

Término y vencimiento anticipado: antecedentes históricos

MARIO E. CLEMENTE MEORO

Profesor titular de Derecho Civil. Universidad de Valencia

SUMARIO: Introducción.—I. Derecho romano. 1. Consideraciones previas. El término en el Derecho romano. 2. Tipos de término. Término y condición. 3. Efectos del término. 4. Vencimiento anticipado de las obligaciones en Derecho romano. 5. La insolvencia del deudor. a) La restitución de la dote. b) El deudor del Fisco. 6. La no prestación de las garantías. a) *Missio in possessionem legatorum servandorum causa*. b) *Missio in bona si heres sui suspectus*. d) Dote. 7. La disminución o desaparición de las garantías. 8. Recapitulación.—II. Derecho histórico castellano. 9. Aspectos generales relativos al término en el Derecho histórico castellano. a) El término y la condición. Distinciones. b) Efectos del término. 10. Supuestos de vencimiento anticipado en el Derecho histórico castellano. a) Insolvencia del deudor. a') La restitución de la dote. b') El peculio adventicio. c') La fianza. d') La prenda. b) Desaparición o disminución de las garantías. 11. Recapitulación.—III. La doctrina española de los siglos XVI al XVIII. 12. El principio general. 13. Problemas que suscita el principio general. a) Si puede el juez declarar de oficio la inexigibilidad de la obligación. b) Supuestos de fuga o pobreza. El deudor sospecho. 14. Las excepciones al principio general. a) La restitución de la dote. b) La fuga, la insolvencia y el concurso del deudor. c) La desaparición de la hipoteca. d) El Fisco como acreedor. 15. Recapitulación.—IV. La codificación. 16. El Código Civil francés. La doctrina de Pothier. 17. Supuestos de vencimiento anticipado en el Código Civil francés. a) La quiebra del deudor. b) La disminución de las garantías. 18. Influencia del Código Civil francés en otras legislaciones. a) Bolivia. b) Chile. c) Portugal. d) Argentina. 19. El Código Civil italiano de 1865. 20. Proyectos y anteproyectos españoles. a) El Proyecto de Código Civil de 1836. b) El Proyecto de Código Civil de 1851. c) El anteproyecto del Código Civil (1882-1888). 21. Influencia del Código Civil español en otras legislaciones.

1. INTRODUCCION

Con la finalidad de tutelar los intereses del acreedor en la relación obligatoria se establecen en nuestro Ordenamiento jurídico una serie de supuestos de vencimiento anticipado. A través de los mismo se prueba que el Derecho de obligaciones no es un Derecho de carácter neutral, un Derecho que trate de conseguir un equilibrio en la relación jurídica entre deudor y acreedor, sino todo lo contrario. En ocasiones, y esta es una de ellas, toma partido e incluso renuncia a alguno de sus más acusados principios para hacer efectiva su labor protectora. El vencimiento anticipado supone la quiebra de la regla según la cual los pactos deben ese respetados, supone una limitación del principio de la autonomía privada, y, sin embargo, no son pocos los casos en que se establece. La piedra angular del sistema, en nuestro Ordenamiento, se encuentra en el art. 1.129 del Código Civil, pues establece el vencimiento anticipado, en general, de las obligaciones, no de un concreto tipo de ellas. Sin embargo, desde su promulgación han proliferado extraordinariamente los supuestos que, con igual o distinta denominación, con el mismo o diferente alcance, establecen la misma consecuencia jurídica: el vencimiento anticipado de una obligación que nació aplazada. Es el caso del art. 39 de la Ley de Hipoteca Naval, de los arts. 6, 29, 44-3, 51, 62, 63 y 64 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, 11 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, 50 de la Ley Cambiaria, y 5-3 de la Ley y 29-1 del Reglamento de Mercado Hipotecario. A ellos hay que añadir, en el orden concursal, los arts. 883 del Código de Comercio y 1915 del Código Civil.

Sin embargo, el recurso el vencimiento anticipado de las obligaciones no nace, frente a una extendida opinión, de la obra de POTHIER, sino que, como exponemos a continuación, ya con anterioridad se pueden encontrar formulaciones parciales en textos normativos y, sobre todo, doctrinales. En efecto, los antecedentes que de la misma cabe encontrar en el Derecho romano son ciertamente escasos y de ámbito objetivo muy limitado. Se trata de textos oscuros o que prevén supuestos muy particulares. Estos textos pasan a los Derechos nacionales y, desde luego, no permiten la generalización de los supuestos de vencimiento anticipado. Sin embargo, con base en los mismos, los comentaristas —y ello se observa con toda claridad en los autores españoles de los siglos XVI y XVII, a quienes hemos dedicado especial atención—, van a formular una serie de principios de vencimiento anticipado aplicables no sólo a particulares relaciones obligatorias sometidas a término, sino, en general, a todo tipo de obligaciones. En consecuencia, puede decirse que la figura del vencimiento anticipado es de creación fundamentalmente doctrinal.

Esta elaboración doctrinal, en la que, sin duda, tiene una posterior e influyente participación POTHIER, llega al Código Civil francés;

pero la cristalización legal de la figura no supone su estancamiento, sino todo lo contrario, es el punto de partida de su posterior desarrollo. Con base en el art. 1188 del *Code Napoléon* la doctrina científica sigue ampliando su ámbito de aplicación, y la interpretación que los autores de la Escuela de la Exégesis hacen del precepto en cuestión tendrá eco en los Códigos que se encuentran en el ámbito de influencia del francés. Poco a poco los supuestos de vencimiento anticipado van siendo más amplios, y prueba de ello es la comparación del art. 1129 del Código Civil español con el 1188 del francés. Pero, además, el vencimiento anticipado no se queda en los Códigos Civiles. Pese a que se prevé para las obligaciones en general en textos legales que son Derecho común, cada nueva Ley especial que regula relaciones obligatorias o jurídico-reales en garantía de obligatorias —accesorias, por tanto— introduce uno o más supuestos de vencimiento anticipado. Y las cláusulas de vencimiento anticipado son extraordinariamente frecuentes hoy en día en los contratos, especialmente en los que se celebran con entidades financieras.

A exponer la línea evolutiva que hemos señalado se dedican las siguientes páginas de ese trabajo.

I. DERECHO ROMANO

1. Consideraciones previas. El término en el Derecho romano.—En Derecho romano las estipulaciones, los legados y los fideicomisos, a diferencia de otros actos, que reciben la denominación de *legítimos* (1), admitían término y condición.

Respecto de las obligaciones, en general, se refiere a la admisibilidad del término D. 44, 7, 55 pr. y 1:

«Las obligaciones pueden ser de cuatro maneras: las que tienen un término, o una condición, o una modalidad, o una accesión. 1) En el término hay dos aspectos: o la obligación empieza en un término, o es hasta que llega el término; por ejemplo, <la estipulación> “¿prometes dar en las calendas de Marzo?” tiene por efecto que no se puede exigir antes del término; hasta que llega el término, en cambio, es <cuando se dice> “¿prometes dar hasta las calendas?”. Consta que no se puede constituir una obligación hasta la llegada del término, como tampoco un legado, pues lo que ha empezado a deberse sólo deja de deberse por causas determinadas. Claro que el estipulante podrá ser rechazado mediante una excep-

(1) Se trata de la emancipación, *la acceptilatio*, la adición de la herencia, la manumisión de un esclavo y el nombramiento de tutor, tal y como se señala en D. 50, 17, 77 (*Pap. 28 quaes.*).

ción de pacto convenido o de dolo malo. Así también en los actos de entrega, cuando uno dice que entrega el suelo sin la edificación, la cual es, por naturaleza, accesoria del suelo» (*Paul. 74 ad ed.*) (2).

En cuanto a los legados puede verse D. 35, 1, 1:

«Los legados que deja un testador pueden ser <con término cierto> o incierto, con condición o presentes, si no llevan término ni condición, a no ser que impliquen por sí mismos una condición. 1) Cuando se pone un término cierto, pueden pagarse aunque no haya venido el día <en que se hacen exigibles>, pues es seguro que se deberán. 2) El término es incierto, por ejemplo, cuando se escribe “que mi heredero dé cien mil sestercios cuando se muera”, pues su muerte es un término incierto; y por ello, si el legatario hubiera muerto antes que el heredero, el legado no se transmite al heredero del legatario, pues no cedió estando él vivo el día <en que se adquiere el derecho> al legado, aunque fuera seguro que el heredero tenía que morir. 3) El legado tiene una condición implícita cuando hacemos el legado diciendo “que mi heredero dé el hijo que tenga la esclava Arescusa”, o “que mi heredero dé los frutos que sean percibidos de tal fundo”, o “que dé a Seyo el esclavo que yo no hubiera legado a otra persona”» (*Pomp. 3 ad Q. Muc.*) (3).

(2) D. 44, 7, 44 pr. y 1: «*Obligationum fere quattuor causae sunt: aut enim dies in iis est aut condicio aut modus aut accessio. 1) Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem. Ex die veluti “Kalendis Martiis dare spondes?” cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur. Ad diem autem “usque ad kalendas dare spondes? Placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum: nam quod alicui deberi coepit, certus modis desinit deberi. Plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoventi poterit. Sic et in traendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret”* (*Paul. 74 ad ed.*). La traducción de los textos del Digesto corresponde a D'ORS, A.; HERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M., y BURILLO, J.: *El Digesto de Justiniano*, 3 tomos, Pamplona, 1968-1974. El texto latino corresponde a Krüger, P., y Mommsen, Th.: *Digesta Iustiniani Augusti*, Berlín, 1962-1963.

(3) D. 35, 1, 1: «*Legatis quae relinquuntur aut dies incertus aut condicio adscribitur aut, si nihilo horum factum sit, praesentia sunt, nisi si vi ipsa condicio insit. 1) Cum dies certus adscriptus est, quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt, quia certum est ea debitu iri. 2) Dies autem incertus est, cum ita scribitur “heres meus cum morietur, decem dato”: nam diem incertum mors habet eius. Et ideo si legatarius ante decesserit, ad heredem eius legatum non transit, quia non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem. 3) Inest autem condicio legati, veluti cum ita legamus: “quod ex Arescusa natum fuerit, heres dato” aut “fructus, qui ex eo fundo percepti fuerint, heres dato” aut “servum, quem alii non legavero, Seio dato”* (*Pomp. 3 ad Q. Mucium*).

2. Tipos de término. Término y condición.—Tradicionalmente se distinguen cuatro tipos de término (4):

1) *dies certus an, certus quando*; si se sabe que llegará y cuándo llegará el día (v. gr., una fecha del calendario).

2) *dies cetus an, incertus quando*; si se sabe que llegará el día pero no se sabe cuándo (v. gr., el día de la muerte de una persona).

3) *dies incertus an, certus quando*; si se desconoce si el día llegará pero se sabe el día en que, en todo caso, ha de cumplirse el hecho futuro (v. gr., el día en que alguien adquiriera la mayoría de edad, pues puede no llegar a adquirirla nunca).

4) *dies incertus an, incertus quando*; si no se sabe ni cuándo ni si llegará el día (v. gr., el día en que se case una persona).

En realidad los dos últimos supuestos son condiciones, no términos, pues en el término siempre hay certidumbre respecto a la llegada del día, aunque se desconozca cuándo llegará, caracterizándose la condición por la incertidumbre respecto a si sucederá o no el hecho del que se hacen depender los efectos de la obligación o la disposición testamentaria. En definitiva, el problema está en aplicar esquemas conceptuales de vigencia actual a los textos romanos. Si partimos de la distinción que entre término y condición hemos efectuado, que se encuentra en toda la doctrina moderna, y la aplicamos al Derecho romano podemos encontrarnos con que:

a) En ocasiones se denomina término (*dies*) incierto a lo que no es más que una condición, como ocurre en D. 36, 2, 22 pr., en que un legado se hace depender de que el legatario cumpla los catorce años:

«Si se hubiese legado algo a Ticio para “cuando tuviera catorce años”, y Ticio hubiera muerto antes de los catorce años, es cierto que tal legado no pasa al heredero <del legatario>, pues este legado de “si se hubiera hecho de catorce años” contiene, no sólo un término, sino también una condición, pues el que deja de existir no puede entenderse que cumpla catorce años. Y lo mismo da que se escriba “si” que “cuando hubiera llegado a los catorce años»: con la primera forma se indica un término por medio de una condición, y con la otra, una condición por medio de un término, pero en ambos casos se da la misma condición» (*Pomp. 5 ad Q. Muc.*) (5).

(4) Cfr. IGLESIAS, J.: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1979, § 44, pág. 178 y ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: *Derecho Romano*, Madrid, 1981, § 83, pág. 137.

(5) D. 36, 2, 22 pr.: «*Si Ticio, “cum is annorum quattuordecim esset factus”, legatum fuerit et is ante quartum decimum annum decesserit, verum est ad heredem eius legatum non transire, quoniam non solum diem, sed et condicionem hoc legatum in se continet “si effectus esset annorum quoattuordecim”, qui autem in rerum natura non esset, annorum quattuordecim esse non itellegeretur. Nec interest, utrum scribatur “si annorum quattuordecim factus erit” an ita, cum priore scriptura per condicionem tempus demonstratur, sequenti per tempus condicio, utrobique tamen eadem condicio est*» (*Pomp. 5 ad Q. Muc.*).

También puede verse D. 45, 1, 38, 16 respecto a las estipulaciones:

«La diferencia entre el término cierto y el incierto, <que vale como condición> se ve también en que lo prometido con término cierto puede darse inmediatamente, pues se deja libre al promitente, para que pague, todo el tiempo intermedio, y, en cambio, el que prometió “si se hacía tal cosa” o “cuando se hiciera tal cosa”, si diera antes de hacerse aquello no parece haber hecho lo que prometió» (*Ulp. 49 Sab*) (6).

b) Algunos textos llaman condición al suceso que necesariamente ha de cumplirse, aunque no se sepa cuándo. Así sucede en D. 12, 6, 18:

«Y si se debe bajo una condición que necesariamente ha de cumplirse, no puede repetirse el pago, aunque si es bajo otra condición, que es incierto si se va a cumplir, puede repetirse si se paga antes del cumplimiento de la misma» (*Ulp. 2 ad ed.*) (7).

Se determina que las *condiciones* que necesariamente han de cumplirse no producen los efectos propios de las condiciones. Sin embargo, ésta es la denominación que se les da, la de condiciones, distinguiéndolas, además, de *otras* condiciones, las inciertas respecto a su cumplimiento, que sí producen efectos.

Los juristas romanos no distinguieron entre término y condición según fuera o no objetivamente cierto el cumplimiento del evento del que se hacían depender los efectos de la estipulación o de la disposición de última voluntad. Los textos romanos en realidad se refieren, bien a un *dies*, bien a una *condicio*, es decir, a que los efectos de la estipulación o de la disposición testamentaria dependan de la llegada de un día o de que llegue a producirse un acontecimiento futuro (8). El *dies* puede ser cierto o incierto, tanto respecto a si llegará como a cuándo llegará. La *condicio*, para que produzca los efectos que le son

(6) D. 45, 1, 38, 16: «*Inter incertam certamque diem discrimen esse ex eo quoque apparet, quod certa die promissum vel statim dari potest: totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur: at qui promisit “si aliquid factum sit” vel “cum aliquid factum sit”, nisi cum id factum fuerit, dederit, nom videbitur fecisse quod promisit*» (*Ulp. 49 Sab.*).

(7) D. 12, 6, 18: «*Quod si ea condicione debetur, quae omnimodo exstatura est, solutum repeti non potest, licet sub alia condicione, quae an impleatur incertum est, si ante solvatur, repeti possit*» (*Ulp. 2 ad ed.*). También en D. 46, 2, 9, 1: «*Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari*» (*Ulp. 47 Sab.*).

(8) Nunca un acontecimiento pretérito que las partes desconozcan, como se desprende de Inst. 3, 15, 6.

propios, deberá ser un hecho objetivamente incierto. Si la condición se cumplirá necesariamente, no suspende ni resuelve el negocio jurídico. Por ello en D. 36, 2, 22 pr. se dice que el legado está sometido tanto a término (*dies*) como a condición, pues al hacerlo depender de que el legatario cumpla catorce años se fija un día y, al mismo tiempo, se *condiciona* su efectividad a un acontecimiento futuro y objetivamente incierto: que el legatario llegue a vivir hasta los catorce años.

Por otro lado, lo que en principio puede considerarse un término, un *dies certus an*, aunque *incertus quando*, como el día en que una persona muera, puede tener efectos de condición si, a su vez, depende de un hecho incierto, como es la premoriencia (9). En tales supuestos el *dies certus an, incertus quando* vale como condición, tal y como se señala en D. 30, 30, 4:

«También si se ha dejado un legado bajo condición, puede decirse que no se aplica la cláusula de la anualidad, porque el plazo incierto se llama condición» (*Ulp. 19 Sab.*) (10).

Y en el mismo sentido, *dies incertus condicionem in testamento facit* (11).

Otra distinción clásica se formula entre término suspensivo o inicial (*dies a quo*) y término resolutorio o final (*dies ad quem*) (12). Sin embargo, parece que para los negocios de estricto Derecho civil los romanos sólo conocieron el término suspensivo, configurando el término resolutorio como dos negocios jurídicos diferentes, uno puro y el otro sometido a término suspensivo y que tiene la forma de *pactum*

(9) Cfr. D'Ors, A.: *Derecho Privado Romano*, 5.ª ed., Pamplona, 1983, § 284, pág. 350.

(10) D. 30, 30, 4: «*Sed et si sub condicione sit legatum relictum, potest dici cessare annuam adiectionem, quia dies incertus appellatur condicio*» (*Ulp. 19 Sab.*).

(11) Cfr. D. 35, 1, 75 (*Pap. 34 quaest.*).

Responden a este mismo principio los textos siguientes: D. 31, 12, 1 (*Paul. 2 ad Vit.*); D. 36, 2, 4 (*Ulp. 19 Sab.*); D. 36, 2, 13 (*Ulp. 24 Sab.*); y D. 36, 2, 21 pr. (*Paul. 2 ad Vit.*).

Hay que tener en cuenta que en ocasiones los textos romanos denominan *dies certus an, incertus quando* —así en D. 31, 12, 1 (*Paul. 2 ad Vit.*) y D. 35, 1, 1, 2 (*Pomp. 3 ad Q. Muc.*)—; en otras la denominación se refiere al *dies incertus an* —como en D. 45, 1, 38, 16 (*Ulp. 49 Sab.*)— y, por último, se equipara la terminología en D. 30, 30, 4 (*Ulp. 19 Sab.*).

(12) Puede encontrarse en JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano*, trad. a la segunda ed. alemana por L. PRIETO CASTRO, Barcelona, 1937, pág. 120; IGLESIAS, J.: *Derecho Romano, cit.*, § 44, pág. 178; ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: *Derecho Romano, cit.*, § 83, pág. 137; ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *Instituciones de Derecho Romano*, 1, Madrid, 1975, págs. 185; HERNÁNDEZ-TEJERO: *Lecciones de Derecho Romano*, Madrid 1978, pág. 102, y KASER, M.: *Derecho Romano Privado*, Madrid, 1982, págs. 60 y 61.

añadido al negocio principal, dirigido a hacer cesar los efectos de éste (13).

3. Efectos del término.—La relación obligatoria sujeta a término se considera perfecta, pues el *dies* no hace más que retrasar la exigibilidad de la prestación. Esta es la idea que se encuentra en las fuentes y que mantiene mayoritariamente la doctrina (14). Así, respecto de las estipulaciones, dice D. 45, 1, 46 pr.:

«Estipulamos eficazmente que se dé algo a las cien calendas, porque, aunque la obligación sea actual, el pago de la misma queda aplazado al término fijado» (*Paul. 12 Sab.*) (15).

Como señala SOLAZZI (16), la estipulación con un término así de lejano, que supera la vida del estipulante, no es nula, porque la obligación nace inmediatamente y sólo se difiere el pago.

«“Ceder el día” quiere decir que empieza a deberse la cantidad; “venir el día”, que ha llegado el momento en el que se puede exigir la cantidad; cuando se estipula sin condición ni término, el día “cede” y “viene” a la vez; cuando se estipula con un término, el día “cede” pero no “viene” <hasta que llega el término>; cuando se

(13) Cfr. JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho privado romano...*, cit., pág. 121; VOLTERRA, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción prólogo y notas de JESÚS DAZA MARTÍNEZ, Madrid, 1986, pág. 183.

(14) En este sentido, SOLAZZI, S.: «Sull'obbligazione a termine iniziale», *IURA (Rivista Internazionale di diritto romano e antico)*, I, 1950, págs. 34 y ss., que ha estudiado precisamente esta teoría en las fuentes y que cita las opiniones concordantes de RABEL, BÖKING, HÖLDER, SOHM, SERAFINI, SCIALOJA, FERRINI, PEROZZI, ARRANGIO RUIZ, BONFANTE, BIONDI y ENNECCERUS. También son de la misma opinión JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano...*, cit., pág. 122; KASER, M.: *Derecho Romano Privado*, cit., pág. 61. La doctrina española se manifiesta, igualmente de forma mayoritaria, en el mismo sentido. Así, IGLESIAS, J.: *Derecho Romano*, cit., § 44, pág. 178 y § 115, pág. 492; D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., § 427, pág. 488; ARIAS RAMOS, J. y ARIAS SUÁREZ, U.: *Instituciones de Derecho Romano*, cit., págs. 185 y 186; HERNÁNDEZ-TEJERO: *Lecciones de Derecho Romano*, cit., pág. 102. Sin embargo, no faltan opiniones discrepantes, entre las que cabe citar la de BRUNETTI, G.: *Il del dies incertus nelle disposizioni testamentarie (contributo alla dottrina del dies e della conditio)*, Florencia, 1893, § 22, págs. 63 a 65, quien cita a UNGER, ARNDST, BRIZ, WENDT y BARON como partidarios de que el término suspensivo, precisamente porque suspende la ejecución, suspende también la existencia misma de la relación jurídica, como hace la condición, con base en que el derecho verdaderamente *existe* sólo en tanto en cuanto es *exigible* y eficaz.

(15) D. 45, 1, 46 pr.: «“Centesimis kalendis dari” utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio» (*Paul. 12 ad Sab.*).

(16) «Sull'obbligazione...», cit., pág. 35.

estipula bajo condición, ni “cede” ni “viene” en tanto está pendiente la condición» (*Ulp. 1 reg.*) (17).

Con gran claridad explica este precepto las diferencias existentes entre una estipulación sin término ni condición, en la que la obligación y la exigibilidad nacen inmediatamente; una estipulación a término, en que la obligación nace, pero no se puede exigir la prestación; y una estipulación sujeta a condición, en la que ni existe obligación ni se puede exigir la prestación mientras no se cumpla la condición.

En Gai. 4, 131 se distingue entre la obligación y la prestación futura. La obligación se contrae inmediatamente, la prestación sólo puede exigirse cuando el término llega:

«Con frecuencia, en virtud de una misma obligación hay una prestación que se debe de inmediato y otra en el futuro; así, cuando hemos estipulado que se nos pague una cantidad cierta en dinero por años o por meses, al término de cada año o de cada mes se debe ya la cantidad de dinero que corresponde a ese período; pero para los venideros años, si bien la obligación se entiende ya contraída, la prestación todavía no es exigible. Por tanto, si queremos pedir y deducir en juicio la prestación a la que ya somos acreedores, manteniendo en su integridad la prestación futura, es necesario que hagamos constar esta *praescriptio* al pretender la acción: **El litigio se circunscribe a la deuda ya vencida.** En otro caso, si litigamos sin esta *praescriptio*, esto es, con la fórmula en la que pedimos una cosa indeterminada, concebida en estos términos: **Todo lo que resulta que Numerio Negidio debe dar o hacer,** deducimos en el juicio la obligación en su totalidad, esto es, incluso la futura, y la obligación deducida en juicio prematuramente no puede generar *condemnatio* ni puede ser objeto de nuevo litigio» (18).

(17) D. 50, 16, 213 pr.: «*Cedere diem*” significat incipere deberi pecuniam: “*venire diem*” significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies: ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit: ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies, pendente adhuc condicione» (*Ulp. 1 reg.*).

(18) Gai. 4, 131: «*Saepe enim ex una eademque obligatione aliquid in futura praestatione est: velui cum in singulos annos [vel menses] certam pecuniam stipulati fuerimus; nam finitis quibusdam annis [aut mensibus] huius quidem temporis pecuniam praestari oportet, futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intelligitur, praestatio vero adhuc nulla est; si ergo velimus id quidem quod praestari oportet petere et in iudicium deducere, futuram vero obligationis praestationem in integro relinquere, necesse est ut cum hac praescriptionem agamus: ea res agatur cuius rei dies fuit...».*

En el mismo sentido puede verse Gai. 3, 124: «...*Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam credendi causa damus, sed omnen quam tum cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est quae sine ulla condicione deducitur in*

Sin embargo, existen algunos textos que pueden hacer albergar dudas sobre la realidad, en el Derecho Romano, del principio reseñado, esto es, que el derecho de crédito se adquiere inmediatamente y sólo su ejercicio queda en suspenso hasta la llegada del término. Así, en D. 45, 1, 41, 1 se dice:

«Cuando no se fija un término en las obligaciones, la cantidad se debe desde el primer momento, a no ser que el lugar señalado para el pago implique un cierto espacio de tiempo para poder llegar a él. El término fijado hace que la cantidad no se deba desde el primer momento, de lo que se deduce que la fijación de un plazo es a favor del deudor y no del estipulante» (*Ulp. 50 Sab.*) (19).

Se contrapone la obligación pura, en la que se debe inmediatamente, con la obligación a término, en la que no se debe hasta que llega el día (20).

No obstante, es más clara la posición de los textos romanos favorable a la existencia de la obligación antes del término. Y con base en ese criterio cabe encontrar pasajes relativos a la compensación y la novación de las obligaciones. D. 16, 2, 7 pr. niega la compensación antes del término, pero afirmado que la obligación existe:

«Lo que se debe a término no se compensará antes de que venza el término aunque la obligación de dar exista ya» (*Ulp. 28 ed.*) (21).

*obligationem. Itaque et ea pecunia quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debetur iri, licet post tempus petatur...». También en las Instituciones se recoge este principio: «Omnis stipulatio aut pure aut in diem aut sub condicione fit. Pure veluti "quinque aureos dare spondes"? idque confestim peti potest. In diem, cum adiecto die quo pecunia solvatur stipulatio fit: veluti "decem aureos primis kalendis Martiis dare spondes?": id autem, quod in diem stipulantur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest...» (Inst. 3, 15, 2). Respecto de los legados a término, manteniendo también que existe derecho al legado antes de que llegue el día, se puede citar D. 36, 2, 21 pr. (*Paul. 2 ad Vit.*) y D. 36, 3, 8 y 9 (*Paul. 42 ad Sab.*). La traducción y texto latino de Gayo corresponde a la obra de HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, F. (Coord): *Gayo. Instituciones*, ed. bilingüe, Madrid, 1985.*

(19) D. 45, 1, 41, 1: «*Quotiens autem in obligationibus dies nom ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur, ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, nom pro stipulatore*» (*Ulp. 50 ad. Sab.*)

(20) Respecto de los legados, parecen negar la existencia del derecho al legado antes del término D. 31, 45, 1 (*Pomp. 8 ad Q. Mucium*) y D. 35, 1, 1, 1 (*Pomp. 3 ad Q. Mucium*). Para Solazzi, S.: «*Sull'obbligazione...*», cit., págs. 44, 48 y 49, ambos textos están interpolados.

(21) D. 16, 2, 7 pr.: «*Quod in diem debetur, nom compensabitur, antequam dies veniat, quamquam dari oporteat*» (*Ulp. 28 ad ed.*).

Si no cabe la compensación es porque la deuda aún no es exigible, no porque no exista (22). Sin embargo, sí que cabe novar una obligación a término; por la misma razón, porque la obligación existe, como se señala en D. 46, 2, 5:

«Una obligación con término puede novarse incluso antes de la llegada del término. Consta como principio general que también se puede hacer novación mediante una estipulación con término, pero no puede haber acción de tal estipulación inmediatamente, sino cuando llegue el término» (*Ulp. 34 Sab.*) (23).

Siguiendo este mismo razonamiento, se admite el pago anticipado de las obligaciones a término (24), y no cabe repetir lo anticipadamente pagado, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones condicionales (25), como manifiesta D. 12, 6, 10, haciendo expresa mención de la existencia de la obligación:

«El deudor es deudor antes del plazo, de modo que no puede repetir lo que pagó antes del plazo» (*Paul. 7 Sab.*) (26).

También se niega la posibilidad de repetir lo anticipadamente pagado en D. 12, , 16, 1:

«En cambio, lo que se debe bajo término incierto, al cumplirse éste, no puede repetirse» (*Pomp. 15 Sab.*) (27).

(22) La misma idea puede obtenerse interpretando *a contrario sensu* D. 50, 17, 14: «*In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur*» (*Pomp. 5 ad Sab.*); lo cual pone de manifiesto D. 16, 2, 16, 1 (*Pap. 3 quaes.*). También Gai. 3, 100 parece negar el nacimiento de la obligación antes del término: «*Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: "post mortem meam dari spones"? vel ita "post mortem tuam dari spones"?*»; *valet autem, si quis ita dari stipuletur: "cum morieris dari spondes"?* id est ut iu novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur. Nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem...».

(23) D. 46, 2, 5: «*In diem obligatio noviri potest et prius quam dies advenerit. Et generaliter constat et stipulatione agi posse, antequam dies venerit*» (*Ulp. 34 ad Sab.*). En relación a los legados y fideicomisos puede verse lo que manifiesta D. 46, 2, 8, 1 (*Ulp. 46 ad Sab.*).

(24) Al respecto pueden señalarse los siguientes textos: D. 45, 1, 38, 16 (*Ulp. 49 Sab.*); D. 45, 1, 137, 2 (*Ven. 1 de stip.*) y D. 46, 3, 70 (*Cels. 26 dig.*).

(25) *Vid.* D. 12, 6, 16 pr. (*Pomp. 15 Sab.*) y 189 (*Ulp. 47 Sab.*).

(26) D. 12, 6, 10: «*In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit*» (*Paul. 7 ad Sab.*).

(27) D. 12, 6, 16, 1: «*Quod autem sub incerta die debetur, die existente non repetitur*» (*Pomp. 15 Sab.*).

Y, por último, en D. 12, 6, 17:

«Pues si hubiera prometido dar cuando yo muera, y pago antes, dice Celso que no puedo repetir, opinión que es verdadera» (Ulp. 2 ed.) (28);

y D. 12, 6, 18:

«Y si se debe bajo una condición que necesariamente ha de cumplirse, no puede repetirse el pago, aunque si es bajo otra condición, que es incierto si se va a cumplir, puede repetirse si se paga antes del cumplimiento» (Ulp. 47 Sab.) (29),

pues la muerte es un término, al igual que la condición que necesariamente ha de cumplirse.

Por último, y como un dato más a favor de considerar existente la obligación antes del término, el derecho a término no puede resultar perjudicado por ningún acto posterior (30).

El término se presume puesto en interés del deudor, que por ello puede pagar antes del vencimiento. Así se establece, expresamente, en D. 42, 1, 7:

«Aunque no pueda ejercitarse la acción ejecutiva dentro del plazo señalado, no se duda hoy de que el juzgado puede liberarse de muchas formas, pues el espacio de los días lo establece la ley en favor del juzgado y no contra él» (Gai <10> ed., tit. de re iudicata) (31);

y D. 46, 3, 70:

«Lo que se ha prometido para término cierto puede darse incluso inmediatamente, pues todo el tiempo intermedio se considera

(28) D. 12, 6, 17: «*Nam si cum moriar dare promisero et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait: quae sententia vera est*» (Ulp. 2 ed.).

(29) D. 12, 6, 18: «*Quod si ea condicione debetur, quae onmimodo exstatura est, solum repeti non potest, licet sub alia condicione, quae an impleatur incertum est, si ante solvatur, repeti possit*» (Ulp. 47 Sab.).

(30) Cfr. WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, trad. y notas de C. FADDA y P. E. BENZA, vol. I, Turín, 1925, pág. 339, nota 5, quien cita a ese respecto los textos siguientes: D. 17, 2, 28 (Paul. 60 ed.); D. 18, 4, 17 (Ulp. 43 ed.) D. 46, 4, 12 (Pomp. 26 Sab.); D. 40, 9, 27 pr. (Hermog. 1 iur. epit.); y CJ. 6, 43, 3, 2-3.

(31) D. 42, 1, 7: «*Intra diem constitutos, quamvis iudicati agi non possit, multis tamen modis iudicatum liberare possi hodie non dubitatur, quia constitutorum dierum spatium pro iudicato, non contra iudicatum per legen constitutum est.*» (Gai [10] ed., tit. de re iudicata).

(32) D. 46, 3, 70: «*Quod certa die promissum est, uel statim dari potest: totum enim medium tempus ad soluendum promissori liberum relinqui intellegitur*» (Cels. 12 dig.).

concedido libremente para que pueda pagar el promitente» (*Cels. 26 dig.*) (32);

y cabe deducirlo de D. 45, 1, 38, 16 (33).

En ocasiones en el plazo no resulta de lo acordado por las partes, sino de la naturaleza de la obligación. El principio general aparece enunciado en D. 50, 17, 186:

«Nada puede ser reclamado antes del momento en el que pueda pagarse según la naturaleza de las cosas; y cuando se fija un plazo para el pago de la obligación, no puede reclamarse en tanto no ha transcurrido el plazo (*Cels. 12 dig.*) (34).

También el lugar de la prestación determina la necesidad de conceder un plazo al deudor para el cumplimiento de la obligación. Se trata de los supuestos recogidos en D. 13, 4, 2, 6:

«Si se estipula dar diez mil sestercios en Éfeso y se demanda antes de la fecha en que el demandado pudiera llegar a Éfeso, es sin derecho <como si se hiciera> antes del plazo, pues cree Juliano que tal estipulación contiene un término tácito; por lo que me parece exacto lo que dice Juliano de que estipula inválidamente el que estipula en Roma que se le dé hoy mismo en Cartago» (*Ulp. 27 ad ed.*) (35).

(33) *Vid. supra*. También considera que el término se presume puesto en beneficio del deudor D. 45, 1, 41, 1 (*vid. supra*), pero partiendo de que la obligación no existe hasta que llega el día.

En relación con las disposiciones testamentarias puede verse lo que manifiestan D. 35, 1, 1, 1 (*Pomp. 3 ad Q. Mucium*); D. 50, 17, 17 (*Ulp. 23 Sab.*) y CJ. 6, 42, 12. SOLAZZI, S.: *Léstinzione delle obbligazione*, Nápoles, 1931, págs. 93 y 94, mantiene que esta doctrina es propia del Derecho justiniano, y considera que parece no ser clásica, ni para los negocios *inter vivos*, ni para las disposiciones testamentarias, pues para el Derecho clásico la interpretación del término en favor de una u otra parte se reducía a una *quaestio voluntatis* [D. 31, 43, 2 (*Pomp. 3 ad Q. Muc.*) y D. 33, 1, 15 (*Val. 7 de fideic.*)]. GUARNERI CITATI: «Contributi alla dottrina della mora», *Annali Palermo*, II, 1923, pág. 89, n.º 1, mantiene la interpolación de los pasajes en los que se afirma la presunción en favor del deudor.

(34) D. 50, 17, 186: «*Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit: et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti non potest*» (*Cels. 12 dig.*); En el mismo sentido D. 19, 2, 58, 1 (*Lab. 4 post.*); D. 38, 1, 24 (*Iul. 52 dig.*); D. 45, 1, 14 (*Pomp. 5 ad Sab.*); D. 45, 1, 73 pr. (*Paul. 24 ad ed.*); D. 45, 1, 83, 5 (*Paul. 72 ed.*); D. 45, 1, 98, 1 (*Marcell. 20 dig.*); y D. 45, 1, 137, 3 (*Ven. 1 de stip.*).

(35) D. 13, 4, 2, 6: «*Quia ita stipulatur "Ephesi decem dari", si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat, perperam ante diem agi, quia et Iulianus putat diem tacite huic stipulationi inesse...*» (*Ulp. 27 ad ed.*).

y D. 45, 1, 60:

«Lo mismo sucede cuando se estipula que se dé en Capua una cierta cantidad de aceite, pues la estimación se fija al momento de poder demandar, que es tan pronto como se ha podido llegar al lugar señalado» (*Ulp. 20 ed.*) (36).

