



**"EXCEPTIO UTILIS" EN EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO DEL
DERECHO ROMANO
Carmen Gómez Buendía**

Dipòsit Legal: T. 1712-2011

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tesisenxarxa.net) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tesisenred.net) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tesisenxarxa.net) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

Carmen Gómez Buendía

***EXCEPTIO UTILIS* EN EL
PROCEDIMIENTO FORMULARIO DEL
DERECHO ROMANO**

TESIS DOCTORAL

Dirigida por la Dra. Encarnació Ricart Martí

Departament
de Dret privat, processal i financer



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

2011

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
RESUMEN	9
1. INTRODUCCIÓN	13
2. STATUS QUAESTIONIS	23
2.1. Nicosia	24
2.2. Betancourt	28
2.3. Wesener	31
2.4. Lenel	32
2.5. Mantovani	33
2.6. Otras opiniones	35
2.7. Perspectiva crítica del <i>status quaestionis</i>	41
3. BREVE ACERCAMIENTO A LA EXCEPTIO COMO CLÁUSULA DE LA FÓRMULA.	43
3.1. Tratamiento estructural de la <i>exceptio</i> formularia en las fuentes	43
3.1.1. La <i>exceptio</i> en el cuarto comentario de las Instituciones de Gayo.	43
3.1.1.1. Un concepto	47
3.1.2. La <i>exceptio</i> en D. 44.1: <i>De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis.</i>	52
3.2. <i>Postulatio exceptionis</i>	54
3.3. Relación entre <i>intentio</i> y <i>exceptio</i>	56
3.4. Clasificación	60
3.4.1. <i>Exceptiones peremptoriae et dilatoriae</i>	60
3.4.2. <i>Exceptiones</i> edictales y no edictales.	64
3.4.2.1. <i>Exceptiones</i> edictales:	65
3.4.2.2. <i>Exceptiones in factum</i> :	66
3.4.2.3. <i>Exceptiones utiles</i> :	68
3.4.3. <i>Exceptiones rei cohaerentes</i> y <i>personae cohaerentes.</i>	69
4. ESTUDIO INDIVIDUALIZADO DE SUPUESTOS DE EXCEPTIO UTILIS... 73	
4.1. Delimitación de las fuentes	73
4.2. <i>Exceptio utilis ex minore viginti quinque annis</i>	89
4.3. <i>Exceptio utilis ex senatus consulto Macedoniano et Velleiano</i>	103
4.3.1. <i>SC. Macedonianus</i>	103
4.3.2. <i>Exceptio ex senatus consulto Macedoniano</i>	111
4.3.2.1. Naturaleza y formulación de la excepción	111
4.3.2.2. <i>Postulatio exceptionis</i>	118
4.3.3. Análisis de Ulp. 29 <i>ed.</i> D. 14.6.7.1	122
4.3.3.1. <i>Fraus senatus consulto Macedoniano</i>	123
4.3.3.2. <i>Utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam</i>	139
4.3.4. <i>SC. Velleianus</i> :	147
4.3.5. <i>Exceptio ex senatus consulto Velleiano</i>	152
4.3.6. Análisis de Afr. 4 <i>quaest.</i> D. 16.1.17pr. y Afr. D. 16.1.19.5	159
4.4. <i>Exceptio utilis ex aedilicio edicto</i>	187
4.4.1. Premisa	187
4.4.2. Afr. 8 <i>quaest.</i> D. 21.1.51.1	194

4.5. <i>Exceptio utilis ex praeiudicium</i>	213
4.5.1. Afr. 9 <i>ed. D.</i> 44.1.16.....	213
4.5.2. Afr. 9 <i>quaest. D.</i> 44.1.18.....	222
4.5.3. Ulp. 15 <i>ed. D.</i> 5.3.25.17.....	225
4.6. <i>Exceptio utilis ex pacto</i>	231
4.6.1. Premisa.....	231
4.6.2. C. 2.4.9 GORD. A. AGRIPPINO. *<A 241 PP. VI ID. APRIL. GORDIANO A. II ET POMPEIANO CONSS.>.....	238
5. CONCLUSIONES	249
6. CONCLUSIONI	255
7. ÍNDICE DE FUENTES	261
7.1. Fuentes jurídicas.....	261
7.1.1. Fuentes antejustinianas.....	261
7.1.2. <i>Corpus iuris civilis</i>	262
7.2. Fuentes literarias.....	266
8. BIBLIOGRAFÍA	267

ABREVIATURAS

AHDE = *Anuario de Historia del Derecho Español* (Madrid).

Annali Bari = *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Bari*.

Bas. Hb. = *Basilicorum libri LX*, edd. G. G. Heimbach u. A., 6 Bde., Leipzig, 1833-70).

BETANCOURT, *Excepciones* = BETANCOURT, F., *Sobre las excepciones llamadas útiles*, AHDE 50, 1980, pp. 699ss.

BIDR = *Bulletino dell'Istituto di diritto romano* (Milán).

C. = *Codex Iustinianus, Corpus iuris civilis*, vol. I, ed. P. KRÜGER, 14 ed., Berlín 1967.

CANNATA, *Profilo* = CANNATA, C.A., *Profilo istituzionale del proceso privato romano. II: Il proceso formulare*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1982.

CG. = *Codex Gregorianus*, según el *Epitome Codicum Gregoriani et Hermogeniani Wisigothica*, consultado desde *FIRA*.

D. = *Digesta Iustiniani Augusti; Corpus iuris civilis*, vol. I, ed. T. MOMMSEN-P. KRÜEGER, 22 ed., Berlín 1973.

D'ORS, *DPR* = D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Ed. Eunsa, 10a ed., Pamplona, 2004.

ED = *Enciclopedia del diritto* (Milán).

exc. q. p. h. n. f. = *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*.

FIRA I, II, III = *Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars prima. Leges*, ed. Riccobono, 2ª ed. Florentiae 1942 (r. 1968); *Pars altera. Auctores*, ed. G. Baviera, 2ª ed. Florentiae 1940 (r. 1968); *Pars tertia. Negotia*, ed. V. Arangio Ruiz, Florentiae, 1943 (r. 1968).

frg. Vat. = *Fragmenta Vaticana.*, consultado desde *FIRA*.

Gai. = *Gaius, Institutiones* (cuando no va seguido de cita del Digesto), consultado desde *FIRA*.

i.i.r. = *in integrum restitutio*.

INDEX = *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* (Nápoles).

Inst. = *Institutiones Iustiniani, Corpus iuris civilis I*, ed. P. KRÜGER, 22 ed., Berlín, 1973.

IVRA = *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico* (Nápoles).

JRS = *Journal of Roman Studies* (Londres).

KASER, *RPR 1, 2* = KASER, M., *Das Römische Privatrecht*. 1. *Das altrömische, das vorklassische und klassisches Recht*, München, 2a ed., 1971. 2. *Das nachklassische Entwicklungen*, München, 2a ed. 1975.

KASER, *ZPR* = KASER, M., *Das Römische Zivilprozessrecht*, rev. por K. Hackl, Ed. C.H. Beck, München, 1996.

LABEO = *Labeo. Rassegna di diritto romano* (Nápoles).

LENEL, *EP* = LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum ein versuch zu Seiner Wiederherstellung*, Erste Auflage, Leipzig, 1883. Zweite, verbesserte Auflage, Leipzig 1907. Dritte, verbesserte Auflage, Leipzig 1927 (r. Aalen 1985). Si no se señala lo contrario la edición citada será la 3a.

LENEL, *Paling. 1, 2* = LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis*, 2 voll., Leipzig, 1889 (r. Graz 1960).

MANNINO, *Estensione* = MANNINO, V., *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Ed. G. Giappichelli Editore, Torino, 1992.

MANTOVANI, *Formule* = *Le formule del processo privato romano per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Ed. Cedam, 2a ed., Padova, 1999.

NICOSIA, *Exceptio* = NICOSIA, G., *Exceptio utilis*, en SZ 75 (1958), pp. 251ss., también en *Silloge, Scritti 1956-1996*, Libreria Editrice Torre SNC, Catania, 1998, pp. 69ss. Las páginas citadas serán las correspondientes de los *Scritti*.

NNDI = *Novissimo Digesto Italiano* (Turín).

PALERMO, *Studi* = PALERMO, A., *Studi sulla "exceptio" nel diritto classico*, Giuffrè, Milano, 1956.

PELLECCHI, *Praescriptio* = PELLECCHI, L., *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale. Modelli espositivi*, Cedam, Padova, 2003.

PS. = *Pauli Sententiae*, consultado desde *FIRA*.

RDR = *Rivista di diritto romano. Periodico di storia del diritto romano, di diritti antichi e della tradizione romanistica medioevale e moderna*.

<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>

RGDR = *Revista General de Derecho Romano* (Madrid).

RH = *Reveu historique de droit français et étranger* (París).

RIDA = *Reveu internationale des droits de l'Antiquité* (Bruselas).

RISG = *Rivista italiana per la scienze giuridiche* (Milán).

RUDORFF, *Edictum* = RUDORFF, A.A.F., *De iuris dictione edictum edicti perpetui quae reliqua sunt, Adolfus Fridericus Rudorff*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1997, facsímil de la edición de Lipsiae, 1869.

SC. = Senadoconsulto

SDHI = *Studia et documenta historiae et iuris* (Roma).

SZ = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanist. Abt.* (Weimar).

TALAMANCA, *Istituzioni* = TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, 1990.

Theoph. Par. Inst = *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa: ad fidem librorum manu scriptorium*, C. FERRINI, Calvary u.a., Berolini, 1884.

TR = *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis – Reveu d'histoire du droit* (Groningen, Djakarta, Bruselas, La Haya).

VIR = *Vocabularium iurisprudentiae romanae* (Berlín).

WESENER, *Nichtediktale* = WESENER, G., *Nichtediktale Einreden*, SZ 112 (1995), pp. 109ss.

RESUMEN

El objeto de estudio de la presente tesis doctoral es la *exceptio utilis* en el procedimiento formulario del derecho romano. La delimitación del objeto viene determinado por la concreta categoría jurídico-procesal que se pretende analizar, la *exceptio utilis*, cuya creación se enmarca en el proceso propio del derecho romano clásico, el procedimiento formulario. En este sentido, la finalidad del presente estudio es el de constatar la existencia de la categoría de *exceptio utilis* y extraer sus caracteres fundamentales.

El trabajo se divide en dos partes, una primera parte, denominada “Breve acercamiento a la *exceptio* como cláusula de la fórmula”, en que se presenta una aproximación al concepto clásico de *exceptio*, y una segunda parte, en la que se profundiza en el concepto de *exceptio utilis* a través de los fragmentos seleccionados. La inclusión de este primer capítulo introductorio sobre la *exceptio* se justifica como punto de partida al estudio de la *exceptio utilis*. Consideramos fundamental apuntar una serie de conceptos que aparecen en el trabajo y que son fruto de una reflexión previa sobre la configuración de la *exceptio* en el seno del procedimiento formulario. En la segunda parte del trabajo, bajo el título: “Estudio individualizado de supuestos de *exceptio utilis*”, se analiza en diversos apartados, los fragmentos que contienen la expresión “*exceptio utilis*” en un sentido técnico-jurídico. En el primer apartado de este tercer capítulo, dedicado a la delimitación de las fuentes para el estudio de la *exceptio utilis*, se concretan siete fragmentos en los que la expresión indica la presencia de una *exceptio utilis* como una categoría con sustantividad propia: Iul. 45 *dig.* D. 4.4.41; Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7.1; Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.17pr., - §19.5; Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1; Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16; C. 2.4.9. Estos siete fragmentos, constituyen el cuerpo del estudio sobre la *exceptio utilis*.

Finalmente en el apartado dedicado a las conclusiones, se da unidad al estudio cuyo hilo conductor ha sido la *exceptio utilis* a través de las fuentes. Esta unidad viene dada por la definición y la concreción de las características fundamentales de la *exceptio utilis* como una categoría jurídico-procesal con sustantividad propia y que supone, lo que consideramos, una aportación al *status quaestionis* actual. La *exceptio utilis* puede ser definida como una creación jurisprudencial que designa un mecanismo procesal propio del procedimiento formulario, por el que el magistrado en virtud de su *iurisdictio*, crea a partir de una *exceptio edictalis* una nueva *exceptio*, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, y extendiendo de este modo el ámbito de aplicación de la excepción edictal. Esta creación jurisprudencial puede ser atribuída a Juliano, y en mayor medida a su discípulo Africano, aunque también es conocida por otros juristas.

SOMMARIO

L'oggetto di studio della presente tesi dottorale è l'*exceptio utilis* nella procedura formulare del diritto romano. La delimitazione dell'oggetto è determinata dalla specifica categoria giuridico processuale che vogliamo analizzare, l'*exceptio utilis*, la cui creazione è preceduta dal processo proprio caratteristico del diritto romano classico, la procedura formulare. In questo senso, lo scopo dello studio è determinare l'esistenza della categoria *exceptio utilis* ed estrarne le sue complete particolarità.

Lo studio è diviso in due parti: la prima, denominata "Breve impostazione dell'*exceptio* come clausola della formula", in cui è presentato un approccio al concetto classico di *exceptio*; e una seconda, in cui è approfondito il concetto di *exceptio utilis* attraverso i frammenti scelti. L'inclusione di questo primo capitolo introduttivo sull'*exceptio* è giustificata come punto di partenza per studiare l'*exceptio utilis*. Riteniamo fondamentale rilevare alcuni concetti, che sono il risultato di una riflessione preliminare sull'impostazione dell'*exceptio* all'interno della procedura formulare. Nella seconda parte del lavoro che ha per titolo: "Studio individualizzato di fattispecie di *exceptio utilis*", sono analizzati in varie sezioni i frammenti che contengono il termine "*exceptio utilis*" in senso tecnico giuridico. Nella prima parte di questo secondo capitolo dedicato alla delimitazione delle fonti per lo studio dell'*exceptio utilis*, sono specificati sette frammenti, dove tale espressione indica la presenza di un'*exceptio utilis* come categoria sostantiva: Iul. 45 *dig.* D. 4.4.41; Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7.1; Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.17pr., - §19.5; Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1; Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16; C. 2.4.9. Questi sette frammenti costituiscono il corpo dello studio sull'*exceptio utilis*.

Per ultimo, nella sezione relativa alle conclusioni si conferisce unità allo studio, il cui filo conduttore è l'*exceptio utilis* attraverso le fonti. Quest'unità è

data dalla definizione e la concrezione delle particolarità dell'*exceptio utilis* come una categoria giuridica e procedurale con sostantività propria, e questo è quello che noi consideriamo un contributo allo *status quaestionis* attuale. L'*exceptio utilis* può essere definita come una creazione giurisprudenziale che designa un meccanismo processuale proprio della procedura formulare, con il quale il magistrato, in virtù della sua *iurisdictio*, crea a partire da un'*exceptio edictalis* una nuova *exceptio*, tenendo conto delle circostanze del caso concreto ed estendendo così il campo di applicazione dell'*exceptio edictalis*. Questa creazione giurisprudenziale può essere attribuita a Giuliano, e ancor di più al suo discepolo Africano, sebbene sia conosciuta anche da altri giuristi.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio de la presente tesis doctoral es la *exceptio utilis* en el procedimiento formulario del derecho romano. La delimitación del objeto viene determinada por la concreta categoría jurídico-procesal que se pretende analizar, la *exceptio utilis*, cuya creación se enmarca en la fórmula y en el proceso propio del derecho romano clásico, el procedimiento formulario. En este sentido, la finalidad del estudio es la de constatar la existencia de la categoría de *exceptio utilis* y extraer sus completas particularidades.

La concreción del tema ha venido determinada por un precedente trabajo de investigación más amplio sobre las excepciones procesales en el procedimiento formulario, realizado para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados en el marco de los cursos de doctorado. En dicha investigación se detectó una categoría de *exceptio*, la *exceptio utilis*, cuya existencia era discutida por parte de la doctrina y sobre la cual únicamente existían dos artículos monográficos, contradictorios entre ellos, el último de los años ochenta. Contrariamente, sobre el tema de las *actiones utiles*, encontramos una bibliografía más amplia, y ha sido analizado de forma más exhaustiva; también es el caso de los *interdicta utilia*, aunque su tratamiento resulta menos unitario que en el caso de las *actiones utiles*.¹ Destacamos la obra de Valiño sobre las *actiones utiles*, en la que el autor realiza un pormenorizado análisis de los textos que contendrían una *actio utilis*, sistematizándolos según las funciones que cumplían las diversas *actiones utiles*.

¹ BORTOLUCCI, G., *Actio utilis*, Soc. Tipogr. Modenese, Modena, 1909; COLLINET, P., *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Sirey, Paris, 1947; DEKKERS, R., *Les actions utiles en Droit romain classiques en Revue de l'Université de Bruxelles* 41 (1935-36), pp. 232-245; SOTTY, R., *Recherche sur les utiles actions: la notion d'action utile en droit romain classiques*, Clermont, Grenoble, 1977; STOLMAR, R., *Actio utilis: Grundlagen, Wesen, Voraussetzungen, Anwendungen, Wirkungen: Die Genesis der utilis actio aus der celsinischen Durchgangstheorie*, Selbstverl., Sindelfingen 1984; VALIÑO, E., *Actiones utiles*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1974. Sobre los interdictos útiles al tratarse de un completo *status quaestionis* sobre la cuestión vid.: BETANCOURT, F., *Prolegómenos al estudio de los interdictos útiles*, en Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro d'Ors, Ed. Eunsa, Pamplona, 1987, pp. 249ss.

El autor apunta un concepto clásico de *actio utilis* que identificaría el concepto de *actio* ficticia con el de *actio utilis*, sosteniendo que “el sentido final de estas acciones sería el de salvar un requisito civil con el fin de alcanzar soluciones más justas”;² en este sentido también apunta que “las acciones básicas que aparecen como útiles son todas *in ius conceptae*, cuyo formalismo trata de salvar el Pretor, en determinados casos concretos, ordenando al juez que se sirva de ficciones, pues la existencia de éstas presuponen necesariamente un obstáculo para el *ius civile*”.³ Kaser también apunta un concepto de *actio utilis* en el que alude a la extensión de una fórmula edictal, ya sea civil u honoraria, en la que se modifica algún elemento, ampliando de este modo su ámbito de aplicación.⁴ Sobre la categoría *interdictum utilis*, la doctrina considera que se trataría de un conjunto de interdictos creados a partir de un interdicto edictal con la finalidad de extender su ámbito de aplicación.⁵ Observamos cómo tanto en el caso de las *actiones utiles* como de los *interdicta utilia*, el elemento común es el de la extensión del ámbito de aplicación de un recurso procesal edictalmente previsto, existiendo controversia, especialmente en el caso de la *actiones utiles*, sobre el mecanismo a través del cual operaría dicha extensión.

² VALIÑO, E., *Actiones utiles.*, *op. cit.* p. 23.

³ VALIÑO, E., *Actiones utiles.*, *op. cit.* p. 24.

⁴ KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, rev. por K. Hackl, Ed. C.H. Beck, München, 1996, p. 330.

⁵ BERGER, A., *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, voz: *interdicta utilia*, p. 509. En la reconstrucción del Edicto de Lenel, advertimos cómo el autor apunta en relación a la fórmula de algunos interdictos edictales, la existencia de un *interdictum utilis*. LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum ein versuch zu Seiner Wiederherstellung*, Ed. Scientia, Aalen, 3a ed., 1927, pp. 446ss. También: MANTOVANI, D., *Le formule del processo privato romano per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Ed. Cedam, 2a ed., Padova, 1999, pp. 85ss. La primera edición de la obra es de 1992; el autor en esta segunda edición, realiza nuevas aportaciones en relación a la edición precedente. Mantovani señala los siguientes fragmentos que harían referencia a un determinado *interdictum utilis*: frg. Vat. 90; Ulp 68 *ed.* D. 43.8.2.6 y §2.8; Ulp 68 *ed.* D. 43.12.1.12 y §1.17; Ulp. 68 *ed.* D. 43.14.1.7; y §1.9; Ulp. 70 *ed.* D. 43.19.3.6, §3.7, §3.8, §3.9; Ulp. 70 *ed.* D. 43.21.3.2, §3.3, §3.6.

El primer estudio sobre *exceptiones utiles*, y el más significativo, es el de Nicosia,⁶ publicado a finales de los años cincuenta, en el que el autor afirma la existencia de la categoría clásica *exceptio utilis*, definiéndola como la extensión en vía útil de una excepción civil.⁷ Observamos cómo el concepto de *actio utilis* de Valiño y el de *exceptio utilis* propuesto por Nicosia se asemejan al considerar respectivamente que el adjetivo *utilis* indica la extensión de una acción o de una excepción civil a un supuesto no previsto. Aunque el artículo de Nicosia ha sido de gran utilidad, ya que el autor realiza una exégesis minuciosa de textos que también serán objeto de nuestro estudio, detectamos que este autor descarta desde el inicio una serie de fragmentos que serán esenciales para concretar el concepto de *exceptio utilis* y parece no tener en cuenta que, a pesar de que la expresión *exceptio utilis* no aparezca en un determinado fragmento, ello no significa que la excepción contenida en el mismo no sea una *exceptio utilis*; asimismo señala una categoría de *exceptio civilis*, que teniendo en cuenta la naturaleza de la *exceptio* como recurso procesal, a nuestro parecer debe ser matizado.

Un segundo trabajo sobre las *exceptiones utiles* es el de Betancourt, en el que el autor rebate las tesis de Nicosia y concluye que no existe una categoría de *exceptio utilis* en el derecho romano clásico.⁸ Para el análisis de la cuestión, el autor parte de los mismos textos analizados por Nicosia, en los que aparece la expresión *exceptio utilis*, aunque con una metodología que recurre de una forma quizás excesiva a la crítica de interpolaciones. El autor, en la mayoría de fragmentos en los que aparece la expresión *exceptio utilis*, en un sentido técnico jurídico, considera que la referencia alude a una *exceptio in factum*.

⁶ NICOSIA, G., *Exceptio utilis*, en SZ 75 (1958), pp. 251ss., también en *Silloge, Scritti 1956-1996*, Libreria Editrice Torre SNC, Catania, 1998, pp. 69ss. La obra que se citará en adelante será la correspondiente a los *Scritti*.

⁷ NICOSIA, *Exceptio* p. 135.

⁸ BETANCOURT, F., *Sobre las excepciones llamadas útiles*, AHDE 50 (1980), p. 719.

Junto a estos dos trabajos, destacamos un tercer artículo, el de Wesener, sobre las “Nichtediktale Einreden”, en el que el autor analiza las excepciones no edictales, y en el que incluye las *exceptiones utiles*, acogiendo la tesis de Nicosia, es decir, el autor sostiene la existencia de la categoría *exceptio utilis* en el derecho romano clásico, en que la *exceptio utilis* se configura como la extensión de una *exceptio civilis*.⁹

En una primera aproximación al *status quaestionis* constatamos por tanto, la presencia de dos tesis contradictorias, la de Nicosia y Wesener, que afirma la existencia de la categoría de *exceptio utilis* en el derecho romano clásico, definida como la extensión en vía útil de una *exceptio civilis*, y otra, la de Betancourt, que niega su existencia y la reconduce a la categoría de *exceptio in factum*. Ambas tesis han sido acogidas por la doctrina en uno u otro sentido pero no desde una perspectiva crítica de análisis de la categoría *exceptio utilis*, sino de forma colateral en relación a algún fragmento concreto en el que aparece la expresión “*exceptio utilis*”.

Teniendo en cuenta el aquí brevemente descrito *status quaestionis*,¹⁰ escaso, ya que sólo encontramos dos estudios monográficos contradictorios al respecto, consideramos interesante emprender el estudio de la categoría de *exceptio utilis* desde una perspectiva crítica y sobre una base textual más amplia.

En una primera fase del estudio, nos centramos en la selección de fuentes que constituirán el objeto principal del trabajo. La primera selección está formada por fragmentos de la Compilación justiniana, en los que aparece la expresión *exceptio utilis*. De este conjunto de textos descartamos aquellos en los que la exégesis nos indica que la expresión “*exceptio utilis*” aparece en un sentido

⁹ WESENER, G., *Nichtediktale Einreden*, SZ 112 (1995), pp. 149-150.

¹⁰ En el apartado dedicado al *status quaestionis* se analizan otros autores que han señalado la categoría *exceptio utilis* desde la perspectiva de la reconstrucción del Edicto Perpetuo, como Lenel, Rudorff y Mantovani.

claramente predicativo o alude a otro tipo de *exceptio*. Este análisis se encuentra bajo el título “Delimitación de las fuentes”, y como resultado se descartan siete fragmentos en los que la expresión no indica la presencia de una *exceptio utilis* en sentido técnico-jurídico: Paul. 31 *ed. D.* 18.5.3; Marcian. 1 *ad form. hyp. D.* 20.1.13.2; Paul. 2 *disput. D.* 19.5.21; Marcian. 1 *ad form. hyp. D.* 20.1.12pr; Scaev. 18 *dig. D.* 32.37.4; C. 3.1.2; C. 4.32.5. En consecuencia, restan otros siete fragmentos en los que la expresión sí indica la presencia de una *exceptio utilis* como categoría con sustantividad propia: Iul. 45 *dig. D.* 4.4.41; Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.7.1; Afr. 4 *quaest. D.* 16.1.17pr y §19.5; Afr. 8 *quaest. D.* 21.1.51.1; Afr. 9 *quaest. D.* 44.1.16; C. 2.4.9. Estos siete fragmentos constituyen el cuerpo del estudio sobre la *exceptio utilis*. Llegados a este punto, se nos planteó la cuestión de si incluir aquellos fragmentos señalados por la doctrina que contendrían una *exceptio utilis* sin aparecer la expresión: Ulp. 74 *ed. D.* 2.11.2.1 y §2.4; Ulp. 15 *ed. D.* 5.3.25.17; Ulp. 76 *ed. D.* 21.3.1.1 y §1.2; Ulp. 16 *ed. D.* 6.3.14; Iul. 44 *dig. D.* 41.4.7.6; Iul. 21 *dig. D.* 27.10.7.1; Ulp. 76 *ed. D.* 50.17.160.1. Teniendo en cuenta que el objeto de la investigación es el de constatar la existencia de la categoría *exceptio utilis* y extraer sus caracteres fundamentales, decidimos descartar *a priori* estos fragmentos, puesto que, en primer lugar, ese conjunto de textos no ofrece una garantía de exhaustividad y, asimismo el número de fragmentos con la expresión *exceptio utilis* ya resulta lo suficientemente numeroso y variado para alcanzar los objetivos de la investigación. Con todo, desde un punto de vista metodológico, partimos de la base de que el hecho de que un determinado fragmento no contenga la expresión “*exceptio utilis*” no es motivo para excluir la posibilidad de que dicho texto incluya una *exceptio utilis*, y en este sentido, y para constatar la validez de esta premisa, se han incluido en el trabajo aquellos fragmentos que contienen una *exceptio utilis* sin una referencia expresa, pero relacionados con el fragmento de referencia para salvaguardar la unidad temática del análisis.¹¹

¹¹ Ulp. 15 *ed. D.* 5.3.25.17; Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.3.3, §7pr, §7.3; Ulp. 29 *ed. D.* 16.1.8.6, Pomp. 1 *sen. cons. D.* 16.1.32.3.

El presente trabajo se divide en dos partes: una primera parte, denominada “Breve acercamiento a la *exceptio* como cláusula de la fórmula”, en la que se presenta una aproximación al concepto clásico de *exceptio*; y una segunda parte, en la que se profundiza en el concepto de *exceptio utilis* a través de los fragmentos seleccionados. El primer apartado del capítulo sobre la *exceptio* como cláusula de la fórmula está dedicado al tratamiento estructural de la *exceptio* en las fuentes. Para este análisis de la *exceptio* en las fuentes se ha partido del comentario cuarto de las *Institutiones* de Gayo, por tratarse de la fuente más valiosa en lo relativo al derecho clásico y muy especialmente al procedimiento formulario, y también se ha analizado la rúbrica correspondiente del Digesto: D. 44.1 *De exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis*. Seguidamente, a partir de la estructura presente en las citadas fuentes, se han dedicado tres apartados al estudio de la *exceptio: postulatio exceptionis*, relación entre *intentio* y *exceptio*, y clasificación de las *exceptiones*. La inclusión de este capítulo introductorio sobre la *exceptio* se justifica como punto de partida al estudio de la *exceptio utilis*. Consideramos fundamental apuntar una serie de conceptos que aparecen en el trabajo y que son fruto de una reflexión previa sobre la configuración de la *exceptio* en el seno del procedimiento formulario. Se trata de conceptos como el de *exceptio civilis*, la distinción entre *exceptiones edictales* y no edictales y la distinción entre *exceptiones personae cohaerentes* y *exceptiones rei cohaerentes*; todos ellos fundamentales para concretar el concepto de *exceptio utilis*.

En la segunda parte del trabajo, bajo el título “Estudio individualizado de supuestos de *exceptiones utiles*”, se analiza en diversos apartados los fragmentos que contienen la expresión “*exceptio utilis*” en un sentido técnico-jurídico. Este capítulo se ha desarrollado en un primer apartado dedicado a la delimitación de las fuentes para el estudio de la *exceptio utilis*, que ya ha sido citado, y en los cinco apartados siguientes se ha estructurado el análisis de los diversos fragmentos. Cuando ha sido posible, se ha agrupado el análisis de los fragmentos

que presentan una unidad temática, y una *exceptio edictalis* de referencia también común. Este ha sido el caso del apartado “*Exceptio utilis ex senatus consulto Macedoniano et Velleiano*”, en el que se han analizado conjuntamente tres fragmentos: Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7.1; Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.17pr. y §19.5, habiendo surgido también otros fragmentos en los que no apareciendo la expresión, también contendrían una *exceptio utilis*: Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7pr, §3.3, §7.3; Ulp. 29 *ed.* D. 16.1.8.6, Pomp. 1 *sen. cons.* D. 16.1.32.3. También es el caso del apartado “*Exceptio utilis ex praeiudicium*”, en el que, *a priori*, únicamente iba a ser objeto de análisis Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16, en el que aparece la expresión *exceptio utilis*, pero que fue ampliado al constatar la existencia de sendas *exceptiones utiles* en Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.18 y en Ulp. 15 *ed.* D. 5.3.25.17, surgidas de una común *exceptio edictalis*, la *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*. En los tres apartados restantes: “*Exceptio utilis ex minori viginti quinque annis*”, “*Exceptio utilis ex aedilicio aedicto*” y “*Exceptio utilis ex pacto*”, se analizan respectivamente: Iul. 45 *dig.* D. 4.4.41; Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1 y C. 2.4.9.

Finalmente en el apartado dedicado a las conclusiones, se da unidad al estudio cuyo hilo conductor ha sido la *exceptio utilis* a través de las fuentes. Esta unidad viene dada por la definición y la concreción de las particularidades de la *exceptio utilis* como una categoría jurídico-procesal con sustantividad propia y que supone lo que consideramos una aportación al *status quaestionis* actual. La *exceptio utilis* puede ser definida como una creación jurisprudencial que designa un mecanismo procesal propio del procedimiento formulario, por el que el magistrado, en virtud de su *iurisdictio*, crea a partir de una *exceptio edictalis* una nueva *exceptio*, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, y extendiendo de este modo el ámbito de aplicación de la excepción edictal. Esta creación jurisprudencial puede ser atribuida a Juliano, y en mayor medida a su discípulo Africano, aunque también es conocida por otros juristas.

La categoría *exceptio utilis* presenta una característica común con la categoría de *actio utilis* e *interdictum utilis*, la extensión de un recurso procesal edictalmente previsto a un supuesto no previsto por el mismo. La diferencia fundamental la encontramos en el caso de la *actio utilis*. Si partimos del concepto de *actio utilis* de Valiño, la extensión se produce respecto de una *actio in ius conceptae*, y mediante una ficción; en el caso de la *exceptio utilis* la extensión se produce respecto de una *exceptio* edictalmente prevista pero no civil, ya que la categoría de *exceptio civilis* no encaja con la naturaleza honoraria de la *exceptio* y el mecanismo que da lugar a la extensión no es necesariamente una ficción, puesto que en general, esta extensión se produce incluyendo los hechos que dan lugar a esta extensión en la *exceptio edictalis*. Observamos por tanto, que el concepto de *exceptio utilis* propuesto en esta investigación enlazaría con una parte del concepto propuesto por Kaser de *actio utilis*, en el que también se permite la extensión en vía útil de una acción honoraria.

El método que se ha utilizado en esta investigación es el método histórico-crítico en el análisis de las fuentes, teniendo en cuenta, como siempre ha sostenido el profesor Juan Miquel, que es el objeto el que debe determinar el método de acercamiento a los problemas, y por tanto, no hemos descartado otros métodos de aproximación a las fuentes que pudieran ser de utilidad para la investigación. Se ha intentado prescindir de la excesiva crítica interpolacionista, tratando de buscar la genuidad del texto, recurriendo únicamente a ella cuando la interpolación resulta clara. Para ello, se ha utilizado la comparación con fragmentos del mismo jurista o de juristas contemporáneos, que se encontraban bajo la misma rúbrica, o, incluso, en rúbricas distintas. También se han consultado los Basílicos, la Glosa y el Comentario, cuando el análisis del fragmento así lo ha requerido. Resulta también necesario precisar en este punto que las rúbricas en las que aparecen los fragmentos examinados resultan diversas, y el abanico de instituciones jurídicas que hemos tratado muestran esta diversidad; por ello, únicamente nos hemos centrado en aquellas cuestiones que

consideramos importantes para la comprensión del papel de la *exceptio utilis* en el caso planteado, remitiéndonos a la bibliografía de referencia sobre aquellas cuestiones que exceden de este análisis concreto.

Para finalizar, quisiéramos apuntar que gran parte de esta tesis doctoral es fruto de las estancias de investigación realizadas en el *Dipartimento de Diritto Romano, Storia e Filosofia del Diritto*, de la *Università degli Studi di Pavia*, bajo la tutela del profesor Dario Mantovani, y en el *Leopold-Wenger-Institut für Rechtsgeschichte* de la *Ludwig-Maximilians-Universität München*, bajo la tutela del profesor Alfons Bürge. La posibilidad de acceder a las magníficas bibliotecas de las referidas instituciones, así como el intercambio de impresiones con los citados profesores y los colegas que allí hemos encontrado, ha resultado de gran ayuda y un valiosísimo estímulo para la redacción de la tesis doctoral que se presenta.

2. STATUS QUAESTIONIS

Este apartado dedicado al *status quaestionis* lo estructuraremos desde la perspectiva de nuestro objeto de estudio, la *exceptio utilis*. Partiendo del tema que nos ocupa, abordaremos la cuestión desde una doble perspectiva, en primer lugar, haremos referencia a tres artículos científicos que tratan la cuestión de la *exceptio utilis*, en los que se intenta profundizar en el concepto de excepción útil mediante la exégesis de una serie de textos que contienen dicha excepción. Seguidamente, señalaremos del apartado dedicado a la *exceptio* de las reconstrucción del Edicto Perpetuo de Otto Lenel y de la obra “Le formule en el processo privato romano” de Dario Mantovani, aquellas excepciones útiles apuntadas por estos autores. Evitaremos pues, la referencia exhaustiva al estado de la cuestión respecto a las acciones e interdictos útiles, apuntando en esta sede únicamente algunos aspectos muy concretos que consideramos de relevancia sobre estas materias. En esta sede también queremos hacer referencia al trabajo del profesor Carlos Rosenfeld, “Sobre las *exceptiones* llamadas *utiles*”, ya que en el citado estudio el autor sigue la misma estructura de análisis que Betancourt llegando a las mismas conclusiones que éste, pero en nuestra opinión, sin realizar una aportación al *status quaestionis*. Por este motivo hemos descartado su inclusión en el *status quaestionis*, y tampoco es citado a lo largo del cuerpo del trabajo.¹²

Así, analizaremos los estudios realizados por los tres romanistas que han tratado de forma monográfica la cuestión de las excepciones útiles por orden cronológico: Nicosia,¹³ Betancourt¹⁴ y Wesener.¹⁵ Iniciamos el *status quaestionis*

¹² ROSENFELD, C., *Sobre las pretendidas “exceptiones” llamadas “utiles”*: www.edictum.com.ar/miWeb4/LASEXCEPTIONES.doc. Nos ha resultado imposible encontrar más referencias que el link del trabajo, tampoco hemos conseguido la fecha de publicación, aunque creemos que se puede situar entre la publicación del trabajo de Betancourt, 1980, y antes del estudio de Wesener, 1995, ya que este último no es citado por Rosenfeld.

¹³ NICOSIA, *Exceptio* pp. 251ss.

¹⁴ BETANCOURT, *Excepciones* pp. 699ss.

reseñando los primeros estudios sobre excepciones útiles en la literatura romanística al considerar que desde un punto de vista metodológico resulta más apropiado exponer en primer lugar cuáles han sido las aportaciones más importantes respecto a nuestro tema, y más si tenemos en cuenta que estos trabajos ya recogen en su mayor parte la doctrina precedente. En un cuarto y quinto apartado haremos referencia a la reconstrucción del Edicto Perpetuo de Lenel,¹⁶ y al estudio de Mantovani¹⁷, sobre las fórmulas en el proceso privado romano respectivamente, apuntando algunas excepciones útiles advertidas por estos autores. A continuación, en un apartado conjunto, apuntaremos algunos autores que dentro de la temática del proceso privado romano o bien tratando específicamente el tema de la *exceptio*, han hecho mención a la *exceptio utilis*, o a algunos otros aspectos de interés para el tema. Estos autores en su mayoría recogen la doctrina de los anteriores matizándola en algunos casos. Finalmente en un último apartado relacionaremos las diferentes aportaciones doctrinales descritas anteriormente desde una perspectiva crítica.

