

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)
José Franco-Chasán, University of Augsburg
Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid
Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra
M.C. Mirow, Florida International University
José Miguel Piquer, University of Valencia
Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaíso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Juan Carlos Prado Rodríguez, “Incumplimiento de la donación promisorio y beneficium competentiae: Bases romanistas de su recepción en el Código civil de Bello”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 17 (2020), pp. 628-672 (available at <http://www.glossae.eu>)

Incumplimiento de la donación promisorias y *beneficium competentiae*: Bases romanistas de su recepción en el Código civil de Bello

Breach of promising donation and *beneficium competentiae*: The Roman law legacy and its reception in the Civil code of Bello

Juan Carlos Prado Rodríguez*
Universidad San Francisco de Quito

Fecha de recepción: 23.10.2019
Fecha de aceptación: 19.12.2019

Resumen

El presente estudio analiza las connotaciones del beneficio de la condena limitada (*beneficium competentiae*) en favor del donante que incumplió con su promesa de donar. A tal respecto, con base en las fuentes romanas y en la doctrina especializada, se reconstruirá el régimen del mencionado beneficio en la praxis jurídica romana, desde las razones de su introducción hasta las diferentes posturas doctrinales sobre los parámetros dirigidos a determinar el cálculo del *id quod reus facere potest*, que, para tal supuesto, preveía aquella doble deducción sobre el patrimonio bruto del deudor beneficiado: así, por un lado, de las demás deudas que tenía hacia otros acreedores no amparadas con dicho beneficio (*deductio aeris alieni*) y, por otro, de lo indispensable para su subsistencia (*deductio ne egeat*). De esta manera, la investigación se enmarca sobre la cuestión y el debate inherente al carácter exclusivo de ambas deducciones en favor del donante. Posteriormente, en el Derecho castellano de las Siete Partidas también se amparó a quien prometió una donación, al establecerse que cumpla, pero sólo si dispone de lo necesario para vivir, de lo contrario estaría exento de dicho cumplimiento. Por lo que, en tal contexto histórico, el *beneficium competentiae* habría perdido su esencia de pago parcial, y se habría convertido en un beneficio alimentario, con el que se le amparaba al donante para que no caiga en indigencia. Estos antecedentes marcarían la recepción del *beneficium competentiae* en la regulación que hizo don Andrés Bello en el Código civil chileno, en el que también se incluyó al donante como titular de dicho beneficio, sobre la base de los principios del Derecho Romano, las Siete Partidas y, en particular, de la concepción de Pothier sobre el *beneficium competentiae*.

Abstract

The present study analyzes the connotations of the benefit of the limited judgment (*beneficium competentiae*) in favor of the donor who failed to fulfill his promise to donate. In this regard, based on Roman sources and specialized doctrine, the structure of said benefit in Roman legal practice will be reconstructed from the reasons for its introduction to the different doctrinal positions on the parameters aimed at determining the calculation of the *id quod reus facere potest*, which, for such an event, envisaged a double deduction on the gross wealth of the beneficiary debtor: so, on the one hand, of the other debts owed to other creditors not covered by said benefit (*deductio aeris alieni*) and, on the other hand, the amount needed for the debtor to subsist (*deductio ne egeat*). In this way, the study is framed around the issue and the debate inherent to the exclusive nature of both deductions in favor of the donor. Subsequently, in the Castilian Law of the Siete Partidas, the person who promised a donation was also protected, upon establishing that he complies, but

* Dottore di ricerca in Sistema Giuridico Romanistico e Unificazione del Diritto. Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'- Italia. Este trabajo se realizó, en parte, como investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas de Quito.

only if he has what is necessary to live, otherwise he would be exempt from such compliance. Therefore, in such a historical context, the *beneficium competentiae* would have lost its essence of partial payment, and would have become a food benefit, with which the donor was protected so that he did not fall into indigence. These antecedents would mark the receipt of the *beneficium competentiae* in the regulation made by Andres Bello in the Chilean Civil Code, in which the donor was also included as the holder of said benefit, based on the principles of Roman Law, the Siete Partidas and, in particular, of Pothier's conception of *beneficium competentiae*.

Palabras clave

Donación promisorias, incumplimiento, *beneficium competentiae*, *deductio aeris alieni*, *deductio ne egeat*, Siete Partidas, Código civil de Bello

Keywords

Promising donation, breach, *beneficium competentiae*, *deductio ne egeat*, *deductio aeris alieni*, Siete Partidas, Civil code of Bello

Sumario: 1. Introducción. 2. Aspectos inherentes a la donación promisorias en el Derecho Romano. 3. Incumplimiento de la donación promisorias y *beneficium competentiae*. 4. El cálculo del *id quod facere potest* en favor del donante. 4.1. La cuestión inherente al carácter exclusivo para el donante de la *deductio aeris alieni*. 4.2. El debate concerniente a la *deductio aliquid sufficiens ne egeat*. 5. El alcance del *aliquid sufficiens ne egeat* en favor del donante en las Siete Partidas. 6. Recepción del llamado “beneficio de competencia” en favor del donante en el Código civil de Bello. 7. Conclusiones. Apéndice bibliográfico

1. Introducción

Como es sabido, entre las formas que conoció el Derecho Romano clásico para llevar a efecto un acto de liberalidad *inter vivos*, estaba la llamada donación promisorias, así conocida por fundamentarse en la promesa del donante de realizar una atribución patrimonial en favor del donatario (*donationis causa*), la misma que se concretaba a través de aquel negocio abstracto que era la *stipulatio*.

Sin embargo, al ser esta forma de donación un acto condicionado al efectivo cumplimiento de la promesa estipulada y, por tanto, caracterizada por el riesgo latente (*periculum*) de su incumplimiento, podía suceder que, llegado el plazo establecido, la referida promesa no se llegase a cumplir, lo que facultaría al donatario para proceder en contra del *promissor*, demandando el cumplimiento por la correspondiente vía procesal.

Ante esta eventualidad se admitió, en el ámbito de la extinción de la *obligatio* romana, la posibilidad de recurrir al llamado *beneficium competentiae*, que comportaba el derecho del que gozaban ciertos deudores, entre ellos el donante, de ser condenados al cumplimiento de su obligación de forma parcial, es decir, en el límite de sus posibilidades económicas (*in id quod debitor facere potest*) hasta mejorar su situación patrimonial y poder extinguir la obligación en su totalidad (*in solidum*).

Este beneficio fue concedido en favor del donante en virtud de un rescripto emanado por el emperador Antonino Pío entre los años 138 y 161 d.C., con base en el razonamiento de que la obligación surgió por la generosa intención de enriquecer a otro de forma gratuita a través de una liberalidad; en este sentido, si el promitente no pudo cumplir a tiempo en favor del donatario, no pareció equitativo condenarlo en las extremas consecuencias que la ley romana establecía en contra de los deudores insolventes a través de una ejecución patrimonial. Por lo que, en virtud de la gratitud que le debía el donatario, se le permitió al donante cumplir limitadamente a sus posibilidades.

A tal respecto, la presente investigación aborda el régimen jurídico del beneficio de la condena limitada en favor del donante ante el incumplimiento de su promesa de donar. En particular, a más de evidenciar los motivos que justificaron la introducción del referido beneficio, se analizan las diferentes posturas doctrinales inherentes a los parámetros dirigidos a determinar el cálculo del *id quod reus facere potest*, que, para tal supuesto, preveía aquella doble deducción sobre el patrimonio bruto del deudor beneficiado: así, por un lado, de las demás deudas que el donante tenía hacia otros acreedores no amparadas con dicho beneficio (*deductio aeris alieni*) y, por otro, de lo indispensable para su subsistencia (*deductio ne egeat*).

De esta manera la investigación se enmarca en la cuestión referente al carácter exclusivo de ambas deducciones en favor del donante, a pesar de la tendencia a considerar que la *deductio aeris alieni* se aplicó en origen para todos los deudores beneficiados con la *condemnatio* limitada, y Justiniano la habría restringido en favor del donante. Mientras que, la *deductio ne egeat* habría surgido en época post clásica para algunos deudores, entre ellos el donante, y Justiniano la habría generalizado a todos los demás deudores beneficiados, tal vez, sobre la base de aquellos principios propios de la filosofía cristiana de la época, como la *pietas*, *charitas* y *humanitas*, entre otros.

En este sentido, ambas cuestiones han generado el debate por parte de la doctrina, sobre todo, en el ámbito de la crítica interpolacionista italiana, respecto a la identificación de las posibles alteraciones que sufrieron los textos clásicos inherentes a las referidas deducciones en favor del donante beneficiado, sea por parte de la jurisprudencia de la época post clásica, que por los compiladores justinianos. Estas posibles alteraciones, sin embargo, demuestran que el régimen del *beneficium competentiae* en favor del donante fue particularmente considerado por los juristas romanos, al darle mayor atención que a los demás deudores beneficiados con la condena limitada.

Por otra parte, este beneficio llegaría a ser regulado en la codificación Alfonsina de las Siete Partidas, en la que, apartándose del pensamiento de los glosadores italianos en materia, tuvo la función de ampararle al donante inclusive eximiéndole del cumplimiento de su promesa, ya que constituyó requisito que el donante posea suficientes bienes que, a más de los que iba a donar, le permitan una subsistencia digna y evitar así caer en estado de indigencia. Lo que hace que, para tal contexto histórico, el *beneficium competentiae* se haya desnaturalizado de su ambivalente esencia original, y se vuelva un beneficio

exclusivamente alimentario, aplicándose el principio del *aliquid sufficiens ne egeat* que tanta importancia fue adquiriendo desde la época justiniana.

Por último, asistiremos a la recepción del beneficio de competencia en el ámbito de la codificación civil elaborada por don Andrés Bello para Chile (artículos 1417, 1625 y 1626), en la que, a diferencia de otras codificaciones de su época, se abrían tomado los principios que surgieron en el ámbito del Derecho Romano clásico y justiniano, aquellos propios de la legislación castellana de las Partidas, y de la concepción planteada por el jurista francés Joseph Pothier, quien concibió dicho beneficio desde la perspectiva conjunta del *id quod facere potest* y del *aliquid sufficiens ne egeat*, es decir, con la admisión de un pago parcial y garantizándole al donante lo necesario para su subsistencia.

Este beneficio mantiene en la actualidad el objetivo de amparar a aquel que incumplió con su promesa de donar por razón de que se obligó por causa de su generosa voluntad de enriquecer a otro. Por lo que, no resultaría equitativo reducirlo a los extremos de una total indigencia por causa de su *animus donandi*.

2. Aspectos inherentes a la donación promisoria en el Derecho Romano

Es comúnmente conocido cómo en el Derecho Romano clásico, la donación (*donatio*)¹ era aquel acto con el que un sujeto (donante) realizaba un incremento patrimonial a título gratuito² en favor de otro (donatario) con base en la voluntad común, la cual, por un lado, se reflejaba en el llamado *animus donandi*³ y, por otro, en la necesidad de que el donatario acepte la liberalidad otorgada⁴.

¹ A tal respecto, manifiesta d'Ors, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 2008, p. 412: “*Donatio* es la causa de todo acto de disposición de liberalidad en detrimento del patrimonio del donante y lucro del donatario”.

² Observa Leitao Álvarez-Salamanca, F., “La gratuidad en la donación”, *Revista chilena de derecho* 41.2 (2014), p. 591, que, por gratuidad se entiende que no existe una contraprestación correlativa a la atribución patrimonial donada, lo que implica la ausencia de un precio.

³ Sobre las diferentes concepciones inherentes al *animus donandi*, véase Broise, S., *Animus donandi. Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*. I. Parte Generale, Pisa, 1975, pp. 21-39; *Animus donandi. Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*. II. Parte Speciale, Pisa, 1975, pp. 186 - 197. Asimismo, véase Ulpiano en D. 12,1,18.

⁴ Sobre el vocablo *liberalitas*, manifiesta Leitao Álvarez-Salamanca, F., “La “*liberalitas*” en la donación”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 34 (2012), p. 92, que, en sentido jurídico este denota una categoría de actos entre los que estaba la donación, la cual se caracterizaba porque la consiguiente atribución patrimonial no era debida, sino conferida de manera libre. Con respecto a los requisitos para que se perfeccione la donación, estos eran: que exista un efectivo acto traslativo de la propiedad; que se realice un incremento en el patrimonio del donatario al que, corresponderá una disminución en el del donante; que el incremento en favor del donatario se realice a título gratuito; y, la voluntad común de las partes directa al cumplimiento del acto: así, de un lado el *animus donandi*, entendido como la intención del donante de dar en donación y, del otro, la correspondiente aceptación del donatario, cfr. Burdese, A., *Manuale di diritto privato romano*, 3ª, Torino, 1985, pp. 613 ss. Con respecto a la aceptación de la donación, esta encuentra su fundamento en la máxima de Paulo en D. 50,17,69: *Invito beneficium non datur*. Además, al requerir la donación la aceptación explícita o tácita del donatario, rige el principio que ésta no se presume, véase Lenel, O., *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, p. 951, nota 5. Asimismo, cuando exista duda sobre el *animus donandi* hay que precisar que este tampoco se presume, siendo deducido por la relación que se determina entre las partes y por las circunstancias del caso, cfr. Glück, F., *Commentario alle Pandette*, III, (trad. It. C.

Así pues, por lo que respecta a la esencia jurídica de dicho instituto, en la época clásica la donación no era concebida como un negocio típico, sino como una causa (*causa donandi*) que fundamentaba diferentes actos de liberalidad⁵. En efecto, según observa Guzmán Brito⁶, la donación es concebida para los romanos como una *causa* que se operaba mediante una variedad de actos⁷, como la *mancipatio*, *in iure cessio* o la *traditio*⁸. Entre estos, existen algunas formas específicas a través de las cuales se podía llevar a efecto dicha liberalidad: así, mediante la donación real, la misma que se concretaba en la transferencia de la propiedad de un objeto (*res*) para, de esta manera, incrementar el patrimonio del donatario⁹.

Por otra parte, está también la donación liberatoria, que consistía en aquel acto dirigido a liberar el deudor de su obligación por parte de su acreedor, quien renunciaba así

Ferrini), Milano, 1888, pp. 206 ss. En tal contexto, cabe mencionar a la prohibición de las donaciones entre cónyuges, a pesar de que algunas fueron permitidas por diferentes razones, véase Dumont, F., *Les donations entre époux en droit romain*, Paris, 1928, pp. 136-190. Sobre la *ratio* de dicha prohibición, véase Stagl, J. F., “Die Ratio des Schenkungsverbotes unter Ehegatten. Monopolisierung des Ehegüterrechts im Dotalregime”, *The Legal History Review* 85 (2017), pp. 141-165.

⁵ Cfr. Guarino, A., *La condanna nei limiti del possibile. Corso di diritto romano*, Napoli, 1975, p. 48. En particular, observa d’Ors, *Derecho privado romano*, p. 412 que la donación no es un contrato, ni un negocio típico, sino la causa de un acto de atribución patrimonial, como la *traditio*, la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *stipulatio* o la *accepilatio*. De igual manera, observa Broise, *Animus donandi*. I, p. 24, que en el derecho clásico la donación era “[...] piuttosto un fine pratico che si consegue attraverso una serie di atti giuridici: *mancipatio*, *traditio*, *stipulatio*, *pactum de non petendo*, etc.”. Y en tal contexto, Biondi, B., s.v. “Donazione (Diritto romano)”, *Nuovissimo Digesto Italiano* 6 (1981), p. 226, entiende a la donación como “causa di svariati ed eterogenei atti giuridici”. Véase asimismo Biondi, B., *Corso di diritto romano. Le donazioni*, Milano, 1940, pp. 15 y 181-207. Sobre la *causa donandi* en la dogmática jurídica romanística del siglo XX, véase Leitao Álvarez Salamanca, F., “La ‘causa donandi’ en el derecho romano clásico”, *Revista de Derecho Privado* 35 (2018), pp. 56-61. Con respecto a la *traditio* en la donación, observa Cannata, C. A., “Atto giuridico e rapporto giuridico”, *Scritti scelti di diritto romano*, I (L. Vacca, ed.), Torino, 2011, p. 519, que la llamada *iusta causa traditionis* determinaba un nexo entre la *traditio* y un acto jurídico como podía ser la donación.

⁶ Guzmán Brito, A., “La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXV (2004), p. 206.

⁷ Para Guzmán Brito, “La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación”, p. 202, en el Digesto la donación no aparece como un *contractus* típico; sin embargo, Justiniano sí concibe a la donación como un *contractus donationis* en C. 4,21,17.

⁸ A tal respecto, observa Guzmán Brito, “La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación”, p. 203: “[...] el *contractus donationis*, bien consensual, bien escrito, confiere él mismo el dominio al donante, de modo que la tradición posterior sea nada más que una mera entrega de hecho”. Véase también Guzmán Brito, A., “Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana”, *Revista de Estudios histórico jurídicos* XXIII (2001), pp. 262 ss.

⁹ Sobre la llamada donación real, véase Archi, G. G., s.v. “Donazione (Diritto romano)”, *Enciclopedia del Diritto* 13 (1964), p. 937.

a su propia satisfacción crediticia (*accepilatio*)¹⁰ y, por tanto, también estaba encaminada a enriquecer al deudor liberado (*donatio in liberando*)¹¹, ya que, a causa de dicha liberalidad, el donatario incrementaría su patrimonio, ahorrándose el desembolso de la cantidad a la que estaba obligado¹². En tal contexto, podía verificarse también la *solutio debiti alieni* realizada por un tercero (*solvens*) *animus donandi*; en efecto, Savigny¹³ considera que la *solutio* de la deuda ajena realizada con la intención de enriquecer al deudor se concretaba en una donación cuando se procedía con la *mens* de cumplir una liberalidad hacia el obligado¹⁴. Sin embargo, este supuesto mantiene cierta relación con la donación real, ya que, el donante está entregando una cantidad de dinero, no ya al donatario, sino a quien mantiene pendiente un crédito con éste.

Por último, un acto de liberalidad se podía realizar mediante la forma de la donación obligatoria, también conocida como promisoria¹⁵, la cual consistía en que el donante se obligaba, mediante *stipulatio* promisoria, a llevar a efecto una futura liberalidad, sin esperar alguna contraprestación por parte del donatario, al mismo objeto de enriquecer el patrimonio de este último¹⁶. Esta forma de donación (*in obligando*) adquirió, según observa Archi¹⁷, gran relevancia en la praxis jurídica romana y, por lo general, se

¹⁰ Respecto a la *accepilatio* entendida como remisión de la obligación surgida por una *stipulatio*, observa Cannata, C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, II,1, Torino, 2003, p. 303, que la misma consistía en la declaración ficticia del acreedor de que el pago ya había sido realizado con anterioridad.

¹¹ Véase a tal respecto, Guzmán Brito, “La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación”, p. 207.

¹² Sobre esta forma de donación, véase asimismo Archi, s.v. “Donazione (Diritto romano)”, p. 938.

¹³ Savigny, F. K., *Sistema del diritto romano attuale*, IV (trad. it. V. Scialoja), Torino, 1886-98, §158, p. 162.

¹⁴ Lo que ha sido aceptado también por Biondi, B., “Il concetto di donazione”, *Scritti Ferrini*, I, Milano, 1947, pp. 102 ss.; Broise, *Animus donandi*. II, pp. 186 ss.; Archi, G. G., “Animus donandi”, *Atti del Convegno internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, III, Milano, 1951, pp. 145 ss. Así, en el supuesto de que se haya querido pagar la deuda ajena en calidad de *negotiorum gestor*, entonces dispondrá de la respectiva acción para el regreso, pero si se ha gestionado *animus donandi* no se pretenderá algún reembolso del deudor liberado, cfr. Savigny, *Sistema del diritto romano*, p. 162. A tal respecto, para Pacchioni, G., *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano, civile e commerciale*, Padova, 1935, p. 556, el *animus donandi* es aquel espíritu de beneficencia en su mayor grado de expresión, no solo el gestionar en el interés ajeno, sino también querer administrar gratuitamente los negocios ajenos renunciando a cualquier acción para el regreso; en este sentido, gestiona *animus donandi* quien renuncia a la *actio negotiorum gestio contraria*. El mismo Pacchioni, G., *Trattato della gestione d'affari altrui secondo il diritto romano e civile*, Lanciano, 1893, p. 665, considera que toda *negotiorum gestio* conlleva en sí una cierta benevolencia y beneficencia hacia el *dominus negotii*, mientras que, Brinz, V. A., *Lehrbuch der Pandekten*, Erlanger, 1857, p. 321, observa que se puede gestionar un negocio ajeno con espíritu de piedad y amistad, teniendo al mismo tiempo la intención de recuperar el *quidquid impensum sit*.

