

Causas que pueden disminuir el importe de la condena.—Compensacion.

La condena puede no ser en la totalidad de la cosa debida por varios motivos.

Desde luégo esto es una consecuencia de la compensacion que expone Modestino: «*Debiti et crediti inter se contributio*», y cuya utilidad y fundamento explica Pomponio en estas palabras: «*Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere*».

Hay que distinguir bien bajo el sistema formulario, tres especies distintas de compensacion:

1.º La compensacion de las acciones de buena fe, que tiene lugar sin intervencion del magistrado ni concesion especial, para las obligaciones procedentes de la misma causa (*ex eadem causa*), áun de objetos distintos (*ex dispari specie*), y cuyo efecto es dar al juez la facultad de no condenar al demandado más que al pago del resto:

2.º La compensacion de las acciones del *argentarius* ó banquero, traficante en dinero, que debe verificarse por el *argentarius* mismo, y que tiene lugar para las obligaciones procedentes de causas diversas (*ex dispari causa*), mas para objetos de la misma naturaleza y fungibles (*ex pari specie*), y cuyo efecto es hacer decaer de su derecho por causa de plus-peticion al *argentarius* que ha descuidado hacerla él mismo en la demanda:

3.º La compensacion en las acciones de derecho estricto intentada por todos, que no se opone sino por medio de una excepcion de dolo, que tiene igualmente lugar en las obligaciones procedentes de causas distintas, mas por objetos de la misma especie y fungibles (*ex pari specie, et dispari causa*), y cuyo efecto es hacer perder el derecho á consecuencia de la justificacion del dolo al demandante que no la ha hecho por sí, ó propuesto por un *proscriptor*, ó que ha rehusado ántes de la *litis contestatio* tomarla en consideracion.

Unas y otras, por lo demas, cuando se admiten, obran *ipso jure*, en el sentido de que tienen un efecto retroactivo, que se refiere, para calcular el resto, al instante mismo de la coexistencia de ambos créditos recíprocos.

Justiniano suprimió la necesidad de la excepcion de dolo, y por consiguiente, generalizó é hizo comun á todos lo que habia tenido lugar ántes, especialmente para los *argentarius*. Pero al dar esta aptitud á la compensacion, que se verificaba ántes *ex dispari causa et pari specie*, exige ademas que ambos créditos fuesen ciertos (*jure aperto*) y líquidos (*cum causa liquida*). Quiso tambien, por respeto á la fidelidad debida al depósito, que no pudiese tener lugar la com-

pensacion en la accion *depositi*. Por otra parte, á consecuencia de la abolicion de las fórmulas y de las reglas sobre la caducidad, es el juez el que, no haciéndolo el demandante, hace la compensacion y disminuye la condena.

Condena in id quod facere potest, ó, segun la expresion de los comentadores, beneficio de competencia.

En ciertos casos se ha concedido al deudor la ventaja de no poder ser condenado sino en lo que sus facultades le permitan (*in id quod facere potest*), lo que por interpretacion de la jurisprudencia lleva consigo la idea de que se le deje lo suficiente para no ser reducido á la última miseria (*ne egeat*).

En el sistema del procedimiento formulario hacia saber el deudor esta ventaja bajo forma de restriccion puesta á la condena, *duntaxat in id quod facere potest* CONDEMNA, y en consecuencia, los romanos le daban el título de *exceptio quod facere potest*. Los comentadores la designan con el nombre bastante bárbaro de *beneficio de competencia*.

Compete este beneficio á los ascendientes perseguidos por sus descendientes; á los hermanos entre sí; al patrono, su mujer, sus hijos y descendientes demandados por sus libertos; á los esposos entre sí; á los socios, procediendo uno contra otro por la accion *pro socio*; al donante atacado por el donatario en cumplimiento de su donacion; habiendo de particular en este caso que el patrimonio se calcula en él, deducidas las deudas, del donante respecto á los demas acreedores, para que el donatario no se aproveche de la libertad sino despues de pagadas las deudas (*et quidem is solus deducto aere alieno*); al que hace cesion de bienes y á otros varios.

TITULUS XIII.

DE EXCEPTIONIBUS.

Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. Sæpe enim accidit ut, licet ipsa persecutio quo acto experitur justa sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur.

TÍTULO XIII.

DE LAS EXCEPCIONES.

Despues de las acciones deben examinarse las excepciones, las cuales se dan como medio de defensa á aquellos contra quienes se dirige la accion. Sucede, en efecto, muchas veces que la accion del demandante, aunque fundada en derecho, es injusta respecto á la persona atacada.

