

El *Beneficium Competentiae*

SUMARIO: I. *Concepto y evolución histórica en Roma.* II. *Aspecto procesal en el Derecho Romano.* III. *Recepción en la legislación mexicana.* IV. *Legislación latinoamericana comparada.*

SARA BIALOSTOSKY DE CH.

Profesora Titular de tiempo completo en la
Facultad de Derecho de la U.N.A.M.

INTRODUCCION

LA AUSENCIA en la doctrina mexicana de un estudio integral sobre el sutil tema del *beneficium competentiae*, el gran número de citas que en la compilación justiniana hacen referencia al mismo, la inclusión o exclusión de esta institución de los códigos vigentes latinoamericanos; serían razones más que suficientes para justificar una monografía sobre dicha temática en nuestro idioma. Sin embargo, debido a la amplitud del tema, nos referiremos en este estudio sólo a algunos aspectos del *beneficium competentiae* reservando para trabajos posteriores las facetas que en el presente dejamos sin analizar. Este estudio, por lo tanto, no pretende ser corona, es sólo raíz para futuras investigaciones.

El *beneficium competentiae*, es el derecho que se concede a ciertos deudores a ser condenados solamente *in id quod facere potest* a través de una cláusula insertada en la *condemnatio* de la fórmula.

Este derecho marca la culminación en la lucha del deudor ante aquella ejecución personal a consecuencia de la *addictio* una vez practicada la *manus iniectio*¹ cuya primera victoria en Roma se señala simbólicamente

¹ Ver CAYO 3, 199, donde se asimila la situación jurídica del *adictus* a la del esclavo; pero del mismo texto, y especialmente de la tabla 3, 4, parece que se le consideraba hombre libre y que la *addictio* no le priva de su patrimonio, y que podía alimentarse de sus propios bienes.

con la *Lex Poetelia Papiria*,² lucha que logra en el futuro no sólo la supresión de la ejecución personal en materia de obligaciones, sino que dentro de la ejecución real por razones de equidad otorga el derecho a ciertos deudores a conservar el mínimo indispensable para su sustento *ne egeat* y por lo tanto sólo se le podrá condenar, repetimos, *in id quod facere potest*.

I. CONCEPTO

Los jurisconsultos romanos llamaron *beneficium* a un provecho o servicio prestado en virtud de un precepto jurídico, a veces en sentido tan amplio que el *beneficium* casi se confundía con el *ius*.³

Por regla general el beneficio es una ventaja que no se basa en un precepto del *ius commune*, sino que es una regla excepcional que se aplica a un grupo limitado de personas, sin ser precisamente *ius singulare*.⁴ La línea de demarcación entre privilegio y *ius singulare* constituye un viejo problema de la romanística moderna, debido en parte a las contradicciones que se encuentran en las fuentes⁵ en la que a veces se clasifican a algunas instituciones como *ius singulare*, a veces como privilegio y en otras como beneficio.

En las fuentes el *ius singulare* se presenta como una norma contraria al sistema, como excepción motivada por una *utilitas* particular.⁶

A partir de la escuela histórica alemana, se definió al *ius singulare* como una institución anómala y si bien se la integró al sistema jurídico, no se le atribuyó precisamente la fuerza generadora normal del derecho,⁷

² Ya antes que en Roma, encontramos que Solón inspirándose en las reformas del rey egipcio Bochoris (aprox. Siglo VIII A. de C.) había prohibido la esclavitud por deudas a través de la *seisachteia* (liberación de todos los gravámenes). Sobre la *Lex Poetelia Papiria* ver: BERGER R. E. supl. 7, 405; Kaser, *Das altrömische Ius*, L949 pp. 247; Kretschmar Z.S.S. 29 (1938) pp. 224; Lühtow Z.S.S. 7 (1950) pp. 154 Z.S.S. 56 (1936) pp. 239; Mitteis Z.S.S. 22 (1901) pp. 96. Maillet, J. *Théorie de Schuld et haftvng*, París. 1941, pp. 130.

³ Véase *Codex Theodosiani* VIII, 18, 9.

⁴ En este sentido también D. 17. 49 sobre los conceptos del *ius commune* y *ius singulare* ver: Bussi E. *Intorno al concetto de diritto comune*. Calasso F. *Medioevo del Diritto*. Orestano An. MC., ii, 1937/Guarino. *Il problema dogmatico e storico del diritto singulare*, *Annuario del Diritto Comparato*, 18, 1946.

⁵ Confrontar D.21.1.2 y D. 9.14. Ver. C.3.33.14 y C.8.40 27.

⁶ D. 1.3.16. Así Paulo de *Ius Sing.*

⁷ SAVIGNY, *Sistema del Diritto romano attuale* (trad. Ital.) Scialoja, 1886, Vol. L. pp. 83, 86.

ambas instituciones tienen por lo tanto vigencia en momentos históricos diferentes, por lo que se sostiene que cuando el privilegio se generalizó dio en muchos casos vida a los *iura singularis*.⁸ Por su lado WINDSCHEID,⁹ tratando de encuadrar la institución desde un punto de vista exclusivamente jurídico, ve en el *ius singulare* una contradicción interna del sistema jurídico; una desviación de la *ratio iuris* del propio sistema jurídico, o un reflejo de cambios de la conciencia social que se anticipa a futuras transformaciones en el sistema jurídico al igual que sucedió con otras instituciones como fue el caso de las obligaciones naturales.