¹⁵ Acerca de la *stipulatio donandi animo*, Paulo en D. 17,1,59 pr. (*l. IV Resp.*) y D. 33,4,11 (*l. VII Resp.*). Sobre ambos textos, véase Broise, *Animus donandi*. II, pp. 149-162.

¹⁶ Cfr. Guarino, *La condanna*, p. 48. Sobre la finalidad de enriquecer al donatario, véase Savigny, *Sistema del diritto romano*, §152, pp. 93 ss.; Broise, *Animus donandi*. I, pp. 23 ss. Observa al respecto Guzmán Brito, “La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación”, p. 206: “La *causa donationis* puede asimismo hacerse operativa merced a una *stipulatio* de dar algo cierto (*certum dare*), de la que el donante (el promitente) sale como deudor frente al donatario (el estipulante), quien puede exigir el cumplimiento de la promesa merced a la *actio condictio* o *certi*”.

¹⁷ Archi, s.v. “Donazione (Diritto romano)”, p. 937.

llevaba a cabo mediante aquel negocio abstracto y típico que era la *stipulatio*¹⁸, que a su vez, constituía la base del sistema contractual romano¹⁹, y en la que las partes²⁰ ponían en marcha aquel *verbis contracta* que planteaba la correspondiente pronunciación de frases solemnes²¹.

A tal respecto, Biondi²² considera que a través de esta forma de donación, el donante adquiría la condición de deudor en virtud de la promesa efectuada, mientras que, el donatario tomaba el rol de acreedor, y poseía todos los instrumentos procesales que la ley romana concedía a los acreedores en caso de incumplimiento²³. Esta promesa de donar

¹⁸ Sobre esta *stipulatio* promisoria observa d'Ors, *Derecho privado romano*, p. 511, que esta era la forma más antigua de crear una *obligatio* entre un acreedor y un deudor. Mientras que, respecto al objeto de la *stipulatio*, observa Biondi, B., *Contratto e stipulatio. Corso di lezioni*, Milano, 1953, p. 325, que en las prestaciones positivas el objeto de la *stipulatio* podía ser un *dare* o un *facere*; con respecto al *dare*, este comporta el cumplimiento de una actividad jurídica por la cual el acreedor se convertía en propietario de la cosa ofrecida. Por lo que el promitente debía cumplir, además, un determinado acto jurídico, según el objeto que se quería transmitir (*mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*). Véase al respecto también Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II,1, pp. 192-237. Por otra parte, sobre la *stipulatio donationis causa* existe una referencia en los *Fragmenta Vaticana*: 310,311, *Paulus l. XXIII ad edictum de brevibus: Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione vel promissione, quoniam neque Cinciae legis exceptio obstat neque in factum* «*si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum*»; *idque et divus Pius rescipit. Sed in persona non excepti sola mancipatio vel promissio non perficit donationem. In rebus mobilibus etiamsi traditae sint, exigitur, ut et interdico utrubi superior sit is cui donata est, sive mancipi mancipata sit sive nec mancipi tradita*. El texto de Paulo trata acerca del modo en el que la donación se vuelve perfecta en relación a lo establecido por la *lex Cincia de donis et muneribus*; ante lo cual, en las donaciones *ultra modum legis Cinciae*, antes que el donatario entre en el goce de los bienes, el donante podía recurrir a algunos medios para paralizar los efectos del negocio. Así, si se trataba de una *stipulatio donandi causa* estos eran, la *exceptio legis Cinciae* y la *exceptio in factum*, cuyo ámbito de aplicación difieren, según manifiesta Sacconi, G., *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli, 1989, p. 97, en que la primera se aplicaba en la *stipulatio donationis causa* de *certa pecunia*, mientras que la segunda en las *stipulationes donationis causa* de *certa res* o de un *incertum*. Con respecto al elemento probatorio de la *stipulatio*, observa Talamanca, M., “Conventio e stipulatio”, *Atti del Convegno di Diritto Romano –Siena 14-15 aprile 1989*, Napoli, 1991, p. 204: “Il rapporto fra *stipulatio* ed *instrumentum* risale nel tempo [...] è già praticato nel I sec. a.C. Il documento serviva, anzitutto, a fissare, sul piano probatorio, il contenuto della *verborum obligatio* nei casi in cui questo fosse di una certa complessità”.

¹⁹ A este respecto observa Biondi, *Contratto e stipulatio*, p. 269: “La *stipulatio* è una delle più geniali creazioni, forse il capolavoro dello spirito giuridico latino, senza riscontro in altri sistema giuridici”.

²⁰ Sobre las partes de la *stipulatio*, observa Biondi, *Contratto e stipulatio*, pp. 311 s., que, en ella, la parte que interroga se llama *stipulator*, y aquel que responde *promissor*. Ambas partes *rei*, por tanto, está el *reus stipulandi* que es el acreedor, y el *reus promittendi*, que es el deudor.

²¹ Así pues, observa d'Ors, *Derecho privado romano*, p. 511: “Consiste ésta en una pregunta solemne hecha por el estipulante y otra persona, que responde congruentemente y queda obligada por su promesa: el estipulante se hace acreedor, y el promitente se hace deudor [...]. La forma verbal más antigua era la de «*spondeo?*» - «*spondeo*», que se reservó a los ciudadanos; pero en el derecho clásico se admiten otras formas como «*promittis?*»-«*promitto*», «*dabis?*»-«*dabo*», «*facies?*»-«*faciam*», etc., e incluso se relajó la forma hasta admitir el uso del Griego”. De su parte, Corbino, A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, 2ª, Torino, 2006, p. 90, considera que la *stipulatio* era un negocio basado en el intercambio de una pregunta y la respectiva respuesta, ambas dirigidas a constituir una obligación a todos los efectos vinculante.

²² Biondi, *Corso di diritto romano. Le donazioni*, p. 293.

²³ En efecto, una vez establecida la promesa de donar, de la mencionada *stipulatio* promisoria nacían algunos instrumentos procesales dirigidos a vincular jurídicamente a las partes, en particular modo al donante: así, por un lado, está la denominada *actio certi*, a la que se recurre cuando se prometió dar una cantidad determinada y, por otro, está la *actio incerti* (o *ex stipulatu*) a la que se recurre en cambio cuando la

podía tener como objeto, sea la entrega de una cantidad determinada de dinero (*dare certae pecuniae*), que una cosa específica o genérica en favor del donatario (*dare certae o incertae res*)²⁴. Sin embargo, más allá de la forma abstracta y de las acciones que nacían de la *stipulatio* promisoria, esta se encontraba condicionada a su efectivo cumplimiento²⁵, lo que conllevaba siempre el *periculum* latente de su posible incumplimiento por parte del donante obligado y en perjuicio del donatario²⁶.

3. Incumplimiento de la donación promisoria y *beneficium competentiae*

Pues bien, de la referida *stipulatio* surgía el deber del promitente de llevar a cumplimiento la prestación prometida (*oportere*)²⁷, que, junto a su carácter coactivo (*obligatio*), determinaban la consiguiente responsabilidad patrimonial en caso de incumplimiento de la misma²⁸. En este sentido, de las mencionadas formas con las que se podía realizar la donación, aquella susceptible de incumplimiento por parte del donante resultaba ser la donación promisoria, en la que el incumplimiento podía verificarse por diferentes factores, no siempre imputables al deudor promitente²⁹.

promesa fue inherente a un *facere* o un *dare incertum*, cfr. d'Ors, *Derecho privado romano*, p. 512. Asimismo, de la *stipulatio* nace en favor del acreedor una *actio civilis in personam*, que en el caso de una *stipulatio* de *dare* una determinada suma de dinero adquiere el nombre de *actio certae pecuniae*, llamada por Justiniano *condictio certi*, mientras que, para el caso de una *stipulatio* concerniente a un *dare* cosas fungibles que no sean dinero, Justiniano la llamó *actio triticaria*, cuya fórmula difiere de la anterior, por el hecho de que en la primera el deudor es condenado en la misma suma de dinero debida, mientras que en la segunda, el juez deberá evaluar la cuantía de la prestación no realizada (el *quanti ea res est*), cfr. Biondi, *Contratto e stipulatio*, pp. 357 ss.

²⁴ A este respecto, observa Cannata, C. A., “Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la ‘*culpa debitoris*’ nelle obbligazioni da ‘*stipulatio in dando*’”, *Scritti scelti di diritto romano*, I (L. Vacca, ed.), Torino, 2011, p. 170, que la obligación de *dare* se perfeccionaba en el momento que el acreedor adquiría el dominio sobre la cosa transferida por el deudor. Y, en relación a ello se encuentra la cuestión inherente a la causa de la donación, cuya noción se enlaza con aquellos actos abstractos típicos del Derecho Romano clásico, entre los que asumía un rol determinante la *mancipatio*, la cual podía llevarse a efecto al objeto de donar (*donationis causa*) una *res Mancipi*, cfr. Biondi, *Contratto e stipulatio*, pp. 340 ss.

²⁵ Sobre esta condición tácita véase lo referido por Biondi, *Contratto e stipulatio*, pp. 338 ss. Mientras que, respecto a la condición resolutoria en materia de donación, véase Cannata, “Atto giuridico e rapporto giuridico”, pp. 553 ss.

²⁶ En este sentido, la promesa de obligarse a llevar a cabo una determinada liberalidad hacia otros constituye un evento futuro e incierto, ya que su cumplimiento está condicionado al riesgo latente (*periculum*) del incumplimiento de la referida promesa establecida en la *stipulatio*. Mientras que, la entrega de una cosa (donación real), la remisión de una deuda (donación liberatoria) o la *solutio debiti alieni animus donandi*, no están condicionados a su cumplimiento futuro, pues se llevaban a cabo inmediatamente, véase Guarino, *La condanna*, pp. 48 ss.

²⁷ Sobre el *oportere ex sponsione* véase Cardilli, R., *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016, pp. 61-81.

²⁸ Cfr. Biondi, *Contratto e stipulatio*, pp. 345 ss. Sobre la responsabilidad por incumplimiento de la prestación en la época clásica, véase Cardilli, R., *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano. (II sec. a.C. – II sec. d. C.)*, Milano, 1995, quien observa (p. 9) que, cuando el deudor incumplía su obligación, entre ellas la de *dare*, automáticamente surgía una acción dirigida al resarcimiento de los daños causados por dicho incumplimiento.

²⁹ A este respecto, observa Voci, P., *Istituzioni del diritto romano*, 3ª, Milano, 1954, p. 335, que el incumplimiento tenía varias consecuencias jurídicas, entre las que, las más relevantes surgen por, o sin, la responsabilidad del deudor; así, esta responsabilidad puede ser: a) dolosa, si el incumplimiento es causado

Con respecto a los efectos consiguientes al incumplimiento de la donación promisorias³⁰, en esta se presentan algunas diferenciaciones, según que la prestación se haya hecho imposible de llevarse a cumplimiento por caso fortuito o por culpa del donante³¹. No obstante, una vez constatada la responsabilidad del promitente³², se procedía a la evaluación pecuniaria (*aestimatio*) de la misma. Así, ante el incumplimiento de la entrega de una cantidad de dinero, la *actio creditae pecuniae* tenía la función de hacer valer la responsabilidad del deudor, la cual, sin embargo, no iba más allá de la suma debida³³.

por la voluntad maliciosa del deudor de no cumplir; b) culposa, si es causado por su negligencia; c) sin culpa del deudor por hechos extraños a su comportamiento, como eran la fuerza mayor o el caso fortuito. Sobre el dolo y la culpa como criterios de imputación por el incumplimiento de la prestación, véase de Robertis, F. M., *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1996, en particular, pp. 209-236 y 295-310, respectivamente.

³⁰ La teoría sobre los efectos consiguientes al incumplimiento de la *stipulatio* promisorias fue planteada por los juristas de los últimos dos siglos de la época republicana (*veteres*), ante lo cual, Cannata, C. A., *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, pp. 5 ss., expone el siguiente supuesto: un sujeto (B) se obliga a dar una cierta cosa a otro (A), como podía ser el esclavo de nombre *Stichus*; en caso de incumplimiento, la acción que disponía A en contra de B era la *condictio* para obtener la condena monetaria de B respecto al valor establecido por el juez. Sin embargo, en el caso de que la prestación se hubiere hecho imposible, habría que distinguir si fue o no por culpa del deudor: y, en el caso de la pérdida del esclavo debida a su muerte, habría que evaluar si la misma fue por responsabilidad del deudor, en cual caso éste deberá ser condenado como si hubiere incumplido la obligación a causa de su voluntad, lo que se refleja en la llamada *perpetuatio obligationis* (véase Kaser, M., "Perpetuari obligationem", *Studia et documenta historiae et iuris* 46 (1980), pp. 87-146). En efecto, si la cosa debida perece por un hecho imputable al deudor, la prestación se vuelve imposible, pero el deudor no se puede liberar, por lo que, por su culpa, lo que ha hecho es perpetuar su obligación hasta extinguirla, lo cual se verifica de forma coactiva mediante la respectiva acción procesal con la que el acreedor solicita que el deudor sea condenado al cumplimiento. En este sentido, observa el mismo Cannata (p. 9), que la obligación del deudor adquiere un nuevo objeto, el cual se identifica en aquella prestación supletoria conocida como resarcimiento del daño. De su parte, Voci, P., *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Milano, 1938, pp. 4 s., observa que los romanos no admitieron el concepto de la extinción de la *obligatio* por haberse hecho imposible la misma en consecuencia de una causa imputable al deudor, ya que, para ellos, en virtud de la *perpetuatio*, continuaba a deberse el objeto de la obligación, por lo que en la *condemnatio* se determinará la respectiva evaluación pecuniaria. Sobre el incumplimiento debido por causa de imposibilidad sobrevenida de la prestación prometida por *stipulatio* e imputable a la culpa del deudor, véase Cannata, "Appunti sulla impossibilità sopravvenuta", pp. 169-212.

³¹ En la *stipulatio* de dar una suma de dinero o cualquier cosa fungible, la imposibilidad de la prestación no se presenta, y el deudor sigue siendo responsable. El problema surge en el caso de la *stipulatio* de *dare* una cosa específica, cierta y determinada; así, si la prestación se vuelve imposible por culpa del promitente, se verifica una *perpetuatio obligationis*, es decir, el deber de llevar a cabo la prestación (*oportere*) sigue subsistiendo y el promitente debe responder: en cambio, si la prestación se hace imposible por un evento ajeno a la culpa del deudor, la *obligatio* se extingue, cfr. Biondi, *Contratto e stipulatio*, p. 360.

³² Manifiesta al respecto Voci, *Istituzioni del diritto romano*, p. 336, que la responsabilidad del deudor por su incumplimiento, determinaba el ponerlo en la misma situación en la que se hubiera encontrado si se verificaba el cumplimiento; por lo que está dirigida al resarcimiento del daño respectivo.

³³ Así pues, observa Biondi, *Contratto e stipulatio*, p. 367 que, si la *stipulatio* establecía *decem dari spondes*, la fórmula enuncia *decem dare oportere*, y la *condemantio* imponía *decem condemna*, lo que comportaba que el acreedor solo obtenía la suma debida sin más. Asimismo, en tal contexto se solía hacer una *stipulatio* accesoria en la que se establecían los intereses o una cláusula penal para el caso de incumplimiento, y que era una cantidad independiente de la suma establecida en la *condemnatio*.

Mientras que, ante el incumplimiento de la *stipulatio de dare* una cosa fungible no monetaria, el valor de la cosa (el *quantum ea res est*) comportaba que el *iudex*, una vez constatada la responsabilidad por el incumplimiento del deudor, procedía a condenarlo en una suma de dinero³⁴, que era el resultado de la evaluación de la prestación debida y en la que el juez debía tener en cuenta el valor que la cosa hubiere alcanzado en ese momento³⁵; lo mismo se debía realizar en el caso de la *stipulatio de dare* una cosa específica³⁶.

Sin embargo, ante el incumplimiento de lo prometido por parte del donante, en el Derecho Romano clásico y justiniano se admitió la posibilidad de que, respecto a la demanda judicial instada por el donatario y dirigida a solicitar el cumplimiento de lo prometido, se le condene al *promissor* en el límite de sus posibilidades económicas (*condemnatio in id quod reus facere potest*)³⁷, con la que éste podía cumplir de manera parcial su obligación³⁸, es decir, con lo que tuviere en ese momento³⁹, hasta ver mejorada

³⁴ Sobre la esencia morfológica de la condena pecuniaria, manifiesta Fiori, R., *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, p. 182: “[...] la *damnatio*, ossia la ‘determinazione del detrimento patrimoniale (*damnum*)’, diviene *con-demnatio*: il giudice non si limita a determinare il *damnum*, ma con il suo atto porta a compimento un processo che era già iniziato prima del suo giudizio, e precisamente al momento della *litis contestatio*, ‘confermandolo’ con la sentenza”.

³⁵ Según refiere Voci, *Risarcimento del danno*, p. 2, el valor del resarcimiento era en el derecho clásico determinado por el tipo de fórmula con la que el actor hacía valer su derecho en juicio; a tal respecto, se realizaba una estimación del valor objetivo de la cosa objeto de la lite o el *id quod interest creditoris*, según que la fórmula fuere concebida *in quanti ea res est* o *in quidquid Nm Nm dare facere oportere ex fide bona*.

³⁶ Cfr. Biondi, *Contratto e stipulatio*, p. 367. Véase al respecto también Voci, *Risarcimento del danno*, pp. 15 ss.

³⁷ Siguiendo a Guarino, *La condanna*, p. 22, los supuestos de condena limitada que se recaban de las fuentes romanas son nueve; tres fueron creación del edicto del Pretor (II siglo a.C. – I siglo d.C.); otro introducido por la *lex Iulia de bonis cedendis* de Augusto o César (primera mitad del I siglo a.C.); otro por obra del emperador Antonio Pío (entre los años 138 y 161 d.C.); y los demás elaborados por la jurisprudencia sobre la base de los anteriores supuestos, es decir, por analogía. De su parte, Justiniano afirma en IJ. 4,6,38: *Sed et si quis parente suo patronove agat, item si socius cum socio iudicio societatis agat, non plus actor consequitur, quam adversarius eius facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur*.

³⁸ A este respecto, Guarino, A., “Studi sulla *taxatio in id quod facere potest*”, *Studia et documenta historiae et iuris* 7.1 (1941), pp. 10 ss., considera que, entre los principios fundamentales del derecho de obligaciones, estaba aquel por el cual, el deudor debía cumplir de forma total, ya que un pago parcial no era admitido, así como se establece en Gai. 3,168 e IJ. 3,29 pr. Esta regla, sin embargo, sufrirá una excepción con lo referido en D. 12,1,21, en el que se narra que, en caso de que el deudor conteste una parte de la deuda, deberá pagar solo lo restante. Mientras que, en el derecho post clásico esta tendencia se habría verificado con la plena admisión del *beneficium competentiae*.

³⁹ Sobre este particular, Guarino, *La condanna*, p. 85, ha planteado la cuestión de si el deudor no poseía nada, esto habría implicado su absolución o una condena a pagar nada. Ante lo cual, Solazzi, S., *L'estinzione della obbligazione*, Napoli, 1935, p. 210, ha considerado que, si el deudor *nihil facere potest*, el juez no podía que absolverlo, lo que representaba una doble ventaja para él, ya que, por un lado, lo liberaba de las costas judiciales que, en cambio, iban al acreedor y, por otro, le evitaba la nota de infamia que recaía en los condenados de ciertos juicios civiles; además, el referido autor considera: «assurdo che il giudice condanni il convenuto a non prestare niente». Sobre este punto, en D. 17,2,63,7 se plantea que el deudor que *nihil facere potest* deberá ser absuelto, lo cual ha sido admitido también por una parte de la doctrina, entre otros, Gildemeister, J., “Das *beneficium competentiae* im klassischen römischen Recht”, *Iura. Rivista internazionale di Diritto Romano e antico* 37 (1986), p. 145; Levet, A., *Le bénéfice de compétence*, Paris, 1927, p. 162. No obstante, absolver el deudor era totalmente diferente que condenarlo a no pagar nada, ya que se trataba de traspasar al acreedor las costas judiciales y esto significaba ir en contra de la equidad

su situación económica⁴⁰, y que la dogmática jurídica ha denominado como *beneficium competentiae*⁴¹.