2.1. Nicosia

El primer estudio monográfico del S. XX sobre el tema concreto de las excepciones útiles fue publicado por Giovanni Nicosia en 1958.¹⁸ La finalidad de su estudio es la de dar respuesta a dos cuestiones: el concepto de excepción útil, y si tal concepto puede considerarse de origen clásico. Nicosia inicia su trabajo refiriéndose a algunos autores que ya habían mencionado esta categoría de

¹⁵ Este autor trata el tema más amplio de las excepciones no edictales, dentro de las que incluye las excepciones útiles. WESENER, *Nichtediktale* pp. 110ss.

¹⁶ LENEL, *EP* pp. 501-513. Asimismo en este apartado incluiremos las referencias a la excepción útil en la reconstrucción del Edicto Perpetuo de: RUDORFF, A.A.F., *De iuris dictione edictum edicti perpetui quae reliqua sunt*, Adolfus Fridericus Rudorff, Ed. Eunsa, Pamplona, 1997, facsímil de la edición de Lipsiae: Hirzelium, 1869.

¹⁷ MANTOVANI, *Formule* pp. 97-101. La primera edición de la obra es de 1992. El autor en esta segunda edición, realiza nuevas aportaciones en relación a la edición precedente.

¹⁸ NICOSIA, *Exceptio* pp. 70ss.

excepciones.¹⁹ La primera referencia a la excepción útil como categoría la encontramos en Savigny, el cual de forma análoga al caso de las acciones útiles, expone que se da el caso que excepciones ya conocidas, designadas con nombres particulares, se extenderán más tarde a casos nuevos, y también la relación de tal extensión se indicará con el nombre de *utilis exceptio*.²⁰ Nicosia pone de manifiesto que Seckel, Wenger y Schulz toman la definición de Savigny, y por contra Keller las define como cualquier hipótesis de excepción del todo nueva, formulada por primera vez a la vista de un caso particular, y en el mismo sentido se pronuncia Schlossmann incidentalmente en la resolución de un caso concreto.

A continuación parte de una distinción de carácter terminológico para abordar su indagación. Esta distinción se centra en el adjetivo *utilis* que aparece en las fuentes con un doble sentido. Nicosia apunta que no siempre que se añade el adjetivo *utilis* a la sustantivo *exceptio*, se trata de una excepción útil en sentido técnico-jurídico. Por tanto hallamos unos casos en los que el binomio “*exceptio utilis*” debe entenderse en un sentido técnico-jurídico, y otros en los que la finalidad de añadir dicho adjetivo es simplemente la de agregar al sustantivo una cualidad de no inutilidad, de eficacia al fin y al cabo.

Una vez apuntada esta cuestión, el autor pasa a analizar un grupo de textos en los que aparece la expresión “*exceptio utilis*”. En estos textos en los que el adjetivo *utilis* simplemente atribuye a la *exceptio* una cualidad de utilidad,²¹ el

¹⁹ El autor cita a: SAVIGNY, F.C., *Sistema del diritto romano attuale* (trad. Sciajola), vol. 5, Torino, 1886, p. 197; HEUMANN, H., -SECKEL, E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Fischer, Jena 1907, p. 181; WENGER, L., *Pauly-Wissowas Real. Enc. 6.2*, 1909, col. 1560; SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1951, §100; KELLER, F.L., *Der römische Civilprocess und die Actionen: in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen*, Tauchnitz, Leipzig, 1876 (5ª ed. a cargo de Wach), p. 161 y nt. 375; SCHLOSSMANN, S., *Die Lehre von der Stellvertretung*, vol. II, Deichert, Leipzig 1900/1902, p. 270, nt. 1.

²⁰ SAVIGNY, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 5, Berlín, 1841, pp. 170-171

²¹ Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.17pr.; Paul. 33 *ed.* D. 18.5.3; Marcian. 1 *ad form. hyp.* D. 20.4.12pr.; Marcian. 1 *ad form. hyp.* D. 20.1.13.2; Scaev. 18 *dig.* D. 32.37.4; Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16; C. 3.1.2 (Sev. et Ant. A. 210 d. C.); C. 4.32.5 (Sev. Et Ant. A. 205 d.C.)

autor sólo los enumera y únicamente se detiene a analizar Marcian. 1 *ad form. hyp.* D. 20.1.13.2, para justificar su inclusión en el grupo de textos que no contienen la expresión "*exceptio utilis*" en sentido técnico-jurídico, puesto que algún autor ha considerado que sí contiene una excepción útil.²² Sobre este texto volveremos más adelante.

Posteriormente, el autor se centra en el análisis del grupo de textos que considera que contienen una excepción útil.²³ Empieza analizando Ulp. 29 *ed.* D.14.6.7.1 y Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5, ambos textos referidos a un senadoconsulto, SC. Macedoniano y SC. Velleiano respectivamente. Seguidamente analiza Iul. 45 *dig.* D. 4.4.41, texto en este caso referido a una *lex*, la *lex Laetoria*. Los tres últimos textos que trata son: Ulp. 2 *disp.* D. 19.5.21; C. 2.4.9 y Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1. Respecto a los dos primeros, el autor apunta que seguramente están interpolados²⁴ y que por tanto no podrán ser de ayuda para la individualización del concepto clásico de excepción útil. Sobre el último texto, Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1, éste expone un caso en el que no se puede aplicar una excepción útil, y por tanto, Nicosia manifiesta que dicho texto resulta de limitada utilidad.

Del análisis detallado de los textos anteriormente expuestos, el profesor siciliano extrae una serie de conclusiones referidas al concepto y a las características de la *exceptio utilis*. En este apartado simplemente las enunciaremos, sin entrar en su discusión, dejando su análisis para más adelante. Estas conclusiones son las siguientes:²⁵

²² HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, op. cit. p. 181.

²³ Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7.1; Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5; Iul. 45 *dig.* D. 4.4.41; Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1; Ulp. 2 *disp.* D. 19.5.21; C. 2.4.9.

²⁴ NICOSIA, *Exceptio* pp. 121 y 129.

²⁵ NICOSIA, *Exceptio* p. 135.

- a) La expresión "*exceptio utilis*" se emplea para designar una figura técnica y rigurosamente definida
- b) Esta expresión indica la extensión en vía útil de una excepción considerada civil, es decir, de una excepción fundada en el *ius civile*.
- c) Este concepto probablemente fue elaborado por Juliano sin que prosperara entre los demás juristas
- d) La clasicidad de la expresión puede extraerse del estudio de los textos.

Este artículo sobre las excepciones útiles resulta muy valioso como punto de partida de nuestro estudio, ya que el autor realiza una exégesis minuciosa sobre un grupo de textos que también será objeto de nuestro análisis y asimismo aporta una exhaustiva bibliografía. Con todo, desde una perspectiva crítica, señalaremos algunas cuestiones en el desarrollo de nuestro trabajo que consideramos deberían ser revisadas. En primer lugar, debemos tener en cuenta que el autor únicamente parte de aquellos textos que contienen la expresión "*exceptio utilis*" sin plantearse la posibilidad que un texto contenga una *exceptio* de este tipo sin que el adjetivo "*utilis*" aparezca. En este sentido, como a continuación observaremos, autores como Lenel en la reconstrucción del Edicto Perpetuo o Mantovani en su reconstrucción de las fórmulas, citan otros textos que también contendrían una excepción útil sin que aparezca el adjetivo "*utilis*" en dicho texto.

Otra precisión que debemos realizar y que en parte podría resultar una consecuencia de la falta de análisis de determinados textos, es que el autor fija su atención en tres textos que presentan unas características similares, extrayendo de éstos las particularidades de la *exceptio utilis*. Como veremos, precisamente los textos omitidos por Nicosia son aquellos que harían referencia a excepciones que no tendrían su fundamento en una ley o un SC. y que sirven de base para la creación de una excepción útil; por ello, consideramos que una de las conclusiones del autor que debería ser revisada es la que plantea que la expresión indica la extensión en vía útil de una excepción fundada en el *ius civile*, quizás

extrapolando las características de las acciones útiles y tratando de forzar su encaje en el caso de las excepciones.

2.2. Betancourt

El siguiente trabajo monográfico que hallamos sobre el tema de las excepciones útiles aparece publicado en 1980 por Fernando Betancourt.²⁶ Este autor, en su estudio sobre las excepciones útiles revisa críticamente las conclusiones de Nicosia partiendo de los mismos textos y coincidiendo en su agrupación según el criterio de textos que contienen la expresión "*exceptio utilis*" en sentido predicativo y textos en los que en principio esta expresión reviste un carácter técnico-jurídico. Su estudio aparece estructurado en dos partes fundamentales, una parte en la que el autor se pregunta sobre la existencia de la categoría de "*exceptio utilis*" en el derecho romano clásico, y otra en que la pregunta viene referida a la existencia de la misma en derecho romano posclásico. Ambos apartados los aborda empleando la misma metodología, analiza la cuestión a partir de la doble distinción entre textos que contienen la expresión en sentido predicativo, y textos que la contienen en sentido técnico-jurídico.

En el apartado referente a la existencia de la categoría de *exceptio utilis* en Derecho romano clásico, enumera los textos con función predicativa²⁷ y los analiza para justificar su inclusión en este grupo. A continuación, pasa a analizar tres textos²⁸ que contienen la expresión "*exceptio utilis*" en sentido técnico.²⁹ El autor agrupa en su análisis los textos referidos al *SC. Macedonianus* y al *SC.*

²⁶ El autor en su trabajo sobre la *exceptio utilis*, y también en el estudio de la categoría *interdictum utilis*, manifiesta su intención de emprender también el estudio de las categorías de *actio utilis* y *interdictum utilis*. BETANCOURT, *Excepciones* pp. 699 ss.; ID., *Prolegómenos al estudio de los interdictos útiles*, *op. cit.* pp. 249-281ss.

²⁷ Paul. 33 *ed. D.* 18.5.3; Marcian. 1 *ad form. hyp. D.* 20.4.12pr.; Scaev. 18 *dig. D.* 32.37.4; Afr. 9 *quaest. D.* 44.1.16; Marcian. 1 *ad form. hyp. D.* 20.1.13.2.

²⁸ Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.7.1; Afr. 4 *quaest. D.* 16.1.19.5; Afr. 8 *quaest. D.* 21.1.51.1.

²⁹ BETANCOURT, *Excepciones* p. 709.

Velleianus, y deduce que la *exceptio* que aparece en ambos textos sería una *exceptio in factum* y no una *exceptio utilis*; a la misma conclusión llega respecto a Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1. La justificación del autor del uso del término *utilis* referido a una *exceptio in factum* es que el adjetivo aparece para indicar que dicha *exceptio in factum* tendrá eficacia procesal o no.³⁰ Sobre esta cuestión abundaremos en el apartado concreto en que realicemos la exégesis de estos textos, no obstante en esta sede plantearemos algunas cuestiones que consideramos de importancia. En el análisis de Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5, Betancourt recurre a otro texto, Pomp. 1 *de. sen. cons.* D. 16.1.32.3, para argumentar la inexistencia de una excepción útil respecto al SC. *Velleianus*, extrapolando esta conclusión a Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7.1 texto relativo al SC. *Macedonianus*. Respecto a Pomp. 1 *de. sen. cons.* D. 16.1.32.3, el autor hace referencia a la interpretación realizada por Nicosia coincidiendo con éste en que dicho texto contendría una *exceptio in factum*. Hemos encontrado a faltar tanto en el análisis de Pomp. 1 *de. sen. cons.* D. 16.1.32.3 de Nicosia, como en Betancourt sumándose a Nicosia, un análisis exhaustivo la locución “*exceptio fraudis senatus consulti factae*” y muy especialmente la expresión “*fraudis senatus consulti*” para dilucidar la verdadera naturaleza de la excepción.³¹

Seguidamente prosigue con el apartado dedicado a la cuestión de la existencia de la categoría de *exceptio utilis* en el Derecho romano posclásico. En este apartado el autor analiza cuatro textos que atribuye a la época posclásica. El primer texto que trata es Iul. 45 *dig.* D. 4.4.41, texto relacionado con la *i.i.r.* del *minor viginti quinque annis*. Respecto a este texto el autor llega a la conclusión de que en todo caso se trataría de una *exceptio in factum* en términos clásicos o de un recurso cognitorio en términos posclásicos. Después trata Ulp. 2 *disp.* D.

³⁰ BETANCOURT, *Excepciones* p. 711.

³¹ Sobre la cuestión del “*fraudis senatus consulti*” consideramos apropiado desde un punto de vista metodológico proponer junto al texto de referencia (Pomp. 1 *de sen. cons.* D. 16.1.32.3) el análisis de una serie de textos en los que la expresión aparece: Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7pr.; Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7.1; Paul. 16 *resp.* D. 16.1.29.1.

19.5.21, sobre el texto ulpiano argumenta un problema de ubicación en la Compilación, y concluye por tanto que la expresión no tiene sentido técnico en ese fragmento. A continuación analiza C. 2.4.9, un rescripto de Gordiano del 241 d.C. En este texto la problemática se plantea respecto a si contiene una *exceptio pacti* simple o si por el contrario se trata de una *exceptio pacti utilis*. Betancourt considera que se trataría de una *exceptio pacti* pura y simple.³² Finalmente el autor se refiere a C. 3.1.2., otro rescripto del 210 d. C. Nicosia, como anteriormente hemos apuntado, incluye este texto en los que el término *utilis* tiene una función predicativa. Betancourt por su parte añade sobre el texto que se trataría de un juicio de procedimiento cognitorio, posiblemente provincial y que por tanto el adjetivo *utilis* sólo podrá tener un significado predicativo.³³

Finalmente en un apartado de conclusiones, el autor sostiene la inexistencia de la categoría *exceptio utilis* en el Derecho romano clásico. Respecto a la existencia de excepciones útiles en el derecho romano posclásico, el autor considera también improbable su existencia, basándose en la naturaleza del procedimiento cognitorio, el reducido número de textos en que la expresión aparece, y que éstos pertenecen todos a la masa sabiniana lo cual justificaría la unidad de criterio respecto a la utilización del término "*utilis*".³⁴

Betancourt también publicó en 1987, un trabajo "Prolegómenos al estudio de los interdictos útiles", en el que realiza un análisis del *status quaestionis* en relación al tema de los *interdicta utilia*. El autor apunta que "la doctrina romanística ha tendido a ver en los *utilia interdicta* el mismo mecanismo que se observa en las *actiones utiles*, es decir, un *interdictum* que el Pretor extiende a casos nuevos".³⁵ El autor subraya la opinión de Schmidt, que considera que el interdicto útil tendría lugar mediante la extensión de un interdicto edictal a un

³² BETANCOURT, *Excepciones* p. 716.

³³ BETANCOURT, *Excepciones* p. 717

³⁴ BETANCOURT, *Excepciones* p. 719

³⁵ BETANCOURT, F., *Prolegómenos al estudio de los interdictos útiles*, op. cit. p. 255

supuesto no contemplado en el mismo, y operada mediante una adición que modificaría su contenido originario.³⁶

2.3. Wesener

Más recientemente, en 1995, Gunter Wesener³⁷ se ha ocupado de las “*Nichtediktaledinreden*”, excepciones no edictales, dentro de las cuales incluye las excepciones útiles. El autor estructura su trabajo en tres apartados. En el primer apartado de carácter introductorio, el autor analiza la relación entre las *exceptiones in factum* y las *actiones in factum*, afirmando su similitud y apuntando su carácter decretal. A continuación, en un segundo apartado, el autor analiza una serie de textos en los cuales aparece alguna referencia a las *exceptiones in factum*.³⁸ El tercer apartado lo divide en tres partes. La primera parte, que es la que a nuestro estudio interesa, la dedica a las excepciones útiles haciendo referencia también a los dos sentidos en que el adjetivo *utilis* puede venir referido a la *exceptio* y distinguiendo los textos del mismo modo que Nicosia y Betancourt, entre aquellos en los que la expresión aparece en un sentido únicamente predicativo, y aquellos en los que la expresión reviste un sentido técnico-jurídico. En este mismo apartado, el autor pasa a analizar escuetamente los tres textos que refieren la *exceptio utilis* en sentido técnico-jurídico,³⁹ sosteniendo las conclusiones de Nicosia.⁴⁰

³⁶ BETANCOURT, F., *Prolegómenos al estudio de los interdictos útiles*, op. cit. p. 269

³⁷ WESENER, *Nichtediktaledinreden* pp. 110 ss.

³⁸ Alf. 2 *dig.* D. 44.1.14; Ulp. 14 *ed.* D. 13.5.27; Ulp. 76 *ed.* D. 44.4.4.8; Cic. fam. 7.13.2; Pomp. 5 *de sen. cons.* D. 14.6.20; Scaev. 1 *dig.* D. 2.15.3.2; Ulp. 71 *ed.* D. 43.24.7.4; Ulp. 76 *ed.* D. 44.4.4.32; Iul. 47 *dig.* D. 46.1.14; Ven. 12 *de stip.* D. 7.9.4; Pomp. 8 *Sab.* D. 13.7.3; frg. Vat. 310; Pap. 13 *resp.* D. 35.2.15pr.; Lab. 6 *pith.* D. 44.1.23; Ulp. 5 *Sab.* D. 46.2.4; Ulp. 31 *Sab.* D. 23.3.7.3; Ulp. 68 *ed.* D. 43.13.1.6; Ulp. 70 *ed.* D. 43.18.1.4; Ulp. 74 *ed.* D. 2.11.2.8; Ulp. 76 *ed.* D. 21.3.1.4; Ulp. 76 *ed.* D. 44.4.4.15; Ulp. 76 *ed.* D. 44.5.1.6; C. 2.4.28.1.

³⁹ El autor afirma que Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7.1; Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5 y Iul. 45 *dig.* D. 4.4.41, contendrían una excepción útil.

⁴⁰ WESENER, *Nichtediktaledinreden* pp. 149-150.

En el tercer apartado analiza una serie de fragmentos del Digesto y del *Codex* en los que aparece una alternativa entre *exceptio–replicatio doli* y *exceptio–replicatio in factum*.⁴¹ El tercer epígrafe de este último apartado, el autor lo dedica a las conclusiones de su estudio. En estas conclusiones, Wesener apunta que las excepciones útiles son no edictales, es decir, decretales, como en el caso de las excepciones *in factum*. El autor asume la existencia de la categoría *exceptio utilis* en el Derecho romano clásico creadas a partir de una *exceptio* basada en un SC. o en una *lex*⁴² y defiende que tanto su construcción como su denominación son obra de Juliano y que en derecho justiniano la diferenciación entre estas categorías se pierde, confundándose ambas.⁴³ Asimismo concluye el autor apuntando que las *actiones utiles* y las *exceptiones utiles* presentan fuertes paralelismos aunque también se observan algunas diferencias.⁴⁴

2.4. Lenel

Lenel en la reconstrucción de la fórmula de las *exceptiones* en su Edicto Perpetuo,⁴⁵ señala algunos textos en los que también aparece la expresión “*exceptio utilis*”. Algunos de estos textos coinciden con los apuntados por Nicosia, aunque también aparece algún texto no advertido por este último. Las tres primeras referencias a la expresión “*utilis*”, aparecen bajo la rúbrica “*Si quis vadimoniis non obtemperevit*”. La primera aparece en relación a la *exceptio pacti conventi* que el autor formula “*si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit, ne ea pecunia petetur*” respecto a la cual añade “*ne in rem ageretur*” citando C. 2.4.9.⁴⁶

⁴¹ Ulp. 76 *ed.* D. 44.4.4.32; Iul. 14 *dig.* D. 46.1.14; Paul. 3 *quaest.* D. 12.5.8; Ulp. 31 *Sab.* D. 23.3.7.3; Ulp. 5 *ad Sab.* D. 46.2.4; C. 2.4.28.1.

⁴² WESENER, *Nichtediktale* p. 149.

⁴³ WESENER, *Nichtediktale* p. 150.

⁴⁴ WESENER, *Nichtediktale* p. 148.

⁴⁵ LENEL, *EP* pp. 501-513

⁴⁶ También apunta esta excepción útil: RUDORFF, *Edictum* p. 239.

La segunda referencia la encontramos en relación a la *exceptio* “*extra quam si ideo non stetit, quod sine dolo malo rei publicae causa afuit*”, excepción que podía conceder el pretor a aquél que no compareciera en juicio habiendo prestado el *vadimonium* por alguna ausencia por causa pública. Lenel formula la excepción útil sustituyendo “*rei publica causa afuit*” por “*si municipalis muneris causa afuit*”, partiendo de Ulp. 74 *ed. D.* 2.11.2.1.

La tercera aparece en referencia a la *exceptio* “*extra quam si valetudine tempestate vi fluminis prohibitus vadimonium sistere non potuit*”, excepción que podía conceder el pretor a aquél que no pudiera comparecer en juicio a causa de una enfermedad, tormenta, o avenida del río. La excepción útil que señala Lenel sería “*si mulier gravida erat*”, contenida en Ulp. 74 *ed. D.* 2.11.2.4.

Finalmente, respecto a la *exceptio rei venditae et traditae*: “*si non A. Agerius fundum quo de agitur N. Negidio vendidit et tradidit*”, el autor añade a pie de página cuatro partículas distintas que podrían componer la excepción aunque sin hacer referencia a que se tratase de excepciones útiles como se referirá Mantovani en cuyo apartado las analizaremos.

2.5. Mantovani

Mantovani en el apartado referido a las excepciones de su trabajo sobre las fórmulas en el proceso privado romano,⁴⁷ hace referencia a algunas excepciones útiles que a continuación indicaremos. El autor dedica un apartado a enumerar las excepciones contenidas en el Edicto Perpetuo siguiendo fundamentalmente la reconstrucción de Lenel.⁴⁸

⁴⁷ MANTOVANI, *Formule* pp. 97-101

⁴⁸ LENEL *EP*, pp. 501-513

La primera excepción útil la observamos respecto a la *exceptio pacti conventi*: “*si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit, ne ea pecunia petetur*” y remite a C. 2.4.9,⁴⁹ el mismo texto al que hace referencia Nicosia, pero divergiendo de éste último que considera que se trataría de una *exceptio in factum* y no de una *exceptio utilis*. Mantovani formula dicha *exceptio utilis* añadiendo a la *exceptio pacti* la expresión: “*ne in rem ageretur*”.⁵⁰

A continuación el autor apunta una excepción decretal en relación a la excepción “*extra quam ideo non stetit, quod sine dolo malo rei publicae causa afuit*”, planteando la formulación. “*si municipalis muneris causa afuit*” que aparece en Ulp. 74 *ed. D.* 2.11.2.1.⁵¹

La siguiente excepción útil la plantea en relación a la *exceptio “quod hereditati praeiudicium non fiat”* que el autor la formula “*si in ea re qua de agitur praeiudicium hereditati non fiat*” formulando la excepción útil: “*...inter actores et eum qui venus dedit...*” que aparece en Ulp. 15 *ed. D.* 5.3.25.17.

Finalmente, apunta una serie de excepciones útiles referidas a la *exceptio rei venditae et traditae*: “*si non A. Agerius fundum quo de agitur N. Negidio vendidit et tradidit*”.⁵²

- a) “*Si non A. is cui A. Agerius heres extinterit...*”; Ulp. 76 *ed. D.* 21.3.1.1
- b) “*Si non auctor N. Negidi ex voluntate A. Ageri*”; Ulp. 76 *ed. D.* 21.3.1.2; Ulp. 76 *ed. D.* 50.17.160pr.; Ulp. 16 *ed. D.* 6.3.14; Iul. 44 *dig. D.* 41.4.7.6.
- c) “*Si non curator A. Agerii...*”; Iul. 21 *dig. D.* 27.10.7.1.
- d) Para el caso de venta de una *universitas*: Ulp. 76 *ed. D.* 50.17.160.1.

⁴⁹ MANTOVANI, *Formule* p. 97, nt. 481

⁵⁰ NICOSIA, *Exceptio* p. 134

⁵¹ MANTOVANI, *Formule* p. 97, nt. 484. Teniendo en cuenta la configuración de esta excepción, probablemente se trataría de una *exceptio utilis*.

⁵² MANTOVANI, *Formule* p. 99, nt. 497

2.6. Otras opiniones

Una vez mencionados los estudios monográficos referidos al tema concreto de la *exceptio utilis*, analizaremos algunas obras de carácter general en las que encontramos referencias a esa categoría, y también otras opiniones aparecidas en trabajos monográficos sobre diferentes temas.

Como anteriormente hemos apuntado analizando el estudio de Nicosia, la primera referencia a las excepciones útiles la encontramos en Savigny que apunta que de forma análoga a las acciones útiles, también existe una categoría de excepciones útiles, definiéndolas como aquellas excepciones ya conocidas, designadas con un nombre en particular, que más tarde fueron extendidas a casos nuevos, dándole el nombre de *utilis exceptio* a la relación de tal extensión.⁵³ Asimismo, Wenger recoge sustancialmente el concepto de Savigny⁵⁴, aunque no lo refleja en su "*Römischer Zivilprozess*" cuando trata el apartado referido a las excepciones, aunque sí hace referencia a las *exceptiones in factum*.⁵⁵ Schulz también se refiere a las excepciones útiles: "*an exceptio utilis is an exception framed upon the model of an existing exception*".⁵⁶ Contra la anterior doctrina, Keller apunta que la expresión *exceptio utilis*, no indica la extensión de una excepción ya formulada en el edicto a un caso nuevo, sino que se refiere a cualquier hipótesis formulada por primera vez a la vista de un caso particular.⁵⁷

⁵³ SAVIGNY, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, op. cit. pp. 170-171.

⁵⁴ WENGER, L., *Pauly-Wissowas Real. Enc.* 6.2, 1909, col. 1560.

⁵⁵ WENGER, L., *Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts*, Ed. Hueber, München, 1925, p. 147, nt. 56.

⁵⁶ Asimismo el autor apunta que en algunos pasajes la expresión "*exceptio in factum*" sustituye "*exceptio utilis*" SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, op. cit., p. 56.

⁵⁷ KELLER, F.L., *Der römische Civilprozess und die Actionen*, op. cit. pp. 169-170 y nt. 375.

Kaser apunta que también hay (como en el caso de las acciones) excepciones no edictales útiles o excepciones no edictales *in factum*.⁵⁸ Otro aspecto destacable es la referencia del autor a la expresión "*exceptio utilis*" respecto a la cual apunta que aparece frecuentemente en las fuentes y que resulta dudoso discernir cuando procede de los juristas clásicos o de los compiladores.⁵⁹ Respecto a las acciones útiles o *ad exemplum*, el autor las considera una nueva categoría de acciones creadas por el pretor mediante la extensión de una acción directa por medio de la analogía: "sie bedeutet eine Erweiterung der Ausgangsklage mittels Analogie".⁶⁰ Este autor apunta que las acciones útiles han permitido en ocasiones extender o incluso crear nuevas instituciones jurídicas.⁶¹ Asimismo, el profesor de Salzburgo incluye en la categoría de acciones útiles, las acciones con fórmula ficticia, describiéndolas como aquellas que el pretor crea a partir de una acción edictal civil u honoraria que contiene una cláusula de ficción: "eine Gruppe innerhalb der *actiones utiles* bilden die Klagen, bei denen der Präetor eine ediktale (zivile oder honorarische) Formel durch die Fiktion eines Tatbestandselements abwaldent, das er hinzufügt oder wegnimmt (*formulae ficticiae*)".⁶²

⁵⁸ KASER, *ZPR* p. 263.

⁵⁹ KASER, *ZPR*, p. 330, nt. 22.

⁶⁰ KASER, *ZPR* pp. 329-330. El autor, sobre la denominación de *actio directa*, apunta una serie de textos en los que la expresión aparece: Gai. 4.34: ... *non habet directas actiones...* y Coll. 10.7.8 = PS. 2.12.8: *si quis rem penes se depositam apud alium deposuerit, tam ipse directam, quam is qui apud eum deposuit utilem actionem depositi habere possunt*. Asimismo hace referencia a un texto, apuntando que la expresión "*actio directa*" en ocasiones no se encuentra en las fuentes en sentido técnico: Ulp. 4 ed. D. 44.7.37pr.: *Actionis verbo continetur in rem, in personam: directa, utilis: praeiudicium, sicut ait Pomponius: stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt. Interdicta quoque actionis verbo continente*. Si bien es cierto que en este texto no se utiliza la expresión en un sentido estrictamente técnico, nos resulta muy interesante observar la circunstancia de que en ocasiones se omita el adjetivo que acompaña al sustantivo "*actio*" omitiendo de esta forma la concreta tipología de acción a la que el texto hace referencia: *actionis verbo continetur*, lo cual también sucede en el caso de la *exceptio* o el *interdictum*. Asimismo en las fuentes no encontramos una referencia a una "*exceptio directa*" o a un "*interdictum directum*".

⁶¹ En este sentido el autor cita las acciones *ad exemplum legis Aquiliae*, *ad exemplum institoriae actionis*, la *actio utilis* del cesionario y quizá también la *actio (vindicatio) utilis*. KASER, *ZPR*, p. 330.

⁶² KASER, *ZPR* p. 330.

Talamanca también hace referencia a la problemática que plantea el adjetivo *utilis* referido a las acciones, excepciones e interdictos, apuntando que la cuestión es discernir si el adjetivo *utilis* debe entenderse en un sentido técnico-jurídico o simplemente con una función atributiva.⁶³ Respecto a las *actiones utiles* el autor señala que: “un’*actio* è *utilis* quando si tratta di un’azione edittale, la quale, civile od onoraria che sia, venga data al di fuori dei presupposti previsti per la sua concessione, ma codesta qualifica nulla dice circa il modo in cui l’azione edittale viene adattata al caso concreto”⁶⁴

Cannata, en su redacción de la voz dedicada a las excepciones en el “*Novissimo Digesto Italiano*”, reserva un apartado a individualizar algunas categorías de excepciones teniendo en cuenta las fuentes. Entre estas categorías incluye la de las excepciones útiles, apuntando los mismos textos que Nicosia y refiriendo que con el adjetivo *utilis*, usado en forma predicativa, no se quiere simplemente decir que la excepción beneficiará a quién la opone, sino que se califican de útiles en las fuentes a aquellas excepciones atípicas relacionadas de cualquier modo con una excepción típica, ya sea modelada según ella o derivada de ella.⁶⁵

D’Ors, citando a Betancourt niega la existencia de la categoría *exceptio utilis* y señala la de *exceptiones in factum* como categoría de excepción no edictal.⁶⁶ Respecto a las acciones útiles e interdictos útiles, el autor incluye la categoría de

⁶³ TALAMANCA, M., *Enciclopedia del Diritto*, vol. 36, Ed. Giuffrè, Milán, 1987, vid. *Processo civile (diritto romano)*, pp. 62-63.

⁶⁴ TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, 1990, p. 318.

⁶⁵ CANNATA, A., *Novissimo digesto italiano*, vol. 6, Unione Tipografico- Editrice Torinese, Turín, 1957, p. 348. También en: ID., *Profilo istituzionale del proceso privato romano. II: Il proceso formulare*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1982, pp. 116-117.

⁶⁶ D’ORS, A., *Derecho privado romano*, Ed. Eunsa, 10a ed., Pamplona, 2004, §87 nt. 5

acciones útiles en su clasificación de las acciones⁶⁷ y asimismo en el caso de los interdictos. Respecto al término “*utilis*” referido a las acciones, resultan interesantes las precisiones que el autor realiza y que en suma coinciden con las de los autores que han tratado el tema de la *actio utilis*. D’Ors asume la distinción del término “*utilis*” en el sentido de conveniencia o eficacia, y en un sentido predicativo. Para ilustrar este sentido predicativo, el autor cita Gai. 3.209: “*quae actio utilis est*” y el adverbio “*utiliter*” cuando aparece unido al infinitivo “*agere*”.⁶⁸ Otra precisión importante efectuada por el autor y también realizada por Kaser, como hemos apuntado con anterioridad y que en el desarrollo de nuestro trabajo tendremos muy en cuenta ya que consideramos que también puede ser un argumento válido y aplicable a las excepciones útiles, es la posibilidad de que el adjetivo “*utilis*” se omita respecto a acciones de esta clase (en nuestro caso a las excepciones).⁶⁹ Respecto a los interdictos útiles d’Ors apunta que “parecen ser decretales y complementarios de otros edictales del mismo tipo (prohibitorios o restitutorios)”.⁷⁰

Rotondi, en su estudio “*Gli atti in frode alla lege nella doctrina romana*”, cita uno de los textos que contienen la expresión: “*...utilem...exceptionem...*”, Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.7.1, pero no hace referencia explícita a la categoría de *exceptio utilis*, aunque sí menciona expresamente que “*è necessario concedergli (per estensione) l’exceptio*”.⁷¹

Scarano en su obra “*L’utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Iuliano*”, refiriéndose al mismo texto, en el que Ulpiano cita a

⁶⁷ En la clasificación de las acciones honorarias el autor realiza una triple distinción entre acciones con ficción, entre las que incluye las acciones útiles, acciones con transposición de personas y acciones personales *in factum*. D’ORS, *DPR* §83

⁶⁸ D’ORS, *DPR* §83.

⁶⁹ KASER, *ZPR*, pp. 329-330.

⁷⁰ D’ORS, *DPR* §83, nt. 4.

⁷¹ ROTONDI, G., *Gli atti in frode alla lege nella doctrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Ed. Unione tipografico – Editrice Torinese, Milano, Roma, Napoli, 1911, pp. 103-104

Juliano, pone de relieve el recurso empleado por el jurista y citando a Rotondi, apunta que debe extenderse la aplicación de la *exceptio*.⁷²

Mannino en su estudio "*L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*",⁷³ realiza la exégesis de dos de los textos que Nicosia considera que contienen una excepción útil, Ulp. 4 *ed.* D. 14.6.7.1 y Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5, citando a dicho autor y considerando igualmente que en ambos casos se produce una extensión de la excepción edictal.⁷⁴

Doll, también hace referencia al concepto de excepción útil de Nicosia en su trabajo "*Von der vis maior zur höheren Gewalt*".⁷⁵ En el análisis de Ulp. 74 *ed.* D. 2.11.2.4, el autor apunta que el texto contendría una excepción útil redactada a semejanza de la *exceptio* "*extra quam si valetudine tempestate vi fluminis prohibitus vadimonium sistere non potuit*".⁷⁶

Recientemente algunos autores de forma colateral en el marco de trabajos sobre temáticas diversas, han hecho referencia a la categoría *exceptio utilis*, al tratar algún texto en el que la expresión aparece. En este sentido destacamos el trabajo de José Luís Alonso, "Estudios sobre la delegación" de 2001, en el que el autor analiza dos fragmentos a propósito de la *delegatio*, que también serán objeto de nuestro estudio: Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5 y Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.17pr., afirmando en el primer caso la existencia de una *exceptio utilis*: "...la *exceptio ex SC.to Velleiano* se concede como *utilis* al delegado de la mujer que intercede, sobre la base de una analogía con el fiador *ignorans...*", y afirmando en

⁷² SCARANO, V., *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Ed. Guiffirè, Milano, 1987, p. 59, nt. 34

⁷³ MANNINO, V., *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Ed. G. Giappichelli Editore, Torino, 1992.

⁷⁴ MANNINO, *Estensione*: respecto a Ulp. D. 14.6.7.1: pp. 133-134; respecto a Afr. D. 16.1.19.5: pp. 140-142.

⁷⁵ DOLL, A., *Von der vis maior zur höheren Gewalt. Geschichte und Dogmatik eines haftungsentlastenden Begriffs*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 1989, p. 31.

⁷⁶ DOLL, A., *op. cit.*, p. 31.

el segundo caso que la excepción concedida por el pretor sería la *exceptio ex SC.to Velleiano*.⁷⁷ Anamaria Salomone, en su monografía "*Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*" de 2007, analiza en profundidad Iul. 45 dig. D. 4.4.41, concluyendo que el fragmento contendría una *exceptio utilis* análoga a la *exceptio rei iudicatae*, una *exceptio quasi ex causa iudicati* que podría asimilarse a una *exceptio doli* que neutralizaría la pretensión del comprador.⁷⁸ En 2009, Luigi Pellecchi en un artículo sobre "La posizione dell'*exceptio pacti* nell'Editto del Pretore", también se ha referido a la concesión de una *exceptio* análoga a la que habría paralizado la acción real del adversario, contenida en C. 2.4.9.⁷⁹ Asimismo, este autor, en una monografía del 2003, sobre la *praescriptio*, y citando las opiniones de Nicosia y Wesener, señala en relación a las excepciones decretales, una distinción entre *exceptiones utiles* y *exceptiones in factum*, que se remontaría a Juliano y que sería abandonada por la jurisprudencia posterior. Respecto a la categoría *exceptio utilis*, Pellecchi apunta que "veniva data in *Anlehnung* alle eccezioni che si fondavano sul *ius civile* per far valere *leges* o *senatusconsulta*".⁸⁰ Finalmente destacamos la monografía sobre la *replicatio* de Giovanni Papa también de 2009, en la que el autor recoge el concepto de *exceptio utilis* de Nicosia y Wesener, y alude a esta categoría en relación a algunos fragmentos: Iul. 45 dig. D. 4.4.41; Ulp. 29 ed. D. 14.6.7.1; Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5; Marcian. 1 *ad form. hyp.* D. 20.4.12. Asimismo analiza las expresiones: "*replicatio utilis, utiliter replicari, utiliter replicatione uti,*" afirmando que del mismo modo que sucede en la mayoría de casos con la expresión "*exceptio utilis*", el adjetivo "*utilis*" o el adverbio "*utiliter*" referido a

⁷⁷ ALONSO RODRÍQUEZ J.L., *Estudios sobre la delegación. La doble atribución patrimonial*. Vol. 1, 2a parte, Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano, nº14, Universidade de Santiago de Compostela, 2001, p. 465.

⁷⁸ SALOMONE, A., *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Ed. Satura Editrice, Napoli, 2007, p. 329.; ID., *Emptio venditio, evictio e causa iudicati*, en *La compraventa e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, ed. Luigi Garofalo, Ed. Cedam, Padova, 2007, pp. 375ss.

⁷⁹ PELLECCHI, L., *La posizione dell'exceptio pacti nell'Editto del Pretore*, RH nº 2 avril-juin (2009), p. 171, nt. 59.