En D. 13, 5, 21, 1 se establece la necesidad de conceder un plazo de *favor o impuesto por la buena fe* al deudor para el cumplimiento, independiente de la naturaleza o circunstancias de obligación:

«Si constituyes pagar sin fijar plazo, puede decirse ciertamente que no quedas obligado, aunque las palabras del edicto se interpreten libremente; de no ser así, podrías ser demandado sin más espera si no pagabas inmediatamente después de la constitución; pero hay que señalar un tiempo módico, no menos de diez días, para realizar la reclamación» (*Paul. 29 ed.*) (37).

Y en D. 2, 8, 8 pr. se encomienda al juez la fijación de ese plazo *de favor*:

«Suele convenirse entre los litigantes el término que se ha de fijar en la estipulación. Si no se hubiera convenido, estima Pedio que puede fijarlo el estipulante, debiendo para ello establecer el juez un estado de tiempo moderado» (*Paul. 14 ed.*) (38).

Por último, también los actos propios de acreedor pueden dar lugar a la concesión o ampliación del plazo concedido al deudor, como pone de relieve D. 44, 4, 2, 6:

(36) D. 45, 1, 60: «*Idem erit et si Capue certum olei pondo dari quis stipulatus sit: nam eius temporis fit aestimatio, cum peti potest: peti autem potest, quo primum in locum perueniri potuit*» (*Ulp. 20 ed.*). El mismo criterio, el lugar de cumplimiento para conceder palzo, se encuentra en D. 45, 1, 137, 2 (*vid. supra*); D. 45, 1, 141, 4 (*Gai. 2 de verb. oblig.*). SOLAZZI, S.: *L'estinzione delle obbligazione, cit.*, págs. 89 a 93, pone de relieve que D. 45, 1, 137, 2 siga un criterio subjetivo, basado en la edad, el sexo y el estado de salud del deudor, frente al criterio objetivo seguido por el resto de los textos citados; mantiene que el texto en cuestión no es genuino y concluye que el criterio por él adoptado debió ser el propio del Derecho justinianeo.

(37) D. 13, 5, 21, 1: «*Si sine die constituas, potest quidem dici te nom teneri, licet verba edicti late pateant: alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim ut constituiti non solvas: sed modicum tempus statuendum est non minus decem dierum, ut exactio celebretur*» (*Paul. 6 brev.*). Parecida disposición se encuentra en D. 46, 3, 105 (*Paul., ad leg. Falc.*) respecto del heredero y las deudas que tuviera su causante con el que salió fiador por él.

(38) D. 2, 8, 8 pr.: «*De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire. Si non conveniant, Pedius putat in potestate stipulatoris esse moderato spatio: de hoc a iudice statuendum*» (*Paul. 14 ed.*). También se encomienda esta labor al juez en D. 45, 1, 137, 2 (*Ven. 1 de stip.*), pero en función del lugar pactado para el pago.

«No sin razón se ha dicho que si un acreedor hubiera cobrado intereses futuros y reclama la cantidad prestada, a pesar de ello, antes de haber transcurrido el plazo cuyos intereses cobró, podrá ser rechazado por la excepción de dolo, pues puede decirse que obra con dolo, ya que, al cobrar los intereses, se entiende que ha aplazado la reclamación para después del plazo de los intereses pagados, y que ha convenido no reclamar entre tanto» (Ulp. 76 ed.) (39).

4. Vencimiento anticipado de las obligaciones en Derecho romano.—En Derecho romano el principio general, de acuerdo con la consideración antes vista de que el término se entiende puesto en beneficio del deudor, es que el cumplimiento de la obligación a término no puede exigirse antes de que el día llegue. Así resulta, claramente establecido, de

D. 12, 1, 9 pr.: «La condición de cosa cierta compete por cualquier causa, por cualquier obligación por la que se pide cosa cierta, ya se pida por un contrato cierto o incierto, pues podemos demandar por la condición con tal que la obligación esté vencida, porque si es obligación a término o bajo condición, no podré demandar antes del término o la condición» (Ulp. 26 ed.) (40);

D. 44, 7, 44, 1: (vid. supra);

D. 45, 1, 59: «Cuando se estipula una cantidad de aceite con un término o una condición, debe fijarse la estimación de esa cantidad en el momento del vencimiento de la obligación, pues es entonces cuando se puede demandar al deudor; si no, habría engaño <para alguno>» (Iul. 88 dig.) (41).

D. 50, 16, 213 (vid. supra);

D.50, 16, 186 (vid. supra);

(39) D. 44, 4, 2, 6: «*Non male dictum est, si creditor usuras in futurum acceperit, deinde pecuniam nihilo minus petat, antequam id tempus praetereat, cuius temporis usuras accepit, an doli exceptione repellatur. Et potest dici dolo eum facere: accipiendo enim usuras distulisse videtur petitionem in id tempus, quod est post diem usurarum praestitarum, et tacite convenisse interim se non petiturum*» (Ulp. 76 ed.).

(40) D. 12, 1, 9 pr.: «*Certi conditio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens si obligatio: ceterum si in diem sit vel condicione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere*» (Ulp. 26 ed.).

(41) D. 45, 1, 59: «*Quotiens in diem vel sub condicione oleum quis stipulatur, eius aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit: tunc enim ab eo peti potest: alioquin alias rei captio erit*» (Iul. 88 dig.).

e Inst. 3, 15, 2: «Toda estipulación se hace pura y simplemente o a plazo o bajo condición. Pura y simplemente se hace así: “¿prometes dar cinco áureos?” En este caso se podía pedir inmediatamente el cumplimiento de la obligación. A plazo, cuando al hacer la estipulación se fija el día en que habrá de pagarse, por ejemplo: “¿prometes dar diez áureos en las primeras calendas de marzo?” Haciendo una estipulación de esta naturaleza, la obligación nace al punto; pero no se puede exigir su cumplimiento hasta que llegue el día convenido. Hablando más exactamente, ni cuando llegue el día, pues el deudor dispone del día entero para efectuar el pago en el momento que prefiera. hasta que no pase ese día no puede afirmarse que lo prometido no se cumplió en tiempo fijado» (42).

Consecuentemente, si el acreedor exige antes de que llegue el término, incurre en *pluris petitio tempore*, como señala Inst. 4, 6, 33:

«...Ahora bien, una petición puede ser excesiva por cuatro motivos: por lo que se pide, por el tiempo en que se pide, por el lugar en que se quiere que se dé cumplimiento y por la causa que se aduce... Se pide más, en cuanto al tiempo, si alguno pidiese, por ejemplo, cuando todavía no ha llegado el día del vencimiento o no se ha cumplido la condición establecida. Pues por lo mismo que el que se retrasa en pagar se estima que paga de menos, el que se anticipa a pedir se juzga que pide de más...» (43).

En un primer momento la *pluris petitio tempore* consumía la acción, de manera que el acreedor no podía volver a ejercitarla en juicio (44). Posteriormente, una constitución del emperador Zenón establecía como único efecto el rechazo de la acción prematuramente intentada y la obligación del acreedor de soportar las costas y de sufrir que se doblase el término de dilación originariamente pactado (CJ. 3, 10, 1 pr.). Esta constitución de Zenón fue confirmada por Justiniano en Ins. 4, 6, 33 e Inst. 4, 13, 10.

No se formula en ningún texto romano un principio, relativo a toda clase de obligaciones, de vencimiento anticipado por alguna de las causas recogidas en el Derecho moderno: insolvencia del deudor, no constitución de las garantías prometidas, disminución o desaparición de las garantías prestadas. Sin embargo, es posible encontrar supuesto muy concretos en que la solución dada por los jurisconsultos romanos se

(42) Inst. 3, 15, 2: «... *quod in diem stipulantur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest*». La traducción de los textos de *Instituta* corresponde a HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, F.: *Las Instituciones de Justiniano*, Madrid, 1961.

(43) Inst. 4, 6, 33: «... *Plus autem quattuor modis petitur: re, tempore, loco, causa... Tempore: veluti si quis ante diem vel ante condicionem petierit. Qua ratione enim qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui premature petit plus petere videtur...*».

(44) Cfr. Gai. 3, 180 y Gai. 4, 106.

aproxima, o cabe entender que es equivalente, a un vencimiento anticipado de la obligación. Para mejor exponer estos casos vamos a partir de la distinción de supuestos recogidos en el art. 1129 del Código Civil, viendo primero los relativos a la insolvencia del deudor, en segundo lugar los que se refieren a la no constitución de las garantías prometidas y, por último a la disminución o desaparición de las prestadas.

5. La insolvencia del deudor.—Como hemos visto, el principio general es la imposibilidad de que el acreedor a término exija el cumplimiento anticipado de la obligación, a riesgo de incurrir en *pluris petitio*. ¿Ocurre lo mismo en caso de insolvencia del deudor?

La insolvencia, como situación del patrimonio en que el pasivo es superior al activo (45), o como simple falta de liquidez, en Derecho romano clásico no supone una excepción al principio general de que no puede pedirse anticipadamente el vencimiento de la obligación sin incurrir en *pluris petitio* (46). La mera insolvencia del deudor no supone que venza anticipadamente la obligación (47).

¿Qué puede hacer el acreedor a término ante la insolvencia de su deudor? En este supuesto la única facultad concedida al acreedor para garantizar el futuro cumplimiento de la obligación es la de pedir, por especiales motivos, en los juicios arbitrales o de buena fe, la interposición por parte del deudor de una *cautio*, o lo que es lo mismo, la posibilidad de añadir una obligación *ex stipulatu* a la obligación ya existente (48). Tal es lo que establece D. 5, 1, 41:

«En todos los juicios de buena fe, cuando aún no ha llegado el día en que debe ser pagada una cantidad, si alguno demandara para que se interponga caución, se puede condenar con justa causa» (*Pap. 11 quaest.*) (49).

Lo mismo ocurría entre el heredero condicional y el sustituto, pudiendo el Pretor decretar, con causa justificada, antes de cumplirse la condición y de llegar el término para la reclamación, que se interpusiera estipulación. D. 2, 8, 12:

(45) Esta parece ser la idea subyacente en el texto de Labeón recogido en D. 50, 16, 114: «*Solvendo esse nemo intellegitur, nisi qui solidum potest solvere*» (*Iav. 15 ex Cass.*).

(46) Desde luego, no producía la insolvencia efectos jurídicos en el Derecho romano arcaico, en que el vínculo obligatorio era inherente a la persona, de manera que los efectos se producían directamente sobre la persona del *obligatus*, y no sobre su patrimonio.

(47) Tampoco puede el acreedor anticipar los efectos del incumplimiento, aunque las circunstancias de hecho sean tales que sea seguro que el deudor no podrá cumplir la obligación en el término, como pone de manifiesto D. 45, 1, 124 (*Pap. 2 def.*). Así lo señala BONELLI, G.: «La decadenza dal termine del debitore insolvente», *Giuriprudenza italiana*, vol. LI, 1899, IV, págs. 231 y 232.

(48) Cfr. BONELLI, G.: *La decadenza dal termine...*, cit., pág. 230.

(49) D. 5, 1, 41: «*In omnibus bonae fidei iudiciis, cum nondum dies praestanda pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit*» (*Pap. 11 quaest.*).

«Se admite en general que el heredero bajo condición que entra en posesión de la herencia antes de cumplirse la condición debe dar garantía al sustituto respecto a la herencia, y si se hubiese frustrado la condición, puede el sustituto adir y reclamar la herencia, y si prevalece en el juicio, debe el heredero atenerse a lo estipulado, y muchas veces el mismo pretor, antes de cumplirse la condición y antes de llegar al término para la reclamación <del sustituto>, suele disponer, con causa justificada, que se interponga estipulación» (*Ulp. 77 ed.*) (50).

Y también los legatarios y fideicomisarios pueden exigir caución para asegurar sus legados y fideicomisos a término o bajo condición (*cautio legatorum servandorum gratia*), como puede verse en D. 36, 3 y 4 (51). Además, en caso de que se incumpliera esta obligación, el Pretor decretaba la *missio in possessionem* de los bienes de la herencia (*bonis defuncti*) (52). Sin embargo, esta *missio* no es más que una forma de coacción para obtener la *cautio* (53), a diferencia de lo que sucede en la *missio in bona* (54), que, como más adelante veremos,

(50) D. 2, 8, 12: «*Inter omnes convenit heredem sub condicione, pendente condicione possidentem hereditatem, sustituto cavere debere de hereditate, et, si defecerit condicio, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse et, si optinuerit, committi stipulationem. Et plerumque Praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem ex causa iubere solet stipulationem interponi*» (*Ulp. 77 ed.*).

(51) Cfr. D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., § 302, pág. 369.

(52) Cfr. D. 36, 3, 1, 2 (*Ulp. 79 ed.*).

(53) Si el Pretor decreta la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* de los bienes hereditarios a favor del legatario a término o bajo condición para forzar al heredero a prestar la *cautio*. Lo que el heredero debe garantizar al legatario es la conservación o salvaguardia, no tanto de la cosa misma objeto del legado como del derecho mismo del legatario, aunque ese derecho de un legado condicional no existe sino hasta el cumplimiento de la condición, o si, a pesar de existir el derecho, su exigibilidad se retrasa hasta la llegada del plazo en el legado a término. Los bienes del difunto se entregan en mera custodia al legatario, ni siquiera en verdadera posesión [D. 43, 3, 1, 9: «... *non possidet is qui missus est in possessionem legatorum causa...*» (*Ulp. 67 ed.*)]. Por ello, los *missi in possessionem legatorum servandorum causa* se encuentran pasivamente legitimados ante la *actio ad exhibendum* [D. 10, 4, 5, 1 (*Ulp. 24 ed.*)], por comparación con el usufructuario] y ante la acción reivindicatoria [D. 6, 1, 9 (*Ulp. 16 ed.*)], pues, aunque no son poseedores, *tenent et habent restituendi facultatem*. Como consecuencia de todo lo anterior, hay que concluir que la entrega de los bienes hereditarios no supone un cumplimiento anticipado; sin embargo, el heredero puede ver levantado el embargo no sólo prestando la *cautio*, sino también haciendo efectivo el legado antes de la llegada del término (o el cumplimiento de la condición). Cfr. BETANCOURT, F.: «La defensa pretoria del *missus in possessionem*», *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LII, 1982, págs. 400, 401 y 419.

(54) BETANCOURT, F.: «La defensa pretoria del *missus in possessionem*», cit., págs. 384 y ss., mantiene que el término *missio in bona* es sinónimo del de *missio in possessionem rei servandae causa*, introducido éste por VENULEYO, a mediados del siglo II d. C., en su obra *De interdictis*, y recogido en D. 44, 3, 15, 4. PAPINIANO lo asume en D. 15, 1, 50 pr. y se generaliza por sus discípulos PAULO (D. 42, 2, 3, 23; D. 42, 1, 51, 1 y D. 50, 1, 26, 1) y ULPIANO (D. 10, 4, 5, 1; D. 26, 10, 7, 2; D. 29, 4, 1, 9;

podría dar lugar a la venta en pública subasta de los bienes del deudor. Además, la *cautio legatorum servandorum causa* se puede exigir sin necesidad de acreditar el estado de insolvencia del heredero, con lo cual no cabe conceptuarlo como un medio de defensa contra la insolvencia, sin ser, tampoco, un supuesto de vencimiento anticipado (55).

Con la *cautio* ordenada por el Pretor sólo se consigue añadir una causa a la obligación ya existente, no asegurar el cumplimiento ante la insolvencia del deudor. Tal es el significado del término *cautio*, como señalan CJ. 6, 38, 3:

«Mandamos, que por la palabra *caución*, o *às fáleia* (seguridad) no se haya de interpretar la dación de fiador, a no ser que especialmente se hubiere escrito esto con palabras griegas o latinas; porque si en general no se hubiera hablado de aseguramiento, o en especial de fianza, con las palabras *caución* o *às fáleia* (seguridad) no se significa de ninguna manera el aseguramiento, sino la nuda promesa» (56);

D. 36, 4, 5, 2; D. 36, 4, 5, 4; D. 41, 2, 10, 1; D. 42, 4, 3 pr.; D. 42, 4, 5 pr.; D. 42, 3, 7 pr.; D. 43, 4, 1, 1; D. 43, 4, 1, 2 y D. 43, 17, 3, 8).

Por otro lado —señala BETANCOURT—, el criterio diferenciador definitivo entre las *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa* y las demás *missiones in possessionem* —entre ellas la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*— es la de que todas aquéllas conducen a una *venditio bonorum*, ya sea inmediata o diferida. De ahí que las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, a pesar de recaer sobre un patrimonio (herencia), nunca recibieron en las fuentes la denominación de *missiones in bona*, sino la de *missiones in possessionem*, ya que nunca conducen a una *venditio bonorum*. Lo mismo cabe decir de la llamada *missio Antoniniana*, que no es más que una ampliación del régimen de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* por el emperador ANTONINO CARACALLA, en el sentido de extender el embargo incluso a los bienes propios del heredero gravado con el legado condicional o a término, y no sólo al patrimonio hereditario del heredero, cuando se ejercitaba la *actio ex testamento* del legado damnatorio y no se conseguía la satisfacción del legado en el plazo de seis meses. No por esto cabe calificar la *missio Antoniniana* de *missio in bona* o *missio in possessionem rei servandae causa*, pues, si bien es cierto que recae sobre todo un patrimonio, tanto el propio del heredero como el hereditario, en ningún caso conducía a la venta del mismo, característica que define a las *missiones in bona* propiamente dichas o *missiones in possessionem rei servandae causa*.

(55) Un supuesto en el que sí cabe hablar de vencimiento anticipado, aunque con carácter muy excepcional, se recoge en D. 36, 1, 52 (50) (*Pap. 11 quaes.*). Si se decreta la inmediata entrega del fideicomiso al fideicomisario, antes del cumplimiento de la condición —que igualmente podría ser un término— se debe a que el padre no puede prestar cauciones a su hijo mientras esté bajo su potestad. Por ello, se le equipara a un hijo militar, con disposición de bienes suyos (*peculio castrense*), y se prefiere entregar el fideicomiso inmediatamente a permitir el fraude.

(56) CJ. 6, 38, 3: «*Sancimus, cautione nomine vel asfaleias non esse fideiussorisationem interpretandam, nisi hoc specialiter vel in graecis vel in latinis verbis scriptum fuerit; nisi enim vel generaliter de satisfactiones, vel de fideiussione specialiter sit nominatum, cautione vel asfaleias minime fideiussionem, sed nudam promissionem significari*». Para la traducción y texto latino del *Codex* hemos seguido la obra de KRIEGER, HERMANN y OSENBRÜGGEN: *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, trad. de I. L. GARCÍA DEL CORRAL, 2.ª parte, *Código*, tomos I y II, Barcelona, 1892-1895.

y D. 46, 5, 1, 4:

«Debe saberse que todas las estipulaciones, por su naturaleza, son caucionales, pues de lo que se trata con las estipulaciones es de hacer que uno quede más garantizado y seguro con ellas» (*Ulp. 77 ed.*) (57)

En realidad, si en Derecho romano no se estableció un sistema similar al vencimiento anticipado de las obligaciones para proteger al acreedor frente a la insolvencia de su deudor debió ser por la extraordinaria importancia y desarrollo que alcanzó en aquel momento la fianza como instrumento abocado, precisamente, a estos fines. Como sabemos, rara era la obligación que no se aseguraba con alguna de las formas de fianza existentes en Derecho romano (*sponsio, fideipromissio, fideiussio*) (58), garantía suficiente para asumir la posibilidad de la insolvencia del deudor sin necesidad de arbitrar otras medidas (59).

La insolvencia del deudor ni siquiera da lugar al concurso de acreedores, pues la *missio in bona* se decreta por causas distintas a la insolvencia y sin necesidad de que el acreedor demuestre una situación patrimonial del deudor en que el pasivo sea mayor que el activo. Sin embargo, algunas de las situaciones del deudor que llevan a la *missio in bona* pueden asimilarse, en mayor o menor medida, a su insolvencia. Se trata de las situaciones de «indefensión» u ocultación del deudor para no comparecer a juicio y del incumplimiento de la sentencia condenatoria.

a) *Indefensus*. En el procedimiento romano clásico era necesaria la asistencia de ambas partes, demandante y demandado, pues no era posible demandar a un ausente. Al demandado que no colabora se le denomina en las fuentes *indefensus*, y respecto del mismo se arbitran una serie de medidas sancionadoras (60).

(57) D. 46, 5, 1, 4: «*Et sciendum omnes stipulatione natura sui cautionales esse, hoc enim agitur stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposta stipulatione*» (*Ulp. 77 ed.*). Cfr. BONELLI, G.: *La decadenza dal termine...*, cit., pág. 231, nota 1.

(58) En esta última forma de fianza se prevén, por otro lado, las consecuencias que la insolvencia del deudor produce en el *fideiussor*, estableciéndose al respecto la liberación de éste. Cfr. D. 17, 1, 38, 1 (*Marcell., resp.*).

(59) Hasta el punto de que las formas de garantía real (*pignus, hypotheca, antichresis*) no tuvieron excesiva importancia en el Derecho romano.

(60) En el procedimiento de las *legis actiones* podía el demandante llevar por la fuerza al demandado que se negaba a comparecer sin causa justificada.

Según GIMÉNEZ-CANDELA, T.: «Notas en torno al *vadimonium*», *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, tomo XLVIII, 1982, pág. 133, en la época de las *legis actiones* el *vocatus* podía ser sustituido —defendido— por un *vindex*, para evitar la *indefensio* de aquél ante la *in ius vocatio*.

El demandante, dado el carácter eminentemente privado del proceso civil clásico, debe hacer la citación —*in ius vocatio*— de la otra parte (61), acudiendo a su casa para manifestar al demandado que va a reclamar contra él y la causa de su reclamación. En principio, sólo se exige del demandado que preste promesa de comparecer —*vadimonium* (62)— y, si comparece, caución de cumplir la eventual condena, defenderse debidamente y abstenerse de toda actuación dolorosa que pueda suponer perjuicio al demandante —*cautio iudicatum solvi* (63)—.

Si el demandado no presta estas promesas el Pretor decreta el embargo de sus bienes —*missio in bona* (64)—. En concreto, lo hace en los siguientes supuestos (65):

1) Si el deudor se encuentra ausente y, por tanto, no se defiende (*missio in bona eius qui absens iudicio defensus non erit*) (66).

2) Si el deudor acude pero no se defiende (*missio in bona eius qui negat se defendere aut non vult suscipere actionem*) (67).

(61) Existen, sin embargo, determinadas personas a las que no se les puede obligar a *in ius venire*, bien de forma absoluta, bien mientras duren ciertas situaciones, como consecuencia de la prohibición impuesta por los *mores maiorum*. Se trata de los magistrados que tiene *imperium o potestas*, los pontífices y otras personas en ejercicio de funciones religiosas, los novios durante la boda, etc. (cfr. D. 2, 4, 2; D. 2, 4, 3; D. 2, 4, 18 y D. 2, 4, 21). Igualmente, debía pedirse el permiso del Pretor para citar a los ascendientes, y al patrono y sus ascendientes o descendientes (cfr. D. 2, 4, 4 y Gai. 4, 138). Al respecto puede verse lo señalado por FERNÁNDEZ BARRERIO, A.: «Autorización pretoria para la *in ius vocatio*», *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, tomo XXXVII, 1971, págs. 161 y ss.

(62) El *vadimonium* es la promesa que hace el demandado de comparecer ante el Pretor cuando se reclama su presentación *in iure*, o bien cuando se compromete a una nueva comparecencia *in iure*, en caso de no concluirse el litigio el mismo día de la primera presentación. El *vadimonium* se configura como una promesa estipulatoria, garantizada o no por terceros, en la que el demandado, a instancia del demandante, promete, comparecer ante el magistrado en un lugar, día y hora determinados. Normalmente se estipula una *poena* o *summa vadimonii* para el caso de incumplimiento de esta promesa. Cfr. GIMÉNEZ-CANDELA, T.: «Notas en torno al *vadimonium*», *cit.*, pág. 134.

(63) Cfr. D. 46, 7, 6 (*Ulp. 78 ed.*).

(64) Para GIMÉNEZ-CANDELA, T.: «Notas en torno al *vadimonium*», *cit.*, págs 143 y ss., esta era la única consecuencia de la *indefensio*, y no se daba una *actio in factum*, como otros autores mantienen.

(65) Cfr. BETANCOURT, F.: «La defensa pretoria del *missus in possessionem*», *cit.*, pág. 393.

(66) Cfr. D. 42, 5, 5; D. 42, 4, 6, 1; Gai. 3, 78; Gai. 4, 183; CJ. 3, 1, 13, 3, y CJ. 3, 19, 2, 1. Para D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, *cit.*, § 94, pág. 136, tiene esta *missio* carácter meramente preventivo y no supone la venta de los bienes del deudor.

(67) Cfr. Gai. 3, 78.

3) Si el deudor nombra un *vindex* y éste no le defiende (*missio in bona eius qui vindecem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur*) (68).

4) Si el deudor se oculta fraudulentamente (*missio in bona eius qui fraudationis causa latitabit*) (69).

b) Ejecución de sentencia. El deudor condenado que no cumple voluntariamente la sentencia queda sujeto a un procedimiento de ejecución —*actio iudicati*—, en un plazo de treinta días (70). Si el demandado con la *actio iudicati* no paga o niega la validez del *iudicatum*, se decreta, a petición del acreedor favorecido en la sentencia, la *missio in bona debitoris* (71), en virtud de la cual este acreedor, y los demás acreedores, si los hay, entran en posesión de los bienes del deudor (72).

Una vez decretada la *missio in bona* —por cualquiera de las causas señaladas— puede pedirse al magistrado, para la administración de los bienes, que nombre un *curator* (73). Igualmente, se procede a la *proscriptio* (74), es decir, al anuncio, en determinados lugares de la ciudad, de la ejecución patrimonial del deudor mediante la *bonorum venditio*. Pasados quince días, si el deudor ha muerto, o treinta, si está

(68) Cfr. D. 42, 4, 2 pr. y D. 8, 5, 18.

(69) Cfr. D. 42, 4, 7 pr./1/2/6/7/13/14/16/18; D. 42, 4, 77; D. 5, 1, 63; Gai. 3, 78.

(70) Esto en el Derecho roma clásico. En el arcaico existían dos acciones con esta misma finalidad: la *legis actio per pignoris capionem* (medio de ejecución sobre los bienes de deudores del Fisco, ciertos créditos militares y de tipo religioso) y la *legis actio per manus iniectione* (de carácter personal, que podía terminar con la muerte del deudor o su venta como esclavo *trans Tiberim*, hasta que la *lex Poetelia Papiria*, en el 326 a. C., puso fin a este sistema, si bien la *lex Rubria* del año 49-42 a. C. y Gai. 3, 199 afirman la supervivencia de la ejecución personal).

(71) A partir de una *lex Iulia de bonis cedendis* (cfr. CJ. 7, 71, 4), para evitar los negativos efectos que producía la *missio in bona*, especialmente la nota de infamia, el deudor insolvente podía ofrecer a sus acreedores los bienes que le quedaran —*cessio bonorum*—, ofrecimiento que éstos no podían rechazar. De esta manera se excluía toda posibilidad de ejecución personal y se obtenía el *beneficium competentiae*, en virtud del cual la condena quedaba limitada a la solvencia que en ese momento tuviera el demandado, más lo que hubiera podido perder maliciosamente. Cfr. D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., § 116, pág. 164 y § 118, pág. 166.

(72) Cfr. D. 42, 5, 12 pr. (Paul. 59 ed.). Según D'ORS, X.: *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Roma-Madrid, 1974, nota 3 en pág. 87, aunque los textos no sean explícitos, debe pensarse en la necesidad de acreditar un título suficiente, por ejemplo, una sentencia ejecutiva, sin excluir la posibilidad de que todos los acreedores restantes admitan por unanimidad, como otro más, a quien no puede presentar tal título ejecutivo.

(73) Las funciones que se atribuyen a este *curator bonorum* son la *custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt venditio* (D. 26, 7, 48). Cfr. D'ORS, X.: *El interdicto fraudatorio...*, cit., pág. 91.

(74) Gai. 3, 79. La *proscriptio* llevaba aparejada la nota de infamia.

vivo, se nombra *magister bonorum* a uno de los acreedores, con el encargo de proceder a la venta de los bienes (*bonorum venditio*) (75) en el plazo de treinta días, si el deudor vive, o de veinte, si está muerto. Esta venta se lleva a cabo mediante subasta y comprende todo el patrimonio del deudor. El comprador (*bonorum emptor*) pasa a ocupar la posición del *iudicatus* respecto de la titularidad de sus bienes y derechos, y asume la obligación de pagar a los acreedores en proporción a sus créditos (76).

¿Qué sucede con los acreedores a término en la *missio in bona*?
¿Se integran en la comunidad que se forma entre todos los acreedores como consecuencia de la misma?

La *missio in bona* no es consecuencia de la insolvencia del deudor, sino de su incumplimiento de la obligación. Por tanto, no es un remedio que pueda instar el acreedor a término, pues, como hemos visto, mientras no llega el día no hay incumplimiento. Sin embargo, el acreedor a término puede ser llamado a formar parte de la *communio*

(75) Según señala SOHM, R. : *Instituciones de Derecho privado romano. Historia y Sistema*, trad. de WENCELAO ROCES, México, 1975, nota 87 en pág. 405, «el *magister* es uno de los acreedores a quienes el Pretor adjudica la posesión de los bienes y que, como “regente” del grupo y elegido por él, ejerce los poderes privados de disposición que el Pretor le confiere sobre todo el patrimonio, mediante la *missio in bona*. Si, después de la elección del *magister*, pero antes de efectuarse la venta de los bienes, un acreedor nuevo consigue del Pretor la *missio in bona*, como no ha intervenido en la elección de administrador, conserva sus poderes personales, independientes de los de aquél. El *magister* es solamente órgano de sus electores en la dirección del concurso, pero no de la autoridad. La cosa cambia cuando el Pretor, en vez de conceder a los acreedores la *missio in bona*, nombra al deudor un *curator bonorum*, encargado de administrar su patrimonio y de realizar sus bienes, para distribuir el producto entre los acreedores. Es el llamado “concurso por distracción” (*distractio bonorum*), en que no se le despoja al deudor globalmente de su patrimonio, y que, por tanto, no acarrea infamia. Aquí, los acreedores no son pagados por el *bonorum emptor*, sino por el propio deudor o por su *curator*, y si queda algún remanente es para el primero. Esta forma “más honesta” de concurso sólo se admitía, en un principio, a favor de los senadores, hasta que más tarde se le atribuye carácter general. En el concurso por curador, a que nos referimos, reside el germen del concurso moderno, organizado como juicio *universal* de ejecución, a favor de todos los acreedores. Ese antiguo *magister* no es más que uno de tantos acreedores, que gestiona egoístamente sus intereses y los de sus mandantes; en cambio, el *curator bonorum* nombrado por el Pretor es un representante del interés público, a quien se encomienda la dirección general del concurso y la liquidación más justa posible de los derechos de todos los acreedores, de modo que no resulte inútilmente perjudicado el deudor».

(76) Esto es lo que se dispone en Gai. 3, 81. Sin embargo, según PAULO 32 ed. — D. 17, 1, 22— no es el comprador, sino el vendedor, el *magister*, quien queda obligado por la acción de mandato a pagar a los acreedores, teniendo en cuenta los créditos privilegiados. Cfr. D'ORS, X.: *El interdicto fraudatorio...*, cit., págs. 92 y 93. Eran acreedores privilegiados el Fisco, las ciudades, el incapaz contra su tutor o curador, el que dio dinero para reparar un edificio, etc. Cfr. D'ORS, A. : *Derecho Privado Romano*, cit., § 116, pág. 165.

que se constituye entre todos los acreedores del *iudicatus* como consecuencia de la *missio in bona* (77). Los únicos que parecen quedar excluidos son los acreedores condicionales, tal y como dispone D. 42, 4, 14, 2:

«Sin embargo, el acreedor condicional no es puesto en posesión, porque sólo se pone en posesión al acreedor que puede vender los bienes de acuerdo con el edicto» (*Paul. 2 quaest.*) (78).

E incluso cabe pensar que en el Derecho justinianeo se admitiera a los acreedores condicionales, en función de lo señalado por D., 42, 4, 6 pr.:

«Suele ser puesto en posesión el acreedor aunque se le haya prometido una cantidad bajo condición» (*Paul. 57 ed.*) (79).

Con mayor claridad puede verse el mismo principio aplicado a la *separatio bonorum*, es decir, a la separación de patrimonios que el Pretor concede a los acreedores de la herencia para evitar una perjudicial confusión de aquéllos y para que puedan obtener satisfacción de sus créditos con los bienes que forman parte de la herencia preferentemente. Así, en D. 42, 6, 4 pr. se admite que los acreedores a término —y los condicionales— puedan pedir, y obtener, la *separatio bonorum*, aunque no puedan reclamar aún la cantidad que se les debe:

«También se dará la separación a los acreedores con condición o término y que por ello no pueden reclamar aún la cantidad que se les debe; porque también a ellos comprende este aseguramiento común» (*Pap. 12 resp.*) (80).

Sin embargo, de estos textos no cabe deducir más que una participación de los acreedores a término en estos medios de defensa colectiva que son la *missio in bona* y la *separatio bonorum*. No podemos

(77) Cfr. BONELLI, G.: «La decadenza dal termine...» cit., pág. 233, para quien se da esta intervención de los acreedores a término —y condicionales— cuando se sustituye la *bonorum venditio* por la *distractio*, es decir, cuando no se lleva a cabo la venta de todo el patrimonio del deudor, sino de su bienes singulares hasta que los acreedores obtienen la satisfacción de sus créditos.

(78) D. 42, 4, 14, 2: «*Creditor autem conditionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur qui potest bona ex edicto vendere*» (*Paul. 2 quaest.*).

(79) D. 42, 4, 6 pr.: «*In possessionem mitti solet creditor et si sub condicione ei pecunia promissa est*» (*Paul. 57. ed.*). Cfr. D'ORS, X.: *El interdicto fraudatorio...*, cit., pág. 87.

(80) D. 42, 6, 4 pr.: «*Creditoribus quibus ex die vel sub condicione debetur, et propter hoc nondum pecuniam petere possunt aequae separatio dabitur*» (*Pap. 12 resp.*).

saber con certeza si esa participación llegó a suponer que el acreedor a término obtuviese la satisfacción de su crédito antes del vencimiento o simplemente que se le permitiese intervenir para asegurarse el cobro el día señalado en la obligación.

Pues bien, ¿puede el acreedor a término solicitar la *missio in bona* antes de que llegue el día si su deudor se oculta? La respuesta aparece con toda claridad expresada en D. 42, 4, 7, 14; el acreedor no puede exigirlo, pues todavía no tiene acción:

«Si se oculta un deudor con término o bajo condición, no pueden venderse sus bienes antes de que llegue el término o se cumpla la condición, pues ¿qué diferencia hay entre uno que no es deudor y el que no puede ser demandado? Y si no es deudor, hemos de decir otro tanto; lo mismo hay que decir también si alguien tiene acción pero que puede ser rechazada por una excepción» (*Ulp. 9 ed.*) (81).

Por último, el pago de una deuda aún no vencida realizado por el deudor en estado de insolvencia es conceptuado como fraude de acreedores, pudiendo éstos ejercitar el *interdictum fraudatorium* (82). Tal se desprende de D. 42, 8, 10, 12, pues, también hay fraude, como se señala en este texto, por adelantarse en el tiempo (83):

«Si el deudor que defrauda pagara al contado lo que debía con un plazo, deberá decirse que tendrá lugar la acción por la ventaja que hay en la anticipación del pago, pues el pretor entiende que también puede haber fraude por <adelantarse en> el tiempo» (*Ulp. 73 ed.*) (84).

Sin embargo, en D. 42, 8, 6, 7 se precisa que sólo existe fraude si el pago se lleva a cabo después de la *missio in bona*, no antes de ésta:

(81) D. 42, 4, 7, 14; «*Si in diem vel sub conditione debitor latitet, antequam dies vel condicio veniat, non possunt bona eius venire. Quid enim interest debitor quis non sit an nondum conveniri potest?...*» (*Ulp. 59 ed.*). En el mismo sentido puede verse D. 15, 1, 50 pr. (*Pap. 9 quaes.*).