Hemos indicado ya el origen y la naturaleza de las excepciones

entre los romanos, las cuales fueron una consecuencia natural del procedimiento por fórmulas y de la division de las funciones judiciales entre el magistrado decidiendo el derecho, y el juez decidiendo el negocio. Su verdadero carácter no existe en toda su integridad, no se comprende bien más que en este sistema. Ya en tiempo de Justiniano se desnaturalizó este carácter, porque el procedimiento por fórmulas no estaba en uso: así, pues, nos veremos precisados á referirnos incesantemente al sistema de las fórmulas para explicar bien las excepciones.

El magistrado encargado de decidir el derecho, ó segun la expresion consagrada, encargado de la jurisdiccion, por lo regular el pretor, cuando se le pide la accion, y en consecuencia, la fórmula que debe arreglarla con remision ante el juez, debe tener, ya que negar, ya que conceder esta accion. Debe negarla, si segun las reglas del derecho no existe accion; es decir, si segun las reglas del derecho, los hechos alegados, aun teniéndolos por ciertos, no constituyen una obligacion, no producen accion; ó bien si la accion ha cesado de existir y se ha extinguido en derecho. Esta cuestion de saber si hay accion ó no la resuelve sólo el magistrado. Si no da accion, todo queda concluido; no ha lugar á defensa ni á ninguna excepcion, y no se va ante el juez.

Si, por el contrario, da la accion, entónces extiende la fórmula acomodándola á las partes, y las envia ante el juez, y en este caso pueden ser necesarias las excepciones. En efecto, sabemos que la pretension del demandante, que es el fundamento de la accion, se halla resumida en esta parte de la fórmula, que se llama *intentio*, y que el juez está encargado de examinar si esta *intentio* es fundada, y de condenar ó absolver, segun que lo es ó no. Si el demandado no pretende defenderse sino por la contradiccion de la *intentio*, negando que sea fundada, por ejemplo, en la accion personal: *SI PARET NUMERIIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE*, negando que deba diez mil sextercios á Aulo Agerio; ó en la accion real, *SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE*, negando que el esclavo pertenezca á Aulo Agerio, no hay nada de particular que añadir á la fórmula, y esta contestacion hace las veces de derecho ante el juez, pues que está encargado de examinar si la *intentio* está fundada ó no, y decidir en su consecuencia.

Pero puede suceder que el pretor haya tenido que dar la accion por existir segun el derecho civil; que la *intentio* esté fundada en

derecho estricto; que la condena debiera ser su consecuencia; y que, sin embargo, á causa de alguna circunstancia particular alegada por el demandado, esta condena, si habia tenido lugar, sería inícu y contraria á la equidad; por ejemplo, si el demandado pretende que su promesa, ó que el acto de enajenacion le ha sido arrancado por dolo ó por violencia; ó que es contrario á alguna regla establecida, ya por el pretor, ya por la jurisprudencia; por ejemplo, cuando hay ya cosa juzgada en un caso en que el derecho primitivo no se ha extinguido *ipso jure* por la sentencia.

Si hubiese entrado en la mision del juez recibir la alegacion de estos hechos, apreciarlos y tomarlos en consideracion, no hubiera tenido necesidad el pretor de añadir nada de particular respecto de esto en la fórmula; pero no sucedia así. En la mayor parte de las acciones, si nada se habia añadido á la fórmula, no dejaba al juez otra mision que la de comprobar la *intentio*, y si estaba fundada en derecho, la de condenar, sin poder ocuparse de ninguna otra alegacion de equidad. En su consecuencia, el demandado para hacer que se adjudiquen al juez poderes suficientes, al tiempo del relato ante el pretor, relativamente á la accion y á la fórmula, presentaba su alegacion á este mismo magistrado á fin de que la insertase en la fórmula, de modo que diese al juez orden de examinarla y tomarla en consideracion. Al pretor tocaba decidir si se debia conceder ó no al demandado este medio de defensa; y si se hallaba que podia concederse, lo hacia en la fórmula bajo la forma de excepcion, es decir, exceptuando, ya de la pretension anunciada en *intentio*, ya de la condena que debia pronunciarse, el caso en que hubiese habido, por ejemplo, dolo, violencia, ó cualquier otro hecho alegado por el demandado. Así la excepcion era verdaderamente y en toda la propiedad etimológica de la palabra, una excepcion, una restriccion puesta por el pretor, ya á la *intentio*, ya á la *condemnatio* (1). Ya hemos explicado cómo versaba, ya sobre una, ya sobre otra de las partes de la fórmula.

Todas las excepciones dice Gayo que están concebidas en forma negativa, porque el demandado afirma el hecho que sirve de fundamento á la excepcion, y la condena sólo debe tener lugar si este hecho *no es cierto*. «*Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur*».