⁸⁰ PELLECCHI, L., *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale. Modelli espositivi*, Cedam, Padova, 2003, pp. 131-132, nt. 66.

la *replicatio* no califica a una determinada categoría de *replicatio*, sino que tiene un sentido absolutamente atécnico y se emplea en sentido predicativo.⁸¹

2.7. Perspectiva crítica del *status quaestionis*

Si metodológicamente partimos de la existencia de la tipología de “*exceptio utilis*” en el derecho romano clásico, con unas características propias que identifican tal categoría, también debemos tener en cuenta la posibilidad de que sin aparecer la expresión *exceptio utilis*, en un determinado fragmento se esté haciendo referencia a esta categoría. En los trabajos de Nicosia, Betancourt y Wesener, observamos cómo los autores parten únicamente de textos que contienen dicha expresión, sin hacer referencia a otros, algunos de ellos apuntados anteriormente por Lenel en su reconstrucción del Edicto Perpetuo, respecto a los que ya se indica la existencia de una *exceptio utilis*⁸² y posteriormente, Mantovani añadirá otros textos que también contienen una excepción útil.⁸³ En nuestro estudio, como ya se ha señalado en la introducción, no analizaremos todos los textos que contienen una *exceptio utilis* pero en los que no aparece la expresión, sino únicamente aquellos que presentan un nexo temático con algún fragmento en el que encontramos la referencia expresa a la *exceptio utilis*, precisamente para constatar que el hecho de que no aparezca la expresión, no es óbice para excluir que se trate de una *exceptio utilis*. Hasta el momento, observamos cómo respecto al tema de la *exceptio utilis* no se ha realizado un análisis conjunto de todos los textos que *a priori*, y tal como los autores anteriormente apuntados han señalado contendrían tal categoría de *exceptio*. Asimismo añadiremos que desde el punto de vista del método empleado por los autores para abordar el análisis de los textos, detectamos quizás

⁸¹ PAPA, G., *La replicatio. Profili processuali e diritto sostanziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 346-347.

⁸² Ulp. 74 ed. D. 2.11.2.1; Ulp. 74 ed. D.2.11.2.4.

⁸³ Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.17; Ulp. 76 ed D. 21.3.1.1, §1.2; Iul. 21 dig. D. 27.10.7.1; Ulp. 76 ed. D. 50.17.160.1.

en mayor medida en Betancourt que en Nicosia, un marcado recurso a la crítica de interpolaciones propio de la época, en Wesener contemporáneo a ambos, este recurso aparece en menor medida, aunque el trabajo de este autor se centra en el análisis de la categoría más amplia de excepciones no edictales. En relación al resto de referencias doctrinales a la excepción útil, observamos cómo mayoritariamente los autores se han limitado a reiterar una *communis opinio* sin realizar un análisis en profundidad de la cuestión.⁸⁴

Del mismo modo y de forma previa al desarrollo dogmático de la excepción útil, resultaría interesante un estudio centrado en la *exceptio*, abordado desde una doble perspectiva: la excepción formularia en las Instituciones de Gayo, y la excepción en la jurisprudencia clásica recogida en la Compilación justiniana a través de la perspectiva de la reconstrucción del Edicto Perpetuo. La profundización en estas dos fuentes de naturaleza diversa, podría aportar mayor luz al estudio de la *exceptio* en el procedimiento formulario, y a su vez sentar las bases para el análisis de la *exceptio utilis* en el procedimiento formulario.

En este apartado hemos querido apuntar algunas de las lagunas que presentan los estudios previos proponiendo una serie de líneas de investigación que abordaremos en el desarrollo de nuestro trabajo

⁸⁴ Como anteriormente hemos apuntado un grupo de autores mayoritario afirma la existencia de la categoría *exceptio utilis* mientras otro minoritario niega su existencia.

3. BREVE ACERCAMIENTO A LA *EXCEPTIO* COMO CLÁUSULA DE LA FÓRMULA.

3.1. Tratamiento estructural de la *exceptio* formularia en las fuentes

En este apartado nos aproximaremos a la *exceptio* como *pars formulae* y extraeremos un concepto desde la perspectiva de las Instituciones de Gayo, y más concretamente de su comentario cuarto. Asimismo realizaremos un análisis sistemático del título 44.1: *De exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis*, extrayendo las referencias a la *exceptio* como cláusula.

3.1.1. La *exceptio* en el cuarto comentario de las Instituciones de Gayo.

El comentario cuarto de las Instituciones de Gayo trata sobre las acciones.⁸⁵ Para su comentario seguiremos la acertada estructura planteada por Pellecchi:⁸⁶

§§ 1-81	<i>actio</i> (analizada como contenido)
§§ 82-114	<i>actio</i> (analizada como procedimiento)
§§ 115-129	<i>exceptio, adiectiones</i>
§§ 130-137	<i>praescriptio</i>
§§ 138-170	<i>interdicta</i>
§§ 171-173	Mecanismos introducidos por el Pretor para sancionar al demandado que asume un litigio sin fundamento
§§ 174-181	Sanciones contra el actor que entabla un litigio sin fundamento
§182	Elenco de juicios de carácter infamante / significado y consecuencias de la <i>ignominia</i>
§§ 183-187	<i>in ius vocatio / vadimonia</i>

Observamos cómo las *exceptiones* se sitúan junto a las *praescriptiones* separadamente al análisis realizado por Gayo de las *pars formulae*.⁸⁷ Las partes de la fórmula enumeradas por Gayo: *demonstratio, intentio, adiudicatio* y

⁸⁵ Gai. 4.1: *Superest, ut de actionibus loquator...*

⁸⁶ PELLECCHI, *Praescriptio* pp. 32, 33, 62 y 63.

⁸⁷ Gai. 4.39: *Partes autem formularum hae sunt: demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio*

condemnatio son analizadas conjuntamente (§§39-44), por el contrario *exceptio* y *praescriptio* son analizadas en la última parte del comentario. Este tratamiento separado puede explicarse por dos circunstancias: su consideración como cláusulas eventuales que eran incluidas en la fórmula y el modo en que estas cláusulas aparecían ubicadas en el edicto.

Falcone apunta que el párrafo que abre el tratado sobre las *exceptiones*, Gai 4.115, se inicia con la locución: “*Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus*”, marcando de este modo el comienzo de una secuencia temática nueva y homogénea, respecto al párrafo anterior, Gai. 4.114, que trataba sobre la *satisfactio post acceptum iudicium*. Según el autor, Gayo atribuye a las *exceptiones* una posición autónoma, y también un rol de referencia lógico y topográfico para el tratamiento de las *adiectioes* (*replicatio, duplicatio, triplicatio...*), que no dejan de ser una proyección de la *exceptio*.⁸⁸

Pellecchi apunta que Gayo presenta en el comentario cuarto, desde una sistemática diferente, un sistema organizado de los *genera* de los remedios procesales expuestos por el pretor en el edicto. Destaca el autor la similitud de la secuencia expuesta por Gayo en el comentario cuarto, con la del capítulo 85 de la *lex Irnitana*.⁸⁹ En la *lex Irnitana* la secuencia que aparece es: *sponsiones, stipulationes, satis acceptiones, exceptiones, praescriptiones, interdicta*. Observamos cómo la terna *exceptiones, praescriptiones, interdicta*, se sitúan en el mismo espacio expositivo en el comentario cuarto y en el capítulo 85 de la *lex Irnitana*. Teniendo en cuenta la *lex Irnitana* del año 91 d.C., el esquema expositivo se podría situar en una época anterior a Gayo. La explicación que ha dado la doctrina tradicional, y que encaja con la ubicación de *exceptiones* y *praescriptiones* en el cuarto comentario, es la distinción entre partes ordinarias y

⁸⁸ FALCONE, G., *Appunti sul IV comentario delle Istituzioni de Gaio*, Giapplichelli Editore, Torino, 2003, p. 38-40.

⁸⁹ PELLECCHI, *Praescriptio* p. 58.

partes extraordinarias de la fórmula, siendo *exceptiones* y *praescriptiones* partes extraordinarias que pueden insertarse eventualmente en la fórmula, pero cuya presencia no depende de la estructura de la acción sino de la iniciativa del demandado. Esta teoría aparece reforzada por la ubicación de las *exceptiones* propuestas por el pretor en el Edicto perpetuo. Lenel las sitúa en un título autónomo bajo la rúbrica *De exceptionibus*,⁹⁰ entre la rúbrica *De interdictis*⁹¹ y la rúbrica *De stipulationibus praetoriis*.⁹² Por tanto, también se constata que su ubicación aparece separada de la fórmula de las acciones, acentuando de este modo, el carácter de elemento incidental de la fórmula.

Respecto al esquema expositivo del tratado *De exceptionibus* del comentario cuarto, lo podemos esquematizar del siguiente modo:

§115	Introducción	<i>Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus</i>
§116	Función / inclusión de la <i>exceptio</i> en <i>actiones in personam</i>	<i>Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur, saepe enim</i>
§117	Inclusión de la <i>exceptio</i> en <i>actiones in rem</i>	<i>In his quoque actinonibus, quae non in personam sunt, exceptiones locum habent</i>
§118	Fuentes de las <i>exceptiones</i>	<i>- in edicto praetor habet propositas</i> <i>- causa cognita accomodat</i> <i>- ex legibus vel his, quae legis vicem optinent</i> <i>- ex iurisdictione praetoris proditae sunt</i>

⁹⁰ LENEL, *EP* p. 501

⁹¹ LENEL, *EP* p. 446

⁹² LENEL, *EP* p. 514

§119	Redacción de la <i>exceptio</i>	<i>Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur</i>
§120	Clasificación <i>exceptiones perentorias / exceptiones dilatorias</i>	<i>Dicuntur autem exceptiones aut peremptoriae aut dilatorias</i>
§121	Definición y enumeración de <i>exceptiones perentorias</i>	<i>exceptio metus; exceptio doli; exceptio quod contra legem senatusue consultum factum est; exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae; exceptio pacti (ne omnino pecunia peteretur).</i>
§122	<i>Exceptiones dilatorias temporales</i>	<i>exceptio pacti conventi (ne intra quinquennium peteretur); exceptio res dividuae et residuae</i>
§123	Consecuencias de la introducción de una <i>exceptio dilatoria</i> en la fórmula de la acción	<i>Observandum est autem ei, cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; aliquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit</i>
§124	<i>Exceptiones dilatorias personales</i>	<i>exceptio cognitioria</i>
§125	Consecuencias de la no introducción de una <i>exceptio perentoria</i> en la fórmula de la acción	<i>Sed peremptoria quidem exceptione si reus per errorem non fuerit usus, in integrum restituitur adiciendae exceptionis gratia</i>

Del esquema expositivo de la *exceptio*, podemos deducir el marcado carácter didáctico de una obra como las Instituciones. Este esquema expositivo lo podemos dividir en dos partes, una primera que podríamos denominar parte general, en la que Gayo trata aspectos generales de la *exceptio* como cláusula:

función, introducción en las fórmulas de *actiones in rem* y en las de *actiones in personam*, fuentes de las *exceptiones*, y redacción. Y una segunda parte en la que Gayo expone una clasificación de las *exceptiones* en dilatorias y perentorias.

3.1.1.1. Un concepto

La *exceptio* es una cláusula que se introduce en la fórmula en defensa del demandado,⁹³ redactada en condicional negativo,⁹⁴ cuya eficacia se funda en la jurisdicción del magistrado que acuerda su inserción⁹⁵ y cuya finalidad principal es la de superar los efectos del *ius civile*,⁹⁶ aunque también puede dar eficacia a disposiciones de leyes y *senatusconsulta*⁹⁷

La defensa del demandado en el procedimiento formulario, cristaliza en la posibilidad de incluir la *exceptio* en la fórmula. En un primer momento, el único mecanismo de defensa del demandado, era la posibilidad de manifestar sus objeciones *in iure*, y que el pretor, *causa cognita*, denegara la acción.⁹⁸ En un segundo momento, después de la *causae cognitio* sumaria del pretor, éste acordaría la inserción de una *praescriptio* en la fórmula, y si los hechos contenidos en la *praescriptio* eran verificados por el *iudex privatus*, la acción era denegada, excluyendo por tanto el efecto consuntivo de la *litiscontestatio*. Gayo, al inicio del tratado *de praescriptionibus*, Gai. 4.133, apunta que algunas *praescriptiones* también servían para proteger a los demandados: *olim autem quaedam et pro reo opponerantur...* Cannata apunta que se debe suponer un origen común a todas las *exceptiones* más antiguas en estas *praescriptiones pro*

⁹³ Gai. 4.116: *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur...*

⁹⁴ Gai. 4.119: *Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur...*

⁹⁵ Gai. 4.118: *...ex iurisdictione praetoris proditae sunt...*

⁹⁶ Gai. 4.116: *Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, ser iniquum sit eum indicio condemnari...*

⁹⁷ Gai. 4.118: *...ex legibus vel ex his, quae legis vicem optinent, substantiam capiunt...*

⁹⁸ CANNATA, *Profilo* p. 119; PALERMO, A., *Studi sulla "exceptio" nel diritto classico*, Giuffrè, Milano, 1956. p.

reo.⁹⁹ El último paso en la evolución, sería la transformación de las *praescriptiones pro reo* en *exceptiones*.¹⁰⁰

En Gai. 4.119, el jurista alude a la redacción de la *exceptio* en condicional negativo: *Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur...* Si los hechos contenidos en la *exceptio* fueran probados *apud iudicem*, el demandado resultaría absuelto.¹⁰¹ La configuración de la *exceptio* como una exclusión también la encontramos referida en Ulp. 74 *ed. D.* 44.1.2pr. y §2.2: *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. 2. Illud tenendum est omnem exceptionem vel replicationem exclusoriam esse: exceptio actorem excludit, replicatio reum.*

La *exceptio* operaba como condición de la condena, y si el juez consideraba probados los hechos en ella contenidos, y el demandado resultaba absuelto, se producía la consumación de la acción del actor.¹⁰²

La inclusión de la *exceptio* en la fórmula se funda en la *iurisdictio* del magistrado, por lo que la fuente inmediata de la *exceptio* es el *ius honorarium*.¹⁰³ Sin embargo, la *exceptio* también sirvió para dar eficacia a disposiciones contenidas en las denominadas *leges imperfectae*¹⁰⁴ mediante la concesión de una

⁹⁹ CANNATA, *Profilo* pp. 119-120; En el mismo sentido: KASER, *ZPR* p. 260.

¹⁰⁰ Respecto a la transformación de las *praescriptiones pro reo* en *exceptiones*, vid. PELLECCI, *Praescriptio* pp. 118-124.

¹⁰¹ Paul. *de var. lect.* D. 44.1.22pr.: *Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.*

¹⁰² Este efecto de consumación de la acción producido por la *exceptio* supone un avance en la protección del demandado, respecto al régimen de las antiguas *praescriptiones pro reo*, que únicamente producían la exclusión del pronunciamiento del *iudex*, y no impedía que la acción pudiera volverse a plantear. TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, 1990, p. 321.

¹⁰³ CANNATA, *Profilo* p. 112.

¹⁰⁴ Las denominadas *leges imperfectae*, no declaran la ineficacia del acto realizado en contra de lo que disponen, ni imponen una sanción al infractor, requieren la intervención del pretor para impedir prácticamente el efecto del acto prohibido. Paralelas a las *leges imperfectae*, también

*exceptio*¹⁰⁵ como puede observarse en Gai. 4.118: *Exceptiones... quae omnes vel ex legibus vicem optinent, substantiam capiunt vel iurisdictione praetoris proditae sunt*. La *divisio* gayana entre *exceptiones ex legibus... substantiam capiunt / ex iurisdictione praetoris proditae sunt*, debe ser tomada en cuenta desde la perspectiva global del fragmento en que se encuentra. En Gai. 4.118, Gayo realiza una primera distinción en la que alude a que unas *exceptiones* eran propuestas por el pretor en el edicto y otras las concedía *causa cognita*; posteriormente introduce la distinción entre excepciones que se derivan de las leyes y excepciones introducidas por la jurisdicción del pretor. Observamos cómo en un primer momento se alude al origen de la *exceptio*, que puede ser edictal o redactada por el pretor *ad casum*, y posteriormente se alude al contenido de esta *exceptio* que puede derivarse de las leyes o de la *iurisdictio* del pretor.¹⁰⁶ Esta doble distinción no señala la naturaleza de la *exceptio*, sino a su origen y contenido, se sobreentiende que la naturaleza de este recurso procesal es honoraria, como bien señala Fernández de Buján.¹⁰⁷ Reforzando esta teoría podemos referir el caso de una *exceptio legis Cinciae in factum*. Esta excepción aparece en frg. Vat. 310, en un fragmento de Paulo del libro 23 *ad edictum de brevibus*. En este caso, el pretor no recurre a la *exceptio* general: *si quid contra legem senatusue consultum factum esse dicetur*, sino que redacta una *exceptio causa cognita*. Observamos cómo en este supuesto el pretor, redacta la *exceptio* para dar cumplimiento a los preceptos contenidos en una ley, en este caso un plebiscito, la *lex Cinciae*, aludiendo al contenido sustantivo de la misma: *si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum*. En esta *exceptio* se conjuga

hallamos las denominadas *leges minus quam perfectas*, las cuales sí arbitaban una pena por la infracción. D'ORS, *DPR* §35; KASER, *RPR* 1, p. 269ss.; TALAMANCA, *Istituzioni* pp. 56ss

¹⁰⁵ *Ad exemplum: exceptio legis Laetoriae, legis Cinciae, SC.ti Velleiani, SC.ti Macedoniani*. Algunos autores, también han definido la *exceptio iusti domini* como una excepción civil, atendiendo a que se funda en el *ius civile*. La *exceptio iusti domini* es la excepción que el *dominus ex iure Quiritium* podía oponer a la *actio Publiciana* planteada contra él. Paul. *not. ad Pap.* 10 *quaest.* D. 6.2.16: *Exceptio iusti domini Publicianae obicienda est*.

¹⁰⁶ Sobre la *divisio* contenida en Gai. 4.118, vid. PELLECCHI, *Praescriptio* p. 133, nt. 67.

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho romano*, Ed. Iustel, Madrid, 1ª ed., 2006, p. 129.

de una parte, su contenido basado en un plebiscito, y de otra su redacción *causa cognita* por parte del pretor, tratándose por tanto de una *exceptio in factum*.

Algunos autores han designado a este tipo de *exceptiones* cuyo contenido se funda en una *lex*, plebiscito o SC., excepciones civiles, aunque dicha expresión no aparece en las fuentes.¹⁰⁸ Consideramos que esta denominación únicamente puede aludir al contenido de la *exceptio*, puesto que este tipo de *exceptiones* no presentan un régimen diferenciado del resto de *exceptiones* concedidas por el pretor, como sucede *ad exemplum* en el caso de la distinción entre excepciones dilatorias y perentorias, cómo veremos más adelante. El pretor, redacta la *exceptio* a partir de los preceptos contenidos en la disposición de referencia. A partir de la forma pretoria que asumen todas las *exceptiones*, éstas basan su contenido en las leyes o fuentes equiparables a las leyes.¹⁰⁹ En el edicto podemos observar como aparece formulada bajo la rúbrica: *Si quid contra legem senatusue consultum factum esse dicetur una exceptio* redactada con carácter general: *Si in ea re nihil contra legem senatusue consultum factum est*.¹¹⁰ El pretor redacta esta *exceptio* para dar cumplimiento a las leyes o senadoconsultos mediante la inclusión de esta cláusula en la fórmula de la acción correspondiente. La adaptación de la *exceptio* al caso concreto consiste en la introducción de la ley o senadoconsulto que presuntamente se ha contravenido. Advertimos como el pretor, a través de un instrumento procesal que le es propio, la *exceptio*, da eficacia a una disposición normativa, cuya contravención en caso contrario no tendría consecuencias jurídicas. Pero esta *exceptio*, si bien presenta la particularidad de que su contenido es redactado a partir de una disposición normativa, su incidencia en el desarrollo del *iudicium* no es diferente a la incidencia de cualquier otra *exceptio* desde el punto de vista de la *postulatio exceptionis* o de la prueba, como veremos más adelante.

¹⁰⁸ KASER, *ZPR* p. 261.

¹⁰⁹ PELLECCHI, *Praescriptio* p. 133, nt. 67.

¹¹⁰ LENEL, *EP* p. 513.

Junto a la función de la *exceptio* de defensa del demandado, Gayo alude a su finalidad correctora del *ius civile*, en Gai. 4.116: *saepe enim accidit, ut quis iure civil teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari*. La mecánica procesal de la *exceptio* y su fuerza y agilidad permitió que lo que originariamente no era más que una pura defensa del demandado se convirtiera en un elemento corrector y modernizador del *ius civile*.¹¹¹ Talamanca apunta que una de las tareas del *ius honorarium*, y de la *iurisdictio* pretoria, fue la de corregir el *ius civile*, impidiendo la aplicación en el ámbito del proceso, de aquellas normas del *ius civile* que no respondían a la conciencia social que se iba desarrollando; un ejemplo de ello serían las consecuencias derivadas del formalismo y abstracción de la mayoría de negocios del *ius civile*.¹¹² D'Ors apunta que los efectos del *ius civile* suelen producirse *ipso iure*, mientras que los del *ius honorarium* se producen *ope exceptionis*.¹¹³ La *exceptio* sirvió para introducir en el campo del derecho sustancial y procesal nuevas instituciones y reglas de derecho a través de la tendencia al respeto de la *aequitas*, de la cual el pretor se hizo vivo intérprete.¹¹⁴ Multitud de circunstancias desconocidas o irrelevantes para el *ius civile*, que fueron introducidas en el edicto como meras posibilidades hipotéticas, empezaron a revestir un indiscutible valor jurídico, hasta llegar al extremo de anular, aunque siempre con eficacia *inter partes*, y dentro del proceso, actos jurídicos perfectamente válidos y legítimos desde el punto de vista formal, que atentaban contra la *aequitas* desde un punto de vista material.¹¹⁵

¹¹¹ MURGA, J.L., *Derecho romano clásico. II El proceso*, Zaragoza, 1983, p. 192.

¹¹² TALAMANCA, *Istituzioni* p. 319

¹¹³ D'ORS, *DPR* §87

¹¹⁴ PALERMO, *Studi* p. 88.

¹¹⁵ MURGA, J.L., *Derecho romano clásico, op. cit.* p. 193

3.1.2. La *exceptio* en D. 44.1: *De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis*.

En el libro 44 del Digesto encontramos cinco títulos en los que el tema central es la *exceptio*: D. 44.1: *De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis*; D. 44.2: *De exceptione rei iudicatae*; D. 44.4: *De doli mali et metus exceptione*; D. 44.5: *Quarum rerum actio non datur*; D. 44.5 *De litigiosis*.¹¹⁶

En la rúbrica *De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis* observamos se integran *exceptio*, *praescriptio* y *praeiudiciis*.¹¹⁷ Esta integración puede relacionarse de una parte con la concepción de este primer título como introductorio, y de otra con el fenómeno que en el transcurso de la edad clásica llevó a utilizar el término “*praescriptio*” como sinónimo del más técnico “*exceptio*”.¹¹⁸ La rúbrica está compuesta de 24 fragmentos, de los cuales la mayoría hacen referencia a la *exceptio*. A continuación detallaremos de forma sistemática aquellos fragmentos en los que aparece la referencia a la *exceptio* como categoría genérica:

¹¹⁶ En el libro 44, el análisis de la *exceptio* se organiza en diferentes títulos que no son exhaustivos, en el sentido que no tratan de forma pormenorizada cada una de las *exceptiones*, sino que encontramos un título introductorio, en el que también se incluyen fragmentos en los que se hace referencia a excepciones concretas, por ejemplo, a la *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* y centrándose en los siguientes títulos, en algunas *exceptiones* siguiendo el orden establecido en el edicto. Asimismo debemos recordar otras rúbricas, como por ejemplo D.23.1: *De exceptione rei venditae et traditae*, entre otras, que se encuentran alejados del libro 44, pero que también tratan el tema de la *exceptio*.

¹¹⁷ En la Glosa, encontramos la anotación a la palabra “*praeiudiciis*” de la rúbrica que precisa: “*praeiudicium dicitur sive praeiudicialis actio sive praeiudicialis exceptio*”. [*Corpus iuris civilis*]... commentariis Accursii, scholiis Contii, paratitlis Cuiacii... novae accesserunt ad ipsum Accursium Dionysii Gothofredi, I. C. notae, ... Lugduni : Sumptibus Horatii Cardon, 1604. v.3 - *Digestum novum*.

¹¹⁸ PELLECCI, *Praescriptio* p. 49, nt. 108.

§1	Ulp. 4 <i>ed.</i>	Papel de la <i>exceptio</i> en el procedimiento	<i>Agere etiam est videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est</i>
§2pr. §2.4	Ulp. 74 <i>ed.</i>	Finalidad Clasificación <i>exceptiones perentorias/ dilatorias</i>	<i>Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.</i> <i>Sane solemus dicere quasdam exceptiones esse dilatorias, quasdam peremptorias</i>
§3	Gai. 1 <i>ed. prov.</i>	Clasificación <i>exceptiones perentorias/ dilatorias</i>	<i>Exceptiones aut perpetuae et peremptoriae sunt aut temporales et dilatoriae</i>
§7pr. §7.1	Paul. 3 <i>Plaut.</i>	Clasificación <i>exceptiones personae cohaerentes / rei cohaerentes</i>	<i>Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios</i> <i>Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt</i>
§19	Marcian. 13 <i>inst.</i>	<i>exceptiones rei cohaerentes</i>	<i>Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt.</i>
§20	Paul. <i>de conc. form.</i>	fundamento	<i>Exceptiones opponuntur aut quia factum sit quod fieri oportet aut quia factum sit quod fieri non oportuit, aut quia factum non sit quod fieri debuerat.</i>

En los fragmentos seleccionados observamos cómo vuelven a aparecer temas relacionados con la función de la *exceptio*, su papel en el procedimiento, la clasificación entre *exceptiones* dilatorias y perentorias, y una nueva clasificación entre *exceptiones personae coherentes* y *exceptiones rei coherentes*.

3.2. *Postulatio exceptionis*

En el *agere per formulas* regía el principio dispositivo, y por tanto, para dar inicio al proceso, era necesaria la *postulatio actionis*, la solicitud por parte del actor de la fórmula correspondiente. Del mismo modo, el demandado, en caso que quisiera insertar una *exceptio*, debía solicitarlo al pretor: *postulatio exceptionis*.¹¹⁹ Sobre esta cuestión debemos apuntar un fragmento fundamental, de Ulpiano que alude a que el demandado es demandante en cuanto a la excepción: Ulp. 4 *ad ed.* D. 44.1.1: *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est*. De este fragmento, que identifica la posición del actor respecto a la acción, con la posición del demandado respecto a la excepción, podemos concluir que el demandado debía solicitar la inclusión de la *exceptio* en la fórmula y de igual forma que el demandado, deberá probar su contenido. Asimismo también debe ser tenido en cuenta Gai. 4.125: *Sed peremptoria quidem exceptione si reus per errorem non fuerit usus, in integrum restituitur adiciendae exceptionis gratia. Dilatoria vero si non fuerit usus, an in integrum resituatur quaeritur*. En este fragmento de las Instituciones de Gayo, observamos cómo se alude a la posibilidad de que el demandado por error, olvide usar una *exceptio* perentoria, por tanto, de esta afirmación se puede extraer que la obligación de incluir la excepción es del demandado, puesto que el pretor arbitra un remedio, la *i.i.r.*, para el caso en que el demandado olvide incluir una *exceptio*

¹¹⁹ En este sentido, Cannata apunta que: “la presenza dell’*exceptio* in una formula non dipende dalla struttura della relativa azione, ma dalla concreta iniziativa che il convenuto prenda, nel singolo processo”. CANNATA, *Profilo* p. 111. Se ha discutido en el caso de la *exceptio si quid contra legem senatusue consultum factum esse dicetur*, la excepción era introducida de oficio por el pretor. Esta cuestión será analizada con más detenimiento en el apartado *Exceptio utilis ex senatusconsultum*.

perentoria en la fórmula. En la reconstrucción del Edicto, Lenel situa bajo el título X, las diversas causas que dan lugar a la concesión de la *i.i.r.*, entre ellas encontramos “*De lite restituenda*”, en la que se alude al citado fragmento gayano, que prevé la *i.i.r* para aquellos casos en los que el demandado por error omitiera la inclusión de una *exceptio peremptoria*.¹²⁰

Una cuestión relacionada con la *postulatio exceptionis*, es la carga de la prueba de la *exceptio*. Sobre esta cuestión, debemos tener en cuenta los siguientes fragmentos que analizaremos a continuación, y que se sitúan bajo la rúbrica *De probationibus et praesumptionibus* (D.22.3): Ulp. 69 *ed.* D. 22.3.2: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*; Ulp. 7 *disput.* D. 22.3.19pr.: *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse...* También debemos tener en cuenta el anteriormente citado Ulp. 4 *ed.* D. 44.1.1: *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est*. En los fragmentos apuntados, todos ellos de Ulpiano, observamos cómo el jurista apunta un principio general por el que la carga de la prueba es del que afirma unos determinados hechos, no de quien los niega.¹²¹ También insiste en que cuando el demandado solicita la inserción de una *exceptio* en la fórmula del *iudicium*, éste se sitúa en la posición del actor, es decir, debe probar los hechos que alega en la excepción como el actor debe probar los hechos contenidos en la *intentio*. Esta atribución de la carga probatoria de la *exceptio* al demandado la podemos verificar en: Ulp. 7 *disput.* D. 22.3.19pr., en este fragmento anteriormente citado, el jurista señala un ejemplo

¹²⁰ LENEL, *EP* p. 125. Asimismo recordamos un fragmento de las *Pauli Sententiae*, que también aparece recogido en parte en el Digesto, en Paul. 1 *sent.* D. 4.1.2, en el que se alude a un *iustum errorem* como causa para la concesión por parte del Pretor de la *i.i.r.*: PS. 1.7.4: *Integri restitutionem praetor tribuit ex his causis, quae per metum dolum et status permutationem et iustum errorem et absentiam necessariam et infirmitatem aetatis gesta esse dicuntur*. Paul. 1 *sent.* D. 4.1.2: *Sive per status mutationem aut iustum errore*. Vid. también: RICART MARTÍ, E., *Un caso de in integrum restitutio rei publicae causa abesse y petitio bonorum possessionis*: D. 29, 2, 86pr. *Papiniano 1.6 resp*, RIDA LIV, 2007, p. 411, nt. 12.

¹²¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho romano, op. cit.* p. 140.

concreto, el caso en que el demandado utiliza una *exceptio pacti conventi*, en este caso dice Ulpiano, el demandado deberá probar la existencia del pacto: ...*si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse*. Con todo, si el actor no prueba el contenido de la *intentio*, el demandado no tiene necesidad de probar el contenido de la *exceptio*.¹²²

3.3. Relación entre *intentio* y *exceptio*

La *exceptio* podía insertarse tanto en las fórmulas de *actiones in personam*, cómo en las fórmulas de *actiones in rem*. En este sentido Gayo refiere dos ejemplos, en Gai. 4.116, hace referencia a la posibilidad de incluir una *exceptio doli* o una *exceptio pacti conventi* en la fórmula de una *actio ex stipulatu*,¹²³ y en Gai. 4.117 apunta la posibilidad de incluir una *exceptio doli* en una acción reivindicatoria.¹²⁴

Asimismo la *exceptio* también podía incluirse en las fórmulas *in ius* o *in factum conceptae*. Cómo se ha apuntado anteriormente una de las finalidades de la *exceptio* era la de superar los efectos inicuos del *ius civile*, por ello resulta lógico que con mayor frecuencia encontremos la *exceptio* insertada en la fórmula de acciones civiles; prueba de ello son las citadas en los anteriores fragmentos de Gayo: la *actio ex stipulatu* o la *actio reivindicatoria*. La contraposición *ius civile* / *ius honorarium*, también puede darse de forma inversa, es decir, el magistrado puede acordar la inserción de una *exceptio* fundada en el *ius civile* en la fórmula

¹²² PIQUER MARÍ, J.M., *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica (Exégesis de D.22,3)*, Edisofer, Madrid, 2006, p. 358.

¹²³ Gai. 4.116: ... *velut si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numeraverim. nam eam pecuniam a te peti posse certum est. dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. item si pactus fuero tecum, ne id, quod mihi debeas, a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum dare mihi oportere, quia obligatio pacto convento non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelli.*

¹²⁴ Gai. 4.117: *In his quoque actionibus, quae non in personam sunt, exceptiones locum habent. velut si metu me coegeris aut dolo induxeris, ut tibi rem aliquam mancipio dem, tua est; sin eam rem a me petas, datur mihi exceptio, per quam, si metus causa te fecisse vel dolo malo arguero, repellis. item si fundum litigiosum sciens a non possidente emeris eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio, per quam omni modo summo veris.*

de una acción honoraria. El ejemplo más destacado sería la posibilidad de insertar en la fórmula de la acción publiciana, una *exceptio iusti domini*. Paulo hace referencia a esta circunstancia en Paul. *not. ad Pap.* 10 *quaest.* D. 6.2.16: *exceptio iusti dominio publicianae obicienda est.*

También la *exceptio* podía incluirse en acciones *in factum conceptae*; en este caso, no encontramos una oposición *ius civile / ius honorarium*, sino que simplemente se produce una contraposición de dos hechos, relevantes para el *ius honorarium*.¹²⁵ En relación a este supuesto podemos citar un fragmento de Ulpiano en el que el jurista alude a la posibilidad de incluir una *exceptio* en la fórmula de la *actio de dolo*.¹²⁶

Una cuestión controvertida es la inherencia de algunas *exceptiones* a los *bonae fidei iudicia*. Encontramos fuentes en las que los juristas se inclinan a admitir la inherencia de la *exceptio pacti* y de la *exceptio doli*. En Ulp. 4 *ed.* D. 2.14.7.5, bajo la rúbrica *De pactis*, encontramos un fragmento de Ulpiano en el que el jurista se inclina por la inherencia de la *exceptio pacti* a los *bonae fidei iudicia*: *solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis*.¹²⁷ En Paul. 33 *ed.* D. 18.5.3, Paulo también parece admitir la inherencia de la *exceptio pacti* en unos términos similares: *quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt*, y se

¹²⁵ CANNATA, *Profilo* p. 113.

¹²⁶ Ulp. 11 *ed.* D. 4.3.7.8: *Servus pactionis pro libertate reum domino dedit ea condicione, ut post libertatem transferatur in eum obligatio: manumissus non patitur in se obligationem transferri. Pomponius scribit locum habere de dolo actionem. Sed si per patronum stabit, quo minus obligatio transferatur, dicendum ait patronum exceptione a reo summovendum...*

¹²⁷ Ulp. 4 *ed.* D. 2.14.7.5: *Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit. Et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio: ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.*

refiere al caso de la *actio empti* y la existencia de un *pactum*. Destacable resulta la diversa solución propuesta por Paulo para el caso en que la acción planteada fuera la *actio empti* o la *actio ex stipulatu*. En el caso en que la acción fuera la *actio ex stipulatu*, el jurista apunta que deberá oponerse una excepción, se entiende que será la *exceptio pacti: ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet*.¹²⁸ En Ulp. 3 *disput.* D. 24.3.21, en el que Ulpiano cita a Celso, bajo la rúbrica *Solutio matrimonio dos quemadmodum petatur*, encontramos la referencia a la inherencia de la *exceptio doli* a la *actio de dote*, precisando que lo mismo sucede en las demás juicios de buena fe: *enim doli exceptio insit de dote actioni ut in ceteris bonae fidei iudiciis*.¹²⁹ Junto a estos fragmentos de los que parece desprenderse la inherencia de la *exceptio pacti* y la *exceptio doli* en los juicios de buena fe, encontramos otros fragmentos bajo la rúbrica *De actionibus empti venditi*, en los que se refiere la posibilidad de oponer la *exceptio doli* a la *actio empti* en Paul. 5 *Sab.* D. 19.1.5.1 y en Ulp. 32 *ed.* D. 19.1.13.9.¹³⁰

Teniendo en cuenta las fuentes citadas, observamos cómo la inherencia de la *exceptio pacti* y la *exceptio doli* en los *bonae fidei iudicia* no aparece

¹²⁸ Paul. 33 *ed.* D. 18.5.3: *Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. Item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit.*

¹²⁹ Ulp. 3 *disput.* D. 24.3.21: *Sed et si ideo maritus ex dote expendit, ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem, reputatur ei id quod expensum est sive pars dotis sit, pro ea parte, sive tota dos sit, actio dotis evanescit. Et multo magis idem dicendum est, si socer agat de dote, debere rationem haberi eius quod in ipsum impensum est, sive ipse maritus hoc fecit sive filiae ut faciat dedit: sed et si non pater experiretur, sed post mortem eius filia sola de dote ageret, idem erit dicendum: cum enim doli exceptio insit de dote actioni ut in ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et celso videtur, inesse hunc sumptum actioni de dote, maxime si ex voluntate filiae factus sit.*

¹³⁰ Paul. 5 *Sab.* D. 19.1.5.1: *Sed si falso existimans se damnatum vendere vendiderit, dicendum est agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest, quemadmodum, si falso existimans se damnatum dare promisisset, agentem doli mali exceptione summoveret. Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.9: Unde quaeritur, si pars sit pretii soluta et res tradita postea evicta sit, utrum eius rei consequetur pretium integrum ex empto agens an vero quod numeravit? Et puto magis id quod numeravit propter doli exceptionem.*

uniformemente en las fuentes. En la doctrina también existe discusión, Kaser sostiene la inherencia de la *exceptio pacti* y la *exceptio doli* en los juicios de buena fe, y se plantea también la posible inherencia de la *exceptio metus*; el autor considera que el juez debe tomar en consideración los hechos que pudieran contener estas *exceptiones* desde el principio, en virtud de la referencia a la buena fe.¹³¹ Cannata por el contrario, sostiene que la inherencia de estas *exceptiones* a los juicios de buena fe parece introducida en época justiniana.¹³² Asimismo Kupisch apunta la posibilidad de que la inherencia de la *exceptio doli* a los *iudicia bonae fidei*, fuera el resultado de una evolución histórica que eliminó la necesidad inicial de introducir la *exceptio doli* en la fórmula.¹³³

La consecuencia principal que deriva de la inherencia de determinadas *exceptiones* en los *bonae fidei iudicia*, es la posibilidad del demandado de alegar y probar hechos contenidos en estas *exceptiones* en la fase *apud iudicem* sin necesidad de haber solicitado previamente al magistrado su inserción en la fórmula de la acción. Teniendo en cuenta estas consecuencias procesales, puede sostenerse el carácter evolutivo de su configuración como apunta Kupisch. Es posible que en un primer momento el funcionamiento de estos *iudicia* siguiera la estructura general de cualquier otro, es decir, que las *exceptiones* fueran introducidas en las fórmulas de las acciones de los *bonae fidei iudicia* y, posteriormente, se constatará que la cláusula “*quidquid dare facere oportet ex fide bona*”, propia de las fórmulas de este tipo de *iudicia*, permitía al *iudex* un mayor margen para tomar en consideración todo aquello que pudiera influir en la

¹³¹ KASER, *ZPR* p. 262. En el mismo sentido: TALAMANCA, *Istituzioni* p. 314; PALERMO, *Studi* p. 132; GAROFALO, L., *Per un'applicazione dell' 'exceptio doli generalis' romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, en *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, vol. III, Jovene Editore, Napoli, 1997, p. 475; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *De los arbitria bonae fidei pretorios a los iudicia bonae fidei civiles*, *Anuario da Facultade de Dereito* 8 (2004), p. 346.