(82) Al respecto puede verse D'ORS, X.: *El interdicto fraudatorium...*, cit., págs. 105 y ss. Este interdicto tenía como requisitos esenciales el *eventum damni*, es decir, el perjuicio causado a los acreedores por la insolvencia patrimonial del deudor, y la *scientia fraudis*, o sea, el conocimiento del tercero —en este caso el del acreedor que requiere y obtiene el cumplimiento antes de que el día llegue— de la insolvencia del deudor y del perjuicio que dicho acto causa a los demás acreedores. En Derecho justinianeo, al asimilarse los interdictos a las acciones, se crea la *actio Pauliana*, con carácter de acción revocatoria anual, mencionada en D. 22, 1, 38, 4 (*Paul. 6 ad Plaut.*).

(83) El mismo principio se establece en D. 42, 8, 17, 2 (*Jul. 49 dig.*) respecto de la restitución de la dote.

(84) D. 42, 8, 10, 12: «*Si, cum in diem deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit in eo, quod sensi commodum in repraesentatione, in factum actioni locum fore: nam praetor fraudem intellegit etiam in tempore fieri*» (*Ulp. 6 disput.*).

«Escribe Juliano que debe saberse que, en la práctica, el que, antes de que se ponga a los acreedores en posesión de los bienes del deudor, cobra una cantidad que se le debe, aunque sea a ciencia y conciencia de que cobra de un insolvente, no tiene que temer este edicto, pues no hizo más que ser diligente en propio interés; pero si cobra lo que se debe después de la puesta en posesión, tal acreedor debe ser llamado a cobrar su porción igual que los demás acreedores, pues no debía, una vez puestos éstos en posesión <de los bienes del deudor>, adelantarse a cobrar en perjuicio de los otros acreedores, pues, desde ese momento, todos los acreedores son iguales» (*Ulp. 66 ed.*) (85).

No obstante, podemos encontrar en las fuentes una serie de supuestos en que la insolvencia del deudor, en mayor o menor medida, produce consecuencias en la obligación no vencida. Veamos cada uno de ellos.

a) *La restitución de la dote.*—El primero es el relativo a la dote. La *dos o res uxoria* estaba formada por un conjunto de bienes que el marido recibía de la mujer, o de otra persona en atención a ella (el padre, un pariente, o incluso un extraño) (86), para contribuir a las cargas económicas del matrimonio.

En la época más antigua del Derecho romano, en la que el matrimonio es más frecuentemente *cum manu* —la mujer se somete a la potestad de su marido—, la dote es propiedad de éste, y no tiene la mujer derecho a que se restituya (87). Siendo la causa normal de disolución del matrimonio la muerte de uno de los cónyuges, lo que solía suceder es que, muriendo antes la mujer, los bienes de la dote pasaran a los hijos, al morir después el marido; y muriendo éste primero, la mujer era un heredero más, al encontrarse en la familia *loco filiae*. Si

(85) D. 42, 8, 6, 7: «*Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepti ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequanturque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset*» (*Ulp. 66 ed.*). Este texto parece mantener, por tanto, que antes de la *missio in bona* juega el principio *vigilantibus iura succurrunt*.

(86) Si la dote la constituye el padre o quien tenga la potestad sobre la novia se denomina *profecticia*, si lo hace la misma mujer, si es *sui iuris*, u otra persona cualquiera, se denomina *adventicia*. Cfr. D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit. § 342, págs. 398 y 399.

(87) Señala GARCÍA GARRIDO, M.: *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho romano*, Roma-Madrid, 1958, pág. 59 y *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil, I, La tradición romanística*, Barcelona, 1982, págs.

el matrimonio había sido *sine manu*, era frecuente que el marido dejase a la mujer el *prelegatum dotis* (88).

Sin embargo, cuando el divorcio fue sustituyendo a la muerte como causa de disolución del matrimonio, la Jurisprudencia romana consideró injusto que el marido se quedase con la dote (89), sobre todo teniendo en cuenta que tales bienes o derechos se entregaban para subvenir a las necesidades y gastos del matrimonio —*ad sustinenda onera matrimonii* (90)—. Por ello, la práctica ideó la *cautio o stipulatio rei uxorie* como medio de obligar jurídicamente al marido a devolver la dote (91), o su valor pecuniario, fijado en el momento de su constitución, a la disolución del matrimonio. En ese momento la mujer, o su padre, podían exigir la restitución de la dote mediante alguna de las acciones derivadas de la estipulación (*ex stipulatu*) (92).

46 y 47, que el que en este período la dote no se considerase jurídicamente como perteneciente a la mujer, ni se diesen a ésta garantías para su restitución, es consecuencia de la propia estructura de la familia y del matrimonio primitivo, al que la dote se destinaba. El matrimonio se concebía destinado a durar toda la vida de los cónyuges, y concepciones morales y religiosas fuertemente arraigadas en la sociedad romana primitiva hacían que los repudios fuesen severamente juzgados y que se diesen sólo excepcionalmente.

(88) Cfr. GARCÍA GARRIDO, M.: *Ius uxorium, cit.*, pág. 59 y *El patrimonio de la mujer casada...*, *cit.*, pág. 47.

(89) Según SOLAZZI, S.: *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello, 1899, pág. 182, la obligación de restituir la dote había tenido, como la fiducia y algunos contratos, durante un cierto tiempo como única sanción la *fides*, que junto con los deberes, el *officium*, del tribunal doméstico, procuraron una protección suficiente a la dote. Pero con el declinar de la moralidad y del sentimiento del deber dejó de ser una protección suficiente y el ordenamiento público dispuso que la mujer fuera protegida por un medio jurídicamente coactivo; éste fue la *actio rei uxoriae*.

(90) Cfr. D. 23, 3, 56, 1: «*Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*» (Paul. l. ad Plaut.). GARCÍA GARRIDO, M.: *Ius uxorium, cit.*, pág. 56 y *El patrimonio de la mujer casada...*, *cit.*, pág. 44, pone de relieve la tendencia jurisprudencial romana a objetivar y personificar los entes patrimoniales; «la dote, como el peculio y como la herencia, tiene una vida y una configuración propia y, en cierto sentido, independiente de los sujetos a los que se vincula; su finalidad es propia y específica, los bienes y medios materiales que la integran forman una unidad de destino y de administración y todos los aumentos y disminuciones patrimoniales van referidos no a los sujetos, sino al ente dotal; el *favor dotis* domina en las relaciones patrimoniales entre cónyuges, y la dote llega a ser causa general de adquisición. En este sentido, podemos afirmar que la dote es una particular masa de bienes destinada al matrimonio y regulada y concebida como un ente patrimonial propio».

(91) Cfr. JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho privado romano...*, *cit.*, pág. 406; IGLESIAS, J.: *Derecho Romano, cit.*, § 135, pág. 568.

(92) Como señala VOLTERRA, E.: *Instituciones...*, *cit.*, pág. 674, el hecho de destinar el patrimonio dotal a proveer las cargas del matrimonio, aun cuando constituía una *iusta causa traditionis* al marido, no estaba tutelada, sin embargo, por el Derecho posi-

Con posterioridad el Pretor —probablemente— creó una acción especial, independiente de que se hubiese celebrado o no la *cautio rei uxoriae* y muy similar a las de buena fe, que recibe el nombre de *actio rei uxoriae* (93).

La *actio ex stipulatu* era un acción civil transmisible a los herederos y una acción de derecho estricto, en la que se condenaba simplemente a aquello que fue prometido en la *stipulatio*, es decir, a la inmediata restitución de la dote. Sin embargo, la *actio rei uxoriae* se transformó en una acción *ex fide bona*, de manera que el juez podía templar la condena teniendo en cuenta todas aquellas circunstancias que, según la buena fe, influyeran en la obligación de restituir. Precisamente por ello al esposo condenado en el ejercicio de esta acción se le concedían plazos especiales para la restitución de ciertos objetos y la posibilidad de retener ciertas cantidades en determinadas circunstancias (94).

Por último, Justiniano reformó el régimen existente fundiendo los sistemas de las acciones *ex stipulatu* y *rei uxoriae* del Derecho clásico. Así, la dote se convierte en jurídicamente obligatoria (95) y se reconoce propiedad de la mujer, correspondiendo al marido una especie de usufructo o de administración sobre ella (96). Por otro lado, se suprime la *actio rei*

tivo, que no ofrecía medios jurídicos para obligar al marido a hacer efectiva durante el matrimonio la destinación prevista y, una vez disuelta la unión conyugal, a devolver el patrimonio, que había pasado a ser de su propiedad. Era necesario, pues, crear, por medio de estipulaciones efectuadas entre el que constituía el patrimonio y el marido, la obligación de éste de restituir ese patrimonio; tales estipulaciones, llamadas *cautiones rei uxoriae*, daban lugar a la *actio ex stipulatu*, con la cual se hacía valer en el juicio la obligación de restituir asumida *iure civili* por el marido.

(93) SOLAZZI, S.: *La restituzione della deote...*, cit., págs. 1984 y ss., tras poner de manifiesto que en Gayo la *actio rei uxoriae* figura entre los *iudicia bona fidei* (Gai. 4, 62), aunque no en la enumeración más antigua de éstos debida a Quinto Mucio Scaevola y referida por Cicerón (*De officiis*, 3, 17, 70), mantiene que el origen de la *actio rei uxoriae* ha de encontrarse en el grupo de las acciones *in bonum et aequum conceptae*, es decir, de acciones penales que tienen en común con aquélla su intransmisibilidad a los herederos.

(94) Se trata de las *retentiones propter liberos* (en caso de que el divorcio se hubiera efectuado por culpa de la mujer o de su *paterfamilias*, era de 1/6 por cada hijo, pero sin exceder de la mitad de la dote), *propter mores* (1/6 por adulterio de la mujer, 1/8 por faltas más leves), *propter res amotas* (por cosas sustraídas por parte de la mujer al marido), *propter donatas* (por las cosas dadas a la mujer contra la prohibición de las donaciones entre cónyuges) y *propter impensas* (como resarcimiento de los gastos necesarios extraordinarios y de los gastos útiles, estos últimos si fueron consentidos por la mujer, hechos por la dote). Cfr. VOLTERRA, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, cit., pág. 680.

(95) D. 23, 2, 19 (*Marc. 60 inst.*) y C.J. 5, 12, 14. Con anterioridad no era más que un deber moral, una cuestión de honor para los parientes de la mujer. Cfr. JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano...*, cit., págs. 403 y 409; IGLESIAS, J.: *Derecho Romano*, cit., § 136, pág. 568 y D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., §, 346, pág. 403.

(96) De usufructo del marido hablan JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano...*, cit., pág. 409.

uxoriae, pero la *actio ex stipulatu*, también llamada *actio dotis o de dote*, pasa a ser una acción de buena fe (97), gozando el marido del *beneficium competentiae* (98). La dote ha de restituirse en todo caso, con la única excepción de que la disolución del matrimonio haya sido por divorcio y siendo culpable la mujer. Si la dote estaba constituida por fundos, éstos deben devolverse inmediatamente, mientras que para la devolución de los bienes muebles se concede el plazo de un año. Por último, se refuerza la posición de la mujer al disponer ésta de una *vindicatio utilis* para recobrar los bienes de la dote y constituirse sobre todos los bienes del marido una hipoteca legal de carácter privilegiado, incluso frente a las hipotecas anteriores al matrimonio, en garantía de la restitución (99).

Como hemos visto, la restitución de la dote sólo se producía al disolverse el matrimonio: nunca *constante matrimonio*, siempre *solutio matrimonio*. Tal es la denominación del Título 3.º del Libro 24 del Digesto: «*Solutio matrimonio dos quemadmodum petatur*»; y ese es el momento en que D. 24, 3, 2 pr. fija la restitución:

«Al disolverse el matrimonio, la dote debe restituirse a la mujer...» (*Ulp. 35 Sab.*) (100).

Y como se señala en CTh. 3, 13, 3, 1, Honorio y Teodosio confirmaron la prohibición de restituir la dote durante el matrimonio en una constitución del año 422:

«Si durante el matrimonio se le pagó por el marido a su mujer la dote, lo que con arreglo a las leyes no puede ser válido, porque se ve que recibe una especie de donación, fallecida la misma mujer, restitúyasele por los herederos de ésta a su marido, con los frutos percibidos desde el día en que fue pagada la dote, de suerte que la propiedad de la misma no pueda ser quitada por el marido a los hijos habidos de aquélla» (101).

Además, si en D. 42, 8, 17, 2, como hemos visto, se considera que puede haber fraude de acreedores por restituir la dote antes del plazo

(97) CJ. 5, 13, 1, 2. Cfr. JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano...*, cit., pág. 409; IGLESIAS, J.: *Derecho Romano*, cit., § 135, pág. 574; D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., § 346, pág. 404. Según GARCÍA GARRIDO, M.: *El patrimonio de la mujer casada...*, cit., pág. 167, nota 117, JUSTINIANO deja subsistente únicamente la *actio ex stipulatu*, aboliendo la *actio rei uxoriae*, pero manteniendo en substancia el régimen de ésta, para conseguir, sobre todo, que la acción dotal sea transmisible a los herederos, tanto activa como pasivamente.

(98) Desaparecen, sin embargo, las retenciones dotales.

(99) CJ. 5, 12, 30.

(100) D. 24, 3, 2 pr.: «*Solutio matrimonio solvi mulieri dos debet...*» (*Ulp. 35 Sab.*).

(101) CTh. 3, 13, 3, 1: «*Si constante matrimonio a marito uxori dos refusa est, quod legibus stare non potest, quia donationis instar perspicitur obtinere, eadem uxore*

concedido para ello, aunque después de disuelto el matrimonio, con más razón habrá que suponer la posibilidad de que el fraude exista por restituir la dote *constante matrimonio*.

En principio, lo que puede hacer la mujer ante la insolvencia del marido es exigirle caución de que restituirá la dote en un determinado plazo, de manera que si éste no presta la caución, por no poder darla, pierde la ventaja del plazo —que se cuenta a partir de la disolución del matrimonio—; y si pudiendo darla no quiere, además de perder la ventaja del plazo se le impide compensar a través de las *retentiones* posibles en la *actio rei uxoriae* (102).

Sin embargo, como señala GARCÍA GARRIDO (103), los compiladores bizantinos introducen en el régimen clásico nuevas reglas tendentes a favorecer a la mujer y a destacar el destino de la dote a los *onera matrimonii*, por influencia de las nuevas concepciones cristianas sobre la dignidad de la mujer; hasta el punto de que a Justiniano se le considera *legislator uxorius*. El *favor mulieris* se manifiesta en la transformación en jurídica de la antigua obligación moral de dotar a las hijas, en la abolición o modificación de antiguas medidas contrarias a los intereses de la mujer, como el *iudicium de moribus*, el *edictum de alterutro* y el régimen de las *retentiones*, y, a lo que aquí interesa, en la abolición de la prohibición de la restitución anticipada de la dote y en el reconocimiento del derecho de la mujer a disponer de su dote durante el matrimonio para su mantenimiento o por las perentorias necesidades de sus hijos, padres, hermanos o parientes.

Así, no se da acción funeraria contra el marido por los gastos de entierro de su mujer (104) si durante el matrimonio hubiese pagado la dote en aquellos casos en que las leyes se lo permiten, como se establece en D. 11, 7, 27, 1:

«Según escribe Marcelo, el marido no será demandado con la acción funeraria si durante el matrimonio hubiese pagado la dote a

defuncta ab eius heredibus cum fructibus ex die refusae dotis marito restituatur, ita ut proprietas eiusdem a liberis ex eadem suspectis alienari a marito non possit.» Esta constitución también se recoge en CJ. 5, 19, 1. Es sintomático, por las razones que más adelante apuntamos, que en el texto del Código de Justiniano se añada la expresión *sine causa legitima*, que en el Código Teodosiano no aparece.

(102) Cfr. D. 24, 3, 24, 2 (*Ulp. 33 ed.*). Sobre este texto volveremos más adelante, al estudiar el vencimiento anticipado por no prestación de las garantías.

(103) *El patrimonio de la mujer casada...*, cit., pág. 166.

(104) Conforme a D. 11, 7, 22 y 23 y D. 11, 7, 27 pr. corresponde a la mujer ser enterrada proporcionalmente con cargo a la dote que queda en poder del marido y a su herencia, de manera que deben contribuir proporcionalmente para el entierro el marido y el heredero. Contra el marido que no colabora en la proporción que resulte cabe la acción funeraria.

su mujer. Esta opinión es verdadera, pero sólo en los casos en que por las leyes le es permitido hacer esto» (105).

Según D. 23, 3, 73, 1 se permite la restitución de la dote a la mujer durante el matrimonio para alimentarse ella y los suyos, para comprar un fundo que sea conveniente, para alimentar a su ascendiente exiliado o desterrado y para mantener a su marido o hermanos que estén en necesidad:

«Durante el matrimonio, siempre que no deba perderla, puede restituirse la dote a la mujer por las siguientes causas: para alimentarse ella y los suyos, para comprar un fundo que sea conveniente, para alimentar a su ascendiente exiliado o desterrado en alguna isla, para que mantenga a su marido, hermano o hermana que estén en necesidad» (106).

Y conforme a D. 24, 3, 20 se permite la restitución de la dote constante matrimonio si es para atender a los hijos de otro marido anterior, a los hermanos o a los ascendientes que se hallen necesitados, o para redimirlos del cautiverio, pues se trata de causas justas y honorables:

«Aunque la mujer no pueda cobrar su dote durante el matrimonio con el fin de poder pagar sus deudas o poder comprar unos predios convenientes; sin embargo, no parece cobrarla sin derecho, y por eso, se le puede pagar rectamente si es para atender a los hijos de otro marido anterior, a los hermanos o a los ascendientes que se hallen en necesidad, o para redimirlos del cautiverio, pues se trata de una causa justa y honorable. Esto mismo se observa respecto a la mujer que esté en potestad de su padre» (*Paul. 7 Sab.*) (107).

Salvado el obstáculo que supone considerar la dote como propiedad del marido, y estableciéndose una serie de supuestos en que resulta eficaz, no contraria a derecho, la restitución de la dote *constante*

(105) D. 11, 7, 27, 1: «*Maritus funeraria non convenietur, si mulieri in matrimonio dotem solverit, ut Marcellus scribit: quae sententia vera est: in his tamen casibus, in quibus hoc ei facere legibus permissus est*» (*Ulp. 25 ed.*).

(106) D. 23, 3, 73, 1: «*Mannete matrimoni non perdituarae uxori ob has causas dos reddi potest: ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum fratrem sororemve sustineat*» (*Paul. 2 sent.*).

(107) D. 24, 3, 20: «*Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut aes alienum solvat aut praedia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro egentibus aut parvulis consulere vel ut eos ex hostibus redimeret, quia iusta et honesta causa est, non videtur male accipere et ideo recte ei solvitur: idque et in filia familias observatur*» (*Paul. 7 ad Sab.*).

matrimonio, acaba por establecerse que la mujer puede exigir que se le restituya la dote antes de disolverse el matrimonio si el marido llega a ser insolvente, en previsión de que la restitución llegue a ser imposible con posterioridad. Así se señala en D. 24, 3, 24 pr.:

«Si la mujer quiere demandar a su marido, durante el matrimonio, por temer la pobreza de aquél, ¿dónde fijaremos el comienzo de lo que debe restituirse de la dote? Consta que debe restituirse desde que hubiera aparecido con toda evidencia que los bienes del marido eran insuficientes para el pago de la dote» (*Paul. 36 ed.*) (108).

La restitución se fija en el momento en que los bienes del marido son insuficientes para el pago de la dote, es decir, desde que es insolvente (109).

Sin embargo, en CJ. 5, 12, 29 se precisa cuál es el fin de esa restitución anticipada de la dote:

«Cuando subsistiendo todavía el matrimonio el marido hubiera sido reducido a la pobreza, y la mujer quisiera mirar por sí y tener los bienes que se le obligaron por la dote y por la donación de antes de las nupcias y por los bienes constituidos fuera de la dote, no solamente concedemos a la que tenga los bienes del marido, y por ellos sea llamada a juicio, el auxilio de excepción para repeler de la hipoteca a un segundo acreedor, sino que también mandamos, que si ella misma promoviera contra los detentadores de los bienes pertenecientes a su marido alguna acción sobre las mismas hipotecas conforme a la distinción de las leyes, no le perjudique el matrimonio todavía subsistente, sino que pueda ella reivindicar los mismos bienes o de acreedores posteriores, o de otros, que se conocen que no tienen por las leyes derechos preferentes, a la manera que habría podido, si el matrimonio se hubiese disuelto de modo que podía competarle a ella la exacción de la dote y de la donación de antes de las nupcias; pero esto de suerte que la misma mujer no tenga facultad alguna para enajenar aquellos bienes viviendo el marido y subsistiendo entre ellos el matrimonio, sino que se utilice de los frutos de aquéllos, tanto para su mantenimiento como para el de su marido y el de los hijos, si los tiene. Conservando, por supuesto,

(108) D. 24, 3, 24: «*Si constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initum accipere ponamus? et constat exinde dotis exactionem competere ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere*» (*Ulp. 33 ed.*).

(109) En D. 24, 3, 24, 1 parece que también se tiene en cuenta la insolvencia del marido para establecer una restitución anticipada de la dote, en el caso de que su pobreza provenga de haber sido desheredado por su padre. Sin embargo, no se establece con toda claridad: «*Si exheredato marito mulier agat, magis est, ut ex die aditae patris hereditatis incipiat ei dotis exactio*» (*Ulp. 33 ed.*).

íntegros sus derechos los acreedores del marido contra éste y contra sus bienes, si acaso hubiere adquirido después algunos; y habiendo de conservar también los mismos, marido y mujer, después de la disolución del matrimonio, íntegro su derecho sobre la dote y la donación de antes de las nupcias a tenor de los instrumentos dotales.

Dada a 3 de los Idus de Diciembre, bajo el segundo consulado del señor Justiniano, Augusto. [528.]» (110).

Por tanto, la pobreza del marido es causa suficiente para que la mujer pueda reivindicar los bienes dotales que se encuentran en poder de acreedores hipotecarios posteriores, de manera que no le perjudica el matrimonio subsistente. Como se señala, reivindica como si el matrimonio ya se hubiese disuelto; no en representación del marido. Reivindica para sí, para su mantenimiento, pero también para el mantenimiento de sus hijos y de su marido. Aquí se observa el segundo de los principios que son la base de la reforma justiniana de la dote, el estar ésta destinada a subvenir los *onera matrimonii*, idea ya existente en el régimen clásico, pero que los compiladores llevan hasta sus últimas consecuencias. La mujer puede obtener la administración de la dote durante el matrimonio, pero para dedicarla a la familia (111).

Esta es la principal objeción que puede hacerse a la afirmación de que la insolvencia del marido determina el vencimiento anticipa-

(110) CJ. 5, 12, 29: «*Ubi adhuc matrimonio constituto maritis ad inopiam sit deductus, et mulier sibi prospicere velit resque sibi suppositas pro dote et ante nuptias donatione rebusque extra dotem constitutis tenere, non tantum mariti res ei tenenti et super his ad iudicium vocatae exceptionis praesidium ad expellendum ab hypotheca secundum creditorem praestamus, sed etiam, si ipsa contra detentatores rerum ad maritum suum pertinentium super iisdem hypothecis aliquam actionem secundum legem distinctionem moveat, non obesse ei matrimonium adhuc constitutum sancimus, sed ita eam posse easdem res vindicare vel a creditoribus posterioribus vel ab allis, qui non potiora iura legibus habere noscuntur, ut potuisset, si matrimonium eo modo dissolutum esset, quo dotis et ante nuptias donationis exactio ei competere poterat; ita tamen, ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente marito et matrimonio inter eos constituto, sed fructibus earum ad sustentationem tam sui quam mariti filiorumque, si quos habet, abutatur. Creditoribus scilicet mariti contra eum eiusque res, si quas postea forte adquisierit, integra sua iura habentibus; ipsis etiam marito et uxore post matrimonii dissolutionem super dote et ante nuptias donatione pro dotalium instrumentorum tenore integro suo iure potituris.*

Dat. III. Id. Decemb. Dn. IUSTINIANO A. II. Cons. [528.]».

(111) Lo que contrasta con las ideas clásicas sobre la titularidad y disposición del marido sobre la dote en el matrimonio. Cfr. GARCÍA GARRIDO, M.: *El patrimonio de la mujer casada...*, cit., pág. 166. En concordancia con este principio y con el del *favor mulieris* se establece en D. 24, 3, 22, 8 (*Ulp. 33 ed*) que si la mujer ha caído en una locura muy grave y el marido no quiere disolver el matrimonio, no le presta el cuidado conveniente, abusa de su dote y es evidente que va a disiparla puede pedirse el secuestro de la dote para que aquella mujer tenga el conveniente desahogo en unión de sus esclavos.

do de la obligación de restituir la dote, pues cabe afirmar que lo que en realidad hay es un cambio en su administración (112). La mujer no recupera los bienes dotales sino en cuanto han de destinarse al sostenimiento de las cargas familiares. Por tanto, no tiene los mismos efectos esta restitución que la que se produce una vez disuelto el matrimonio, pero, aunque la recuperación sea limitada, no cabe duda de que ésta estaba en principio sometida a un término, a la llegada de un día —el de la disolución del matrimonio— y como consecuencia de la insolvencia del marido se puede exigir antes de ese momento.

b) *El deudor del Fisco*.—Otro posible supuesto de vencimiento anticipado de las obligaciones, en concreto de la obligación contraída con el Fisco, se encuentra en CJ. 4, 9, 1:

«Aunque las deudas no puedan ser exigidas antes de su vencimiento, sin embargo, si el presidente de la provincia supiere que por el cargo de primipilo (113) te hallas siendo deudor del fisco, y que tu patrimonio está exhausto, de suerte que parezca que para la seguridad del pago solamente queda el recurso de un dinero prestado a interés, prevendrá a tu deudor, si a lo menos este fuera solvente, para que pague la deuda antes del término fijado, a fin de que al fisco, cuya causa debe ser preferente por razón de las necesidades públicas, se le pague el dinero debido.

Sancionada en Sirmio a 13 de las Calendas de Agosto, bajo el consulado de los Césares. [294-305]» (114).

El texto comienza afirmando el principio general de que las deudas no pueden ser exigidas antes de su vencimiento; pero, por otro lado, establece una excepción: si el deudor del Fisco es insolvente

(112) BONELLI, G.: «*La decadenza dal termine...*», cit., pág. 232.

(113) Según BERGER, A.: voz «Primipilus», *Encyclopedic Dictionary of roman law*, Philadelphia, 1953, pág. 649, éste era el primero entre los centuriones de una legión. Al retirarse del servicio el primipilus recibía el título de primipilaris y se le concedían ciertas distinciones y privilegios, sobre todo de naturaleza financiera. A los primipili confiaba el emperador especiales misiones militares o una posición honoraria, a veces una magistratura en su lugar de residencia. En el mismo sentido CAGNAT, R.: voz «Primipilus, primipilaris», en DARENBERG, CH., y SAGLIO, E.: *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, tomo IV, 1.ª parte (N-Q), París.

(114) CJ. 4, 9, 1: «*Licet ante tempus debita exigi non possint, tamen si te ex primipilo debitorem constitutum fisci ac patrimonium tuum exhaustum praeses provinciae compererit, ut ad solutionis securitatem solum foenebris pecuniae subsidium superesse videatur, commonebit debitorem tuum, si saltem ipse sit solvendo, ut ante definitum tempus debita repraesentet, ut fisco, cuius ob necessitates publicas causam potioreorem esse oportet, debita pecunia exsolvatur.*

S. XIII. Kal. Aug. Sirmii, Caess. Cons. [294-305]».

—de manera que sólo podría pagar pidiendo un préstamo—, el *praeses provinciae* puede ordenar al deudor del deudor del Fisco que pague su deuda antes del término fijado, para que, a su vez, pueda ser pagada la deuda fiscal. Por tanto, no vence anticipadamente la obligación fiscal por la insolvencia del deudor —según se desprende del texto, esta obligación ya ha vencido—, sino la que otra persona tiene contraída con éste. La medida que se adopta ante la insolvencia del deudor no es el vencimiento anticipado de su obligación —lo cual cabe pensar que sería inútil a efectos de obtener el cumplimiento—, pero sí el vencimiento anticipado de la obligación de su deudor.

Por otro lado, hay que encuadrar esta constitución más en el ámbito del Derecho público que en el del Derecho privado. El Fisco nace como caja privada del *Princeps* en tiempos de Augusto, y se convierte posteriormente en caja oficial (115), seguramente con CLAUDIO. Esta disposición tiene que ver, probablemente, con la crisis sufrida por el Imperio en el III d. C.

6. La no prestación de las garantías.—No se encuentra, en Derecho romano, un principio general en virtud del cual la no prestación de las garantías prometidas suponga el vencimiento anticipado de la obligación.

Sin embargo, la no prestación de determinadas garantías daba lugar a que el Pretor decretara la *missio*, que tenía distinto alcance en cada supuesto. Estos eran los siguientes:

a) *Missio in possessionem legatorum servandorum causa.*—Como vimos, esta *missio* se decreta con el fin de forzar al heredero a prestar la *cautio*, y no supone la venta de los bienes del heredero. En efecto, según, establece D. 36, 3, 1, 2, o se le da garantía al legatario o el Pretor le pone en posesión de los bienes:

«Y no sin razón cree el pretor que así como corresponde al heredero la posesión de los bienes hereditarios, así también los legatarios no deben verse privados del patrimonio del difunto. O se les da garantía o, si no se hace así, el pretor les pone en posesión del patrimonio» (*Ulp. 79 ed.*) (116).

(115) Al respecto puede verse lo que señala TORRENT, A.: *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo, 1982, págs. 394 y ss.

(116) D. 36, 3, 1, 2: «*Nec sine ratione hoc praetori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti: sed aut satisfabitur eis aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire praetor voluit*» (*Ulp. 79 ed.*). Lo mismo se dispone en D. 36, 3, 13 (*Nerat. 7 memb.*) respecto a los legados y en D. 36, 3, 14 pr. (*Ulp. 79 ed.*) respecto a los fideicomisos.

Sin embargo, los bienes del difunto se entregan en mera custodia al legatario, ni siquiera en verdadera posesión (117) y, en consecuencia, los *missi in possessionem legatorum servandorum causa* se encuentran pasivamente legitimados ante la *actio ad exhibendum*, por comparación con el usufructuario (118), y ante la acción reivindicatoria (119), pues, aunque no son poseedores, *tenent et habent restituendi facultatem*. Como consecuencia de todo lo anterior, hay que concluir que la entrega de los bienes hereditarios al legatario no supone un cumplimiento anticipado.

b) *Missio in possessionem damni infecti nomine*.—Se trata de un recurso supletorio ante la negativa del demandado a dar la *cautio damni infecti nomine* en garantía del *damnum* que puede ocasionar un inmueble que adolece de un defecto (*vitium*) y, en consecuencia, amenaza ruina (120).

D. 39, 2, 7 pr.: «Dice el pretor: “Por daño temido, haré que, en el plazo que yo, previa cognición de causa, señalaré, se dé <simple> promesa, cuando se haga en nombre propio, y con garantía, cuando se dé en nombre de otro, a favor del estipulante que hubiera jurado haberlo pedido sin intención de vejar a la otra parte y que aquel en cuyo nombre lo pide lo habría pedido también él. Si hubiera controversia acerca de si el promitente es propietario o no, haré que dé la garantía bajo excepción. Por obra hecha en río público o en su ribera, haré que se dé garantía de diez años. Haré que aquel a quien no se dé la caución sea puesto en posesión de aquella cosa en razón de la cual se pida la caución, y, cuando haya justa causa para ello, haré que posea <para poder usucapir>. Contra el que no hubiera dado caución y no admita que el interesado entre en posesión ni permanezca en ella, <si se produce el daño> daré un juicio para que indemnice con cuanto debiera pagar si se hubiese dado caución por ese daño en virtud de mi decreto o del de aquel otro magistrado en esta materia de la misma jurisdicción que yo. Si el que estuviera en posesión <no> diera caución de daño temido por aquella cosa en razón de la que yo le había puesto en posesión de la misma, haré que también sea puesto en posesión aquel al que dejó de dar caución”» (*Ulp. 3 ed.*) (121).

(117) Cfr. D. 43, 3, 1, 9 (*Ulp. 67 ed.*) y D. 41, 5, 2 pr. (*Iul. 44 dig.*).

(118) Cfr. D. 10, 4, 5, 1, (*Ulp. 24 ed.*).

(119) Cfr. D. 6, 1, 9 (*Ulp. 16 ed.*).

(120) Cfr. BETANCOURT, F.: *La defensa pretoria del missus in possessionem*, cit., pág. 430.

(121) D. 39, 2, 7 pr.: «*Praetor ait: “damni infecti suo nomine promitti, alieno satisfari iubebo ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare eumve cuius nomine*

Este supuesto de *missio* es asimilable al anterior en cuanto que no lleva aparejada la venta de los bienes como consecuencia del incumplimiento de la presentación de garantía, sino que el inmueble se entrega al demandante como simple garantía (122).

c) *Missio i bona si heres suspectus non satisdabit*.—Los acreedores del causante pueden pedir garantía al heredero insolvente o *suspectus*. Si éste no la presta, el Pretor decreta la *missio in bona*, que termina, en su caso, con la venta de los bienes que forman la herencia. Tal se dispone en D. 42, 5, 31:

«Si los acreedores sospechan de la solvencia del heredero <de su deudor>, pueden exigir una garantía del pago de la deuda. Por lo que es necesaria la cognición del pretor, que no debe proveer inmediatamente a la necesidad de garantía, sino después de que, previa cognición de causa, conste que debe atender a los que han alegado su sospecha sobre la insolvencia del heredero. 1) Un heredero no se estima sospechoso de la misma manera que un tutor, ya que hace sospechoso a un tutor, no <la falta de> recursos, sino el comportamiento fraudulento y astuto en la administración de las cosas de su pupilo, y al heredero, en cambio, sólo <la falta de > recursos. 2) Claro que deben ser atendidos los que alegan su sospecha sobre el heredero de una herencia recién adida, pero si se prueba que han consentido que el heredero poseyera la herencia y no pueden objetar ningún delito de comportamiento doloso, no deberá ser forzado el heredero a esa necesidad después de transcurrir mucho tiempo. 3) Y si el heredero sospechoso que el pretor ha dispuesto que dé garantía no lo hubiera acatado, entonces permitirá el pretor que se entre en posesión de los bienes de la herencia y se vendan conforme a su edicto. 4) Claro que si se prueba que nada había enajenado de aquellos bienes y sólo se le puede objetar justamente su pobreza, debe limitarse el pretor a ordenar que el heredero en nada merme los bienes. 5) Y si los acreedores no pudieran probar siquiera que el

aget postulatorum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statueret. Si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo. De eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo. Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo. In eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset. Eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine satisdabitur, eum, cui non satisdabitur, simul in possessione esse iubebo» (Ulp. 53 ed.). Vid. también D. 39, 2, 13, 11 (Ulp. 48 ed.).

(122) Cfr. BETANCOURT, F.: *La defensa pretoria del missus in possessionem*, cit., págs. 395 y 429 y ss.

heredero padecía indigencia, responderán frente a él por acción de injurias.» (*Ulp. 2 de omn. trib.*) (123).

Sin embargo, nos encontramos aquí con el mismo problema que veíamos en la *missio in bona debitoris*, esto es, si en la *missio* pueden o no participar los acreedores a término y si su participación supone o no el vencimiento anticipado de la obligación.

d) *Dote*.— El único supuesto en que cabe hablar de vencimiento anticipado por no prestación de las garantías, en cuanto que el texto romano se expresa con toda claridad, es el recogido en D. 24, 3, 24, 2 respecto a la restitución de la dote:

«Cuando hay que dar garantía a la mujer respecto al pago de la dote en un determinado plazo, si el marido no puede darla, entonces se le condena a pagar inmediatamente descontando la ventaja del plazo, pero si pudiera darla y no quisiera, dice Mela que se le debe condenar por el todo, sin descontar la ventaja del plazo. Toca, pues, al ministerio del juez el absolver al marido si interpone garantía, o condenarle teniendo en cuenta la compensación, que es lo que hoy suele hacerse preferentemente, y no debe atenderse a la mujer que diga preferir un pago mayor con plazo a otro inmediato y con deducción» (*Ulp. 33 ed.*) (124).