Los escritores modernos, entre ellos GUARINO,¹⁰ sostienen que el problema no es cualitativo sino cuantitativo. Recientemente ORESTANO¹¹ ha considerado el *ius singulare* como el medio para dar una nueva disciplina a ciertos sujetos, relaciones o cosas, que forman parte de una categoría más vasta. Se excluye por lo tanto, en el plano dogmático, la diferencia entre las dos instituciones, se acepta que se debe más a razones históricas que lógicas.¹²

Como sinónimo de privilegio se encuentran en las fuentes el concepto de *beneficium*. Los *beneficia* podían ser de naturaleza normativa,¹³ jurisdiccional¹⁴ o administrativa;¹⁵ y tener como fuente formal leyes,¹⁶ o senadoconsultos,¹⁷ edictos de los magistrados¹⁸ o constituciones imperiales.¹⁹

⁸ Coinciden con esta opinión TAUBENSCHLAG. Z.S.S. LXX, 1953, pp. 277. Pauly WISSOWA. R.E. vol. 23, 1. 1957, pp. 17 y ss.

⁹ WINDSCHEID. *Diritto delle Pandecte* (trad. ital. Fadok e Beria, 1930).

¹⁰ GUARINO, A. op. cit. pp. 7 y ss.

¹¹ ORESTANO, op. cit.

¹² Las síntesis que han servido de base a los puntos expuestos anteriormente, han sido hechas por Melillo GENEROSO en el nuevo Digesto Italiano bajo las voces *ius singulare* y privilegio, y por Gennaro FERRARI bajo la voz *beneficia* de la obra mencionada.

¹³ PAULUS, Inst. 3, 4 a 8 beneficio legis Corneliae.

¹⁴ Codex THEODOSIANI, 2, 4, 5 beneficium imperialium, decreta.

¹⁵ Beneficium abstinendi, D. 29.2.1.

¹⁶ D. 31.1.6.3. En caso que el heredero no responde por la acción exhibitoria. D.35.51.74. En el caso de un usufructo dado a la esposa condicionado a que no vuelva a contraer nupcias.

¹⁷ D.49.14.38.; 16.1.24. en caso de la mujer fiadora.

¹⁸ D.39.2.15.35. en el caso de que deje de poseer por miedo a la ruina, y lo hizo porque no podía repararlo. D.37.16.15.

¹⁹ D.49.14.15, 8. Según una constitución de TRAJANO, en relación con lo que debe restituir el erario. D.24.1.32. En algunos casos de donación, que estableció Antonio CARACALLA. D.36.1.12.

En todos los *beneficia* emanados de las fuentes anteriores se dan ventajas a aquellas personas que se encuentran en una determinada situación jurídica, así operan el *beneficium abstinendi*, el *divisionis* y el *inventarii*, fuera de este contexto, encontramos el concepto de *beneficia* no como un derecho,²⁰ sino como una facultad especial que se concede a una persona determinada, como es el caso del *beneficium competentiae*. Este último vocablo era predilecto de los emperadores postclásicos especialmente de JUSTINIANO, quien lo usa en innumerables constituciones en un sentido abstracto; suficiencia de medios para vivir, por lo que los juristas a partir del siglo XVI llaman a la facultad o privilegio que tiene el deudor de retener una parte de su patrimonio con el fin de poder atender a su subsistencia, *beneficium competentiae*.

Si bien es cierto que el término, en lo que se refiere al derecho clásico, como dice SCHULZ, no debe ser utilizado para evitar confusiones²¹ (quien señala que los textos donde así aparece, son interpolados); la inclusión de la *taxatio id quid facere potest* es indudablemente clásica e implicaba que no se podría ser condenado por más de lo que tenía y que no sufriría por tanto la ejecución personal. Dicha *taxatio* es una introducción al principio de equidad, muy concordante con tantas otras excepciones al *ius commune* que aparecieron en el derecho clásico; que se refleja ya entonces como una institución unitaria, la que encontramos en los diferentes casos de aplicación de la *taxatio id quod facere potest*,²² lo cual está en consonancia con el carácter predominantemente casuístico de las consideraciones de los juristas clásicos. El *beneficium competentiae* o la *taxatio in quod facere potest* en el derecho postclásico consiste en un privilegio dado al deudor en virtud del cual para satisfacer a sus acreedores se le permite que no se despoje de todo lo que posee, sino que se le deje por lo menos, el sustento necesario conforme a su situación social; considerando dicho privilegio por los clásicos sin utilizar este término, como una institución de derecho singular al no condenar *in solidum* con lo cual se evitaba la *bonorum venditio* y por consiguiente la infamia del mismo;²³ las personas que gozaban de dicho beneficio eran:

²⁰ Véase nota 3 de esta ponencia.

²¹ SCHULZ, F. *Classical Roman Law*; Oxford Press, Inglaterra 1961, pp. 460.

²² D.53.4.55. Paulo de Ius Sing. Señala entre los beneficiados al marido, *socio*, ascendiente y al donante.

²³ Medida introducida por la Lex Iulia (seguramente del año 17 a. C.) de *pensione bonorum* para evitar la ejecución que traía como consecuencia la infamia. Sobre *Bonorum Venditio*, figura antecedente del concurso en Der. Mercantil moderno, ver: WLISSAK, R.E. 3, WEISS, R.E. suppl. 6.61. WÖESS, Z.S S. 43, 1923.

1. El donante a quien se reclama el pago de la donación prometida; según un texto de PAULO (Dig. 42.1.1911), en este caso el beneficio se extiende a no ser condenado más que hasta lo que alcance su activo neto, es decir, después de haber pagado otras deudas que pueda tener.

Todos los demás casos versan sobre el activo bruto.

2. El socio a quien se reclama su aportación u otra obligación derivada del contrato de sociedad mediante la *actio pro socio* (POMPONIO, Dig. 42.122; ULPIANO, Dig. 17.2.63 pr.).