Ante lo cual, en la respectiva fórmula procesal de la acción dirigida en contra del deudor beneficiado aparecía una *condemnatio cum taxatione*⁴², con la que el *iudex* procedía a la tasación de la condena pecuniaria y así evaluaba la cantidad que el deudor estaba en condición de pagar (el *quantum reus facere potest*)⁴³.

(*aequitas*), por lo que, si el deudor *nihil facere potest*, para el derecho clásico éste debía ser condenado a pagar nada y, por ende, también en las costas judiciales, junto a las consecuencias de la infamia, por lo que Guarino, A., “Nihil facere posse”, *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua Beatificazione*, I, Milano, 1947, pp. 299 ss., Id, *La condanna*, p. 86, se manifiesta contrario en absolver al deudor en tal supuesto, ya que, aun cuando se demuestre de que no poseía patrimonio alguno, éste deberá ser condenado a pagar un simbólico *nummus unus*. En efecto, si el juez consideraba fundamentada la *intentio* del actor, debía condenar al deudor. Sobre la alternativa entre condenar o absolver en el proceso *per formulas*, véase Fiori, *Ea res agatur*, p. 121-194.

⁴⁰ Así pues, el deudor quedaba obligado en la parte que no pagó, por lo que, cuando hubiere mejorado su situación económica, el acreedor podía demandarlo nuevamente. No obstante, para evitar este obstáculo procesal, en el derecho clásico se le habría impuesto al deudor la obligación de dar una caución (*cautio de residuo*) con la que se obligaba a pagar el *id quod rei iudicatae tempore facere non possit*, cuando su fortuna haya mejorado; lo que resulta de D. 15,1,47,2 y D. 17,2,63,4. A tal respecto, parecería que la obligación de dar una caución por la parte faltante, pudo haber surgido en época justiniana (véase Solazzi, *L'estinzione*, p. 209), y sancionada por la primera vez en C. 5,13,1-7, en donde al marido que recurre al *beneficium competentiae* en el juicio dotal en su contra, se le imponía de dar caución [...] *quod si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc reddere procuret*. Esta *cautio* también se realizaba en la forma de la *stipulatio*, sobre la cual, se discute si era pretoria, es decir, si el acreedor la obtenía del Pretor antes de la *litis contestatio* para que la imponga al deudor, cfr. Levet, *Le bénéfice de compétence*, p. 176. Ante lo cual, observa d'Ors, *Derecho privado romano*, p. 141: “Con gran frecuencia, exige el Pretor algunas promesas estipulatorias que él considera necesarias para asegurar una acción futura por un perjuicio eventual, en relación o no con un juicio actual (*stipulationes praetoriae*)”.

⁴¹ Cuya expresión, al parecer, habría tenido su origen en el derecho medieval; al respecto véase Levet, *Le bénéfice de compétence*, pp. XV ss. Sobre el *beneficium competentiae* inherente a los supuestos del insolvente y del *bonis cedens*, véase Prado Rodríguez, J. C., “Aspectos procesales de la *condemnatio in id quod debitor facere potest* en favor del insolvente”, *Reveu internationale des droits de l'antiquité* 57 (2010), pp. 359-395, con amplia bibliografía en p. 360, nota 4. Mientras que, sobre el supuesto de la dote (*dos*) véase asimismo Prado Rodríguez, J. C., “La “*ratio iuris*” del llamado “*beneficium competentiae*” en el ámbito dotal”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 34 (2012), pp. 103-126.

⁴² La misma que es referida por Gai 4,51. A tal respecto, observa Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, p. 96, que en la *condemnatio incertae* se le deja al juez la determinación de la cuantía de la condena misma, y en la que se limita a indicar el criterio de evaluación por el cual deberá calcular la suma de dinero del objeto de la lite; esta puede ser *cum taxatione*, es decir, que el juez deberá evaluar en los límites de las posibilidades patrimoniales del demandado. Asimismo, observa Talamanca, M., s.v. “Processo civile (dir. rom.)”, *Enciclopedia del Diritto* 36 (1987), p.37: “Si ha, poi, un'ulteriore suddistinzione che dipende dalla circostanza che il giudice privato possa, nei limiti fissati dalla singola specie di *condemnatio*, procedere senza ulteriori limiti alla determinazione della *summa condemnationis*, o se invece debba rispettare una *taxatio* che ulteriormente delimiti l'ammontare della condanna, il che avviene in alcune particolari azioni”.

⁴³ Por consecuencia, se establecía la cuantía de la condena que debía ser una suma de dinero cierta, así como se menciona en Gai 4,52: *Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin lite saum fecit; item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam fecit. Minoris autem damnare ei permissum est [...]*, así el texto en Domingo, R., (coord.), *Textos de derecho romano*, Navarra, 2002, p. 210. Véase Voci, *Risarcimento del danno*, pp. 8 ss. Con respecto a las acciones reales, observa Clerici, O., *Cenni sul “beneficium competentiae” in diritto romano*, Torino, 1900 [reimp. *Sul “beneficium competentiae” in*

En este sentido, el donante que incumplió con su promesa de donar estaba amparado con dicho *beneficium*⁴⁴, con el que se exigía el cumplimiento limitado a sus posibilidades económicas hasta poder pagar *in solidum*⁴⁵; a tal respecto, un supuesto de donación promisorio establecida mediante *stipulatio* y en el que el jurista Ermogeniano admite el beneficio de la condena limitada en favor del *donator* está en D. 39,5,33 pr.

D. 39,5,33 pr. (*l. VI Iuris Epit.*): *Quid, quod ex causa donationis stipulanti apoponderat, solvi constituit, actione constitutae pecuniae non in solidum, sed in quantum facere potest, convenitur; causam enim et originem constitutas pecuniae, non iudicii potestatem praevalere placuit; sed et condemnatus ex causa donationis in actione iudicati non frustra desiderat, in quantum facere potest, conveneri*⁴⁶.

Según el referido texto, el que se obligó a pagar lo que prometió por causa de donación mediante *stipulatio*, será demandado (*convenitur*) para su cumplimiento por la acción de dinero constituido (*actione constitutae pecuniae*), no por la totalidad de la deuda, sino en lo que pueda pagar (*sed in quantum facere potest*)⁴⁷.

Sobre la *ratio iuris* del beneficio de la condena limitada en favor del donante, este habría tenido su remoto fundamento en la *lex Cincia de donis et muneribus* del año 204 a.C.⁴⁸, en el sentido de que el donante hubiera podido defenderse, ante la demanda del donatario por razón de su incumplimiento, con la respectiva *exceptio legis Cinciae* cuando éste era un extraño o se hubiere superado el límite (*modus*) establecido por la referida *lex*⁴⁹.

diritto romano. Con nota di lettura di S. Di Salvo, Napoli, 1982], p. 78: “Non pare che la limitazione della condanna derivante del b.c. potesse inserirsi nelle formole delle azioni reali perchè ciò porterebbe ad una vera contraddizione in terminis [...]”.

⁴⁴ Según Guarino, *La condanna*, p. 114, la condena limitada era inadmisibles fuera del supuesto de la donación promisorio, lo que es afirmado por Paulo en respuesta a uno de sus discípulos, *Nessenius Apollinaris*, en D. 42,1,41 pr.

⁴⁵ A este respecto, observa Guarino, *La condanna*, p. 49, que los juristas posteriores a Antonino Pío desarrollaron esta prerrogativa en tres sentidos: a). excluyeron la *condemnatio in id facere potest* fuera del ámbito de las donaciones promisorias (D. 42,1,41 pr.); b): admitieron que la limitación de la condena, a más que en sede de *actio iudicati* mediante una *taxatio*, podía ser solicitada por el demandante a través de una *praescriptio* (D. 39,5,12); c). extendieron la esencia de las donaciones promisorias a todo tipo de *liberalitas* (D. 23,3,33; D. 50,17,28).

⁴⁶ Los textos del Digesto son de García del Corral, I., *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona, 1889, (facsimil Valladolid 1988).

⁴⁷ Ante ello, Guarino, *La condanna*, p. 115, resalta el hecho de que la donación promisorio no se constituía solo mediante *stipulatio*, ya que, a la luz del texto de Ermogeniano, se admitía la condena limitada también en el supuesto en el que alguien haya obtenido una prórroga por el donatario a través de un pacto de *constitutum debiti*.

⁴⁸ La cual prohibió los actos de liberalidad injustificados, cuando no hayan sido hechos entre parientes cercanos y, en el caso de haberse realizado entre extraños, se haya superado un determinado límite denominado *modus legis Cinciae*. Sobre el contenido y el objetivo de la referida *lex*, véase Biondi, *Corso di diritto romano. Le donazioni*, pp. 21-60; Casavola, F., *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960.

⁴⁹ Esta posibilidad no se presentaba en la donación real o liberatoria, en las que el donatario, habiendo sido ya satisfecho con la entrega de la cosa o con la remisión de su deuda, no tenía motivo para promover alguna acción en contra del donante y, por consecuencia, no surgía la necesidad de paralizarla a

Desde esta perspectiva, el surgimiento del *beneficium competentiae* en favor del donante, que las fuentes atribuyen a un rescripto del emperador Antonino Pío⁵⁰ (entre los años 138 y 161 d.C.), se explicaría por la mayor operatividad, desde principios de la época clásica, de la *lex Cincia de donis et muneribus*, lo que habría determinado que no sea aún necesaria la introducción del referido *beneficium* en favor del donante⁵¹.

En efecto, se suele considerar que, por razones de gratitud y de equidad (*aequitas*), el mencionado rescripto introdujo en favor del donante⁵², demandado por el donatario a causa del incumplimiento de lo prometido, el beneficio de ser condenado en el límite de sus posibilidades económicas, ya que se consideró injusto que, por un acto de pura liberalidad y generosidad, el *promissor* sufra las extremas sanciones establecidas para los deudores insolventes⁵³ e, inclusive, que sea reducido en extrema pobreza⁵⁴.

Con respecto al rescripto de Antonino Pío, a pesar de que su contenido resulta desconocido⁵⁵, algunos textos atribuidos a Ulpiano hacen referencia a él, así D. 39,5,12:

D. 39,5,12 (*l. III Disputat.*): *Qui ex donatione se obligavit, ex Rescripto Divi Pii, in quantum facere potest, convenitur; sed enim id, quod creditoribus debetur, erit detrahendum; haec vero, de quibus ex eadem causa quis obstrictus est, non debet detrahere.*

El texto de Ulpiano narra que, aquel que se obligó por causa de donación, en virtud de un rescripto del emperador Antonino Pío (*ex Rescripto Divi Pii*), será demandado en lo que pueda satisfacer (*in quantum facere potest*); además, se manifiesta que, en el cálculo

través de la *exceptio legis Cinciae*. El problema surge en relación a la donación promisorias, cuando el donante no cumplía con lo prometido y el donatario procedía en su contra. En tal supuesto, si el donante era pariente o había donado en los límites del *modus legis Cinciae*, venía condenado. Pero si hubiere paralizado la demanda con la *exceptio legis Cinciae* se debía esperar la sentencia del juez para saber si dicha *exceptio* era fundamentada o no y, en este último caso, el donante sería condenado, cfr. Guarino, *La condanna*, pp. 48 s.

⁵⁰ Un elenco exhaustivo de las fuentes que lo mencionan está en Solazzi, *L'estinzione*, pp. 218 s.

⁵¹ A lo que se añade la posibilidad de revocar las donaciones prohibidas por la *lex Cincia* en virtud de la *condictio indebiti* en materia de donaciones promisorias, véase Gildemeister, “Das *beneficium competentiae*”, p. 140.

⁵² Que, como observa Solazzi, *L'estinzione*, p. 218, nota 2, es “Ricordato da D. 50,17,28; 42,1,41,2; 39,5,12; 23,3,33 [...]”.

⁵³ Véase a tal respecto, entre otros, Prado Rodríguez, J. C., “El régimen publicitario romano en materia de ejecución por deudas”, *Index. quaterni camerati di studi romanistici, international survey of roman law* 41 (2013), pp. 363-379.

⁵⁴ En efecto, al parecer, en un principio solo el donante beneficiado habría gozado también de la *deductio aliquid sufficiens ne egeat*, que suponía la deducción de lo necesario para que pueda subsistir y no caer en indigencia, cfr. Biondi, *Corso di diritto romano. Le donazioni*, p. 293. Sobre el análisis respectivo *infra* 4.2.

⁵⁵ Observa Guarino, *La condanna*, p. 44: “L’ultima fattispecie ‘da provvedimento’ della *condemnatio* limitada all’*id quod reus facere potest* viene attribuita dalle fonti romane ad un rescripto di Antonino Pio (138-161 d.C.). La cosa è certa perche vi fanno esplicito riferimento molti frammenti, ma il testo della costituzione antoniniana non è, purtroppo, conosciuto; di modo che ci si basa di solito su una notizia generica [...]”.

respectivo, se deberá deducir lo que se les debe a sus demás acreedores, pero no aquello a lo que se obligó por la misma causa de donación⁵⁶. En este sentido, resulta explícita la referencia al rescripto imperial como fuente de introducción del beneficio de la condena limitada en favor del donante⁵⁷.

Por otra parte, la segunda referencia de Ulpiano a la introducción del beneficio de la condena limitada en favor del donante por el referido rescripto, está en D. 23,3,33⁵⁸, texto en el que, a pesar de tratar sobre un supuesto inherente a la dote y a la consiguiente condenada limitada en favor del que la prometió (*promissor dotis*)⁵⁹, se narra que, con base en un rescripto de Antonino Pío (*Divus Pius rescripsit*), aquellos que fueren demandados en virtud de una *liberalitas* prometida, serán condenados en los límites de sus posibilidades económicas:

D. 23,3,33 (*l. VI ad Sab.*): [...] *nam si donavit, utcunque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem, qui donaverat, quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnaverat; hoc enim Divus Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos.* [...].

Del mismo tenor aparece otra referencia de Ulpiano al rescripto imperial como fuente de introducción de dicho beneficio, la cual, esta vez se reproduce en la forma de *regulae iuris* en D. 50,17,28 (*l. XXXVI ad Sab.*): *Divus Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos*⁶⁰.

De esta manera los compiladores confirmaron, a modo de regla general, que la introducción del beneficio de la condena limitada en favor del donante fue obra del *Divus Pius*, manteniendo la coherencia con los demás textos antes expuestos.

Por su parte, también Paulo refiere acerca de la introducción del beneficio de la condena limitada en favor del donante en D. 42,1,41,2 (*l. XIV quaest.*), texto en el que el jurista haría referencia al rescripto imperial al narrar un supuesto en el que, en un primer momento, un donante fue condenado *in solidum* y, en relación a la consiguiente *actio iudicati* que el donatario ejerció en su contra para la respectiva ejecución de la condena, el donante quedaba obligado *in id quod facere potest*, con base en la constitución de Antonino Pío: *In solidum condemnatus donator actione iudicati, nisi in quantum facere*

⁵⁶ Sobre el texto véase Guarino, *La condanna*, p. 44; Clerici, *Cenni sul “beneficium competentiae”*, p. 59.

⁵⁷ A tal respecto, ya que la limitación de la condena en favor del donante fue introducida por el referido rescripto, hay que mencionar que éste tenía el objetivo de impedir, con base en los criterios de la gratitud y de la equidad, que el donatario proceda en contra del donante con las extremas consecuencias que la ley imponía a los deudores que incumplían, y la jurisprudencia posterior lo interpretó de esta misma manera, a fin de que el donante no sea perjudicado. Sobre la gratitud como fundamento del referido beneficio en favor del donante, véase Guarino, *La condanna*, p. 47.

⁵⁸ Sobre las alteraciones que habría sufrido el texto, véase Clerici, *Cenni sul “beneficium competentiae”*, p. 61; Solazzi, *L'estinzione*, p. 218, nota 2 y p. 220.

⁵⁹ Sobre el tema véase Prado Rodríguez, “La “*ratio iuris*” del llamado “*beneficium competentiae*” en el ámbito dotal”, pp. 117 ss.

⁶⁰ Sobre el texto véase Guarino, *La condanna*, p. 44.

potest, non tenetur beneficio Constitutionis. Así pues, la referencia al rescripto estaría en la locución final del texto (*beneficio Constitutionis*)⁶¹.

De esta forma quedaría consolidado que la introducción formal del beneficio de la *condemnatio* limitada fue obra del *Divus Pius*, a lo que añade Guarino⁶², que la esencia del rescripto radicaría en que el emperador le dio relevancia al elemento de la gratitud que debía tener el donatario hacia el donante por haberse obligado espontáneamente al objeto de enriquecerlo y, por tanto, no resultaba equitativo el condenarlo *in solidum*, sino en el límite de sus posibilidades económicas, hasta que puede mejorar su situación patrimonial y esté en grado de cumplir con la parte faltante de lo que prometió.

4. El cálculo del *id quod facere potest* en favor del donante

Ahora bien, admitido el derecho en favor del donante que incumplió con su promesa, a que se le reconozca el beneficio de la condena limitada, resulta necesario evidenciar de qué forma y, con base en cuáles parámetros, procedía el *iudex* a determinar el *id quod reus facere potest*, es decir, la cantidad que el donante estaba en condición de cumplir. Esta cantidad pecuniaria debía calcularse sobre el activo del que disponía en aquel momento el *promissor*⁶³, al que se le debía practicar una doble deducción: por un lado, de las demás deudas que tenía el donante hacia otros acreedores (*deductio aeris alieni*), pero no por la misma *causa donationis* y, por otro, de los recursos necesarios para que él pueda subsistir sin caer en indigencia (*deductio ne egeat*)⁶⁴.

Para alcanzar dicho objetivo, se analizarán las fuentes romanas que tratan sobre las referidas deducciones, junto a la respectiva doctrina especializada; así, por lo que refiere a la *deductio aeris alieni*, el examen de los textos y de la doctrina evidenciarán el ámbito de aplicación de esta ulterior ventaja en favor del donante, que, al parecer, Justiniano quiso que sea de su exclusiva competencia. Mientras que, respecto a la *deductio ne egeat*, se resaltarán las diferentes posturas romanistas, también sobre la cuestión concerniente al

⁶¹ Locución que, sin embargo, ha llamado la atención de la doctrina por su morfología particular; sobre la manipulación postclásica de la referida locución, véase las observaciones de Guarino, *La condanna*, pp. 45 s., quien además manifiesta (p. 46): “Dunque, non è che Antonino Pio abbia parlato in generale di *condemnatio* limitata del donante [...] ma è (o almeno sembra essere) che ad Antonino Pio si presentò in concreto un caso simile a quello riproposto, in sede di *quaestio* astratta, dal giurista Paolo. Un Tizio, essendosi impegnato a donare a Caio, era stato citato da quest’ultimo *in solidum*; a questo punto egli si era rivolto all’imperatore Antonino Pio il quale aveva espresso l’autorevole parere come risposta che in sede di *actio iudicati* il donante fosse tenuto nei limiti delle sue possibilità”.

⁶² Guarino, *La condanna*, p. 47.

⁶³ Con respecto al momento en el que el *iudex* debía evaluar la condición patrimonial del deudor, este era el de la *litis contestatio* y no el de la fase *apud iudicem*, ya que era el resultado de los indicios de la lite entre las partes; mientras que, en la fase *apud iudicem* el deudor debía probar lo que estuviere en condición de pagar, siendo previsible que éste hubiere disminuido intencionalmente su patrimonio, cfr. Guarino, *La condanna*, p. 81.

⁶⁴ Sobre estas dos deducciones (*aeris alieni* y *ne egeat*) hubo algunas interferencias, lo que resultaría de las alteraciones e interpolaciones que se verificaron en torno a los textos que regulaban la condena limitada en favor del donante, cfr. Guarino, “Studi sulla *taxatio in id quod facere potest*”, p. 30.

carácter exclusivo de esta deducción alimentaria para el donante beneficiado⁶⁵.