Al marido se concedía un plazo de un año para restituir los inmuebles dotales y seis meses para los bienes muebles, y la mujer podía

(123) D. 42, 5, 31: «*Si creditores heredem suspectum putent, satisfactionem exigere possunt pro suo debito reddendo. Cuius rei gratia cognoscere praetorem oportet nec statim eum satisfactionis necessitati subicere debet, nisi causa cognita constiterit prospici debere his, qui suspectum eum postulaverunt. 1) Sed suspectus heres non isdem modis. Quibus suspectus tutor aestimatur: siquidem tutorem non facultates, se fraudulenta in rebus pupillaribus et callida conversatio suspectum commendat, heredem vero solae facultates. 2) Plane in recenti aditae hereditatis erunt, qui suspectum postulant: ceterum si probentur passi eum in hereditate morari nec quicquam possint obicere criminis quasi dolose versato eo, non debet post multum temporis ad hanc necessitatem compelli. 3) Quod si suspectus satisfacere iussus decreto praetoris non obtemperaverit, tunc bona hereditatis possideri venumque dari ex edicto suo permittere iubebit. 4) Plane si doceatur nihil ex bonis alienasse nec sit quod ei iuste praeter paupertatem obiciatur, contentu esse praetor debet, ut iubeat eum nihil minuire. 5) Quod si nec ipsonia laboratem eum creditores ostendere potuerint, iniurarium actione ei tenebuntur» (*ulp. 2 de omnib. trib.*). También puede verse D. 42, 6, 1, 6 (*Ulp. 68 ed.*) y Gai. 2, 154/155/158.*

(124) D. 24, 3, 24, 2: «*Quotiens mulieri satisfacendum est de solutione dotis post certum tempus, si maritus satisfacere non possit, tunc deducto commodo temporis condemnatio residui repraesentatur: sed | | si, cum maritis satisfacere posset, nollet, in solidum eum condemnandum Mela ait non habita ratione commodi temporis. Iudicis igitur officio convenit, ut aut satisfactione interposita absolvat maritum aut habita ratione compensationis eum condemnnet, quod quidem hodie magis usurpatur: nec ferenda est mulier, si dicat magis se velle dilationem pati quam in repraesentatione deductionem» (*Ulp. 33 ed.*).*

pedir garantía al marido de que restituirá la dote en tales plazos. En el caso de que éste la diera, se decretaba la inmediata entrega de los bienes. Sin embargo, se distinguía según el marido no pudiera darla o, pudiendo, no quisiera. En el primer caso se descontaba la ventaja del plazo, lo que no ocurría en el segundo.

7. La disminución o desaparición de las garantías.—Respecto de los fiadores la regla contenida en D. 2, 8, 10 supone que no se da el vencimiento anticipado de la obligación garantizada a causa de las alteraciones que pueda sufrir el patrimonio de los fiadores. Si éstos sufren una grave calamidad o una gran pobreza, se establece que deberá darse nueva garantía, es decir, nuevo fiador. Esta es, pues, la consecuencia de la insuficiencia sobrevenida de la garantía.

D. 2, 8, 10: «Si el árbitro ha probado la idoneidad de los fiadores, han de ser tenidos por tales, puesto que se hubiese podido presentar querrela al juez competente, el cual desaprueba, según la causa, los aprobados por el árbitro y otras veces aprueba a los desaprobados. 1) Y si aceptó a los fiadores por su voluntad con más razón debe contentarse con ellos. Pero si en el tiempo intermedio sobrevino a los fiadores una grave calamidad o una gran pobreza, habrá de darse garantía de nuevo, previa cognición de causa» (*Paul. 75 ed.*) (125).

Y si los fiadores eran insolventes *ab initio*, ni siquiera es posible exigir que se den nuevos fiadores, tal y como se establece en D. 36, 4, 3, 3:

«Si se dio ya garantía, se preguntaba si debe darse otra vez en caso de que se diga que los fiadores son de poca solvencia, y es más cierto que no debe repetirse, y así lo dispuso <Antonino> Pío, de consagrada memoria, en un rescripto dirigido a Pacuvia Liciniana: ella hubo de sufrir las consecuencias de su ligereza en aceptar fiadores menos solventes, y no debe gravarse a cada momento a aquel de quien se pide la garantía» (*Ulp. 52 ed.*) (126).

(125) D. 2, 8, 10: «*Si ab arbitro probati sunt <fideiussores>, pro locupletibus habendi sunt, cum potuerit querella <ad competentem iudicem> deferri, qui ex causa improbat ab arbitro probatos, alias improbatos probat: 1) multoque magis, si sua voluntate accepit <fideiussores>, contentus his esse debet. Quod si medio tempore calamitas <fideiussoribus> insignis vel magna inopia accidit, causa cognita ex integro satisfandam erit*» (*Paul. 75 ed.*).

(126) D. 36, 4, 3, 3: «*Si semel fuerit satisfdatum, quaesitum est, an etiam rursus cavendum sit, si forte dicatur egenos <fideiussores> esse datos. Et magis est, ut caveri non debeat: hoc enim divus Pius rescripsit Pacuviae Licinianae: ipsam enim facilitati suae expensum ferre debere, quae minus <fideiussores> idoneos accepit: neque enim oportet per singula momenta onerari eum, a quo satis petitur*» (*Ulp. 52 ed.*).

Tampoco en el caso de que haya dado prenda en garantía de una obligación los actos del deudor que afecten a la misma dan lugar al vencimiento anticipado de la obligación. La cuestión se suscita fundamentalmente en dos textos del Digesto. El primero de ellos es D. 20, 4, 1:

«El que prometió una dote a favor de una mujer, aceptó una prenda o hipoteca en garantía de la restitución de la dote. Siguiendo luego un pago parcial de la dote, el marido dio a otro en prenda la misma cosa; posteriormente, se cumplió el pago del resto de la dote, y se preguntaba acerca de la prenda. Como el que prometió la dote está obligado por su promesa al pago total de la cuantía entera, no hay por qué atender a los momentos en que se fue pagando, sino al día de contraerse la obligación; y no es correcto decir que el que prometió la dote puede no pagar el resto de ella para estimar que la dote de la mujer era menor. Distinto es el caso de aquel que recibió una prenda por la suma que entregase en un plazo determinado y antes de que la entregase se dio a otro la cosa en prenda» (*Pap. 8 quaest.*) (127).

Se plantea en este texto qué ocurre en el supuesto de que el deudor entregue la cosa dada en prenda en garantía de una obligación a término y con posterioridad constituya prenda sobre la misma cosa en favor de un tercero. Pero la duda de Papiniano no es si el acreedor podrá exigir anticipadamente la prestación, sino si el acreedor pignoraticio deberá o no cumplir la obligación que le incumbe, en el caso de que la constitución de la prenda haya sido anterior a la ejecución de su prestación. Así, se dice que el que prometió una dote a favor de una mujer y ya entregó una parte no puede dejar de entregar la otra con base en que el marido dio a otro en prenda la misma cosa. Sin embargo, si podrá dejar de cumplir su prestación el prestamista si antes de entregar la suma se dio a otro la cosa en prenda.

Una situación similar, aunque con distinta solución jurídica, se plantea en D. 20, 4, 9 pr.:

«El arrendatario de una casa de baños a partir de las próximas calendas <de julio> pactó que el esclavo Eros quedara pignorado

(127) D. 20, 4, 1: «*Qui dotem pro muliere promisit, pignus <sive hypothecam> de restituenda sibi dote accepit: subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit: mox residuae quantitatis numeratio impleta est: quaeretur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem qui dotem promisit compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis. Nec probe dici in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. 1) Alia causa es eius, que pignus accipit ad eam summam, quam intra diem certum numerasset, ac forte prius, quam numeraret, alii res pignori data est*» (*Pap. 8 quaest.*).

para el arrendador hasta el pago de los alquileres, y antes de las calendas de julio pignoró ese mismo esclavo a otro acreedor por una cantidad prestada. Habiendo sido consultado <Juliano> si el pretor debe proteger al arrendador contra este acreedor si reclama el esclavo Eros, respondió que sí, pues aunque el esclavo fue pignorado cuando todavía no se debía nada por el arriendo, sin embargo, como ya entonces el arrendador tenía derecho a que no se pudiera extinguir sin su consentimiento la prenda sobre el esclavo Eros, su derecho debe ser tenido como preferente» (*Afric. 8 quaest.*) (128).

En este caso el arrendatario pignora un esclavo en garantía del pago de la renta. Antes de que llegue la fecha en que el arrendamiento comenzará a surtir efecto y, por tanto, antes de que haya vencido el pago de la renta, el arrendatario pignora ese mismo esclavo a otro acreedor por una cantidad prestada. La cuestión que se suscita es si, aunque el esclavo fue pignorado cuando todavía no se debía nada por el arriendo, debe proteger el Pretor al arrendador. Y la respuesta es positiva: su derecho será tenido como preferente frente al del prestamista.

Como puede observarse, la constitución de una segunda prenda a favor de un tercero no determina el vencimiento anticipado de la obligación garantizada. Sin embargo, en un texto parece disponerse lo contrario. Se trata de D. 20, 1, 14 pr.:

«Se plantea la cuestión de si se permitirá que el acreedor reclame de terceros los objetos pignorados antes de que venza el plazo del pago de la pensión debida: y creo que sí hay que dar la persecución de la prenda, en atención al interés que tengo, y así lo escribe Celso» (*Ulp. 73 ed.*) (129).

Se trata, no obstante, de un pasaje sumamente oscuro, pues nada se dice sobre la cuestión planteada, y la justificación que se da para que el acreedor pignoraticio pueda reclamar los objetos pignorados antes de que llegue el día en el cual se debía pagar la pensión, es en

(128) D. 20, 4, 9 pr.: «*Qui balneum ex calendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur: idem ante calendas Iulias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori debet. Consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem locatorem praetor tueri deberet, respondit debere: licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potius eius causam habendam*» (*Afric. 8 quaest.*).

(129) D. 20, 1, 14 pr.: «*Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea: et ita Celsus scribit*» (*Ulp. 73 ed.*).

exceso simple: el interés del propio acreedor. Creemos que el texto puede interpretarse de la siguiente manera. El deudor, en garantía del pago de la pensión, constituye prenda sobre determinados objetos, pero éstos se encuentran en poder de terceros o han sido, después de constituida la prenda, enajenados. En este supuesto el acreedor puede reclamar los bienes de aquellos que los posean, aun antes de que llegue el día de pago de la pensión. Pero tal reclamación no tiene por objeto la enajenación de los bienes dados en prenda, sino la entrega de los mismos al acreedor a efectos de constituir la prenda. En consecuencia, no se trataría de un supuesto de vencimiento anticipado de la obligación garantizada.

8. Recapitulación.—En Derecho romano se formula con claridad el principio general en virtud del cual el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación antes de que llegue el día. Y no existen excepciones a este principio con base en el peligro que determinadas situaciones o conductas del deudor pudieran suponer para el crédito, aplicables a todo tipo de obligaciones. Todo lo más es posible encontrar textos aislados que, con carácter muy limitado, disponen la posibilidad de exigir anticipadamente. Se trata, fundamentalmente, de D. 24, 3, 15 respecto a la restitución anticipada de la dote, y CJ. 4, 9, 1 en cuanto a la obligación contraída con el Fisco. Y textos oscuros, susceptibles de múltiples interpretaciones, entre las cuales cabría incluir el establecimiento de supuestos de vencimiento anticipado. Es el caso de D. 5, 1, 41 y D. 20, 1, 14 pr.

II. DERECHO HISTORICO CASTELLANO

9. Aspectos generales relativos al término en el Derecho histórico castellano:

a) *El término y la condición. Distinciones.*—Frente al silencio del Fuero Juzgo y del Fuero Real, las Partidas establecen, con gran claridad y precisión, la posibilidad de que las obligaciones se configuren como puras, a término o sometidas a condición.

Partida V, tít. XI, ley XII.—«Quantas maneras son de promisiones (130).

(130) Las leyes de Partidas hablan de *promisiones* o *estipulaciones*, pues siguen un criterio formalista en la creación de obligaciones (tít. XI, Partida V, que tiene su antecedente en el tít. XI, Libro I del Fuero Real), heredado del Derecho romano, que

Valederas promisiones pueden ser en tres maneras. La primera es, quando alguno promete a otro, de dar o de fazer alguna cosa, non poniendo condicion nin señalando dia, para complir aquello que promete; e esta promission es llamada en latin pura (131). E la segunda es, quando la promission es fecha a dia señalado; e esta es llamada en latin *promission in diem*: e puedese fazer aun tal prometimiento como este, a dia que se non pueda señalar ciertamente; como quier que aquel dia ha de ser en todas guisas. E esto seria, como si el que fiziesse la promission, dixesse assi: Yo vos prometo, que vos den mis herederos, o que fagan tal cosa, el dia que yo finare. E como quier que atal dia non se puede señalar ciertamente, a la sazón que el faze la promission; pero señalese el dia que muere: por tal promission como esta fincan los herederos obligados, de aquel que la faze, e son tenudos de la complir. E aun dezimos, que podria prometer vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa, ante que fine, o depues. E por tal promission con esta fincan otrosi obligados sus herederos, e son tenudos de la complir. Fueran ende, si ouiesse prometido, de fazer la cosa por sus manos mismas, e non por otro. Ca entonce no valdria la promission, si el finasse ante que la cumpliesse. La tercera manera de promission valedera es, como quando promete vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa so condicion; e esta es llamada en latin *promission condicional*: e fazese de esta guisa, diziendo assi: prometo a fulan, de dar, o de fazer tal cosa, si tal naue viniere de Marruecos a Seuilla; o de otra manera semejante desta, que puede ser que se cumplira la condicion, o non. E aun dezimos, que esta promission condicional se faze en otra manera; como si dixesse el que la faze: Prometo de dar o de fazer tal cosa, si han fecho Papa a fulan; o en otra manera semejante destas, que pertenezca, o que sea fecha, a tiempo passado. E esta condicion non es de tal natura, como la primera que es del tiempo por venir: porque en esta que es el tiempo passado, maguer que aquel que la faze, non sabe si es verdad aquello so que faze la condicion, luego que la faze finca por ello obligado, si es verdad; o si non, finca desobligado. Mas en la otra non es assi; que non puede ser obligado, nin desobligado por ella, fasta que se cumpla lo que señalo. E si acaesciesse que se cumpla aquella que dixo, finca entonce obligado. E si non se cumple la condicion, entonce non vale la promission (132).»

no desaparecerá hasta el conocido texto de la ley única, tít. XVI del Ordenamiento de Alcalá (año 1348), recogido en la ley II, tít. 16, Libro V de la Recopilación y en la ley I, tít. I, Libro X de la Novísima Recopilación.

(131) Para el supuesto de que la estipulación sea pura se establece en Partida V, tít. XI, ley XIII la determinación judicial del plazo para cumplir la obligación.

(132) También los legados podían ser puros, a término o bajo condición: Partida VI, tít. IX, ley XXXI. En este texto, al igual que ocurre en Partida V, tít. XI, ley XII, se distingue perfectamente entre término y condición, superando las contradicciones del Derecho romano en este punto. Así, se considera condicional el legado que se deja para

Este texto de Partidas es sin duda fruto de la evolución doctrinal que, sobre la base de los textos romanos, se desarrolla por los glosadores y comentaristas. Frente a la inseguridad de la distinción romana entre término y condición, la ley citada traba unos criterios claros y acertados: son obligaciones a término aquellas en que el día es incierto, no se puede señalar con seguridad, pero ha de llegar necesariamente, como el día de la muerte del promitente. No se produce, pues, la asimilación romana entre el *dies incertus* y la *conditio*.

En otros dos puntos se separa esta ley de Partidas de sus antecedentes romanos. Por un lado, en la admisión de las estipulaciones para después de la muerte, o para el día de la muerte, o para el día antes de la muerte del promitente (133), estipulaciones éstas que, como vimos, no se admitieron en el Derecho romano clásico y muy limitadamente en el justiniano.

En segundo lugar, se admite la condición de pasado (134), pero distinguiéndola de la de futuro en cuanto a sus efectos. Así como la condición de futuro supone la inexistencia de la obligación hasta su cumplimiento, la de pasado determina que el promitente se encuentre desde el mismo momento de la promisión obligado —o no obligado— si el evento pretérito que las partes desconocen había tenido lugar.

Esta distinción entre condiciones de futuro y condiciones de pasado permite afirmar que para el legislador de Partidas las obligaciones a término existen desde un primer momento, aunque su cumplimiento quede diferido. Si así se considera que ocurre en las obligaciones sometidas a condición de pasado, recayendo la incertidumbre sobre si la obligación existirá desde el momento de la estipulación o no existirá nunca, con más razón debe afirmarse de las obligaciones a término, en que el día llegará necesariamente (135).

cuando el legatario cumpla catorce años, pues puede no llegar a tal edad. Sin embargo, D. 36, 2, 22 considera ese mismo legado como a término.

(133) Salvo si la obligación tiene carácter de *intuitus personae*.

(134) Prohibida en Inst. 3, 15, 6.

(135) Es lugar común, y nos atreveríamos a decir que unánime, entre los tratadistas de nuestro Derecho histórico, considerar que el término no suspende las obligaciones, sino que sólo difiere su cumplimiento. Así encontramos tal aseveración en GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, 5.ª ed., tomo II, Madrid, 1855, pág. 149; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 3.ª ed., tomo IV, Madrid 1877; VISO SALVADOR DEL: *Lecciones elementales de Derecho civil*, tomo III, de las obligaciones, 4.ª ed., Valencia, 1879, pág. 64; BARRERA MONTENEGRO, J. M.ª DE LA: *Nociones de Derecho civil, mercantil y penal*, Valladolid, 1881, pág. 424; y ESCRICHE, JOAQUÍN: voz «plazo», *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, 2.ª ed., tomo III, Madrid, 1845, pág. 321.

b) *Efectos del término.*—Consecuencia de la consideración anteriormente apuntada, esto es, que la obligación existe antes de la llegada del término, es la posibilidad de pagar anticipadamente; posibilidad que ya se establecía en el Fuero Juzgo respecto de las obligaciones garantizadas con prenda.

Libro V, tít. VI, ley IV.—«Si el penno non es rendido pues que la debda quieren pagar, ó el precio.

Si aquel que dió el penno por debdo al plazo quisiere pagar la debda, hy el tenedor del penno non quisiere dar su penno, ó sil vendiese su penno ante del tiempo que es suso dicho, ó sil metiere en sul pro, ó si no lo quisiere mostrar, quien lo tiene entegue el penno al sensor, é demás peche la meytad de quanto valie del penno á su sensor.»

E idéntico principio se sienta en el Fuero Real, también respecto de las obligaciones garantizadas con prenda.

Ley III. tít. XIX, Libro III Fuero Real: «Como pagando el deudor la deuda, le debe ser tornada la prenda.

El que tuviere peños de otro à plazo, si el dueño de los peños quisiere pagar el deudo al plazo, ò antes del plazo, dele su peños, è resciba su deudo: è si antes del plazo, ò del tiempo que manda la Ley los vendiere, ò los usáre, à daño de los peños, ò no los entregáre al plazo por alguna malicia, sea tenuto de dar la valfa de los peños, è la meitad mas de quanto valfa.»

Cabría preguntarse, a la vista de estos dos textos, si sólo respecto a las obligaciones con garantía real se concebía como posible el pago anticipado. Tal podría interpretarse teniendo en cuenta que estas leyes se refieren únicamente a ese tipo de obligaciones. Sin embargo, la preocupación del legislador va por otros derroteros. Se trata de establecer la sanción que corresponde al acreedor pignoraticio que no entrega los bienes dados en prenda, o que los vende antes del plazo, o causa daño en ellos. Pero creemos que la posibilidad de pagar anticipadamente es común a todo tipo de obligaciones, como se pone de relieve en la ley XVII, tít. XI, Partida V:

«Del prometimiento que es fecho so condicion, e a dia señalado.

A dia cierto, so condicion prometiendo vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa; maguer se cumpla la condicion, non es tenuto por esso el que fizo la promission, de la cumplir *si non quisiesse*,

(136) Como señala MARTÍ DE EIXALA, en la nota que añade a la glosa 87 de GREGORIO LÓPEZ (SANPONS Y BARBA, I., MARTÍ DE EIXALA, R., y FERRER Y SUBIRANA, J.: *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López...*, tomo III, Barcelona, 1843, págs. 238 y 239), la ley dice: «A dia cierto, so condicion prometiendo». Tomadas estas palabras en su

fasta que venga el dia que señalo, a que la cumpliesse, o la deue complir... (136)»

Y en la ley XVI, tít. XII, Partida V:

«...Otro si dezimos, que si el fiador, o sus herederos pagassen la debda, que eran tenudos de pagar, de su voluntad, sin juyzio, e sin premisa ninguna; que tambien es tenuto aquel por quien entro fiador, de darles lo que assi pagaron, como si lo ouiessen pagado por premia que les ouiessen fecho por juyzio. Pero si acaesciesse, que lo pagassen ante del plazo, non lo pueden demandar fasta el dia que señalaron para pagarlo.»

Precisamente porque la obligación existe no se puede repetir lo anticipadamente pagado en las obligaciones a término, como expresa claramente la ley IX, tít. XX, Libro III del Fuero Real:

«Como la pena se ha de pagar por rata.

Todo home que fuere tenido de pagar deuda à plazo con pena, si paga alguna cosa del deudor ante del plazo, ò en plazo, no le puede despues demandar à aquel à quien habie de pagar toda la pena por lo que fincó de pagar...»

Y en el mismo sentido la ley XXXII, tít. XIV de Partida V, al hablar de condiciones que necesariamente ha de cumplirse y que no son más que términos:

«Como se puede reuocar la paga, que fiziessen de debda que fuesse fecha so condicion.

De tal natura seyendo la condicion que pusiessen en algun pleyto, que fuesse en dubda si se cumplira, o non, como si dixesse: Prometo de pagar tantos marauedis, si tal naue viniere a Seuilla; si pagasse los marauedis en ante que se cumpliesse la condicion, bien podria demandar que gelos tornassen. E esto es, porque podria acaecer por auentura, que se non cumpliera la condicion: mas si la condicion fuesse de tal natura, que en todas guisas se cumpliria, como si dixese: Prometo de vos dar tantos marauedis, si me muriere; o en otra manera semejante destas; si los marauedis pagasse en su vida, non los podria despues demandar que la paga fuesse fecha:

sentido riguroso, debemos concretarlas al caso en que haya término y condición, de modo que el primero no forme parte de la segunda; por ej., se prometió dar mil pesos dentro de un año, si la nave llegaba de Asia; y no podrá la ley aplicarse a las promesas en que el término es circunstancia de la condición misma, como si se dice «te daré mil pesos si dentro de un año la nave llega de Asia». Por tanto, se establece en esta ley que cumplida la condición, pero no llegado aún el término, no se puede pedir, pero si puede el deudor pagar, si quiere hacerlo. En el mismo sentido se pronuncian GOMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho Civil...*, cit., pág. 150.

porque cierta cosa es, que la condicion se cumpliria en todas guisas (137).»

El día señalado tiene el deudor obligación de cumplir, en lo cual ponen especial énfasis las leyes del Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas. Así se establece respecto de las obligaciones garantizadas con prenda en la ley III, tít. VI, Libro V del Fuero Juzgo, determinando el incumplimiento del plazo pactado la posibilidad de que el acreedor venda la cosa pignorada transcurridos diez días.

«El Rey Don Flavio Rescindo, rey de Dios.

De penno que es dado por debda.

El penno que es dado por debda, si ende fué fecho escripto de la debda hy el debdor prometió en aquel escripto que pagarie la debda al plazo, depues del plazo pasado fasta X. dias, el que o acrovó, deve guardar los pennos. E si el sennor del penno fuere à rayz, devel afrontar que pague su debda, é tome su penno. E si no la quisiere pagar, ó non viniere por negligencia al día del plazo, dallí adelante deve dar usuras. E si el debdor non viniere é non pagare la debda en aquellos X. dias assí cuemo es de suso dicho, entonz el acreedor, é quanto asmaren él hy tres omnes buenos, por tanto lo venda: hy el acreedor tome el penno quantol deve dar el sennor por penno, hy los demas réndalo al sennor del penno (138).»

En el mismo sentido se manifiesta la ley I, tít. XIX, Libro III de Fuero Real:

«Ley primera.

Todo home que tuvier peños por alguna cosa que venda, tengalos fasta el plazo: è si los tomare sin plazo, tengalos treinta dias: è si al plazo que puso à los treinta dias no los quitáre, afruente al dueño de los peños, con testigos, que los quite: è si los no quitáre fasta tercer dia, vendalos con testigos de tres homes buenos, con mandato del Alcalde concejaramente, à quien mas diere por ellos, y entre-

(137) Frente a la precisión mostrada por la ley XII, tít. XI, Partida V al distinguir entre término y condición, la ley XXXII, tít. XIV, Partida V vuelve a las imprecisiones propias de los textos romanos en este punto al hablar de condiciones que necesariamente han de cumplirse, lo cual pone de manifiesto SALA BAÑULS, J.: *Ilustración del Derecho Real de España*, 2.^a ed., tomo I, Madrid, 1820, pág. 361.

(138) En el supuesto de que las partes no hubieran convenido ningún plazo para pagar la deuda, la ley XLII, tít. XIII, Partida V establece la posibilidad de vender la cosa dada en prenda a los doce días, si es mueble, o treinta, si inmueble, desde que el deudor es requerido de pago por el acreedor. Si entre deudor y acreedor pignoraticio se pactó la prohibición de enajenar la cosa dada en prenda, es necesario que el acreedor requiera al deudor de pago tres veces y espere dos años antes de proceder a la venta de la misma en almoneda.

guese de lo que ha sobre ellos, è de lo que debiere haber de mision, ò de pena alguna, si la pusiere con él, ò puso que sea con derecho; è lo demas delo à su dueño: è si no fuere en la tierra el dueño de los peños de guisa que no le pueda forntar, pasado el plazo, y el tercer dia venda los peños asi como sobredicho es.»

Y la ley XLI, tít. XII, Partida V:

«Como, e quando puede vender la cosa empeñada, el que la tiene a peños, si lo pudiere fazer por postura.

Ponen pleytos a las vegadas los omes vnos con otros, quando reciben la cosa a peños, que si aquellos que los empeñan, non los quitaren fasta el tiempo, o dia cierto, que despues los puedan vender. E porende dezimos, que si tal pleyto es puesto quando obligo la cosa a peños, e aquel que la empeña non la quita fasta el dia que señalaron, que dende adelante bien la puede vender el que la tiene a peños, o su heredero, en aquella manera que fuesse puesto el pleyto quando gela empeñaron. Empero, ante que la venda, lo deue fazer saber al que gelo empeño, si fuere en el lugar, de como la quiere vender, e si la non y fuere, deuelo dezir a aquellos que fallare en su casa. E si este que la tiene a peños lo fiziesse assi, o non lo puidiere fazer por alguna razon, entonce puede vender publicamente la cosa quel fue assi empeñada. E tal vendida se deue fazer en el almoneda a buena fe, en sin engaño. E si por aventura mas valiere de aquello porque el la tiene a peños, lo demas deuelo pagar alque gela empeño. Otrosi dezimos, que si menos valiere, lo de menos, que gelo deue tornar aquel que empeño la cosa.»

Lo mismo sucede respecto de la deuda garantizada con fianza.

Fuero Real, Libro III, tít. XX, ley X: «Como el fiador puede pagar la deuda, aunque lo defienda el deudor, y depues gelo puede demandar.

Si el deudor que ha dado fiador de pagar à plazo no pagàre à plazo, el fiador puede pagar el deudo, maguer que gelo defienda el deudor, è pueda despues demandar aquel que le metió por fiador todo lo que pagàre por la fiadura (139).»

En el mutuo hay que devolver la cantidad prestada en el plazo señalado.

Partida V, tít. I, ley II: «Quien puede emprestar, e a quien, e que cosas.

Un ome a otro puede emprestar (...) Pero tenuto es de dar a aquel que gela presto, otra tanta, e atal, e tan buena como aquella

(139) Es necesario tener en cuenta que la ley XIV, tít. XVIII, Libro III del Fuero Real establecía la necesidad de que le fiador se obligara a un plazo determinado.

que le presto; maguer ningunas destas cosas non dixese señaladamente el que la emprestasse. E deuegela dar al plazo que pusieren entre si, quando la cosa fue prestada. E si el plazo non fue puesto, deuegela dar a voluntad del que la presto, diez dias despues que fue prestada.»

Al igual que en el comodato la cosa prestada.

Partida V, tít. II, ley IX: «Quando deue tornar el prestamo, aquel que lo rescibio; e que pena deue auer, si lo non fiziere.

Para seruicio cierto, o fatas tiempo señalado, rescibiendo alguno de otri, caualllo, o otra cosa semejante, emprestada; dezimos, que luego que el seruicio fuesse fecho, o el tiempo sea cumplido, tenuto es de la tornar a su señor: e non la puede tener desde en adelante como en razon de prenda...»

Y en el arrendamiento respecto de la cosa arrendada.

Partida V, tít. VIII, ley XVIII: «Que la cosa deue ser tornada a su señor, cumplido el tiempo de arrendamiento.

Complido seyendo el tiempo de arrendamiento, o del loguero, deue ser tornada la cosa, que assi fuesse dada, a su señor...»

Con carácter más general, respecto de todo tipo de obligaciones, hace hincapié la ley VIII, tít. XIV, Partida V, en la obligación del deudor de cumplir en el plazo pactado:

«Como deue ser fecha la paga que deue fazer el debdor, si non gela quisiere recibir el que la deue auer.

Plazos, e dias ciertos ponen los omes entre si, a que prometen de dar, o de fazer algunas cosas, vnos a otros. E porende dezimos, que cada vno es tenuto de dar, o de fazer, lo quel prometio, al plazo que fue puesto para ello. E non se puede escusar que non lo faga, maguer el otro non gelo demande...»

Por último, en la ley XXXV, tít. XI, Partida V, se establece la sanción que corresponde a aquel deudor que no cumple en el tiempo convenido:

«Que pena meresce, el que promete de dar, o de fazer alguna cosa a dia cierto, e non la dio, nin la fizo.

So cierta pena, e a dia señalado prometiendo vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa; si aquel dia non ouiere dado, o fecho lo que prometio, tenuto es de pechar la pena, o de dar, o de fazer lo que prometio, qual mas quisiere aquel que rescibio la promission. E non se puede escusar que lo non faga, maguer el otro nunca gelo ouiesse demandado. Otrosi dezimos, que so aquel que fizo la promission, non señalo dia cierto en que la deuiesse cumplir; e despues

desto, el otro le demandasse en tiempo conuenible, e en logar guisado, que le cumpliesse aquello que le auia prometido, e non lo quisiesse cumplir, podiendolo fazer; o seyendo tanto tiempo pasado, en que lo puediera fazer, si quisiesse; que de alli en adelante, seeria tenuto de le pechar la pena. Otrosi dezimos, que faziendo...»

Pero si los textos que acabamos de ver hacen hincapié en la necesidad de que el deudor se atenga a lo pactado respecto de los plazos, otro buen número de ellos sienta el principio de que le acreedor no puede exigir el cumplimiento antes de la llegada del día señalado (140). Tal es el caso de la ley IV, tít. XVI, Libro III del Fuero Real en relación en el comodato:

«Como no se puede pedir la cosa emprestada ante del tiempo en que se emprestó.

Ningun home no pueda demandar el emprestido que fizo à otri ante del plazo que puso con él, ò ante que sea cumplido aquello porque gelo emprestó: mas pasaso el plazo que es puesto, ò cumplido el servicio à que es emprestado, es tenuto de darlo à su dueño, en guisa que no gelo dé empeorado en ninguna cosa.»

Y la ley II, tít. XVII, Libro III del mismo Fuero respecto del arrendamiento de cosas:

«Como la casa que fuere alquilada por dineros, no se puede quitar fasta ser cumplida.

Si alguno logare su casa à otri à plazo, no la puede toller fasta el plazo, fuera si la quisiere refazer...»

Y con carácter más general, como en las Partidas suele ocurrir, la ley XIV, tít. XI, Partida V se refiere a todo tipo de obligaciones:

«Como non puede ser demandada la cosa que es otorgada por promission, fasta que venga el dia, o que se cumpla la condicion sobre que fue fecha.

A dia cierto, o so condicion prometiendo vn ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa; non es tenuto de complir la promission, fasta que venga aquel dia, o que se cumpla aquella condicion, sobre que fue fecha. E si por aventura muriesse algun dellos, ante que se cumpliesse

(140) Si relacionamos estos textos con los que hacen referencia a la posibilidad de que el deudor cumpla anticipadamente la obligación llegamos a la conclusión de que el Derecho hitórico español, aunque nada se dice al respecto, el plazo se consideraba concedido en beneficio del deudor, al igual que ocurría en Derecho romano, salvo cuando consta lo contrario. Esta es también la posición que mantienen GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho Civil...*, cit., pág. 150, con apoyo en la ley XIV, tít. XI, Partida V; VISO, SALVADOR DEL: *Lecciones elementales...*, cit., tomo III, pág. 65; y ESCRICHE, JOAQUÍN: voz «plazo», *Diccionario razonado...*, cit., tomo III, pág. 321.

la condicion, o que viniessse el dia a que lo deuieran cumplir; los sus herederos, de aquel que finasse, fincan en aquella misma manera obligados, paa cumplir lo que fue prometido; maguer viniessse la condicion, o el dia, despues de la muerte de qualquier dellos (141).»

Si se exige antes del plazo, el demandado puede defenderse con una excepción dilatoria. Como consecuencia, el deudor es protegido si resulta demandado antes del término. El Fuero Real establecía que al deudor al que se le exige antes de que llegue el día el Alcalde debe concederle, en perjuicio del acreedor, el doble del plazo que todavía restaba hasta aquél día.

Fuero Real, Libro II, tít. X, ley V: «Como debe el alcade doblar el plazo à aquel que fue demandado ante del plazo.

Quando alguno es tenuto à otro de facer cosa qualquier, ò de pagar algun deudo à plazo señalado, si aquel aqui es tenuto, ante del plazo lo demandáre, no sea tenuto de le responder; y el alcalde déle otro tanto plazo adelante, quantos días demandó ante del plazo que habia con él.»

Las Partidas, tras poner de relieve que el exigir antes del día supone *pluris petitio, tempore*,

Partida III, tít. II, ley XLII: «En quantas maneras ponen los demandadores en su demanda mas que non deuen.

Mas que non deuen, ponen los demandadores algunas vezes en sus demandas. E desto se deuen mucho guardar, porque se les torna mucho daño, e non en pro. E esto seria en quatro maneras. [...] La tercera, quando faze la demanda en el tiempo que no deue: como sei pidiesse que pagassen ante del plazo, a que le deuián pagar... (142)».

y sancionar con la misma duplicación del plazo que establecía el Fuero Real, más «las costas, e las misiones que el demandado fizo por esta razon»,

Partida III, tít. II, ley XLV: «Que mal vernia al demandador, por demandar su debda en lugar do non gela deuiessen pagar.

(...) Otrosi dezimos, que el demandador non deue ser oydo, quando fiziesse demanda en razon de debda, quel deuiessen, ante del plazo, a que gela deuen pagar. Mas el Judgador por pena deuel

(141) · En el mismo sentido, el texto, ya visto, de la XVII, tít. XI, Partida V.

(142) Para ORTIZ Y ARCE, D.: voz «Plus petición», *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo XXIV, Barcelona, 1910, pág. 831, esta ley define, inspirándose en el Derecho romano, los casos de *plus petitio*, pero sin deducir ni establecer después ninguna regla práctica; lo cual es cierto, pero omite que tal regla práctica se encuentra recogida en la ley XLV, tít. II, Partida III (vid. *infra*).

alongar el plazo otro tanto adelante, quanto el ante del plazo a que la deuiera demandar. E demas deuele fazer pechar las costas, e las misiones quel demandado fizo por esta razon.»

establece que el demandado puede defenderse mediante una excepción dilatoria, siempre que lo haga antes de contestar a la demanda, pero no después:

Partida III, tít. III, ley IX: «Por quales defensiones se puede escusar el Demandado de non responder a la demanda.