¹³² CANNATA, *Profilo* pp. 113-114.

¹³³ KUPISCH, B., *Exceptio doli generalis und iudicium bonae fidei. Zur Frage bei Verträgen nach Treu und Glauben*, en *Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 419.

equidad de la relación,¹³⁴ y por tanto resultaría innecesaria la inclusión de aquellas *exceptiones* cuyo contenido pudiera derivarse de la clausula “*ex fide bona*”, consolidándose de este modo la inherencia de determinadas *exceptiones* a los *bonae fidei iudicia*.

3.4. Clasificación

3.4.1. *Exceptiones peremptoriae et dilatoriae*.

La distinción gayana entre *exceptiones peremptoriae et dilatoriae*, es la más conocida, aunque debemos tomarla con cautela teniendo en cuenta el carácter didáctico y escolástico de sus *Institutiones*. Esta distinción la encontramos en Gai. 4.120: *Dicuntur autem exceptiones aut peremptoriae aut dilatoriae*.¹³⁵ A continuación, el jurista define ambas categorías ejemplificando en cada caso con excepciones concretas.

Gayo describe las *exceptiones peremptoriae* como perpetuas, que no se pueden evitar; en este sentido, cabe apuntar que las excepciones perentorias pueden ser alegadas por el demandado en cualquier momento y no están sujetas a ningún plazo temporal.¹³⁶ Gayo, apunta algunas de ellas: *exceptio doli*, *exceptio metus*, *exceptio si quid contra legem senatusue consultum factum esse dicitur*,

¹³⁴ D'ORS, *DPR* §81; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho romano*, *op. cit.* p.124ss.

¹³⁵ En las fuentes justinianeas se añaden términos sinónimos a los utilizados por los juristas clásicos, las excepciones perentorias y dilatorias son denominadas perpetuas y temporales respectivamente. Gai. 1 *ed. prov.* D. 44.1.3: *Exceptiones aut perpetuae et peremptoriae sunt aut temporales et dilatoriae. Perpetuae atque peremptoriae sunt, quae semper locum habent nec evitari possunt, qualis est doli mali et rei iudicatae et si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicitur, item pacti conventi perpetui, id est ne omnino pecunia petatur. Temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis, id est ne forte intra quinquennium ageretur: procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt, quae evitari.*

¹³⁶ Gai. 4.121: “*Peremptoriae sunt, quae perpetuo valent nec evitari possunt, velut quod metus causa aut dolo malo aut quod contra legem senatusue consultum factum est aut quod res iudicata est vel in iudicium deducta est, item pacti conventi, quod factum est, ne omnino pecunia peteretur*”.

exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae. La consecuencia de la no inclusión de una *exceptio peremptoriae*, la encontramos en el ya citado fragmento, Gai. 4.125, en el que se apunta que si el demandado por error olvidara incluir en la fórmula del *iudicium* una *exceptio peremptoriae*, el pretor concederá una *i.i.r.*¹³⁷

Gayo, en el seno de las *exceptiones dilatorias*, distingue entre *exceptiones dilatorias ex tempore* y *exceptiones dilatorias ex persona*. Las *exceptiones dilatorias ex tempore* son definidas por Gayo,¹³⁸ como aquellas que tienen validez temporal; en ellas el actor no se opone directamente a las razones que fundamentan la pretensión del actor, sino que alega que el actor litiga antes del tiempo en que lo debería hacer.¹³⁹ En el supuesto que el demandado opusiera una *exceptio dilatoria* y esta prosperara, el actor no podría volver a plantear la misma acción, puesto que la cosa ya habría sido deducida en juicio, y si el actor volviera a plantear la acción, el demandado le podría oponer una excepción, en este caso perentoria, la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.¹⁴⁰ Gayo apunta dos excepciones dilatorias *ex tempore*: la *exceptio pacti conventi* incluyendo en el pacto el plazo de no pedir en cinco años, *ne intra quinquennium petetur*, y la *exceptio litis dividuae et rei residuae*. En el primer caso, la *exceptio pacti conventi* únicamente puede oponerse en el intervalo de los cinco años establecidos en el pacto, expirado el plazo, cesa la posibilidad de oponer la *exceptio*. Lo mismo ocurre con la *exceptio litis dividuae*, si el actor entabla litigio

¹³⁷ *Vid. supra* pp. 54ss.

¹³⁸ Gai. 4.122: *Dilatorias sunt exceptiones, quae ad tempus valent, veluti illius pacti conventi, quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim eo tempore non habet locum exceptio. cui similis exceptio est litis dividuae et rei residuae. nam si quis partem rei petierit et intra eiusdem praeturam reliquam partem petat, hac exceptione summovetur, quae appellatur litis dividuae; item si is, qui cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios iudices eant, si intra eiusdem praeturam de his, quas distulerit, agat, per hanc exceptionem, quae appellatur rei residuae, summovetur.*

¹³⁹ MURGA, J.L., *Derecho romano clásico*, op. cit. p. 200.

¹⁴⁰ Gai. 4.123: *Observandum est autem ei, cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit; nn enim post illud tempos, quo integra re eam evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in iudicium deducta et per exceptionem perempta.*

por parte de un asunto, y después vuelve a entablar litigio por el resto ante el mismo pretor, es decir, en el año que dura su magistratura, el demandado puede oponer dicha *exceptio*.¹⁴¹ Según Palermo, la *exceptio litis dividuae* aparecería formulada del siguiente modo: *si pars rei qua de agitur petita est et intra eiusdem praeturam reliqua pars petitur*.¹⁴² La *exceptio rei residuae* se concede al demandado cuando el actor, ante una pluralidad de demandas conectadas entre sí contra este mismo demandado, divide su pretensión en varias demandas sucesivas, y después de haber deducido en juicio una demanda, vuelve a plantear dentro del año que dura la pretura, una nueva demanda conectada con la anterior. En este caso el pretor redacta la fórmula del *iudicium* añadiendo la *exceptio rei residuae* y la remite al mismo juez nombrado en el anterior juicio.¹⁴³ La finalidad de que el pretor otorgara estas *exceptiones*, podría justificarse desde un punto de vista de economía procesal y también con la finalidad de que los asuntos litigiosos tuvieran un tratamiento unitario, impidiendo de este modo, que el actor fraccionara su petición en varias reclamaciones sucesivas al menos durante el año que duraba la pretura.

Mediante las *exceptiones dilatoriae ex persona* se pretendía corregir algún defecto de legitimación procesal.¹⁴⁴ En los casos expuestos en Gai. 4.124, se trataría de un defecto de representación procesal que podía subsanarse, bien litigando personalmente, si quién nombró *cognitor* o *procurator* no tenía capacidad para hacerlo, o bien designando otro *cognitor* o *procurator*, si el

¹⁴¹ Gai. 4.56: *Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est; minus autem intendere licet. sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur; nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur litis dividuae.*

¹⁴² PALERMO, *Studi* p. 147.

¹⁴³ PALERMO, *Studi* p. 147.

¹⁴⁴ Gai. 4.124: *Non solum autem ex tempore, sed etiam ex persona dilatoriae exceptiones intelleguntur, quales sunt cognitoriae, velut si is, qui per edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat, vel dandi quidem cognitoris ius habeat, sed eum det, cui non licet cognituram suscipere, nam si obiciatur exceptio cognitoria, si ipse tales erit, ut ei non liceat cognituram dare, ipse agere potest; si vero cognitori non liceat cognituram suscipere, per alium cognitorem aut per semen ipsum liberam habet agendi potestatem, et tam hoc quam illo modo evitare potest exceptionem, quod si dissimulaverit eam et per cognitorem egerit, rem perdit.*

problema era de un nombramiento efectuado a favor de quién no era capaz para el cargo, evitando de este modo la excepción.¹⁴⁵ De no producirse la subsanación del defecto, en palabras de Gayo: *si dissimulaverit eam [exceptionem]et per cognitorem egerit*, el demandado perdería el litigio: *rem perdit*. Asimismo, se conocen otras *exceptiones dilatoriae ex persona*, las *exceptiones tutoriae et curatoriae*, cuya concesión se relaciona con la capacidad de ciertos sujetos para actuar en el *iudicium*. Palermo apunta que la finalidad de estas *exceptiones* es la de subsanar un defecto en el ejercicio de la acción; este defecto puede surgir por dos circunstancias: porque la acción es planteada por un sujeto incapaz, o porque las condiciones que dan lugar a la tutela o la curatela han desaparecido.¹⁴⁶ Observamos cómo las *exceptiones dilatoriae ex persona*, se relacionan con un problema de legitimación procesal del actor, ya sea por una representación voluntaria (*cognitor, procurator*), ya sea por una representación legal (*tutor, curator*) y que, como apunta Gayo, es posible subsanar el defecto.

El interés de la distinción entre *exceptiones peremptoriae* y *dilatoriae*, reside en las diferentes consecuencias que lleva aparejada la no inclusión de una o de otra categoría de *exceptio* en la fórmula. Como apunta Gayo, si un demandado por error no hubiera incluido en la fórmula una excepción perentoria, el pretor podía conceder la *in integrum restitutio*.¹⁴⁷ En el título X de la reconstrucción del Edicto Perpetuo de Lenel, aparece una rúbrica, *De lite restituenda*, que contiene esta circunstancia como presupuesto para solicitar la *i.i.r.*,¹⁴⁸ lo cual muestra que se trataría de un principio consolidado al haber cristalizado en el edicto. En el caso de las *exceptiones dilatoriae*, resulta destacable la distinción efectuada por

¹⁴⁵ La *exceptio procuratoria* aparecería formulada del siguiente modo: *si A. Agerius L. Titii procurator est*; observamos cómo esta excepción no aparece redactada en condicional negativo, como en general sucede con la fórmula de las *exceptiones*. LENEL, *EP* p. 503. Vid. MANTOVANI, *Formule* p. 98, nt. 489.

¹⁴⁶ PALERMO, *Studi* pp. 135-136.

¹⁴⁷ KASER, *ZPR* p. 264. Gai. 4.125: *Sed peremptoria quidem exceptione si reus per errores non fuerit usus, in integrum restituitur adiciendae exceptionis gratia. Dilatoria vero si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quaeritur...*

¹⁴⁸ LENEL, *EP* p. 125.

Gayo entre las *exceptiones dilatoriae ex tempore* y *exceptiones dilatoriae ex persona*. Esta dicotomía se basa en el diverso fundamento que justifica la concesión de estas *exceptiones*; en el caso de las *exceptiones dilatoriae ex tempore*, el fundamento lo encontramos en un principio de economía procesal y de tratamiento unitario de los litigios; en el caso de las *exceptiones dilatoriae ex personae*, el fundamento sería el de subsanar un problema de legitimación. En ambos casos, se trata de *exceptiones* que pueden ser alegadas durante un periodo de tiempo determinado, ya sea durante un plazo convenido entre actor y demandado (*exceptio pacti conventi ne intra quinquennium peteretur*), ya sea durante el año que dura la pretura (*exceptio litis dividuae et rei residuae*), o mientras subsista la falta de legitimación procesal del actor (*exceptio cognitioriae, procuratoriae, tutoriae, curatoriae*).

3.4.2. *Exceptiones edictales y no edictales.*

Una clasificación fundamental de las *exceptiones* la encontramos al inicio de Gai. 4.118: *Exceptiones autem alias in edicto praetor propositas, alias causa cognita accomodat...* Respecto a las *exceptiones* que el pretor concede *causa cognita*, en las fuentes encontramos referencias a dos tipos de *exceptiones*: *exceptiones in factum* y *exceptiones utiles*.

La doctrina ha identificado las *exceptiones* concedidas *causa cognita* por el pretor con las *exceptiones in factum*.¹⁴⁹ En este sentido, Talamanca ha apuntado que la expresión “*in factum*” que acompaña a *exceptio*, no se refiere al modo en que la *exceptio* aparece formulada, sino a su naturaleza decretal.¹⁵⁰ Nicosia apunta que el nombre de *exceptio in factum* para designar un *exceptio decretalis*

¹⁴⁹ WESENER, *Nichtediktale* p. 111; PALERMO, *Studi* p. 104, nt. 3; BIONDI, B., *Iudicia bonae fidei*, en *Annali Palermo* 7 (1918), pp. 44ss.; KRÜGER, H., *Beitrage zur Lehre von der exceptio doli*, I, Niemeyer, Halle, 1892, p. 15ss.; NICOSIA, *Exceptio* p. 103, nt. 71; KASER, *ZPR* p. 265, nt. 50.

¹⁵⁰ CANNATA, *Profilo* p. 116; TALAMANCA, M., *Donazione possessoria e donazione traslativa*, *BIDR* 3 (1961), pp. 255ss.

no es preciso, y resulta impropio, puesto que a la *exceptio in factum* no se le contrapone una *exceptio in ius*, como sucede en el caso de la *actiones in factum conceptae* que se contraponen las *actiones in ius conceptae*. En cualquier caso, la distinción *exceptiones* edictales / *in factum*, puede dar lugar a confusión, puesto que en las *exceptiones* que el pretor concede *causa cognita*, no sólo encontramos *exceptiones in factum*, sino también *exceptiones utiles*. Por ello consideramos más precisa la distinción de Kaser de “Ediktale Einreden / Nichtediktale Einreden”,¹⁵¹ o la distinción *exceptiones* edictales / decretales.

3.4.2.1. *Exceptiones* edictales:

A partir de la reconstrucción del Edicto Perpetuo de Lenel apuntaremos las *exceptiones* contenidas en el edicto:

- a. *Si quis vadimoniis non obtemperaverit.*
 - i. *Exceptio pacti conventi: si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit, ne ea pecunia (intra quinquennium) peteretur.*
 - ii. *Extra quam si ideo non stetit, quod sine dolo malo rei publicae causa afuit*
 - iii. *Extra quam si valetudine tempestate vi fluminis prohibitus vadimonium sistere non potuit*
 - iv. *Extra quam si sine dolo malo ipsius a magistratu retentus vadimonium sistere non potuit*
 - v. *Extra quam si rei capitalis ante condemnatus vadimonium sistere non potuit*
 - vi. *Si non dolo malo A. Agerii factum est, quo minus vadimonium sisteret.*
- b. *Exceptio litis dividuae et rei residuae.*
- c. *Si alieno nomine agatur (exceptiones cognitoriae, procuratoriae, tutoriae, curatoriae).*
 - i. *Exceptio procuratoria: Si A. Agerius L. Ticii procurator est.*
 - ii. *Exceptio curatoria: Si A. Agerius L. Ticii curator est.*
 - iii. *Exceptio tutoria: Si A. Agerius L. Ticii tutor est.*
- d. *Si ex contractibus argentariorum agatur.*
 - i. *Exceptio mercis non traditae: si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est.*

¹⁵¹ KASER, *ZPR* p. 263.

- ii. *Exceptio pecuniae pensatae: si non ea pecunia petitur quae pensata est.*
 - iii. *Exceptio redhibitionis.*
- e. *Exceptio temporis.*
 - i. *Exceptio annalis: Si non plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit.*
- f. *Ne praeiudicium hereditati fiat.*
 - i. *Quod praeiudicium hereditati non fiat: Si in ea re qua de agitur praeiudicium hereditati non fiat.*
 - ii. *Quod praeiudicium praedio (partive eius) non fiat: Si in ea re qua de agitur praeiudicium praedio non fiat.¹⁵²*
- g. *Exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae :*
 - i. *Si ea res, qua de agitur, iudicata non est vel in iudicium deducta non est.*
- h. *Exceptio rei venditae et traditae.*
 - i. *Si non A. Agerius fundum quo de re agitur N. Negidio vendidit et tradidit*
- i. *Exceptio doli mali et metus.*
 - i. *Exceptio doli mali: si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum est neque fit.*
 - ii. *Exceptio metus: si in ea re nihil metus causa factum est.*
- j. *Quarum rerum actio non datur.*
 - i. *Exceptio iurisiurandi: si non N. Negidius A. Agerio deferente iuravit se A. Agerio dare non oportere (rem qua de agitur A. Ageri non esse)*
 - ii. *Exceptio negoti in alea gesti*
 - iii. *Exceptio onerandae libertatis causa: si non onerandae libertatis causa promissum est*
- k. *Si quid contra legem senatusue consultum factum esse dicetur.*
 - i. *Si in ea re nihil contra legem senatusue consultum factum est*

3.4.2.2. *Exceptiones in factum:*

Las *exceptiones in factum* son *exceptiones* concedidas por el pretor *causa cognita*, es decir, teniendo en cuenta el caso concreto.¹⁵³ Wesener apunta que las *exceptiones in factum* fueron redactadas libremente por el pretor sin ninguna

¹⁵² Sobre esta *exceptio* nos remitimos al apartado correspondiente, vid. *infra* pp. 213ss.

¹⁵³ Sobre las *exceptiones in factum*: WESENER, *Nichtediktale* pp. 109-150.

restricción formal.¹⁵⁴ Podemos citar algunas fuentes que hacen referencia a *exceptiones in factum* propiamente dichas, concedidas por el pretor:

Alf. 2 dig. D. 44.1.14: *Filius familias peculiarem servum vendidit, pretium stipulatus est: is homo redhibitus et postea mortuus est. Et pater eius pecuniam ab emptore petebat, quam filius stipulatus erat. Placuit aequum esse in factum exceptionem eum obicere: "Quod pecunia ob hominem illum expromissa est, qui redhibitus est".*

Ulp. 14 ed. D. 13.5.27: *Utrum praesente debitore an absente constituat quis, parvi refert. Hoc amplius etiam invito constituere eum posse Pomponius libro trigensimo quarto scribit: unde falsam putat opinionem Labeonis existimantis, si, postquam quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, in factum exceptionem dandam: nec immerito Pomponius: nam cum semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare.*

Ulp. 76 ed. D. 21.3.1.4: *Si servus merces peculiariter emerit, deinde dominus eum, priusquam proprietatem rerum nancisceretur, testamento liberum esse iusserit eique peculium praelegaverit et venditor a servo merces petere coeperit: exceptio in factum locum habebit, quia is tunc servus fuisset cum contraxisset.*

En los tres fragmentos apuntados observamos cómo aparece la expresión “*in factum*” referida a la *exceptio*. En el primer fragmento de Alfeno Varo, la cuestión que se plantea es la de un *filius familias* que vende un esclavo de su peculio, y estipula el precio. El esclavo es devuelto por el comprador y posteriormente el *paterfamilias* reclama el precio al comprador sobre la base de la estipulación, se entiende que con la *actio ex stipulatu*. Teniendo en cuenta el caso concreto, Alfeno Varo considera que el comprador podrá oponer la *exceptio in factum*: *Quod pecunia ob hominem illum expromissa est, qui redhibitus est*. En el segundo fragmento se plantea un *ius controversum* entre Pomponio y Labeón.

¹⁵⁴ WESENER, *Nichtediktale* p. 149.

Ulpiano cita una opinión de Labeón que considera que el *argentarius* que ha constituido un *receptum*, tiene una *exceptio in factum* si había recibido la orden de no pagar la deuda. Por el contrario, Pomponio citado también por Ulpiano, apunta que en el momento que el que ha contraído el *constitutum*, no debe excusarle el hecho del deudor: *nam cum semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare*. El último fragmento apunta un supuesto en el que un esclavo compra mercancías con su peculio, y después es manumitido testamentariamente y le es prelegado el peculio por su *dominus* sin llegar a ser propietario de las mercancías, en este caso, el esclavo manumitido, podrá oponer una *exceptio in factum* contra el vendedor que reclame las mercancías: *venditor a servo merces petere coeperit: exceptio in factum locum habebit, quia is tunc servus fuisset cum contraxisset*.

Observamos cómo en los casos expuestos, el magistrado, teniendo en cuenta la casuística planteada, concederá a falta de una *exceptio* edictal que encaje en el supuesto concreto, una *exceptio in factum* que será redactada teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso.

3.4.2.3. *Exceptiones utiles*:

Puesto que el objeto de esta investigación es el estudio de la *exceptio utilis*, en esta sede, únicamente apuntaremos que la *exceptio utilis* se configura como una categoría de *exceptio* no edictal, cuya creación se ubica en el derecho romano clásico, momento en el que esta categoría de *exceptio* muestra unas características técnicas precisas y diferenciadas de cualquier otra tipología de *exceptio*.

3.4.3. *Exceptiones rei cohaerentes y personae cohaerentes.*

La distinción entre *exceptiones rei cohaerentes / personae cohaerentes* la encontramos en un fragmento de Paulo bajo la rúbrica de *exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis*:

Paul. 3 *Plaut. D. 44.1.7pr.-§7.1*: pr. *Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea quam socius habet exceptionem "quod facere possit", vel parens patronusve, non competit fideiussori: sic mariti fideiussor post solutum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur. 1. Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori. Intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fideiussori competit. Idem dicitur et si pro filio familias contra senatus consultum quis fideiusserit, aut pro minore viginti quinque annis circumscripto: quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio.¹⁵⁵*

En el *principium* del fragmento, Paulo señala que las *exceptiones* que son inherentes a la persona de cualquiera: *quae personae cuiusque cohaerent*, no competen a otros. El jurista en esta primera parte no está aludiendo a una concreta categoría de *exceptio*, sino que hace referencia a la legitimación activa para la *postulatio exceptionis*. Añade el ejemplo de que no compete al fiador la excepción que tiene el socio, o el ascendiente o el patrono ni tampoco el fiador del marido nombrado después de la disolución del matrimonio, que será condenado a la totalidad por razón de la dote. Observamos cómo Paulo no señala

¹⁵⁵ *Ad exemplum* podemos citar la referencia relativa a que se dará excepción al fiador que presta fianza a un *filius familias* contra la disposición del SC. Macedoniano, esta mención concordaría con Ulp. 29 *ed. D. 14.6.9.4*, como se verá en sede de *exceptio utilis ex senatusconsultum Macedonianum*.

un deudor principal en abstracto, sino que enumera una serie de sujetos ligados con alguna relación jurídica o de parentesco con el acreedor, y por lo que puede extraerse del fragmento, el fiador no podrá oponer una *exceptio* que tenga su base en la relación preexistente entre el deudor principal y el acreedor principal.

En §7.1, sí aparece la expresión *rei cohaerentes exceptiones*, y Paulo apunta que son aquellas que competen también a los fiadores. El jurista enumera una serie de ejemplos de *exceptiones rei cohaerentes*: *exceptio rei iudicatae*, *exceptio doli mali*, *exceptio iurisiurandi*, *exceptio quod metus causa*. Junto a estas *exceptiones* añade que si el reo hubiera efectuado un *pactum in rem* también le compete la *exceptio* al fiador. Seguidamente alude a la *exceptio intercessionis* para el caso que hubiera salido fiador en contra del SC. Veleyano y a la *exceptio quod libertatis onerandae causa*. Acaba el fragmento apuntando el caso de un fiador que lo hubiese sido contra el SC. Macedoniano o por un menor de veinticinco años que hubiera sido engañado.

Mannino señala que la distinción entre *exceptiones rei cohaerentes / personae cohaerentes* se basa en la dicotomía *pacta in rem / pacta in personam* y defiende el carácter clásico de esta distinción citando un fragmento de Ulpiano situado bajo la rúbrica *de pactis*:

Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.8: *Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam: in personam, quotiens ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam. Utrum autem in rem an in personam pactum factum est, non minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est: plerumque enim, ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est.*

En este fragmento aparece la nítida distinción entre *pactum in rem / pactum in personam*. Para ejemplificar esta distinción se alude al *pactum de non petendo*.

Se apunta que el *pactum de non petendo* en general, sería un *pactum in rem*: *In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam*. Siguiendo con el ejemplo del *pactum de non petendo*, se alude a que un *pactum in personam* podría ser el que establece que no se pedirá a una persona determinada, por ejemplo, que no pediré a Lucio Ticio: *in personam, quotiens ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam*. De este fragmento se extrae que la distinción entre *pacta in rem* / *pacta in personam*, se basa en la formulación del pacto, que no sólo debe basarse en una referencia explícita a una persona en concreto, sino que también debe tenerse en cuenta la voluntad de las partes, puesto que cómo apunta Pedio, en muchas ocasiones el nombre se insertaba en el pacto con la finalidad de indicar la persona con la que se había celebrado este pacto, no con la finalidad de atribuir a este acuerdo una eficacia personal: *Utrum autem in rem an in personam pactum factum est, non minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est: plerumque enim, ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est*.

Como sugiere Mannino, la distinción entre *pacta in rem* / *pacta in personam*, podría constituir el punto de partida para la distinción entre *exceptiones* que pueden ser opuestas por el fiador (*rei cohaerentes*), y *exceptiones* que únicamente competen al deudor principal (*personae cohaerentes*).¹⁵⁶ Resulta evidente que el ámbito de aplicación y la plasticidad de la *exceptio pacti* permiten circunscribir sus efectos en la esfera que las partes consideren oportuno, y por tanto, la posibilidad de que las partes establezcan si un determinado pacto debe desplegar sus efectos únicamente respecto de las partes pactantes, o, puede extender también sus efectos respecto de terceras personas que eventualmente pudieran entrar en la relación jurídica, como es el caso del *fideiussor*. A este respecto Mannino apunta que el contenido de Ulp. 4 *ed.* D. 2.14.7.8, evidencia una evolución interpretativa, en la que el punto de partida sería la estructura del pacto como personal, es decir, la posibilidad de oponer la *exceptio* únicamente

¹⁵⁶ MANNINO, *Estensione* p. 21.

sería de las partes que celebran dicho pacto, hasta llegar a la posibilidad del *fideiussor* de oponer las *exceptiones* del deudor principal.¹⁵⁷

Sobre Paul. 4 *disput.* D. 44.1.7pr. y §7.1, añadiremos la opinión de Palermo que apunta que resulta un tanto incierto y que numerosos elementos formales y sustanciales inducen a pensar que los compiladores habían alterado completamente el texto originario, en el que Paulo no habría realizado esta distinción de las excepciones desde el punto de vista de la legitimación activa. El autor apunta que: “è probabile che nel passo originario, Paolo si sia limitato a constatare quali fossero gli effetti della fideiussione in ordine alla *condemnatio*, soffermando in particolare la sua attenzione sul caso di fideiussione a favore di un minore e sulla *exceptio legis Plaetoriae*. I maestri bizantini, si sarebbero serviti di taluni concetti espressi dal giurista per introdurre una classificazione... Tale intervento è facilmente spiegabile ove si tenga presente la tendenza, spesso osservata nell'opera di compilazione, di ricondurre sotto schemi e paradigmi generali, concetti e principi non ancora sicuramente affermatasi nel diritto classico, aventi una portata più limitata”.¹⁵⁸ Coincidimos con Palermo en considerar esta clasificación espuria respecto a la denominación, aunque sólo consideramos interpolada la clasificación entre *exceptiones personae cohaerentes* y *exceptiones rei cohaerentes*, no el contenido del fragmento. La enumeración de las *exceptiones*, aunque no exhaustiva, concuerda con otros pasos del Digesto,¹⁵⁹ por lo que se podría afirmar que la determinadas *exceptiones* podrían ser opuestas por el *fideiussor* y otras únicamente competirían al deudor principal.

¹⁵⁷ MANNINO, *Estensione* p. 21-22.

¹⁵⁸ PALERMO, *Studi* pp. 158-159.

¹⁵⁹ Vid. *infra* pp. 103ss.

4. ESTUDIO INDIVIDUALIZADO DE SUPUESTOS DE *EXCEPTIO UTILIS*.

4.1. Delimitación de las fuentes

En este apartado apuntaremos una serie de fragmentos en los que aparece la expresión "*exceptio utilis*".¹⁶⁰ Cómo se observará, los textos obtenidos proceden mayoritariamente del Digesto exceptuando los tres últimos pertenecientes al *Codex*:

Iul. 45 *dig.* D. 4.4.41

Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7.1

Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.17pr.

Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5

Paul . 33 *ed.* D. 18.5.3

Ulp. 2 *disp.* D. 19.5.21

Marcian. 1 *ad form. hyp.* D. 20.1.13.2

Marcian. 1 *ad form. hyp.* D. 20.4.12pr.

Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.

Scaev. 18 *dig.* D. 32.37.4

Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16

C. 2.4.9 GORD. A. AGRIPPINO. *<A 241 PP. VI ID. APRIL. GORDIANO A. II ET POMPEIANO CONSS.>.

C. 3.1.2 SEV. ET ANT. AA. VALERIO. *<A 210 PP. VI K. IAN. FAUSTINO ET RUFO CONSS.>

C. 4.32.5 a. 205 SEV. ET ANT. AA. ULTUMIO SABINO ET ALIIS. *<A 205 D. NON. IUL. GETA CONS.>

¹⁶⁰ Para la búsqueda de textos se ha consultado: *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae in memoriam Theodori Mommsen qui hoc opus fundavit II*, Berolini, 1933; HEUMANN, H.-SECKEL, E., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Recht, op. cit.*; PALAZZOLO, N., (ed.), *Bibliotheca iuris antiqui: sistema informativo integrato sui diritti dell'antichità*, Torre, Catania, 2002.

Antes de iniciar el estudio de los fragmentos en los que la expresión aparecería en un sentido predicativo, analizaremos un texto, Ulp. 2 *disput.* D. 19.5.21, al resultar más conveniente desde un punto de vista sistemático, trasladarlo a esta sede. Si bien este fragmento no resulta de utilidad para la identificación del concepto técnico de *exceptio utilis* del derecho romano clásico, sí resulta válido para señalar la noción posclásica de *exceptio utilis* que no se identificará con el concepto clásico. Se trata de un fragmento importante, definitorio, pero casi con toda seguridad interpolado, pero a nuestros efectos, permite afirmar la existencia de la categoría *exceptio utilis*.

Ulp. 2 *disput.* D. 19.5.21: *Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est.*

El fragmento lo encontramos bajo la rúbrica *De praescriptis verbis et in factum actionibus*. Se trata de un fragmento del libro segundo de las *disputationes* de Ulpiano. Lenel en la Palingenesia, sitúa el texto al final del libro segundo en el fragmento 53 y añade una nota sugiriendo la posibilidad de añadirlo al fragmento 41, Ulp. 2 *disput.* D. 10.2.48. El fragmento hace referencia a que siempre que falte una acción o excepción se dará una acción o excepción útil. Teniendo en cuenta el contenido, resulta evidente que nos encontramos ante un fragmento interpolado.¹⁶¹ Sobre esta cuestión Nicosia apunta que “si tratta di uno di quei testi brevi, di factura tipicamente e totalmente compilatoria, opportunamente inseriti qua e là nei Digesti, secondo un sistema che non di rado i tribonianei adottarono quando vollero introdurre generalizzazioni... ovvero innovazioni radicali...”.¹⁶²

¹⁶¹ NICOSIA, *Exceptio* p. 120-125; BETANCOURT, *Excepciones* p. 714-715; WESENER, *Nichtediktale* p. 142; VALIÑO, E., *Actiones utiles*, *op. cit.* p. 420; BIONDI, B., *Iudicia bonae fidei*, *op. cit.* p. 51, nt. 2.

¹⁶² NICOSIA, *Exceptio* p. 121-122.

En el derecho justinianeo, la expresión *exceptio utilis* tiene un significado impreciso y pierde su sentido técnico, cómo también sucede en el caso de la *exceptio in factum*.¹⁶³ Probablemente los términos “*in factum*” y “*utilis*” se utilizarían indistintamente¹⁶⁴ para designar un genérico medio de defensa del demandado a falta de una excepción “ordinaria”.¹⁶⁵ Incluso los compiladores introdujeron el principio de que de toda *exceptio in factum* deriva de una *exceptio doli*, identificándose de este modo ambas *exceptiones*.¹⁶⁶ En cualquier caso, lo que resulta relevante de fragmento es la referencia a las categorías *actio utilis* / *exceptio utilis*, evidenciando dicha alusión que estas categorías eran conocidas por los compiladores.

Anteriormente hemos apuntado que la expresión “*exceptio utilis*” aparecía en las fuentes en dos sentidos: en un sentido técnico-jurídico y en un sentido meramente predicativo. A continuación, realizaremos una aproximación a los fragmentos en los que la expresión “*exceptio utilis*” aparece en sentido predicativo, reservando para un análisis más exhaustivo en el siguiente apartado, aquellos otros en los que la expresión *a priori* sugiera un sentido técnico. Los textos que analizaremos en esta sede siguiendo el orden establecido en las fuentes son los siguientes:

Paul. 33 *ed. D.* 18.5.3

Marcian. 1 *ad form. hyp.* D. 20.1.13.2

Marcian. 1 *ad form. hyp.* D. 20.4.12pr.

Scaev. 18 *dig.* D. 32.37.4

C. 3.1.2 SEV. ET ANT. AA. VALERIO. *<A 210 PP. VI K. IAN. FAUSTINO ET RUFO CONSS.>

¹⁶³ WESENER, *Nichtediktale* p. 142.

¹⁶⁴ VALIÑO, E., *Acciones utiles*, *op. cit.* p. 420-421; D’ORS, A., *Sobre las pretendidas acciones reales “in factum”*, *IVRA* 20 (1969), p. 58, nt. 11.

¹⁶⁵ NICOSIA, *Exceptio* p. 124.

¹⁶⁶ NICOSIA, *Exceptio* p. 124; BIONDI, B., *Iudicia bonae fidei*, *op. cit.* pp. 50ss.

C. 4.32.5 a. 205 SEV. ET ANT. AA. ULTUMIO SABINO ET ALIIS. *<A 205
D. NON. IUL. GETA CONS.>

Paul. 33 ed. D. 18.5.3

Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. Item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit.

Este texto de Paulo del *libro 31 ad edictum* se ubica en el título quinto bajo la rúbrica “*De rescindenda venditione et quando licet ab emptione discedere*”.

Paulo al inicio del fragmento apunta una regla general sobre la rescisión de la compraventa: la compraventa se resuelve por el *contrarius consensus* antes que el negocio se haya consumado: *emptio et venditio, sicut consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta*. A partir de este principio general, el jurista se pregunta si respecto a la resolución de la compraventa por *contrarius consensus*, se concederá la excepción al fiador. La cuestión se centra en si se puede extender al fiador, un pacto efectuado por el deudor principal: *an autem fideiussori utilis sit exceptio*. Observamos cómo en la expresión que hace referencia a la excepción aparece el adjetivo *utilis*. En este caso, y tal como aparece formulada

la excepción, todo parece indicar que el adjetivo vendría empleado en sentido predicativo.¹⁶⁷

Mannino reconduce el supuesto bajo la perspectiva de la accesoriedad de la relación de garantía respecto de la obligación principal y de la extensión al garante de las excepciones del fiador.¹⁶⁸

En este caso la concesión de una *exceptio utilis* no sería necesaria, puesto que ya se prevé que las excepciones del deudor principal puedan ser opuestas por el fiador.¹⁶⁹ En este caso se trataría de la *exceptio pacti*, que también se concederá al fiador.¹⁷⁰

Respecto a la extensión al garante de las excepciones del deudor principal encontramos dos fragmentos fundamentales de Ulpiano y Marciano: Ulp. 76 *ed. D.* 46.1.32 y Marcian. 13 *inst. D.* 44.1.19.¹⁷¹ Mannino trata ambos textos apuntando que en el fragmento de Ulpiano, la expresión "*competere potest*" señala que la extensión de las excepciones al garante no debe entenderse de forma generalizada sino que se circunscribe a determinados casos. Por el contrario en el caso de Marciano, según Mannino, la expresión "*reo competunt*" sugiere la idea de extensión generalizada, sin que se vislumbren posibles limitaciones de este principio. El autor señala, de forma acertada, que esta generalización sería la expresión de una tendencia de Marciano a la

¹⁶⁷ MANNINO, *Estensione* p. 61: "... il ricorso a l'*exceptio pacti* prospettato nel passo, dovendosi intendere l'aggettivazione *utilis* nel senso letterale: "se al fideiussore giovi l'eccezioni"..." En el mismo sentido: BETANCOURT, *Excepciones* p. 704-705; NICOSIA, *Exceptio* p. 73.

¹⁶⁸ MANNINO, *Estensione* pp. 59-63.

¹⁶⁹ Vid. *supra* pp. 69ss.

¹⁷⁰ En sede de *exceptio utilis ex SC.to Macedoniano*, se tratará un caso en el que se concede una *exceptio utilis* al fiador del *filius familias*. El supuesto del garante del *filius familias*, se configura de forma diversa al supuesto que analizamos en esta sede por la naturaleza diversa de la *exceptio ex SC.to Macedoniano*.