3. El marido a quien se pide la restitución de la dote por la *actio rei uxorias* (Cod. 5.13.1,7; MODESTINO, 42,1,20) y, en general, cualquier cónyuge demandado por su cónyuge (MODESTINO, Dig., 42.1.29).

4. El ascendiente demandado por su descendiente.

5. El patrono demandado por su liberto (GAYO, 4,46).

6. El hijo de familia que haya dejado de estar sometido a la autoridad del *pater*, cuando sea demandado en virtud de contratos que concertó durante el tiempo en que estuvo sujeto a la patria potestad, si aún no ha recibido la herencia del *pater* (ULPIANO, Dig. 14.5.2, pr.).

7. El deudor a quien han sido vendidos en bloque sus bienes (*venditio bonorum*), cuando sea demandado de nuevo por los acreedores dentro del año siguiente a la venta, si no ha hecho cesión de bienes (Cód. 7.75,6); y en el caso de que haya hecho esta cesión, posee el beneficio de competencia en cualquier época en que sea demandado (Instituciones de JUSTINIANO, 4.6.40).

8. Los militares (ULPIANO; Dig. 42.1.6 pr. 18) y Inst. 4,6,38.

9. JUSTINIANO, mediante una interpolación realizada en el texto de PAULO, Dig. 50 17, 1, 73 pr; que reproduce el del propio PAULO, Dig. 42.1.19.1, extiende el beneficio que este último concedía al donante de no ser condenado más que al monto de su activo neto (v. caso 1) a toda clase de deudores que poseyeran el *beneficium competentiae*.

Conceptualmente el *Beneficium competentiae* puede enfocarse de dos maneras:

a) B.C. subjetivo²⁴ que se manifiesta en la jurisprudencia clásica al través de la condena para no aniquilar la existencia del deudor, ya que de cumplir con la obligación contraída, el deudor pondría en peligro los medios de subsistencia a que él está habituado (de acuerdo a su rango social) y,

²⁴ D. 17.1.3. pr. En el caso de que la causa del mandante mejore.

b) B.C. objetivo²⁵ de acuerdo con el cual el legislador, sin mirar el contenido de la obligación sustrae determinados inmuebles a la ejecución del acreedor, y ello, por razones de índole social.

Los motivos para otorgar el B.C. (sobre todo del subjetivo), pueden ser diferentes, pero destacan indudablemente consideraciones de equidad, por lo que si bien podía competir al deudor en virtud de disposiciones legales o en virtud de un pacto celebrado con el acreedor el establecimiento de su aplicación, la exclusión del B.C. no podía pactarse.²⁶

El cómputo del B.C. podía hacerse de dos diferentes maneras:

a) tomando en consideración la situación económica del demandado después de la deducción de sus demás deudas, o bien,

b) tomando en consideración la situación económica de los bienes que el deudor poseyera en el momento de obligarse.

La diferencia en la práctica, como observa LITEWSKY²⁷ será muy grande según se utilizara uno u otro sistema.

Si se adoptaba el punto de vista, según el cual al computarse el beneficio de competencia, las deudas no debían deducirse, podría acontecer que el acreedor que debía reclamar únicamente *id quod facere potest* quedara completamente satisfecho, si bien el patrimonio neto del deudor fuera inferior al crédito. Si se presentaban acreedores frente a los cuales el deudor no tenía el beneficio de competencia, dichos acreedores en virtud de la incapacidad de pagar del deudor, podrían llevar a cabo la ejecución personal que traía consigo aparejado la infamia. De acuerdo con ello, el privilegio del deudor podía en muchos casos ser ilusorio. Desde luego, la situación era diferente cuando se aplicaba el principio de la deducción de deudas. En este caso el acreedor obtenía un fallo sólo dentro de los límites del excedente del activo del deudor sobre el pasivo. Las ventajas fundamentales que se derivaban del beneficio de competencia son, a saber: la evitación de la ejecución personal y la de la infamia. El derecho justiniano adoptaba el primer sistema que por regla general no admitía la deducción de deudas al computarse el beneficio de competencia.

La regla general (excepto en el caso del donante y también con sus excepciones) estableció que las deudas no debían deducirse.

El B.C. tenía carácter personal, esto significa que competía únicamen-

²⁵ CODEX, Theod. 11. 30. 1. C.8.16.7.

²⁶ D. 24.3.14.1; en el que se niega que se deba cumplir el pacto de rechazar la cláusula *in id quod facere potest*.

²⁷ LITEWSKY. *Das beneficium Competentiae*, Studi in onore E. Volterra. IV, pp. 483 y ss.

te al deudor facultado para ello y no a otras personas, como por ejemplo herederos, fiadores, etc.²⁸

Sin embargo, la pandectística alemana²⁹ analiza algunos casos en los cuales compete el B.C. al *filius familias*; cuando se le citaba en vida del padre y se consideraba válidamente que podía pagar; a saber:

a) Cuando estaba emancipado o de cualquier otro modo liberado de la patria potestad y el padre lo había desheredado.

b) Cuando el *filius familiae* se había liberado de la patria potestad.

c) Cuando el padre lo había gravado de un fideicomiso universal y el *filius familiae* había sido obligado a la aceptación y a la cesión, de modo que se había quedado sin nada, o bien

d) Cuando el padre lo había instituido heredero solamente en mínima parte.³⁰

En todas estas ocasiones, la acción contra el deudor debía tener lugar solamente *in id quod facere potest*. En estos casos el deudor no debía deducir lo que debía a otros acreedores frente al acreedor que había actuado primero, ya que la ley tenía como objetivo beneficiar al deudor y no a los acreedores.³¹

Sin embargo, si el *filius familias* pagaba sin hacer uso del B.C. no cabría el querer hacer uso de él posteriormente. Si por el contrario el juez por ignorancia de derecho había condenado al deudor a pagar la deuda íntegra, el *filius familias* podía hacer uso de la excepción de dolo contra la ejecución.