Defiendense los demandados a las vegadas de las demandas que las fazen, poniendo defensiones ante si, que son de tal natura, que aluengan el pleyto, e non lo rematan. E llamadas en latin dilatorias, que quiere tanto dezir como alongaderas. E son estas, como si algund ome fiziessse pleyto con su debdor, que los marauedis, o la cosa que le deuia, non gela pidiesse fasta tiempo, o dia señalado, e despues desso gelo demandasse en juyzio ante del plazo. O si emplazassen alguno delante de tal Judgador, de cuyo fuero non fuesse, o si la vna parte contradixesse la personeria que trae, non era complida segund derecho, e porende que non era tenuto de responder a la demanda, que le fazen; que atales defensiones como estas, o otras semanjantes dellas, poniendolas el demandado, ante que responda a la demanda, e aueriguandolas, deuen ser cabidas. Mas si despues que el pleyto fuesse començado por respuesta, las quisiesse poner alguno ante si, nol deuen ser cabidas. Otrosi dezimos, que si el Judgador entendiere, que el demandado pone a menudo maliciosamente defension ante si, por alongar el pleyto, que puede el Juez, dar vn plazo peremptorio al demandado, que ponga todas sus defensiones, ayuntadas en vno, e que las prueue. E si al plazo que le fuere puesto, non las prouare, o non las pusiere, que despues non deue ser oydo. Mas deude el Judgador yr adelante por el pleyto, assi como mandan las leyes deste Libro.»

Sin embargo, es posible encontrar en el Fuero Real y en las Partidas supuestos de vencimiento anticipado, excepciones a esa regla general de que no se puede exigir el cumplimiento de la obligación antes del día señalado. Intentaremos, al igual que hicimos al tratar del Derecho romano, encuadrarlas en los tipos recogidos en el art. 1129 del Código Civil, si bien no hemos encontrado ningún supuesto de vencimiento anticipado por no prestación de las garantías.

10. Supuestos de Vencimiento anticipado en el Derecho histórico castellano:

a) *Insolvencia del deudor.*—La insolvencia del deudor es tratada de distinta forma en cada uno de los textos que hemos venido seña-

lando, pudiendo apreciarse la evolución legislativa que supone el paso del primitivismo del Fuero Juzgo a la refinada elaboración de las Partidas (143).

En el Fuero Juzgo no se establece un sistema de concurso de acreedores similar a la *missio in bona* romana, sino que es preferido, entre todos los acreedores, aquél que primeramente demanda al deudor insolvente. Y si son varios los demandantes, ha de pagarse a cada uno según se le deba, pasando el deudor a ser siervo de aquellos acreedores a los que su patrimonio no alcance para pagar su deuda (144). Tal es lo que se establece en la ley V, tít. VI, Libro V:

«El Rey Don Rescindo.

Si algun omne es tenuto de muchas debdas ò de muchas culpas.

Si algun omne es culpado de muchas debdas ó de muchas culpas, aquel omne que primeramente ge lo demandare, ó mostrare por iuyzio, ó por prueba, ó por su confesion, á aquel deve primeramente fazer paga. E si vinieren muchos demandadores de so uno, deve fazer paga a cada uno segund quel deve; é si non, sea siervo de todos, hy el iuez deve saber á quien devie mas, ó á quien menos; e segund aquelo faga pagar á cada uno, é daquello que fincar faga pagar á los otros cuemo viere. E si non oviere onde pague á los otros debdores, deve ser siervo daquellos por la debda.»

Las deudas se pagaban según su cuantía, comenzando por la mayor y acabando, en su caso, por la menor. De ahí que el Juez tuviera que saber cuanto debía a cada acreedor el deudor (145). Sin embargo, nada se dice respecto a si los créditos tenían que estar o no vencidos.

El Fuero Real, por su parte, dispone la preferencia de aquel acreedor que encuentra al deudor huido, sobre los bienes que éste llevare. Respecto del resto de su bienes se establece un orden de prelación según la antigüedad de los créditos, es decir, según la fecha de perfec-

(143) Vid. COSSIO y CORRAL, A.: «Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas», *Revista de Derecho Privado*, 1953, págs. 4-4, respecto de la legislación medieval y la cesión de bienes.

(144) Cfr. GASSIOT MAGRET, J.: voz «quiebra», *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, Barcelona, 1910, tomo XXVI, pág. 517; ALEJANDRE GARCIA, J. A.: *La quiebra en Derecho Histórico español anterior a la Codificación*, Sevilla, 1970, págs. 5-6 y 45. Este autor expone de forma amplia y detallada la regulación en los distintos fueros de la prisión por deudas y la reacción contra esta medida, que comienza por el establecimiento de excepciones por razón de la persona y acaba con la supresión de la prisión por deudas (págs. 3 a 24).

(145) Cfr. ALEJANDRE GARCÍA, J. A. : *La quiebra...*, *cit.*, pág. 45.

cionamiento de la obligación (146). Tampoco en este caso se hace mención alguna del vencimiento de los créditos.

Fuero Real, Libro III, tít. XX, ley XII: «Como el acreedor que hobiere primero à su deudor, es mas privilegiado que los otros primeros.

Si home que es deudor à muchos fuyere de la tierra ante que pague, è alguno de aquellos que debe lo fuere à buscar, è lo truxere, aquel sea primeramente entregado del cuerpo de las cosas que truxere del deudor, maguer que el su deudo no sea lo primero: mas de las cosas que se falláren en otra parte, que le no truxere, sean entregados aquellos à quien debiere, ò es deudor, cada uno segun que el deudo fue primero. E otrosí, sean entregados del cuerpo del deudor, é de las cosas que truxo, despues que aquel que lo truxo fuese entregado de lo suyo, maguer que lo haya trahido asegurado à él, y à sus cosas de los otros; pero si el que lo truxo lo embiáre, ò lo defendiere, no sea tenuto de responder à los otros por él, si él no le embió, ò no le defendió, debe dandogelo el Alcalde.»

Finalmente, las Partidas distinguen según sean los acreedores quienes soliciten el pago de las obligaciones o el deudor el que desampare los bienes. Con ello se acogen los procedimientos romanos de la *missio in bona debitoris* y la *distractio bonorum*.

En el primer supuesto, si uno sólo de los acreedores exige judicialmente el cumplimiento y recae sentencia a su favor, obtiene el pago de la deuda, aunque su crédito sea posterior. Pero si todos o algunos de los acreedores demandan conjuntamente y obtienen sentencia, siendo el patrimonio del deudor insuficiente para pagar a todos ellos, cobrará cada uno en proporción a su crédito. -

Partida V, tít. XIV, ley XI: «A quien deue ser fecha la paga primeramente en los bienes del debdor, quando las debdas que demandan, son de vna natura, e sin peños.

Sacan debdas alguns vegadas los omnes vnos de otros, non obligando sus bienes, nin parte ellos, mas conociendo la debda tan solamente por carta, o ante testigos, o en juyzio. E tal debdo como este es llamado en latin, *debitum personale*; que quiere tanto dezir, como debda que es obligada la persona del que la faze, e non sus bienes en todo, ni en parte. E porende dezimos, que alguno ouiesse a dar a muchos, debdos que fuessen desta natura, que qualquier dellos que demandasse su debdo por juyzio, e por quien fuesse dada sentencia primeramente contra el debdor, aquel deue ante ser paga-

(146) Cfr. ALEJANDRE GARCÍA, J. A. : *La quiebra...*, cit., pág. 47.

do, que ninguno de los otros, maguer el su debdo fuesse el postrimero. E los otros, a quien deuia algo este debdor sobredicho, non han demanda ninguna contra aquel que vence su debda. Mas si todos los otros, o parte dellos, demandassen su debdo otrosi por juyzio, e fuesse dada sentencia contra el debdor, en un tiempo por todos, o por alguna partida dellos; entonces, si de los bienes del debdor non pudiesen ser pagadas las debdas, deuenlos compartir entre aquellos por quien fue dada la sentencia, dando a cada vno dellos mas, o menos, segund la quantia de due auer. Pero si entre los bienes de tal debdor como este fuesse fallada alguna cosa agena, quel ouiesse dado alguno en guarda, en suo dezimos quel finque a su señor, e que los debdores non gelo pueden embargar.»

En el segundo supuesto, desamparando el deudor sus bienes para que con ellos se hagan pago los acreedores, deben cobrar éstos en proporción a sus respectivos créditos, salvo que algunos de ellos estén garantizados con prenda o hipoteca, en cuyo caso resultan privilegiados.

Partida V, tít. XV, ley II: «Como se deuen partir los bienes del debdor, quando los desampara, entre aquellos a quien deue algo.

De una manera, o natura, seyendo todas las debdas que ha de pagara aquel que desampara todos sus bienes, estonce deue el Judgador partir entre ellos los marauedis, porque fueren vendidos los bienes del, dando a cada vno dellos segun la quantia que deuia auer, mas, o menos. Mas si las debdas non fueren todas en vna guisa, porque algunos de los que las deuen auer, ouissen mejoría que los otros; como si les fuessen obligados primeramente, o ouiesen otro derecho alguno por si contra tales bienes, en la manera que diximos en el Titulo de los Peños; estonce deuen ser pagados primeramente estos debdos atales, maguer que para los otros non fincasse ninguna cosa, de que los entregassen. Pero si el debdor que ouiesse asi deamparado lo suyo, dixesse, ante que fuessen vendidos todos sus bienes, que los queria cobrar, para fazer paga a sus debdores, o para defenderse luego con derecho contra ellos, estonce non deuen vender ninguna cosa de lo suyo; ante dezimos, que deue ser oydo.» (147).

(147) A los mencionados textos del Fuero Juzgo, Fuero Real y Partidas hay que añadir, respecto al concurso de acreedores en nuestro Derecho histórico, las leyes II y X del Fuero Viejo de Castilla; la XII de las Leyes Nuevas; la IV, tít. XVIII del Ordenamiento de Alcalá; la ley LXXIX de las de Toro; la V, tít. XIII de las Ordenanzas Reales de Castilla; las leyes V, VII y VIII, tít. XVI, Libro V de la Nueva Recopilación; y las leyes I y IV, del tít. XXXIII, Libro II, ley II, tít. XXXIII, Libro VI, y ley III, tít. XXXIII, Libro XIX de la Novísima Recopilación. Para RIVES MARTI, F. DE P.: voz «Concurso de acreedores», *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo VIII, Barcelona, 1910, págs. 110 a 114, con base en todas estas leyes y algunas otras relativas a prelación de créditos, existían en nuestro Derecho cuatro clases de concurso, de caracterís-

Aunque ninguno de los textos anteriormente referidos en torno al concurso de acreedores establezca que los créditos que van a ser pagados con la liquidación de los bienes del deudor insolvente tengan que estar vencidos, tampoco se establece un principio de vencimiento anticipado de las obligaciones del deudor insolvente sometido a concurso. Sin embargo, es posible encontrar en el Derecho Real de Castilla supuestos que guardan semejanza con la pérdida del beneficio del término por insolvencia del deudor. Estos son los siguientes:

a) La restitución de la dote.—Al regular la dote, las leyes de Partidas siguen los principios que rigieron el Derecho romano en este punto (148), especialmente los del Derecho justiniano. La dote se configura como medio para hacer frente a las cargas del matrimonio y formando parte del patrimonio de la mujer (ley I, tít. XI, Partida IV). Se distingue entre dote adventicia y dote profecticia (ley II del mismo título y Partida) y entre dote apreciada e inapreciada (por estimada e inestimada, leyes XVIII y XIX), y se establece quiénes están obligados a constituir la dote (ley VIII). Del mismo modo, se dispone, al igual que para las obligaciones y los legados, que la dote puede constituirse puramente, a término o bajo condición (ley XII).

Al constituirse la dote para el levantamiento de las cargas del matrimonio, cuando éste se disuelve, bien en vida de los cónyuges, bien por muerte de uno de ellos, deja de tener sentido y, en consecuencia, se decreta su restitución (149). Para el caso de que el matrimonio no se disuelva por muerte, sino que se declare nulo por existir impedimento dirimente, la ley XXVI, tít. XI, Partida IV dispone cómo han de repartirse los frutos obtenidos de los bienes dotales. Por su parte, la ley XXX determina a quién debe ser entregada la dote si muere la mujer, y la ley XXXI cuándo debe ser entregada la dote a los herederos de la mujer.

En todos los supuestos la disolución del matrimonio es requisito para la restitución de la dote, de la que la mujer —o su padre, o sus herederos— es acreedora. Sin embargo, en un supuesto concreto, recogido en

ticas bien distintas entre sí: a) cesión de bienes; b) concurrencia o pleito de acreedores; c) espera o moratoria, y d) remisión o quita. Esta pluralidad de tipos dio lugar a abusos por la ausencia de preceptos que determinasen concretamente el procedimiento que había de seguirse en cada una de dichas cuatro clases de concursos. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 puso fin a todo ello.

(148) No hacemos referencia al Fuero Juzgo ni al Fuero Real porque estos textos legales siguen la concepción germánica de que es el marido quien *dota* a la mujer, y no al contrario, de manera que no hablan de dote, sino de arras. Al respecto puede verse lo que señalan MARICHALAR, A. y MANRIQUE, C.: *Recitaciones del Derecho civil de España*, tomo I, Madrid 1915, págs. 283 y 284.

(149) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho Civil...*, cit, tomo I, pág. 248.

la ley XXIX, tít. XI, Partida IV, la mujer puede pedir que se le entreguen los bienes dotales durante el matrimonio, es decir, anticipadamente; esto sucede cuando el marido disipa sus bienes, «de manera que entendiese la muger, que venia el marido a pobreza por su culpa»:

«Si puede la muger demandar la dote que dio al marido, mientras durare el Matrimonio.

Baratador, e destruidor seyendo el marido de lo que ouiere, de manera que entendiese la muger, que venia el marido a pobreza por su culpa; assi como si fuesse jugador, o ouiesse en si otras malas costumbres, por que destruyesse lo suyo locamente; si temiere la muger, que le desgastar, o le mal metera su dote, puedele demandar por juycio, quel entregue della; o quel de recabdo, que la non enajene; o que la meta en mano de alguno, que la guarde, e que gane con ella derechamente, e de las ganancias guisadas, e honestas, que les de dellas onde biuan. E esto puede fazer en esta manera, maguer dure el matrimonio. Mas si el matrimonio fuesse de buena prouision, en aliñar, e endereçar lo que ouiesse, e non malmetiesse lo suyo locamente, segund que es sobredicho, maguer viniesse a pobreza por alguna ocasion, nol podria la muger demandar la dote mientras que durasse el matrimonio. E en tal razon como esta se entiende lo que dize el derecho: que la muger que mete su cuerpo en poder de su marido, quel nol deue dasapoderar de la dote quel dio» (150).

Por tanto, la mujer puede pedir que se le entreguen los bienes dotales, o su estimación; puede pedir que se le afiance la devolución, y, por último, puede pedir el secuestro de tales bienes para evitar su enajenación por el marido. Sin embargo, el texto del Código alfonsoniano deja claro que esta posibilidad sólo cabe cuando la temida pobreza del marido se deba a su culpable comportamiento, no cuando sea fortuita. En definitiva, más que la simple insolvencia, es su reprochable conducta lo que faculta a la mujer para pedir la restitución anticipada de la dote (151).

(150) Como puede apreciarse, esta ley de Partidas tiene como antecedente inmediato el pasaje de Ulipiano recogido en D. 24, 3, 24 (Vid. supra). También se recoge este supuesto en la ley I, tít. IX, Partida III.

(151) Cfr. MARCOS GUTIÉRREZ, J.: *Librería de escribanos, abogados y jueces... (Febrero reformado y anotado)*, Parte primera, tomo II, 5.ª ed., Madrid, 1819, págs. 128-129: «Si la muger conoce que su marido disipa su dote, y viene á inopia por su culpa, puede demandarle judicialmente para que se le entregue, ó afiance por su responsabilidad, ó para que se deposite en persona lega, llana y abonada, y se le suministren los frutos para sus alimentos, á lo cual debe deferir el juez; mas no le compete esta accion, cuando la deterioracion ó menoscabo no es por culpa de su marido; bien que en todos casos se le admite la demanda, especialmente si éste tiene otros acreedores, para que no quede indotada». En este sentido dice GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales...*, cit., tomo I, pág. 493, que esta ley de Partidas es algo más humana que el Derecho

b') El peculio adventicio.— Con base en la ley V, tít XVII, Partida IV, nuestro Derecho histórico conoció, por su procedencia, cuatro tipos de peculio (152): profecticio, adventicio, castrense y cuasicastrense (153).

El peculio profecticio era el formado con lo ganado por los hijos con los bienes de sus padres, perteneciendo a éstos mientras aquéllos estuvieran sujetos a su patria potestad (154). Peculio adventicio era e procedente de adquisiciones hechas por los hijos sin relación a sus padres, por el trabajo de sus manos, ejercicio de profesión, oficio o ciencia, legado, herencia materna o de parientes por la misma línea, invención de algún tesoro, o de alguna otra cosa por aventura. Respecto de este peculio la propiedad es del hijo, pero el usufructo corresponde al padre (155). Los peculios castrense y cuasicastrense son una variante del adventicio, en cuanto forman parte de ellos bienes no procedentes del padre. Sin embargo, sobre los mismos tiene el hijo la plena propiedad, de manera que puede en vida disponer libremente de ellos, sin que el padre ni otro pariente pueda alegar derecho alguno sobre los mismos (156). Se llama peculio castrense al formado por lo que adquiere el hijo de la familia procedente de la milicia o con

romano y los modernos códigos, que limitan las facultades del marido siempre que haya peligro, tenga o no tenga culpa. Por otra parte, la devolución de los bienes dotaes tiene precisamente como fin el salvar el concepto mismo de dote, es decir, se pretende con ella que la dote siga sirviendo para cubrir las necesidades de la sociedad conyugal. Cfr. MARICHALAR, A. y MANRIQUE, C.: *Recitaciones...*, cit., tomo I, págs. 348 a 357.

(152) Definen el peculio MARICHALAR, A. y MANRIQUE, C.: *Recitaciones...*, cit., tomo II, pág. 156, como el «conjunto o reunión de cosas que pertenecen a los hombres o personas que están sujetas al poderío de otro».

(153) La mencionada ley de Partidas sólo hace referencia a tres tipos, agrupando en uno sólo los peculios castrense y cuasicastrense, lo cual es valido en cuanto que ambos producen los mismos efectos, pero no si atendemos al origen de los bienes que forman cada uno de ellos. Cfr. MARICHALAR, A. y MANRIQUE, C.: *Recitaciones...*, cit., tomo II, pág. 158.

(154) Así se expresa en la citada ley V: «... aquello que ganan los fijos con los bienes de los padres, e tal ganancia como esta llaman en latín *Profectitium peculium*. Ca quanto quier que ganau desta manera, ó por razon de sus *patres*, todo es de los padres que los tienen en su poder...»

(155) Como indica la mencionada ley V: «... Ca de las ganancias que ficiesse el fijo, por cualquier destas maneras, que non soliessen de los bienes del padre nin su abuelo, deue ser la propiedad del fijo, que las gano, e el usufructo, del padre en su vida, por razon del poderío que ha sobre el fijo. Es esta ganancia llaman en latin *Aduentitia*, porque viene de fuera, en por los bienes del padre. Pero el padre dezimos que deue defender e guardar estos bienes aduenticios de su fijo en toda su vida, tambien en juyzio como fuera de juyzio...»

(156) Cfr. Ley VI tít. XVII, Partida IV y VISO SALVADOR DEL: *Lecciones elementales...*, cit., tomo I, pág. 61. Lo mismo expresa la ley V, tít. V, Libro IV, si bien manifiesta que de lo ganado por el hijo corresponde un tercio al padre si aquél vive con éste. En el mismo sentido, la ley XV, tít. XVIII, Partida IV concede al padre, aun después de

ocasión de ella (157), y cuasicastrense si los bienes se adquieren en el ejercicio de la enseñanza o en el desempeño de alguno de los oficios públicos, como juez, escribano u otro semejantes, o por donación que le hace el Rey (158).

Pues bien, respecto del peculio adventicio, al corresponder la propiedad al hijo y sólo el usufructo al padre, le están a éste prohibidas las enajenaciones, tal y como se expresa en la ley XXIV, tít. XIII, Partida V:

«Bienes han apartados los fijos, que son suyos propiamente, que los han de parte de su madre. E como quier que tales bienes como estos deuen ser en poder del padre, e puede esquilmar los frutos dellos, con todo esso, non los deue enagenar en ninguna manera. E si por aventura los enagenasse, fincarian por ende obligados, e empeñados al fijo los bienes del padre despues de su muerte, fasta que rescibiesse entrega dellos, de aquello que el padre ouiesse enagenado, o malletido. E si por aventura, en los bienes del padre non se pudiessse entregar, porque fuessen tan pocos, que no compliessen o que los ouiesse el padre embargados, o mal parados en alguna manera, entonces puede demandar sus bienes a quien quier los fallen, e deuenlos cobrar. E esto se entiende quando non quisieren heredar, nin auer parte en los bienes del padre. Ca si quisiessen heredar en ellos, entonces non podrian demandar los sus bienes propios a aquellos a quien los ouiesse el padre enagenado, segund que es dicho, porque todos los pleytos derechos que el padre ouiesse fechos serian tenudos de guardar, e de non venir contra ellos despues que fuessen herederos.»

En consecuencia, y para proteger el derecho del hijo a los bienes que son de su propiedad, los del padre quedan empeñados a favor del hijo, respondiendo de aquéllos que éste hubiese enajenado. Y si los bienes del padre fueran insuficientes para responder del perjuicio causado al hijo, puede éste reivindicar sus propias cosas contra cualquier poseedor. Sin embargo, ninguno de ambos derecho puede ser ejercitado por el hijo cuando consiente en ser heredero de su padre, porque está obligado a guardar y cumplir todas las obligaciones y contratos que hubiera adquirido y otorgado el causante (159).

haber emancipado al hijo, y en recompensa de la emancipación, la mitad del usufructo del peculio adventicio. Cfr. ISABAL, MARCELIANO: voz «patria potestad», *Enciclopedia Jurídica Española Seix, cit.*, tomo XXIV, pág. 495, y GARCIA GOYENA, F. y AGUIRRE, J.: *Febrero, o librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo I, Madrid, 1842, n.º 93, pág. 28, según el cual lo que se reserva el padre es la mitad del peculio adventicio y esto es por consideración a las utilidades que pierde y a la gracia que otorga al hijo.

(157) Cfr. Ley VI, tít. XVII, Partida IV.

(158) Cfr. Ley VII, tít. XVII, Partida IV. Todo lo que hemos señalado respecto a los peculios profecticio, castrense y cuasicastrense se encontraba ya, sin mencionar sus nombres, en la ley VII, tít. IV, Libro III del Fuero Real.

(159) Cfr. MARICHALAR, A. y MANRIQUE, C.: *Recitaciones...*, cit., tomo II, pág. 167.

Pero no es esa la única defensa que se concede al hijo respecto del peculio adventicio cuando resulta enajenado por el padre. La ley II *in fine*, tít. II, Partida III permite al hijo mayor de edad (160) exigir la entrega de los bienes adventicios «quando el padre gelo malgastasse o gelo malmetiesse», y si el hijo es menor de edad debe el Juez decretar el secuestro de esos bienes para evitar su dilapidación:

«Como el Demandador deue catar, a quien faze la demanda.

(...) Otrosi mandaron, que si el padre, o el abuelo, que touiesse en poderio al fijo, o al nieto, que ouiesse auido alguna cosa de otra parte, e non por razon de ninguno dellos; que si gelo desgastasse, o gelo malmetiesse; en tal razon con esta, bien podria el que estuuiessse en poder del otro, seyendo de edad, demandarle en juyzio, que le entregue de aquellos bienes. E si non ouiere edad complida, deue el Juez ante quien acaesciere este pleyto, escoger omes buenos, e sin sospecha, e darles en guarda aquellos bienes. Pero si el padre, o el abuelo fuere menguado, deuenle dar de las rentas, o de los frutos destos bienes, lo que fuere menester para en su vida, e lo alguardarlo para cuyo es: de guisa, que non gelo enagenen, nin gelo malmetan; mas que le finque en saluo, para acorrerse dello, assi como de lo suyo, quando le fuere menester.»

El usufructo que el padre tiene sobre el peculio adventicio de su hijo no se extingue hasta que éste sale de la patria potestad (161), salvo en este supuesto, en que el hijo recupera anticipadamente el disfrute de los bienes adventicios como consecuencia de la conducta del padre consistente en la enajenación de algunos de esos bienes. El padre, como usufructuario, está obligado a conservar los bienes adventicios por ser propiedad del hijo. Como hemos visto, respecto de los bienes enajenados la ley XXIV, tít. XIII, Partida V establecía que los del padre quedaban enbargados en garantía de su restitución y podía también el hijo reivindicarlos. Pero, además, y respecto de los bienes adventicios no enajenados, se extingue el usufructo del padre, y se extingue anticipadamente. Sin embargo, no es propiamente la insolvencia del padre lo que da lugar a esa extinción anticipada, sino su

(160) Con base en la ley II, tít. XIX, Partida VI la mayoría de edad se fijaba en los veinticinco años.

(161) La mayoría de edad no determinaba que el hijo saliera de la patria potestad. VISO, SALVADOR DEL: *Lecciones elementales...*, *cit.*, tomo I, págs. 230 y ss., al estudiar los modos de salir los hijos de la patria potestad distingue entre los casos en que ésta acaba, por muerte, profesión religiosa, ciertas dignidades a que ascendiere el hijo, matrimonio, adopción plena y emancipación, los casos en que se pierde, por alguna culpabilidad por parte del padre, y los casos en que se suspende por alguna incapacidad de peste o por haber sido sentenciado a una pena que lleve consigo la de suspensión de la patria potestad. En ninguno de estos casos la mayoría de edad alcanzada por el hijo determina el fin de la patria potestad.

irregular conducta, el que enajene bienes ajenos. Por tanto, estamos ante un supuesto muy similar al de la dote, que estudiamos con anterioridad, pues parece, igualmente, que el hijo no puede enajenar los bienes adventicios que recibe, por no haber salido de la patria potestad y por no poder ser considerado respecto de los mismos como un padre de familia —como ocurre con los peculios castrense y cuasicastrense— además de tener que atender con los frutos de tales bienes las necesidades del padre si no tiene otras rentas con que vivir (162).

c') La fianza.—La obligación dimanante de la relación de fianza tiene carácter accesorio respecto de la obligación garantizada, con lo cual no puede el fiador obligarse a más de lo que se obligó el deudor. Este carácter accesorio de la fianza viene recogido por la ley XIII, tít. XVIII, Libro III del Fuero Real:

«Todas las cosas que y tenuto el debdor, á todas es tenuto el fiador, é no á mas»

y por la ley VIII, tít. XII, Partida V:

Por mas que quanto es el debdor principal obligado, non se puede obligar el fiador; é si lo fiziere, non vale la fiadura, quanto en aquello que es demás. Este demás segun derecho puede ser en quatro razones. La primera es quando el que entra fiador por el otro, se obliga por mas de aquello que debia aquel a quien fia; esto seria, como si debiese cien maravedis é el otro entrase fiador por ciento é veinte, ó por quanto quier mas de los ciento; ca tal fiadura no valdria quanto en lo demas. La segunda es quando el debdor principal es obligado á dar aquella cosa en otro lugar mas grave: Ca entonce tal fiadura no vale. La tercera es quando el que debia la cosa era obligado á darla á tiempo cierto; é el que entra fiador por él, se obliga á dar á dos años é él entrase fiador por darla á un año: é atal fiadura no debe valer. La quarta es si el debdor principal era obligado a dar la cosa so alguna condicion: é el fiador se obliga á dar aquella cosa puramente: ca tal fiadura no valdria, porque se obliga en mas el fiador que el debdor principal.»

(162) Según MARICHALAR, A. y MANRIQUE, C.: *Recitaciones...*, cit., tomo II, pág. 179, los expositores del Derecho romano al tratar del peculio adventicio, y después de consignar que en él la propiedad corresponde al hijo y el usufructo al padre, reconocieron cuatro casos de excepción, siendo el último de ellos que el padre dolosamente malversase los bienes pertenecientes al peculio adventicio. Para comprender estas especialidades en una idea general distinguieron el peculio adventicio en regular e irregular, dando esta última calificación al que se encuentra en cualquiera de los cuatro casos, y examinaron si el adventicio irregular venía a parificarse con el castrense o cuasicastrense, decidiéndose por la negativa, porque, aunque al padre se le prive del usufructo, no se le considera al hijo, respecto de él, como padre de familia; no se le concede, por tanto, el hacer testamento.

Por tanto, el fiador no puede obligarse a más ni en la cantidad, ni en el lugar, ni en el término, ni respecto a la condición. En todo caso, puede obligarse a menos, lo que en relación con el término significa obligarse por un plazo mayor que el deudor principal (163). Consecuentemente, la insolvencia del deudor, que no da lugar, como regla general en nuestro Derecho histórico, al vencimiento anticipado de la obligación del fiador. Respecto de la fianza, la insolvencia del deudor lo que produce es la liberación del fiador, tal y como expresa la ley VIII, tít. XVIII, Libro III del Fuero Real (164):

«En qué casos puede el fiador ser sacado de la fianza.

El que fuere fiador por otro en alguna cosa, no puede demandar que lo quite de la fiadura ante que le peche, fuera si aquel por quien fió comenzare de malmeter, ò de enagenar lo suyo, ò si le fuere mandado por Juicio que lo pague, ò si fuere el plazo pasado à que lo hobo de quitar, ò si la fiadura no fuere fecha a plazo, è la no quitare fasta un año.»

Y la ley XIV, tít. XII, Partida V:

«Por que razones se desata la fiadura, e puede el fiador salir della».

Quexar non se deuen los fiadores a ningun Juez, para apremiar a aquellos que los metieron en la fiadura, que les saquen de la fiadura, fasta que paguen alguna cosa del debdo por que entraron fiadores. Fueras ende por cinco razones. La primera es, si el que entra fiador, fuere juzgado a pagar toda la debda, o parte della. La segunda es, si ouiesse estado gran tiempo en la fiança. E este tiempo deue ser determinado segun aluedrio del judgador. La tercera es, si quando el que entra fiador, entiente que se cumple el plazo a que deuia pagar, o por non caer en la pena, el, nin aquel a quien fiaua, a aquel a quien entro fiador, le quiere pagar, e el otro non gelo quiere rescebir por alguna

(163) Sin embargo, no puede el deudor convenir con el acreedor un alargamiento del plazo sin contar con el fiador, pues en tal caso se libera el fiador, como se expresa en la ley X, tít. XVIII, Libro III del Fuero Real.

(164) Cfr. VISO, SALVADOR DEL.: *Lecciones elementales...*, cit., tomo III, 4.ª ed., Valencia, 1879, pág. 489 y ESCRICHE, JOAQUÍN: voz «fianza»; *Diccionario...*, cit., tomo últimamente citados, pág. 495, afirma que por la insolvencia del deudor, cuando sea notoria, pierde el fiador el beneficio de excusión. Y también lo mantiene ESCRICHE, *ibid.*, pág. 147, según el cual puede ser demandado desde luego el fiador, sin procederse previamente contra el deudor principal «cuando es notorio que el deudor no tiene bienes para satisfacer la deuda». En el mismo sentido se expresa GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J.: *Febrero, o librería de jueces...*, cit., tomo IV, n.º 3.501, pág. 76, para quien no tiene lugar el beneficio o excepción de orden «cuando es notorio que nada tiene el deudor por haber hecho cesión de bienes, ó porque se mantiene mendigando, pues que en tales casos sería inane é ilusoria toda acción que el acreedor instase contra él».

razon, o por aventura non es en el logar, e entonce pone aquello que deue, en fieltad, en alguna Iglesia, o Monesterio, o en mano de algun ome bueno, ante testigos. La quarta es, si quando entro fiador, señalo dia cierto a aquel deuiesse sacar de la fiadura, e es passado. La quinta es, si aquel a quien fio comiença a desgastar sus bienes. Ca por qualquier destas razones sobredichas se desata la fiadura; e puede apremiar el fiador, a aquel a quien fio, que le saque della.»

Sin embargo, la insolvencia del deudor sí que produce efectos respecto de la promesa de dar fiador en un determinado plazo. El principio general, establecido en la rúbrica de la ley II, tít. XVIII, Libro III de Fuero Real, es que no se puede exigir que se dé fiador antes del día para el que se pactó. Sin embargo, una excepción a tal principio viene dada por la insolvencia sobrevenida del deudor, expresada por su huida o por la enajenación de sus bienes:

«Si alguno ficiere Pleyto con otro de le dar fiador à cierto tiempo, ante del tiempo no le debe dar.

Si algun home ficiere Pleyto con otro sobre vendida, ò sobre cosa alguna, è fiador no demandáre al hora, después no le pueda demanadar fiador fasta el plazo à que gelo ha de cumplir, fuera si ficiere muestra, ò señales ciertas de que se quiere ir à otro Lugar de morada, ò que vende, ò enagena lo suyo.»

No vence anticipadamente la obligación que se va a garantizar, sino la obligación de dar fiador a que se había comprometido el deudor, como queda expresado en la ley citada (165).

d') La prenda.— Cabe aplicar a la prenda las mismas consideraciones expuestas respecto de la fianza. La prenda es un derecho real accesorio de la obligación garantizada y que sigue, por tanto, sus mismas vicisitudes. Si la obligación no vence anticipadamente por insolvencia del deudor, no cabe pensar en que, por la misma causa, el acreedor podrá solicitar la enajenación de la cosa dada en prenda antes de que se cumpla el plazo pactado. Sin embargo, habiendo prometido el deudor dar una cosa en prenda en un término o bajo una condición, el acreedor puede,

(165) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales...*, cit., tomo V, págs. 36-37, relaciona este texto del Fuero Real con D. 5, 1, 41 (vid. *supra*), señalando que «por Derecho romano el que se obligó simplemente sin prometer fiador, no podía ser compelido después a darlo, salvo por justa causa al discreto arbitrio del juez, como si pendiente el plazo ó la condición, se advertía que el deudor venía a menos». Para VISO SALVADOR DEL: *Lecciones elementales...*, cit., tomo III, pág. 489, «si al tiempo de celebrarse el contrato principal, no se piden finanzas al obligado, no se le pueden exigir después, sino en los casos de hacerse disipador de sus bienes, ó de mudar de domicilio ausentándose del lugar donde moraba». Estos autores leen la citada ley del Fuero Real sin tener en cuenta su rúbrica, partiendo, por tanto, de que no se prometió dar fiador.

bien reclamar la entrega de la cosa en prenda antes de que llegue el día o se cumpla la condición si teme que el deudor huirá, bien exigir garantía de que el día señalado o cuando se cumpla la condición entregará la cosa. Tal es lo que claramente expresa la ley XVIII, tít. XIII, Partida V:

«Que derecho ha ome en la cosa que es empeñada so condicion, o a tiempo cierto.

Tomando vn ome de otro alguna cosa en peños so condición, o a día cierto, non puede demandar que gela den por peño, fasta que se cumpla la condicion, o que venga el día que señalaron. Pero si aquel que tomo la cosa en peños, se temiere del que la empeño, que se yra de aquella tierra a otra, bien le puede demandar que gela de; o que le de tal segurança de que sea seguro, que a la sazón que se cumpliere a condicion, o viniere el día cierto, que gela de (166).»

Al igual que en el supuesto anterior, relativo a la fianza, no vence anticipadamente el crédito garantizado, en este caso con la prenda, sino la obligación de garantizar, que se encontraba suspendida por la existencia de un plazo (167). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la fianza, la ley relativa a la prenda sólo menciona como causa de vencimiento anticipado de la obligación de entregar la cosa prometida en prenda la huida del deudor. ¿Cabe equiparar esa fuga con la insolvencia del mismo? Al respecto cabe mencionar que la fuga del deudor daba lugar a la *missio in bona* en el Derecho romano y al concurso de acreedores en nuestro Derecho histórico, según se establece en la ley XII, tít. XX, Libro III del Fuero Real (168), y hoy en día es una de las causas que dan lugar a la declaración de quiebra, a tenor del art. 877 del Código de Comercio. Del mismo modo, la ley X, tít. XII, Partida V equipara la insolvencia a la ausencia del deudor, pues establece que los deudores obligados solidariamente suplirán tanto una como otra (169). En todo caso, la fuga del deudor

(166) Según señala GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales...*, cit., tomo V, pág. 296, esta ley tiene su antecedente en dos fragmentos del Digesto, D. 20, 1, 13, 5 y D. 20, 1, 14. Al respecto, vid. *supra*.