¹⁷¹ Ulp. 76 *ed. D.* 46.1.32: *Ex persona rei et quidem invito reo exceptio (et cetera rei commoda) fideiussori ceterisque accessionibus competere potest.* Marcian. 13 *inst. D.* 44.1.19: *Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt.*

simplificación, quizás acentuada por encontrarse este fragmento en tratado institucional como son los *libri institutionum*.¹⁷²

Volviendo al fragmento de Paulo que nos ocupa, observamos cómo se produce la extensión al garante de las excepciones del deudor principal. No encontramos ningún elemento que justifique la concesión de una *exceptio utilis* pudiéndose conceder la *exceptio pacti* edictal. La jurisprudencia, como se ha visto, prevé esta posibilidad, por lo que el recurso a la *exceptio utilis* no sería necesario. Asimismo, observamos cómo la expresión que hace referencia a la *exceptio utilis*: “*utilis sit exceptio*”, parece indicar más bien un sentido predicativo del adjetivo.

Marcian. 1 ad form. hyp. D. 20.1.13.2:

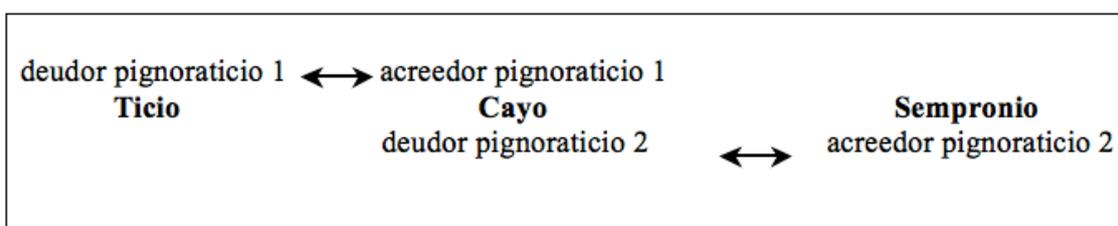
Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non: quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Este fragmento del jurista Marciano *ad formulam hyphotecariam*, aparece bajo la rúbrica: *De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum*.¹⁷³

¹⁷² MANNINO, *Estensione* pp. 23-29.

¹⁷³ Sobre este texto: KASER, M., *Zum pignus nominis*, IVRA 20 (1969), Fasc. 1, pp. 172-190; WACKE, A., *Prozessformel und beweislust im Pfandrechtsprätendentenstreit*, en TR 37 (1969), pp. 369-414.

En primer lugar, el jurista expone el principio de que se puede recibir en prenda una cosa pignorada: *Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit...* y continúa apuntando que mientras se deben ambas deudas, queda la cosa obligada al segundo acreedor: *quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur*. El fragmento sigue: *tam exceptio quam actio utilis ei danda est*. De la expresión “*tam exceptio cum actio utilis*” podría interpretarse que el jurista alude a que el segundo acreedor pignoraticio podría tener tanto una *actio utilis*, como una *exceptio utilis*. El supuesto se podría esquematizar del siguiente modo:



El caso expuesto por Marciano alude al caso del *pignus pignori datum*,¹⁷⁴ la dación en prenda de una cosa pignorada. El jurista expone que en este caso, mientras subsistan ambas deudas, la cosa queda obligada al segundo acreedor, teniendo este segundo acreedor una *actio utilis*.¹⁷⁵ Marciano también apunta que este segundo acreedor tendría una excepción: *tam exceptio quam actio utilis ei*

¹⁷⁴ La denominación *subpignus* no sería una denominación clásica: KASER, *RPR* 2, p. 465, nt. 30.

¹⁷⁵ La naturaleza de esta acción ha sido ampliamente discutida por la doctrina. En relación a esta acción se ha citado C. 8.23.1: *Etiam id quod pignori obligatum est a creditore pignori obstringi posse iam dudum placuit, scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur tamdiuque eum is qui ius repraesentat tueatur, quamdiu in causa pignoris manet eius qui dedit...* Esta acción util sería la acción del acreedor hipotecario. La acción a la que aluden ambos fragmentos sería la acción Serviana o pignoraticia real que se concede también al segundo acreedor. En este sentido: BETANCOURT, *Excepciones* p. 708-709, nt. 23; VALIÑO, E., *Actiones utiles, op. cit.* p. 76; WACKE, A., *Prozessformel und beweislust im Pfandrechtsprätendententreit, op. cit.* p. 376, nt. 23. Valiño también apunta que el adjetivo “*utilis*” que acompaña al término *actio*, señala la ficción que debe ser incluida en la fórmula, de que el acreedor pignoraticio es el propietario: VALIÑO, E., *Actiones utiles, op. cit.* p. 71-76. Kaser apunta que se trataría de una *actio Serviana utilis* con la siguiente fórmula: *Si paret inter Am.Am. et Lucium Titium convenisse, ut fundus Cornelianus, qui Lucio Titio a No.No. pignori datus (obligatus) est, pignori esset propter pecuniam debitam, eamque pecuniam...* KASER, M., *Zum pignus nominis, op. cit.* p. 189-190.

danda est. Esta *exceptio* no sería una *exceptio utilis*, sino la excepción contenida en Ulp. 73 *ed. D.* 20.1.10, denominada comúnmente *exceptio pigneraticia*:¹⁷⁶

Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: "Si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset. Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem adprehendant singuli.

En este fragmento encontramos un supuesto en el que un deudor obliga en prenda sus bienes a dos acreedores simultáneamente. En este caso Ulpiano apunta que ambos tendrán la acción Serviana contra extraños. Si se suscitara controversia entre ambos, es mejor la condición del que posee, porque se le concederá la excepción: *si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset*.¹⁷⁷

Volviendo a nuestro caso, si bien las deudas no son contraídas de forma simultánea por el mismo deudor, sino que se contraen de forma sucesiva por sujetos diversos, el principio *possidentis meliorem esse conditionem*, también resulta de aplicación, puesto que mientras subsistan ambas deudas, se concederá una excepción al segundo acreedor. Como hemos apuntado anteriormente, esta excepción no sería una *exceptio utilis*. De la formulación de la expresión en la que aparece la referencia a la excepción no se deduce que se trate de una

¹⁷⁶ Apunta que esta denominación no tendría un sentido técnico: KASER, M., *Studien zum römischen Pfandrecht*, Jovene Editore, Napoli, 1982, p. 162, nt. 125.

¹⁷⁷ MANTOVANI, *Formule* p. 100, nt. 508.

excepción útil: *tam exceptio quam actio utilis ei danda est*.¹⁷⁸ Tampoco se extrae este carácter útil de la propia configuración del supuesto y nada obstaría para que la concreta excepción del segundo acreedor fuera la expuesta en Ulp. 73 *ed. D.* 20.1.10: *si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset*.

Marcian. 1 ad form. hyp. D. 20.4.12pr.

Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est "si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata": sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione et ille excipiat "si non convenit, ut sibi res sit obligata", hic in modum supra relatum replicabit. Sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.

Se trata de un fragmento del jurista Marciano, bajo la rúbrica: *Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt*. En este texto encontramos dos excepciones formuladas: la *exceptio "si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata"*, y la *exceptio "si non convenit, ut sibi res sit obligata"*. El supuesto de hecho que se plantea en este fragmento presenta un problema de rango hipotecario. Un acreedor que ha recibido la hipoteca en primer lugar, y posee el bien hipotecado, es demandado con la acción hipotecaria. Marciano expone varias cuestiones en relación a este supuesto pero nosotros sólo nos centraremos en la concesión de una posible *exceptio utilis*. El jurista se plantea si el primer acreedor podrá oponer una excepción en los siguientes términos: *exceptio priori utilis est "si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata"*. D'Ors apunta que esta excepción

¹⁷⁸ En el mismo sentido: WACKE, A., *Prozessformel und beweislust im Pfandrechtsprätendententstreit*, *op. cit.* p. 376; BETANCOURT, *Excepciones* pp. 708-709; NICOSIA, *Exceptio* pp. 75-76.

puede oponerse contra el acreedor hipotecario de rango posterior que reclame la cosa hipotecada del acreedor de rango anterior.¹⁷⁹

En este caso el adjetivo “*utilis*” también estaría formulado en un sentido predicativo, puesto que faltaría la excepción edictal sobre la que se debería construir la *exceptio utilis*.¹⁸⁰ Respecto a esta excepción podríamos afirmar que podría tratarse de una *exceptio in factum* con denominación propia que era concedida al acreedor preferente que era demandado por la acción hipotecaria.¹⁸¹

Scaev. 18 dig. D. 32.37.4

Nuptura duobus filiis suis, quos ex priore marito habebat, mandavit, ut viginti, quae doti dabat, stipularentur in omnem casum, quo solvi posset matrimonium, ut etiam alterutri ex his tota dos solvatur: constante matrimonio uno ex filiis mortuo uxor per epistulam petit a superstite filio, uti quandoque partem dimidiam dumtaxat dotis exigeret et ea contentus erit, alteram autem partem apud maritum eius remanere concedat. Quaesitum est postea in matrimonio muliere defuncta, an maritus, si de tota dote conveniatur a filio, doli mali exceptione se tueri possit et an ultro ex causa fideicommissi actio ei competat, ut de parte obligationis accepto ei feratur. Respondit et exceptionem utilem fore et ultro ex fideicommisso peti posse. Idem quaerit, an de reliqua dimidia parte mandati actio utilis sit heredibus mulieris adversus filium eius. Respondit secundum ea quae proponerentur, maxime post litteras ad filium scriptas non

¹⁷⁹ D'ORS, A., *El “ius offerendi” de “tertius”*, en *Studi in onore di Biondo Biondi 1*, Giuffrè Editore, Milano, 1965, p. 216

¹⁸⁰ En este sentido: NICOSIA, *Exceptio* pp. 73-74; PAPA, G., *La replicatio*, *op. cit.*, p. 205, nt. 6; WACKE, A., *Prozessformel und beweislaster im Pfandrechtsprätendententstreit*, *op. cit.* p. 283-384; NICOSIA, *Exceptio* pp. 73-74.

¹⁸¹ BETANCOURT, *Excepciones* p. 705-706.

*fore utilem. Claudius: quoniam in his expressit, ut contentus esset partis dimidiae dotis. Quibus verbis satis fideicommissum filio relinqui placuit.*¹⁸²

Se trata de un fragmento de Scaevola del *libro 18 digestorum* bajo la rúbrica *De legatis et fideicommissis*. El supuesto expone el caso de una mujer que manda a sus dos hijos de un matrimonio anterior que estipularan veinte mil sextercios, cantidad que la mujer daba en dote al marido actual, para que en caso de disolución del matrimonio, el marido restituyera toda la dote a cualquiera de los dos hijos.¹⁸³ Durante este segundo matrimonio y muerto uno de los hijos, la mujer pidió por carta al hijo superviviente, que en su día sólo reclamase la mitad de la dote al marido, y se contentara con ella, concediendo al marido que pudiera retener la otra mitad. De la nota de Trifonio que aparece al final del fragmento, y del propio tenor de la expresión: *partem dimidiam dumtaxat dotis exigeret et ea contentus erit, alteram autem partem apud maritum eius remanere concedat*, se puede extraer que la mujer mediante la *epistula*, está disponiendo dos fideicomisos, uno en favor del hijo y otro en favor del marido. Habiendo muerto la mujer, el hijo reclama al marido la restitución de la dote entera.¹⁸⁴ El jurista se pregunta si el marido tendrá la *exceptio doli* contra el hijo: *Quaesitum est postea in matrimonio muliere defuncta, an maritus, si de tota dote conveniatur a filio, doli mali exceptione se tueri possit*. La respuesta es que la excepción será útil: *Respondit et exceptionem utilem fore...* En este punto la cuestión que debe plantearse, es si el adjetivo “*utilis*” en este caso está formulado en un sentido técnico o en un sentido predicativo. Todo parece indicar el adjetivo es empleado por el jurista en un sentido predicativo, puesto que en primer término se plantea

¹⁸² La doctrina ha advertido múltiples interpolaciones en este fragmento que no reproduciremos en esta sede, puesto que no afectan al análisis de la *exceptio utilis* que contiene. Por todos vid.: SIXTO, M., *Las anotaciones de Trifonio a C. Escévola (1)*, en Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano n. 2, Santiago de Compostela, 1989, pp. 83ss.

¹⁸³ Se trataría de una dote recepticia, cuya obligación de restitución por parte del marido nacería en el momento de disolución del matrimonio, comprendiendo esta disolución, tanto la muerte de la mujer, como el divorcio.

¹⁸⁴ La acción mediante la que reclamará el hijo la restitución de la dote será la *actio ex stipulatu*, puesto que la reclamación se basa en la estipulación realizada: *stipularentur in omnem casum, quo solvi posset matrimonium, ut etiam alterutri ex his tota dos solvatur*.

la posibilidad de oponer la *exceptio doli*, y seguidamente se dice que esta excepción será útil, es decir, que la excepción podrá oponerse de forma eficaz.¹⁸⁵ No sería necesaria la concesión de una *exceptio utilis* puesto que sería posible la concesión de la excepción edictal, en este caso la *exceptio doli*, sobre la base de la actuación maliciosa del hijo, que reclama el total de la dote, cuando le constaba la voluntad de la madre de que únicamente debía reclamar la mitad.

C. 3.1.2 SEV. ET ANT. AA. VALERIO. *A 210 PP. VI K. IAN. FAUSTINO ET RUFO CONSS.>

Licet iudice accepto cum tutore tuo egisti, ipso iure actio tutelae sublata non est: et ideo si rursus eundem iudicem petieris, contra utilem exceptionem rei iudicatae, si de specie de qua agis in iudicio priore tractatum non esse adlegas, non inutiliter replicatione doli mali uteris.

El texto es un rescripto imperial del año 210 redactado bajo los Emperadores Severo y Antonino Caracalla, este rescripto está dirigido a un tal Valerio. El supuesto que se plantea es el de un pupilo que ha ejercitado una acción contra su tutor y trata de volver a plantear la *actio tutelae* contra el este mismo tutor. Este fragmento ha sido ampliamente tratado por la doctrina por lo que únicamente nos centraremos en aquellos aspectos del texto que pueden incidir en la configuración de la excepción.¹⁸⁶ Para su análisis lo compararemos con un texto del Digesto del jurista Paulo que hace referencia a un supuesto muy similar: Paul. 9 *resp.* D. 26.7.46.5 bajo la rúbrica “*De administratione et periculo tutorum et curatorum*

¹⁸⁵ SIXTO, M., *Las anotaciones de Trifonio a C. Escévola*, *op. cit.* p. 91-92, nt. 33; BETANCOURT, *Excepciones* p. 706; KLAMI, H.T., *Entscheidung und Begründung in den Kommentaren Typhonins zu Scaevolae Responsen*, Turun Yilopisto, Turku, 1975, p. 60, nt. 9; NICOSIA, *Exceptio* p. 74.

¹⁸⁶ Sobre este fragmento: PAPA, G., *La replicatio*, *op. cit.* pp. 299ss.; ID., “*Replicatio*” e *giudicato*, *Labeo* 42 (1996), pp. 420-443.

qui gesserint vel non et de agentibus vel conveniendis".¹⁸⁷ En este texto el supuesto fáctico aparece más detallado que en el rescripto imperial, de todas formas, debemos tener en cuenta que los textos del *Codex* solían ser sucintos y aparecían sistematizados con la finalidad de atribuirles una eficacia normativa general. Asimismo, teniendo en cuenta la datación del rescripto, año 210 d.C., podríamos pensar que su autor es el mismo jurista que el del texto del Digesto, ya que Paulo perteneció al *consilium* de Septimio Severo. En cualquier caso la similitud de los textos es indudable, especialmente en la parte que nos interesa, la solución a la cuestión jurídica planteada: C. 3.1.2: *contra utilem exceptionem rei iudicatae... non inutiliter replicatione doli mali uteris*; Paul. 9 resp. D. 26.7.46.5: *et adversus exceptionem rei iudicatae doli mali uti replicatione*.

Centrándonos en la *exceptio*, observamos cómo el adjetivo *utilis* que aparece en C. 3.1.2, no es empleado en un sentido técnico, puesto que el supuesto de hecho no presenta ninguna circunstancia que pueda plantear la necesidad de extender la *exceptio rei iudicatae*.¹⁸⁸ Es más, si comparamos nuestro texto con Paul. 9 resp. D. 26.7.46.5, observamos cómo las expresiones resultan muy similares. En nuestro texto la expresión es: *contra utilem exceptionem rei iudicatae... non inutiliter replicatione doli mali uteris* y en el texto del Digesto: *adversus exceptionem rei iudicatae doli mali uti replicatione*. Observamos una estructura casi idéntica con una declinación análoga con la única salvedad del adjetivo "*utilem*" referido a la *exceptio rei iudicatae* y el correlativo "*non inutiliter*" referido a la *replicatio doli*. La duplicidad en el empleo del adjetivo "*utilis*" refuerza la teoría de que se trata de una locución cuya finalidad es la de enfatizar la eficacia tanto de la *exceptio* como de la *replicatio*.

¹⁸⁷ *Tutelae iudicio tutor conventus edidit librum rationum et secundum eum condemnatus solvit: postea cum a debitoribus paternis, quorum nomina libro rationum non inerant, exigere vellet pupillus, prolatae sunt ab his apochae tutoris: quaesitum est, utrum adversus tutorem an adversus debitores actio ei competat. Paulus respondit, si tempore administrandae tutelae tutori tutelam gerenti debitores solvissent, liberatos eos ipso iure a pupillo: sed si cum tutore actum esset, posse eundem adolescentem propter eam causam tutelae experiri et adversus exceptionem rei iudicatae doli mali uti replicatione.*

¹⁸⁸ BETANCOURT, *Excepciones* pp. 716-717; NICOSIA, *Exceptio* p. 74.

**C. 4.32.5 a. 205 SEV. ET ANT. AA. ULTUMIO SABINO ET ALIIS. *<A
205 D. NON. IUL. GETA CONS.>**

Adversus creditorem usuras maiores ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea consecutus, utilis est pacti exceptio. Secundum quod tueri causam potestis etiam adversus defensores civitatis maiores petentes ex cautione, si probaveritis semper quincunces amitam pupillorum vestrorum, quae maiores caverat, rependisse

El fragmento pertenece a un rescripto imperial del año 205, bajo el gobierno de los emperadores Severo y Antonino Caracalla, este rescripto va dirigido a un tal Ultumio Sabino y a otros, y lo encontramos ubicado bajo la rúbrica *De usuris*. Honoré atribuye la autoría del texto a Ulpiano, ya que sitúa a este jurista como secretario de *a libellis* del *officium* en el periodo comprendido entre el 25 de marzo 202 hasta el 1 de mayo 209.¹⁸⁹ Un aspecto que destaca este autor para identificar su autoría, es el interés por la prueba del jurista, interés compartido con Papiniano, su predecesor. Con todo, el autor advierte una diferencia de estilo entre ambos, mientras que Papiniano separa la frase “*si probaveris*”, por el contrario Ulpiano utiliza esta frase como una unidad, como se observa en nuestro texto. Ulpiano también comparte el uso del concepto de la “utilidad” [*utilis, utilitas*] con sus contemporáneos Papiniano y Paulo.¹⁹⁰ En este sentido, observamos cómo en nuestro fragmento también aparece la referencia: “*utilis est...*”. Teniendo en cuenta estas consideraciones, advertimos cómo el estilo, así como algunas expresiones contenidas en el texto pueden evidenciar que éste es obra de Ulpiano.

¹⁸⁹ HONORÉ, T., *Emperors and Lawyers*, Clarendon press, Oxford, 2a ed., 1994, p. 190.

¹⁹⁰ HONORÉ, T., *Emperors and Lawyers*, *op. cit.* 81ss.

El texto parece estar estructurado en dos partes, unidas por la expresión "*secundum quod*", lo cual nos permite diferenciar en una primera parte una regla general: "*Adversus creditorem usuras maiores ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea consecutus, utilis est pacti exceptio*", contra el acreedor que pide intereses mayores en virtud de estipulación, si se prueba que durante ciertos años los recibió menores, la *exceptio pacti* es útil. Y una segunda parte de la que se deduce el supuesto fáctico en el que aparece la referencia a: "*amitam pupillorum vestrorum*" lo cual parece indicar que Sabino, uno de los destinatarios del rescripto, ha realizado la consulta en nombre de la tía paterna de sus pupilos. Ésta habría convenido con su acreedor el pago de unos intereses mayores a los que efectivamente habría pagado.

Una cuestión clave a tener en cuenta en la interpretación del texto es la existencia de un "*pactum tacitum*" de disminución de los intereses previamente pactados, explicitado por el transcurso del tiempo.¹⁹¹ En un texto de Paulo en el que precisamente el jurista cita un rescripto de Antonino Pío: "*Divus Pius ita rescripsit*", se trata esta misma cuestión, así como en otro texto de Scaevola que aparece bajo la misma rúbrica: *De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora*.¹⁹² En ambos textos observamos cómo se hace referencia al pago de intereses y a que durante un dilatado periodo de tiempo: *longi temporis intervallum, per multos annos...* no se ha reclamado el pago de estos intereses pactados inicialmente. La solución en ambos casos es similar, el acreedor no puede reclamar unos intereses mayores si durante un prolongado espacio de tiempo los ha percibido menores sin haber reclamado al deudor por

¹⁹¹ Sobre le *pactum tacitum*: WACKE, A., *Zur Lehre vom "pactum tacitum" und zur Aushilfsfunktion der "exceptio pacti"*, SZ 91 (1974), pp. 251-284.

¹⁹² Paul. 1 *de usuris* D. 22.1.17.1: *Divus Pius ita rescripsit: parum iuste praeteritas usuras petis, quas omisisse te longi temporis intervallum indicat, qui eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti*". Scaev. 1 *resp.* D. 22.1.13pr.: *Qui semisses usuas permisit, per multos annos minores praestitit, heres creditoris semisses petit, quum per debitorem non steterit, quominus minores solvat; quaero, an exceptio doli vel pacti obstat? Respondi, si exsolvendis ex more usuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit, posse secundum ea, quae proponerentur, ob stare exceptionem*.

este motivo. Por tanto, los juristas atribuyen a una situación *de facto* que se explicita por dos hechos: un dilatado transcurso de tiempo y la no reclamación de unos intereses pactados inicialmente durante ese periodo temporal, una consecuencia jurídica: la existencia de un pacto tácito de disminución de los intereses pactados. Este pacto será oponible al acreedor que posteriormente reclamara los intereses totales mediante una *exceptio*.

En C. 4.32.5, no nos hallaríamos ante una excepción útil puesto que nada obsta a que el deudor pueda oponer una *exceptio pacti* o una *exceptio doli*, por lo que el adjetivo "*utilis*" en este caso, únicamente indicaría que la excepción neutralizaría eficazmente la pretensión del actor.

4.2. *Exceptio utilis ex minore viginti quinque annis*

En este apartado analizaremos un texto de Juliano del *libro 45 digestorum*: D. 4.4.41, situado bajo la rúbrica: *De minoribus viginti quinque annis*:¹⁹³

Si iudex [praetor] circumvento in venditione adulescenti iussit fundum restitutumque pretium emptori reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitutione paenitentia acta, exceptionem utilem adversus petentem pretium quasi ex causa iudicati adulescens habere poterit, quia unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt. nec queri poterit venditor [emptor], si restitutus fuerit in eam causam, in qua se ipse constituit et quam mutare non potuisset, si minor auxilium praetoris non implorasset.

El supuesto de hecho plantea el caso de un menor de veinticinco años, en adelante adolescente, que ha podido acreditar ante el pretor haber sido perjudicado en una venta, *circumvento in venditione adulescenti*. Este adolescente solicita una *i.i.r.*, y ésta le es concedida: *praetor iussit fundum restitutumque pretium emptori reddere*. Seguidamente el adolescente se arrepiente y no quiere utilizar la *i.i.r.* concedida por el pretor, teniendo en cuenta que es lícito renunciar a aquello que se estableció en propio favor. Posteriormente el comprador, al que llamaremos Ticio, reclama el precio, *petetem pretium*, y contra esta reclamación el menor podrá oponer una excepción

¹⁹³ Este texto ha sido analizado ampliamente por la doctrina básicamente desde dos perspectivas. Desde la perspectiva de la *exceptio utilis*: NICOSIA, *Exceptio* pp. 251ss.; BETANCOURT, *Excepciones* pp. 699ss.; WESENER, *Nichtediktale* pp. 110ss. Desde la perspectiva de la *i.i.r.*: CERVENCA, J., *Per lo studio della restitutio in integrum (problematica e prospettive)*, Studi in onore di Biondo Biondi 1, 1965, pp. 599-630; CERVENCA, J., *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Ed. Guiffré, Milano, 1990, pp. 32-45; KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis*, Berlin-New York, 1974; D'ORS, A., *La acción del menor restituido (Crítica a Kupisch)*, AHDE, 49, 1979, pp. 297-326; KASER, M., *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, SZ 94 (1977), pp. 101-183.; LEVY, E., *Zur nachklassischen in integrum restitutio*, SZ 68 (1951), pp. 366-368. También recientemente desde la perspectiva de la *res iudicatae*: SALOMONE, A., *Iudicati velut obligatio, op. cit.*; ID., *Emptio venditio, op. cit.* pp. 375ss.

útil, *exceptionem utilem adversus petentem... adulescens habere poterit*. Al final del texto encontramos un glosema que explica el fundamento por el cual el pretor concede la excepción útil: *nec queri poterit venditor [emptor], si restitutus fuerit in eam causam, in qua se ipse constituit et quam mutare non potuisset, si minor auxilium praetoris non implorasset*.

La compraventa realizada entre el adolescente y Ticio es válida. Ticio, comprador, ha pagado el precio convenido y el adolescente, vendedor, ha entregado el fundo. Podemos afirmar que la compraventa es válida y se ha realizado el intercambio de prestaciones porque de lo contrario, el pretor no concedería al adolescente la *i.i.r.*, expediente procesal de carácter extraordinario, sino que le concedería una simple *actio venditi*, y el comprador en su caso tendría una *actio empti*. Precisamente si opera la *i.i.r.* es por la validez de la compraventa.¹⁹⁴

En el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano, tanto en la edición de Lenel¹⁹⁵ como en la de Rudorff¹⁹⁶ aparece un título con la rúbrica *de in integrum restitutionibus* que distinguía las diversas causas que podían motivar su solicitud:¹⁹⁷ intimidación, engaño, *capitis deminutio* por arrogación o *manus*, negocio con un menor de veinticinco años, ausencia, distinguiendo diversos motivos de ausencia, error, enajenación de la cosa litigiosa y otros supuestos en los que el Pretor

¹⁹⁴ En Ulp. 11 *ed. D.* 4.4.16pr., Ulpiano realiza la distinción entre *communi auxilio* y *extraordinarium auxilium*: *In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate nec locupletior factus est*. Observamos cómo en este texto se refleja claramente el carácter extraordinario y por tanto subsidiario de la institución de la *i.i.r.*: *Nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium*.

¹⁹⁵ Título X, LENEL, *EP* pp. 109ss.

¹⁹⁶ Título VIII, RUDORFF, *Edictum* pp. 55ss.

¹⁹⁷ Ricart Martí apunta que conocemos las motivaciones especialmente previstas que pueden fundamentar la solicitud de la *i.i.r.* a partir de los comentarios de los juristas al edicto, destacando los comentarios de Ulpiano y Paulo, habiendo servido estos comentarios de base para la reconstrucción del Edicto Perpetuo de Lenel y Rudorff. RICART MARTÍ, E., *Un caso de in integrum restitutio rei publicae causa abesse y petitio bonorum possessionis*, *op. cit.* p. 411.

considerara que existía una *iusta causa*.¹⁹⁸ En general la doctrina siguiendo a Rudorff apunta la posibilidad de que el jurista Juliano en su redacción del edicto del 130 d.C. separara las diversas causas contempladas por el pretor de acuerdo con las palabras de los diversos edictos.¹⁹⁹ El pretor, mediante la *i.i.r.* podía considerar como no ocurridos, actos y consecuencias jurídicas perfectamente válidos para el *ius civile* fundándose en la equidad en el caso de la *i.i.r.* clásica, y de ello se deriva que las causas por las que el pretor la otorga atienden a menudo, a la protección de grupos discriminados.²⁰⁰ La palabra “*restituere*” designa el acto de autoridad del magistrado mediante el cual concede los medios jurídicos necesarios para restablecer un derecho.

Con carácter previo a nuestro análisis haremos referencia a dos cuestiones de tipo formal. En primer lugar, nos detendremos en la primera frase en la que aparece la palabra “*iudex*”: *Si iudex circumvento in venditione hasta paenitentia acta*. En esta primera frase, llama la atención la palabra *iudex*, puesto que quién concede la *i.i.r.* es el pretor, independientemente que una segunda fase se desarrolle ante el *iudex privatus*. Parte de la doctrina, Kaser, Nicosia, Carrelli, Cervenca, entre otros, ha considerado que la referencia al juez en este fragmento no es genuina y que en el texto la referencia originaria habría sido al pretor.²⁰¹ Otra parte considera, por el contrario, que la palabra *iudex* no está interpolada: Levy, Kupish, D’Ors, Betancourt, defienden esta postura.²⁰²

¹⁹⁸ D’ORS, *DPR* §83.

¹⁹⁹ RUDORFF, *Edictum* p. 55.

²⁰⁰ RICART MARTÍ, E., *Sucesión inter vivos e in iure cessio hereditatis; régimen de créditos y deudas*, en *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona, 2006, p. 893, nt. 28.

²⁰¹ CARRELLI, *Decretum e sententia nella restitutio in integrum*, en *Annali Bari* n.1 (1938), pp. 149; NICOSIA, *Exceptio* pp. 88 y 91 nt. 43; KASER, M., *Zur in integrum restitutio*, *op. cit.* pp. 162-167; CERVENCA, J., *Studi vari sulla in integrum restitutio*, *op. cit.* pp. 35-36

²⁰² LEVY, E., *op. cit.*, pp. 366-368; KUPISCH, B., *In integrum restitutio*, *op. cit.* p. 113; D’ORS, A., *La acción del menor restituido*, *op. cit.* pp. 316-317; BETANCOURT, *Excepciones* p. 712 nt.32

Sobre esta cuestión apuntaremos que la sustitución de *iudex* por *praetor* parece explicable ya que se ha comprobado esta tendencia en varios textos interpolados del Digesto.²⁰³ Asimismo en un texto similar del jurista Paulo, citado por Accursio en la Glosa a nuestro texto,²⁰⁴ sí aparece la referencia a *praetor*, y no a *iudex*:

Paul. sent. D. 4.4.24.4:²⁰⁵ *Restitutio autem ita faciendae est, ut unusquisque integrum ius suum recipiat. Itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, iubeat praetor emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere, nisi si tunc dederit, cum eum perditurum non ignoraret: sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur, sed parcius in venditione, quia aes alienum ei solvitur, quod facere necesse est, credere autem non est necesse. Nam et si origo contractus ita constitit, ut infirmanda sit, si tamen necesse fuit pretium solvi, non omnimodo emptor damno adficiendus est.*

Si tenemos en cuenta la primera parte del texto, observamos cómo el supuesto trata de un caso de *i.i.r.*: *restitutio autem ita faciendae est, ut unusquisque integrum ius suum recipiat*, la restitución se ha de hacer de modo que cada uno recobre íntegro su derecho. El texto continúa: *Itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, iubeat praetor emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere...* si fuere restituido el perjudicado al vender un fundo, mande el pretor que el comprador restituya el fundo con sus frutos y recupere el precio. Se trata de un supuesto que guarda relevantes similitudes con nuestro texto. La posición de *venditor* corresponde también a un menor de veinticinco años perjudicado en una venta. En este caso el pretor ordena:

²⁰³ GUARNERI CITATI, A., *Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizi di interpolazione nei testi giuridici romani*, Milán 1927, vid. *Iudex*.

²⁰⁴ ACCURSIO, *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*, vol. VII: *Digestum vetus*, Venetis: De Tortis, 1488, edición facsimil.

²⁰⁵ Sobre la inscripción de este texto destacaremos que consultando la Palingenesia: LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis*, 2 Bd. (Leipzig 1889, Neudr. Graz 1960), observamos que Lenel sitúa el texto en el libro 9 *ad edictum* de Paulo citando a Cuiacius. En la *editio maior*, Mommsen se inclina por situar el texto en el libro *primo sententiarum* del mismo jurista.

emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere, devolver el fundo con los frutos y recuperar el precio. En el texto de Juliano aparece *fundum restitui/pretium reddere*; en el de Paulo: *fundum reddere/pretium recipere*; se puede apreciar por tanto, un notable paralelismo entre ambos. Lo relevante para nuestro análisis, es que en Paul. *sent.* D. 4.4.24.4 aparece la palabra *praetor* y no *iudex* precisamente para hacer referencia a una misma solución jurídica. Este argumento nos permite reafirmar nuestra tesis de que en Iul. 45 *dig.* D. 4.4.41 el texto está interpolado y que dónde dice *iudex* debería decir *praetor*.

Una segunda precisión formal es la que aparece al final de nuestro texto. En este caso, es la palabra *venditor: nec queri poterit venditor [emptor], si restitutus fuerit in eam causam*. En la *editio maior* de Mommsen aparece una anotación que remite a Cuiacio, que propone la sustitución de *emptor* por *venditor*.²⁰⁶ Consultando la Glosa de Accursio, observamos cómo el glosador propone una *emmendatio: id est emptor*: apuntando la sustitución de *venditor* por *emptor* de acuerdo con el texto de Gayo, D. 19.1.19, en el cual se dice que los antiguos usaban indistintamente las denominaciones de compra y venta.²⁰⁷ En el supuesto de hecho, la sustitución de *venditor* por *emptor* parece del todo necesaria para mantener la coherencia del texto, como veremos más adelante.²⁰⁸

Para abordar el análisis de Iul. 45 *dig.* D. 4.4.41, en primer lugar apuntaremos dos análisis divergentes que la doctrina ha realizado del texto. Nicosia considera el pretor ha concedido la *i.i.r.* mediante una disposición que produce entre las partes un efecto análogo a la cosa juzgada y que legitima la pretensión del comprador de restitución del precio *quasi ex causa iudicati*. Contra esta

²⁰⁶ CUIACIO, *Ad titulum de minoribus Commentarius*, en *Opera I*, Venetiis 1758, col. 877.

²⁰⁷ Gai. *ed. tit. de publicanis* D. 19.1.19: *Veteres in emptione venditioneque appellationibus promiscue utebantur. [Corpus iuris civilis] ... commentariis Accursii, scholiis Contii, paratitlis Cuiacii ... novae accesserunt ad ipsum Accursium Dionysii Gothofredi, I. C. notae, ...* Lugduni : Sumptibus Horatii Cardon, 1604, vol. 1, *Digestum vetus*, p. 579.

²⁰⁸ Otros autores consideran que dicha sustitución no resulta necesaria. Vid. D'ORS, A., *La acción del menor restituído*, *op. cit.* p. 316, nt. 33.

pretensión, el pretor concedería al menor una excepción útil *ex legis Laetoriae*. D'Ors por el contrario, sostiene que se trata de una *i.i.r.* judicial²⁰⁹ y que el juez ha hecho su *pronuntiatio* pero antes de la conclusión del juicio por falta de restitución, el adolescente demandante desiste. Seguidamente el pretor concedería al comprador una acción pretoria, quizás ficticia (*quasi ex iudicato*).²¹⁰ En un estudio reciente Salomone sostiene que el remedio rescisorio que emana del *decretum* sería una *reivindicatio rescissoria*.²¹¹

En nuestro fragmento se pueden distinguir dos secuencias de hechos diferenciadas: una primera secuencia en la que aparece la *i.i.r.* que se le concede al *adulescens* engañado en una venta a la que éste renuncia posteriormente; y una segunda secuencia en la que el comprador reclama el precio al menor. Para abordar el análisis, en primer lugar nos centraremos en la *i.i.r.* a la que el texto hace referencia. Controvertido resulta el modo en que el pretor concedía la *i.i.r.* Tradicionalmente se ha distinguido entre la *i.i.r.* judicial y la *i.i.r.* decretal.²¹² La doctrina en términos generales ha considerado que en el caso de la restitución judicial, el pretor concedía directamente una acción. La *i.i.r.* judicial tiene su principal campo de aplicación en aquellos casos en que esta restitución se fundamenta en *dolus* o *metus* mediante una *actio doli* o una *actio metus*, *actiones in personam* previstas expresamente en el edicto con una cláusula arbitraria, *neque ea res arbitrio iudicis restituetur*.²¹³ En el supuesto de la *i.i.r.* decretal, el pretor *causa cognita* adaptará el remedio procesal conveniente al caso concreto.²¹⁴

²⁰⁹ Sobre la restitución judicial, el autor apunta que: “no parece incompatible con la acción rescisoria ya que ésta sigue siendo una acción con la cláusula arbitraria propia de toda reivindicatoria”. D’ORS, A., *La acción del menor restituido*, *op. cit.* p. 317.

²¹⁰ D’ORS, A., *La acción del menor restituido*, *op. cit.* pp. 316-317.

²¹¹ SALOMONE, A., *Iudicati velut obligatio*, *op. cit.* pp. 327-328; la misma autora, en el mismo sentido en: *Emptio venditio*, *op. cit.* p. 401.

²¹² KASER, *ZPR* pp. 422-426.

²¹³ KASER, *ZPR* pp. 424-425

²¹⁴ KASER, *ZPR* p. 422 nt. 9

Analizando la *i.i.r.*, nos detendremos en la primera parte del texto: *Si praetor circumvento in venditione adulescenti iussit fundum restitui eumque pretium emptori reddere*. Una primera cuestión que debemos tener en cuenta es si la *i.i.r.* concedida al adolescente es judicial o decretal. Consideramos que en este caso se trataría de una *i.i.r.* decretal, puesto que el mismo texto hace referencia al contenido del decreto: *fundum restitui/pretium emptori reddere*. No debemos olvidar que la *i.i.r.* es un expediente procesal de carácter extraordinario a través del cual el pretor rescinde por motivos de equidad un acto jurídico válidamente constituido, y por tanto, el medio mediante el cual opera la rescisión puede variar en función del caso concreto, más si tenemos en cuenta que el pretor concede la *i.i.r. causa cognita*: y por tanto, conociendo los aspectos concretos del caso.