4.1. La cuestión inherente al carácter exclusivo para el donante de la *deductio aeris alieni*

Así pues, en el cálculo de la condena limitada en favor del donante, observa Guarino⁶⁶ que el *iudex* debía concluir con la determinación de una cantidad pecuniaria, y para ello, no solo debía tener en cuenta la suma de dinero que el deudor estuviere en condición de pagar, sino también el recabado de los créditos que eventualmente estaba por cobrar⁶⁷; asimismo, debía incluir lo que el deudor hubiere intencionalmente perdido al objeto de perjudicar a sus acreedores⁶⁸.

En tal contexto, el juez debía considerar también a las demás deudas que el deudor beneficiado tenía hacia con otros acreedores (*deductio aeris alieni*), pero solo para el donante demandado y no por la misma causa. A tal respecto, observa Guarino⁶⁹ que es de suponer que el deudor haya presentado al juez lo que él debía a otros acreedores hacia los que no gozaba del beneficio de la condena limitada, solicitando la *deductio* respectiva al objeto de que se lleve a efecto el cálculo de sus posibilidades económicas sobre su patrimonio neto, detraídas las demás deudas hacia otros acreedores.

Sobre esta *deductio aeris alieni*, Pampaloni⁷⁰ ha considerado que una particularidad exclusiva del beneficio de la condena limitada en favor del donante era que, al calcular su patrimonio para determinar el *id quod facere potest* y constatar si le quedaba lo necesario para subsistir, previamente se deducían las demás deudas que mantenía hacia otros acreedores, lo cual se recaba del texto introductorio de Paulo en D. 42,1,19,1: *Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur et quidam is solius deducto aere alieno*⁷¹.

⁶⁵ En efecto, manifiesta Guarino, *La condanna*, p. 19: “Di qui la concezione [...] del nostro istituto come un beneficio alimentare, creato per evitare l’assoluta indigenza di certi soggetti, che a un certo punto ha acquistato, come sappiamo, anche un suo nome, quello di *beneficium competentiae*”.

⁶⁶ Guarino, *La condanna*, p. 80.

⁶⁷ Así pues, Scevola en D. 24,3,43 narra, sobre la *actio rei uxoriae*, que no solo los bienes materiales estaban considerados para satisfacer al acreedor, ya que también se tenían en consideración a los créditos que el deudor mantenía hacia otros en ese momento, véase Guarino, *La condanna*, p. 81.

⁶⁸ Cfr. Clerici, *Cenni sul “beneficium competentiae”*, p. 75, quien afirma: “Si faceva la valutazione dell’attivo del debitore e vi si aggiungeva tutto ciò di cui il debitore si era dolosamente spogliato [...]”. Véase al respecto D. 17,2,63 pr.; sin embargo, hay que mencionar que el dolo del deudor excluye la concesión del *beneficium competentiae*. Al respecto véase Impallomeni, G., *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova, 1958.

⁶⁹ Guarino, *La condanna*, p. 82.

⁷⁰ Pampaloni, M., *Sulla teoria del “beneficium competentiae” nel diritto romano*, Torino, 1898, p. 3; *Sul calcolo della competentiae nel così detto beneficium competentiae del diritto romano*, Torino, 1898, pp. 57 ss.

⁷¹ A este respecto, Solazzi, *L’estinzione*, p. 224, evidencia un texto de Ulpiano colocado en D. 14,5,3, que, al parecer, se presenta como excepción a la regla de que, en el cálculo del *id quod facere potest* no se deducen las demás deudas sino sólo para el supuesto del donante, al discutirse si algunos deudores (como el emancipado, desheredado o que se haya abstenido de aceptar la herencia) puedan deducir las demás

Ante lo cual, cabría afirmar que el referido fragmento resulta de particular relevancia para suponer que, sólo al donante beneficiado con la condena limitada, y sólo a él, se le deducían las demás deudas que tenía hacia otros acreedores, lo que se recaba puntualmente de la frase *quidam is solius*. Sin embargo, la doctrina especializada⁷² considera que esta frase habría sido interpolada por los compiladores justinianos, lo que plantea la cuestión inherente a la exclusividad o no de la *deductio aeris alieni* en favor del donante beneficiado.

En efecto, esta circunstancia ha determinado el surgimiento de diferentes posturas por parte de la crítica interpolacionista italiana; así, Pampaloni⁷³ afirma que la regla general en el derecho justiniano era que, al calcular el *id quod debitor facere potest* se deducían las demás deudas solo para el supuesto del donante beneficiado, en cuyo caso, sin embargo, la referida regla no se aplicaba para las deudas *ex donatione* (o *ex eadem causa*). Mientras que, para el derecho clásico, siempre se aplicó la referida deducción de las demás deudas para todos los deudores beneficiados, a excepción también de aquellas *ex eadem causa*⁷⁴.

Desde esta perspectiva, también Guarino⁷⁵ considera que el cálculo respectivo debía practicarse sobre el patrimonio neto del donante, depuradas las demás deudas, lo que ha sido confirmado por Clerici⁷⁶ al observar que, para calcular el *quantum reus facere potest* del donante, se tomaba en consideración a su patrimonio neto, detraídos los demás pasivos que tuviese, pero siempre por una causa diferente a la donación⁷⁷. Asimismo, Biondi⁷⁸ considera que esta *deductio* solo perjudicaba a los acreedores del donante beneficiado; sin embargo, observa que la *deductio aeris alieni*, junto a aquella *ne egeat*, habrían surgido en el derecho justiniano, lo que ha sido afirmado también por Solazzi⁷⁹.

deudas que debían a otros: *Sed an hic detrahi debeat quod aliis debetur, tractari potest* [...], sobre este particular véase las consideraciones de Pampaloni, *Sulla teoria del "beneficium competentiae"*, p. 3.

⁷² Ante todo, Pampaloni, *Sulla teoria del "beneficium competentiae"*, p. 7, seguido por Solazzi, *L'estinzione*, p. 222.

⁷³ Pampaloni, *Sulla teoria del "beneficium competentiae"*, pp. 7 ss.

⁷⁴ Sobre la cuestión de que la referida *deductio* no se operaba hacia los acreedores *ex eadem causa*, en el *principium* de D. 42,1,19 se dispone que no es deducible lo que se debe a otros acreedores por la misma causa; por tanto, mientras más acreedores *ex eadem causa*, *occupantis melior conditio est* (sobre el tema véase Bürge, A., "Occupantis melior est condicio", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* 106 (1989), pp. 248-191). Al respecto, esta última frase significaría que, entre más acreedores que tienen en contra alguna de las deudas amparadas por el *beneficium competentiae*, se encuentra en mejor condición aquel que actúa primero procesalmente, ya que puede suceder que él obtenga el pago total de su deuda (*in solidum*), y que la *competentiae* será para los demás acreedores, cfr. Pampaloni, *Sulla teoria del "beneficium competentiae"*, pp. 4 ss. Además, al afirmar Paulo que, ante más donatarios, *occupantis potior erit causa*, se concluye que al donante no se le debe quitar todo lo que tenga y evitar así que caiga en indigencia, cfr. Clerici, *Cenni sul "beneficium competentiae"*, p. 59.

⁷⁵ Guarino, *La condanna*, pp. 127 s.

⁷⁶ Clerici, *Cenni sul "beneficium competentiae"*, p. 59.

⁷⁷ Según lo referido en la parte final de D. 39,5,12.

⁷⁸ Biondi, *Corso di diritto romano. Le donazioni*, p. 294.

⁷⁹ Solazzi, *L'estinzione*, pp. 230 ss.

Sobre este ulterior particular, Guarino⁸⁰ resalta el hecho de que la doctrina mayoritaria es de la opinión de que en el derecho clásico la *deductio aeris alieni* se aplicaba para todos los deudores beneficiados con la condena limitada y no solo para el donante, pero Justiniano, por vía de interpolación sobre el referido texto de D. 42,1,19,1, habría restringido la *deductio* exclusivamente en favor de aquél deudor; ante ello, considera que esta *deductio* sobre el patrimonio del donante habría sido admitida por la jurisprudencia sucesiva al rescripto imperial que introdujo a su favor la condena limitada⁸¹.

Con respecto a las demás fuentes que refieren a la *deductio aeris alieni* en el supuesto de la condena limitada en favor del donante, esta aparece de forma explícita en lo narrado por Paulo en:

D. 42,1,49 (l. II sec. manual.): *Et exheredatum, vel eum, qui se paterna hereditate abstinuit, nec ex ipsius contractu, nisi in id, quod facere potest condemnandum. Quemadmodum autem facere posse credatur, videndum est, utrum deducto omni aere alieno, ut is qui ex donatione convenitur, an ut maritus et patronus nullo deducto aere alieno. Et indubitati iuris est, ad similitudinem viri et patroni eum detrahendum: pinguius enim donatori succurrere debemus, quam ei, qui verum debitum persolvere compellitur.*

Del texto de Paulo⁸² se desprende que el deudor desheredado o aquel que se abstuvo de adquirir la herencia paterna, han de ser condenados en *in id quod facere potest*; sin embargo, se ha de ver de qué forma pueden satisfacer, si deducidas todas las demás deudas como el demandado en virtud de donación (*qui ex donatione convenitur*), o como el marido y el patrono, sin deducir ninguna deuda. Ante lo cual, Paulo considera que no se ha de hacer deducción como en el caso del marido y el patrono, porque se debe auxiliar más al donante que al que está obligado a pagar una verdadera deuda⁸³.

En este sentido, el texto resalta el hecho de que, al calcular el *id quod facere potest* en favor del donante beneficiado, se deducían las demás deudas que éste tenía hacia otros acreedores, confirmando así lo establecido en el anterior fragmento del mismo Paulo⁸⁴. Sin

⁸⁰ Guarino, *La condanna*, pp. 84 s.

⁸¹ Cfr. Guarino, *La condanna*, p. 83.

⁸² Texto que, según Pampaloni, *Sulla teoria del "beneficium competentiae"*, p. 4, habría sido manipulado por los compiladores, introduciendo algunas modificaciones al texto clásico original.

⁸³ Inmediatamente aparece el texto de Trifonino (D. 42,1,50) que establece el no dejar en indigencia al deudor *ex causa donationis*, véase al respecto Wacke, A., "Zur einrede des notbedares (*ne eget*) bei schenkungsversprechen und im dotalrecht", *Studi in onore di Antonio Metro*, VI (C. Russo Ruggeri, ed.), Milano, 2010, pp. 458 ss.

⁸⁴ No obstante, observa Solazzi, *L'estinzione*, pp. 235 s., que lo referido en D. 42,1,49 estaría en contradicción con D. 42,1,19,1 y también con D. 39,5,12, en el sentido de que estos últimos niegan para el donante el derecho a deducir las deudas *ex eadem causa*, porque el daño que surge ante la falta de deducción, no le perjudicaría a él, sino al acreedor que se presentará al final. Mientras que, D. 42,1,49 permite que el demandado *ex donatione* pueda deducir todas sus demás deudas (*omne aes alienum*).

embargo, nuevamente observa Pampaloni⁸⁵ que el referido texto resulta interpolado por los compiladores justinianos⁸⁶.

Por otra parte, que la *deductio aeris alieni* se realizaba en favor del donante beneficiado se recaba también del texto de Ulpiano en D. 39,5,12, ya considerado respecto a la introducción de la condena limitada por el rescripto de Antonino Pío, y en el que, de igual manera, se menciona que aquel que se obligó por causa de donación será demandado en lo que pueda satisfacer, y se deberá deducir lo que les debe a sus demás acreedores, pero no a aquellos que se obligó por la misma causa: *sed enim id, quod creditoribus debetur, erit detrahendum; haec vero, de quibus ex eadem causa quis obstrictus est, non debet detrahere*⁸⁷.

Así pues, de lo mencionado hasta el momento se recaba que la *deductio aeris alieni* determinó la cuestión sobre su carácter exclusivo para el donante beneficiado, lo que habría sido resaltado por los compiladores, según las alteraciones que al parecer realizaron sobre los textos de D. 42,1,19,1 y D. 42,1,49.

A tal respecto, parecería que Justiniano quiso resaltar el hecho de que el beneficio en favor del donante fue introducido por la autoridad del emperador Antonino Pío y, por ende, trataron de establecer sólo en su favor un ulterior privilegio a través de la ventaja que comportaba la deducción de las demás deudas que mantenía hacia otros acreedores. Sin embargo, un dato permanece seguro, y es que, para calcular el *id quod facere potest* del donante beneficiado, se consideró a su patrimonio neto, quitando los demás pasivos que tenía, pero no lo que debía a otros *ex eadem causa*⁸⁸.

4.2. El debate concerniente a la *deductio aliquid sufficiens ne egeat*

Mayores consideraciones plantea la *deductio* del *aliquid sufficiens ne egeat*, la misma que también se aplicaba en el cálculo por parte del *iudex* para determinar el *id quod debitor facere potest*, y que comportaba la deducción de lo necesario para la subsistencia del deudor beneficiado con la condena limitada⁸⁹. Así, con respecto a esta deducción, se

⁸⁵ Pampaloni, *Sulla teoria del "beneficium competentiae"*, pp. 7 ss.

⁸⁶ Lo que también es constatado por Solazzi, *L'estinzione*, pp. 226 ss., quien añade también a D. 42,1,16 de Ulpiano: *Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur [id est non deducto aere alieno] Et quidem sunt [...]*.

⁸⁷ Sobre el referido texto manifiesta Guarino, *La condanna*, p. 128: "Agli attacchi della critica interpolazionistica resistono, comunque, validamente altri testi, tra cui i seguenti. D. 39,5,12 [...] (Parlando del donator, Ulpiano ha tutta l'aria di segnalare la *deductio aeris alieni* come una singolarità della fattispecie)". Sobre la posible manipulación del texto, véase Solazzi, *L'estinzione*, pp. 228 s.

⁸⁸ Cfr. Clerici, *Cenni sul "beneficium competentiae"*, p. 60.

⁸⁹ Ante lo cual, observa Bialostosky de Ch., S., "El *beneficium competentiae*", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* 9 (1977), p. 229, que el juez, en el ámbito de la evaluación (*aestimatio*) del patrimonio, debía tener en cuenta no solo de lo necesario para la subsistencia del deudor, sino también de las personas a las que éste estaba obligado a mantener, como era su esposa, hijos etc. A lo que añade Guarino, *La condanna*, p. 94., que el dejarle al deudor un *modicum ne egeat* no significaba

suele considerar que el reconocimiento del beneficio de la condena limitada en favor del donante tuvo entre sus fundamentos el dejarle un *aliquid sufficiens ne egeat*⁹⁰ que le habría permitido mantenerse para poder cumplir su obligación apenas mejorada su situación económica (*meliozem fortunam pervenerit*)⁹¹.

Esta particularidad del *beneficium competentiae* se recaba, entre otras fuentes, de una máxima atribuida a Paulo, pero, al parecer, manipulada por los compiladores justinianos al objetivo de generalizarla a todos los deudores beneficiados con la condena limitada, y establecida en D. 50,17,173 pr. (*l. VI ad Plaut.*): *In condemnatione personarum, quae in id, quod facere possunt, damnatur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant*⁹².

Del texto colocado en el título *de diversis regulis iuris antiqui*, se recaba que, a los condenados a pagar en el límite de sus posibilidades (*in id quod facere possunt*) no se deberá quitar todo lo que tienen (*non totum, quod habent*) y reducirles en indigencia (*ne egeant*). Al respecto, la *ratio* del referido texto en favor del donante, encuentra su justificación moral, en la gratitud que el donatario le debe a éste por haberse obligado de forma espontánea a darle una cierta liberalidad, a lo que se podrían bien añadir como fundamento del *modicum ne debitore egeat*, aquellos valores cristianos como la *pietas*, *humanitas*, *charitas* y *benevolentiae* hacia el deudor, considerado siempre la parte más débil de la relación obligacional, y en pro del llamado *favor debitoris*⁹³. Por lo que se trataba de hacer lo posible para evitar que, en caso de incumplir con su promesa, el donante beneficiado se vea reducido en extrema indigencia a través de la acción ejecutiva entablada por el donatario⁹⁴.

asegurarle lo necesario para que viva modestamente, sino para que pueda vivir, por lo que podía suceder que se reduzca a una cantidad simbólica o simplemente igual a cero.

⁹⁰ Es la llamada *competentiae* en su propia esencia, según una concepción dada a este término, tal vez en la época medieval, véase Levet, *Le bénéfice de compétence*, p. XVII. Al respecto, Guarino, “Studi sulla *taxatio in id quod facere potest*”, p. 9, observa que la esencia del *beneficium competentiae* se enmarca en la tendencia a considerar que, para la época clásica, dicho instituto se reflejaba en una condena limitada al *id quod debitor facere potest*, mientras que, en el derecho postclásico y justiniano, el mismo se deformó en la exigencia de dejarles a todos los deudores beneficiados lo necesario para que puedan subsistir y evitar así su indigencia a través de la referida *deductio ne debitor egeat*.

⁹¹ Cfr. C. 5,13,1-7.

⁹² Sobre el referido texto, Wacke, “Zur einrede des notbedares (*ne egeat*)”, pp. 476 ss., se cuestiona sobre su carácter clásico o justiniano; ante lo cual, el autor puntualiza la dificultad de encontrar una solución, al observar que en la actualidad prevalece la tesis de que los compiladores generalizaron a todos los supuestos de condena limitada la deducción de lo necesario para sobrevivir (*ne egeat*). Por lo tanto, se trataría de un supuesto de evidente interpolación (p. 479), ya que en el derecho clásico este ulterior privilegio habría sido exclusivo del donante beneficiado.

⁹³ En efecto, Guarino, *La condanna*, p. 94, considera que, al actuar así, Justiniano se habría mostrado como defensor de los referidos valores cristianos, pero también como autócrata, al no dejar esta prerrogativa en manos de los jueces.

⁹⁴ A este respecto, manifiesta Marrone, M., “Note di diritto romano sul c.d. *beneficium competentiae*”, *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo* 36 (1976), p. 6: “Il vantaggio, che derivava al debitore, è evidente: questi, una volta convenuto non oltre i limiti delle sue possibilità economiche, sarebbe stato certamente nelle condizioni di potere adempiere, e pertanto avrebbe potuto, con l’adempimento, evitare sia i rigori dell’esecuzione personale sia l’infamia connessa all’esecuzione

En este sentido, Justiniano estableció a modo de *regulae iuris* la referida *deductio modicum ne egeatur*, que, sin embargo, parece que en un principio habría sido exclusiva prerrogativa del *donator*, lo que ha generado un debate doctrinal sobre este particular⁹⁵. En efecto, se discute si esta ulterior prerrogativa en favor del deudor beneficiado, en un principio fue exclusiva solo del donante, o desde siempre fue concedida a todos los deudores beneficiados con la condena limitada. A tal respecto, Zanzucchi⁹⁶ considera que la doctrina se encuentra dividida sobre el carácter exclusivo de la *deductio ne egeat* en favor del donante; así, por un lado evidencia la corriente que se mantiene en que esta *deductio* habría surgido en época clásica para ciertos deudores beneficiados, después que la *lex Iulia* introdujo la *cessio bonorum*⁹⁷. Sin embargo, también evidencia aquella corriente que considera que la *deductio* habría sido generalizada por Justiniano, ya que en el derecho clásico el *aliquid sufficiens ne egeat* era un privilegio exclusivo solo del donante.

Ante lo cual, dicho autor⁹⁸ se muestra contrario en admitir que la concesión de este mínimo necesario haya sido prerrogativa exclusiva del donante desde su origen, ya que también fue concedido para otros deudores que gozaban del referido beneficio, como los *parentes* y, de manera indirecta, para el deudor insolvente *qui bonis sui cessit*⁹⁹.

De su parte, Solazzi¹⁰⁰ resalta que la doctrina mayoritaria es contraria en admitir que esta *deductio* haya surgido en el derecho más antiguo, al constituir una innovación de la jurisprudencia clásica¹⁰¹. Ante lo cual, plantea dos teorías: que la *deductio*, admitida en ciertos casos por los clásicos¹⁰², habría sido generalizada por Triboniano a los demás supuestos de condena limitada. Y, que haya surgido *ab initio* en la época justiniana para todos los supuestos, a cuya teoría se adhiere el mismo Solazzi¹⁰³.