(167) Conforme a lo dispuesto por la ley XIII, tít. XIII, Partida V, «Los peños que obligan los omes unos á otros, asi como sobredicho es, luego que son otorgados, maguer que non hayan la tenencia dellos, aquellos que los resciben á peños fincan á ellos obligados». En este punto el Código alfonsino tiene a la vista el texto de D. 13, 7, 1, base de la distinción entre prenda e hipoteca, según el cual «*Pignus contrahitur non sola traditione sed etiam conventionione, etsi non traditum est*». Cfr. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales...*, cit., tomo V, pág. 289.

(168) Vid. *supra*.

(169) En la ley X, tít. XII, Partida V, se establece un régimen mixto entre la mancomunidad y la solidaridad. Si ninguno de los dededores, pese a haberse obligado cada uno por el todo, se encuentre en estado de insolvencia o ausente, juega la mancomunidad. La solidaridad sólo cabe ante la insolvencia o ausencia de alguno de los deudores.

cabría considerarla como una disminución de las garantías que el acreedor tenía para cobrar su crédito, ya que existía la prisión por deudas y desde este punto de vista la persona del deudor respondía del cumplimiento de sus obligaciones, era garantía de ese cumplimiento.

b) *Desaparición o disminución de las garantías.*—No existe un principio relativo a todo tipo de obligaciones en virtud del cual venzan anticipadamente en caso de que desaparezcan o disminuyan las garantías dadas para cumplimiento de las mismas. Así, respecto de la fianza sólo se prevé la muerte del fiador, precisamente para afirmar que no cabe entenderla como causa de extinción de la fianza y, por tanto, no supone que desaparezca la garantía prestada, pues los herederos del fiador le suceden en su relación obligatoria de fianza (170), pero nada se dice de la insolvencia del fiador, lo cual resulta lógico si tenemos en cuenta que, como regla general, tampoco la insolvencia del deudor principal da lugar al vencimiento anticipado, según hemos señalado anteriormente (171).

Sin embargo, respecto de la prenda existe algún texto que puede hacer dudar sobre si los actos del deudor que vengan a disminuir o

(170) Cfr. Ley XII, tít. XVIII, Libro III del Fuero Real y ley XVI, tít. XII, Partida V. Como señala ESCRICHE, JOAQUÍN: voz «fianza», *Diccionario razonado...*, cit., tomo II, pág. 146, «esta no es una disposición particular con respecto a la fianza, sino una aplicación del principio general de que cada uno se presume contraer por sus herederos, como por sí mismo, y de que los herederos suceden en los bienes, derechos y acciones del difunto con la obligación de satisfacer todas las cargas de la herencia». Por otro lado, en esta ley de Partidas se establece la posibilidad, que antes hemos estudiado, de pago anticipado del fiador que, sin embargo, no puede reclamar, también antes del plazo, el reembolso al deudor.

(171) No obstante, según MARCOS GUTIÉRREZ, J.: *Librería de escribanos, abogados y jueces... (Febrero reformado y anotado)*, cit., tomo II, pág. 263, cuando muere o se hace insolvente un fiador legal o judicial, hay obligación de dar otro, porque en este caso el acreedor debe tener siempre una seguridad para el pago de lo que se le debe; pero siendo convencional el fiador sólo habrá dicha obligación habiéndose obligado el deudor indeterminadamente a dar un fiador, no cuando prometió dar por fiador a determinada persona. Y para ESCRICHE JOAQUÍN: voz «fianza», *Diccionario razonado...*, cit., tomo II, pág. 146, «si el fiador admitido por el acreedor, voluntariamente ó por decreto del juez, cayere después en estado de insolvencia ó de no poder cumplir con su empeño, deberá el deudor presentar otro fiador, pues que se supone que el acreedor no contrajo con el deudor sino por la seguridad de la fianza. Mas si el acreedor mismo hubiese designado la persona que quería se le diese por fiador, ó si el fiador presentado era ya insolvente al tiempo del contrato, no tendría derecho el acreedor para pedir nuevo fiador, pues debería imputarse á sí mismo el no haber tenido mejor elección ó el no haber tomado informes mas seguros sobre la solvencia ó insolvencia del presentado, á no ser que con respecto á este último hubiera sido sorprendido ó engañado por el deudor que se lo dió, pues siempre quedan exceptuados los casos de fraude». Y continúa diciendo ESCRICHE: «En caso de que el deudor obligado á dar primero ó segundo fia-

hagan desaparecer la garantía pignoraticia determinan o no el vencimiento anticipado de la obligación. Así, en la ley XLV, tít. XIII, Partida V se establece:

«Fiadores e peños en vno dando algund ome a otro por alguna cosa quel deua fazer o dar; si despues desso el señor empeñasse otro vez aquel peño a otro, ante que lo entregasse al primero; e este a quien lo empeño primeramente, demandasse el debdo al fiador, e lo cobrasse del, e el fiador demandasse despues el empeño a aquel que lo tenia, si el juez gelo otorgasse por suyo, por razon del debdo que ouiesse assi pagado, dezimos, que maguer el Judgador selo otorgasse, con todo esso, quando quier que el señor del peño le diesse lo que pago por el, tenuto seria el fiador de gelo desamparar. Esso mismo dezimos que deue fazer el fiador, si aquel a quien despues obligo el señor de la cosa a peños, gela demandare, pagando al fiador aquello que dio por precio del peño a aquel, a quien era primeramente obligado: ca entonce deuegela desamparar.»

Conforme al primer inciso de esta ley de Partidas, si la deuda está garantizada con prenda y fianza y el deudor vuelve a empeñar la cosa, entregándola al segundo acreedor y no al primero, éste puede reclamar la deuda al fiador. Por tanto, la doble pignoración, que supone una disminución de las garantías respecto al primer acreedor, legitima al mismo para exigir el cumplimiento de la obligación. Lo que no dice la ley es si la reclamación al fiador puede ser anterior al vencimiento o sólo puede ser posterior a éste. Podría pensarse que precisamente porque se permite exigir el cumplimiento de la obligación antes del término tiene sentido la norma, pues después de llegado el día el acreedor puede dirigirse en todo caso contra el fiador. Sin embargo, puede ser otro el sentido de la norma, porque los fiadores tenían el beneficio de orden o de excusión (172), del que el texto anteriormente citado sería una excepción: en ese supuesto concreto el acreedor puede dirigirse antes contra el fiador que contra el deudor, es decir, pierde el fiador el beneficio de excusión. Una tercera posibilidad es que esta ley fuera excepción en ambos casos, tanto del principio de orden o excusión como de la necesidad de esperar la llegada del día para exigir el pago.

Algo similar sucede con lo dispuesto por la ley LXVII, tít. V, Partida V:

dor no presente uno que tenga las cualidades requeridas, podrá el acreedor demandar la rescisión del contrato con daños y perjuicios, por aplicación de la regla general que así lo establece en los contratos sinalagmáticos cuando alguno de los contrayentes deja de cumplir por su parte con lo contratado; ley 5, tít. 6, Partida V, y ley 14, tít. 10, Libro III, Fuero Real».

(172) Según establece la ley IX, tít. XII, Partida V.

«Del comprador que empeña la cosa, despues que la ha comprada; que deue ser tornada a su dueño, si se desfaze la vendida.

Si el comprador, despues que ouiesse la cosa comprada en alguna de las maneras que diximos en las leyes ante desta, la empeñasse, e despues desso se desatasse la vendida por alguna de las razones que de suso diximos, estonce el que toma la cosa a peños, tennido es de la tornar al vendedor cuya fue: e puede demandar al que la empeño, que pague lo que dio sobre ella a peños...»

El acreedor que es desposeído de la cosa dada en prenda por el ejercicio de la acción reivindicatoria puede exigir el cumplimiento de la obligación. Pero no se señala si puede hacerlo antes de que ésta venza. Sin embargo, más claro parece aquí que tal es el sentido de la frase, pues no necesita el legislador afirmar algo tan obvio como que el acreedor puede exigir el cumplimiento una vez vencido el plazo concedido al deudor. En tal caso, nos encontraríamos ante un supuesto de vencimiento anticipado que sería consecuencia de la desaparición jurídica de la garantía prestada.

11. Recapitulacion.—Del estudio de los textos citados podemos concluir que en el Derecho histórico castellano se establecieron supuestos de vencimiento anticipado. No existió un principio general en virtud del cual la insolvencia del deudor diera lugar al vencimiento anticipado de la obligación, pero sí supuestos concretos en que ese principio se manifestaba. Tales son los casos de restitución anticipada de la dote (Partida IV, tít. XI, ley XXIX), restitución anticipada del peculio adventicio (Partida III, tít. II, ley II *in fine*), promesa de constituir fianza (ley II, tít. XVIII, Libro III del Fuero Real) y promesa de constituir prenda (Partida V, tít. XIII, ley XVII). Igualmente, se recogen supuestos de vencimiento anticipado por desaparición de la garantía en Partida V, tít. V, ley LXVII y Partida V, tít. XIII, ley XLV. Ciertamente, los textos no se expresan con toda la claridad que sería de desear, y existen dudas razonables en algunos de ellos para admitir que establecen supuestos de vencimiento anticipado. Pero una visión de conjunto permite afirmar que el Derecho histórico castellano, especialmente las Partidas del Rey Sabio, contempló casos en que la situación patrimonial del deudor o su conducta ponían en peligro el crédito a término, facultando al acreedor para que pudiera exigir el cumplimiento de la obligación anticipadamente.

III. LA DOCTRINA ESPAÑOLA DE LOS SIGLOS XVI AL XVIII

12. El principio general.—Los autores españoles de los siglos XVI al XVIII hacen constante referencia al principio general en virtud del cual el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obliga-

ción antes de que llegue el término. Así, ANTONIO GÓMEZ señala que cuando la obligación es condicional o a término no nace acción hasta que llega el día o se cumple la condición, y se apoya, entre otras, en la *ley dedere diem, ff. de verbor. significat* (D. 50, 16, 213) (173). En el mismo sentido se manifiestan RODRIGO SUÁREZ (174), SALGADO DE SOMOZA (175), AYLLÓN LAYNEZ (176) y ANTÚNEZ PORTUGAL (177), con abundante cita de leyes romanas y doctrina.

Por su parte, HEVIA BOLAÑOS (178) sienta el mismo principio pero con apoyo en el Derecho real, señalando, de una parte, que el acreedor que pide antes de que llegue el día debe ser condenado en costas y gastos, como señala la ley XLV, tít. II, Partida III; y de otra, que cuando el plazo es puesto en favor del deudor (como en duda se presume) puede éste pagar la deuda antes del plazo, y está obligado el acreedor a recibirla, mas siendo el plazo puesto en favor del acreedor, expresa, o tácitamente, no se le puede pagar hasta que llegue (179).

(173) GÓMEZ, ANTONIO: *Variarum resolutionum iuris communis et Regii libri tres*, Lugduni, 1701, en el tomo II, tít. *De qualitatibus contractuum*, cap. XI, n.º 24, pág. 317. Señala CASTRO y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España, parte General, Tomo I, Libro preliminar. Introducción al Derecho Civil*, reproducción facsimilar de la 2.ª ed. de 1949, Madrid, 1984, pág. 148, nota 4, que esta obra se imprime por primera vez en Salamanca, 1552; se reimprime con notas del mismo GÓMEZ en 1579, del portugués MANUEL SOAREZ A RIBEIRA, Salamanca, 1584; hay ediciones de Venecia, 1582 y 1602, Lyon, 1602, Ginebra, 1628 y 1630.

(174) SUÁREZ, RODRIGO: «Declaratio 1. 1. título De los emplazamientos, Foro legun Libro II», en *Commentaria*, Valladolid, 1588, *septima limitatio*, n.º 1, pág. 307. Dice de este autor CASTRO y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 157, que su obra está influenciada por los humanistas, pero con signo contrario, reaccionando enérgicamente contra ellos.

(175) SALGADO DE SOMOZA, F.: *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, Lugduni, 1672, parte I, capítulo VIII, n.º 25, págs. 50 y ss. Señala CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 168, nota 1, que esta obra de SALGADO alcanzó gran celebridad, con muchas ediciones: 1653, 1663, 1757, etc. Por su parte COING, H.: *Handbuch der Quellen und Literatur der neuren europäischen Privatrechtsgeschichte*, tomo I, Munich, 1973, pág. 1028, cita las ediciones de Lugduni, 1651, 1652, 1653, y Venecia, 1653.

(176) AYLLÓN LAYNEZ, J. DE: *Utrariensis illustrationes, sive additiones eruditissimæ ad varias resolutiones Antonii Gomezii*, Lugduni, 1692, tomo II, tít. *De qualitatibus contractuum*, cap. XI, n.º 25, pág. 240. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 148, nota 4 señala como primera edición de esta obra la de Sevilla, 1653, y menciona también las de Lyon, 1676, y Madrid, 1780.

(177) ANTÚNEZ PORTUGAL, D.: *Tractatus de donationibus iurium et bonorum regiae coronae*, tomo II, Lugduni, 1699, Libro III, cap. XXVI, n.º 74, pág. 221. Este autor hace referencia a la *pluris petitio tempore* y cita Inst. 3, 15, 2 e Inst. 4, 6, 33.

(178) HEVIA BOLAÑOS, J. DE: *Curia Filípica*, Madrid, 1725, tomo I, parte II, *Juyzio ejecutivo*, §. 12. Executor., n.º 8, pág. 90, y tomo II, comercio Terrestre, Cap. VII, Paga, n.º 11, pág. 111.

(179) Completa la exposición de HEVIA BOLAÑOS, con citas de textos romanos, DOMÍNGUEZ VICENTE, J. M.: *Ilustración y continuación a la Curia Philipica y corre-*

13. Problemas que suscita el principio general.—Sin embargo, este principio general, tan claramente enunciado, no deja de plantear problemas que los autores tratan de resolver. Se trata de los siguientes:

a) *Si puede el juez declarar de oficio la inexigibilidad de la obligación.*—Es polémica común la de si el juez puede rechazar *ex officio* la demanda por *pluris petitio tempore*, o si deberá despachar ejecución cuando el deudor demandado no la excepcione.

A juicio de ANTONIO GÓMEZ (180), las leyes que establecen la inexigibilidad de la deuda antes del plazo no señalan que el juez pueda rechazar de oficio la demanda, pero es lo que mantienen comúnmente los autores —y cita a BARTOLO, BALDO y PAULO—. Sin embargo, entiende que si el plazo no se estableció en el contrato, sino posteriormente, puede el juez condenar al deudor que no opuso la excepción de deuda no vencida.

AYLLÓN LAYNEZ sigue a GÓMEZ en su opinión de que puede el juez condenar de oficio, pero no distingue, como éste, entre que el plazo haya sido establecido en el contrato o después, manteniendo que le parece que la resolución de GÓMEZ entraña una gran duda, máxime en este Reino —dice—, puesto que existe una ley que expresamente establece que los litigios deben de dirimirse según o a tenor de la verdad del derecho, no según las sutilezas del derecho, como se contiene en la ley X, tít. XVII, Libro IV de la Nueva Recopilación (181).

También se plantean la cuestión GREGORIO LÓPEZ, al glosar la ley IX, tít. III, Partida III (182), y RODRIGO SUÁREZ, quien expone las leyes romanas a favor y en contra de la condena *ex officio* (183), y acaba manifestándose a favor.

b) *Supuestos de fuga o pobreza. El deudor sospechoso.*—La segunda cuestión que se plantean los autores es qué ocurre cuando los deudores a término huyen o tienden a la pobreza; esto es, si al acree-

cion de las citas que en ella se hallan erradas, Valencia, 1770, tomo I, Parte II. Juyzio ejecutivo, § XIII. Pedimento, n.º 8, pág. 144.

(180) *Variarum resolutionum...*, cit., tomo II, tít. *De qualitatibus contractuum*, cap. XI n.º 24 y 25, pág. 317.

(181) *Utrariensis illustrationes...*, cit., tomo II, tít. *De qualitatibus contractuum*, cap. XI, n.º 25 pág. 240.

(182) LÓPEZ, GREGORIO: *Las siete Partidas del sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López*, traducción, notas y comentarios de I. SANPONS Y BARBA, R. MARTI DE EIXALA, J. FERRER Y SUBIRANA, tomo II, Barcelona, 1844, glosa n.º 39, ley IX, tít. III, Partida III, pág. 75. La primera edición de la glosa de GREGORIO LÓPEZ a las Partidas data de 1555 (Cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 149, nota 3; COING, H. *Handbuch...*, tomo I, cit., pág. 673).

(183) «Declaratio 1. 2. título de los emplazamientos...», cit., *septima limitatio*, n.º 1-2, págs. 307-308.

dor término le corresponde algún medio de defensa frente a estas situaciones en virtud de las cuales se tiene fundadas dudas sobre el futuro cumplimiento de la obligación por el deudor al que las fuentes denominan *sospechoso* (*suspectus*).

GÓMEZ se plantea y resuelve la cuestión de la siguiente manera (184):

1) Si el dedudor es puro y de presente, o el día o la condición ya llegó, no ha de prestar caución o garantía, porque no es necesaria, ya que el acreedor puede inmediatamente reclamar y proceder contra el deudor por la vía ordinaria.

2) Si el deudor es a término o bajo condición y resulta sospechoso en el momento mismo de contratar el acreedor no podrá pedirle una caución o una *satisdatio* puesto que el peligro para el crédito debe imputársele a él mismo, que con aquél contrató. Lo que mantiene con base en las leyes *si is a quo, ff. ut in possess. Legat.* (D. 36, 4, 3) y *arbitrio, §. de illo, ff. de damno infecto* (D. 39, 2, 13).

3) Si verdaderamente no era sospechoso al tiempo de contratar, pero después, pendiente el día o la condición, se sospecha que no cumplirá por alguna causa sobrevenida, entonces está obligado a garantizar el pago para cuando llegue el día o se cumpla la condición, y está obligado a presta fiador idóneo, y de otra manera podrá arrojarlo a la cárcel. Y se apoya en las leyes *omnibus, ff. de judic.* (D. 5, 1, 41) y *si creditores, ff. de privil. creditor* (D. 42, 5, 31). El acreedor sólo puede exigir caución si existió culpa del deudor, no si por caso fortuito se sospecha que no cumplirá (185).

En resumen, la sospecha de que le deudor no cumplirá, basada en que ha huido, o en que se va empobreciendo, no da lugar al vencimiento anticipado, sino que sólo permite al acreedor exigir caución de que cumplirá. Pero para ello es necesario que la deuda no haya vencido y que la causa de la sospecha sea sobrevenida, es decir, posterior a la conclusión del contrato, porque si es anterior se entiende que concurre culpa del acreedor que contrató con quien no estaba en condiciones de cumplir, y no se puede pedir garantía antes de que llegue el día del vencimiento.

La opinión expuesta es mantenida en todos sus puntos por GUTIÉRREZ (186), haciendo hincapié en que la causa ha de ser sobrevenida,

(184) *Variarum resolutionum...*, cit., tomo II, tít. *De qualitatibus contractuum*, cap. XI. n.º 57, págs. 339-340.

(185) En apoyo de esto cita la glosa de BALDO a la ley *ubi adhuc, C. de jure dotium* (C. 5, 12, 29), *quarta columna*.

(186) GUTIÉRREZ, JUAN: *Tractatus de iuramento confirmatorio, te aliis in iure variis resolutionibus*, Madrid, 1597, parte I, cap. XVI, n.º 22, pág. 83. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de Español*, tomo I, cit., pág. 157, nota 6, cita como primera edición la de Plasencia, 1573, y también las de Salamanca, 1586, y Lugduni,

y citando también la ley *si arbitro §. fin. ff. qui satisfacere cogatur* (D. 2, 8, 10). Lo mismo opinan ACEVEDO (187), BARBOSA (188), CASTILLO DE SOTOMAYOR (189), apoyándose fundamentalmente en D. 5, 1, 41, y AYLLÓN LAYNEZ (190).

14. Las excepciones al principio general.—Los autores españoles de los siglos XVI a XVIII no se limitan a poner de manifiesto los problemas que comporta el término para la seguridad del crédito y a dar una solución a la fuga e insolvencia del deudor, sino que plantean abiertamente excepciones al principio de que antes de que llega el día no es posible exigir el cumplimiento de la obligación. Tal es el caso de ALONSO DÍAZ DE MONTALVO quien las sistematiza al glosar la ley V, tít. X, Libro II del Fuero Real (191). Conforme a este precepto el acreedor no puede exigir el cumplimiento antes del plazo, y si lo hace (*pluris petitio tempore*) se le sanciona con la duplicación del plazo. Sin embargo, señala MONTALVO tres excepciones a este principio:

1661. Del propio GUTIÉRREZ señala que sus comentarios a la Nueva Recopilación fueron más utilizados por autores, más citados y reimpresos que los mismos comentarios de ACEVEDO. Su mayor erudición y lo detallado de sus observaciones hicieron que sus cuestiones prácticas sobre algunas leyes de la Nueva Recopilación fueran consultadas, desde su aparición, por todos los juristas, que su autoridad fuera muy grande en España hasta la publicación del Código, que su renombre llegara al extranjero.

(187) ACEVEDO, ALFONSO DE: *Commentarii iuris civilis in Hispaniae regiae constitutiones*, tomo II, Lugduni, 1737, Libro V, tít. XVI, De los contratos, Ley III, 66 de Toro, n.º 4, pág. 430. De esta obra se publicaron los tres primeros Libros en Salamanca, 1583; después se publican por el mismo autor dos Libros más y el sexto por VICENTE CISTERNES, Valencia, 1583-1598 (cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 157, nota 3).

(188) BARBOSA, PEDRO: *Commentarii ad interpretationem tituli ff. De iudiciis*, Vlisipone, 1613, l. in omnibus XXXXI, n.º 60-70, pág. 325. Para este autor la carga de la prueba no recae sobre el deudor, sino sobre el acreedor, de manera que si este solicita caución no tiene que probar el deudor que el acreedor conocía su pobreza, sino que es el acreedor quien ha de probar que ignoraba la pobreza del deudor.

(189) CASTILLO DE SOTOMAYOR, J. DEL: *De conjecturis atque interpretationibus ultimarum voluntatum*, Libro IV de *Quotidianarum controversiarum iuris*, Colonia, 1726, cap. LIX, n.º 24, pág. 606. El *Quotidianarum controversiarum iuris* es una colección de estudios monográficos, de los que se publicaron separadamente *De usufructu*, Franckfort, 1604, 1619, Venecia, 1645, Lyon, 1658, *De conjecturis atque interpretationibus ultimarum voluntatum*, Ginebra, 1630 (cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 168, nota 1).

(190) *Utrariensis illustrationes...*, cit. tomo II, tít. *De qualitatibus contractuum*, cap. XI, n.º 58, pág. 251.

(191) DÍAZ DE MONTALVO, A.: *El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble Rey Don Alfonso IX, glosado por el egregio doctor...*, Madrid, 1781, glosa 1.ª a la ley V, tít. X, de las Defensiones, Libro II, págs. 267-268. La primera edición de esta obra es la de Salamanca, 1500 (Cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 147, nota 1; COING, H.: *Handbuch...*, tomo I, cit., pág. 362).

1) Cuando el varón propende a la pobreza, puesto que entonces la mujer, incluso antes de la disolución del matrimonio puede reclamar: como establecen las leyes *si constate in prin. ff. de solut. matrim.* (D. 24, 3, 25) y *ubi adhuc C. de iure dot.* (CJ. 5, 12, 29).

2) Cuando el deudor huye, el cual puede ser capturado antes del término, y ser pedida la deuda de él, como establece la ley *ait praetor §. si debitorem ff. de his qui in fraud. credi.* (D. 42, 8, 10, 16).

3) Si se teme acerca de la pobreza del deudor, para que una caución sea interpuesta; con en la ley *in omnibus. ff. de iur.* (D. 5, 1, 41) y en la ley *si fiudeiuss. § ff. si quis. ca.* (D. 2, 11, 6).

La exposición es muy clara: no pide de más quien lo hace en estos supuestos. En consecuencia, hay que entender que en estos casos vence anticipadamente la obligación. Sin embargo, las leyes que MONTALVO cita no son suficiente fundamento. Algunas las estudiamos en la parte correspondiente al Derecho romano. Las demás las veremos más tarde. Y existen otros supuestos no mencionados por el glosador del Fuero Real en que también vieron los comentaristas españoles casos de vencimiento anticipado de la obligación. Veamos todo ello.

a) *La restitución de la dote.*—El tema de la restitución anticipada de la dote ya fue tratado en la parte de Derecho romano. Veámos cómo los textos de D. 24, 3, 25 y CJ. 5, 12, 29 suponían una excepción al principio de retitución de la dote una vez disuelto el matrimonio: la progresiva pobreza del marido legitimaba a la mujer para exigir la restitución *constante matrimonio*. Sin embargo, en realidad lo que se establecía era un cambio en la administración de la dote. De ser el marido el administrador, pasaba a serlo la mujer, pues ésta venía obligada a destinar sus frutos al mantenimiento de la familia.

La alusión a la restitución anticipada de la dote es lugar común en la doctrina española de la época. Además de MONTALVO, hacen referencia al tema PALACIOS RUBIOS (192), GÓMEZ (193), MOLLI-

(192) LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, J.: *Commentaria et repetitio Rubricae et cap. Per Vestras, de donationibus inter virum et uxorem, Adiestis annotationibus Ioannis Bernardi Diaz et Doctoris Ioannis Barahona*, Madrid, 1560, § VII, n.º 1, pág. 250. Su nombre era LÓPEZ DE VIVERO, nació en Palacios Rubios (Salamanca). La primera edición de esta obra es la de Valladolid, 1503 (cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 148, nota 3).

(193) GÓMEZ, ANTONIO: *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Madrid, 1780, ley L, n.º 33, págs. 591-592. Esta obra se imprime en Salamanca, 1555, y se reimprime con notas de su nieto DIEGO GÓMEZ CORNEJO en 1591, 1598, 1602 y 1624. Se trata de la glosa clásica más importante, no sólo por lo copioso y sólido de su doctrina, sino por la repercusión que tuvo en todos los autores posteriores y por su consideración en la práctica forense (cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 148 y nota 4 en la misma pág.). Vid. también PÉREZ VILLAMIL, J.:

NA (194), CASTILLO DE SOTOMAYOR (195), HEVIA BOLAÑOS (196), SALGADO DE SOMOZA (197), OLEA (198), y VALENZUELA (199). La novedad estriba en que se relaciona la restitución de la dote con el vencimiento exigibilidad anticipada de las obligaciones. Así lo hacen MONTALVO, HEVIA BOLAÑOS y SALGADO DE SOMOZA, el primero considerando la restitución anticipada una excepción a la *pluris petitio tempore*, los otros dos tratando de la restitución anticipada junto a la posibilidad de que el acreedor exija antes de llegar el día (200).

La causa que da lugar a la restitución anticipada es comúnmente señalada como la tendencia a la pobreza —*si maritus vergit ad*

Doctrina Doct. Antonii Gomez, et ejus addendis, et nepotes Didaci Gómez Cornejo, ad Leges Tauri enucleata, et in compendium redacta, cum legib. Concordant. recopil. Madrid, 1776, ley L, n.º 33, pág. 193; NOLASCO DE LLANO, P.: *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, 1785, ley L, n.º 28-29, págs. 284 a 286.

(194) MOLINA, LUIS DE: *De primogeniorum hispaniorum origine, ac natura*, Libro IV (*Additiones et aureae illustrationes DD. Balthasaris Simeon de la Mota, et Antonii de la Cueva et Silva, D. Josephi Maldonado et Pardo, et D. Fernandi Alfonsi del Agila et Roxas*, Lugduni, 1749, Libro I, cap. XVI, n.º 8, pág. 153. La primera edición de esta obra data de 1573 (Alcalá), y existen ediciones de Colonia, 1588 y 1661, y Lyon, 1613, y 1673 (cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho Civil de España*, tomo I, cit., pág. 160 nota 4).

(195) CASTILLO DE SOTOMAYOR, J. DEL: *De conjeturis...*, cit., cap. LIX, n.º 2 a 16, págs. 233 a 237 (amplia enumeración de autores que han tratado este tema en pág. 234).

(196) HEVIA BOLAÑOS, J. DE: *Curia ilípica*, Madrid, 1725, tomo I, parte II, Juzio ejecutivo, §. 12. Executor., n.º 7, pág. 90.

(197) SALGADO DE SOMOZA, F.: *Labyrinthus creditorum...*, cit., parte I, capítulo VIII, n.º 30, pág. 54.

(198) OLEA, ALFONSO DE: *Tractatus de cessiones iurium et actionum*, Lugdni, 1740, quaestio VII, n.º 6 y ss., pág. 137. Dice CASTRO Y BRAVO, F. DE: *Derecho civil de España*, tomo I, cit., pág. 168, nota 1, que se trata de la obra de más autoridad sobre el tema en Europa, y que de la misma existen muchas ediciones, entre otras, de 1665, 1683, 1699).

(199) VALENZUELA VELAZQUEZ, J. B.: *Consilia sive iuris responsa omnibus utriusque peritis qui in scholis et foro...*, Colonia, 1740, consilium XXXI, n.º 45, pág. 198.

(200) Esta conexión entre la restitución anticipada de la dote y el vencimiento anticipado de las obligaciones se pierde posteriormente. Del mismo modo, el empobrecimiento (que podríamos asimilar a la sobrevenida insolvencia), como causa de restitución anticipada, es sustituida por la prodigalidad. En su redacción originaria el art. 1365-2.º del Código Civil estableció la restitución de la dote cuando se transfiera a la mujer la administración de su dote en el caso previsto en el párrafo 2.º del art. 225, es decir, en caso de prodigalidad del marido. En cuanto al Derecho catalán puede verse la obra de LALINDE ABALDIA, J.: *La dote y sus privilegios en el Derecho Catalán (según el orden de la Compilación vigente)*, Barcelona, 1962, págs. 142, y ss., quien da cuenta de cómo la doctrina catalana de la época (FONTANELLA, CANCER, RIPOLL) acogió como causa de restitución de la dote el empobrecimiento del marido. La Compilación de

inopiam—, y se hace especial énfasis en que ha de tratarse de un empobrecimiento posterior al matrimonio, es decir, sobrevenido (201).

Los autores fundamentan jurídicamente esta causa de restitución anticipada de la dote en los textos romanos que ya vimos y en la ley XXIX, tít. XI, Partida IX, también estudiada.

b) *La fuga, la insolvencia y el concurso del deudor.*— El tema de la fuga del deudor se plantea fundamentalmente en torno al problema de la preferencia entre acreedores cuyo crédito es anterior pero no ha vencido y acreedores posteriores cuyo crédito ya ha vencido. Así, SUÁREZ (202), expone el siguiente caso: un cierto mercader rico quebró y huyó como muchas veces hacen estos mismos, lo que vulgarmene nosotros decimos *Alçosse fulano mercader*, e hizo menguar algunos de sus bienes, si bien no tantos que no fuesen suficientes para todos los acreedores: al punto descubierta la fuga se precipitaron muchos acreedores sobre los bienes de aquél: y entre todos existía uno que disponía de una obligación con hipoteca de los bienes, que era primero en el tiempo a todos los demás; sin embargo, el pago de esta obligación mencionada era a término, y dicho término todavía no había llegado cuando todos piden la ejecución de sus obligaciones. Este cuya obligación era primera en el tiempo pedía la ejecución, y afirmaba que el era preferentemente en virtud del principio *qui prior est tempore* y a él se le oponía que no debía de ser aceptado: puesto que él no podía reclamar por el hecho de que el día destinado al pago todavía no había llegado. Suárez entiende que el acreedor a término debe ser preferido a los restantes, porque su obligación era anterior aunque no hubiera vencido, y ello porque el deudor había huido. Y lo fundamenta con base en la ley *quaesitum. ff. de pign.* (D. 20, 1, 14), reproducida en la ley XVII, tít XIII, Partida V, en la *omnibus ff. de iudi.* (D. 5, 1, 41) y en la ley *si creditores ff. de privileg.* (D. 42, 5, 31).

Derecho Civil Especial de Cataluña mantuvo este principio en el art. 31-3.º, según el cual durante el matrimonio la mujer sólo tendrá derecho a la restitución de la dote «en el supuesto de dote estimada, si el marido viniere a peor fortuna y se traba embargo sobre sus bienes, salvo que la restitución estuviere asegurada con hipoteca».

(201) Se refiere especialmente al carácter sobrevenido del empobrecimiento del marido GÓMEZ, ANTONIO: *Ad leges Tauri...*, cit., ley L, n.º 33, pág. 592. Primeramente recoge la opinión común, según la cual la mujer no puede pedir la restitución anticipada de la dote si cuando se casó el marido ya era pobre. Después precisa más, señalando que si el marido era pobre en el momento del matrimonio y luego no malgastó sus bienes ni incurrió en causa de sospecha, no podrá pedirse la restitución anticipada de la dote. Pero si el marido era pobre y después comenzó a disipar sus bienes y dio causa de sospecha, podrá pedirse la restitución anticipada de la dote.

(202) «Declaratio l. 2. título de los emplazamientos...», cit., *Septima limitatio*, n.º 2, pág. 308.

También se plantea el problema de la preferencia SOLIS (203), quien plantea el siguiente caso: supongamos que uno tiene una obligación contra alguien con hipoteca de bienes, que fue constituida el último día del mes de enero del año 1590 y el pago de la cantidad prometida fue establecido en el día de San Juan Bautista del mismo año y llega el día del pago y aquél exige la ejecución contra el deudor, y como todo el patrimonio del deudor se consumiese con el pago que se determinó y estableció, otro como tercero se opone a la ejecución pretendiendo que se le debe preferir en los bienes del deudor por el hecho de que tiene un documento con hipoteca de los bienes contra el deudor que se realizó el día primero del mes de enero del mismo año, 1590, cuyo pago había sido asignado en el día de San Bartolomé del mismo año. Ciertamente el acreedor que fue primero en la obligación, incluso antes del término, con razón pide ser antepuesto al acreedor en la obligación posterior, aunque primero en el pago.

SUÁREZ y SOLIS plantean y resuelven la cuestión de la misma manera: el acreedor anterior, aunque no haya vencido su crédito, ha de ser preferido al posterior. El siguiente paso consiste en afirmar que el acreedor preferente, aunque el crédito no haya vencido, puede exigir, pues su preferencia se ha de traducir en la posibilidad de cobrar antes del plazo si de las circunstancias resulta que la espera del vencimiento supondrá la imposibilidad de realizar el crédito. Es decir, ante el peligro de que los acreedores con créditos ya vencidos, pero posteriores, exijan el cumplimiento y no queden bienes suficientes para el acreedor preferente, se faculta a éste para exigir anticipadamente. Claramente lo señalan SUÁREZ DE PAZ:

«Qui prior fuit in obligatione, quamvis posterior in solutione, praeferendus est ei, qui posterior fuit in obligatione, licet prior in solutione. Neque huic verae resolutioni obstat, quod dies solutionis nondum cesserat, et sic videbatur ante diem non posse agi: nam respondeo, quod data legitima causa, puta, quia debitor era suspectus de fuga, vel quia eius patrimonium consumebatur in debito posteriori, tunc enim ante diem agi potest» (204);

SOLÍS:

«Quoniam interviniente causa legitima, ut puta quia debitor erat suspectus de fuga, vel quia universum eius patrimonium

(203) SOLÍS FELICIANO DE: *Commentarri de censibus*, Madrid, 1594, Libro III, cap. V, n.º 21, pág. 230 (2). Vid. también ANTÚNEZ PORTUGAL, D.: *Tractatus de donationibus...*, tomo II, cit., Libro III, cap. XVI, n.º 73, pág. 221.

(204) SUÁREZ DE PAZ, G.: *Praxis eclesiastica, et saecularis*, Madrid, 1770, tomo I, IV parte, cap. 4.º, n.º 6, pág. 162.

consumabatur in debito posteriori, postest agi ante diem»
(205);

y SALGADO DE SOMOZA:

«Tum etiam quia creditos in diem, vel sub conditione pedente non impeditur agere, es justa causa inverveniente, ac superveniente, ut puta quia debitor format concursum creditorum, el creditor iste praevidit universum patrimonium debitoris consumi inter posteriores creditores in notabile iuris sui praeiudicium, et detrimentum, tunc potest ante diem agere, et ius in iudicium deducere ad concurrendum cum caeteris iusta causa» (206).