Volviendo al texto observamos que el pretor *iussit: fundum restitui/pretium emptore reddere*. Si partimos de que se trata de una *i.i.r.* decretal, y que la rescisión opera *ex decreto*, no podemos sostener que para que la *i.i.r.* despliegue sus efectos deba mediar forzosamente una acción rescisoria. En este caso, y teniendo en cuenta la terminología empleada por el jurista Juliano, el medio a través del cual se materializarán los efectos de la rescisión es una *condictio*.

Una vez concedida la *i.i.r.* por parte del pretor y emanado el decreto, el adolescente no quiere utilizar la *i.i.r.*: *et hic nolit uti hac in integrum restitutione paenitentia acta*, y arrepentido no quisiera hacer uso de la *i.i.r.* Más adelante Juliano apunta *quia unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt* es lícito renunciar a aquello que se estableció en propio favor. Observamos por tanto que el adolescente puede renunciar y renuncia a la *i.i.r.*

Como se ha visto, la mayoría de autores que han estudiado este fragmento, han considerado que la locución *quasi ex causa iudicati*, viene referida a la acción que se concede a Ticio-comprador, una *actio iudicati utilis*. Salomone considera que esta expresión viene referida a la *exceptio* y que la acción del comprador no

se fundaría directamente en el decreto pretorio de *i.i.r.* sino que lo haría en el desequilibrio económico que eventualmente se produciría por la restitución del bien enajenado.²¹⁵

Partimos de que el menor ha renunciado a la *i.i.r.*, pero Ticio, comprador reclama al adolescente el precio: *petentem pretium* y el pretor concede al *adolescente exceptionem utilem adversus petentem pretium quasi ex causa iudicati*. El pretor concede al adolescente una *exceptio utilis* como por causa de cosa juzgada contra el que reclame el precio.

Centrándonos en el supuesto vemos como el pretor concede una acción a Ticio. La pregunta que surge es, ¿en base a qué concede el pretor la acción?. La respuesta no puede ser otra que en base al decreto que establecía que para que la *i.i.r.* desplegara sus efectos, se concederían dos *conditiones*: una para que el adolescente recuperara el fundo: *fundum restitui*,²¹⁶ y otra para que Ticio, el comprador recuperara el precio: *pretium emptori reddere*.

Proponemos que la acción que canaliza la pretensión del demandado podría ser una *condictio* por dos circunstancias. En primer lugar, por una cuestión terminológica: *petentem pretium*. En el Digesto encontramos varios textos en los que el verbo *peto* y el sustantivo *condictio* aparecen relacionados.²¹⁷ En segundo

²¹⁵ SALOMONE, A., *Emptio venditio*, op. cit. p. 401; ID., *Iudicati velut obligatio*, op. cit. p. 327.

²¹⁶ En las fuentes encontramos textos en los que aparece la relación entre la *condictio* y la expresión *fundum restitui*: Paul. 17 *Plaut.* D. 12.1.31pr.: *Cum fundus vel homo per conditionem petitus esset, puto hoc nos iure uti, ut post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset.*

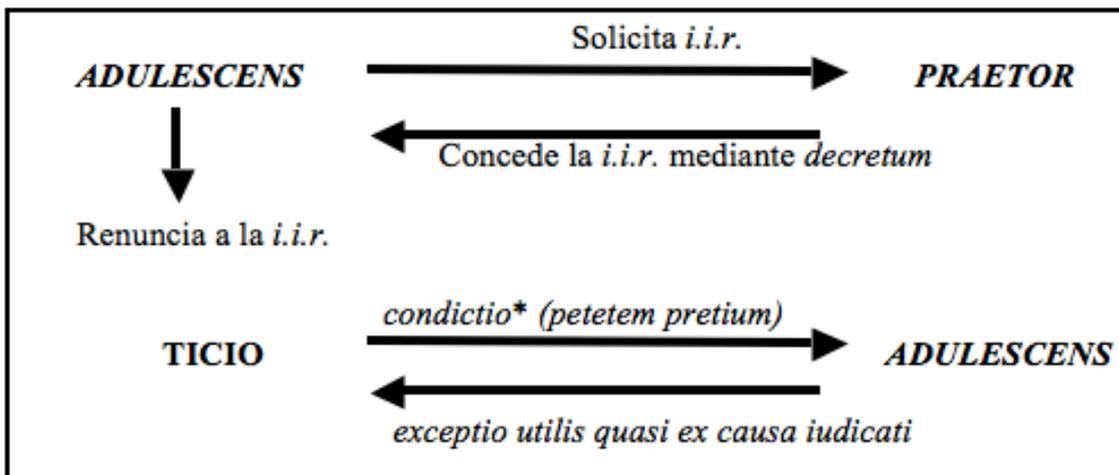
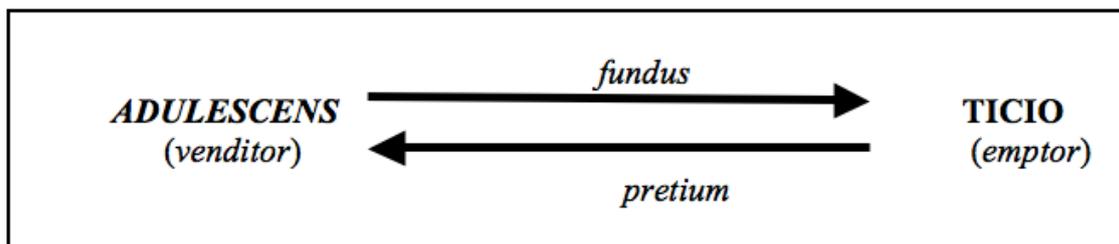
²¹⁷ *Ad. exemplum*, Pap. 71 ed. D. 44.4.5.5: *Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit. In eadem causa est maritus: nec hic enim debet exceptione summoverti, qui suo nomine agit. Numquid ergo nec de dolo mulieris excipiendum sit adversus maritum, qui dotem petit, non ducturus uxorem, nisi dotem accepisset [accepisset]? Nisi iam divertit. Itaque condictione tenetur debitor qui delegavit vel mulier, ut vel liberet debitorem vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur.*

lugar, por la relación que esta acción guarda con la *i.i.r.* solicitada por el menor. No podemos considerar que la *i.i.r.* opera mediante una acción rescisoria porque la legitimación para plantear la acción sería del menor, no de Ticio, por tanto, ello nos lleva a pensar que el pretor en su decreto ha puesto a disposición de Ticio alguna otra acción para recuperar el precio de la compraventa rescindida, y esta acción, teniendo en cuenta los indicios anteriormente planteados no puede ser otra que la *condictio*.

Ahora nos plantearemos que tipología de *condictiones* podrían encauzar las pretensiones de las partes. En primer lugar debemos poner de manifiesto la problemática que plantea la clasificación de las *condictiones*, siendo ésta una clasificación justiniana y que por tanto debe ser tomada con precaución. El Digesto contiene dos libros: libro 12 y 13 con sendas rúbricas que tratan las diversas tipologías de *condictiones*. Teniendo en cuenta estas tipologías consideramos que la *condictio* que más se ajustaría a nuestro supuesto es la *actio certi* que aparece bajo la rúbrica *De rebus creditis si certum petetur et de condictione* [D.12.1].

Nos inclinamos por la *actio certi*, de una parte por su carácter abstracto, en la fórmula no se indica la causa del *oportere*, y de otra parte porque esta acción se refiere a una obligación de *dare* fundada en una previa *datio*, es decir, cuando se trata de recuperar la propiedad dada, pero retenida injustificadamente por el demandado.

En nuestro caso, una vez rescindida la compraventa mediante el decreto del pretor, las dos partes del contrato retienen injustamente una cosa, un *certum*, que es propiedad del otro: el comprador retiene el fundo y el adolescente el precio, porque la compraventa es como si nunca hubiera existido. En este caso el comprador reclama el precio al vendedor, el adolescente. El supuesto lo podríamos esquematizar del siguiente modo:



Llegados a este punto, debemos retomar un aspecto crucial del texto: el menor renuncia a la *i.i.r.*, por lo que la compraventa no se rescinde y es perfectamente válida. ¿Cómo protege el pretor al adolescente que es demandado por el comprador? Mediante una *exceptio utilis quasi ex causa iudicati*, una excepción útil como por causa de cosa juzgada. Nicosia considera que la acción planteada por Ticio-comprador, sería una *actio quasi ex causa iudicati* y que la excepción que se concedería al *adulescens*, sería una *exceptio utilis legis Laetoriae*, al considerar que el *adulescens* que quisiera renunciar a la *i.i.r.* se le debe conceder, en base a la misma *lex Laetoria*, un medio idóneo para rechazar cualquier eventual pretensión que surgiera a favor de la contraparte.²¹⁸ Salomone por su parte, considera que el pretor concedería una *exceptio* análoga a la *exceptio rei iudicatae*, una *exceptio ex causa iudicati* mediante la cual: “la pronuncia del magistrato semmai determina, similmente a quanto avviene soltando in alcune

²¹⁸ NICOSIA, *Exceptio* p. 104-105.

delle applicazioni dell'exceptio (o della replicatio) rei iudicatae, un effetto "pregiudiziale" (o "normativo") a favore del minore; un effetto destinato cioè nei suoi aspetti declaratori a contrarestare altre, successive, iniziative processuali del creditore".²¹⁹ Respecto al adjetivo *utilis* considera la autora que en el fragmento la referencia a la *exceptio utilis* se puede asimilar a una *exceptio doli* que neutralizaría la pretensión del comprador.²²⁰

La expresión *quasi ex causa iudicati* haría referencia al desistimiento del *adulescens*, en tanto que renuncia a la *i.i.r.* Esta expresión también aparece en Ulp. 5 *de omn. trib.* D. 42.3.6.7: *Confessi utique post confessionem tempora quasi ex causa iudicati habebunt.* Observamos cómo en el fragmento de Ulpiano se dice que los confesos tendrán después de la confesión un plazo como por causa de cosa juzgada. En este caso, la expresión *quasi ex causa iudicati* viene referida a la *confessio*, que en caso de producirse, se le otorga unos efectos como de cosa juzgada, en este supuesto concreto, respecto al plazo. En Iul. 45 *dig.* D. 4.4.41, la expresión *quasi ex causa iudicati*, viene referida a la *exceptio utilis* que se concede al *adulescens*. En este punto debemos analizar qué actuación del *adulescens* puede equiparse a la *causa iudicati*. La respuesta no puede ser otra que el desistimiento de la *i.i.r.*: *hic nolit uti hac in integrum restitutione paenitentia acta.* En ningún caso la cosa juzgada podría referirse al *decretum* de

²¹⁹ SALOMONE, A., *Iudicati velut obligatio*, *op. cit.* pp. 328-329

²²⁰ La autora basa esta interpretación en el análisis de otro fragmento, Scaev. 5 *resp.* D. 44.4.15: *Fideiussor evictionis nomine condemnatus id praedium, quod evictum est, et omnia praestare paratus est, quae iure empti continentur: quaero, an agentem emptorem exceptione ex causa iudicati doli mali summovere potest. Respondit exceptionem quidem opponi posse, iudicem autem aestimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat.* SALOMONE, A., *Iudicati velut obligatio*, *op. cit.* pp. 329-336. El texto alude al supuesto de un fiador que es condenado por evicción y que está dispuesto a indemnizar por el predio que fue objeto de evicción y todo lo que corresponda al comprador. La autora considera que la expresión *exceptione ex causa iudicati doli mali*, debe ser considerada de forma conjunta. La doctrina mayoritaria ha considerado que la locución *ex causa iudicati*, vendría referida a la acción planteada por el comprador, y la excepción a la que se alude, sería la *exceptio doli*. Esta interpretación concordaría con la última parte del fragmento que hace referencia a que el juez debe estimar el daño sufrido por el comprador para que le indemnice; el vendedor estaría dispuesto a indemnizar al comprador, por lo que podrá oponer la *exceptio doli* a la acción ejecutiva, pero no tendría sentido una defensa del vendedor *ex causa iudicati*.

i.i.r., puesto que, como hemos visto, este decreto precisamente concede las acciones tanto al *adulescens* como a Ticio-comprador. Recordamos que la concesión de la excepción por parte del pretor, tiene lugar en la fase *in iure*, en el momento de la *causa cognitio* pretoria, por lo que éste debe ser el momento en el que el *adulescens* manifiesta su desistimiento de hacer valer la *i.i.r.*, y por tanto el pretor le concederá la *exceptio utilis quasi ex causa iudicati*, equiparando su desistimiento, a la cosa juzgada respecto a la *i.i.r.* que le es concedida. Coincidimos con Salomone en considerar que la *exceptio utilis quasi ex causa iudicati* produciría unos efectos propios de la *exceptio rei iudicatae*, pero precisando que este efecto de cosa juzgada se basaría en el desistimiento del *adulescens*, no en el decreto pretorio que concede la *i.i.r.* Respecto a la tesis de Nicosia, que basa la concesión de la *exceptio utilis* en la *lex Laetoria*, consideramos que si bien es cierto que la finalidad última es la de proteger al *adulescens*, la base sobre la que se concede la excepción útil es su desistimiento. El autor, partiendo de su concepto de *exceptio utilis* como la extensión en vía útil de una excepción fundada en una norma del *ius civile*, considera que la *exceptio legis Laetoriae* se extiende en vía útil al caso expuesto.²²¹ No compartimos esta interpretación puesto que consideramos que la locución “*quasi ex causa iudicati*” no vendría referida a la acción del comprador sino a la *exceptio*, por ello consideramos que la excepción sobre la que se construiría la excepción útil sería la *exceptio rei iudicatae*.

No cabe duda que la *exceptio rei iudicatae* es una excepción edictal. El hecho de que el pretor conceda una excepción útil y no directamente la *exceptio rei iudicatae* nos indica que el fundamento de esta excepción es una circunstancia análoga a la cosa juzgada. Profundizando en nuestro texto, observamos que el decreto de *i.i.r.* y el posterior desistimiento del adolescente configuran un efecto de cosa juzgada, puesto que el único legitimado para rescindir la compraventa es el adolescente, y como bien dice Juliano al final de nuestro fragmento: no podrá

²²¹ NICOSIA, *Exceptio* p. 135

quejarse el comprador de encontrarse otra vez en aquella situación en la que el mismo se puso, la cual no se habría podido cambiar si el menor no hubiera implorado el auxilio del pretor.

Proponiendo una posible formulación de esta excepción, y partiendo de la *exceptio rei iudicatae* edictal,²²² esta excepción útil podría aparecer formulada del siguiente modo: *Si ea res, qua de agitur, quasi iudicata non est*. Observamos cómo a partir de la expresión que aparece en el fragmento *quasi ex causa iudicati* la excepción útil puede ser construida sobre la base de la *exceptio rei iudicatae*, añadiendo simplemente la partícula *quasi* a la formulación edictal. Respecto a la prueba de la excepción en la fase *apud iudicem*, podrá consistir simplemente en la *confessio* del adolescente declarando que había renunciado a la *i.i.r.* La construcción de la fórmula concedida por el pretor, formada por una *actio certi* y la *exceptio utilis* anteriormente señalada, podría enunciarse de forma abstracta del siguiente modo:

C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium sextertium X milia dare oportere, qua de re agitur, si ea res, qua de agitur quasi iudicata non est, C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemnato; si non paret absolvito.

Finalmente y para concluir, queremos volver al texto para preguntarnos cuál es el trasfondo de este caso de tanta complejidad jurídica. Después de valorar diversas posibilidades creemos que el menor en primera instancia plantea la *i.i.r.* porque cree que el comprador, Ticio, le ha engañado pagando menos del valor real del fundo. Una vez concedida la *i.i.r.* el menor se arrepiente de haber solicitado la rescisión de la compraventa, seguramente porque descubre que el

²²² LENEL, *EP* pp. 506ss.

fundo realmente vale menos de lo que Ticio ha pagado por él, y Ticio, consciente de esto, intenta recuperar el precio que pagó por dicho fundo.²²³

²²³ En este sentido: NICOSIA, *Exceptio* p. 104 nt. 72; CARRELLI, E., *Decretum e sententia*, *op. cit.* p. 149.

4.3. *Exceptio utilis ex senatus consulto Macedoniano et Velleiano*

En este apartado examinaremos aquellos textos en los que aparece la expresión *exceptio utilis* en relación al SC. Macedoniano y Velleiano. Este análisis conjunto obedece a las características comunes que presentan los textos en los que la expresión aparece.

Exceptio utilis ex senatus consulto Macedoniano

4.3.1. *SC. Macedonianus*; 4.3.2. *Exceptio ex senatus consulto Macedoniano*; 4.3.2.1. Naturaleza y formulación de la excepción; 4.3.2.2. *Postulatio exceptionis*; 4.3.3. Análisis de Ulp. 29 *ed.* D.14.6.7.1; 4.3.3.1. *Fraus senatus consulto Macedoniano*; 4.3.3.2. *Utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam*

A continuación analizaremos Ulp. 29 *ed.* D.14.6.7.1. El texto pertenece al libro 29 *ad edictum* de Ulpiano y aparece bajo la rúbrica D. 14.6 *De senatus consulto Macedoniano*.²²⁴

4.3.1. *SC. Macedonianus*

El SC. Macedoniano es una disposición senatorial emanada en época de Vespasiano (69-79 d.C.)²²⁵ que prohíbe *dare mutuam pecuniam* a los *filius familias*.²²⁶ Ulpiano, en Ulp. 29 *ed.* D.14.6.1pr. recuerda el texto del SC:

²²⁴ La mayor parte de los fragmentos contenidos en el título (D.14.6) pertenecen al libro 29 *ad edictum* de Ulpiano. En el *Codex* también encontramos un título referido *Ad Senatus consultum Macedonianum*, C. 4.28 en el que se recogen mayoritariamente rescriptos imperiales. La finalidad de estos rescriptos sería la de sistematizar las aportaciones de la jurisprudencia, actualizando la disposición a las necesidades de la época eliminando la *ambiguitas veterum* a la que hace referencia el emperador Justiniano en C. 4.28.7pr., en el que éste responde a Juliano. PERIÑÁN GÓMEZ, B., *Antecedentes y consecuencias del SC. Macedoniano*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, p. 218. El *Codex Gregorianus*, según el *Epitome Codicum Gregoriani et Hermogeniani Wisigothica*, también contiene un título referido al SC. Macedoniano: CG. 3.5.10, y también aparece una referencia en PS. 2.10.

²²⁵ Las fuentes para la datación del SC. son exclusivamente fuentes literarias ya que la jurisprudencia no aporta datos sobre el momento en que esta disposición senatorial fue emanada. La doctrina mayoritaria que ha sostenido que el SC. data de la época de Vespasiano (69-79), se ha basado en un fragmento de Suetonio: Suet. Vesp., 11: *Libido atque luxuria coercente nullo inualerat; auctor senatui fuit decernendi, ut quae se alieno seruo iunxisset,*

Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: "Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuum pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri."

ancilla haberetur; ne filiorum familiarum faeneratoribus exigendi crediti ius umquam esset, hoc est ne post patrum quidem mortem. En este sentido: LONGO, S., *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 192-193 nt. 2; PERIÑÁN GÓMEZ, B., *op. cit.* pp.182ss.; DE LOS MOZOS, J.J., *Acerca del fin y régimen del Senadoconsulto Macedoniano*, AHDE 52 (1982), p. 77 nt. 1; SÖLLER, A., *Einführung in die römische Rechtsgeschichte*, C.H Beck, 5ª edición revisada, München, 1996, p. 100; SCHULZ, F., *Classical Roman Law, op. cit.* p. 511; LUCREZI, F., *Senatusconsultum Macedonianum*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 25ss; PARICIO, J., *recensión a Lucrezi*, IVRA 53, (1992), p. 215; VOLTERRA, E., *Senatus consulta*, en *Scritti Giuridici IV*, Jovene editore, Napoli, 1993, p. 273;. La doctrina minoritaria que ha defendido que el SC. dataría de la época de Claudio se ha basado en un texto de Tácito, *Annales*, 11,13: *et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum faenerari darent.* En este sentido: DAUBE, D., *Did Marcelo murder his father?*, SZ 65 (1947),. también en *Collected Studies in Roman Law I*, Klostermann, Frankfurt a. Main, 1991, pp.309ss; KUNKEL, W., *Historia del derecho romano*, Ariel, Barcelona 1970, trad. a la cuarta edición alemana por Juan Miquel, p. 136, nt. 54; BUCKLAND, W.W., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, 1921, p. 462.

²²⁶ Sobre el SC. Macedoniano y la capacidad patrimonial del *filius familias*: VALIÑO, E., *Las "acciones adiecticiae qualitatis" y sus relaciones básicas en Derecho Romano*, ADHE 38 (1957), pp. 339ss.; KASER, RPR 1, p. 532; DE LOS MOZOS TOUYA, J.J., *op. cit.*, pp. 77ss.; LUCREZI, F., *Senatusconsultum Macedonianum, op. cit.*; LUCREZI, F., *Il problema del mutuo di denaro erogato al "filius familias"*, Ed. Jovene Editore, Napoli, 1993; WACKE, A., *Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft. Der Macedonianische SenatsBeschluss in Theorie und Praxis*, SZ 115 (1995), pp. 237ss., traducción al castellano: WACKE, A., *La prohibición del crédito para los hijos de familia y el dictado de la razón económica*, en *Estudio de Derecho Romano y Moderno en cuatro idiomas*, Fundación Seminario de Derecho Romano "Ursicino Álvarez", Madrid, 1996, pp. 183ss.; FLUME, W., *Zu den römischen Bürgschaftsstipulationen*, SZ, 113 (1996), pp. 88ss.; MURGA GENER, J. L., *El SC. Macedoniano y la "acciones adiecticiae qualitatis"*, en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Ed. Universidad de Murcia – Universidad de Oviedo, Murcia, 1998, pp. 351ss.; PERIÑÁN GÓMEZ, B., *op. cit.*; LONGO, S., *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias, op. cit.*

La *ratio* del SC. Macedoniano ha sido discutida ampliamente por la doctrina,²²⁷ en esta sede, únicamente reproduciremos algunas de las posturas predominantes. Beseler partiendo de un análisis crítico de las fuentes y calificando de ingenua leyenda bizantina²²⁸ el episodio que aparece en *Theoph. Par. Inst. 4.7.7*²²⁹ según el cual Macedón habría matado a su padre para pagar sus propias deudas con el patrimonio hereditario, considera que la finalidad del SC. Macedoniano no sería la de proteger la vida de los *paterfamilias* como parece desprenderse de la literalidad de las fuentes,²³⁰ sino proteger a los *filius familias* de su inexperiencia evitando que se endeudaran y a su vez castigando a los que les prestaban dinero impidiendo que lo recuperaran.²³¹ En una época posterior, caracterizada por una visión crítica de la denominada “*Interpolationenjagd*” o “caza de interpolaciones” en el análisis de las fuentes, Daube, partiendo de la genuinidad de *Theoph. Par. Inst. 4.7.7*, sostiene que la finalidad del SC. Macedoniano sería la de evitar parricidios, puesto que a partir de esta disposición ningún prestamista dejará dinero a un *filius familias* y si alguno lo hace, empujar al hijo al asesinato del padre dejaría de tener sentido,

²²⁷ Las fuentes que han manejado los autores para determinar el objetivo u objetivos perseguidos por el Senado con esta disposición son fundamentalmente: Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.3.3; Marcian. 3 *reg. D.* 12.6.40pr.; Inst. 4.7.7; C. 4.28.6 (a. 245); *Theoph. Par. Inst. 4.7.7*.

²²⁸ “Daß Macedo sein Vater ermordet habe, ist eine alberne byzantinische Legende, veranlaßt durch die Ausdrücke des Senatsschlusses *ni quid amplius diceretur incertis nominibus crederet und exspectata patris morte*”. Esta última parte hace referencia a Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.3.3. BESELER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Mohr, Tübingen, 1920, pp.130-131.

²²⁹ *...fuit Romae quidam nomine Macedo, qui cum in sui patris potestate esset, mutuum pecuniam a quodam accepit sperans parentis sui morte aes alienum soluere posse. longo tempore elapso, urguebat creditor pecuniam repetens. Macedo non habens unde daret, utpote qui filiusfamilias esse, patrem suum occidit...* FERRINI, E.C., *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa: ad fidem librorum manu scriptorium*, Calvary u.a., Berolini, 1884, pp. 450-451.

²³⁰ En este sentido el autor apunta que la prohibición de que los *filius familias* pudieran endeudarse podría llegar a ser contraproducente, puesto que podía propiciar que el impulso de matar al padre fuera mayor al no poder conseguir dinero en préstamo. BESELER, G., *op. cit.*, pp.150-151.

²³¹ En una línea similar se han pronunciado: BUCKLAND, W.W., *op. cit.*, pp. 462-463; DEVILLA, V., *Appunti sul senatoconsulto Macedoniano*, en *Studi Sassaesi 18* (1940), pp. 255ss.

puesto que “the father’s death did not improve the creditor’s position”.²³² Finalmente apuntaremos la más reciente aportación realizada por Perrián Gómez que califica esta disposición senatorial de conservadora y que tendría por finalidad “preservar a la *patria potestas*, institución básica en el esquema del derecho privado romano, de la descomposición que estaba sufriendo por causa del crecimiento del protagonismo de los hijos de familia en el mundo económico y de la descomposición moral de la sociedad”.²³³ En nuestra opinión, la teoría de que la finalidad del SC. Macedoniano fue la de evitar parricidios, parece poco probable, si bien el suceso del parricidio cometido por Macedón pueda ser verídico, ello no justificaría la emanación de un SC. para proteger la vida de los *paterfamilias*. Kaser apunta la finalidad de este SC. sería la de sancionar a los prestamistas²³⁴, y en una línea similar de los Mozos destaca el fin antisocial de los préstamos de dinero a los *filius familias*.²³⁵ Las fuentes confirman esta teoría: Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.9.4²³⁶ y Marcian. 3 *reg. D.* 12.6.40pr.²³⁷ Ambos textos tratan sobre si el *filius familias* puede repetir lo pagado. Ulpiano y Marciano coinciden en negar al *filius familias* la posibilidad de recuperar el dinero pagado después de sobrevenir *pater familias*. Ambos juristas utilizan el mismo argumento, que la excepción se concede *in odium eius cui debetur / ob poenam creditorum*; Ulpiano añade que el motivo principal es el de la sanción al acreedor, no que la ley quisiera declarar a los *filius familias* exentos: *non quoniam exonerare eos lex*

²³² DAUBE, D., *op. cit.*, pp.268-269. En un sentido similar, Schulz considera que la finalidad del SC. sería la de preservar las buenas costumbres: “The purpose of the *senatusconsultum* was to prevent capitalists from lending money to sons in power, as such loans were thought to be *adversus bonos mores*”. ID., *Classical Roman Law, op. cit.* §880. Lucrezi relaciona parricidio, *patria potestas* y SC. Macedoniano: “...ciò rivela il nesso evidente, diretto e irrevocabile, tra *parricidium, patria potestas* e Sc. M.”. ID., *Senatusconsultum Macedonianum, op. cit.*, p.55.

²³³ PERIÁN GÓMEZ, B., *op. cit.*, p. 173.

²³⁴ KASER, ZPR, p. 532

²³⁵ DE LOS MOZOS TOUYA, J.J., *op. cit.*, pp. 85ss.

²³⁶ ...*sed et ipse filius, et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.*

²³⁷ *Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest: sed hoc non est perpetuum. Nam si quidem eius causa exceptio datur cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatus consulto de intercessionibus: ubi vero in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filius familias contra Macedonianum mutuum pecuniam acceperit et pater familias factus solverit, non repetit.*

voluit. En la misma línea se manifiesta el jurista Marciano, que compara la solución dada en el caso del SC. Macedoniano y el SC. Veleyano. En este sentido, Marciano establece la diferencia entre si la excepción se concede en atención al demandado, como sucede en el caso de la *exceptio ex senatus consulto Velleiano: si quidem eius causa exceptio datur cum quo agitur*, en cuyo caso, *solutum repetere potest*; o si por el contrario, si la excepción se concede *in odium eius cui debetur*, no pudiéndose repetir lo pagado, como sucede el caso del SC. Macedoniano. La base de la que se sirve el jurista para establecer la distinción es la finalidad diversa de ambos SC.: en el caso del SC. Veleyano la finalidad es la de proteger a la mujer que intercede, y por el contrario, en el caso del SC. Macedoniano la finalidad es la de sancionar al prestamista que entrega *mutua pecunia* al *filius familias*.²³⁸ En definitiva, de los textos expuestos podemos concluir que la finalidad última del SC. Macedoniano sería la de sancionar al prestamista que entrega *mutua pecunia* a un *filius familias* y que los juristas romanos, como veremos más adelante, tendrán en cuenta esta finalidad en la elaboración de sus comentarios.

Sobre el contenido del SC. Macedoniano realizaremos unos breves apuntes iniciales que seguidamente desarrollaremos en el análisis de nuestro texto. Como anteriormente señalamos, el contenido del SC. lo tenemos en Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.1pr.: *placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur*. Los requisitos de aplicación son dos: que se trate de un préstamo de dinero: *mutua pecunia*, y el requisito subjetivo de que el prestatario sea un *filius familias*. Para la aplicación del SC., no se precisa que deba tratarse exclusivamente de un préstamo a interés: *fenus*, sino que también comprendería los mutuos ordinarios.²³⁹ Se excluyen de la aplicación del SC. todos aquellos negocios que

²³⁸ Volveremos sobre estos textos cuando tratemos el carácter perentorio de la *exceptio ex SC.to Macedoniano*.

²³⁹ En Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.1pr. *in fine*, se hace referencia a: *ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent...* Observamos cómo aparece el verbo *faenare*: prestar dinero a interés. Asimismo

no constituyan *mutua pecunia* a menos que este otro negocio tenga la finalidad de enmascarar un préstamo de dinero con el propósito de defraudar el SC., como en el caso de nuestro texto, por lo que sobre este punto nos extenderemos más adelante.²⁴⁰

Para abordar la aplicación del SC., en primer lugar debemos apuntar que el SC. encontró su realización en el plano del *ius honorarium*²⁴¹ a través de la intervención del pretor, mediante la *exceptio* o la *denegatio actionis*.²⁴² En este sentido Daube distingue entre el primer Principado, durante el cual el Senado no podía aprobar leyes, sino que su función era la de dar asesoramiento a los magistrados, de la del último Principado, cuando el Senado tenía poder para emanar disposiciones de carácter vinculante. Apunta también el autor que a pesar de esta evolución en la eficacia de las disposiciones senatoriales, las expresiones contenidas en las mismas se mantuvieron; se empleaban expresiones como *consensere* o *placere* con acusativo, infinitivo o subjuntivo.²⁴³ La referencia a la *exceptio* no la encontramos en la disposición senatorial, ésta únicamente

en Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.7.9, el jurista ya apunta que el SC. se aplica indistintamente a los mutuos sin interés como a los mutuos con interés: *Sive autem sub usuris mutua data sunt sive sine usuris, ad senatus consultum spectat*. A pesar de que no se exija que deba tratarse de préstamo con intereses, todo parece indicar que en la mayoría de casos, los mutuos destinados a los *fili familias* llevarían aparejados unos intereses elevados por el riesgo que asumiría el mutuante, cuya actividad se identificaría con *incertis nominibus credere* según Periñán Gómez. ID., *op. cit.*, p.128.

²⁴⁰ Vid. Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.3.3: *Is autem solus senatus consultum offendit, qui mutuum pecuniam filio familias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit locavit vel alio modo contraxit: nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est. Et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrat, cessat senatus consultum*. Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.7.3: *Mutui dationem non solum numeratae pecuniae, verum omnium, quae mutua dari possunt, an accipere debeamus, videndum. Sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri: ait enim senatus "mutuam pecuniam dedisset". Sed si fraus sit senatus consulto adhibita, puta frumento vel vino vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia, subveniendum est filio familias*.

²⁴¹ Este será también el caso del SC. Velejano que analizaremos más adelante.

²⁴² LUCREZI, F., *Senatusconsultum macedonianum*, *op. cit.*, p. 217. Sobre la facultad del pretor de *denegare actionem*: vid. MANTOVANI, D., *Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, en *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di storia del diritto*, Jovene editore, Napoli, 2003, pp. 87ss.

²⁴³ DAUBE, D., *Forms of Roman Legislation*, Clarendon Press, Oxford, 1956, p. 87.

establece: *ne cui...actio petitioque daretur*,²⁴⁴ aunque la jurisprudencia sí hace mención a la concesión de la *exceptio* por parte del pretor en la rúbrica.²⁴⁵ La *exceptio* habría sido construida por el pretor y la jurisprudencia sobre la base de la prohibición del SC. Metro apunta que la *denegatio actionis* fue ampliando su campo de aplicación a casos previstos previamente en el edicto o en alguna otra disposición que imponía la *denegatio actionis* al magistrado, como sería el caso del SC. Macedoniano. En este sentido, una acción totalmente fundada, no prosperaba en el caso concreto por la presencia de una determinada circunstancia, en nuestro supuesto, la circunstancia sería la prohibición del SC. Macedoniano. Asimismo, el autor considera que la investigación de tal circunstancia no tiene porque corresponder necesariamente al magistrado y su verificación puede encargarse el *iudex privatus*.²⁴⁶ Es en este punto dónde entra en juego la *exceptio* ya que es el mecanismo a través del cual el magistrado da la instrucción al *iudex privatus* para que verifique si en el caso concreto concurren esas determinadas circunstancias.

²⁴⁴ Metro apunta que la expresión “*denegare actionem*” resulta extraña al lenguaje del periodo de las *legis actiones* y que habría empezado a aparecer en la época del procedimiento formulario a través de la sustitución del “*denegare*” por el “*non dare*”: *non dare iudicium, non dare actionem*. METRO, A., *La “denegatio actionis”*, Guiffrè Editore, Milano, 1972, p. 71. Sobre el binomio *actio petitioque*, Lucrezi apunta que las dos palabras tendrían un sentido equivalente. LUCREZI, F., *Senatusconsultum Macedonianus, op. cit.* p. 49. Casavola considera que el trinomio *actio-petitio-persecutio* fue creado por la jurisprudencia republicana con un sentido preciso, para describir el rol de del actor en cada uno de los tres momentos fundamentales del proceso: en el *agere*, en la *litis contestatio*, y en el *iudicium*. El autor cita Cels. 3 *dig.* D. 44.7.51.3: *Nihil aliud est actio quam ius [=actio] quod sibi debeatur [=petitio] indicio persequendi [persecutio]*. CASAVOLA, F., *Actio petitio persecutio*, Editore Jovene, 1965, p. 105. Respecto a la expresión: “*actio petitioque*” que aparece en la disposición del SC., este autor considera que: “*Chi non ha actio non può petere, chi non è legittimato ad agire non può ottenere il iudicium, dunque petitionem non habet. Lo attestano in modo esemplare i Senatusconsulti Macedoniano e Velleiano*”, CASAVOLA, F., *Actio petitio persecutio, op. cit.*, p. 110.

²⁴⁵ Cfr. Marcian. 3 *reg.* D.12.6.40pr., Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7pr; §7.4; §7.7; §7.14, Pomp. 5 *de sen. cons.* D. 14.6.20. También aparecen referencias fuera de la rúbrica D.14.6, en la rúbrica *De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis*: Paul. 14 *ad Plaut.* D. 44.1.7.1, Ulp. 76 *ed.* D. 44.4.4.14.

²⁴⁶ METRO, A., *op. cit.*, p.79. En el mismo sentido se manifiesta de los Mozos apuntando que: “... el pretor debía denegar la acción al prestamista o, en caso de no poder determinarse en la fase *in iure* si el mutuo violaba la disposición del senadoconsulto, conceder una excepción perpetua al demandado, cuyos presupuestos debía examinar el juez, quedando en su caso paralizada la reclamación judicial”. DE LOS MOZOS TOUYA, J., *op. cit.*, p. 77.

Parece lógico por tanto que la defensa del *filius familias* se vehiculara frecuentemente a través de la *exceptio* teniendo en cuenta que los presupuestos de aplicación del SC. Macedoniano eran bastante restrictivos. Como anteriormente hemos comentado, debía tratarse de un mutuo de dinero, *mutua pecunia*, a favor de un *filius familias*, y con frecuencia deberían darse supuestos dudosos que requiriesen una *cognitio* para valorar si el SC. era o no de aplicación. Mediante la *exceptio* el pretor trasladaba la instrucción al *iudex privatus* para que valorara si se había contravenido el SC Macedoniano.

Finalmente realizaremos una breve referencia a la capacidad procesal pasiva del *filius familias*, puesto que en los fragmentos objeto de análisis encontramos la referencia a que el *filius familias* es demandado. Los autores han reconocido la posibilidad de que los *filius familias* puedan ser demandados aún siendo *alieni iuris*.²⁴⁷ D'Ors apunta que "también tienen capacidad procesal pasiva, incluso para juicios penales, cuando sus padres no los defienden, pero la subsiguiente acción ejecutiva se da contra el padre con la fórmula *de peculio*".²⁴⁸ Coma Fort también se manifiesta en el mismo sentido, apuntando que este reconocimiento de capacidad procesal pasiva se fue afianzando en consonancia con el reconocimiento progresivo de su capacidad patrimonial.²⁴⁹ Kaser también menciona que a partir de Juliano, los *filius familias* pueden ser demandados en algunos casos.²⁵⁰ Teniendo en cuenta estas consideraciones, y partiendo de que los textos a los que hacemos referencia son posteriores a Juliano, podemos partir de que cuando en los citados fragmentos se apunta que el *filius familias* es demandado, se le está reconociendo una capacidad jurídica pasiva

²⁴⁷ Este reconocimiento de la capacidad procesal pasiva lo hacen citando Gai. 3 *ed. prov.* D. 44.7.39: *Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest.*

²⁴⁸ D'ORS, *DPR* §95

²⁴⁹ COMA FORT, J.M., *Precedentes de la capacidad jurídica en derecho romano*, en *La capacidad jurídica*, ed. Ángel Sánchez de la Torre, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 123-124

²⁵⁰ KASER, *ZPR* p. 205

independientemente de la problemática de la eventual ejecución de una sentencia condenatoria.