(1) «*Exceptio dicta est quasi quedam exclusio.... ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est.*» (Dig. 44. 1. 2. pr. f. de Ulp.)

piuntur, quia adfirmat is cum quo agitur» (1). Por la razon contraria, la *intentio* está concebida siempre en forma afirmativa, porque el demandante afirma el hecho que le sirve de fundamento, y la condena no debe tener lugar más que si este hecho *es cierto*. Así el demandante Aulo Agerio afirma que el demandado Numerio Negidio le debe por estipulacion diez mil sextercios, y exponiendo éste que ha habido dolo en el asunto, la *intentio* se concebirá de este modo afirmativamente: *SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SEXTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE*; y en seguida la excepcion concebida negativamente: *SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT* (si no ha habido ó si no hay ningun hecho de dolo por parte de Aulo Agerio) *CONDEMNA*, etc.

Por esto se ve, como nos dice tambien Gayo, que toda excepcion está inscrita en la fórmula sobre la alegacion del demandado, para hacer la condena condicional: «*Omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed illa formulæ inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem*» (2), en el sentido de que no debe tener lugar la condena más que si el hecho sobre que descansa la excepcion no está justificado.

Sentada así la fórmula, vemos cuál es el oficio del juez, no debiendo condenar sino cuando ante todo los hechos sobre que descansa la *intentio* están probados. El demandante es el que afirma estos hechos y el que desde luego tiene que probarlos; porque la circunstancia de hacer insertar el demandado una excepcion en la fórmula no es una aquiescencia á la *intentio*. «*Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius cum quo agitur, quia exceptione utitur*» (3). Si el demandante no prueba su *intentio*, el demandado no necesita ninguna otra defensa, ni debe tener lugar la condena (4). Pero si se prueba la *intentio*, entónces se llega á los debates de la excepcion (5). El juez no debe condenar sino cuando los hechos en que se apoya la excepcion no están justificados, debiendo el demandado afirmar estos hechos y probarlos: «*Qui excipit, probare debet quod excipitur*», dice Celso (6); y Ulpiano enuncia el mismo prin-

(1) Gay. 4. 119.

(2) Ibid. — Sabemos, con todo, que hay algunas excepciones que no hacen más que limitar el importe de la condena.

(3) Dig. 44. 1. 9. f. de Marcel.

(4) Cod. 8. 36. 9. const. de Dioclec. y Maxim.

(5) Ibid.

(6) Dig. 22. 3. 9.

cipio bajo una forma más elegante: «*Reus in exceptione actor est*» (1), el demandado, en su excepcion, se convierte en demandante.

En resumen, vemos que así como el magistrado diciendo el derecho (*jurisdictionem habens*) da la accion al demandante, de la misma manera adapta la excepcion al demandado; que así como el juez está encargado por la fórmula de examinar si la accion del demandante está fundada ó no, así está encargado de examinar si la excepcion del demandado lo está ó no.

De este modo, el magistrado decide si ha lugar en derecho á dar ó á negar la accion ó la excepcion, sin prejuzgar nada sobre su mérito. El juez examina si están justificadas ó no. El primero regula el negocio en derecho: el segundo lo decide.

Vemos tambien que la necesidad de insertar en la fórmula, en forma de excepcion á la pretension enunciada en la *intentio*, ciertos hechos alegados por el demandado, procede de que sin esto el juez no tendria el derecho de ocuparse de ellos y tomarlos en consideracion. Por consiguiente, si la naturaleza de la accion es tal que por sí misma dé al juez poder suficiente para tomar ciertos hechos en consideracion, es inútil insertar estos hechos como excepcion en la fórmula; que es lo que tiene lugar en las acciones de buena fe, como explicamos más arriba. Encargado especialmente el juez por la fórmula de estas acciones de examinar si la *intentio* está fundada *EX BONA FIDE*, es decir, no segun el derecho estricto, sino segun la buena fe, tiene por lo mismo la mision de tomar en consideracion los hechos que hiciesen la pretension del demandante contraria á la equidad. Tambien las excepciones de dolo, de violencia, y otras fundadas en la buena fe son supérfluas aquí, subentendiéndose siempre en las acciones de buena fe. «*Doli exceptio inest de dote actioni, ut in cæteris bonæ fidei judiciis*», nos dice Ulpiano (2). Asimismo nos dice Juliano, hablando de la accion de venta: «*Quia hoc iudicium fidei bonæ est, continet in se doli mali exceptionem*» (3).

En fin, ¿en qué casos tal hecho alegado por el demandado debia hacer que se rehusase la accion totalmente; en qué casos debia hacer que se insertase sólo una excepcion en la fórmula? Esto consistia, segun los principios de derecho romano, en el modo con que toma-

(1) Ibid. 44. 1. 1. — De aquí nos viene el adagio vulgar: *Reus excipiendo fit actor*.

(2) Dig. 24. 3. 21. in ún.