A este respecto, Guarino¹⁰⁴ se muestra contrario a que la *deductio ne egeat* haya sido establecida en la época clásica para todos los deudores beneficiados, exceptuando el

patrimoniale”. Sin embargo, al donante le compete el referido beneficio, pero solo hacia el donatario, y no si se hubiera obligado hacia terceros por mandato de este último, véase D. 42,1,41.

⁹⁵ Entre otros, Zanzucchi, P. P., “Sul c.d. *beneficium competentiae*”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, 29 (1916), pp. 64 ss.; Solazzi, *L’estinzione*, pp. 230 ss.; Guarino, *La condanna*, pp. 91 ss.

⁹⁶ Zanzucchi, *Sul c.d. beneficium competentiae*, p. 64.

⁹⁷ Sobre la *lex Iulia de bonis cedendis* véase, entre otros, Rotondi, G., *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912, p. 451; Giuffrè, V., “La c.d. *lex Iulia de bonis cedendis*”, *Labeo* 18 (1972), pp. 176 ss.

⁹⁸ Zanzucchi, *Sul c.d. beneficium competentiae*, p. 67.

⁹⁹ Por tanto, el autor se mantiene a favor de que la referida *deductio* fue concedida para algunos deudores ya desde el derecho clásico, en cuanto, de otra forma, después de la *lex Iulia de bonis cedendis* el beneficio no habría tenido algún sentido práctico, cfr. Zanzucchi, *Sul c.d. beneficium competentiae*, p. 69. Sobre el *beneficium competentiae* en favor del deudor *bonis cedens*, véase Prado Rodríguez, “Aspectos procesales de la *condemnatio in id quod debitor facere potest* en favor del insolvente”, pp. 385 ss.

¹⁰⁰ Solazzi, *L’estinzione*, pp. 230 ss.

¹⁰¹ Así, Gildemeister, “Das *beneficium competentiae*”, pp. 137 ss., considera que la *deductio ne (debitor) egeat*, habría tenido alcance general ya desde la misma época clásica.

¹⁰² Los casos considerados por Solazzi, *L’estinzione*, p. 231, son: “[...] a favore dei *parentes* e *patroni*, del soldato, di colui «*qui bonis cessit*» e del donante”.

¹⁰³ Cfr. Solazzi, *L’estinzione*, pp. 231.

¹⁰⁴ Guarino, *La condanna*, pp. 92 s.

caso del donante obligado por su propia generosidad; además, observa que si se admitió que en el cálculo del *id quod facere potest* sean deducidas las demás deudas que tenía el deudor, puede bien haberse concedido también aquella *ne egeat*. Sin embargo, no excluye que algún jurista clásico se haya manifestado en tal sentido, sobre todo, a la luz de D. 42,1,19,1 y D. 42,1,30, que el autor considera manipulados en época pre justiniana¹⁰⁵.

Biondi¹⁰⁶, en cambio, considera que no existe argumento válido para suponer que la transformación de dicho instituto haya sido obra de los compiladores: en efecto, el relacionarla con la caridad cristiana persuade poco, ya que aún en la época justiniana se admite la ejecución y la plena responsabilidad del deudor ante su incumplimiento, por lo que no queda plenamente justificado por qué motivo los compiladores habría admitido, solo en ciertos casos, la *deductio ne egeat*. Asimismo, considera que razones basadas en la *aequitas* eran universales y resulta difícil excluir que se hayan presentado a los clásicos.

Pues bien, más allá de estas diferentes posturas doctrinales, se suele considerar que el donatario, al menos para la época justiniana, no podía pretender una ejecución total sobre los bienes del donante beneficiado, debiéndole dejar lo necesario para subsistir¹⁰⁷, lo que aparece establecido en algunos textos de diferentes juristas, entre estos Paulo (D. 42,1,19,1), Pomponio (D. 42,1,30) y Trifonino (D. 42,1,50). Así, con respecto al texto de Paulo sobre la admisión de la *deductio ne egeat*, en éste se narra:

D. 42,1,19,1 (Paul., l. VI ad Plaut.): *Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur; et quidem is solus deducto aere alieno. Et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa; imo nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsi ratio habenda est, ne egeat.*

En el texto de Paulo, ya antes considerado sobre la *deductio aeris alieni*, y que al igual de D. 50,17,173 pr., también proviene del libro VI de los comentarios a Plaucio, el jurista considera que, aquel que es demandado por causa de donación a pagar en el límite de sus posibilidades (*convenitur, in quantum facere potest*), y solo a él (*et quidem is solus*), se le deberá deducir las demás deudas, y no se le ha de quitar todo lo que tiene (*imo nec totum, quod habet*), pues se ha de considerar que quede con lo necesario para subsistir (*sed et ipsi ratio habenda est, ne egeat*)¹⁰⁸.

En este sentido, el texto refiere al beneficio de la condena limitada en favor del donante, quien además goza de dos prerrogativas adicionales: por un lado, la deducción de las demás deudas (*deductio aeris alieni*) para el cálculo del *id quod facere potest* y, por

¹⁰⁵ A tal respecto manifiesta Guarino, “Studi sulla *taxatio in id quod facere potest*”, p. 29: “[...] è di questo periodo il sorgere ed il generalizzarsi della *deductio ne debitor egeat*, «espressione giuridica di un sentimento di carità, quale potevano averlo i cristiani dell’epoca romano-ellenica, e non i classici”.

¹⁰⁶ Biondi, *Corso di diritto romano. Le donazioni*, p. 295.

¹⁰⁷ Cfr. Biondi, *Corso di diritto romano. Le donazioni*, p. 293.

¹⁰⁸ Cfr. Clerici, *Cenni sul “beneficium competentiae”*, p. 59; Guarino, *La condanna*, pp. 92 ss. Sobre la interpolación del texto véase Solazzi, *L’estinzione*, pp. 222 y 234.

otro, la deducción de lo necesario para evitar su indigencia (*deductio ne egeat*)¹⁰⁹.

Por otra parte, también Pomponio se pronunció sobre el beneficio de la condena limitada en favor del *donator* considerando el dejarle lo suficiente para su subsistencia en:

D. 42,1,30 (l. VII var. Lect.): *Quum ex causa donationis promissa pecunia est, si dubium sit, an ea res eo usque donatoris facultates exhaurire possit, ut vix quidquam ei in bonis relictum sit, actio in id, quod facere possit, danda est, ita ut et ipsi donatori aliquid sufficiens relinquatur; quod maxime inter liberos et parentes observandum est.*

De lo referido por Pomponio resulta que, cuando por causa de donación se prometió dinero (*ex causa donationis promissa pecunia est*), en caso de que esta circunstancia afecte negativamente a las facultades económicas del donante, se le concederá la posibilidad de que satisfaga lo que bien pueda (*in id, quod facere possit*), de modo que se le deje lo necesario para subsistir (*aliquid sufficiens relinquatur*), lo cual se ha de observar también entre descendientes y ascendientes¹¹⁰.

Así pues, Pomponio presenta el supuesto específico de la donación constituida mediante la promesa de donar, y en la que considera que para el donante demandado se le deduzca lo necesario para su subsistencia, confirmando así lo antes referido por Paulo; sin embargo, aquí no se hace mención a la *deductio aeris alieni*, solo a aquella *ne egeatur*, a diferencia del anterior texto de Paulo en D. 42,1,19,1.

No obstante, un elemento particular que se recaba del referido texto es la inclusión de la *deductio ne egeat* también para los ascendientes¹¹¹, lo que podría determinar que para la época clásica dicho cálculo no fue prerrogativa exclusiva del donante, sino también de otros deudores que gozaban del beneficio de la condena limitada¹¹².

¹⁰⁹ Sobre la relación del referido texto con D. 50,17,173 pr., manifiesta Solazzi, *L'estinzione*, p. 235: "A provare la derivazione del fr. 173 pr. dal fr. 19§1 bastarebbero l'identità dell'iscrizione e la quasi perfetta corrispondenza delle parole, ma si aggiunge che là dove la l. 173 pr. diverge dalla l. 19§1 sono patenti i segni della mano triboniana".

¹¹⁰ Manifiesta al respecto Clerici, *Cenni sul "beneficium competentiae"*, pp. 56 s., que desde la época de Pomponio, por efecto de la constitución del emperador Antonino Pío, se le quiso dar al donante una mejor posición que a los demás deudores que gozaban del beneficio de la condena limitada, ya que se consideró injusto que alguien, a causa de un acto de liberalidad, se vaya a encontrar reducido en la extrema pobreza, por lo que, dicha constitución habría introducido en favor del donante un verdadero privilegio. Sobre el texto véase también Wacke, "Zur einrede des notbedares (*ne egeat*)", pp. 456 ss.; Solazzi, *L'estinzione*, pp. 233 s.

¹¹¹ Sobre el *beneficium competentiae* en favor de estos deudores, véase, entre otros, Guarino, *La condanna*, pp. 70 ss.; Clerici, *Cenni sul "beneficium competentiae"*, p. 15 ss.

¹¹² Sin embargo, esta inclusión podría reflejar también, la generalización de la *deductio ne egeat* a los demás deudores beneficiados por obra de los compiladores. Y, a este respecto, manifiesta Clerici, *Cenni sul "beneficium competentiae"*, p. 17: "Cosicchè, causa del nostro istituto sarebbe la *reverentiae* e l'*honor* che il figlio deve al padre e non l'obbligo degli alimenti, poichè, se ciò fosse, il padre dovrebbe aver diritto di essere non solo convenuto *in quantum facere potest*, ma anche di ritenere alcunchè *ne egeat*, il che nel diritto classico non è, e per di più anche i figli dovrebbero godere del b. rispetto ai genitori, avendo essi diritto agli alimenti".

Todo lo cual es confirmado de forma lapidaria por Trifonino en D. 42,1,50 (*l. XII disp.*): *Ne liberalitate sua inops fieri periclitetur*, texto que determina el principio de que el donante no corra riesgo de hacerse indigente por su liberalidad¹¹³.

Pues bien, sobre las fuentes que mencionan acerca de la *deductio ne egeat*, Solazzi¹¹⁴ considera que D. 50,17,173 pr. establece la regla general de que el beneficio de la condena limitada tiene el efecto de reservarles a todos los deudores beneficiados el *aliquid sufficiens ne egeat*. Y, que se trate de una generalización realizada por los compiladores, lo demuestra la correspondencia con el texto de D. 42,1,19,1, también extraído del libro *VI ad Plautium* de Paulo. Por tanto, con el haber omitido la indicación de la causa de la deuda en D. 50,17,173 pr., Triboniano habría extendido a todos los deudores beneficiados, la ulterior ventaja de la *deductio ne egeatur* que los textos en D. 42,1,19,1, 30 y 50, le conceden solo en favor del donante. Ante ello, observa que los textos recogidos en el título de D. 42,1 parecerían genuinos, es decir, que la concesión de la *deductio ne egeatur* en favor del donante podía haber sido clásica y Triboniano los habría dejado inalterados, colocando la generalización para todos los deudores beneficiados solo en el título *de regulis iuris*¹¹⁵.

Por tanto, a la luz de los textos atribuidos a Paulo (D. 42,1,19,1), Pomponio (D. 42,1,30) y Trifonino (D. 42,1,50)¹¹⁶, quienes habrían sugerido de dejarle al donante lo suficiente para no quedar en indigencia, se puede suponer que la *deductio ne egeat* pudo haberse concedido desde la época clásica para ciertos deudores¹¹⁷, seguro para el *donator*, mientras que Justiniano la habría extendido a todos los demás deudores beneficiados, como se recaba de la *regulae* establecida en D. 50,17,173 pr.¹¹⁸.

A tal respecto, se ha querido identificar la *ratio* de esta *deductio* en ciertas consideraciones basadas sobre todo en algunos principios propios de la filosofía cristiana en auge desde la época postclásica, así la *pietas*, *charitas*, *humanitas*, entre otros, lo que resulta coherente para justificar esta ulterior prerrogativa en favor de los deudores beneficiados con la *condemnatio* limitada, y por el hecho de que este tipo de benevolencia por parte de los juristas, no era propia del pensamiento de la época clásica¹¹⁹.

¹¹³ Sobre el referido texto, Solazzi, *L'estinzione*, p. 235, manifiesta que el mismo resulta demasiado corto para realizar alguna crítica; no obstante, considera tener una cierta relación con D. 42,1,49, que asegura, tampoco pertenece a Paulo. Véase asimismo Wacke, “Zur einrede des notbedares (*ne egeat*)”, pp. 458 s.

¹¹⁴ Solazzi, *L'estinzione*, pp. 235 ss.

¹¹⁵ Cfr. Solazzi, *L'estinzione*, p. 235.

¹¹⁶ Respecto al carácter clásico o menos de los referidos textos, véase Biondi, *Corso di diritto romano. Le donazioni*, p. 294.

¹¹⁷ Que es la tesis planteada por Zanzucchi, “Sul c.d. *beneficium competentiae*”, pp. 67 ss. Véase también Solazzi, *L'estinzione*, p. 231.

¹¹⁸ A tal respecto, Solazzi, *L'estinzione*, p. 224, manifiesta que, procediendo de esta forma, Justiniano se habría contradicho así mismo, ya que, por otra parte, habría restringido la ventaja de la *deductio aeris alieni* sólo para el supuesto del donante beneficiado.

¹¹⁹ Sobre la relación entre el derecho y algunos principios como la *charitas*, *benignitas*, *clementia*, *pietas*, *humanitas*, véase Biondi, B., *Diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952, pp. 119-173; Guarino, *La condanna*, pp. 91 s.

5. El alcance del *aliquid sufficiens ne egeat* en favor del donante en las Siete

Partidas

Pues bien, en el fundamentar la recepción y regulación que plantea el Código civil elaborado por don Andrés Bello acerca del beneficio de competencia en favor del donante, con la amplia y controvertida construcción jurídico dogmática que se recaban de las fuentes romanas clásicas y justinianas inherentes con aquella temática, resulta imprescindible recorrer aquel puente propio del Derecho intermedio europeo, entre las referidas fuentes y la codificación de Bello, que fue la ley castellana de las Siete Partidas (1265), a su vez influenciada por los glosadores medievales¹²⁰. En esta codificación se recogió, de manera sintetizada, la postura y tendencia justiniana de amparar al donante promitente con lo estrictamente necesario para vivir y así, con un tal presupuesto, permitirle cumplir con su obligación, es decir, con aquel *aliquid sufficiens ne egeat* que se habría generalizado en la época justiniana a través de la *regulae iuris* de D. 50,17,173 pr. y que constituyó requisito para evitar que el donante caiga en total indigencia.

Ante todo, las Partidas establecieron la vinculación entre deudor y acreedor también mediante las *promisiones*, que fueron previstas en el título XI de la Partida 5ª, *De las promisiones, e pleitos que faze los omes unos con otros en razon de fazer, o de guardar, de cumplir algunas cosas*¹²¹. Así pues, cabe evidenciar a dos normas inherentes al surgimiento de esta vinculación contractual y la consiguiente responsabilidad derivada por su incumplimiento, las cuales reflejan la postura de la época en lo referente al incumplimiento de la donación obligatoria; la primera de ellas es la ley 1, del referido título, la misma que establece:

*Promission es otorgamiento q fazen los omnes unos con otros: por palabras: e con entencion de obligarse, aviniendose sobre alguna cosa cierta, que deven dar, o fazer unos a otros [...] E faze se desta manera, estado presentes amoslos q quere fazer el pleito dela promissio, e diziendo el uno al otro, prometes me de dar, o de fazer tal cosa, diziendola señaladamente; e el otro respondiend q promete, o q lo otorga de cuplir. E resposdiendo por estas palabras, o por otras semejantes dellas finca porede obligado, e es tenuto de cuplir lo q otorga, o promete de dar o de fazer [...]*¹²².

¹²⁰ Observa Schipani, S., *Iustiniani augusti digestae seu pandectae. Testo e traduzione*, I, Milano, 2005, p. XVIII, como la producción de las Siete Partidas de Alfonso X “El Sabio” fue influenciada, particularmente, por los juristas formados en Bolonia, la cual fue el resultado de un trabajo complejo de traducción al castellano y de síntesis de los textos de la compilación de Justiniano. En efecto, es sabido que para la elaboración de las Partidas, los codificadores castellanos se basaron, entre otras fuentes, en las obras de los glosadores medievales italianos, como Azón, Odofredo o Acursio, cfr. Ortuño Sánchez-Pedreño, J. M., “Las fuentes del régimen de la donación en las Partidas”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXIII (2001), p. 369.

¹²¹ A tal respecto, manifiesta Guzmán Brito, A., “La promesa obligacional en las “Partidas” como sede de la doctrina general de las obligaciones”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 34 N. 3 (2007), p. 396: “lo que el código Alfonsino llama *promission* corresponde en todo a la *stipulatio* del Derecho romano clásico; en el lenguaje de cuyos juristas, por lo demás, también suele decirse *promissio*”.

¹²² Transcripción de la edición de *Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López, Quinta Partida*, En Salamanca, Por Andrea de Portonariis, 1555, ff. 60v -61. Así la versión respectiva de la misma ley de *Las Siete Partidas (El Libro del Fuero de las Leyes)*, Introducción y edición dirigida por J. Sánchez Arcilla Bernal, Madrid, 2004, p. 744: Ley I. *Qué cosa es promisión e a qué tiene pro; e en qué*

Esta ley regula la vinculación de dar o hacer algo a través de una promisión, que bien podría concernir a la promesa de donar algo, supuesto éste que aparece regulado en la ley 4ª, título 4º de la misma Partida 5ª, en el ámbito de la donación entre ausentes. Y, en relación a ello, también surge para tal contexto histórico la posibilidad latente de que se incumpla con dicha *promissio* en el plazo para tal respecto establecido. Ante lo cual, la ley de Partidas establece las consecuencias de un eventual incumplimiento promisorio, y que se resumen en dos obligaciones para el deudor: la de cumplir con la obligación y la de reparar los daños y perjuicios hacia el acreedor insatisfecho, tal y como resulta de la ley 13, título XI, Partida 5ª, *Fasta quanto tiempo deve ser complida la promission*:

[...] *E si entendiere, que tanto tiempo es ya passado de que fizo la promission, que la pudiera aver coplida, si quissiesse, deve le apremiar, que la cumpla luego, fasta tiempo cierto, señalando un dia cierto, que el toviere por guisado, que faga lo q assi prometio. E si por aventura prometiesse un ome a otro, de dar o fazer alguna cosa, en logar cierto, no señalando dia a que lo copliesse, si este que fiziesse la promission andoviesse resuyendo, malisiosamente por no complir lo que avia prometido: dezimos que si tanto tiepo fusse ya passado, q pudiera ya ser ydo, a aql logar a cuplirlo, si qsiessse, deve le apremiar el iuez del logar q lo cupla alli; maguer no sea fallado e aql logar, q avia prometido de lo cuplir, e no tan solamente este nudo de cuplir lo que prometio dar, o de fazer. Mas aun dezimos, q debe pechar de mas desto, todos los daños, e los menoscabos q recibio el otro, por razon que le non cumplio en aquel logar, lo que prometio [...]*¹²³.

Como resulta claro, estas dos normas prevén el surgimiento de la obligación mediante la *promissio* y, para el caso de su incumplimiento, la constricción para el obligado de llevar a cumplimiento su promesa junto con el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento tempestivo; lo que se aplicaría también al supuesto de la donación promisorio.

manera se hace. “Promisión es otorgamiento que hacen los hombres unos con otros, por palabras e con intención de obligarse, aviniéndose sobre alguna cosa cierta, que deben dar o hacer unos a otros [...]. E hácese de esta manera; estando presentes ambos los que quieren hacer el pleito de la promisión; e diciendo el uno a otro; prométeme de dar o de hacer tal cosa; diciéndola señaladamente. E el otro diciendo, que sí promete o que lo otorga de cumplir. E respondiendo por estas palabras o por otras semejantes de ellas, finca por esto obligado; e es tenido de cumplir lo que otorga o promete de dar o de hacer [...].