II. ASPECTO PROCESAL EN EL DERECHO ROMANO

Sabido es que el Derecho romano antiguo, conoció muy pocos negocios de los cuales emanaba la *haftung*, pero en los que sí reconoció,³² la responsabilidad era ilimitada y traía aparejada de inmediato la ejecutividad.

Así, la finalidad de la *legis actio per manus iniunctionem*, posiblemente

²⁸ D. 17, 2, 6, 8; D. 24, 8, 12, 1; D. 42, 1; 24; D. 17; 2; 63 2.

²⁹ GLUCK, F., *Comentario ala pandette*, Milano, L. XIV, XV. pp. 99 y ss.

³⁰ Hay diversidad de opiniones entre los comentaristas respecto de si la mínima parte equivalía en este caso a la *portio legitima*.

³¹ D. 49.2.1.3; D.49.4.1.3., que se refiere al caso en que se pierde el beneficio de apelación.

³² NEXUM, *legado per damnationes*, etc. Ver la Orsa, F. *La actio iudicato nel diritto romano classico*. Edit. Giuffré. 1963.

la más antigua del procedimiento de las *legis actiones*³³ era obtener para el demandante la autorización de parte del magistrado para ejecutar y llevar a la práctica sus derechos sobre la persona del deudor sin necesidad de sentencia previa que constara su existencia.

En el procedimiento formulario no se admitía la ejecución sin la previa acción y sentencia, y la *condemnatio* debía ser pecuniaria.³⁴ En aquellos casos en que la ejecución pareció excesivamente dura se limitó la responsabilidad del deudor, insertando en la fórmula una *taxatio*³⁵ *dumtaxat*, para evitar la ejecución en la persona y en el patrimonio con el consiguiente deshonor y perjuicio que de éste derivaban. Al elaborar la fórmula³⁶ el pretor en virtud de su jurisdicción³⁷ podía incluir en la *condemnatio* el *in id quod facere potest* tanto en los *fidei iudicia* como en los *stricti iuris*³⁸ dándole al juez cierta amplitud para determinar el *quantum* de la condena. El procedimiento al otorgarse el *beneficium competentiae*, circunscribía con la *aestimatio*³⁹ al *iudex* respecto de los bienes del deudor y lo condenaba únicamente dentro de los límites de aquél.

³³ Hay dudas sobre si la más antigua sea la *legis actio sacramento*. Ver *Historia del Derecho Romano*, VON MAYR. P. 2a., Madrid, 1930 I, pp. 132 quien presenta una síntesis sobre dicha discusión.

³⁴ GAYO, 48. Esta extraña regla que no se sabe cómo ni cuándo se originó, dominó durante siglos el procedimiento romano dando como resultado que el acto no quedara plenamente satisfecho en muchos casos si lo que realmente se deseaba era obtener una determinada prestación o trataba de lograr la restitución de su propio caso. El caso de la condena pecuniaria plantea múltiples aspectos aún no resueltos. Sobre el tema ver KELLER. *De la procedure civile et des actions chez les romains*, traducción del alemán por Capmas, 1870. p. 82. VON LUTTOW, *Zur Nexumproblem*. Z.S.S. 68 (1950) pp. 112 LEVY, E. *Die Enteignung des Klagers in Formularproz.* Z.S.S. 42. 1921. 476.

³⁵ La *taxatio* es el establecimiento del máximo a que puede ser condenado el deudor. Ver. R.E. KASSER, 5a. LEVY, Z.S.S., 36. 1915. p. 64.

³⁶ Elemento clave para la comprensión de muchos principios sustanciales del derecho civil, entre ellos el *beneficium competentiae*. Sobre el documento de la fórmula introducido por la *Lex Aebutia* y extendido posteriormente por la *Lex Iulia Iudiciorum Privatorum*; Ver: WENCER, R.E. 6, KÜBLER, Z.S.S. 16 (1895) p. 137; ARANCIO RUIZ, *Iura I*, (1950) p. 15; ALVAREZ SUÁREZ U. *Curso de D. Romano I*, Madrid, 1955; pp. 316 y sgts.

³⁷ Sobre los conceptos de *Jurisdictio*, *imperium merum* e *imperium mixtum*. Ver SHEEDY A. *Bartolus and Social Conditions*. New Press, 1942.

³⁸ Así opina, entre otros, LEVY en Z.S.S. p. 62. Nosotros estamos de acuerdo con él. Otros autores discrepan y la limitan a los *bonae fidei*, como SOLAZZ S., lo que estaría en contradicción con D. 12. 3. 5. 1.

³⁹ Sobre *AESTIMATIO*, Ver; ORESTANO, *An. Cam.* 10 (1936) 227, SIBER, Z.S.S. 65 (1947) 1.

Al través de la *condemnatio* vemos cómo, si bien el *iudex* era completamente libre para procurarse a sí mismo un convencimiento sobre los casos sometidos a su juicio y libre por la fórmula *sibi non liquere*⁴⁰ para dar o no respuesta al caso puesto a su consideración, pierde esa libertad en lo que respecta a las consecuencias que del juicio mismo se debían derivar.

Debemos hacer notar que la *condemnatio*⁴¹ tenía fuerza ejecutiva.