Como puede observarse, la doctrina exige tres requisitos para que el acreedor a término pueda exigir *ante diem*:

- 1) Que el deudor sea sospechoso de fuga.
- 2) Que la sospecha de fuga sea posterior al nacimiento de la obligación, es decir, que sea una *causa interveniente, et superveniente*.
- 3) Que la situación de los bienes del deudor sea tal que se consumirán entre los acreedores posteriores (*eius patrimonium consumebatur in debito posteriori*).

Sin embargo, algunos autores no hacen referencia al problema de la preferencia entre acreedores, sino que formulan el principio de manera abstracta, señalando que en caso de que el deudor resulte sospechoso de fuga el acreedor a término podrá exigir anticipadamente. Es el caso de HEVIA BOLAÑOS:

«Si el acreedor antes del plazo que debia pidiere la deuda, demás de que no ha de ser oído, debe el Juez alargar el plazo al deudor, por otro tanto tiempo mas, quanto lo pidiò antes del que debia, y condenarle en las costas, y daños, como lo dice vna ley de Partida (l. 45, tít. 2, pág. 3); mas esto no se entiende quando el deudor es sospechoso de fuga, ò en la paga, por aver vendio a menos, que entonces antes del plazo se puede pedir que pague la deuda, ò de seguridad de pagarle à èl» (207).

(205) SOLIS, FELICIANO DE: *Commentarii de censibus*, Madrid, 1594, Libro III, cap. V, n.º 21, pág. 230 (2).
I, capítulo VIII, n.º 29, pág. 54.

(206) *Labyrinthus creditorum...*, cit., parte I capítulo VIII, n.º 29, pág. 54.

(207) *Curia Filípica*, tomo I, cit., parte II, Juzio ejecutivo, §. 12. Executor. , n.º 8, pág. 90. Vid. también DOMÍNGUEZ VICENTE, J. M.: *Ilustración y continuación a la Curia Philipica...*, cit., Tomo I, Parte II. Juzio ejecutivo, §. XIII. Pedimento, n.º 8, pág. 144.

Además, a la sospecha de fuga se alimila la tendencia a la pobreza del deudor. El requisito de que los bienes del deudor fueran insuficientes para pagar a todos los acreedores se independiza y constituye por sí solo causa de vencimiento anticipado. Así lo señala HEVIA BOLAÑOS (y DOMÍNGUEZ) en el texto citado, pues habla del deudor «sospechoso de fuga, ò *en la paga, por aver venido a mensos*». Finalmente, viene a establecerse que cuando el deudor forma concurso de acreedores pueden los acreedores a término exigir antes de que llegue el día. Así, SALGADO DE SOMOZA mantiene que los acreedores a término deben ser citados al concurso (208), acabando por afirmar que en el concurso y cesión de bienes se abre la vía para que los acreedores a término puedan reclamar antes del término, a fin de que no perezca su crédito:

«... *quae doctrina certe verificatur in concursus et bonotum cesione facta per debitorem, cuius bona distrahuntur, et consumuntur in satisfactionem creditorem posteriorum comparentium, quo quidem aperitur via creditore conditionali, aut in diem, ut agere possit ante illum, ne suum creditum periclitetur*» (209).

Lo mismo señala AYLLÓN LAYNEZ:

«... *quod creditor conditionalis non impeditur agere ex iusta causa superveniente, vel quando debitor format concursum creditorem, et idem in debito in diem*» (210).

En resumen, el acreedor a término puede exigir el cumplimiento de la obligación antes de que llegue el día si el deudor es sospechoso de fuga, resulta insolvente o forma concurso de acreedores.

(208) *Labyrinthus creditorum...*, cit., parte I, capítulo VIII, n.º 26, pág. 53.

(209) *Labyrinthus creditorum...*, cit., parte I, capítulo VIII, núm. 30, pág. 54. Sin embargo, en n.º 31, pág. 54, mantiene que el deudor a término, incluso incierto, o bajo condición, si fuera muy sospechoso de término, incluso incierto, o bajo condición, si fuera muy sospechoso de fuga, futura insolvencia o futuro dolo, y se teme de él a raíz de una gran deuda o pobreza, puede entre tanto, mientras llega el día o la condición, disipar esta situación dando una garantía de que llegada la condición o el día sea pagada por él eficazmente («*Quoniam debitor in diem etiam incertam, vel sub conditione, si de fuga, aut futura inopia, futurum que dolo debitoris valde suspectus sit, atque de magno aere alieno, et de ingenti paupertate in eum timeatur, potest interim, donec dies vel conditio cesserit, et purificetur ad fidei iussione praestandam ius suum in iudicium deducere et agere, ut ea adveniente, et purificata sibi cum effectu solvatur*»). Esta aparente contradicción puede deshacerse si entendemos que lo que SALGADO señala es la posibilidad de que el deudor enerve el vencimiento anticipado de la obligación prestando una garantía, tal y como establece el art. 1129-1.º del Código Civil.

(210) *Utrariensis illustrationes...*, cit., tomo II, tít. *De qualitatibus contractuum*, cap. XI, n.º 30, pág. 241.

c) *La desaparición de la hipoteca.*—A los anteriores supuestos se asimila el de desaparición de la hipoteca constituida en garantía del crédito. Así lo señala HERMOSILLA:

«*Extincta hypotheca..., statim creditor, etiam si dies solutionis non venerit, ad exactionem debiti, pro cuius securitate res erat hypothecata, agere poterit*» (211);

y SALGADO DE SOMOZA:

«*...quia semper quod pignora, vel hypothecae ex aliquo accidenti periclitantur, et dissolvuntur, et potest creditor statim etiam si dies solutionis nondum venerit, agere ad debitoris actionem, pro cuius solutione, et securitate res hypothecata erat*» (212).

Ambos autores fundamentan este supuesto en lo previsto por la ley LXVII, tít. V, Partida V, que estudiamos en la parte correspondiente al Derecho histórico español.

d) *El Fisco como acreedor.*—Por último, la doctrina española señala otro supuesto de vencimiento anticipado, la necesidad del Fisco, que le legitima para accionar contra su deudor, aun antes de vencer el plazo. Se trata del supuesto recogido en CJ. 4, 9, 1, que vimos al estudiar el Derecho romano y que algunos autores mencionan. Es el caso de GREGORIO LÓPEZ, quien cuando la ley XLV, tít. II, Partida III dice que «el demandador non deue ser oydo, quando fiziesse demanda en razon de debda, quel deuiessen, ante del plazo», señala que «exceptúase, no obstante, el Fisco, el cual por razón de pública necesidad, puede accionar contra su deudor, antes de vencer el plazo (213). También lo recoge SUÁREZ (214).

15. Recapitulación.—Dejando aparte los relativos a la restitución de la dote y al Fisco, en la doctrina española de los siglos XVI a

(211) HERMOSILLA, A.: *Notae, additiones et resolutiones ad glossas Legum Partitarum D. Gregorii Lopetii*, tomo II, Colonia, 1751, tomo II, glosa I a la ley LXVII, tít. V, Partida V, n.º 26, pág. 759. CASTRO Y BRAVO, F. De: *Derecho Civil de España*, tomo I, eit, pág. 150, nota 1, se refiere a que GASPAS DE HERMOSILLA (con sus hijos Juan y Sebastián) publicó dos volúmenes con notas, adiciones y resoluciones a las glosas de GREGORIO LOPEZ a la quinta Partida, *Additiones, notae, resolutiones ad Partit, gloss. et cogito. Doct. Gregorii Lopetii*, 1634.

(212) *Labyrinthus creditorum...*, cit., parte I, capítulo VIII, n.º 30, pág. 54.

(213) *Las siete Partidas...*, tomo II, cit., glosa núm. 246, ley XLV, tít. II, Partida III, pág. 61.

(214) Declaratio 1. 2. título De los emplazamientos..., cit., *septima limitatio*, n.º 5, págs. 309.

XVIII se recogen claramente otros supuestos de vencimiento anticipado que en mayor o menor medida juegan como antecedentes de los recogidos en el art. 1129 del Código Civil. Por ello, BERNÍ y CATALÁ afirma, al glosar la ley XLII, tít. II, Partida III, que no existe *pluribus tempore*

«quando la hipoteca perece, o quando el deudor va empobreciendo, o se presume fuga, pues en tales casos puede pedir el acreedor antes del plazo» (215).

Y GÓMEZ DE LA SERNA, en relación con la ley XLV, tít. II, Partida III, señala que

«cuando sin justa causa se demanda ántes de tiempo, manda la ley que se duplique el que aun falte para pedir legitimamente, además de abono de costas, daños y perjuicios; aunque la duplicacion del tiempo no está en práctica, mas no se incurre en penas semejantes cuando hay necesidad de poner demanda ántes del plazo debido, por no exponerse el demandante á perder lo que justamente le corresponde, como cuando el deudor por su culpa o sin ella va empobreciéndose ó apareciendo varios acreedores, y en otros casos semejantes, en los cales el actor tiene derecho de anticipar su demanda» (216).

Por último, también FEBRERO afirma que

«impide el progreso de la via executiva la excepcion de no estar cumplido el plazo prefijado en el instrumento para hacer la paga, ni la condición puesta en el: pues hasta que lo estén, ni el acreedor tiene acción à pedir, ni el deudor obligación à pagar: ni por consiguiente há lugar la execucion, porque mientras se cumple, y verifica, está suspenso su efecto, y la condición expresa impide que nazca la acción, segun se prueba de la ley 2. tít. 21. Libro 4 Recop. ibi: *Se yendo pasados los plazos de las pagas*: y de otras: Previniendo que aunque el reo no oponga esta excepcion, puede el Juez repeler de oficio al actor, como que procede sin acción. Lo qual milita, y se entiende, à menos que se presuma fuga del deudor, ò intervenga otra causa justa para pedir antes que espire el plazo, pues entonces puede el actor usar de su derecho sin esperar à que cumpla,

(215) BERNÍ Y CATALÁ, J.: *Apuntamientos sobre las leyes de Partidas al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna*, Valencia, 1759, glosa a la ley XLII, tít. II, Partida III, tomo II, pág. 20.

(216) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Los Códigos españoles concordados y anotados*, tomo III, *Código de las siete Partidas*, vol. 2.º, Madrid, 1848, nota c) a la ley XLV, tít. II, Partida III, pág. 29.

acreditando al Juez el motivo que tiene para pedir antes que verifique el cumplimiento» (217).

IV. LA CODIFICACION

16. El Código Civil francés. La doctrina de POTHIER.—La cristalización de la doctrina medieval y del antiguo régimen sobre el vencimiento anticipado se produce en el Código Civil francés, siguiendo fundamentalmente el modelo de POTHIER (218), quien formula la doctrina del vencimiento anticipado en los siguientes términos:

«§ III. De los casos en que se puede exigir la deuda antes de terminar el plazo.

234. El término concedido por el acreedor al deudor, se considera que tiene por fundamento la confianza en su solvencia; cuando ese fundamento desaparece, el efecto del término cesa.

235. De donde se sigue, 1.º, que cuando el deudor se ha presentado en quiebra, y el precio de sus bienes se distribuye entre los acreedores, el acreedor puede cobrar, aun cuando no haya expirado el término de la deuda...

236. Observad que si, entre varios deudores solidarios, hay algunos que se declaren en quiebra, el acreedor puede exigir el pago de éstos antes del término, pero no de aquellos cuya solvencia es reconocida. La solvencia debe disfrutar del término, y aun para ello no está obligado a dar una caución en reemplazo de sus codeudores quebrados. Eso es lo que ha sido juzgado por sentencia de 29 de febrero de 1592, citada por Ana Robert, IV, 6. La razón está en que ese deudor que ha quedado solvente, no puede, sin su

(217) FEBRERO, JOSEPH: *Librería de escribanos*, Parte Segunda, tomo III, Madrid, 1786, Libro III, Concurso de acreedores, cap. II, § IV, n.º 231, págs. 510-511.

(218) Cfr. BONELLI, G.: «La decadenza dal termine...», cit., págs. 244 y 247; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: «El pago anticipado», *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XXVIII, n.º 73, julio-septiembre 1959, pág. 70, nota 131 y pág. 76, nota 153; MORENO QUESADA, B.: «El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías (Art. 1129-3.º C. c.)», *Anuario de Derecho civil*, 1971, págs. 429-430; MONTÉS PENADÉS, V. L.: «De las obligaciones a plazo», en *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 1981, pág. 136, nota 31. Otros autores anteriores a POTHIER no parece que llegasen a formular la doctrina del vencimiento anticipado, aunque estudian algunos de los textos que sirven de base a la misma. Es el caso de DOMAT, quien en *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, París, 1777, al estudiar el término (Libro I, tít. I, sec. III, n.º 5 a 7, pág. 35) no hace referencia a supuestos de vencimiento anticipado. Sin embargo, al estudiar los efectos de la hipoteca (Libro III, tít. I, sec. III, n.º 16, pág. 339) señala que aunque el término de pago no haya vencido, el acreedor puede ejercitar su hipoteca para su seguridad, según las circunstancias: así, se puede oponer a la venta de la cosa, sea mueble o inmueble, para conservar su derecho. Y cita D. 20, 1, 14 pr.

consentimiento, ser obligado a más de lo que él quería obligarse. No se puede, pues, obligarle a dar una caución que no está obligado a dar: la quiebra de sus codeudores, y no la suya, no puede serle perjudicial, según la regla *nemo ex alterius facto praegravari debet*.

De donde se sigue, 2.º, que el acreedor hipotecario que ha formado oposición a la venta de los bienes hipotecados a su favor, y que se encuentra en orden de ser útilmente colocado, puede exigir, sobre el precio de los mismos bienes, el pago de su crédito, bien que el término de ese pago no haya todavía llegado, por cuanto su derecho de hipoteca sobre el que había apoyado la confianza que le había decidido a conceder un término a su deudor, desapareciendo, el efecto del término debe cesar» (219).

Consecuencia de la influencia de POTHIER en los codificadores franceses será la formulación del art. 1188 del *Code Civil*, a cuyo tenor:

«El deudor no puede reclamar el beneficio del término cuando ha caído en quiebra o cuando por hecho suyo ha disminuido las seguridades que había dado por contrato a su acreedor (220)».

Se trata, por tanto de un precepto de carácter general, referido a todo tipo de obligaciones, que establece dos causas de vencimiento anticipado: la quiebra del deudor y la disminución de las garantías por hecho propio del mismo. Sin embargo, por el juego de otros preceptos del mismo Código, y como consecuencia de la interpretación doctrinal de todos ellos, los supuestos de vencimiento anticipado van a resultar notablemente ampliados, como a continuación veremos.

17. Supuestos de vencimiento anticipado en el Código Civil francés:

a) *Quiebra del deudor*.—El art. 1188 se refiere expresamente a la quiebra del deudor como determinante de la pérdida del beneficio del término, se refiere a la *faillite*, reproduciendo la doctrina de POTHIER. Y la *faillite* consistía en un procedimiento universal de ejecución de los bienes de los comerciantes. Los jurisprudencias franceses

(219) POTHIER, R. J.: *Tratado de las obligaciones*, trad. de la ed. francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. DUPIN, corregida y revisada por M. C. DE LAS CUEVAS, Buenos Aires, 1978, págs. 134-135.

(220) «*Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque para son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier*». La Ley n.º 85-98 de 25 de enero de 1985, ha suprimido la quiebra como supuesto de vencimiento anticipado en el art. 1188 del Código Civil Francés.

se plantean la posibilidad de aplicar el art. 1188 a los no comerciantes y responden positivamente con base en los siguientes argumentos:

1) Los trabajos parlamentarios así lo atestiguan. En la presentación a los cuerpos legislativos y exposición de los motivos, BIGOT-PREAMENEAU manifiesta: «Es evidente que en caso de quiebra (*faillite*) o de insolvencia (*déconfiture*) el deudor no debe ser más autorizado a reclamar el beneficio del término» (221). Y a la pregunta de SEGUR de si no convendría más suprimir del Código Civil toda disposición relativa a las *faillites*, y reenviar esa materia al Código de Comercio (222), responde TREILHARD que ello no corresponde exclusivamente a tal Código, y que se puede quebrar sin ser comerciante: «esa *faillite* se llama *déconfiture*, pero poco importa la denominación cuando la cosa es la misma» (223). En definitiva, el vencimiento anticipado del término encuentra el mismo motivo en la quiebra que en la insolvencia (224).

2) El Código Civil no regula un procedimiento concursal relativo a los no comerciantes, pero la doctrina acude al art. 180 de las Costumbres de París, conforme al cual,

«El caso de insolvencia —*déconfiture*— se da cuando los bienes del deudor, tanto muebles como inmuebles, no son suficientes a los acreedores aparentes» (225).

(221) FENET, P. A.: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomo XIII, reimpresión de la edición de 1827, Osnabrück, 1968, pág. 245.

(222) De hecho, el vencimiento anticipado de las deudas del quebrado se estableció también en el art. 448 (en 1838 pasó a ser el 444) del Código de Comercio francés de 1807.

(223) FENET, P. A.: *Recueil complet...*, cit., pág. 69, según BONELLI, G.: «La decadenza dal termine...», cit., pág. 251, el Código, al seguir a POTHIER, no advirtió al formular este artículo que la *faillite* se había transformado en un estado que afectaba sólo a los comerciantes, mientras que en los tiempos de aquel jurisconsulto era un estado común a los comerciantes y a los no comerciantes. De ahí la necesidad de declarar que en aquella disposición se entendía incluida también la *faillite* del no comerciante, esto es, la *simple déconfiture*.

(224) Cfr. DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoléon*, tomo XXV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, vol. 2.º, París, 1878, n.º 667, págs. 641 a 643; AUBRY, C. y RAU, C.: *Cours de Droit Civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4.ª ed., tomo IV, París, 1871, pág. 88, nota 12; JOSSERAND, L.: *Cours de Droit Civil français*, tomo II, 2.ª ed., París, 1933, n.º 732, pág. 400; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile. Delle obbligazioni*, vol. 2.º, con adiciones de N. STOLFI, Milán, 1915, n.º 1012, págs. 185-186.

(225) «*Le cas de déconfiture est quand les biens du débiteur, tant meubles qu'immeubles, ne suffisent aux créanciers apparentes*». Utilizan como concepto de insolvencia el del art. 180 de las Costumbres de París LAROMBIERE, L.: *Théorie et pratique des obliga-*

3) Determinados preceptos del *Code* se refieren a la insolvencia (*déconfiture*) junto a la quiebra, estableciendo algunos de ellos supuestos de vencimiento anticipado. Se trata de los arts. 1446 (226), 1613 (227), 1913 (228), y 2032 (229). Tal equiparación también debe jugar en el caso genérico de vencimiento previsto en el art. 1188 del Código Civil (230).

tions, tomo X, París, 1857, pág. 485; DEMOLOMBE, C.: *Cours...*, tomo XXV-2.º, cit., n.º 666, pág. 641; BRAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Trattato...*, vol. 2.º, cit., n.º 1012, pág. 185.

(226) Art. 1446: «Les créanciers personnels de la femme ne peuvent, sans son consentement, demander la séparation de biens.

Néanmoins, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, ils peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances».

(227) Art. 1613: «Le vendeur ne sera plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le payement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou état de déconfiture».

(228) Art. 1913: «Le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible, en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur».

(229) Art. 2032: «La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée:

- 1.º Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement;
- 2.º Lorsque le débiteur est en faillite, ou est en déconfiture;
- 3.º Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps;
- 4.º Lorsque la dette est devenue exigible para l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée;

5.º Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé.»

(230) Cfr. TOULLIER, C. B. M.: *Le Droit Civil français, suivant l'ordre du Code*, tomo VI, 5.ª ed., París, 1830, n.º 670, pág. 702; LAROMBIERE, L.: *Théorie et pratique...*, cit., págs. 484-485, quien también cita el art. 124 del Código Procesal Civil, promulgado dos años antes que el Código Civil, conforme al cual el deudor no puede obtener una dilación, ni gozar de aquella que haya sido concedida, si sus bienes son vendidos a instancia de otros acreedores, si se encuentra en estado de quiebra, o de contumacia (fuga), o si se encuentra prisionero, ni si por hecho suyo ha disminuido las garantías dadas por contrato a su acreedor; DEMOLOMBE, C.: *Cours...*, tomo XXV-2.º, cit., n.º 664, pág. 638; LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil français*, tomo XVII, 3.ª ed., Bruselas-París, 1878, n.º 195, págs. 207-208 (este autor comienza negando la posibilidad de que pueda aplicarse analógicamente el art. 1188 a la insolvencia, señalando que este precepto establece una pena y que no existe identidad de razón entre quiebra e insolvencia, pues en ésta no existe la necesidad de liquidación que se da en aquella; sin embargo, acaba afirmando que los arts. 1613 y 1913 son disposiciones que aplican el principio sentado en el 1188, tanto a la quiebra como a la insolvencia, de manera que aunque el lenguaje del legislador en el 1188 es impropio, su intención es evidente, y la jurisprudencia es constante en tal sentido); LINGENTHAL, ZACHARIE VON: *Manuale del Diritto Civile francese*, revisado por C. CROME, trad. y notas de L. BARASSI, tomo II, Milán, 1907, § 283, pág. 254, nota 8; BRAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Trattato...*, vol. 2.º, cit., n.º 732, págs. 399-400; FUZIER-HERMAN, E.: *Code Civil annoté*, bajo la dirección de R. DEMOGUE, tomo III (arts. 1048 a 1314), París, 1936, pág.

En consecuencia, la totalidad de los tratadistas franceses considera aplicable el art. 1188 a la insolvencia de los no comerciantes (231).

b) *Disminución de las garantías.*—El art. 1100 se refiere exclusivamente a la disminución por hecho propio del deudor de las garantías otorgadas por contrato. Sin embargo, la interpretación doctrinal del precepto va a suponer una ampliación de su contenido al incluir también el no otorgamiento de las garantías prometidas. Para ello los tratadistas franceses se apoyan en lo siguiente:

1) Un argumento *a fortiori*: en la hipótesis de no otorgamiento el deudor no se limita a disminuir la garantía especial, sino que la anula completamente. El motivo del vencimiento es, por tanto, más intenso que el caso explícitamente previsto por el legislador (232).

435; PLANIOL, M. y RIPERT, J.: *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, trad. de M. DÍAZ CRUZ y F. RIVEREND BRUSONE, tomo VII, *Las obligaciones* (segunda parte), con el concurso de P. ESMEIN, J. RADONANT y G. GABOLDE, La Habana, 1945, n.º 1014, pág. 326.

(231) BONELLI, G.: «La decadenza dal termine...», cit., págs. 245 y ss., critica la orientación de la doctrina —y la jurisprudencia— francesa. Según señala, las Costumbres de París se ocupan de la *déconfiture* al hablar de la ejecución sobre bienes muebles. Originariamente la ejecución era, en el Derecho germánico, un medio de defensa jurídica individual, de manera que el acreedor que primero ejecutaba no podía resultar perjudicado por los sucesivos acreedores. De concurso se comienza a hablar en el Derecho feudal, a propósito de la venta del feudo, la cual no podía tener lugar sin excusión de todos los demás bienes del señor feudal. Pero el principio del concurso encuentra resistencia y generalmente, salvo los casos en que el abandono del patrimonio por el deudor precede a la acción ejecutiva de los acreedores, la jurisprudencia y las leyes reconocen el así llamado privilegio *du premier saisissant*, conta el que los demás acreedores, para concurrir, deben ejercitar oposición. Al caso del abandono espontáneo de los bienes (cesión, fuga) se equipara en el *Grand Coutumier* (alrededor de 1389) otro caso en que la oposición se admite, con el efecto de reducir todos los créditos porcentualmente, y este caso es la *déconfiture*; es decir, cuando el deudor no tiene bienes suficientes para todos los acreedores que se oponen. Mediante la oposición los acreedores llegaban a resultados diferentes, según que el deudor fuera solvente o no. En este segundo caso hay *déconfiture*, y todos los acreedores obtienen un tratamiento igual al de aquel que ha practicado la *saisie*. Este principio se transmite a casi todas las *Coutumes*, y entre ellas a la de París, desde donde se generaliza a toda Francia, con el art. 165 de la Ordenanza de 1629. En consecuencia, por *déconfiture* hay que entender aquel estado del deudor insolvente y sujeto a ejecución que hace nacer el concurso de todos los acreedores sobre sus bienes. La *déconfiture* suponía la liquidación de todos los bienes, muebles e inmuebles, del deudor; se trataba de un medio de defensa colectiva, no individual, que es como la entienden los tratadistas del *Code*.

(232) Cfr. AUBRY, C. y RAU, C.: *Cours...*, tomo IV, cit., pág. 89, nota 15; LAURENT, F.: *Principes...*, tomo XVII, cit., n.º 204, pág. 217; COLIN, A. Y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil*, trad. cast., con notas de D. DE BUEN, tomo III, Madrid, 1924, pág. 353; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Trattato...*, vol. 2.º, cit., n.º 1018, págs. 194-195; PLANIOL, M. y RIPERT, J.: *Tratado...*, tomo VII, cit., n.º 1016, pág. 330.

2) Los arts. 1912 (233) y 1977 (234) establecen consecuencias para el caso de que el deudor no constituya las garantías prometidas, que aunque no sean propiamente el vencimiento anticipado de la obligación, aclaran el sentido del art. 1188 (235).

Por último, el supuesto de disminución de las garantías plantea la conexión entre los arts. 1188 y el 2131 (que se corresponde con el 79 de la Ley Hipotecaria francesa), ya que en virtud de este último precepto si los inmuebles sujetos a hipoteca se pierden o deterioran, de manera que resulten insuficientes para la seguridad del acreedor, éste se encuentra facultado para reclamar el reembolso de su crédito u obtener un suplemento de hipoteca (236). La doctrina francesa entiende que este precepto sólo es aplicable a la pérdida o deterioro no imputable al deudor, y que el acreedor no puede dar por vencida la obligación garantizada, sino sólo exigir el suplemento de hipoteca. Sólo en el supuesto de que el deudor no amplíe la hipoteca puede el acreedor dar por vencida la obligación, mientras que si la garantía ha disminuido por hecho propio del deudor éste no puede evitar el vencimiento anticipado ampliándola o sustituyéndola (237).

18. Influencia del Código Civil francés en otras legislaciones:

a) *Bolivia*.—El art. 779 del Código Civil de Bolivia de 1830 establece:

(233) Art. 1912: «Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel, peut être contraint au rachat:

1.º S'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années;

2.º S'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat».

(234) Art. 1977: «Celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix, peut demander la résiliation du contrat, si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées par son exécution».

(235) Cfr. LAROMBIERE, L.: *Théorie et pratique...*, cit., págs. 494-495; LAURENT, F.: *Principes...*, tomo XVIII, cit., n.º 204, pág. 217; COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso...*, tomo III, cit., pág. 353; JOSSEAND, L.: *Cours...*, tomo II, cit., n.º 735, pág. 402; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Trattato...*, vol. 2.º, cit., n.º 1018, pág. 194.

(236) «Pareillement, en cas que l'immeuble présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci ou poersuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque».

(237) Cfr. DEMOLOMBE, C.: *Cours...*, tomo XXV-2.º, cit., n.º 690-693, págs. 655 a 658; AUBRY, C. y RAU, C.: *Cours...*, tomo IV, cit., pág. 89; LAURENT, F.: *Principes...*, tomo XVII, cit., n.º 203, pág. 216; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Trattato...*, vol. 2.º, cit. n.º 1025, pág. 199; PLANIOL, M. y RIPERT, J.: *Trattato...*, tomo VII, cit., n.º 1015, pág. 329. En apoyo de estas afirmaciones se cita también el art. 2020, que dice: «Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donnée une autre.—Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution».

«El deudor no puede reclamar el beneficio del término cuando ha quebrado o cuando ha disminuido las seguridades que había dado al acreedor».

El Código boliviano apenas se aparta del camino emprendido por el Código Civil francés. Los supuestos de vencimiento anticipado son los mismos. Sin embargo, el segundo de ellos se formula con mayor amplitud. Ya no es necesario que las seguridades disminuidas hayan sido dadas por contrato. Tampoco se hace referencia al «hecho propio» del deudor, pero gramaticalmente el sentido es el mismo, pues el verbo de la oración —ha disminuido— tiene por sujeto al deudor.

Sin embargo, el art. 1476 dispone:

«En el caso de que el inmueble o los inmuebles sujetos a la hipoteca hubiesen perecido o deteriorádose de manera que se hayan hecho insuficientes para la seguridad del acreedor, podrá éste pedir un suplemento de hipoteca.»

Se aparta este precepto del 2131 francés y viene a plantear la cuestión de si la disminución del inmueble hipotecado imputable al deudor dará o no lugar al vencimiento anticipado, pues el art. 1476 no distingue. Suponemos que los intérpretes de este precepto, al relacionarlo con el 779 habrán concluido que el 1476 sólo resulta aplicable a la disminución del bien hipotecado no imputable al deudor, como hicieron los comentaristas del art. 2131 francés.

b) *Chile*.—El art. 1496 del Código Civil de Chile (1858) dispone:

El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:

1.º Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia.

2.º Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones» (238).

Este precepto supone una nueva orientación en la positivización de los supuestos de vencimiento anticipado. En efecto, lo primero que llama la atención es que no se refiere a la pérdida del beneficio del plazo, sino a la exigibilidad de la obligación. Las consecuencias

(238) Idéntico es el art. 1553 del Código civil de Colombia de 1887.

son similares, pero el precepto deja de aparecer como una modificación del principio según el cual el plazo se entiende puesto en beneficio del deudor; en el Código Civil chileno se formula como una excepción a la inexigibilidad derivada del establecimiento de un término de cumplimiento. El pacto en virtud del cual el acreedor concede un aplazamiento al deudor deja de producir los efectos que le son propios si se produce alguna de las situaciones en el precepto descritas.

La segunda novedad de este precepto consiste en la inclusión de la insolvencia notoria junto a la quiebra como supuesto de vencimiento anticipado (239). Se recogen, pues los principios sentados por la escuela de la exégesis al respecto. El precepto deja de ser aplicable únicamente al desbalance económico de los comerciantes; para serlo también al de los no comerciantes.

También llama la atención la formulación del supuesto relativo a las garantías. Se habla, en primer lugar, tanto de extinción como de disminución. La formulación apenas tiene relevancia, pues si la disminución da lugar a la anticipación del vencimiento, con mayor motivo se producirá por la extinción de la garantía.

En segundo lugar, se exige, siguiendo lo dispuesto en el Código francés, que la extinción o la disminución tengan su origen en un hecho del deudor, pero también se incluye la extinción o disminución por culpa del deudor. En estos términos creemos ver una ampliación del supuesto: también darán lugar a la anticipación del vencimiento y consiguiente exigibilidad los actos en que, sin haber sido realizados por el deudor, se aprecie culpa del mismo. Tal sería si se incluyese en ese concepto la culpa *in vigilando*.

En tercer lugar, la disminución de las cauciones ha de ser de su valor y *considerable*. En consecuencia, no basta cualquier disminución imputable al deudor, sino sólo aquéllas de cierta entidad. Sin embargo, el carácter «considerable» de la disminución resulta difícil de precisar.

En cuarto lugar, se suprime la referencia francesa al contrato como origen de las garantías. Resulta el precepto aplicable, por tanto, a las garantías constituidas con posterioridad e incluso a los privilegios, según entendimiento de la mayor parte de los intérpretes del art. 1188 del *Code*.

(239) Como antecedente del precepto en este aspecto se encuentra el art. 1307 del Código Civil holandés de 1838. Cfr. GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de 1852, Zaragoza, 1974, pág. 564.

Por último, la exigibilidad anticipada no se producirá si el deudor renueva o mejora las garantías extinguidas o disminuidas. De una parte el precepto, es este punto, se acerca a su antecedente francés, pues habla de reclamación del «beneficio del plazo». De otra parte se aleja de la legislación francesa, pues establece la posibilidad de que el deudor enerve el vencimiento cuando la disminución le es imputable, y el Código de Napoleón sólo lo permitía en la desaparición fortuita de la hipoteca, según extendida interpretación doctrinal. Puede verse, pues, la originalidad de BELLO, redactor de este Código, en la formulación de este precepto.

En relación a la hipoteca el art. 2427 establece:

«Si la finca se perdiere o deteriorare en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca, a no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente, y en defecto de ambas cosas podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo, o implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada» (240).

En este precepto viene a plantearse la misma cuestión que entre los art. 2131 y 1188 del Código Civil francés, pues el art. 2427 no distingue entre la pérdida o deterioro imputable y la no imputable al deudor. Suponemos que la solución será la misma que dieron los jurisprudencistas franceses: entender que el art. 2427 se refiere a la disminución no imputable al deudor, de manera que ésta sólo dará lugar al vencimiento anticipado si no se amplía la hipoteca o el acreedor no consiente una seguridad equivalente, mientras que no cabrán estos remedios si la disminución se debió a actos propios del deudor (241).

(240) Idéntico es el art. 2451 del Código Civil de Colombia de 1887.

(241) La influencia del Código chileno se deja sentir en el de El Salvador de 1859, cuyo art. 1367 dispone: «El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:

1.º Al deudor constituido en quiebra o que de una manera notoria ha cesado en el pago de sus obligaciones corrientes.

2.º Al deudor cuyas cauciones se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones.»

Sólo una diferencia existe entre ambos. Mientras el chileno se refiere a la insolvencia notoria del deudor, el salvadoreño habla de aquél que de manera notoria haya cesado en el pago de sus obligaciones corrientes. Con ello se trata de acercar el concepto de quiebra, exclusivo de los comerciantes, a los no comerciantes. En lugar de utilizar un concepto jurídico tan indeterminado como el de insolvencia se acude al que puede ser un indicio de la misma, la cesación de pagos.

c) *Portugal*.—El Código Civil portugués de 1867 contempla en su art. 741 el vencimiento anticipado de las obligaciones:

«El cumplimiento de la obligación, aunque tenga plazo establecido, se vuelve exigible quebrando el deudor, o si, por acto de él, disminuyeran las garantías que en el contrato habían sido establecidas a favor del acreedor» (242).

En este precepto destacan dos aspectos. En primer lugar, su formulación gira en torno al concepto de exigibilidad, no haciéndose

Por otra parte, el art. 2175 establece, respecto de la hipoteca, exactamente lo mismo y en los mismos términos que el art. 2427 del Código Civil chileno.

También el Código Civil uruguayo de 1868 es deudor del chileno, estableciendo el art. 1438 de aquél:

«Lo que se debe a plazo, fuera de los casos de quiebra o notoria insolvencia, no puede exigirse antes de su vencimiento; pero lo que el deudor, conociendo el plazo, pagare anticipadamente no lo podrá repetir.

En las obligaciones a plazo los riesgos o peligros de la cosa son de cuenta del acreedor».

La influencia chilena en este precepto se aprecia en que se refiere tanto a la quiebra como a la notoria insolvencia. Sin embargo, se separa del Código Civil chileno y de todos los demás por el tratamiento que se hace en él de varias cuestiones que en los demás cuerpos legales se regulan de manera separada, y por las omisiones que contiene. En efecto, se regulan en un mismo precepto el vencimiento anticipado, el pago anticipado y los riesgos y peligros de la cosa en las obligaciones a plazo, y no se hace referencia a la disminución de las garantías como causa de vencimiento anticipado. La única referencia a la disminución de las garantías se encuentra en el art. 2339, a cuyo tenor, «si la finca se perdiese o deteriorase en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca, a no ser que consienta que se le dé otra seguridad equivalente; y en defecto de ambas cosas podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo». Se reproduce, pues, el art. 2427 del Código Civil de Chile (con la única diferencia, además de algunas modificaciones de estilo, de que se suprime el último inciso del precepto chileno, relativo a la posibilidad de «implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada»), pero al suprimirse toda alusión a la disminución de las garantías imputable al deudor en el art. 1438 hay que concluir que ésta no dará lugar al vencimiento anticipado, a no ser que el deudor no mejore la hipoteca o el acreedor acepte otra garantía equivalente.