¹²³ Transcripción de la edición de *Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López, Quinta Partida*, ff. 64v -65. Así la versión respectiva de la misma ley de *Las Siete Partidas (El Libro del Fuero de las Leyes)*, Introducción y edición dirigida por J. Sánchez Arcilla Bernal, p. 748: Ley XIII. *Hasta cuánto tiempo debe ser cumplida la promisión.* “[...] E si entiende que tanto tiempo es ya pasado de que hizo la promisión, que la pudiera haber cumplida si quisiese, debele apremiar que la cumpla luego hasta tiempo cierto, señalando un día cierto que él tuviere por guisado, a que haga lo que así prometió. E si por ventura prometiese un hombre a otro, de dar o de hacer alguna cosa en lugar cierto, no señalado día a que lo complise, si éste que hiciese la promisión anduviese rehuendo maliciosamente por no cumplir lo que había prometido, decimos que si tanto tiempo fuese ya pasado, que pudiera ya ser ido a aquel lugar a cumplirlo allí, aunque no sea hallado en aquel lugar que había prometido de lo cumplir. E no tan solamente es tenido a cumplir lo que prometió de dar o de hacer, más aún decimos, que debe pechar de más de esto todos los daños; e los menoscabos que recibió el otro, por razón que no le cumplió en aquel lugar lo que le prometió [...].

Sin embargo, es aquí donde las Partidas prevén, además, la posibilidad de que, en caso de incumplimiento y, ante el proceso judicial de la cesión voluntaria de sus bienes, algunos deudores sean exentos de cumplir la obligación, amparándoles con el dejarles lo necesario para vivir, identificándose aquí el alcance de una de las dos características del beneficio de competencia, es decir, el *aliquid sufficiens ne egeat*. En efecto, una amplia ley de Partidas identifica a aquellos deudores que gozarían del beneficio de quedarse con lo necesario para subsistir, entre los que está el donante.

Este beneficio de lo estrictamente necesario para vivir se encuentra en la ley 1ª de la Partida 5ª, título 15, misma que establece el procedimiento considerado idóneo en la época para la cesión de los bienes del deudor que estuviere enfrentando una difícil situación económica al haber incumplido hacia sus acreedores¹²⁴, la cual lleva como epígrafe *Que los deudores pueden desamparar sus bienes, quando non se atreven a pagar lo que deven, e ante quien, e en que manera*:

Desamparar puede sus bienes todo ome q es libre, e estuviere en poder de si mismo, o de otro, no aviendo de q pagar lo q debe. E deVe los desamparar ante el juzgador. E este desamparamiento, puede fazer el debdor por si, o por su personero, o por su carta, conociendo las debdas que debe, o quando fuere la sentencia dada contra el e no ante. E si de otra guisa los desamparase, non valdria el desamparamiento. E deVelos desamparar a aquellos a quien deve algo, diziendo como non han de q faga pagamiento. E estonce el judgador deve tomar todos los bienes del debdor, que desampara lo suyo, por esta razon: si non los paños de lino que vistiere: e non le debe otra cosa ninguna dexar. Fueras ende, si tal debdor como este, fuesse padre, o avuelo, o alguno de los otros ascendientes, que oviessen algo adar a alguno de aquellos que descediessen dellos. O si fuesse fijo, o alguno de los otros descendientes, q oviessen algo adar, a alguno de aquellos de quien descendiesen. O si fuesse ome q deviesse algo a su mujer: o ella a su marido. O si fuesse ome que deviesse algo a aquel aquein avia asorrado, o el asorrado a el. O si fuesse compañero de aquellos que firman compañía entre si, aviendo o trayedo sus bienes de so uno, que deviesse algo al otro, o el compañero a el. O si fuesse ome aqueie demandassen en juyzio sobre donadio que oviessen fecho a otro. Ca estonce, el judgador deve dexar a cada uno desos sobredichos, tanta parte de sus bienes, de q pueda bivar guisadamente. E lo otro todo deve mandar vender en almoneda: e entregar el precio destes bienes a los deudores sobredichos¹²⁵.

¹²⁴ Como señalan los *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida al tenor de Leyes Recopiladas, Autos Acordados, Autores Españoles, y practica moderna, que escribe El Doctor Don Joseph Berni, Y Catalá, Abogado de los Reales Consejos, y de Pobres en esta Ciudad de Valencia. Con Dos copiosos Indices, uno del Texto, y otro de los Apuntamientos*, En Valencia, 1759, *Partida V*, f. 126, Ley I: “La practica desta Ley se reduce, a que el preso por deuda, y no tiene para pagar, presenta pedimento, contando el motivo de la prission, con dos memorias fieles; una de sus bienes, derechos, y acciones, y otra de sus acreedores; y concluye pidiendo, se le admita la cession en favor de sus acreedores, jurando ser fieles, y legales la memorias [...]. El Juez da traslado a los acreedores; y no justificandose fraude, se admite la cession, y se da libertad al reo con dicha causion juratoria”.

¹²⁵ Transcripción de la edición de *Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López, Quinta Partida*, ff. 109 ss. Así la versión respectiva de la misma ley de *Las Siete Partidas (El Libro del Fuero de las Leyes)*, Introducción y edición dirigida por J. Sánchez Arcilla Bernal, p. 794: Ley I. *Que los deudores pueden desampara sus bienes quando no se atreven a pagar lo que deben; e ante quien e en que manera*. “Desamparar puede sus bienes todo hombre que es libre e estuviere en poder de sí mismo o de otro

La referida disposición concierne a la cesión de bienes por el deudor insolvente y dirigida a satisfacer a sus acreedores. En efecto, se establece que el deudor debe ceder (*desamparar*) sus bienes ante el juzgador, por sí mismo o por su representante, pero solo después de que se haya pronunciado la sentencia respectiva, y debe ceder todos sus bienes a quienes debe algo, sin poderse quedar sin nada más que con sus vestimentas (*si non los paños de lino que vistiere: e non le debe otra cosa ninguna dexar*), salvo: al deudor que fuese padre o abuelo, u otro ascendiente del acreedor; al descendiente de aquellos a quienes debe algo; al deudor de uno de los cónyuges; al deudor de aquél que lo manumitió; al deudor de uno de sus socios; y, por último, al deudor que lo demandan por causa de donación que hubiese hecho a otro. La norma concluye estableciendo que el juzgador *debe dexar a cada uno desos sobredichos, tanta parte de sus bienes, de q pueda bivar guisadamente*.

En esta última frase se puede observar la esencia misma del beneficio de lo estrictamente necesario para vivir en favor de los referidos deudores (el *aliquid sufficiens ne eget*) y entre ellos el donante que se le obligó a ceder sus bienes por haber incumplido con su obligación. A este respecto, se observa también como la *ratio* del referido beneficio, no radica en el permitirles pagar en el límite de sus posibilidades económicas (*in id quod facere potest*) para que, una vez mejorada su situación puedan pagar el total (*in solidum*); por el contrario, radica en que se queden con lo necesario para vivir dignamente, y que corresponde con aquel beneficio alimentario que se generalizaría en el contexto del Derecho justinianeo.

Así, y con relación a las fuentes de inspiración de las Partidas, sabemos que los codificadores castellanos también se fundamentaron en algunas obras de los glosadores italianos¹²⁶, por lo que cabría identificar en estas a las ideas de los medievales que se

no habiendo de que pagar lo que debe. E débelos desamparar ante el juzgador. E éste desamparamiento puede hacer el deudor por sí o por su personero; o por su carta, conociendo las deudas que debe o cuando fuere la sentencia dada con él e no antes. E si de otra guisa los desamparare o no valdría el desamparamiento. E débelos desamparar a aquellos a quien debe algo, diciendo, cómo no ha de que haga pagamiento. E entonces el juzgador debe tomar todos los bienes del deudor que desampara lo suyo por esta razón, si no los paños de lino que vistiere. E no le debe otra cosa ninguna dejar, salvo si tal deudor como éste fuese padre o abuelo; o alguno de los otros ascendientes que hubiesen algo a dar a alguno de aquellos que descenden de ellos. O si fuese hijo o alguno de los otros descendientes que hubiesen algo a dar a alguno de aquellos de quien descendiesen. O si fuese hombre que debiese algo a su mujer o ella a su marido, o si fuese hombre que debiese algo a aquél a quien había manumitido o el manumitido a él; o si fuese compañero de aquellos que firman compañía entre sí, habiendo o trayendo sus bienes de so uno que debiese algo a otro o el compañero a él. O si fuese hombre a quien demandase en juicio sobre donadío que hubiese hecho a otro. Pues entonces el juzgador debe dejar a cada uno de estos sobredichos tanta parte de sus bienes de que puedan vivir guisadamente. E lo otro debe mandar vender en la almoneda e entregar el precio de estos bienes a los deudores sobredichos”. Véase al respecto, también Claro Solar, L., *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Volumen VI, *De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 353.

¹²⁶ En efecto, los glosadores medievales formados en Bolonia, y en auge en el momento previo a la codificación Alfonsina, se pronunciaron, con base a su vez en las fuentes del *Corpus iuris civilis*, sobre la posibilidad de condenar a algunos deudores en el límite de sus posibilidades económicas, dejándoles además lo indispensable para sobrevivir; entre estos deudores estaban aquellos que, a causa de su difícil situación se

enlazan con la normativa establecida en las Partidas. A tal respecto, y en relación con el proceso de la cesión de bienes, los glosadores no hicieron referencia al *aliquid sufficiens ne egeat* de forma exclusiva como en las Partidas, sino al beneficio del *id quod facere potest* en favor del *bonis cedens*, es decir, al beneficio de pagar limitadamente a las posibilidades patrimoniales del deudor, así, por ejemplo, Azón¹²⁷, Acursio¹²⁸ y Odofredo¹²⁹. Esta circunstancia resulta bastante lógica, si nos aproximamos desde la perspectiva de la labor explicativa que ellos hicieron sobre las fuentes romanas, lo que conlleva a la recepción, en los glosadores italianos, de los principios inherentes al cumplimiento de la obligación en el límite de las posibilidades del deudor.

Por tanto, los autores de las Partidas utilizaron, para el caso específico de la cesión de bienes, a la *regulae iuris* establecida en D. 50,17,173 pr., con base también en la influencia de la filosofía cristiana de la época de amparar a los deudores con lo necesario para vivir¹³⁰. Lo que podría determinar que se dejó a un lado a la concepción original del llamado *beneficium competentiae*, ya que las Partidas admitieron el presupuesto de mantener lo necesario para vivir (el *aliquid sufficiens ne egeat*), mientras que los glosadores se anclaron también a una *condemnatio* limitada a las posibilidades económicas del deudor (el *id quod facere potest*), lo que equivale a un pago parcial hasta que el deudor mejore su situación económica (*devenerit meliorem fortunam*) y logre pagar *in solidum*, siempre de forma conjunta al beneficio de lo necesario¹³¹.

Así pues, la perspectiva de las Partidas, de amparar al deudor con el mínimo necesario para vivir, sería la tendencia seguida por la posterior doctrina castellana, como la de Juan de Hevia Bolaños, quien se pronunció al respecto en su obra *Curia Philipica*:

El efecto de esta cesion de bienes es, que el que la haze, despues de hecha, no es obligado a responder en juyzio a los acreedores a quien deba deudas, poniendolo por excepcion, salvo viniendo a mejor fortuna de bienes, porque entonces obligado es a ello, y a la paga

encontraron en la obligación de ceder sus bienes, véase al respecto J. C. Prado Rodríguez, “Aspectos procesales de la *condemnatio in id quod facere potest* en favor del insolvente”, pp. 385-394.

¹²⁷ Azonis, *In ius civile summa*, Lugduni, 1564, f. 11, *Qui bonis cedere possunt (Rubrica) 6. Est autem remedium cessionis maximum: quia si postea conveniatur a creditoribus, in quantum facere postest solummodo damnatur: habetur enim ratio sui, ne egeat*. Así, el glosador italiano explica que en el texto existe una solución mejor a la cesión, y es que, si el deudor es llamado posteriormente a ceder sus bienes por sus acreedores, podrá pagar en el límite de sus posibilidades, y la razón es que no se quede sin lo necesario para vivir. Véase también Obarrio Moreno, J. A., “La *cessio bonorum* en la tradición jurídica medieval”, *Glossae. European Journal of Legal History* 13 (2016), p. 453, notas 18 ss.

¹²⁸ Véase Obarrio Moreno, “La *cessio bonorum* en la tradición jurídica medieval”, p. 453, nota 42.

¹²⁹ Véase Obarrio Moreno, “La *cessio bonorum* en la tradición jurídica medieval”, p. 454, nota 48.

¹³⁰ Cabe mencionar a tal respecto, la aplicación del *beneficium competentiae* en el ámbito del Derecho Canónico en favor de los eclesiásticos para tal contexto histórico; así Fagnani, P., *Commentaria in tertium librum Decretalium ad c. 3,X, 3, 23*, Venezia, 1709, f. 237, N. 19: *Milites armatae, legalis et coelestis militate, aequiparantur quad beneficium, ut non conveniantur, nisi in quantum facere possunt, abita ratione en egeant*”. Véase Forchielli, G., “Il *Beneficium competentiae* degli ecclesiastici nella storia del diritto e nel Concordato italiano vigente”, *Rivista di Storia del diritto italiano*, anno IV, fase. I (1931), pp. 105-154.

¹³¹ Azonis, *In ius civile summa*, f. 11: [...] *in quantum facere postest solummodo damnatur: habetur enim ratio sui, ne egeat*. Sobre los demás glosadores véase también Obarrio Moreno, J. A., “La *cessio bonorum* en la tradición jurídica medieval”, p. 453, nota 42.

*de ellas, de tal suerte, que le quede lo necesario para su vivienda, porque en los bienes adquiridos, despues de aver hecho la cesion, no puede ser convenido en mas de lo que pueda hazer, sin que por esta cession se libre el fiador que hubiere dado, ni goze de su privilegio; como lo dize una ley de Partida*¹³².

Por otra parte, y de forma más específica, las Partidas también regularon el instituto de la donación en su Partida 5ª (“*todos los otros debdos que crescen entre ellos por razón de postura*”), título 4º “*De las donaciones*”¹³³, en donde se la identifica como un contrato¹³⁴. Y, en tal contexto, ante el incumplimiento de la donación prometida, el Código castellano prevé la obligación de que el donante cumpla con su promesa, pero siempre y cuando el obligado disponga de los recursos necesarios para subsistir, ya que, si no fuere así, se establece que él quedaría totalmente exento de la obligación prometida. Esta posibilidad de ampararle al donante con la exención de su deuda en el caso de que no disponga de lo necesario para vivir, aparece regulada al final de la ley 4ª de la Partida 5ª, título 4º, la misma que tiene como objetivo el establecer las formas por las cuales se puede realizar la donación en tal contexto histórico, y cuyo epígrafe es *En que manera puede ser fecha la donacion*:

Fazerse puede la donacio en quatro maneras. La primera, quando es fecha sin ninguna condicion. La segunda, quando aquel que la da, pone condicio en el donadio. La tercera, quando son presentes en algud logar el que da, e el que rescibe la donacion. La quarta, quando aquel que quiere fazer la donacion, es en otra tierra. Ca estonce non la puede fazer si non por carta, o por mensajero cierto, en que le embie a decir, señaladamente lo que le da. E quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non

¹³² Así la ley 11, §. 25 *Cession de bienes*, de Hevia Bolaños, J., *Curia Philipica*, Tomo I, En Madrid, 1747, f. 162.

¹³³ Son once las leyes del título 4º, e inherentes a la donación: Ley 1: *Que cosa es donacion, e quien la puede fazer, e a quien, e de que cosas*; Ley 2: *Quales omes no pueden fazer donacion*; Ley 3: *Quales fijos puede fazer donacio, e quales no, e como deve valer la donacion que el padre faze a su fijo*; Ley 4: *En que manera puede ser fecha la donacion*; Ley 5: *En que manera vale la donacion que es fecha so condicion*; Ley 6: *En que manera vale la donacion que faze un ome a otro con alguna postura*; Ley 7: *Dela donacion que es fecha a dia cierto e a tiempo señalado*; Ley 8: *De las donacionesque se mueven los omes a fazer por razon que non han fijos como valen despues que los han*; Ley 9: *Fasta que quantia puede fazer ome donacion de lo suyo, e de que lo demas fiziere que sea revocado*; Ley 10: *Como por razon de desconoscencia se puede revocar la donacion*; Ley 11: *De las donaciones que fazen los omes seyendo enfermos: quales deve valer, e quales no*. Sobre la estructura sistemática de la donación en la concepción de los glosadores, véase Guzmán Brito, A., “La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación”, pp. 200-212.

¹³⁴ Sin embargo, manifiesta a tal respecto Guzmán Brito, “La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación”, pp. 213: “No está del todo claro en este Código que la donación sea un contrato que imponga obligación al donante. En Part. 5ª, título 4º, ley 4ª se dice que aquella puede ser celebrada de cuatro maneras: sin condición, con condición, entre presentes y entre ausentes. Esta última –añade la ley- no se puede celebrar sino por carta o por mensajero cierto, con que se envíe a decir al donatario lo que se le da; y todavía agrega que si no se entrega la cosa al donatario, el donante, o sus herederos, quedan obligados a cumplir la donación. Es la única referencia a un verdadero contrato obligacional real, lo que explica su adscripción a una serie de contratos de esa especie, como el mutuo, el comodato y el depósito”. En tal contexto, manifiesta Ortuño Sánchez-Pedreño, “Las fuentes del régimen de la donación en las Partidas”, p. 369: “el autor de Partidas empieza explicando la virtud de la donación, en cuanto que el donante, frente a otros contratos, se desprende de la cosa enteramente y sin intención de cobrar por ello”.

*es aun entregado aquel a quien la fazen, tenuto es de complir la aquel que la faze, o sus herederos. Pero esto se deve entender desta guisa, que si aquel que la donacion ha de complir, fuesse tan rico q aya de lo q le fincare, tato de lo suyo que pueda bien bevir: de guisa que non aya que demandar lo ageno: estonce es tenuto en todas guisas, de la dar coplida mete. Mas si por auetura no le fincasse, de que pudiesse bivar, si lo compliesse, estonce non seria tenuto de complir la donacion*¹³⁵.

Como se puede apreciar de la referida ley, esta empieza enumerando los modos a través de los cuales se puede llevar a cabo la donación, y entre los que se incluye, en el contexto de la donación entre ausentes, también a la donación prometida, la cual, sin embargo, aparece de forma implícita, es decir, por la interpretación intrínseca que se realiza de la frase *quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra*¹³⁶. En efecto, al afirmar la ley castellana que la donación puede ser hecha mediante carta o por palabra, se presume que quedaría condicionada a su futuro cumplimiento, ya que faltaría la correspondiente entrega material de lo prometido en la insinuación de la donación. Asimismo, se observa la imposición de llevar a cumplimiento esta donación incluso por los herederos del promitente (*tenudo es de complir la aquel que la faze, o sus herederos*).

Sin embargo, el texto plantea el supuesto de que el que se obligó a realizar una donación por causa de su promesa, esté en condiciones económicas para poderla realizar y así satisfacer al donatario, sin tener que solicitar y recurrir a lo ajeno (*de guisa que non aya que demandar lo ageno*), ya que, en el supuesto de que así no fuese y, por el contrario, se encontrase sin tener de qué vivir, entonces no estaría obligado a cumplir con la donación prometida, lo que se recaba de la frase *Mas si por auetura no le fincasse, de que pudiesse bivar, si lo compliesse, estonce non seria tenuto de complir la donacion*¹³⁷.