Hecha la *aestimatio* por el *iudex* que debía tomar en consideración para la cuantía no solamente lo que necesitaba para subsistir el deudor sino también a las personas a quienes estaba obligado a propiciar sustento; a saber: la mujer y los hijos. El deudor podía interponer un recurso si la evaluación le parecía incorrecta ya se tratara, según él, de un error de hecho o de derecho. Así también el deudor que pretendía el B.C. debía con el mismo a sí mismo, interponer el recurso durante el procedimiento de ejecución, haciendo uso de la *exceptio doli* opuesta a la *actio iudicati*. Esta *exceptio* se admitía pese a la concesión del *beneficium competentiae*, que debemos señalar, estaba a disposición del deudor solamente, durante un año después de la *venditio bonorum*. El juez podía negarse a aceptar el juramento (en los juicios que lo admitían del deudor) o limitarlo mediante la fijación de un tope.⁴²

En el procedimiento extraordinario la ejecución se dirigía normalmente contra el patrimonio del demandado por lo que tenía un carácter patrimonial y, debido a la ampliación que sufrió en esta etapa el concepto de excepciones, se perdieron las diferencias que existían en el procedimiento formulario entre ellos y los demás medios de defensa del demandado.⁴³ Así el B.C. otorgaba una excepción dilatoria, no perentoria. Por lo tanto, si el deudor adquiría mejor posición económica, debería pagar a aquellos acreedores a los cuales opuso la *exceptio* del B.C. El acreedor

⁴⁰ Tanto los jueces de un collegium como el unus iudex pueden declarar bajo juramento, "que no ven claro en el asunto". D. 42.1.36.

⁴¹ Según algunos autores no derivaba de la *actio iudicati* en sentido técnico. Así LA ROSA op. cit. p. 96. (en sentido opuesto ALVAREZ, S. op. cit. p. 470). De la *actio iudicati* derivaba la *addictio* del deudor.

⁴² Sobre el juramento romano, ver ZOLTAN MEHÉZ. *Juramento Romano*. Editorial Omeba, 1963.

⁴³ Opinión contraria es la de VON WOESS, op. cit. quien considera que la ejecución personal en esta época constituye el modo normal de ejecución, con preferencia incluso sobre la patrimonial. GLUCK, F. Op. cit. De pactis L. 5 pr. Sobre diferencias entre *exceptio* y B.C. ver: D. 16.1.17; D. 44, 1, 22; D. 44.17; pr. D. 46.2.23.

podía lograr lo anterior, exigir una *cautio*.⁴⁴ El *beneficium competentiae* reiteramos, no es un modo de extinción de obligaciones, reduce sólo la condena, pero al través de su evolución pasa de ser un límite a la ejecución forzosa (derecho clásico) a un verdadero derecho de los alimentos adecuados a la condición social (derecho justiniano).

Por lo que sin hacer negatorios los intereses del acreedor se supraordina la dignidad de la persona sobre los intereses de carácter patrimonial. Nivelando ambos intereses de carácter patrimonial, para evitar colisiones, el B.C. difiere el pago al acreedor, no lo cancela. Por lo tanto la regla excepcional como la general se constituyen lo más cerca de la *aequitas*. En esta institución se halla el concepto de equidad, válvula de escape del derecho positivo, como sustancia y finalidad del propio derecho.

III. RECEPCION EN LA LEGISLACION MEXICANA

Durante el México novohispánico, a pesar de que el derecho castellano era supletorio del derecho indiano,⁴⁵ la materia de obligaciones se rigió por el Fuero Juzgo, Fuero Real, y sobre todo por las siete partidas y la Novísima Recopilación.⁴⁶

De las disposiciones emanadas de esas leyes se desprende la tendencia, a través de privilegios, de mitigar el rigor contra los deudores, a fin de evitar el encarcelamiento por deudas civiles. Este privilegio, exclusivo de algunas personas: *beneficium competentiae*, posteriormente se amplió a toda persona que ejerciera algún arte u oficio. Quedando exceptuados los vagos (P.1.6.23). Así privó el principio de que por deudas civiles a nadie puede aprehenderse (N.R. 1238, 25); principio que pasó a la constitución de Cádiz de 1812, al decreto de las Cortes del 11 de septiembre de 1820 restablecido el 30 de agosto de 1836.

Gozan del B. C. en el derecho novohispánico:

⁴⁴ GLUCK, F. op. cit. De peculio. L. 47. 2. Esto sin embargo no podía exigirse cuando el deudor desde el principio no era llamado a juicio por el total como en el caso de la actio de Peculio.

⁴⁵ Derecho indiano, es el derecho expedido por las autoridades españolas peninsulares para regir en el territorio de las indias occidentales (América). Ver GARCÍA GALLO. *Metodología de la Historia del Derecho Indiano*. Ed. Jurídica, Chile, 1975, pp. 18-20.

⁴⁶ El orden de prelación de estas leyes quedó consolidado en la recopilación de las leyes de los Reinos de las indias. R.L.2.1.2.

a) El marido, para la devolución de la dote en caso de divorcio, en este caso el juez determinaba cuánto era lo que podía devolver (P.4.11.32).

b) El que hacía donación entre vivos (P.5.44); debía además tenerse presente la ley 69 del Toro que equivalía al lib. 10, tit. 7, Ley 2a. de la N.R. (que prohibía la donación de todos los bienes; aunque sólo fueran los presentes).

c) El socio deudor (P.5.10.15), en cuyo caso el juez debía hacer notar que si posteriormente aumentaba su patrimonio debería pagar al socio(s) acreedor(es) lo que les dejó de pagar (P.5.15.1).

d) El ascendiente, el descendiente, el marido y la esposa.

Se advierte que el beneficio de competencia era personal y así no gozaron de él, los fiadores⁴⁷ (si los hubiera), los herederos de los deudores, a excepción de los herederos del marido, a los cuales aprovechaba en el caso de que fueran hijos de quienes se pedía la dote de su madre.

