las fuentes jurídicas romanas, ni en el pensamiento moderno más reciente acerca de la solidaridad obligacional. 3.º La Novela 99 ha quedado completamente en desuso; su eficacia ha

72. Cfr. CUQ, *Le cautionnement*, loc. cit.; BORTOLUCCI, *Un crítico del Fabro*, loc. cit.; BRASSLOFF, *Zu den Quellen...* (Zur Novelle 99), cit., página 301.

73. *Sul concetto*, pág. 339.

consistido únicamente en haber suscitado una polémica acerca de su interpretación mantenida hasta nuestros días.

Por último, tampoco puede verse en la *allelengye* una manifestación de la influencia oriental en el Derecho romano, como se ha pretendido frecuentemente. Descartada la autenticidad del fragmento D. 45, 2, 11, pr., atribuido a Papiniano, pretendida incrustación de la fianza mutua—*ἀλληλεγγύη*—en el pensamiento romano, la medida adoptada por Justiniano en la Novela 99 nada significa.

PABLO FUENTESECA DÍAZ