4.3.2. *Exceptio ex senatus consulto Macedoniano*

4.3.2.1. Naturaleza y formulación de la excepción

La *exceptio ex senatus consulto Macedoniano* no aparece expresamente formulada en el edicto. Rudorff, en su reconstrucción del Edicto Perpetuo, refleja la existencia de una rúbrica *ad Senatusconsultum Macedonianum*, mediante la cual, se explicitaba la debida observación de la disposición senatorial por parte del pretor,²⁵¹ Lenel discute esta inclusión.²⁵² Asimismo, tanto en la edición del Edicto Perpetuo de Lenel, como en la de Rudorff, la excepción aparece formulada de forma diversa. Lenel, plantea una rúbrica: *Si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur* y bajo esta rúbrica formula una excepción de carácter general: *si in ea re nihil contra legem senatusve consultum factum est.*²⁵³ No aparece la concreta redacción de la *exceptio ex SC.to*

²⁵¹ RUDORFF, *Edictum*, p. 117: *Qui filius familias contra interdictum amplissimi ordinis pecuniam mutuam crediderit, post mortem patris ex eo quod vivo patre credidit cum eo agere non potest.* PS. 2.10. El autor sostiene la existencia de esta cláusula teniendo en cuenta un fragmento de Plinio el Joven: *Propuserat breve edictum, admonebat accusatores, admonebat reos exsecuturum se quae senatus consulto continerentur. Suberat senatus consultum. Hoc omnes qui quid negotii haberent iurae prius quam agerent iubebantur, nihil se ob advocationem cuiquam dedisse promisse cavisse.* Plin. min. epist. 5.9.3. Krüger también considera que se produce un reenvío a una concreta cláusula del edicto: ID., *Verweisungsedikte im prätorischen Album*, SZ 37 (1916), p. 250. Asimismo, en esta rúbrica *ad senatus consultum Macedonianum*, el autor hace referencia a una *exceptio utilis in fraudem senatusconsulti*, §108, p. 117, nt. 2. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

²⁵² LENEL, *EP* §104, p. 274. El autor considera que la referencia al SC. Macedoniano, aparecería sólo en los comentarios de los juristas, no en el edicto: "das SC Macedonianum kommt nur in den Kommentaren, nicht im Edikt selbst vor; die Juristen knüpften dessen Besprechung an die Edikte über die mit Gewaltunterworfenen abgeschlossenen Geschäfte an". En el mismo sentido: WLASSAK, M., *Edict und Klagenform. Eine romanistische Studie*, Verlag von Gustav Kischer, Jena, 1882, pp. 90ss.; KASER, M., *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Verl. d. Osterr. Akad. d. Wiss., Wien, 1977, pp. 63ss.

²⁵³ El hecho que se formule esta cláusula general parece excluir que existiera un distinto tratamiento para las excepciones surgidas de leyes o senadoconsultos; en cualquier caso se trataría de dar cumplimiento a unas disposiciones normativas ya sea emanadas de los concilios o

Macedoniano, ni tampoco la de la *exceptio ex SC.to Velleiano*.²⁵⁴ Rudorff incluye la misma rúbrica: *si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur*, aunque plantea una excepción general que recoge la referencia concreta a las leyes y a las disposiciones senatoriales: *si in ea re nihil contra legem (Cinciam, Plaetoriam) senatusve consultum (Vellaeorum, Macedonianum) factum est*.²⁵⁵ Mantovani formula la excepción con carácter general de acuerdo con Lenel, y precisa que la excepción era redactada posteriormente teniendo en cuenta la concreta disposición normativa.²⁵⁶ El autor apunta dos textos de Gayo que ya han sido analizados con anterioridad,²⁵⁷ pero que serán objeto de un análisis concreto más adelante: Gai. 1 *ed. prov.* D. 44.1.3 y Gai. 4.121, en los que el jurista distingue entre excepciones perentorias y dilatorias, e incluye la *exceptio* “*si quid contra legem senatusve consultum factum dicetur*” entre las excepciones perentorias. Sobre esta excepción Mantovani citando a Lenel sostiene que esta excepción general se adaptaba en función de la específica disposición normativa.²⁵⁸ Pellecchi, en un trabajo sobre la *exceptio pacti*, hace referencia al segundo apéndice de la reconstrucción del edicto de Lenel, dedicado a las fórmulas de las excepciones, y apunta que el pretor en este apéndice recuperaba materias contenidas en rúbricas precedentes, desde la óptica de las excepciones.²⁵⁹ El autor sostiene que este segundo apéndice contendría también cláusulas que no tendrían ubicación en otras rúbricas del edicto, como en el caso de la rúbrica “*Si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur*”. Respecto al SC Macedoniano coincide con Lenel en sostener que no contaría con

los comicios, como del Senado, como ya se ha comentado *supra* p. 48, nt. 104. Se trataría de las denominadas *leges imperfectae* que no tenían en principio, el efecto de que lo hecho en contra de la prohibición fuera inválido *ipso iure*, sino que requerían la intervención del pretor para impedir el efecto del hecho prohibido. D’ORS, *DPR* §35

²⁵⁴ LENEL, *EP* §279 p.513 y nt.6

²⁵⁵ RUDORFF, *Edictum* §290, p. 243.

²⁵⁶ MANTOVANI, *Formule*, p. 100

²⁵⁷ Vid. *supra* pp. 60ss.

²⁵⁸ MANTOVANI, *Formule* p. 100, nt. 503

²⁵⁹ El autor expone como ejemplo el caso de la *exceptio doli* y la *exceptio metus* que se encuentran bajo la misma rúbrica en el apéndice dedicado a las excepciones y que también presenta un rúbrica en EP §§ 49-50, en relación a la *actio quod metus causa* y *actio de dolo*. PELLECCHI, L., *La posizione dell’exceptio pacti nell’Editto del Pretore*, *op. cit.*, p. 146.

una rúbrica específica en el edicto,²⁶⁰ lo cual situaría a la *exceptio ex SC.to Macedoniano* en un apéndice del edicto dedicado a las excepciones. Respecto a la existencia de una rúbrica dedicada al SC. Macedoniano en el edicto, coincidimos con la doctrina mayoritaria en considerar que resulta bastante improbable. Lo que sí parece indiscutible, es la existencia de una excepción general relativa a la contravención de leyes y SC. ubicada en el apéndice del edicto dedicado a las excepciones.

Profundizando en la naturaleza de la excepción, y como se ha señalado en un apartado anterior, en Gai. 4.118 se apunta: *Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accomodat. quae omnes vel ex legibus vicem obtinet, substantiam capiunt vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt*. En este fragmento, observamos una doble clasificación, una primera que tiene en cuenta el modo en que las excepciones son concedidas y distingue entre excepciones edictales: *in edicto praetor habet propositas*; y decretales: *causa cognita accomodat*. Y una segunda clasificación que tiene en cuenta el fundamento de la excepción y distingue entre excepciones que se derivan de las leyes o de disposiciones que tienen un valor similar a las leyes (en este punto se incluirían los plebiscitos y los senadoconsultos): *vel ex legibus vicem obtinet, substantiam capiunt* y aquellas excepciones introducidas por la jurisdicción del pretor: *ex iurisdictione praetoris proditae sunt*.²⁶¹ Sobre este fragmento, destacaremos la exégesis realizada por Carrelli.²⁶² El autor realiza una interesante matización respecto al modo en que las excepciones son concedidas. De una parte apunta que el pretor había redactado e insertado en el edicto el modelo de algunas excepciones de modo que sólo había que reproducirlo textualmente en el

²⁶⁰ PELLECCHI, L., *La posizione dell'exceptio pacti nell'Editto del Pretore*, op. cit p. 147 y nt. 8.

²⁶¹ De esta última distinción, como ya se ha apuntado en el apartado general sobre la *exceptio*, no puede extraerse una distinción entre excepciones civiles y excepciones pretorias equiparable a la de acciones civiles/acciones pretorias, únicamente expresa un doble fundamento: *ex legibus vicem obtinet / iurisdictione praetoris proditae sunt*; pero no se trata de una distinción que conlleve consecuencias diversas. Vid. *supra* pp. 50ss.

²⁶² CARRELLI, O., *La genesi del procedimento formulare*, Giuffrè Editore, Milano, 1946, p. 61

esquema de *iudicium* (cuyo modelo normalmente aparecía también redactado en el edicto). De otra parte, hace referencia a que en ocasiones las partes podían esperar legítimamente la concesión de las excepciones, siendo el texto y las circunstancias sobre la base de las cuáles se podían conceder de conocimiento público.²⁶³ En otros casos, la nueva excepción era concedida por el pretor *causa cognita* en el mismo momento en el que el demandado alegaba una situación que justificara su intervención. Asimismo apunta que como en el caso de las fórmulas de las acciones, la experiencia había demostrado que después de la concesión de una *exceptio* mediante *decretum*, era posible su inserción en el edicto por iniciativa de algún magistrado, con la consuencia de que se fuera mateniendo en los sucesivos edictos.²⁶⁴

En este punto, debemos abordar el encaje de la *exceptio ex SC.to Macedoniano* en el conjunto de consideraciones anteriormente comentadas; para ello resulta fundamental individualizar la concreta posición de esta excepción en el marco del edicto y el modo en el que es concedida por el pretor.

La cláusula edictal recogida en las diversas reconstrucciones del Edicto Perpetuo aparece formulada del siguiente modo: *si in ea re nihil contra legem senatusve consultum factum est*. El enunciado de esta cláusula permite la adaptación del mismo al caso concreto, en función de la ley o SC. que motive la inclusión de la excepción en la fórmula de la acción. Esta adaptación, no implica necesariamente que se trate de una excepción decretal, puesto que el edicto contenía la previsión de una excepción para el caso en que infringiera una ley o un SC., por ello resulta aceptable pensar que aunque la *exceptio ex SC.to Macedoniano* no constara en el edicto, su consideración debía ser edictal, puesto que los juristas hacen referencia expresa a esta excepción y en ningún texto se menciona ni se puede extraer el carácter decretal de la misma. Asimismo, si

²⁶³ CARRELLI, O., *La genesi del procedimento formulare*, op. cit p. 61

²⁶⁴ CARRELLI, O., *La genesi del procedimento formulare*, op. cit. p. 60

observamos el caso de la ya comentada *exceptio legis Cinciae in factum* (decretal), que encontramos en frg. Vat. 310,²⁶⁵ la formulación de la excepción es distinta al enunciado general, que simplemente realiza una remisión a la contravención de la disposición normativa, en el caso de la *exceptio legis Cinciae in factum*, la formulación recoge las previsiones de la *lex Cinciae* aplicadas al caso concreto: *si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum*.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la formulación de la *exceptio ex SC.to Macedoniano* sería la siguiente: “*si in ea re nihil contra senatus consultum Macedonianum factum est*”. Esta formulación permitiría a las partes un margen probatorio más amplio, como veremos en el apartado siguiente.

También debemos considerar el carácter perentorio de la *exceptio ex SC.to Macedoniano*. Según Gayo, las excepciones perentorias son las que pueden ser alegadas por el demandado en cualquier momento y no están sujetas a ningún plazo temporal.²⁶⁶ Gayo apunta algunas de ellas incluyendo la *exceptio si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur*.²⁶⁷ Respecto a la incidencia del carácter perentorio de la *exceptio ex SC.to Macedoniano*, apuntaremos de nuevo Marcian. 3 reg. D. 12.6.40pr. que aparece bajo la rúbrica *de conditione indebiti*.²⁶⁸ El texto, en primer lugar, plantea una regla general respecto a las

²⁶⁵ Vid. *supra* pp. 49ss.

²⁶⁶ Sobre la distinción entre excepciones dilatorias y perentorias, vid. *supra* p. 60ss.

²⁶⁷ Una prueba indiscutible de ello la encontramos en Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.11, como anteriormente se ha expuesto, el *filius familias* podrá solicitar la inclusión de la *exceptio SC. Macedoniano* en la *actio iudicati*.

²⁶⁸ Longo relaciona este texto con Pomp. 22 *Sab.* D. 12.6.19pr.: *Si poena causa eius cui debetur debitor liberatus est, naturalis obligatio manet et ideo solutum repeti non potest*, y apunta que “o compilatori hanno evidentemente avulsa dall’originario, concreto riferimento di Pomponio, facendone invece una regola generale, tale da indicarci anche su quale dei vari elementi, rinvenibili nella “catena” dianzi esaminata, vada posto l’accento”. LONGO, G. E., *Ricerche sull’obligatio naturalis*”, Giuffrè Editore, Milano, 1962. p. 246. En el mismo sentido Lucrezi relaciona los dos textos anteriores con Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.9.4: *Et hi tamen, qui pro filio familias sine voluntate patris eius intercesserunt, solvendo non repetent: hoc enim et divus Hadrianus constituit et potest dici non repetituros. Adquin perpetua exceptione tuti sunt sed et ipse filius, et tamen not repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit* “. El autor sobre estos textos apunta: “due

excepciones perentorias que establece que el que tiene una excepción perentoria, puede repetir lo pagado por error: *qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest*. A continuación realiza una doble distinción que ya se ha comentado anteriormente, diferenciando el supuesto en el que se da la excepción por causa de aquel contra el que se ejercita la acción: *si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur*; del supuesto en que se da la excepción en odio al acreedor: *ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur*. En el primer caso pone como ejemplo el SC. Veleyano: *senatus consulto de intercessionibus*. En este supuesto, dice el jurista que la excepción se da en consideración a la persona del demandado, es decir, de la mujer, y que por tanto, ésta podrá repetir lo pagado por error. En el segundo, el ejemplo es el del SC. Macedoniano en cuyo caso dice el jurista que se da la excepción in *odium creditoris*, y por tanto no se podrá repetir lo pagado: *perperam solutum non repetitur*. Sobre este último punto, Lucrezi considera que la expresión no deja de tener un sentido técnico, la de explicar que una obligación civil ha sido paralizada por una disposición pretoria, la cual no ha tenido en cuenta una situación particular del demandado (que sigue civilmente obligado), sino porque el ordenamiento establece que no debe tutelar tal pretensión.²⁶⁹

Otro fragmento ya comentado que aparece bajo la rúbrica del SC. Macedoniano, también relaciona el carácter perpetuo de la *exceptio*, con la imposibilidad de repetir lo pagado:

brani, questi, entrambi in linea con una enunciazione di Pomponio (ma trasformata in principio generale, verosimilmente, solo in età giustiniana), secondo cui non è ammessa *soluti repetitio* se il debito pagato era protetto da un'eccezione concessa *poenae causa eius cui debetur*". ID., *Senatus consultum Macedoniano*, *op. cit.* pp. 124-125.

²⁶⁹ La referencia a que LUCREZI, F., *Senatusconsulto Macedoniano*, *op. cit.* p. 127. Por el contrario, para Longo, la distinción entre *exceptiones in favorem debitorum* y *exceptiones in odium creditorum* no puede ser obra de la jurisprudencia clásica sino con toda probabilidad, debe adscribirse a los justinianos, ya que con la nueva *exceptio* de la *cognitio extra ordinem*: "avendo d'altro la nuova *exceptio* de la *cognitio extra ordinem* la funzione de tutelare un controdiritto del convenuto, si trovano nella necessità di giustificare in qualche modo la *retentio* di quanto eventualmente adempiuto dal figlio mutuario". LONGO, S., *op. cit.* p. 243.

Ulp. 29 *ed. D. 14.6.9.4: Et hi tamen, qui pro filio familias sine voluntate patris eius intercesserunt, solvendo non repetent: hoc enim et divus Hadrianus constituit et potest dici non repetituros. Atquin perpetua exceptione tuti sunt: sed et ipse filius, et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.*

Este fragmento hace referencia tanto al que interviene en nombre del *filius familias* sin el consentimiento del padre, como al propio *filius familias*. Según el jurista, ambos tendrán una excepción perpetua, aunque ninguno de los dos podrá repetir lo pagado. Según Ulpiano, la excepción se concede *ob poenam creditorum*, es decir, para que la acción del acreedor pueda ser neutralizada como sanción por haber prestado dinero a un *filius familias* en contra del SC., no porque el SC. promoviera la protección de los *filius familias: solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.*

Fuera de la rúbrica encontramos otros fragmentos en los que también aparece la referencia a la imposibilidad del *filius familias* de repetir lo pagado: Ulp. 29 *ed. D. 12.1.14: ... Denique per errorem soluti contra senatus consultum crediti magis est cessare repetitionem; Paul. 69 ed. D. 46.2.19: ... tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest.* Considerando los textos expuestos podemos sostener que la imposibilidad de repetir lo pagado en contra del SC. era una opinión unánime entre los juristas y que se basaba principalmente en que la finalidad del SC. no era de proteger a los *filius familias*, sino la de sancionar a los prestamistas. Observamos que los juristas en sus opiniones, tienen en cuenta la finalidad del SC. y en este caso establecen una excepción a la regla general: *qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest.*

4.3.2.2. *Postulatio exceptionis*

Una cuestión controvertida es la de determinar si la *exceptio ex SC.to Macedoniano* era incluida en la fórmula del *iudicium* de oficio por el pretor, o por el contrario, debía incluirse a instancia del demandado como cualquier otra excepción.²⁷⁰ Sobre esta cuestión, la doctrina no es unánime. Schulz, y en el mismo sentido Paricio y Wacke, consideran que la excepción era insertada en la fórmula del *iudicium* de oficio por el magistrado;²⁷¹ por el contrario, Lucrezi y Madry,²⁷² consideran que la excepción siempre se insertaba en la fórmula a instancia del demandado; en este sentido Lucrezi apunta que: “una volta concessa l’azione, non rientrava tra i suoi compiti quello di sostituirsi al convenuto nella costruzione della linea difensiva.”²⁷³

Sobre esta cuestión debemos tener en cuenta Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.11: *Tamen, si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur senatus consulti exceptione: et ita Iulianus scribit in ipso filius familias exemplo mulieris intercedentis*²⁷⁴ En este texto Ulpiano plantea la circunstancia de que el demandado no hubiera solicitado la inclusión de la *exceptio ex SC.to Macedoniano* en la fórmula del *iudicium* y hubiera sido condenado: *si non opposita exceptione condemnati sunt*. En este caso el demandado podrá incluir la *exceptio*, se entiende, pero el texto no

²⁷⁰ Vid. *supra* pp. 54ss.

²⁷¹ Schulz apunta que: “when the praetor did not deny the action, he was bound *officio suo* to insert that *exceptio*, since he had to obey the *senatusconsultum*”; ID., *Classical roman law, op. cit.* p. 511; En el mismo sentido se pronuncia Paricio: “el senadoconsulto obligaba al magistrado a denegar la acción, y si la violación no era evidente el pretor debía conceder la acción pero acompañada de la *exceptio* para que el juzgador comprobara que si había habido una o no violación del senadoconsulto”. PARICIO, J., *recensión a Lucrezi, op. cit.* p. 215. También Wacke: “estaba obligado el pretor según mi opinión, *ex officio* a denegar o bien a incluir la *exceptio* por virtud del precepto del Senado” WACKE, A., *La prohibición del crédito para los hijos de familia, op. cit.* p. 198.

²⁷² LUCREZI, F., *Senatusconsultum Macedonianum, op. cit.*, p. 223; MANDRY, G., *Das gemaine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechtes. Erster Band*, Verlag der H. Laupp’schen Buchhandlung, Tübingen, 1871, p. 469ss.

²⁷³ LUCREZI, F., *Senatusconsultum Macedonianum, op. cit.*, p. 223.

²⁷⁴ Sobre la naturaleza privilegiada de la excepción y la comparación con la *exceptio ex SC.to Velleianus* efectuada por Juliano, haremos referencia en el análisis de los textos que aparecen bajo la rúbrica *ad senatus consultum Velleianum* (D.16.1).

lo explicita, en la fórmula de la *actio iudicati*.²⁷⁵ En este fragmento, se observa como la lógica que subyace es la de la inserción de la excepción en la fórmula a instancia del demandado. Ulpiano citando a Juliano, añade que la posibilidad de insertar la *exceptio ex SC.to Macedoniano* en la fórmula se da de forma semejante a lo que sucede con la mujer que intercede. Por tanto, observamos cómo la *exceptio ex SC.to Macedoniano* y la *exceptio ex SC.to Velleiano*, presentan la característica común de que pueden ser introducidas en la fórmula de la *actio iudicati* en caso que el *filius familias* o la mujer respectivamente, hubieran resultado condenados por no haberse insertado anteriormente.

Asimismo, debemos tener en cuenta otro texto fundamental del mismo jurista: Ulp. 4 *ad ed.* D. 44.1.1: *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.* El demandado es demandante en cuanto la excepción: *reus in exceptione actor est.* En el *agere per formulas* regía el principio dispositivo, y por tanto, para dar inicio al proceso, era necesaria la *postulatio actionis*, la solicitud por parte del actor de la fórmula correspondiente. Del mismo modo, el demandado, en caso que quisiera insertar una *exceptio*, debía solicitarlo al pretor, *postulatio exceptionis*.²⁷⁶ Teniendo en cuenta lo apuntado anteriormente, parece probable que la *exceptio ex SC.to Macedoniano* se incluyera en la fórmula del *iudicium* a petición del demandado, aunque tampoco se puede descartar que fuera el pretor el que de oficio incluyera la excepción en la fórmula, puesto que el SC. Macedoniano no dejaba de ser una disposición normativa a la que debía darse cumplimiento.

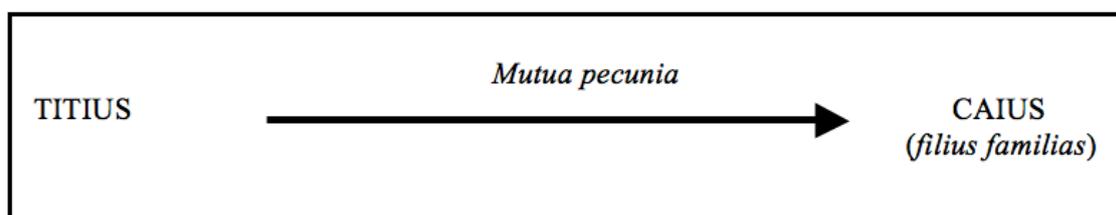
La siguiente cuestión a analizar sería la relativa al contenido probatorio y la carga de la prueba de la *exceptio ex SC.to Macedoniano*. Murga sostiene que:

²⁷⁵ LUCREZI, F., *Senatusconsultum Macedonianum*, *op. cit.* pp. 223-224; VOLTERRA, E., *Senatus consulta*, *op. cit.* p. 273

²⁷⁶ En este sentido, Cannata apunta que: “la presenza dell’*exceptio* in una formula non dipende dalla struttura della relativa azione, ma dalla concreta iniziativa che il convenuto prenda, en el singolo processo”. CANNATA, *Profilo* p. 111.

“fue siempre el pretor el que tenía la última palabra para dar eficacia a aquella prohibición senatorial con relación a los préstamos a los hijos de familia, unas veces denegando la *petitio* del actor y otras facilitando una *exceptio* al hijo deudor que por ser de naturaleza perentoria y por estar basada en una norma legal, no le exigía al demandado el tener que probar su alegación ya que el juez siempre tendrá la obligación de conocer la ley: *iura novit curia*.”²⁷⁷ El autor, de una forma un tanto confusa, parece relacionar el contenido probatorio de la excepción con los presupuestos de aplicación del SC. y el principio *iura novit curia*.²⁷⁸ No compartimos esta afirmación, teniendo en cuenta lo expuesto en el apartado dedicado a la *postulatio exceptionis*, en que se han analizado una serie de textos compilatorios situados bajo la rúbrica *De probationibus et praesumptionibus* (D.22.3), y de los que se ha extraído que la carga de la prueba recae sobre el que afirma unos determinados hechos.²⁷⁹

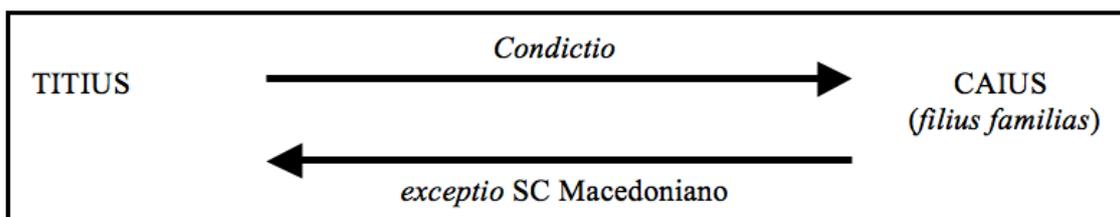
Para visualizar la lógica probatoria, plantearemos un caso hipotético, teniendo en cuenta ambas alternativas. Ticio presta *sextertium decem miliam* a Cayo (*filius familias*). Posteriormente, Ticio reclama a Cayo el dinero mediante una *condictio*. Cayo solicita al pretor la inserción de la *exceptio ex SC.to Macedoniano* que le es concedida, o bien la incluye el pretor de oficio:



²⁷⁷ MURGA, J.L., recensión a Lucrezi, *Senatusconsultum Macedonianum*, op. cit., en Labeo 40 (1994), p. 262.

²⁷⁸ D'Ors considera que el principio *iura novit curia* no es romano. D'ORS, *DPR* §105 nt. 4. En el mismo sentido: KASER, *ZPR* p. 358 nt. 36. Sobre el principio *iura novit curia* y su relación con la máxima *da mihi factum, dabo tibi ius*, vid. WACKE, A., *Die sorgfältige Klagen-Auswahl durch den Käufer bei umgekehrter Eviktion (Papinian Dig. 21,2,66pr.): Da mihi factum, dabo tibi ius?*, en *A bonis bona discere. Festgabe für János Zlinszky*, Bíbor Verlag, Miskolc, 1998, p. 84ss.

²⁷⁹ Vid. *supra* pp. 55ss.



La fórmula del *iudicium* quedaría redactada del siguiente modo: *Titius Iudex esto. Si paret Caium Titio sextertium decem milia dare oportere, si in ea re nihil contra senatus consultum Macedonianum factum est, iudex Caium Titio sextertium decem milia condemnato, si non paret absolvito.*

En primer lugar, Ticio deberá probar el contenido de la *intentio*, es decir, que Cayo le debe 10.000 HS. Si Ticio prueba que Cayo le debe 10.000 HS, Cayo deberá probar que en el momento de recibir el mutuo era un *filius familias*, es decir, que estaba bajo la potestad de un *pater familias* y que por tanto era un *alieni iuris*.²⁸⁰ Si se comprueba este hecho, el SC. será de aplicación y el juez deberá absolver al *filius familias* porque se actuó contra el SC. Observamos que el objeto de prueba en ambos casos, son unos determinados hechos: que en el momento de recibir el dinero era un *filius familias*, no el derecho, es decir la existencia, vigencia y contenido de la disposición senatorial; no se trata por tanto de probar el derecho, como afirmaba Murga, ya que en función de los hechos que el *iudex* considere probados, se determinará si se ha contravenido o no el SC.

Recapitulando sobre la *exceptio ex SC.to Macedoniano*, podemos decir que se trata de una *exceptio* edictal, perentoria con la salvedad de que no se podía repetir lo pagado por error, cuya inclusión en la fórmula probablemente debía ser solicitada por el demandado y cuya prueba incumbía a éste.

²⁸⁰ No deberá probar que recibió dinero en préstamo, puesto que precisamente es el actor el que deberá probar en primer lugar que prestó dinero al *filius familias* y que éste no se lo devolvió.

4.3.3. Análisis de Ulp. 29 ed. D. 14.6.7.1

El texto a analizar se trata de un fragmento del jurista Ulpiano extraído del libro 19 *ad edictum*:

Idem ait, si duos reos accepero filium familias et Titium, cum ad filium familias esset per ventura pecuniam, ideo autem reum Titium acceperim, ne quasi fideiussor auxilio senatus consulti utetur, utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam

Como anteriormente hemos apuntado, la mayoría de los textos contenidos en el título sobre el SC. Macedoniano (D.14.6) pertenecen al *libro 29 ad edictum* de este jurista severiano. Lenel agrupa estos textos en la Palingenesia bajo el título *ad senatus consultum Macedonianum* en 8 fragmentos (872-879) y a continuación, en el mismo libro, también agrupará una serie de textos bajo la el título *ad senatus consultum Vellaeianum* (880-884).²⁸¹

El fragmento expone el supuesto de un acreedor que entrega *mutua pecunia* y acepta como deudores a Ticio y a un *filius familias*, especificando que el dinero es para el *filius familias*. El jurista explicita que la finalidad de aceptar a Ticio como deudor, es la de evitar la aplicación del SC. Macedoniano. Como solución, el jurista expone que se dará a Ticio una excepción útil contra el fraude.

El elemento fundamental para la comprensión del texto y el análisis de la función de la *exceptio utilis* contenida en él, es la presencia en el supuesto de una relación jurídica que encubre un *fraus SC.to*; por ello, para abordar el análisis en profundidad de Ulp. 29 ed D. 14.6.7.1, en primer lugar debemos hacer referencia a otros fragmentos de la rúbrica en la que aparece la mención a relaciones jurídicas que encubren un *fraus* y la solución dada por los diferentes juristas.

²⁸¹ LENEL, Paling. 2 pp. 606-611.

4.3.3.1. *Fraus senatus consulto Macedoniano*

El primer fragmento que examinaremos es Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.7pr., por la proximidad y conexión lógica que ambos presentan.

Item si filius familias fideiusserit, Neratius libro primo et secundo responsorum cessare senatus consultum ait. Idem Celsus libro quarto. Sed Iulianus adicit, si color quaesitus sit, ut filius familias, qui mutuam accepturus erat, fideiuberet alio reo dato, fraudem senatus consulto factam nocere et dandam exceptionem tam filio familias quam reo, quoniam et fideiussori filii subvenitur.

En este fragmento, Ulpiano analiza un supuesto en el que no se aplica el senadoconsulto, citando en primer lugar la opinión de los juristas Neracio y Celso²⁸² y seguidamente refiriéndose a la opinión de Juliano.²⁸³

Ulpiano apunta que según Neracio: *Item si filius familias fideiusserit cessare senatus consultum ait* y continúa diciendo *idem Celsus*. La opinión de Neracio y Celso, es que si el *filius familias* presta fianza (*fideiusserit*) no se aplica el SC. Macedoniano. Esta postura parece la lógica puesto que como hemos comentado anteriormente, el presupuesto de aplicación del SC. Macedoniano es el haber

²⁸² *Iuventius Celsus* y *Neratius Priscus* son ambos juristas de la escuela proculiana y formarán parte del *consilium* de Adriano. KUNKEL, W., *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Böhlau Verlag, Köln, 2001, pp. 146-147. Sobre estos juristas aparece una referencia interesante en Pomp. *enchir. sing. D.* 1.2.2.53, en el que se dice que Celso hijo sucederá a Celso padre en la escuela de los proculianos junto a Neracio, y que ambos serán cónsules, y Celso lo será por segunda vez: *Cassio Caelius Sabinus successit, qui plurimum temporibus Vespasiani potuit: Proculo Pegasus, qui temporibus Vespasiani praefectus urbi fuit: Caelio Sabino Priscus Iavolenus: Pegaso Celsus: patri Celso Celsus filius et Priscus Neratius, qui utique consules fuerunt, celsus quidem et iterum: Iavoleno Prisco Aburnius Valens et Tuscianus, item Salvius Iulianus*. Sobre el jurista Celso, Ulpiano destaca su elegancia en Ulp. *D.* 1.1.1pr.: *... ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi*.

²⁸³ Fascione afirma que la opinión de Juliano es en contra de la de Neracio y Celso. FASCIONE, L., *Fraus legi. Indagine sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Giuffrè Editore, Milano, 1983, p. 175.

realizado un préstamo de dinero a un *filius familias* no que el *filius familias* saliese fiador de un tercero. Ulpiano añade la opinión de Juliano, que precisa que si se hubiera buscado un pretexto, *si color quaesitus sit*, para que el *filius familias* que debía recibir el mutuo, *qui mutuam accepturus erat*, saliese fiador habiéndose dado otro obligado, *fideiuberet alio reo dato*, defrauda el SC, *fraudem Senatusconsultum factam*. La consecuencia del *fraus* es que se dará una excepción tanto al *filius familias* como al otro obligado.

En este fragmento se introduce la cuestión del *fraus SC.to*, que también aparecerá en Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.7.1. En Paul. 1 *ad leg. Cinc. D.* 1.3.29 encontramos un interesante texto de Paulo: *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*. Observamos en el texto la contraposición *contra legem / in fraudem legis*. Actúa contra la ley, aquel que hace lo que la ley prohíbe: *qui id facit quod lex prohibet* y en fraude de ley quien respetando su literalidad elude su sentido: *qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*. Papiniano también hace referencia al *fraus legis* en Pap. 32 *quaest. D.* 50.17.79 en el que se explicita que para la determinación del fraude debe atenderse a la intención no al resultado: *Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur*.

La expresión *fraus legis* ha sido muy discutida por la doctrina.²⁸⁴ Uno de los problemas fundamentales que se ha planteado es la distinción entre *agere contra*

²⁸⁴ ROTONDI, G., *Gli atti in frode alla legge*, *op. cit.*; ROTONDI, G., *Ancora sulla genesi della teoria della fraus legi*, en *Scritti Giuridici. Studi varii di diritto romano ed attuale*, Hoepli, Pavia 1922; HONSELL, H., *In fraudis lege agere*, en *Festschrift für Max Kaser*, Beck, München 1976; BEHREND, O., *Die fraus legis*, Schwartz, Göttingen 1982; KRÜGER, P., KASER, M., *Fraus*, SZ 63 (1943), pp. 117ss.; FASCIONE, L., *op. cit.*, p. 178ss.; BUENO SALINAS, M., *Fraus legi: Un estudio sobre D.1.3.29 (Paul. ad leg. Cin.)*, SDHI 62 (1996), pp. 139-253.

*legem y agere in fraudem legis.*²⁸⁵ En un texto también de Juliano encontramos la expresión “*contra senatus consultum fieret*”:

Iul. 12 dig. D.14.6.14: *Filium habeo et ex eo nepotem: nepoti meo creditum est iussu patris eius: quaesitum est, an contra senatus consultum fieret. Dixi, etiamsi verbis senatus consulti filii containerentur, tamen et in persona nepotis idem servari debere: iussum autem huius patris non efficere, quo minus contra senatus consultum creditum existimaretur, cum ipse in ea causa esset, ut pecuniam mutuum invito patre suo accipere non possit.*

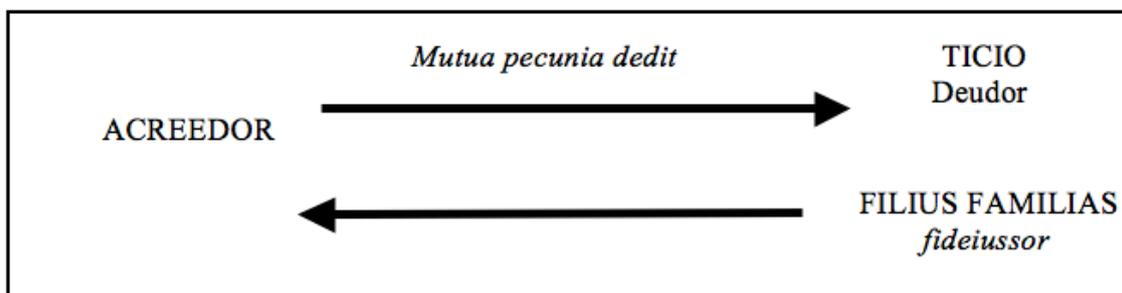
Observamos cómo el jurista plantea un supuesto en el que se intenta determinar si se ha contravenido el SC. El análisis se plantea en el texto desde la perspectiva de establecer un paralelismo entre las relaciones del *pater familias* con su *filius familias* y las de éste *filius familias* a su vez con su hijo, es decir, con el nieto del *pater familias*. Juliano se pregunta si el nieto que por mandato del *filius familias* toma dinero en préstamo contraviene el SC. Macedoniano: *contra Senatusconsultum fierit*. En este caso ha existido el préstamo de dinero y la cuestión que debe determinarse es si el SC. debe ser de aplicación en el caso que el nieto toma dinero en préstamo por mandato de su padre. La respuesta de Juliano es clara, como el *filius familias* no puede tomar dinero en préstamo sin el consentimiento de su padre, su hijo tampoco lo podrá hacer. Lo relevante en este supuesto es que el jurista no hace referencia a que haya existido un *fraus*, sino que se ha actuado contra el SC. Volviendo a la definición de Paulo, contraviene el SC: *qui id facit quod lex prohibet*. El caso expuesto contraviene el SC., puesto que resulta irrelevante el mandato del *filius familias* a su hijo, ambos están sometidos a la *potestas* del *pater familias* y quien debe consentir es éste.²⁸⁶

²⁸⁵ En contra de esta distinción: KRÜGER, P., KASER, M., *op. cit.*, p.144; a favor: HONSELL, H., *op. cit.*, pp. 111-126; BEHRENDTS., O., *op. cit.*, pp.14ss.; BUENO SALINAS, M., *op. cit.*, p. 253.