La partida 5.15.2. establecía que después de hecha la cesión de bienes, el deudor insolvente sólo podía ser emplazado de nuevo, si adquiría tal fortuna que le alcanzase para pagar a todos sus deudores o parte de ellos y que le quedare a él lo suficiente para vivir.

Como es sabido la proclamación de la Independencia no surtió el efecto fulminante de acabar con la vigencia de las leyes españolas en México. Así, siguieron rigiendo en el país la Nueva Recopilación, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas.

El primer Código Civil Mexicano, fue el de Oaxaca⁴⁸ de 1828-29, que no hace preferencia al B. C. Este privilegio cesa expresamente en materia eclesiástica en la ley sobre la libertad de cultos expedida en Veracruz el 4 de diciembre de 1860.⁴⁹ Se priva a los clérigos del B. C., pero sus libros,

⁴⁷ Bart. de re Judic.

⁴⁸ Debido a que nuestro país es una República Federal cada uno de los Estados que la constituyen tiene la facultad para dictar sus propios códigos, por lo que encontramos en materia civil codificaciones estatales y un Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

⁴⁹ El art. 14 dice: "cesa el privilegio llamado de competencia, en cuya virtud podían los clérigos católicos retener con perjuicio de sus acreedores una parte de sus bienes. Pero si al verificarse el embargo por deudo de los sacerdotes de cualesquiera cultos, no hubiese otros bienes en que conforme a derecho no pueda recaer la ejecución si no es algún sueldo fijo, sólo se podía embargar éste, en la 3a. parte de sus rendimientos periódicos. No se considerarían sometidos a secuestro los libros del interesado, ni las cosas que no posea pertenecientes a su ministerio, ni los demás bienes que por punto general exceptúan de embargo las leyes. Ver. p.5.6.13. ley 3 N.R. 4, 5, 3, Febrero Mexicano. Tomo 5,5 tit. 3, capt. 3 n. 47.

las cosas pertenecientes al monasterio y los demás bienes de las leyes consideren inembargables mantienen esta categoría.

Esta ley, creemos, es la piedra angular que nos ayudará a comprender el rechazo del término B. C. en las futuras legislaciones mexicanas, debido como es sabido al espíritu anticlerical y liberal de nuestras codificaciones, que con base a esa supresión del B. C. a los clérigos, la ampliaron a los demás casos que numeraban las leyes españolas y si bien conceptualmente la encontraremos en futuras disposiciones (como veremos más adelante) con el nombre de B. C., este derecho aparecerá sólo esporádicamente hasta desaparecer definitivamente.

La historia de nuestra codificación civil federal arranca del proyecto que Juárez en 1861 encarga hacer a Justo Sierra, en este proyecto curiosamente se incluye el B. C., con este nombre, en el art. 1197 que a la letra dice: En virtud del B. C. el deudor tiene el derecho de que se le deje lo necesario para subsistir honradamente, según sus circunstancias. Es de hacer notar que un año antes en una de las leyes de Juárez se había eliminado el B. C. para los clérigos. Este proyecto debido entre otras vicisitudes a la ocupación francesa, no tuvo vigencia en el Distrito Federal, pero sí la tuvo en Veracruz.

En el Proyecto del Código Civil de Zacatecas 1829 en el capítulo sobre la cesión de bienes, en el art. 1027 fracc. 3a. y en el 1028 otorga el B. C. a los socios ascendientes, cónyuges, donador, como lo otorgaba el derecho romano y el derecho español, sin llamarle técnicamente B. C. Como privilegio personal de clase, cesa el B. C. en materia militar a partir de las circulares de 6 y 10 de enero de 1863.⁵⁰

El 13 de diciembre de 1870 se promulgó el primer Código Civil para el Distrito Federal y Baja California, que a pesar de estar inspirado en gran parte en el Proyecto para un Código Civil Español (1852)⁵¹ que acepta el B. C. nuestro ordenamiento guarda silencio al respecto. Así el mencionado Código inspirador, una de nuestras "musas mayores", en el art. 1150, al señalar los efectos que la cesión de bienes produce, agrega: "en virtud del B. C. el deudor tiene derecho de que se le deje lo necesario para vivir honestamente según su clase y circunstancias.

Cabe hacer notar que en ese proyecto el B. C. se encuentra todavía ubicado dentro de la cesión de bienes, donde debe estar, y no dentro del capítulo de extinción de obligaciones como lo encontramos actualmente en algunos códigos; debe recalcar también que si bien se estableció en el

⁵⁰ Colección publicada por la imprenta del gobierno.

⁵¹ Ver concordancias al Código Civil Español hechas por GARCÍA GOYENA (11).

Código español con un criterio “clasista”, es a la vez general ya que no dispone un catálogo, sobre de quienes lo gozan. El párrafo que comentamos referente al B. C. que está conforme que las disposiciones de la partida 5a. tit. 15 leyes 1, 374, y 5 que a su vez concuerda con las citas 1, 17, 1, 37 y 1, 7, 71 y 1, 4 y 7 entre otras, se incluyó en el citado código español porque “se creyó humano y político mantener este beneficio introducido por el Derecho Romano...”

La otra “musa mayor” que inspiró a nuestros legisladores del comentado Código de 1870 fue el Código Civil Francés, que marca categóricamente la desaparición del B. C. en él, no solamente se guarda silencio sobre la institución sino que en uno de los discursos hechos por Jaubert al comentar el art. 1270 dice: “el código Francés ha rechazado este beneficio, por los motivos que pueden verse en el discurso 60 sobre el art. 1270, a saber, la justicia estudia que asiste a los acreedores, y el temor de provocar fraudes por parte del deudor, asegurándole el goce de los bienes adquiridos posteriormente. Más aún dejando parte de las consideraciones de la humanidad por la desgracia inculpable, los acreedores tienen interés en que el deudor trabaje para reparar sus descalabros, y ¿qué estímulo...?”