¹³⁵ Transcripción de la edición de *Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López, Quinta Partida*, ff. 11 ss. Así la versión respectiva de la misma ley de *Las Siete Partidas (El Libro del Fuero de las Leyes)*, Introducción y edición dirigida por J. Sánchez Arcilla Bernal, p. 699: Ley IV. *En qué manera puede ser hecha la donación*. “Hacerse puede la donación en cuatro maneras. La primera cuando es hecha sin ninguna condición. La segunda cuando aquél que la da pone condición en el donadío. La tercera cuando son presentes en algún lugar el que da e el que recibe la donación. La cuarta cuando aquél que quiere hacer la donación es en otra tierra, pues entonces no la puede hacer sino por carta o por mensajero cierto en que la envíe decir señaladamente lo que le da. E cuando la donación es hecha simplemente por carta o por palabra, mas no es aún entregado aquél a quien lo hacen, tenuto es de cumplirla aquél que la hace o sus herederos. Pero esto se debe entender de esta guisa, que si aquél que la donación ha de cumplir fue tan rico que haya de lo que le fincare tanto de lo suyo que pueda bien vivir, de guisa que no haya que demandar lo ajeno, entonces es tenuto en todas guisas de la dar cumplidamente. Más si por ventura no le fincase de que pudiese vivir si lo cumpliесе, entonces no sería tenuto de la cumplir la donación”.

¹³⁶ Véase al respecto Ortuño Sánchez-Pedreño, “Las fuentes del régimen de la donación en las Partidas”, pp. 378 s.

¹³⁷ En efecto, manifiesta al respecto Ortuño Sánchez-Pedreño, “Las fuentes del régimen de la donación en las Partidas”, p. 378: “Cuando la donación es hecha por carta o simplemente de palabra y aún no le ha sido entregado al donatario el objeto de la donación, el donante y sus herederos están obligador a cumplir la donación siempre y cuando el donante – o el heredero – sea pudiente y le queden bienes propios con que vivir. Por el contrario, si al donante no le va a quedar con qué sustentarse si cumple con la donación, no tiene obligación de llevarla a efecto”.

En este sentido, la norma castellana recogió el beneficio en favor del donante, que no estuviere en condición de cumplir la donación prometida a causa de su complicada situación económica, de eximirse totalmente de cumplir con su obligación a la que se vinculó por su generosa voluntad de enriquecer gratuitamente a un tercero¹³⁸. No obstante, cabe resaltar que la norma no contempla aquí tampoco la posibilidad de que el donante pueda pagar con lo que materialmente tenga en ese momento (en *in id quod facere potest*), según los parámetros que estableció el Derecho Romano de la época clásica, y que la glosa, por el contrario, sí lo evidenció tratando la temática inherente a la *condemnatio* del donator¹³⁹.

Por tanto, resulta interesante observar como la ley castellana fue mucho más benévola a la hora de ampararle al donante, eximiéndolo de su obligación de forma total, fundamentándose en que el promitente no disponga de lo necesario para vivir; ante lo cual, para el contexto específico de la donación también se asiste a un cambio importante en la recepción de la concepción romana del *beneficium competentiae* en tal época, y que determinaría que dicho beneficio sea entendido más como un beneficio alimentario¹⁴⁰.

De esta forma, la ley castellana enumera a los sujetos que gozarían de la exención del cumplimiento de su obligación por no tener materialmente de qué vivir y, en este sentido, no plantea algún cálculo inherente a la determinación del *id quod facere potest* del donante. Por otra parte, tampoco la ley atribuye este beneficio a los mismos sujetos a los que se les benefició con base en las fuentes jurídicas romanas, sean clásicas que justinianeas. Sin embargo, la mayor parte de ellos sí se mantienen, ya que a la base están aquellas relaciones de parentesco o amistad entre deudores y acreedores; y para el caso del donante, se presume siempre el favorecer a quien, a causa de su propia generosidad, se vinculó jurídicamente a una prestación en favor de terceros de manera gratuita.

En conclusión, para el contexto histórico castellano, las dos leyes de las Partidas que atañen directamente con el llamado *beneficium competentiae*, amparan al donante que no se encuentre en condición de cumplir con lo prometido; así, la primera ley, ante el proceso judicial de cesión de bienes a los acreedores insatisfechos y, la segunda, por el

¹³⁸ Lo cual se mantiene confirmado por los institucionalistas españoles del siglo XVIII, al afirmar: “Se prohíbe toda donación que se hace no quedando lo suficiente para mantenerse el donante, d. l. 4. tit. 4. part. 5.”, así Jordán de Asso y del Río, I., – de Manuel y Rodríguez, M., *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, Por D. Johachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., 1775, p. 261.

¹³⁹ Así, por ejemplo, Azonis, *In ius civile summa, De donationibus (Rubrica)*, f. 234 v., n. 10: *Condemnatur enim donator ei cui donavit in quantum facere potest. Y cuya ratio es que, por causa de donación el donante es condenado en lo que bien pueda satisfacer.*

¹⁴⁰ A tal respecto, observa Ortuño Sánchez-Pedreño, “Las fuentes del régimen de la donación en las Partidas”, p. 379: “La prescripción que hemos visto en Part. V, 4,4, en el sentido de que el donante que no tiene bienes con qué vivir se cumple con la donación que se hizo mediante carta o palabra, no está obligado a realizar la donación, aparece recogida en D. 42,1,19,1, donde Paulo, después de afirmar que el que es demandado por causa de donación es condenado a cuanto pueda hacer, opina que no cree que donante se le haya de arrebatar todo lo suyo, sino que se ha de tener en cuenta la situación económica del donante, de modo que no vaya a carecer de lo necesario: *Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur ... imo nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsi ratio habenda est, egeat*”.

simple hecho de que no disponga de lo necesario para vivir. Sin embargo, no resulta mayor diferencia entre las dos y, más bien, demuestran como la figura del donante estuvo amparada ante la posibilidad de no poder cumplir con lo prometido, al depender, ante todo, del hecho de que disponga de los recursos necesarios para vivir dignamente.

6. Recepción del llamado “beneficio de competencia” en favor del donante en el Código civil de Bello

Una vez evidenciado el alcance del beneficio del *aliquid sufficiens ne egeat* en favor del donante en el Derecho intermedio castellano, queda por resaltar la recepción que tuvo el beneficio de competencia en la codificación civil chilena elaborada por don Andrés Bello, en la que, a diferencia de otras, se verificó la transfusión de la referida institución¹⁴¹, sobre la base de los principios que surgieron en el contexto del Derecho Romano, de aquellos establecidos en las Siete Partidas, y de la concepción planteada por Pothier. En efecto, es conocido cómo don Andrés Bello utilizó las obras de Pothier como fuentes de inspiración para la construcción de su Código, en particular, del libro IV de las obligaciones¹⁴².

A tal respecto, la noción y función del beneficio de competencia para Pothier, en la que también se incluye al donante entre los beneficiados¹⁴³, se recaban de sus *Pandectae justinianae*¹⁴⁴, en la que transcribe en el título *In quo hoc beneficium consistat*, la siguiente referencia romana: “*In condemnatione personarum quae in id quod facere possunt, damnatur, non totum quod habent, extorquendum est; sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant, l. 173. [a] ff. De Reg. Jur. Paul. Lib. 6 ad Plaut*”. Así pues, Pothier toma el texto de la *regulae iuris* en D. 50,17,173 pr. para plantear la noción del referido beneficio, y que abarca, sea la posibilidad de un pago en el límite de las posibilidades del deudor, que el dejarle lo necesario para su subsistencia; y esta circunstancia, aparece también señalada en su tratado de las obligaciones¹⁴⁵.

¹⁴¹ Sobre el significado de esta transfusión, véase Díaz Bialet, A., “La “transfusión” del Derecho Romano en América Latina”, *Sistema Jurídico Latinoamericano y Unificación del Derecho* (D. Esborraz, coord.), México (2006), pp.75-79.

¹⁴² Véase al respecto Guzmán Brito, A., “El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile”, *Anuario de Derecho Civil* 3, (2006), p. 1291.

¹⁴³ Así en Pothier, R. J., *Pandectae justiniana, in novum ordinem digestae cum legibus codicis, et novellis*, Tomo IV, Parisiis, 1825, pp. 18 s.: Lib. XLII, *Articulus II. De beneficio competentiae; seu ut ne quis, ultra quod facere potest, ad solutionem urgeatur*, §1. *Quibus hoc beneficium indulgeatur, et quando exceptio ex eo competens opponi possit*.

¹⁴⁴ Pothier, *Pandectae justiniana, in novum ordinem digestae cum legibus codicis, et novellis*, p. 19.

¹⁴⁵ *Tratado de las obligaciones, Traducido al español con notas de Derecho Patrio*, Primera Parte, Barcelona, 1839, p. 245, donde Pothier manifiesta con respecto al beneficio de competencia: “[...] puesto que puede ser compelido con todo rigor a pagar la deuda por entero; al mismo tiempo que el abonado no puede ser compelido a pagar más de lo que pueda, deducido aquello que le fuere necesario para poder subsistir, l. 173, ff. de reg. jur.”.

Así estando los antecedentes inmediatos que le servirían de inspiración a don Andrés Bello para la noción que él planteará en su Código respecto del beneficio de competencia, podemos pasar a identificar la recepción de dicho beneficio en favor del donante. Sin embargo, ante todo cabe resaltar como el Código civil de Bello (chileno) prevé entre las fuentes de la obligación establecidas en su art. 1437, al contrato o convención (art. 1438), y en donde se podría incluir a la donación promisorio, y esto por requerirse para su perfeccionamiento la aceptación del donatario, a pesar de que, para Bello, esta figura resultó algo ambigua en su concepción, y por ello su colocación, a modo de apéndice, al final del Libro III, De las sucesiones por causa de muerte y de las donaciones entre vivos¹⁴⁶, en donde se la define como un acto (art. 1386)¹⁴⁷.

Pero más allá de la cuestión inherente a la naturaleza jurídica y conceptual de la donación¹⁴⁸, es evidente que, a lo largo de la historia del sistema jurídico romanista, la donación se presentó también en la forma de la *stipulatio* o promesa de donar, la misma que conllevaba a la consiguiente obligación de su cumplimiento, y de la cual, el mismo Código civil, en su art. 1417, hace explícita mención: “El donante de donación gratuita goza del beneficio de competencia en las acciones que contra él intente el donatario, sea para obligarle a cumplir una promesa [...]”.

Por tanto, y con base en el referido artículo, don Andrés Bello consideró para su codificación a la posibilidad de que la promesa de donar pueda llegar a incumplirse por el promitente, ante lo cual, la consecuencia principal que su Código establece por un tal incumplimiento, es la de indemnizar los perjuicios causados al acreedor, así como resulta del inciso 1º del art. 1556: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”¹⁴⁹.

¹⁴⁶ En efecto, manifiesta al respecto Guzmán Brito, “La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación”, p. 261: “Este código, pues, trata de las donaciones a continuación de la sucesión por causa de muerte en su libro III, mas no como modo de adquirir [...], sino como un apéndice, puramente sistemático, de la sucesión. El codificador chileno localizó ahí a la figura quizá por abrir dudas de que se tratase siempre de un contrato”.

¹⁴⁷ Art. 1386. La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta.

¹⁴⁸ No obstante, cabe señalar la postura de la doctrina del Código de Bello en lo referente al carácter de la donación, así, por ejemplo, lo manifestado por Valencia Zea, A., *Derecho civil*, Tomo IV, *De los contratos*, Bogotá, 1980, p. 146: “Toda donación entre vivos es un contrato, pues se exige el acuerdo de voluntades del donante y del donatario; del donante, ya que a nadie se le obliga a desprenderse de sus bienes contra su voluntad; del donatario, porque a nadie se constriñe a adquirir bienes que no quiere adquirir”. Véase asimismo el mismo autor en pp. 150-155. Asimismo, otros autores modernos consideran a la donación como un contrato, véase Alessandri Rodríguez, A., y Somarriva Undurraga, M., *Curso de derecho civil*, Tomo IV, *Fuentes de las obligaciones*, Santiago, 1942, p. 43.

¹⁴⁹ Sobre la responsabilidad del deudor ante su incumplimiento, véase por todos Manasevich, R., *Las obligaciones*, Tomo II, 4ª edición, Editorial jurídica de Chile, 2001, pp. 539 s.; Meza Barros, R., *Manual de Derecho civil de las obligaciones*, 9ª edición, Editorial jurídica de Chile, 2001, pp. 175 ss. Sobre la indemnización de perjuicios, véase Ospina Fernández, G., *Régimen general de las obligaciones*, Editorial Temis, 2018, pp. 88 ss.

Sin embargo, una excepción a las consecuencias que derivan del incumplimiento de la obligación es el llamado beneficio de competencia, que don Andrés Bello incluyó en su Código en favor de ciertos deudores para permitirles cumplir de forma parcial y que también constituye una clara excepción a la regla general de que el deudor deba cumplir de forma íntegra su obligación y que el acreedor no está obligado a recibir un pago parcial¹⁵⁰, cuya *ratio* radica para su concesión, según manifiesta Claro Solar¹⁵¹, “por consideraciones de humanidad y de las relaciones de familia, de estrecha amistad y de reconocimiento”¹⁵².

En efecto, este beneficio se encuentra establecido en el Código en el Libro 4º “De las obligaciones en general y de los contratos”, Título XIV “De los modos de extinguirse las obligaciones, y primeramente de la solución o pago efectivo”, epígrafe 10º “Del pago con beneficio de competencia”, precisamente en los artículos 1625 y 1626, en los que, respectivamente, el codificador estableció la definición del referido instituto, y la taxativa identificación de los deudores que gozan del mismo¹⁵³:

Art. 1625. Beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna¹⁵⁴.

Pues bien, este artículo define a dicho instituto como aquél beneficio del que gozan ciertos deudores para pagar lo que buenamente puedan, es decir, para cumplir la obligación en el límite de sus posibilidades económicas¹⁵⁵. En este sentido, el Código retoma la

¹⁵⁰ Cfr. Velásquez Gómez, H.D., *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, 2010, p. 1158; Meza Barros, *Manual de Derecho civil de las obligaciones*, pp. 386 s.

¹⁵¹ Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, p. 352.

¹⁵² Esta misma *ratio* basada en la humanidad la expresa también Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, p. 389.

¹⁵³ A tal respecto, observa Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, p. 359: “El deudor que goza del beneficio de competencia no necesita seguir un juicio para que le sea reconocido; le basta oponerlo como excepción a la demanda ejecutiva u ordinaria del acreedor, en el que pretenda exigirle el pago íntegro de la deuda”. Asimismo, observa Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, p. 872: “El beneficio de competencia debe ser declarado a instancias del deudor, quien deberá probar que pagadas las deudas no le quedaría lo suficiente para subsistir”. Y, en p. 870, nota 968 manifiesta: “En el juicio ejecutivo, puede oponerse el beneficio de competencia como excepción, asilándose en el N. 7º del Art. 464, esto es, falta de requisito para que el título tenga fuerza ejecutiva”.

¹⁵⁴ Este artículo corresponde, en parte, al 2655 del Proyecto de Código civil de 1853, pero en el que no se menciona la parte final del artículo 1625; Art. 2655. “Beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoles, en consecuencia, lo indispensable para una modesta subsistencia”, véase *Obras completas de don Andrés Bello*, volumen XII, *Proyecto de Código Civil (1853)*, Santiago de Chile, 1888, p. 626. Como se puede observar, falta en el artículo original la frase “según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna”.

¹⁵⁵ Observa Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, p. 870, que el Código destaca el carácter de modalidad de pago con dicho beneficio, sin embargo, considera también que el mismo constituye una causal de incumplimiento y no un modo de extinguir la obligación. Asimismo, manifiesta que su objetivo es el de “permitir la subsistencia del que invoca el derecho; su fundamento es, pues, humanitario, un verdadero deber moral”.

esencia clásica del beneficio de competencia, que era la de permitirle al deudor de pagar en el *id quod facere potest*, por lo que admite la posibilidad de un pago parcial y limitado a las efectivas posibilidades patrimoniales del deudor. Esta circunstancia se relaciona también con la parte final del referido artículo, en la que se establece que el deudor deberá completar la parte residual que quedaría debiendo, no apenas mejore su situación económica. Por tanto, no se le exime al deudor del cumplimiento total de su obligación, sino se le posterga dicho cumplimiento hasta el momento en el que él mejore su situación económica¹⁵⁶.

Estas connotaciones se enlazan también con la parte central del art. 1625, en la que se impone dejarle al deudor lo indispensable para su modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y en donde se puede observar la recepción en el Código de Bello de la regla, generalizada desde la época justiniana, del *aliquid sufficiens ne egeat*, conocido también como beneficio alimentario y que estaría a la base de la legislación castellana de las Siete Partidas, en la que se daba prioridad a que el deudor no caiga en total indigencia, y que, para el caso del donante, inclusive preveía la exención de cumplir con la obligación prometida¹⁵⁷.

De esta manera, la normativa del Código retoma las connotaciones típicas que surgieron y se generalizaron en el Derecho Romano, ampliando así la limitada, pero eficaz visión que planteó las Partidas al respecto, ya que concierne, sea a los principios del *id quod facere potest* que del *aliquid sufficiens ne egeat*, y que serían resaltadas también por Pothier. Esta circunstancia presenta un carácter ambivalente, y determina que los deudores beneficiados sean amparados, por un lado, con el pago parcial de su deuda¹⁵⁸ hasta ver mejorada su situación patrimonial y, por otro, el asegurarles lo necesario para sobrevivir, principio este que primaría al anterior, ya que se puede suponer que, antes de pagar en el límite de sus posibilidades, se proceda a la deducción de lo necesario para la subsistencia del obligado.

Por lo que respecta a los deudores a quienes el acreedor está obligado a conceder el beneficio de competencia, estos aparecen indicados de manera taxativa en los numerales del 1º al 6º del siguiente art. 1626:

Art. 1626. El acreedor es obligado a conceder este beneficio:

- 1º A sus descendientes o ascendientes; no habiendo éstos irrogado al acreedor ofensa alguna de las clasificadas entre las causas de desheredación;
- 2º A su cónyuge; no estando divorciado por su culpa;
- 3º A sus hermanos; con tal que no se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa igualmente grave que las indicadas como causa de desheredación respecto de los descendientes o ascendientes;

¹⁵⁶ Que, en palabras de Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, p. 354, equivale a limitar momentáneamente la responsabilidad obligacional del deudor.

¹⁵⁷ Véase Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, pp. 352 y s.

¹⁵⁸ El mismo que para Meza Barros, *Manual de Derecho civil de las obligaciones*, p. 390: “[...] deja subsistente la obligación en la parte insoluta”.

4º A sus consocios en el mismo caso; pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad;

5º Al donante, pero sólo en cuanto se trata de hacerle cumplir la donación prometida;

6º Al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes y es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión; pero sólo le deben este beneficio los acreedores a cuyo favor se hizo¹⁵⁹.

Como se puede observar, los deudores que gozan del beneficio de competencia para el Código civil¹⁶⁰, son casi los mismos a los que se les benefició en el contexto histórico del Derecho Romano¹⁶¹, y corresponden también a la enumeración que hizo la ley de Partidas, también con algunas variantes. Por lo que se puede afirmar que don Andrés Bello se habría inspirado para dicha clasificación en la ley 1ª de la Partida 5ª, título 15, inclusive en el orden de los deudores beneficiados, a excepción del obligado después de una manumisión¹⁶², y del deudor que hizo cesión de sus bienes indicado en el numeral 6º del artículo del Código, que en las Partidas, en cambio, aparece del contexto general de la ley 1ª.

Sin embargo, aquí nos interesa resaltar la inclusión del donante que incumplió con la donación prometida en el numeral 5º del referido artículo, a quien se le concede el beneficio de competencia por la razón manifestada por Claro Solar¹⁶³: “si el cumplimiento estricto y completo de la donación hubiera de privar al donante de los medios de subsistencia necesarios según su clase y circunstancias”. En efecto, por lo que respecta a la donación prometida y no cumplida, el Código de Bello ampara al donante con el beneficio de competencia de forma específica, esta vez, en el Libro III “De la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos”, Título XIII “De las donaciones entre vivos”, en particular, en lo establecido en su artículo 1417:

Art. 1417. El donante de donación gratuita goza del beneficio de competencia en las acciones que contra él intente el donatario, sea para obligarle a cumplir una promesa, o

¹⁵⁹ Artículo que corresponde al 2656 del Proyecto de Código civil de 1853, véase *Obras completas de don Andrés Bello*, volumen XII, *Proyecto de Código Civil (1853)*, p. 626. Sobre los diferentes deudores que gozan del beneficio de competencia, véase Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, pp. 354-359; Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, p. 871; Meza Barros, *Manual de Derecho civil de las obligaciones*, pp. 387 ss.; Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, pp. 390 ss.; Velásquez Gómez, H.D., *Estudio sobre obligaciones*, pp. 1158 s.; Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 689 s.; Alessandri, A., - Somarriva, M., - Vadanovic A., *Tratado de las obligaciones*, Tomo Segundo, Ediciones jurídicas de Santiago, 2016, pp. 381 ss.