Por último, también el Código Civil de Chile resulta claro antecedente del art. 1361 del Código Civil de México de 1884. Conforme a éste precepto, «al deudor constituido en quiebra, al que se hallare en notoria insolvencia y al que sin consentimiento del acreedor hubiere disminuido por medio de actos propios las seguridades otorgadas, podrá exigirse el cumplimiento de la obligación a plazo, aun cuando éste no se haya vencido». Sin embargo, se introduce en este precepto una novedad: no producirá el vencimiento anticipado de la obligación la disminución de las garantías por actos propios del deudor si el acreedor la consintió. A nuestro juicio, resulta innecesario este inciso, pues si el acreedor consiente la disminución y luego da por vencida la obligación está actuando contra sus propios actos.

(242) «O cumprimento da obrigação, ainda que tenha prazo estabelecido, torn-se exigível falindo o devedor, ou se, por facto dêle, diminuáran as seguranças, que no contrato haviam sido estipuladas a favor do credor».

referencia ni a la pérdida del beneficio del plazo ni al vencimiento. Desde este punto de vista el precepto se separa de su origen francés. En segundo lugar, los supuestos se formulan de igual manera que en el *Code Napoléon*. Sólo se contemplan la quiebra del deudor y la disminución imputable al deudor de las garantías establecidas en el contrato. En resumen, el Código Civil portugués de 1867 se limita a mejorar la formulación de la consecuencia jurídica respecto del Código francés respetándolo en cuanto a los supuestos de hecho. No se observa, pues, ninguna influencia del Código Civil chileno ni del italiano de 1865.

La mayor amplitud de supuestos llegará con el Código Civil portugués de 1966. El art. 780 de éste dispone:

«(Pérdida del beneficio del plazo)

1. Establecido el plazo a favor del deudor, puede el acreedor, no obstante, exigir el cumplimiento inmediato de la obligación, si el deudor se volviera insolvente, aunque la insolvencia no haya sido judicialmente declarada, o si, por causa imputable al deudor, disminuyeren las garantías del crédito o no fueren prestadas las garantías prometidas.

2. El acreedor tiene el derecho de exigir del deudor, en lugar del cumplimiento inmediato de la obligación, la sustitución o refuerzo de las garantía, si éstas sufrieran disminución» (243).

De una parte se incluyen como causas de vencimiento o exigibilidad anticipada la insolvencia, aunque no haya sido judicialmente declarada, y el no otorgamiento de las garantías prometidas. De otra, se establece la posibilidad de enervar la anticipada exigibilidad sustituyendo o reforzando las garantías disminuidas. También se mejora la redacción de la consecuencia jurídica, especificándose que el plazo tiene que haber sido establecido en beneficio del deudor.

Este precepto recoge gran parte de la evolución legal y doctrinal del siglo XX, pero, desde luego, no de una manera completa. Así, no hace referencia a la garantía de la obligación en caso de insolvencia como medio de enervar el vencimiento anticipado y no se refiere a la desaparición fortuita de las garantías.

(243) «(Perda do benefício do prazo) 1. Estabelecido o prazo a favor do devedor, pode o credor, não obstante, exigir o cumprimento imediato da obrigação, se o devedor se tornar insolvente, ainda que a insolvência não tenha sido judicialmente declarada, ou se, por causa imputável ao devedor, diminuírem as garantias do crédito ou não forem prestadas as garantias prometidas.

2. O credor tem o direito de exigir do devedor, em lugar do cumprimento imediato da obrigação, a substituição ou reforço das garantias, se estas sofreram diminuição».

d) *Argentina*.—La regulación del vencimiento anticipado en el Código Civil argentino (1869) es de las más completas, y viene recogida en los siguientes preceptos:

Art. 572: «El deudor constituido en insolvencia y los que lo representen no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación».

Art. 753: «Puede el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores. Si la deuda fuese solidaria, no será exigible contra los codeudores solidarios que no hubiesen provocado el concurso».

Art. 754: «Puede también el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando los bienes hipotecados o dados en prenda, fuesen también obligados por hipoteca o prenda a otro acreedor, y por el crédito de éste se hiciese remate de ellos en ejecución de sentencias pasadas en cosa juzgada».

Art. 3.157: «El deudor propietario del inmueble hipotecado, conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad, pero no puede, con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningún acto de disposición material o jurídica, que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor de inmueble hipotecado».

Art. 3.158: «Todo acreedor hipotecario, aunque su crédito sea a término o subordinado a una condición, tiene derecho a asegurar su crédito, pidiendo las medidas correspondientes contra los actos sobre que dispone el artículo anterior».

Art. 3.159: «Cuando los deterioros hubiesen sido consumados, y el valor el inmueble hipotecado se encuentra disminuido a término de no dar plena y entera seguridad a los acreedores hipotecarios, éstos podrán, aunque sus créditos sen causados, y el depósito de lo que importen, o demandar un suplemento a la hipoteca».

Art. 3.160: «Igual derecho tienen los acreedores hipotecarios, cuando el propietario de un fundo o de un edificio enajena los muebles accesorios a él, y los entrega a un adquirente de buena fe».

Art. 3.161: «En los casos de los tres artículos anteriores, los acreedores hipotecarios podrán, aunque sus créditos no estén vencidos, demandar que el deudor sea privado del beneficio del término que el contrato le daba».

En consecuencia, las causas de vencimiento son las siguientes:

1) *Insolvencia* (art. 572). El Código Civil ya no habla de quiebra, sino de insolvencia (244). Teniendo en cuenta la fecha del Cód-

(244) El vencimiento anticipado por declaración de quiebra se encuentra recogido en el art. 1559 del Código de Comercio argentino: «La declaración de quiebra hace exi-

go puede deberse bien a la influencia de la doctrina francesa al respecto, bien a la influencia del Código Civil italiano de 1865. Tal vez la influencia de ambos haya sido la determinante de la inclusión de la insolvencia del deudor como causa de vencimiento anticipado. Como novedad del Código de VÉLEZ SARSFIELD se encuentra la alusión al representante del deudor insolvente.

2) Concurso de acreedores (art. 753). Estableciendo el Código Civil argentino un procedimiento de ejecución universal para los no comerciantes, la declaración de concurso da lugar al vencimiento anticipado de las obligaciones. Sin embargo, la doctrina argentina entiende que el art. 753 viene a precisar el contenido del art. 572, de manera que sólo la insolvencia judicialmente declarada (concurso) dará lugar al vencimiento anticipado de las obligaciones (245).

El art. 753, acogiendo la solución doctrinalmente mayoritaria, declara que el concurso de uno de los obligados solidarios no afecta a los demás.

3) Ejecución de bienes hipotecados o dados en prenda (art. 754). Se justifica este supuesto con base en una razón de hecho: que el bien que garantiza el crédito va a ser ejecutado y la simplificación de los procedimientos sufriría si el acreedor a término tuviera que esperar al vencimiento del mismo; y con base en que hay algo de culpa en el deudor que se deja rematar el bien afectado, y que así destruye la fe que en él depositara el segundo acreedor que le admitió ese bien como garantía especial (246).

4) Disminución del valor del inmueble hipotecado pro actos de disposición material o jurídica (arts. 3.157 y 3.158 en relación con el 3.161), al punto de no dar plena y entera seguridad al acreedor hipotecario (art. 3.159).

5) Enajenación por el propietario de un fundo o de un edificio hipotecado de los muebles accesorios y entrega de los mismos a un adquirente de buena fe (art. 3.160 en relación con el 3.161).

En consecuencia, el Código Civil argentino no establece un precepto relativo a todo tipo de garantías que dé lugar al vencimiento anticipado de la obligación, sino supuestos concretos que afectan a la

gibles todas las deudas del fallido, aunque no se hallen vencidas, sean comerciales o civiles, con descuento de los intereses correspondientes al tiempo que faltase para el vencimiento».

(245) Cfr. COLMO, A.: *De las obligaciones en general*, Buenos Aires, 1920, pág. 209; GASPERI, L. DE: *Tratado de las obligaciones*, tomo I, *Parte general*, Buenos Aires, 1945, págs. 436-437; CORDEIRO ALVAREZ, E.: *Tratado de Derecho Civil, tomo I, Parte general y obligaciones*, Buenos Aires, 1959, pág. 621; SALVAT, R. M.: *Tratado de Derecho Civil argentino (Obligaciones en general)* Buenos Aires, 1923, pág. 296.

(246) COLMO, A. : *De las obligaciones...*, cit., pág. 209.

hipoteca y a la prenda (art. 754) o sólo a la hipoteca (arts. 3.157 a 3.161).

19. El Código Civil italiano de 1865.—El art. 1176 del Código Civil italiano de 1865 establecía:

«El deudor no puede reclamar el beneficio del término, si ha devenido insolvente, o si por acto propio ha disminuido las garantías dadas al acreedor o no le ha dado las garantías prometidas» (247).

De manera inmediata se observa que este precepto viene a ser el producto del art. 1188 francés tal y como lo interpretó la doctrina francesa. En efecto, las modificaciones que el 1176 italiano presenta respecto al 1188 francés son todas y cada una de las que los juriscónsultos franceses introdujeron al comentar este último precepto:

1) Se refiere a la insolvencia, mientras que el vencimiento anticipado por la declaración de quiebra se establece en el art. 701 del Código de Comercio italiano (248).

2) Se incluye explícitamente como supuesto de vencimiento anticipado el no otorgamiento de las garantías prometidas.

3) Se suprime la referencia a que las garantías disminuidas tienen que haber sido dadas al acreedor «por contrato», expresión ésta que había sido también interpretada de manera amplia por la doctrina francesa, con la intención de abarcar los privilegios (249).

Por su parte, al igual que el Código francés tiene un precepto dedicado a la pérdida o deterioro de los bienes hipotecados, el art. 1980 del italiano de 1865 establecía:

(247) «Il debitore non può più reclamare il beneficio del termine, se è divenuto non solvente, o se per fatto proprio ha diminuito le cautele date al creditore ovvero non gli ha dato le cautele promesse».

(248) Al igual que el Código Civil francés, en el italiano de 1865 existe una serie de preceptos que equiparan quiebra e insolvencia. Es el caso del art. 1469 (que tiene como antecedente el 1613 francés) y del 1786 (que proviene del 1912 francés). A juicio de BONELLI, G.: «La decadenza dal termine...», cit. Págs. 281 y ss., la *no solvencia* a que se refiere el art. 1176 del Código Civil italiano no coincide con una objetiva *insolvabilidad*, sino que se trata de un estado del no comerciante similar a la quiebra. Considera que la insolvencia del 1176 es a los no comerciantes lo que la quiebra a los comerciantes, y que por ello no resulta aplicable a éstos el art. 1176.

(249) En favor de incluir los privilegios como garantías susceptibles de disminución a los efectos del art. 1188 del *Code* se manifestaron: DEMOLOMBE, C.: *Cours...*, tomo XXV-2.º, cit., n.º 675, pág. 636; LAROMBIERE, L.: *Théorie et pratique...*, tomo X,

«Siempre que los bienes sujetos a hipoteca perciesen, o se deteriorasen de modo que deviniesen insuficientes para la seguridad del acreedor, éste tiene derecho a un suplemento de hipoteca y en su defecto al pago de su crédito» (250).

También la doctrina italiana interpretó que este precepto se refería a supuestos de disminución no imputables al deudor, y que no daba lugar al vencimiento anticipado más que si el deudor no ampliaba la hipoteca (251). La influencia del art. 1176 es evidente en el Código Civil español, pero también en otros Códigos, como el de Venezuela de 1923 (252).

Por último, el art. 1186 del Código Civil italiano de 1942 (bajo la rúbrica «Caducidad del término») establece:

cit., n. 675, pág. 489; JOSSERAND, L.: *Cours...*, tomo II, cit., n.º 734, pág. 401; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: *Trattato...*, vol. 2.º, cit., n.º 1016, pág. 194. En contra: LAURENT, F.: *Principes...*, tomo XVII, cit., n.º 202, págs. 215-216; HUC, T.: *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, tomo VII, París, 1894, n.º 288, pág. 386.

(250) «Qualora i beni sottoposti all'ipoteca perissero, o si deteriorassero in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, questi ha diritto ad un supplemento d'ipoteca e in mancanza al pagamento del suo credito».

(251) Cfr. GIORGI, G.: *Teoría de las obligaciones*, trad. esp. de la 7.ª ed. italiana, tomo IV, Madrid, 1911, núm. 414, pág. 426; LOMONACO, G.: *Il Diritto Civile italiano*, tomo X, *Delle obbligazioni*, 2.ª ed., vol. 1.º Nápoles, 1906, pág. 123; COVIELLO, L.: *Delle ipoteche*, Roma, 1936, pág. 248; GORLA, G.: *Le garanzie reali delle obbligazioni*, Milán, 1936, pág. 155; PINO, A.: «La "disminuzione della garanzia" ipotecaria (art. 2743 c. c.)», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1947, I, pág. 89. También se cita en apoyo de este argumento, al igual que en el Derecho francés, el art. 1906: «Quando il fideiussore accettato dal creditore volontariamente o giudizialmente sia divenuto in appresso non solvente, se ne deve dare un altro.— Questa regola soggiace ad eccezione nel solo caso in cui il fideiussore non sia stato dato che in forza di una convenzione, colla quale il creditore ha voluto per fideiussore quella determinata persona».

(252) El art. 1215 (anteriormente el 1242) de este Código dispone: «Si el deudor se ha hecho insolvente, o por actos propios hubiere disminuido las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación o no hubiere dado las garantías prometidas, no puede reclamar el beneficio del término o plazo».

El Código Civil de Venezuela también tiene un precepto similar al 2131 francés y 1980 italiano, el art. 1894 (anteriormente el 1966): «Cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan, o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantizar el crédito, el acreedor tendrá derecho a un suplemento de hipoteca, y, en su defecto, al pago de su acreencia (*sic*), aunque el plazo no esté vencido». Sobre estos preceptos véase CRISTÓBAL-MONTES, A.: *La disminución de la garantía hipotecaria*, Caracas, 1972. Este autor se muestra contrario a entender que el art. 1215 sólo resulta aplicable a la disminución por acto propio del deudor y el 1894 cuando la disminución se produce por caso fortuito (págs. 20 y ss.), pues «si la pérdida del beneficio del término se orienta a proteger los intereses del acreedor, a reforzar la efectividad del crédito, ¿tiene sentido negar tal consecuencia cuando la disminución de las garantías es resultado de un hecho natural o de un tercero extraño? No parece muy razonable» (págs. 23-24).

«Aunque el término esté establecido a favor del deudor, el acreedor puede exigir inmediatamente la prestación si el deudor ha devenido insolvente, o ha disminuido, por hecho propio, las garantías que había dado, o no ha dado las garantías que había prometido» (253).

Este precepto es en esencia el 1176 del Código de 1865, pero en lugar de expresarse en términos de «reclamación del beneficio del término» se expresa en términos de exigibilidad de la prestación.

Por su parte, el art. 2743 del Código Civil italiano de 1942 introduce una serie de novedades en relación al 1980 del Código de 1865. Aquél establece:

«Disminución de la garantía.—Siempre que la cosa dada en prenda o sujeta a hipoteca perezca o se deteriore, aunque sea por caso fortuito, de suerte que sea insuficiente para la seguridad del acreedor, éste puede pedir que le sea prestada idónea garantía sobre otros bienes y, en su defecto, puede reclamar el inmediato pago de su crédito» (254).

En primer lugar, se refiere no sólo a los bienes hipotecados, sino también a los bienes dados en prenda. En segundo lugar, se refiere a la pérdida o deterioro «aunque sea por caso fortuito». Este inciso da un nuevo sentido al precepto, pues si del 1980 se decía que sólo era aplicable a las disminuciones no imputables al deudor, el 2743 parece también aplicable a las disminuciones imputables al deudor. La distinción entre el art. 1186 y el 2743 cambia entonces de plano, afirmándose que este último precepto será aplicable a las garantías no constituidas voluntariamente por el deudor, aunque la disminución le sea imputable —supuesto en que no es aplicable el 1186—, y a cualquier disminución no derivada de «hecho propio» del deudor, aunque la hipoteca haya sido por él concedida. La menor gravedad de los presupuestos explica el menor rigor de la consecuencia, pudiendo ser evitado el vencimiento anticipado de la obligación con la prestación de una nueva garantía (255). En consecuencia, el 2743 se asienta en el

(253) «Quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse».

(254) «Diminuzione della garanzia.— Qualora la cosa data in pegno o sottoposta a ipoteca perisca o si deteriori, anche per caso fortuito, in modo da essere insufficiente alla sicurezza del creditore, questi può chiedere che gli sia prestata idonea garanzia su altri beni e, in mancanza, può chiedere l'immediato pagamento del suo credito».

(255) Cfr. RUBINO, D.: *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, vol. XIX del *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* dirigido por A. CICU y F. MESSINEO, Milán, 1956, n.º 163, pág. 360.

criterio según el cual la petición de suplemento de garantía es condición para el ejercicio de la demanda de pago anticipado; esto es, en derogación del art. 1186 (256).

20. Proyectos y anteproyectos españoles:

a) *El Proyecto de Código Civil de 1836.*—El Proyecto de Código Civil de 1836 sigue claramente al francés al regular el vencimiento anticipado de las obligaciones. En efecto, el art. 892 del Proyecto dispone:

«El deudor que hubiere quebrado o disminuido por hechos propios las seguridades dadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, no puede reclamar el beneficio del término» (257).

Sólo se recogen, como en el 1188 francés la quiebra del deudor y la disminución de las garantías por hechos propios del mismo. En igual sentido, se habla de reclamación del beneficio del término. La única diferencia apreciable se corresponde con la exclusión de la expresión «por contrato» en relación a las seguridades dadas.

Sin embargo, la conexión entre el art. 892 y los arts. 1731 y 1732 del proyecto incluyen otra modificación respecto de los créditos garantizados con hipoteca.

Conforme al art. 1731,

«El hipotecante está obligado a cuidar y usar de la cosa hipotecada con el esmero propio de un padre diligente de familia».

Y según el art. 1732:

«Si por falta de esta diligencia padeciese la finca hipotecada tal deterioro que no cubra la obligación principal, estará obligado a constituir otra hipoteca suficiente».

En consecuencia, el deterioro negligente de la finca hipotecada no da lugar al vencimiento anticipado del crédito garantizado, sino a la obligación de constituir otra hipoteca suficiente. Ello lleva a considerar que con la expresión «hechos propios» del art. 892 se contempla

(256) Cfr. PINO, A.: «La "disminuzione..."», cit., págs. 91 y 96; MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de S. SENTÍS MELENDO, tomo IV, *Derecho de las Obligaciones. Parte General*, Buenos Aires, 1955, § 103, n.º 5, pág. 81.

(257) Cfr. LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación española*, tomo IV, *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. 2.º, Madrid, 1979, pág. 203.

la actuación dolosa del deudor, al menos respecto de los créditos garantizados con hipoteca.

b) *El Proyecto de Código Civil de 1851*.—En la misma órbita de influencia francesa se mueve el Proyecto de Código Civil de 1851, como claramente se parecía de la lectura del art. 1048:

«El deudor constituido en quiebra o que hubiere disminuido, por medio de actos propios, las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, no puede reclamar el beneficio del término» (258).

El precepto habla sólo de la quiebra, sin mención alguna de la insolvencia, lo que demuestra que no se tuvo en cuenta la doctrina francesa y su interpretación del art. 1188 francés. Así, GARCÍA GOYENA, al comentar el término «quiebra» en el Proyecto, señala que «la de mala fe es punible, y aun en el caso de buena fe es de necesidad que el deudor no se aproveche del plazo, porque cede, o le son embargados todos los bienes, y nada le queda para pagar al vencimiento del plazo». Por

(258) En el Proyecto isabelino el término se presumía establecido en beneficio del deudor (art. 1047: «Siempre que en los contratos se designa un término, se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que el contrato mismo o de otras circunstancias resultare haberse puesto también en beneficio del acreedor»), siguiendo lo dispuesto en el art. 1187 del *Code*. Por otra parte, como antecedentes del art. 1048 del proyecto cita GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios...*, cit, pág. 564, los siguientes preceptos: 1188 francés, 2049 de la Luisiana, 1141 napolitano, 844 de Vaud, 1279 sardo y 1307 holandés. También cita GARCÍA GOYENA el art. 1757 del proyecto de 1851 al hablar de la quiebra. Este precepto, antecedente del art. 1843 del Código Civil, establecía: «el fiador puede, aun antes de haber pagado, reclamar del deudor que le indemnice ó releve de la fianza:

- 1.º Cuando el mismo fiador ha sido demandado judicialmente para el pago.
- 2.º Cuando el deudor se declara en quiebra, ó hay temores fundados de que se declare, ó comienza á disipar su fortuna.
- 3.º Si hay temor de que se fugue ó quiere dejar el Reino.
- 4.º Cuando se obligó a relevarle de la fianza en un tiempo determinado y este ha pasado.
- 5.º Cuando la deuda ha llegado á ser exigible por el vencimiento del plazo; en este caso podrá también requerir al acreedor para que proceda contra el deudor, ó contra el mismo fiador, admitiéndole el beneficio de escusión.
- 6.º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tenía un término fijo para su vencimiento, con tal que la obligación principal no fuese de tal naturaleza que no pudiera extinguirse antes de un tiempo determinado, como acontece en la tutela.

El fiador por título oneroso no puede aprovecharse de la disposición de este número 6.º».

GARCÍA GOYENA, sin embargo, no aclara si el vencimiento anticipado de la obligación principal afecta o no al fiador.

tanto, la justificación tenía su apoyo en el procedimiento de ejecución universal que es la quiebra, más que en la pérdida de confianza del acreedor en el deudor o en otras razones de tipo subjetivo. Así lo pone de manifiesto al hablar tanto de la quiebra de mala fe como de la buena fe. El vencimiento anticipado no tenía en este supuesto carácter de sanción para GARCÍA GOYENA, sino que era consecuencia del procedimiento liquidatorio. Sin embargo, poco después valora conjuntamente los dos supuestos de vencimiento anticipado del art. 1048 diciendo que en ambos casos «no fue concedido el plazo sino en consideración a las seguridades que tenía el acreedor. Cuando su confianza se disminuye por la disminución de las causas en que se fundaba, la ley debe dejarle obrar, como habría obrado no teniendo las mismas seguridades al tiempo del contrato» (259). Recogía aquí GARCÍA GOYENA la teoría de POTHIER relativa al vencimiento anticipado, le tesis de la defraudada confianza del acreedor en el deudor, adornada con la presunción de que si el acreedor no hubiera tenido las seguridades con que nació la obligación no hubiera concedido el aplazamiento.

Este precepto venía a concordar con el entonces vigente art. 1043 del Código de Comercio de 1829, a cuyo tenor «en virtud de la declaración de quiebra se tienen por vencidas todas las deudas pendientes del quebrado bajo descuento del crédito mercantil por la anticipación del pago, si éste llegase a verificarse antes del tiempo prefijado en la obligación». En consecuencia, venía a ser una reiteración, a nuestro juicio innecesaria, de lo que ya decía el Código de Comercio con mejor técnica y detalle.

Por otra parte, la quiebra era sólo para comerciantes (260), y se distinguían, a efectos legales, cinco clases de quiebras: suspensión de pagos, insolvencia fortuita, insolvencia culpable, insolvencia fraudulenta y alzamiento (261).

En cuanto a la disminución de las seguridades, justificaba GARCÍA GOYENA el vencimiento anticipado afirmando que «en este caso el deudor de hace indigno del beneficio, porque falta a la buena fe, alma de los contratos». El vencimiento anticipado por disminución de las garantías aparece configurado, pues, como sanción al deudor por su mala fe. Y en cuanto a los «actos propios», dice el mismo autor que «estos solos son imputables al deudor: de consiguiente conservará el

(259) *Concordancias, motivos y comentarios...*, cit., pág. 564. Por otra parte, GARCÍA GOYENA negaba, siguiendo a POTHIER, que la quiebra de uno de los deudores mancomunados determinara para los demás la pérdida del beneficio del plazo, o la obligación de dar fiador en lugar del fallido, porque *nemo ex alterius facto praegravari debet*.

(260) Cfr. art. 1001 del Código de Comercio de SÁINZ DE ANDINO.

(261) Cfr. art. 1002 y arts. 1003 a 1015 del mismo Código, en qué se conceptuaba cada tipo y se establecían las distintas consecuencias de cada una de ellas.

beneficio del plazo si la disminución de las seguridades procede de fuerza mayor», y cita el art. 1796 del Proyecto (262).

En efecto, reproduciendo la estructura del Código Civil francés en este punto, el Proyecto de 1851 dedica un precepto, el 1796, a la pérdida o deterioro del bien hipotecado. Conforme al mismo:

«Cuando los bienes hipotecados se pierdan o deterioren por culpa del deudor, podrá el acreedor reclamar el pago, aunque no hubiere vencido el plazo estipulado, a no ser que el propio deudor prefiera que se amplíe la hipoteca.

Si la pérdida o deterioro no fuese imputable al deudor, podrá éste renovar o ampliar suficientemente la hipoteca, y sólo en el caso de no hacerlo tendrá el acreedor derecho a exigir el pago antes del vencimiento del plazo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo determinado en el art. 1562» (263).

En consecuencia, si la pérdida o deterioro resultan imputables al deudor, el acreedor puede dar por vencida la obligación, pero el deudor puede enervar el vencimiento anticipado ampliando la hipoteca. Sin embargo, si la pérdida o deterioro no son imputables al deudor, el vencimiento anticipado no se da más que en el caso de que no amplíe la hipoteca. ¿Cuál es la diferencia? La diferencia estriba en que la pérdida o deterioro del bien hipotecado imputables al deudor facultan por sí solos al acreedor para dar por vencida la obligación. Si el acreedor ejercita tal facultad, el crédito ha vencido, y el deudor sólo puede enervar el vencimiento ya producido. Si la pérdida o deterioro no son imputables al deudor, el vencimiento no se produce por el hecho de la pérdida o deterioro, sino por el incumplimiento de la obligación de ampliar la hipoteca. En realidad la diferencia es más teórica que práctica, pues ampliando la hipoteca se evita el vencimiento anticipado en ambos casos. En última instancia el art. 1796 viene a ser una excepción a la regulación general prevista en el 1048, pues para las demás garantías, en este último precepto, no se prevé la ampliación como medio para enervar el vencimiento anticipado.

En resumen, la regulación del Proyecto isabelino del vencimiento anticipado de las obligaciones procede directamente del Código Civil francés, con muy escasas modificaciones. Las únicas relevantes son:

(262) *Concordancias, motivos y comentarios*, cit. pág. 564.

(263) El art. 176 del Proyecto se correspondía con el art. 30 del Anteproyecto de los títulos de las hipotecas y del Registro, redactado por CLAUDIO ANTON DE LUZURIAGA en 1848 (cfr. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEON y OTROS: *Leyes de 1861 y 1869*, Madrid, 1974, pág. 83). Por su parte, el art. 1562 establecía: «Si la finca gravada con un censo se pierde del todo, cesará el rédito o pensión; pero si se pierde sólo en parte, no se eximirá al deudor de abonar la renta, a no ser que prefiera abandonara la finca al acreedor.—Interviniendo culpa del deudor, quedará sujeto en ambos casos al resarcimiento de daños y perjuicios».

(a) La omisión de la expresión «por contrato» referida a las seguridades otorgadas.

(b) La distinción, a efectos de hipoteca, entre la pérdida o deterioro imputable y la no imputable al deudor, no recogida en el art. 2131 del Código Civil francés (264).

c) *El Anteproyecto del Código Civil (1882-1888)*.—El supuesto genérico de vencimiento anticipado venía recogido en el art. 1146 del Anteproyecto de 1882-1888:

«Pierde el deudor todo derecho a utilizar el plazo:

1.º Cuando después de contraída la obligación caiga en insolvencia, salvo que garantice la deuda.

2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido.

3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieren, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.»

Las diferencias respecto a la definitiva redacción del precepto en el Código Civil (art. 1129) son mínimas:

(a) En el primer párrafo, «Pierde», en el anteproyecto, por «Perderá», en el Código Civil.

(b) En el número 1.º, mientras el Anteproyecto dice «caiga en insolvencia», el código Civil dice «resulte insolvente».

(c) En el número 2.º el Anteproyecto dice «estuviere» y el Código «estudiese».

(d) En el número 3.º el Anteproyecto dice «desaparecieren» y el Código «desaparecieran».

En resumen, las modificaciones son puramente de estilo, no de contenido.

El Anteproyecto, y, en consecuencia, el Código, vienen a recoger toda la evolución seguida por las legislaciones codificadas durante el siglo XIX. Así,

(264) Vid. *supra*. Según afirmaba CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, en GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios...*, cit., pág. 938, «el 1796 parece más razonable que el 2131 francés; en este último se concede al acreedor la facultad de exigir el reembolso o un suplemento de hipoteca cuando los bienes anteriormente hipotecados se deterioran, sin hacer diferencia de los casos en que el deterioro provenga de culpa del deudor ó de un accidente; nuestro artículo ha tomado en cuenta esta importante diferencia para acomodar a ella las obligaciones del deudor según su responsabilidad; principio que fue también considerado en los arts. 18 y 45 del Código de Baviera y otros».

1) Comienza refiriéndose el precepto a la «pérdida del derecho a utilizar el plazo». Sigue el Anteproyecto, aunque no literalmente, la formulación del 1188 francés y del 1176 italiano, desconociendo la formulación en términos de exigibilidad de los Códigos de Chile, el Salvador, Portugal y Uruguay.

2) En lugar de hablar de quiebra se habla de insolvencia como causa de vencimiento anticipado. Se reproduce de esta forma lo dispuesto en el art. 1176 del Código Civil italiano de 1865. Hay que tener en cuenta que los efectos propios de la quiebra al respecto se encontraban recogidos en el art. 1043 del Código de Comercio de 1829 y, luego, en el art. 883 del Código de Comercio de 1885. El Código Civil opta por no regular lo que es propio de la legislación mercantil. Por otra parte, tampoco hace referencia al vencimiento anticipado por declaración de concurso. Se establece una separación ente ambos tipos de vencimiento que no es sólo por la causa, sino también por las consecuencias.

3) Se establece el vencimiento anticipado por el no otorgamiento de las garantías prometidas. Con ello se recoge la doctrina francesa anteriormente vista y lo dispuesto en el Código Civil italiano.

4) Se establece el vencimiento anticipado por disminución de las garantías otorgadas. Y siguiendo una línea evolutiva que comienza con el planteamiento doctrinal de la cuestión en Francia, continúa con el Código Civil de Chile y llega hasta el italiano, se elimina la expresión «por contrato» referida a las garantías otorgadas. De esta manera se amplía el supuesto de hecho determinante del vencimiento anticipado, al ampliarse las garantías susceptibles de disminución.

Sin embargo, el Anteproyecto no está exento de novedades:

1) Se establece la posibilidad de garantizar la obligación en el supuesto de insolvencia del deudor como medio para evitar el vencimiento anticipado.

2) Se establece la desaparición de las garantías por caso fortuito como causa de vencimiento anticipado. Esta posibilidad no había sido contemplada más que de una manera parcial y con distinto alcance en las legislaciones decimonónicas.

En primer lugar, ninguno de los preceptos que con carácter general establecen el vencimiento anticipado de las obligaciones recoge el supuesto de desaparición fortuita de las garantías. Donde se recogía era en sede de hipoteca, y no de manera concreta, sino embebido en el supuesto de pérdida o deterioro del bien hipotecado no imputable al deudor.

Y, en segundo lugar, la consecuencia de esa pérdida o deterioro era, según hemos visto, la obligación para el deudor de ampliar la

hipoteca. Sólo el incumplimiento de esta obligación daba lugar al vencimiento anticipado.

El Anteproyecto no establece una norma específica relativa a la hipoteca, sino una norma genérica relativa a todo tipo de garantías, y contempla el supuesto de desaparición fortuita como causa directa de vencimiento anticipado. Hay que tener en cuenta que el deterioro de la finca hipotecada y las facultades que en ese caso correspondían al acreedor se encontraban recogidas en el art. 97 del Reglamento Hipotecario de 21 de junio de 1861, que se corresponde, en gran medida, con el que hoy es el art. 117 de la Ley Hipotecaria. El art. 97 de aquel Reglamento disponía:

«Cuando la finca hipotecada se deteriorare disminuyendo de valor por dolo, culpa o voluntad del dueño podrá el acreedor hipotecario solicitar del juez ordinario del lugar en que esté la misma finca, que le admita justificación sobre estos hechos, y si de la que diere resultare su exactitud y fundado temor de que se insufiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer ó no hacer lo que proceda, para evitar ó remediar el daño.

Si después insistiere el propietario en abusar de su derecho dictará el juez nueva providencia, poniendo el inmueble en administración judicial» (265).

En consecuencia, al acreedor hipotecario, por la disminución del bien hipotecado imputable al deudor, correspondían dos posibilidades. O bien dar por vencida la obligación, o bien solicitar al Juez que dictara providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda, para evitar o remediar el daño, y en última instancia la administración judicial del bien. Si el deterioro era imputable al propietario no deudor del inmueble hipotecado, sólo podía ejercitar la acción regulada en el art. 97 del Reglamento Hipotecario.

En resumen, el supuesto de desaparición fortuita de las garantías otorgadas —que en el Reglamento Hipotecario en aquel momento vigente no se encontraba recogido y que los Códigos extranjeros no conceptuaban propiamente como un caso de vencimiento anticipado más que indirectamente y en relación a la hipoteca—, aparece como una innovación del Código Civil español, contemplada ya en el Anteproyecto de 1882-1888.

3) Se establece la posibilidad de sustituir las garantías alteradas como medio de enervar el vencimiento anticipado; y se precisa que la sustitución ha de ser inmediata y ha de consistir en el otorgamiento de otras garantías igualmente seguras. La forma en que se redacta el número 3.º parece dar a entender que también en el supuesto de dismi-

(265) Reproducido en el mismo artículo del Reglamento Hipotecario de 29 de octubre de 1879.

nución imputable al deudor cabe la sustitución de las garantías afectadas, en contra de la doctrina francesa e italiana al respecto (266).

En resumen, el precepto del Código Civil relativo al vencimiento anticipado de las obligaciones es fruto de la evolución legal y doctrinal decimonónica, con especial influencia del Código Civil italiano de 1865 y con innovaciones propias.

21. Influencia del Código Civil español en otras legislaciones.—En tema de vencimiento anticipado la influencia del Código Civil español ha sido patente en las legislaciones de Panamá, México y Perú.

El art. 1015 del Código Civil de Panamá (267) —promulgado en 1917— y el art. 1959 del Código Civil mexicano de 1928 son casi absolutamente idénticos al 1129 de nuestro Código Civil (268).

Por su parte, el Código Civil de Perú (1936), en su art. 1114, establece:

«Perderá el deudor el derecho a utilizar el plazo:

1.º Cuando después de contraída la obligación resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.

2.º Cuando no otorgue al deudor las garantías a que se hubiese comprometido.

3.º Cuando por acto propio hubiese disminuido las garantías, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras, a satisfacción del acreedor.

Como puede observarse, la única diferencia estriba en que mientras el art. 1129 español habla de «otras garantías igualmente seguras», el 1114 peruano se refiere a garantías sustituidas «a satisfacción del acreedor».

(266) Cuestión ésta muy dudosa y en la que nos inclinamos por considerar que en el supuesto de disminución imputable al deudor no cabe enervar el vencimiento anticipado sustituyendo las garantías.

(267) Por su parte, los arts. 1237 y 1656 del Código Civil de Panamá se corresponden, respectivamente, con los arts. 1467 y 1915 del Código Civil español.

(268) Las únicas diferencias ente el Código Civil mexicano y el español son las siguientes: a) Aquél dice «resultare», en lugar de «resulte», en el número 1.º; b) El mexicano dice «estuviere», mientras el español dice «estudiese», en el número 2.º; c) El mexicano dice «desaparecieren» donde el español dice «desaparecieran», en el número 3.º. De todo ello se concluye que en cuanto a los números 2.º y 3.º los redactores del Código Civil mexicano emplearon el texto del Anteproyecto de 1882-1988, y en cuanto al número 1.º siguieron el texto del Código Civil, pero modificando el tiempo del verbo. En relación al art. 1959 del Código mexicano de 1928 puede verse: BORJA SORIANO, M.: *Teoría general de las obligaciones*, tomo II, 7.ª ed., México, 1974, págs. 40 a 42; ROJINA VILLEGAS, R.: *Derecho Civil mexicano*, tomo V, *Obligaciones*, vol. 2.º, 3.ª ed., México, 1976, págs. 682-683.