Basándose en el mencionado discurso y en la no inclusión en el Código Francés, del B. C., podemos concluir que fue por inspiración de la musa francesa y haciendo a un lado la musa española (en lo que a esta institución se refiere) que no se incluyó este beneficio en nuestro código de 1870.

El segundo código federal, también de tipo clásico, el de 1884, sigue en la mayor parte de las instituciones a su predecesor.

El Código Civil de 1929 (vigente) de tipo liberal, no incluye el B. C. tampoco con esa terminología pero sí determina en los artículos 321 y 727 el derecho de recibir alimentos como un derecho inalienable, y establece el patrimonio de familia como inembargable, y en el art. 2964 señala que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones, con todos sus bienes, con excepción de aquellos que conforme a las leyes son inembargables, es decir, remite al Código Procesal, lo referente a los bienes que el deudor necesita para vivir en caso de volverse insolvente.

Tanto la primera ley procesal importante, expedida por Comonfort el 4 de mayo de 1857, como el Código de Procedimientos civiles del 15 de agosto de 1872 se basaron preponderantemente en la ley de enjuiciamiento civil español de 1855.⁵²

⁵² Partidas, Nov. recopilación, Curia Filípica, Part. 2.16 entre otras.

Mientras que las leyes españolas anteriores a la de enjuiciamiento⁵³ contenían un catálogo muy amplio de bienes inembargables, esta ley, las reduce en su enunciado, señalando en su exposición de motivos que lo ha hecho así por no ver en esas excepciones mas que modos de eludir al pago de deudas legítimas. Así el art. 951 dice: “no se causarán nunca embargos en el lecho cotidiano del deudor, su mujer e hijos, en las ropas del preciso uso de los mismos, ni en los instrumentos necesarios para el arte u oficio a que el primero pueda estar dedicado”.

En el segundo párrafo agrega categóricamente “ningunos otros bienes se considerarán exceptuados”. Esta ley suprime las casas y camas nobles y bienes de mayorazgo, por considerarlos acertadamente, privilegios personales de él, se salva de embargo por lo tanto lo que es absolutamente necesario para que el hombre pueda continuar con su actividad y trabajo personal con objeto de procurarse la subsistencia propia y la de los que de él dependen.

A pesar de que la ley que comentamos no contiene ninguna disposición sobre el B. C., los comentaristas consideraron que la misma, dejaba en pie las disposiciones del derecho civil sobre la materia,⁵⁴ pero que como hemos dejado establecido en líneas anteriores, fue suprimido en nuestros códigos mexicanos, según creemos por las razones ya aducidas hasta reducirse en la legislación civil vigente al derecho de recibir alimentos y al patrimonio familiar. Por lo que respecta a nuestras normas procesales vigentes, atendiendo a la naturaleza del crédito o derecho del ejecutante, ya sea por razones de finalidad social o de respeto a la personalidad⁵⁵ como dice CARRERAS, encontramos ciertas excepciones que restringen la embargabilidad.

Nuestro Código Procesal Civil del Distrito y Territorios (vigente desde 1932)⁵⁶ en el art. 544 señala un catálogo de los mismos que incluyen el patrimonio familiar, sueldo y salarios, derechos reales, etc., que como objetivo favorecen la agricultura, las ciencias, la industria, etc., según su caso o por motivos de equidad para evitar que el deudor quede en un estado en

⁵³ La ley de enjuiciamiento Civil de 1855 fue el cimiento de casi toda la legislación procesal hispanoamericana (excepto la de la República Dominicana que tiene ascendencia francesa).

⁵⁴ ALARCÓN MATEOS. *Lecciones de Der. Civil*, considera que el beneficium competentiae es un juicio universal por lo que debe ser regulado por los códigos procesales.

⁵⁵ Así Jorge CARRERAS, “El embargo de bienes”. Edit. J. Bosch, Barcelona, 1957, pp. 18 y sgts.

⁵⁶ Debido a nuestro régimen constitucional, la legislación procesal civil que se aplica en el Distrito Federal, es distinta a la que tiene aplicación en materia federal regida actualmente por el Código de Procedimientos Civiles del 31-XL-1948 que derogó al de 1908 que sustituyó al primer código federal que hubo de 1897.

que no pueda atender a su subsistencia. Pero junto al precepto que señala cuáles bienes deben ser exceptuados de embargo encontramos el art. 545 y el 765 del mismo ordenamiento en los que ya no con un carácter objetivo general, sino subjetivo y en casos muy especiales se ve un intento de mantener el B. C., que a la letra dicen: "El deudor sujeto a patria potestad o a la tutela, el que estuviese físicamente impedido para trabajar y el que sin culpa carezca de bienes, o de profesión u oficio, tendrá alimentos que el juez fijará, atendidas las circunstancias del demandado y el art. 765, que se pronuncia en el mismo sentido siempre que el deudor sea de buena fe y el valor de los bienes exceda el importe de los créditos.

Ambos ordenamientos que tienen sus antecedentes en los arts. 1027, 1693, 1694 y 1695 del Código Civil de Procedimientos Civiles de 1884, como el art. 117 de la Ley de Quiebras y Suspensiones de Pago de 1943, que a la letra dice: el juez con vista del informe del síndico y de la intervención decidirá sobre la concesión, duración y cuantía de una pensión alimenticia para el quebrado y su familia... consagran el B. C., claro está sin este término, para casos especiales.