¹⁶⁰ Y que, en palabras de Alessandri, A., - Somarriva, M., - Vadanovic A., *Tratado de las obligaciones*, p. 380, resulta ser un beneficio irrenunciable y personalísimo, por lo que no puede transmitirse.

¹⁶¹ Con algunas excepciones, como el supuesto del *miles*, véase Guarino, *La condanna*, p. 22 ss.: *Sul beneficium competentiae dei milites*, Milano, 1939.

¹⁶² Lo que resulta coherente dada la abolición de la esclavitud para el Derecho civil moderno.

¹⁶³ Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, p. 356.

donación de futuro, sea demandando la entrega de las cosas que se le han donado de presente¹⁶⁴.

En efecto, el referido artículo ampara al donante demandado por el donatario con el beneficio de competencia para el caso de haber incumplido con la donación prometida, en simetría con la norma del art. 1626, n. 5°. Por lo que asistimos a la recepción de la tutela en favor del donante desde el mismo Derecho Romano, lo que se justifica con base en el razonamiento de que el donante se obligó por su propia generosidad, y por consecuencia, no habría sido equitativo el sancionarle con las extremas consecuencias hacia los deudores insolventes, y así dejarlo en situación de total indigencia¹⁶⁵.

No obstante, cabe plantear la distinción entre una donación realizada sobre todos los bienes del donante o solo sobre una parte de ellos. Y en relación a una tal distinción, existe otra norma en el Código que también ampara al donante para no quedarse sin lo necesario para vivir, la misma que se encuentra establecida en el art. 1408:

Art. 1408. El que hace una donación de todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia, y si omitiere hacerlo, podrá en todo tiempo obligar al donatario a que, de los bienes donados o de los suyos propios, le asigne a este efecto, a título de propiedad, o de usufructo o censo vitalicio, lo que se estimare competente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados.

Como se puede observar, el donante tiene a disposición estas dos normas que, de forma evidente, tratan de ampararlo para no caer en total indigencia. La diferencia radicaría en que, mientras el art. 1417 le otorga el beneficio de competencia al donante para que pueda garantizarle una modesta subsistencia, el art. 1408 le concede lo necesario para una congrua subsistencia. En este sentido, se ha interpretado que el 1417 se aplicaría en el supuesto en el que el donante done solo una parte o cuota de sus bienes, mientras que, por otra parte, se aplicaría el art. 1408 en el supuesto de que el donante done todo su patrimonio¹⁶⁶.

Queda, por tanto, claramente establecida la recepción en el Código civil de Bello, del llamado beneficio de competencia en favor del donante que incumplió con su promesa

¹⁶⁴ Artículo que corresponde al 1600 del Proyecto de Código civil de 1853, véase *Obras completas de don Andrés Bello*, volumen XII, *Proyecto de Código Civil (1853)*, p. 378, en el que constaba de un segundo inciso: “Pero, si por la donación se impusiere al donatario cualquier gravamen que pueda apreciarse en dinero, no extenderá el beneficio de competencia a lo que el gravamen importare; a menos que sea posible una reducción proporcionada en el gravamen”. Y cuya nota hace referencia a la Partida 5ª, título 4º, ley 4. Véase Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, p. 356.

¹⁶⁵ En este sentido, observa Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, p. 391: “Mírase, entonces, al deber de gratitud del donatario al donante que ha obrado con exclusivo ánimo de liberalidad en su favor”.

¹⁶⁶ Véase al respecto, Valencia Zea, *Derecho civil*, p. 173, quien manifiesta: “Estas dos clases de subsistencia -modesta y congrua- pueden variar considerablemente. Parece más equitativo interpretar en una forma amplia el beneficio de competencia de que goza el donante y extenderlo siempre a aquellos bienes que le sirvan para una congrua subsistencia”.

de donar, así mediante su inclusión en el general artículo 1626, que de forma específica en el artículo 1417¹⁶⁷.

7. Conclusiones

De la presente investigación se ha podido constatar cómo el Derecho Romano clásico conoció algunas formas de llevar a efecto un acto de liberalidad *inter vivos*, entre las cuales, aquella susceptible de incumplimiento fue la llamada donación promisorias, y esto por el riesgo latente (*periculum*) de su posible incumplimiento por parte del *promissor*, lo que habría determinado la obligatoriedad de llevar a cabo el consiguiente cumplimiento (*perpetuatio obligationis*) mediante la condena pecuniaria dirigida también a reparar el daño respectivo.

Así, en el supuesto de que el incumplimiento de la *stipulatio donationis* hubiera sido imputable a la responsabilidad del donante obligado, la consecuencia directa era que el *iudex* proceda a la evaluación del equivalente monetario de la prestación debida, que, para el caso de la promesa de dar *certain pecuniae* no habría sido más que la suma que se debía pagar, mientras que, una *aestimatio* por parte del mismo *iudex* se presentaba cuanto el incumplimiento concernía a la entrega de un cierto objeto, la cual, habría sido discrecional, según que el mencionado objeto fuese específico o genérico.

No obstante, para tal supuesto se estableció un régimen particular y dirigido a amparar al donante que incumplió con su promesa a través de una *condemnatio in id quod facere potest* y conocido como *beneficium competentiae*, el mismo que comportaba que el donante pueda cumplir de forma parcial en el límite de sus posibilidades económicas, hasta mejorar su situación patrimonial y poder cumplir la parte faltante de su obligación. A tal respecto, la introducción de esta *condemnatio* limitada en favor del donante habría tenido su origen formal en un rescripto de Antonino Pío, con base en la gratitud que el donatario le debía al donante por su generosa intención de enriquecerlo sin esperar nada a cambio.

Sin embargo, la cuestión de fondo se ha centrado en identificar los parámetros dirigidos a llevar a efecto el cálculo del *id quod facere potest*, desde el momento que para el donante beneficiado aparece aquella doble deducción sobre su patrimonio bruto: la *deductio aeris alieni* y aquella *ne egeat*. Así, la primera estaba dirigida a deducir las demás deudas que el donante mantenía hacia otros acreedores, pero no por la misma causa, la cual, sin embargo, ha determinado el cuestionamiento en la doctrina sobre su carácter exclusivo en favor del donante. Mientras que, la segunda deducción estaba dirigida a dejarle al deudor lo estrictamente necesario para que pueda subsistir junto a su familia, y que también ha determinado un debate doctrinal sobre su exclusiva aplicación en favor del donante beneficiado.

¹⁶⁷ Ambas normas pasaron también de forma casi idéntica por la regulación que planteó las Siete Partidas, de donde, al parecer, don Andrés Bello se habría inspirado para su codificación.

Ante lo cual, del análisis de las fuentes romanas inherentes a las referidas deducciones, junto a las posturas de la doctrina pronunciada sobre las mismas fuentes, resultaría que la *deductio aeris alieni* habría sido aplicada en época clásica para todos los deudores beneficiados con la condena limitada, pero Justiniano la habría restringido exclusivamente en favor del donante, y esto a través de la manipulación de algunos textos, entre los que la doctrina identifica a D. 42,1,19,1. Mientras que, aquella *deductio ne egeat* habría sido, en principio, de exclusiva aplicación en favor del donante beneficiado, pero posteriormente generalizada por obra de los compiladores justinianos para todos los deudores beneficiados con la condena limitada, y esto con base en la *regulae iuris* establecida en D. 50,17,173 pr.

Estas circunstancias demuestran cómo, en el Derecho Romano clásico y justiniano, se mantuvo un trato especial hacia la persona del donante obligado, amparándole de la forma más extensa posible mediante la deducción de todos los gravámenes del que era responsable y de la cuantía considerada necesaria para su subsistencia, y de esta manera evitar que sea perjudicado ante el posible incumplimiento de su obligación, con base en el razonamiento de que su obligación la adquirió por su generosa voluntad de enriquecer a otros.

Por otra parte, para el contexto histórico intermedio del Derecho castellano de las Siete Partidas también se evidenció, entre sus normas, a la voluntad de amparar a quien prometió una donación, al establecerse que cumpla solamente si dispone de lo necesario para vivir, de lo contrario quedaría exento de su obligación prometida. Por lo que se recaba que, en tal contexto, el instituto del beneficio de competencia habría dejado a un lado su esencia de pago parcial y limitado a las posibilidades económicas del donante, y se habría convertido en un beneficio exclusivamente alimentario, con el que se le amparaba al donante para que no caiga en total indigencia.

Esta perspectiva, propia del Derecho intermedio castellano, no encontró sustento de forma total en las obras de los glosadores, en las que, en cambio, incluyen la visión del *beneficium competentiae* desde la concepción original del *id quod facere potest*, propia de la época romana clásica. Por lo que aparece evidente cómo las Partidas se habrían aproximado más a la regla justiniana de D. 50,17,173 pr., y también a los principios cristianos como la *charitas*, *pietas*, *benignitas* y *humanitas*, entre otros.

Estos antecedentes históricos marcarían la recepción que tuvo el beneficio de competencia en la regulación que plasmó don Andrés Bello en el Código civil chileno, en el que, de manera idéntica a las Siete Partidas, se identificaron casi a los mismos deudores que gozaban del beneficio de competencia en la codificación castellana, y en el que también se incluyó al donante como titular de dicho beneficio.

Sin embargo, la característica más importante que se puede evidenciar, es la concepción que tuvo Bello sobre el referido beneficio, en la que incluyó las dos aristas principales en torno a las que se construyó esta figura en el Derecho Romano clásico y justiniano, es decir, la de restringir el cumplimiento en el límite de las posibilidades del

deudor con cargo de cumplir no apenas mejore su situación económica, pero siempre dejándole lo necesario para supervivencia, esta vez, según su condición y clase social. Lo que resulta de la concepción del referido beneficio por parte de Pothier, cuyas obras, como sabemos, sirvieron de inspiración a don Andrés Bello.

Apéndice bibliográfico

Alessandri, A., - Somarriva, M., - Vadanovic A., *Tratado de las obligaciones*, Tomo Segundo, Ediciones jurídicas de Santiago, 2016.

Alessandri Rodríguez, A., y Somarriva Undurraga, M., *Curso de derecho civil*, Tomo IV, *Fuentes de las obligaciones*, Santiago, 1942.

Abeliuk Manasevich, R., *Las obligaciones*, Tomo II, 4ª edición, Editorial jurídica de Chile, 2001.

Archi, G. G.:

- “Animus donandi”, *Atti del Convegno internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, III, Milano, 1951.

- s.v. “Donazione (Diritto romano)”, *Enciclopedia del Diritto*, 13 (1964).

Azonis, *In ius civile summa*, Lugduni, 1564.

Bello, A., *Obras completas de don Andrés Bello*, volumen XII, *Proyecto de Código Civil (1853)*, Santiago de Chile, 1888.

Berni y Catalá, J., *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida al tenor de Leyes Recopiladas, Autos Acordados, Autores Españoles, y practica moderna, que escribe El Doctor Don Joseph Berni, Y Catalá, Abogado de los Reales Consejos, y de Pobres en esta Ciudad de Valencia. Con Dos copiosos Indices, uno del Texto, y otro de los Apuntamientos*, En Valencia, 1759.

Bialostosky de Ch., S., “El *beneficium competentiae*”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* 9 (1977), pp. 221-237.

Biondi, B.:

- *Corso di diritto romano. Le donazioni*, Milano, 1940.

- “Il concetto di donazione”, *Scritti Ferrini*, I, Milano, 194

- *Diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952.

- *Contratto e stipulatio. Corso di lezioni*, Milano, 1953

- s.v. “Donazione (Diritto romano)”, *Nuovissimo Digesto Italiano* 6 (1981).

Brinz, V. A., *Lehrbuch der Pandekten*, Erlanger, 1857.

Broise, S.:

- *Animus donandi. Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*. I Parte Generale, Pisa, 1975, pp. 21-39.

- *Animus donandi. Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*. II Parte Speciale, Pisa, 1975, pp. 186 -197.

Burdese, A., *Manuale di diritto privato romano*, 3ª, Torino, 1985.

Bürge, A., “Occupantis melior est condicio”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* 106 (1989), pp. 248-191.

Cannata, C. A.:

- *Corso di istituzioni di diritto romano*, II,1, Torino, 2003.

- *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008.

- “Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la ‘*culpa debitoris*’ nelle obbligazioni da ‘*stipulatio in dando*’”, *Scritti scelti di diritto romano*, I (L. Vacca, ed.), Torino, 2011, pp. 169-212.

- “Atto giuridico e rapporto giuridico”, *Scritti scelti di diritto romano*, I (L. Vacca, ed.), Torino, 2011, pp. 509-563.

- Cardilli, R.:
- *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano. (II sec. a.C. – II sec. d. C.)*, Milano, 1995.
 - *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016.
- Casavola, F., *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960.
- Claro Solar, L., *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, Volumen VI, De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- Clerici, O., *Cenni sul “beneficium competentiae” in diritto romano*, Torino, 1900 [reimp. *Sul “beneficium competentiae” in diritto romano. Con nota di lettura di S. Di Salvo*, Napoli 1982]
- Corbino, A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, 2ª, Torino, 2006.
- De Hevia Bolaños, J., *Curia Philipica*, Tomo I, En Madrid, 1747.
- d'Ors, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 2008.
- De Robertis, F. M., *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1996.
- Díaz Bialek, A., “La “transfusión” del Derecho Romano en América Latina”, *Sistema Jurídico Latinoamericano y Unificación del Derecho* (D. Esborraz, coord.), México (2006), pp.75-79.
- Domingo, R., (coord.), *Textos de derecho romano*, Navarra, 2002.
- Dumont, F., *Les donations entre époux en droit romain*, Paris, 1928.
- Fagnani, P., *Commentaria in tertium librum Decretalium ad c. 3, X, 3, 23*, Venezia, 1709.
- Fiori, R., *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003.
- Forchielli, G., “Il Beneficium competentiae degli ecclesiastici nella storia del diritto e nel Concordato italiano vigente”, *Rivista di Storia del diritto italiano*, anno IV, fase. I (1931), pp. 105-154.
- García del Corral, I., *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona, 1889, (facsimil Valladolid, 1988).
- Gildemeister, J., “Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht”, *Iura. Rivista internazionale di Diritto Romano e antico*, 37 (1986).
- Giuffrè, V., “La c.d. *lex Iulia de bonis cedendis*”, *Labeo* 18 (1972), pp.173-191.
- Glück, F., *Commentario alle Pandette*, III, (trad. It. C. Ferrini), Milano, 1888.
- Guarino, A.:
- *Sul beneficium competentiae dei milites*, Milano, 1939.
 - “Studi sulla *taxatio in id quod facere potest*”, *Studia et documenta historiae et iuris* 7.1 (1941), pp. 5-34.
 - “Nihil facere posse”, *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua Beatificazione*, I, Milano, 1947, pp. 299-304.
 - *La condanna nei limiti del possibile. Corso di diritto romano*, Napoli, 1975.
- Guzmán Brito, A.:
- “Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana”, *Revista de Estudios histórico jurídicos* XXIII (2001), pp. 209-367.
 - “La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXV (2004), pp. 199-267.
 - “El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile”, *Anuario de Derecho Civil* 3, (2006), pp. 1283-1301.
 - “La promesa obligacional en las ‘Partidas’ como sede de la doctrina general de las obligaciones”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 34 N. 3 (2007), pp. 395-404.

- Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Impallomeni, G., *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova, 1958.
- Jordán de Asso y del Río, I., – de Manuel y Rodríguez, M., *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, Por D. Johachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., 1775.
- Kaser, M., “Perpetuari obligationem”, *Studia et documenta historiae et iuris* 46 (1980), pp. 87-146.
- Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López, Quinta Partida*, En Salamanca, Por Andrea de Portonariis, 1555.
- Las Siete Partidas (El Libro del Fuero de las Leyes)*, Introducción y edición dirigida por J. Sánchez Arcilla Bernal, Madrid, 2004.
- Leitao Álvarez-Salamanca, F.:
- “La “*liberalitas*” en la donación”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 34 (2012), pp. 91-102.
 - “La gratuidad en la donación”, *Revista chilena de derecho* 41.2 (2014), pp. 589-607.
 - “La ‘*causa donandi*’ en el derecho romano clásico”, *Revista de Derecho Privado* 35 (2018), pp. 56-61.
- Lenel, O., *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889.
- Levet, A., *Le bénéfice de compétence*, Paris, 1927.
- Marrone, M., “Note di diritto romano sul c.d. *beneficium competentiae*”, *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo* 36 (1976), pp. 5-47.
- Meza Barros, R., *Manual de Derecho civil de las obligaciones*, 9ª edición, Editorial jurídica de Chile, 2001.
- Obarrio Moreno, J. A., “La *cessio bonorum* en la tradición jurídica medieval”, *Glossae. European Journal of Legal History* 13 (2016), pp. 443-484.
- Ortuño Sánchez-Pedreño, J. M., “Las fuentes del régimen de la donación en las Partidas”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXIII (2001), pp. 369-390.
- Ospina Fernández, G., *Régimen general de las obligaciones*, Editorial Temis, 2018.
- Pacchioni, G.:
- *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano, civile e commerciale*, Padova, 1935.
 - *Trattato della gestione d'affari altrui secondo il diritto romano e civile*, Lanciano, 1893.
- Pothier, R. J.:
- *Pandectae justinianeae, in novum ordinem digestae cum legibus codicis, et novellis*, Tomo IV, Parisiis, 1825.
 - *Tratado de las obligaciones, Traducido al español con notas de Derecho Patrio*, Primera Parte, Barcelona, 1839.
- Prado Rodríguez, J. C.:
- “Aspectos procesales de la *condemnatio in id quod debitor facere potest* en favor del insolvente”, *Reveu internationale des droits de l'antiquité* 57 (2010), pp. 359-395.
 - “La “*ratio iuris*” del llamado ‘*beneficium competentiae*’ en el ámbito dotal”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 34 (2012), pp. 103-126.
 - “El régimen publicitario romano en materia de ejecución por deudas”, *Index. quaterni camerati di studi romanistici, international survey of roman law* 41 (2013), pp. 363-379.
- Pampaloni, M.:
- *Sulla teoria del “beneficium competentiae” nel diritto romano*, Torino, 1898.

- *Sul calcolo della competentiae nel così detto beneficium competentiae del diritto romano*, Torino, 1898.
- Rotondi, G., *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912.
- Stagl, J. F., “Die Ratio des Schenkungsverbotens unter Ehegatten. Monopolisierung des Ehegüterrechts im Dotalregime”, *The Legal History Review* 85 (2017), pp. 141-165.
- Savigny, F. K., *Sistema del diritto romano attuale*, IV (trad. it. V. Scialoja), Torino, 1886-98.
- Sacconi, G., *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli, 1989.
- Schipani, S., *Iustiniani augusti digestae seu pandectae. Testo e traduzione*, I, Milano, 2005.
- Solazzi, S., *L'estinzione della obbligazione*, Napoli, 1935.
- Talamanca, M.:
 - s.v. “Processo civile (dir. rom.)”, *Enciclopedia del Diritto* 36 (1987), pp. 2-79.
 - “Conventio e stipulatio”, *Atti del Convegno di Diritto Romano –Siena 14-15 aprile 1989*, Napoli, 1991, pp. 163-218.
- Valencia Zea, A., *Derecho civil*, Tomo IV, *De los contratos*, Bogotá, 1980.
- Velásquez Gómez, H.D., *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, 2010.
- Voci, P.:
 - *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Milano, 1938.
 - *Istituzioni del diritto romano*, 3^a, Milano, 1954.
- Wacke, A., “Zur einrede des notbedares (*ne egeat*) bei schenkungsversprechen und im dotalrecht”, *Studi in onore di Antonio Metro*, VI (C. Russo Ruggeri, ed.), Milano, 2010, pp. 447-479.
- Zanzucchi, P. P., “Sul c.d. beneficium competentiae”, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 29 (1916).