(3) 30. 1. 84. § 5. Véase pág. 576.

ban origen ó se extinguían los derechos reales y las obligaciones, principios que hemos expuesto ya más arriba. Esto dimanaba especialmente de que en derecho estricto ciertos hechos se consideraban como privados del poder de extinguir la obligación, y por consiguiente, la acción; al paso que el pretor, á fin de corregir este rigor civil, quería, al dar la acción, que no se condenase, si se probaban estos hechos. Así que el demandante solicite la acción para un caso de estipulación inútil, el pretor, si el hecho de nulidad es constante y reconocido, negará completamente la acción, porque en este caso no hay obligación, ni por consiguiente acción, y en caso de necesidad, el juez deberá absolver. Si la solicita, por el contrario, para una estipulación viciada por dolo, no deja de existir por eso según el derecho, y el pretor dará la acción; pero poniendo la excepción de dolo. Lo mismo si el demandante solicita la acción para una estipulación en la cual ha habido aceptación, el pretor, si el hecho de la aceptación es constante, negará la acción, porque, según el derecho civil, la aceptación la ha extinguido completamente, y en caso de necesidad, el juez absolverá. Si, por el contrario, ha habido simplemente un pacto por el cual el acreedor ha hecho sin solemnidad remisión de la deuda, como en derecho la acción de estipulación no queda extinguida por esto, la dará el pretor, pero incluirá en ella la excepción del pacto.

Otra circunstancia podía hacer necesario el uso de la vía de excepción, aún en ciertos casos en que el hecho alegado por el demandado fuese de tal naturaleza que se rehusase la acción; y entonces había duda y contestación sobre este hecho, y el pretor en este caso, para no tomar sobre sí la incumbencia de examinar las pruebas, de oír los debates y de decidir su existencia ó no existencia, daba la acción, pero incluyendo en forma de excepción el hecho contestado, cuya comprobación se remitía de este modo al juez. Veremos un ejemplo de esto al tratar del juramento en el § 4 de este título. Otro tenemos con motivo del beneficio de división entre muchos fiadores, de los que uno ó varios son insolventes, circunstancia que hace denegar la acción ó conceder simplemente una excepción, según que la insolvencia es reconocida ó disputada (1), é igualmente en el caso del senado-consulta Macedoniano (2).

(1) Véase pág. 255, Inst. 3. 20. § 4.—Dig. 46. 1. 28. f. de Paul., con motivo de la excepción: «NON ET ILLI SOLVENDO SINT.»

(2) Dig. 14. 6. 1. § 1. f. de Ulp.—7. § 4 hasta el 8. f. de Ulp.

Nos resta reconocer los diversos ejemplos de excepciones que nos presenta el texto.

I. Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere, palam est jure civili te obligatum esse: et actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est; sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi *exceptio metus causa aut doli mali, aut in factum composita*, ad impugnandam actionem.

4. Por ejemplo, si obligado por miedo, inducido por dolo, ó incurriendo en error, has prometido sobre la estipulación de Ticio lo que no debías prometer, es evidente que según el derecho civil estás obligado, y la acción por la que se sostiene que debes dar, es válida; pero tu condena sería injusta; y por tanto, para rechazar la acción, te se da la *excepción de miedo, de dolo ó una excepción concebida in factum*.

Aut errore lapsus. No se trata de un error sobre el objeto mismo de la estipulación, cuando el uno ha querido estipular tal cosa y el otro prometer tal otra; porque este error, como hemos visto más arriba, llevaría consigo la nulidad de la misma estipulación, y por consiguiente, no habría acción. Se trata de todo error grave que hubiese determinado mi consentimiento, y que, sin hacer mi obligación nula por derecho civil, la hiciese contraria á la equidad. Los jurisconsultos romanos hacen entrar este caso en el de dolo, porque ha habido dolo de parte del adversario en haber inducido á error al promitente, ó en querer aprovecharse de su error (1).

Exceptio metus causa aut doli mali. La *exceptio metus causa* estaba concebida en estos términos: SI IN EA RE METUS CAUSA FACTUM EST (2). Acabamos de ver cómo estaba concebida la de dolo: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT. La diferencia entre estas dos redacciones nos indica una gran variedad entre ambas excepciones. La excepción *metus causa* es general, y comprende todos los casos de violencia, cualquiera que sea su autor, lo que expresa Ulpiano diciendo que es *in rem scripta*, escrita generalmente contra la cosa, es decir, contra la violencia misma, cualquiera que sea su autor (3). La excepción *doli mali*, por el contrario, según las expresiones de Ulpiano, no comprende más que á la persona que ha cometido el dolo, «*personam complectitur ejus qui dolo fecit*», es decir, que no se la puede oponer más que al mismo

(1) Dig. 44. 4. 4. § 3. f. de Ulp.—17. pr. f. de Scevol.

(2) Ibid. 4. f. de Ulp. § 55.

(3) Dig. 14. 4. 4. § 53. f. de Ulp.