IV. LEGISLACION LATINOAMERICANA COMPARADA

Si bien es cierto que el Estado debe asegurar al acreedor perjudicado la necesaria protección, no puede por razones sociales fácilmente comprensibles, privar al deudor responsable incluso de los bienes esenciales que necesita para subsistir.

El B. C. (aunque sólo para casos excepcionales) tuvo desde el derecho romano clásico, esa misión: la de protección al deudor, *favor debitoris* que aumenta en el derecho justinianeo.

Pero al lado del B. C. subjetivo, se fueron creando una serie de instituciones que mediante sucesivas reformas legislativas se han ido estableciendo en los diversos países con esa finalidad.

Dentro de esas medidas, la más eficaz ha sido la declaración de inembargabilidad total o parcial de ciertos bienes,⁵⁷ que con un criterio objetivo y obedeciendo a motivos de utilidad pública (favoreciendo a las ciencia, industria o agricultura) o a motivos de equidad (para evitar la indigencia en el deudor) han establecido taxativamente los códigos procesales

⁵⁷ CARRERAS Jorge. *El embargo de bienes*, Edit. J. Bosch. Barcelona, 1957, pp. 185 y sgts.

modernos. Dentro de ese conjunto de preceptos, encaminados al mismo propósito, se encuentran los que nos permiten distinguir el patrimonio valor de patrimonio garantía, este último por ser más elástico, tratando de sustituir al primero, que es más riguroso. Por estas consideraciones el B. C. no se encuentra en la mayor parte de los Códigos vigentes ¿Estará destinado a desaparecer, como pretenden algunos autores que lo están las obligaciones naturales en las próximas reformas legislativas?

Siendo uno de los objetivos del 1er. Congreso Latinoamericano de Derecho Romano la posible unificación legislativa en materia de obligaciones, fue el B.C., una de las instituciones discutibles, no sólo por el mantenimiento o supresión del mismo; sino también por el cambio terminológico (que no es precisamente romano⁵⁸ y que se confunde con el de capacidad, aptitud legal, jurisdicción etc.) y por último se vio si dentro de una estricta técnica legislativa (en caso también de decidirse por su mantenimiento) debía suprimirse del capítulo de extinción de obligaciones, (aunque es en esta materia donde sobre todo se manifiesta el *javor debitoris*), como lo contienen los códigos latinoamericanos que aún lo conservan, o pasarlo al capítulo de ejecución de la sentencia de los Códigos Procesales, como lo contiene el Código Procesal Mexicano en su art. 445 (sin el nombre de B. C.).

Entre los códigos civiles latinoamericanos que mantienen el B. C. se encuentran:

- a) el chileno en los arts. 1625 a 1627.
- b) el argentino (que reconoce como antecedente al chileno) en los arts. 779 y 800.
- c) el uruguayo en los arts. 1494 a 1496.
- d) el colombiano en los arts. 1684 a 1686.
- e) el ecuatoriano art. 1615.

Entre los códigos civiles latinoamericanos que lo han suprimido, podemos citar:

- a) el Código costarricense,
- b) el dominicano y
- c) el mexicano.

Los códigos mencionados que contienen el B.C. señalan en un elenco a las personas que lo gozan, incluyendo entre ellas, a los ascendientes, des-

⁵⁸ Corpus Iuris Secundum XV. N. Y., 1939, Corpus Iuris XII N. X., 1917, Esriche. Competentia en el latín medieval significaba suficientes medios para vivir.

endientes, cónyuges, socios, donante, al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes; elenco que coincide más o menos con el que consideraba el derecho romano.

Como vemos los 3 primeros en que opera el B.C., son los mismos que sirven de base para la prestación de alimentos que contienen todas nuestras codificaciones.

En lo que respecta a los socios, creemos, ha perdido en la actualidad su razón de ser, ya que el concepto de *fraternitas* no se encuentra en mayor parte de las sociedades modernas. Lo referente al donante se ve protegido en los casos de revocación por ingratitud, debiendo además tener en cuenta que las donaciones sólo son válidas cuando el donante se reserva el usufructo o una porción para subvenir sus necesidades.⁶⁰

Sin embargo, a pesar de todas las medidas que han adoptado algunos códigos (la mayor parte con un sentido objetivo) para que la figura del deudor no se vea mermada en su integridad se observan algunos casos en los que la dignidad del hombre se puede ver lesionada y en las que el principio de *humanitas* (que debe estar presente en todos los campos del derecho) debe dejar oír su voz.

Tal es el caso del deudor sujeto a patria potestad o tutela, el que estuviere físicamente impedido para trabajar y el que sin culpa creemos, carezca de bienes, de profesión u oficio, debe tener, creemos, alimentos, el juez fijará, atendidas la importancia de la demanda y de los bienes y la circunstancia del demandado, lo que a la letra señala el art. 545 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios. Este artículo colocado inmediatamente después del 544 que señala el catálogo de bienes inembargables, hace la excepción *ius singulare* con carácter subjetivo, sin llamarle *beneficium competentiae*,⁶⁰ sin hacer diferencias por motivos familiares, de clase o liberalidad, sino solamente toma en cuenta la protección jurídica que necesita el deudor frente al acreedor y al Estado para preservar su dignidad humana, cuando ha obrado de buena fe.

⁵⁹ Así el Código Civil Mexicano para el Distrito y Territorios Federales, art. 2347 que coincide con el 1800 del Código Argentino.

⁶⁰ Como señalamos en líneas anteriores por una extensión de supresión de la institución en materia eclesiástica y por motivos políticos este tecnicismo desapareció de nuestra legislación.