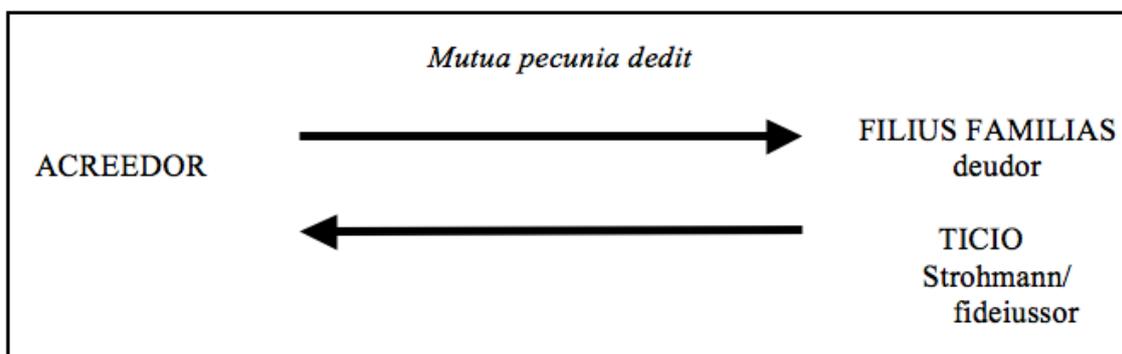
²⁸⁶ En el análisis del SC. Velezano, veremos otros casos en los que la diferencia entre *agere contra legem* y *agere in fraudem legis* aparece de forma más explícita. Vid. *infra* pp. 171ss.

En Ulp. D.14.6.7pr. observamos cómo el supuesto que se presenta es diverso. En este caso el *filius familias* no toma directamente dinero en préstamo, sino que el deudor es otro y el *filius familias* presta fianza. Vemos como se respeta la literalidad del SC. Macedoniano, ya que éste no prohíbe que el *filius familias* preste fianza: *Item si filius familias fideiusserit cessare senatus consultum*. Juliano precisa que el *filius familias* ha prestado fianza siendo el dinero para él, actuando el tercero como un hombre de paja, “Strohmann”, en palabras de Kaser.²⁸⁷ Parece lógico que la introducción de Ticio en la relación jurídica tenga la finalidad de garantizar el pago de la deuda, es decir, que el verdadero papel de Ticio fuera el de *fideiussor*, puesto que *a priori* y de acuerdo con su posición como deudor, puede ser demandado sin que pueda oponer excepción alguna. El supuesto se podría esquematizar de la siguiente forma:

A. Relación jurídica aparente:



B. Relación jurídica subyacente:



²⁸⁷ KRÜEGER, H., P., KASER, M., *op. cit.* p. 146.

Volviendo a la definición de Paulo, el *fraus legis* consiste en contravenir el espíritu de la disposición respetando su literalidad: *qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*. En el caso expuesto se puede observar claramente como se han tejido unas relaciones jurídicas con la finalidad de eludir la aplicación del SC. Insistimos en esta cuestión porque el fundamento de la excepción que concederá el pretor al *filius familias* y al verdadero fiador, será el fraude hecho al SC.

En este caso, Juliano considera que debe darse una excepción tanto al *filius familias* como al verdadero fiador. Respecto a este último, el jurista precisa que se le concede igualmente porque el fraude también le perjudica: *quoniam et fideiussori filii subvenitur*. No se explicita en el texto que concreta excepción se concedería en este caso, simplemente apunta: *dandam exceptionem tam filio familias quam reo*.

En la rúbrica del SC Macedoniano, encontramos otros dos textos en los que aparece la referencia al fraude:

Ulp. 29 ed. D.14.6.3.3: *Is autem solus senatus consultum offendit, qui mutuum pecuniam filio familias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit locavit vel alio modo contraxit: nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est. Et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrat, cessat senatus consultum. Quod ita demum erit dicendum, si non fraus Senatusconsulto sit cogitata, ut qui credere non potuit, magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.*

En este fragmento el jurista circunscribe la aplicación del SC. a los *mutua pecunia*: “*qui mutua pecunia filius familias dedit*” y apunta que no será de

aplicación al que contrató de otro modo: "*non qui alias contraxit*" y enumera un serie de ejemplos: *vendidit locavit vel alio modo contraxit*. Se destaca que lo peligroso para los *pater familias* es la *pecunia datio* a los *filius familias*: *nam pecuniae datio pernicioosa parentibus eorum visa est*. Destacamos también la interesante contraposición que se observa entre el inicio del texto y el final de éste: *Is autem solus senatus consultum offendit / si non fraus Senatusconsulto sid cogitata*. En la primera parte del texto, se describe la conducta concreta que contraviene el SC.: *mutuam pecuniam filio familias dedit* y se descartan otras que no constituyen un *dare mutua pecunia*. Al final del fragmento se introduce la cuestión del fraude y se hace referencia al supuesto de un Ticio que vende al *filius familias* con la finalidad de que este último tuviera el precio de la cosa en calidad de mutuo: *magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem*.

Ulp. 29 ed. D.14.6.7.3: *Mutui dationem non solum numeratae pecuniae, verum omnium, quae mutua dari possunt, an accipere debeamus, videndum. Sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri: ait enim senatus "mutuam pecuniam dedisset". Sed si fraus sit senatus consulto adhibita, puta frumento vel vino vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia, subveniendum est filiofamilias.*

En este otro fragmento se señala también la cuestión del *fraus*, pero en este caso se plantea en relación al objeto físico del mutuo. En concreto, el jurista reproduce la literalidad de la prescripción del SC. que prohíbe: "*mutua pecunia dedisset*" a los *filius familias*, y a continuación introduce la cuestión del *fraus SC.to* en el caso que se hubiera sustituido el dinero por trigo, vino o aceite, para que al ser vendido, se sirviera del dinero: *puta frumento vel vino vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia*. En este caso, Ulpiano apunta que el *filius familias* será auxiliado.

Bajo la rúbrica del SC Macedoniano se encuentran en total cuatro textos referidos al *fraus SC.to*, dos son los apuntados anteriormente, más Ulp. D.14.6.7pr-§7.1 *libro 29 ad edictum*, analizado anteriormente. Los cuatro pertenecen al mismo jurista, Ulpiano, y están ubicados en su misma obra, *libro 29 ad edictum*. Planteamos a continuación un cuadro en el que aparecen comparados tres textos que presentan una estructura muy similar.²⁸⁸

Ulp. 29 ed. D. 14.6.3.3	Ulp. 29 ed. D. 14.6.7pr.	Ulp. 29 ed. D. 14.6.7.3
<i>Is autem solus senatus consultum offendit, qui mutuam pecuniam filio familias dedit, non qui alias contraxit</i>	<i>Item si filius familias fideiusserit, Neratius libro primo et secundo responsorum cessare senatus consultum ait Idem Celsus libro quarto.</i>	<i>Mutui dationem non solum numeratae pecuniae, verum omnium, quae mutua dari possunt, an accipere debeamus, videndum</i>
<i>puta vendidit locavit vel alio modo contraxit: nam pecuniae datio pernicioosa parentibus eorum visa est. Et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrat, cessat senatus consultum Quod ita demum erit dicendum, si non <u>fraus Senatusconsulto</u> <u>sid cogitata</u>, ut qui credere non potuit, magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.</i>	<i>Sed Iulianus adicit, si color quaesitus sit, ut filius familias, qui mutuam accepturus erat, fideiuberet alio reo dato <u>fraudem</u> <u>senatus consulto factam</u> nocere et</i>	<i>Sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri: ait enim senatus "mutuam pecuniam dedisset". <u>Sed si fraus sit senatus consulto adhibita</u>, puta frumento vel vino vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia,</i>
	<i>dandam exceptionem tam filio familias quam reo, quoniam <u>et fideiussori filii subvenitur.</u></i>	<i><u>subveniendum est filiofamilias.</u></i>

²⁸⁸ Prescindimos de Ulp. 29 ed. D.14.6.7.1, que será objeto de un análisis más en profundidad, e incorporamos al cuadro únicamente Ulp. 29 ed. D.14.6.7pr. porque como anteriormente hemos comentado, §7.1 no deja de ser una derivación de §7pr.

En la primera fase que hemos marcado, observamos cómo en los tres textos se intenta delimitar la aplicación del SC. Macedoniano, señalando el jurista en los tres fragmentos que el SC. sólo se aplica a los préstamos de dinero, en §7.3 lo explicita claramente: *ait enim senatus "mutuam pecuniam dedisset"*. En §7pr. respecto a las *fideiussiones*, en §3.3 respecto a otros contratos, y en §7.3 respecto al objeto del mutuo.

En la segunda fase se concreta la conducta fraudulenta, en esencia la misma en los tres casos, que consiste en enmascarar que el *filius familias* ha recibido dinero en préstamo. En §7pr porque utiliza el subterfugio de salir fiador de un Ticio: *si color quaesitus sit ut filius familias fideiuberet alio reo dato*, cuando el dinero realmente es para el *filius familias*. En §3.3, bajo el paso: *qui crederit non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem*, se describe un supuesto en el que se realiza una venta simulada, en la que se vende algo al *filius familias* a un precio muy bajo o sin que se llegue a producir la entrega del precio, para que el *filius familias* pueda revender el objeto y conseguir el dinero.²⁸⁹ En §7.3, en vez de tratarse de *mutua pecuniae*, se trata de otras cosas fungibles: *frumento, vino, oleo...* diferentes a la *pecunia*, con la finalidad que el mutuario vendiera estos productos, y utilizara el dinero: *distractis fructibus uteretur pecunia*, no dejaría de ser un mutuo de dinero encubierto. La circunstancia común en los tres casos es que el *filius familias* acaba recibiendo el dinero. Observamos por tanto, como se describen diversas conductas que encajan perfectamente con la definición de fraude de Paulo señalada anteriormente: *qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*. Sobre la cuestión del *fraus*, Scarano Ussani, apunta que Juliano, se preocupa por evitar que se utilicen medios aparentemente correctos, con la finalidad de defraudar el SC., asimismo

²⁸⁹ En esta línea Lucrezi: ID. *Senatusconsulto Macedoniano, op. cit.* p. 228.

también destaca la preocupación del jurista por la protección del tercero, preocupación recogida por Ulpiano se observa en §7pr y §7.1.²⁹⁰

Finalmente, en una tercera fase común a §7pr y §7.3, observamos cómo se protege tanto la situación del tercero como la del *filius familias*, lo cual también sucede en §7pr y §7.1. En §3.3 la referencia al fraude está redactada en condicional negativo: *Quod ita demum erit dicendum, si non fraus Senatusconsulto sid cogitata*, es decir, en primer término se describen supuestos en los que *cessat senatus consultum* y seguidamente se explicita que únicamente cesa el SC. si las conductas descritas persiguieran su fraude. En este fragmento no aparece la referencia a la protección que se debería dar al *filius familias*, pero se dice que el SC. no cesará en estos supuestos y por tanto será de aplicación. En §7pr y §7.3, se explicita la protección que se da al *filius familias* y al *fideiussor* mediante el verbo *subvenio*. En §7pr, observamos cómo se da la excepción tanto al *filius familias* como al *fideiussor*; en §7.3, se dice que se protegerá al *filius familias*.

Observamos por tanto, como los tres textos analizados en los que aparece la referencia al fraude, la estructura es similar, y en los tres se examinan casos en los que cesa el SC. a excepción de que la conducta descrita enmascare un fraude. Estos paralelismos nos llevan a exponer la teoría de que la solución adoptada en los supuestos analizados, juntamente con §7.1 será la misma.

En Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.7.1 se concreta la excepción que concederá el pretor al tercero: *Idem ait, si duos reos accepero filium familias et Titium, cum ad filium familias esset per ventura pecuniam, ideo autem reum Titium acceperim, ne*

²⁹⁰ SCARANO USSANI, V., *L'utilità e la certezza. Competi e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano, op. cit.* p. 59.

*quasi fideiussor auxilio senatus consulti utetur, utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam*²⁹¹

El texto se inicia con la expresión: “*idem ait*” que teniendo en cuenta el anterior fragmento, en el que Ulpiano expone la opinión de Juliano, continuará refiriéndose al mismo jurista. Sigue el texto: *duos reos accepero filium familias et Titium, cum ad filium familias esset per ventura pecuniam*.²⁹² Observamos cómo en la relación jurídica intervienen tres sujetos: un acreedor (*ego*), Ticio y un *filius familias*. El acreedor da en préstamo una cantidad de dinero y mediante una *stipulatio* acepta como deudores solidarios a Ticio y al *filius familias*,²⁹³

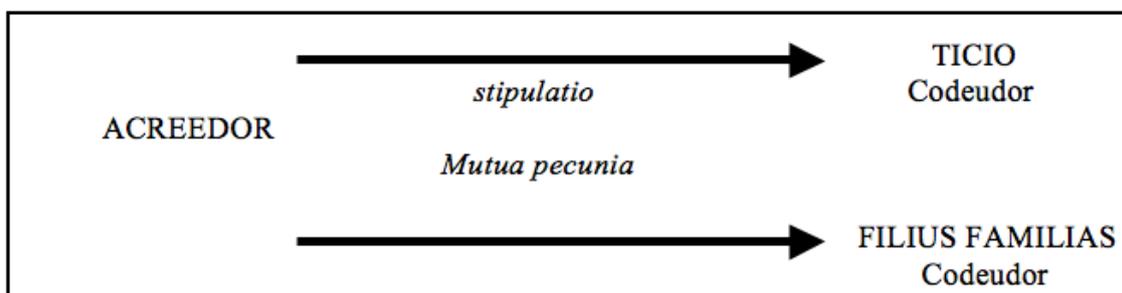
²⁹¹ Partsch apunta que la expresión “*utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam*”, estaría interpolada: “*Exceptionem dare adversus fraudem* ist schon dem Worte nach verdächtig, da ja nicht nur die fraus, sondern das Manöver vereitelt wurde [?], das zur Umgehung des Senatsbeschlusses unternommen wurde. Die Byzantiner wollen hier ihren Schulfall: contra legem – in fraudem legis zur Geltung gebracht haben. Bei Auslegung der Verbotsgesetze trifft die klassische Praxis, und das Verbot durchzusetzen, auch den Schleichweg, der mit dem Verbot unterstehen Person arbeitet, mit Nichtigkeit.” PARTSCH, J., *Aus Nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1931, p. 128. Sobre la cuestión que plantea el autor de que pueda tratarse de una construcción bizantina, creemos que puede ser descartada si tenemos en cuenta que la expresión aparece en numerosos textos del Digesto, algunos de ellos los hemos apuntado anteriormente, en los que no existe sospecha de interpolación, *ad exemplum* Ulp. 4 *ed. D. 2.14.7.7: Ait praetor: ‘Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.’* Rotondi por el contrario parte de su autenticidad; ROTONDI, G., *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore, op. cit.*, p. 103-104. Destacamos que el texto no aparece como interpolado en el *Index Interpolationum*: LEVY, E., RABEL, E. *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, vol. I, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar 1929.

²⁹² En la Glosa de Accursio encontramos la anotación: *In duobus reis debendi inscitur conditio eius ad quem pervenit*; esta anotación señala que deberá averiguarse para cual de los dos deudores era el dinero.

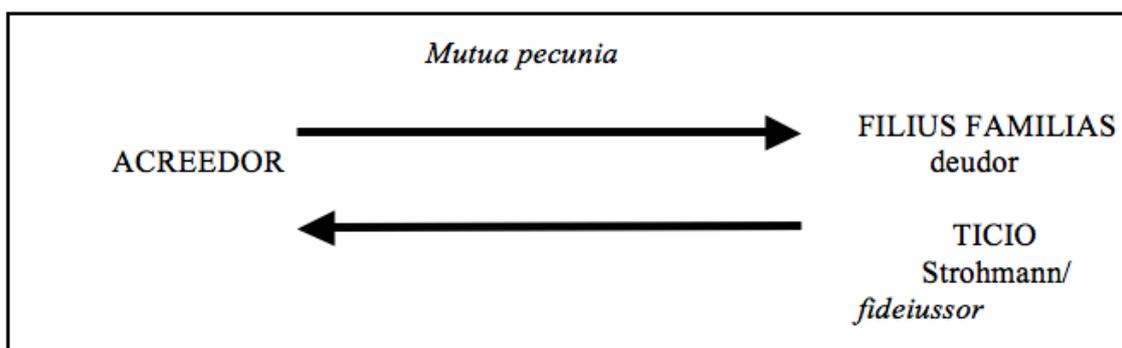
²⁹³ Una de las fuentes de la solidaridad son los contratos; en época clásica la solidaridad surge de la *stipulatio*, la solidaridad puede ser activa o pasiva dependiendo de si varios deudores prometen realizar la misma prestación o si varios acreedores hacen prometer a un deudor la misma prestación. Iglesias apunta que la solidaridad también puede nacer de aquellos contratos que, en caso de controversia, dan lugar a un *iudicia bona fidei* excluyendo el mutuo; d’Ors también hace referencia expresa a la exclusión del mutuo, aunque ambos admiten que en época justiniana la solidaridad sí podía surgir del mismo mutuo: C. 4.2.5.9. y §5.12. Esta precisión resulta importante en relación a Ulp. 29 *ed. D. 14.6.7.1* puesto que precisamente se trata de un mutuo en el que encontramos un acreedor y dos deudores solidarios. En este supuesto, d’Ors considera que la solidaridad no surgiría del mismo mutuo, sino de una estipulación superpuesta. IGLESIAS, J., *Derecho privado romano, op. cit.* §95; D’ORS, DPR §442. En el mismo sentido, y tratando el tema de si la estipulación subsiguiente al mutuo podía considerarse novativa de la

especificando el texto que el dinero es para el *filius familias*. El texto continúa *ideo autem reum Titium acceperim, ne quasi fideiussor auxilio senatus consulti utetur*. Esta frase aclara el papel de cada sujeto en la relación jurídica. La finalidad de introducir a Ticio en la relación jurídica es la de poder reclamarle a éste la deuda en caso de que el *filius familias* no devolviera la cantidad prestada, y por tanto, resulta indudable la connivencia del acreedor en el *fraus*. El supuesto se podría sintetizar gráficamente del siguiente modo:

A. Relación jurídica aparente:



B. Relación jurídica subyacente:



La aportación del jurista es la de plantear casos en los que se introduce a un tercero recreando una relación jurídica ficticia con la finalidad de encubrir que es el *filius familias* el que efectivamente recibe el préstamo de dinero y calificar este supuesto de *fraus SC.to*. La finalidad de introducir a Ticio en la relación jurídica es la de defraudar el SC. y que el *filius familias* reciba el dinero teniendo el

obligatio ex mutuo o ser vista como la fuente única de la obligación: SACCONI, G., *Ricerche sulla stipulatio*, Jovene editore, Pubblicazioni dell'Università di Camerino 33, 1929, pp. 39-43.

acreedor la garantía de que en caso de impago podrá reclamar la deuda a un tercero, sin que éste le pueda oponer la *exceptio ex SC.to Macedoniano* que neutralizaría automáticamente la condena.

Recapitulando podemos comparar Ulp. D.14.6.7pr y §7.1, y concluir que se trataría de supuestos muy similares. En el siguiente cuadro pueden observarse los paralelismos:

Ulp. 29 ed. D.14.6.7pr	Ulp. 29 ed. D.14.6.7.1
<i>filius familias, qui mutuam pecuniam accepturus erat</i>	<i>cum ad filium familias esset perventura pecunia</i>
<i>quoniam et fideiussori filii subvenitur</i>	<i>ne quasi fideiussor auxilio senatus consulti utetur</i>
<i>dandam exceptionem tam filio familias quam reo</i>	<i>utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam</i>

En ambos casos el préstamo de dinero va destinado al *filius familias*. En la relación obligatoria se introduce un tercero (Ticio) con la finalidad de que actúe como garante en caso que el *filius familias* no pague o cómo codeudor. En Ulp. D.14.6.7pr. se dice que se dará la excepción tanto al *filius familias* como al tercero. No se explicita de que excepciones se trata, en el fragmento siguiente se dice que se dará al *fideiussor* (Ticio) una excepción útil contra el fraude. Teniendo en cuenta las similitudes, parecería lógico que las excepciones que se concedieran fueran las mismas en ambos casos.

Nicosia considera que serían supuestos distintos. Según este autor, en §7pr *el filius familias* aparecería formalmente como *fideiussor* y por tanto no se produciría una violación directa del SC. pero se trataría de un *fraus senatus consultum facta* que según Juliano *nocet*. En consecuencia el autor concluye que: “il vero mutuuario è il *filius familias* mentre il finto *reus* è un *fideiussore*, il SC si aplica. Di conseguenza, allora, l’*exceptio SC.ti* va data si al *filius familias*

(considerato come è in realtà, mutuatario), sia al fideiussore, giacché il SC. viene incontro anche al fideiussore del *filius familias* (*dandam exceptionem tam filio familias quam reo, quoniam et fideiussori filii subvenitur*).²⁹⁴ En el caso de §7.1 considera que tanto el *filius familias* como Ticio aparecen como *rei*, y el *filius familias* tendrá sin duda la *exceptio ex SC.to Macedonianus* y que por el contrario Ticio no podrá servirse de esta excepción porque su posición queda fuera de la previsión del SC: “La posizione, invece, di *Titius* che appare *correus* del *filius familias* è assolutamente indipendente; ed è perciò che la *fraus* che pure c’è, non nuoce, in quanto non è rilevante ai fini del SC ... In questo caso, dunque, mentre al *filius familias* l’*exceptio SC.ti* spetta senz’altro, a *Titius* tale *exceptio* non può essere data, perché egli formalmente non figura quale fideiussore del *filius familias* e perché, d’altra parte, dal punto di vista dello scopo e dell’applicabilità del SC., non c’è alcun motivo che possa indurre a riguardare la posizione di *Titius* per quella che in effetti è e non per quella che formalmente appare... Perciò il giurista, non potendo accordare la normale *exceptio SC.ti*, recorre a una *exceptio utilis*”.²⁹⁵

Betancourt opina que la tipología de excepción que se contempla en este caso sería de una *exceptio in factum* con una denominación concreta: *exceptio fraudis senatusconsulti factae*.²⁹⁶

Wacke apunta que “una excepción útil se precisa excepcionalmente según Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.7.1 para paralizar la acción contra un tercero que intervino *fraudis causa* como deudor solidario.”²⁹⁷

Mannino considera que “*independentemente dallo scambio delle parti, l’exceptio senatusconsulto Macedoniani poteva essere fatta valere dal figlio e*

²⁹⁴ NICOSIA, *Exceptio* p. 80

²⁹⁵ NICOSIA, *Exceptio* pp. 80-81

²⁹⁶ BETANCOURT, *Excepciones* p. 710

²⁹⁷ WACKE, A., *Prohibición del crédito para los hijos de familia, op. cit.* p. 191, nt. 9

dall'apparente reus".²⁹⁸ El autor llega a esta conclusión sobre la base de Ulp. 29 ed. D.14.6.9.3.²⁹⁹ Mannino sostiene que en este fragmento se admite la extensión del SC Macedoniano al garante: "*perciò non è arbitrario credere che lo stesso Ulpiano, più in generale, al di fuori dei casi di specie richiamati in D.14.6.9 pr.-1, dovesse ritenere, in tema di senatusconsultum Macedonianum, rilevante la motivazione del regresso per l'estensione della relativa eccezione, benché non vi faccia cenno nei casi trattati in quest'ultimo passo, dove accede, riferendolo, all'insegnamento del giurista adrineano*".³⁰⁰

Rudorff, en su momento hizo referencia a que Ulp. D.14.6.7.1 contendría una *exceptio utilis in fraudem senatusconsulti*.³⁰¹

La relación jurídica aparente es semejante en ambos casos, en §7pr., Ticio recibe el préstamo de dinero y el *filius familias* interviene como fiador, en §7.1, ambos son deudores solidarios. La relación jurídica subyacente también es similar, el préstamo es para el *filius familias* y Ticio actúa como fiador. Este paralelismo entre ambos textos parece indicar que la solución jurídica deberá ser la misma. Según §7pr., deberá darse una excepción tanto al *filius familias* como al fiador, pero no explicita qué excepción. En cambio en §7.1, sí se señala que se dará a Ticio una excepción útil contra el fraude, pero nada se dice de la excepción del *filius familias*. Como hemos expuesto anteriormente, según Nicosia, en §7pr. la excepción que se concede tanto al *filius familias* como a Ticio es la *exceptio ex SC.to Macedoniano*. La explicación del autor es que en este caso existe un perjuicio, fruto del fraude al SC., y por tanto, debe tomarse en consideración la relación jurídica subyacente en el supuesto, es decir, que Ticio actúa como *fideiussor*, y por tanto, se le concederá la *exceptio ex SC.to*

²⁹⁸ MANNINO, *Estensione* pp. 140-141.

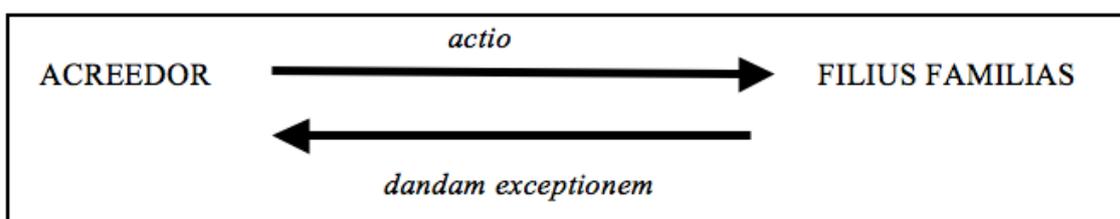
²⁹⁹ *Non solum filio familias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque et mandatori eius, qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt: tunc enim, cum nullum regressum habeant, senatus consultum locum non habebit. Sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus.*

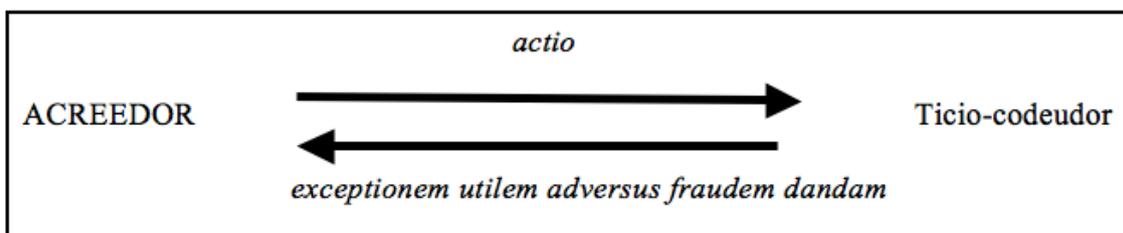
³⁰⁰ MANNINO, *Estensione* pp.141-142

³⁰¹ RUDORFF, *Edictum* p.117 nt. 2

Macedoniano prevista para el *fideiussor* del *filius familias*. En cambio, en §7.1, el autor sostiene que al *filius familias* se le concederá una *exceptio SC.to Macedoniano* y a Ticio una *exceptio utilis ex SC.to Macedoniano*. El argumento que utiliza el autor para sostener esta solución diversa que se da en ambos textos es la de considerar que en §7.1 a pesar de existir un fraude, la posición de Ticio es independiente, es un simple *correus* del hijo que no contraviene desde esta posición los fines del SC., es por ello no se le puede conceder la *exceptio ex SC.to Macedoniano* y el pretor debe recurrir a la *exceptio utilis*.

Analizando ambos fragmentos observamos, en contra de la opinión de Nicosia, que existe un perjuicio relevante en relación a los fines del SC. Macedoniano. En §7pr., queda claro, puesto que observamos cómo el jurista explícitamente así lo manifiesta. En §7.1, también existe este perjuicio, ya sea interpretado como el perjuicio de Ticio, que como deudor solidario, también puede ser demandado por el acreedor, como si lo interpretamos como un perjuicio a los fines del SC., puesto que el *filius familias* acaba recibiendo *mutua pecunia* en contra de la previsión senatorial. En este sentido, consideramos que el elemento fundamental que debe ser tenido en cuenta, es el *fraus SC.to*, ya que es el elemento común que aparece en ambos fragmentos y no la posición jurídica que ocupa Ticio. También en ambos podemos constatar la existencia del fraude, el *filius familias* ha recibido dinero en préstamo estableciendo relaciones jurídicas con un tercero con la finalidad de encubrir el mutuo. La situación procesal de los sujetos intervinientes se podría esquematizar del siguiente modo:





Observamos cómo el acreedor puede reclamar el pago tanto a Ticio como al *filius familias* independientemente de que tengamos en cuenta la relación jurídica aparente o la subyacente, por lo que el perjuicio para Ticio puede darse en ambos casos, y la contravención de los fines del SC. también se constatan desde el momento en que Ticio recibe *mutua pecunia*. En §7pr, de la situación jurídica aparente resulta que Ticio es el deudor principal y el *filius familias* el *fideiussor*, el acreedor tendrá acción contra ambos. Si tenemos en cuenta la relación jurídica subyacente los papeles se intercambian, y por tanto, el acreedor podrá también reclamar a cualquiera de los dos. En §7.1, el texto dice: *duos reos accepero filium familias et Titium*, si tenemos en cuenta la relación jurídica aparente, el acreedor también podrá demandar a ambos, sobre la base de la *stipulatio*, a través de la que el *filius familias* y Ticio se constituyen en deudores solidarios. Teniendo en cuenta la relación subyacente el papel de Ticio sería el de *fideiussor*, y también podrá ser demandado como tal.

Respecto a la acción que se concederá al actor consideramos que deberá fundarse en la relación jurídica que hemos denominado aparente, puesto que no deja de ser la relación jurídica formal contituida por las partes.³⁰² La relación jurídica que hemos denominado subyacente, será introducida en la fórmula del *iudicium* mediante la *exceptio*, que precisamente tendrá el carácter de *utilis* al tener la finalidad de demostrar que la relación jurídica expuesta por el actor constituye un *fraus* y que enmascara una realidad que contraviene una

³⁰² En contra de esta opinión Lucrezi que considera que la excepción se opondrá a la acción prevista para el negocio simulado, *ad exemplum: condictio certae rei, actio depositi, actio venditi...* LUCREZI, F., *Senatusconsultum Macedonianum*, *op. cit.* p. 239.

disposición senatorial. En §7pr consideramos que la acción que el pretor concedería al actor sería una *condictio*, que serviría para reclamar la deuda tanto al *filius familias* como a Ticio. En §7.1 al haber constituido una obligación solidaria a través de una *stipulatio*, como no podría ser de otro modo en derecho romano clásico, la acción que el pretor concedería al actor sería una *actio ex stipulatu* contra el *filius familias* y Ticio.

Llegados a este punto, podemos sostener que los casos expuestos en §7pr y §7.1 son análogos, y por tanto, cuando en §7pr dice *dandam exceptionem tam filio familias quam reo*, debemos considerar que las *exceptiones* que se concederán al *filius familias* y a Ticio, serán las mismas, por ello, nos centraremos en §7.1 para dilucidar qué excepciones se concederán en ambos casos.

4.3.3.2. *Utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam*

La expresión que hace referencia a la excepción que se le concede a Ticio es: *utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam*. Se dará una excepción útil contra el fraude. La expresión no plantea dudas respecto a su sentido técnico ya que desde un punto de vista sintáctico, nada hace pensar que se esté utilizando la expresión en un sentido predicativo.

Tratándose de una excepción útil, debemos determinar cuál es la excepción edictal sobre la que se construye y el motivo por el cual se extiende. Sobre la base de la excepción útil no habría duda de que se trataría de la *exceptio ex SC.to Macedoniano*. Como hemos visto anteriormente, a lo largo de la rúbrica los juristas en diversos fragmentos plantean supuestos en los que se actúa contra el SC. y por tanto se concede la *exceptio ex SC.to Macedoniano* y no sólo al *filius familias* sino también a otros sujetos, como veremos seguidamente, y en otros supuestos en los que se actúa en fraude al SC. y se concede una excepción contra el fraude como ya se ha expuesto.

Señalaremos algunos casos contenidos en la misma rúbrica (D.14.6), en los que se extiende la legitimación del SC. Macedoniano a otros sujetos para solicitar la excepción, pero la excepción que se concede, es la *exceptio ex SC.to Macedoniano*.

En primer lugar, haremos referencia al supuesto en que la excepción se extiende al *pater familias*, Ulp. 29 ed. D. 14.6.7.10: *Quamquam autem non declaret senatus, cui exceptionem det, tamen sciendum est et heredem filii, si pater familias decesserit, et patrem eius, si filius familias decesserit, exceptione uti posse*. Observamos cómo en este fragmento, Ulpiano explicita que el Senado no determina a quién se da excepción, de hecho, como hemos comentado antes, el contenido de la disposición senatorial no establece la concesión de la excepción, es por ello que el jurista plantea la circunstancia de que el *filius familias* hubiera muerto, en cuyo caso apunta que la excepción la podrá oponer tanto el *pater familias*, como el heredero del hijo si el *pater familias* hubiera muerto.³⁰³

En Ulp. 29 ed. D.14.6.9.3 encontramos un supuesto en el que se auxilia al *fideiussor* del *filius familias*, y en el que también se hace referencia al auxilio del *pater familias* además del que corresponde al *filius familias*: *Non solum filio familias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque et mandatori eius, qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt: tunc enim, cum nullum regressum habeant, senatus consultum locum non habebit. Sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt,*

³⁰³ Asimismo, en un rescripto del *Codex Iustinianus*, aparece la posibilidad de que el *pater familias* pueda oponer la *exceptio ex SC.to Macedoniano*: C. 4.28.6 <A 245 PP. VI NON. MART. PHILIPPO A. ET TITIANO CONSS.> *Si filius tuus in potestate tua agens contra senatus consultum macedonianum mutuam sumpsit pecuniam, actio de peculio adversus te eo nomine efficaciter dirigi nequaquam potest*. En este fragmento se expone el supuesto de un *filius familias* que toma dinero en préstamo en contra del SC. Macedoniano. La cuestión que se plantea es si el acreedor de hijo podría demandar por la *actio de peculio* al *pater familias* y la respuesta

*totus contractus a patre videbitur comprobatus.*³⁰⁴ En primer lugar destacaremos la concordancia de este texto con el apuntado anteriormente Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.7.10, en el cual se prevé que la excepción también sea utilizada por el *pater familias*: *Non solum filio familias et patri eius succurritur...* Seguidamente se apunta que el *fideiussor* y el mandatario del *filius familias*³⁰⁵ en virtud del contrato de mandato, tendrán una acción de repetición³⁰⁶ siempre que no hayan intervenido en el negocio con ánimo de donar: *donando animo intercesserunt*, en cuyo caso no se aplicará el SC: *senatus consultum locum non habebit*. En el siguiente párrafo: Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.9.4, se concreta que también estarán protegidos por una excepción perentoria: *Atquin perpetua exceptione tuti sunt: sed et ipse filius.*³⁰⁷

En sede de la rúbrica *De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis*. (D.44.1), hallamos un texto, que hemos analizado con anterioridad en el que aparece la referencia expresa a que se da la excepción al *fideiussor*:³⁰⁸

Paul. 3 *Plaut. D.* 44.1.7.1: *Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus*

³⁰⁴ En este fragmento no se hace referencia a la *exceptio*, pero el verbo empleado, “*succurro*”, indica que el ámbito de protección de la disposición senatorial se extenderá también a los sujetos que el texto alude. La mención a la *exceptio* la encontramos en el fragmento siguiente: Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.9.4.

³⁰⁵ Precisamos que se trata del mandatario del *filius familias* partiendo de la construcción que aparece al inicio del fragmento: *...patri eius... fideiussor quoque et mandatori eius...*

³⁰⁶ Observamos cómo el jurista hace referencia a que tanto el *fideiussor* como el mandatario ostentan una acción de repetición, se entiende contra el *filius familias*, lo cual concordaría con la imposibilidad del propio *filius familias* de repetir lo pagado, puesto que el fragmento condiciona esta posibilidad a la aplicación del SC., cuando excluye el supuesto de la donación: *nisi forte donandi animo intercesserunt*; al contrario que el *filius familias*, el *fideiussor* y el mandatario si podrían repetir lo pagado contra el *filius familias* por la misma razón que el *filius familias* no lo podría repetir contra al acreedor, la finalidad del SC., que no es la de proteger al *filius familias*, sino que es la de sancionar a los prestamistas.

³⁰⁷ Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.9.4: *Et hi tamen, qui pro filio familias sine voluntate patris eius intercesserunt, solvendo non repetent: hoc enim et divus Hadrianus constituit et potest dici non repetituros. Atquin perpetua exceptione tuti sunt: sed et ipse filius, et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.*

³⁰⁸ Vid. *supra* pp. 69ss.

causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori. Intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fideiussori competit. Idem dicitur et si pro filio familias contra senatus consultum quis fideiusserit, aut pro minore viginti quinque annis circumscripto: quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio.

En el fragmento se hace referencia a las excepciones denominadas *rei cohaerentes*, enunciando el principio general de que son aquellas que competen también a los fiadores, y seguidamente matiza este principio general apuntando que si el demandado hubiere pactado con efectos reales: *si reus pactus sit in rem*, compete también la excepción al fiador: *omnimodo competit exceptio fideiussori*. Seguidamente enumera algunos supuestos en los que se concede la excepción al fiador, entre los que hace referencia a que se concederá también la excepción al que hubiera salido fiador de un *filius familias* contra el SC. Macedoniano: *Idem dicitur et si pro filio familias contra senatus consultum quis fideiusserit.*³⁰⁹

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, podemos sostener que la excepción del SC. Macedoniano podía concederse al *fideiussor*, por lo que la base de la extensión de la *exceptio utilis* no será la concesión de la excepción a una persona diferente del *filius familias*, sino que deberá ser otro el factor que sirva de base a la extensión en vía útil.

Descartando la concesión de la *exceptio utilis* por razón de la persona del fiador y teniendo en cuenta la literalidad de la expresión: *utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam*, todo parece indicar que la base de la extensión será el fraude. Esta teoría aparece reforzada si nos planteamos la formulación de la *exceptio utilis*. La excepción edictal sobre la que se formularía la *exceptio utilis*

³⁰⁹ En el mismo fragmento se hace referencia a que se dará la excepción de intercesión del SC. Velejano al fiador, como veremos en el apartado correspondiente. Vid. *infra* p. 180ss.

será la *exceptio ex SC.to Macedoniano*. Este punto parece bastante claro puesto que, como se ha visto, la problemática que aparece en §7pr y §7.1 está relacionada con la prohibición del SC. Asimismo la *ratio* última de la concesión de la excepción es la de dar cumplimiento a la disposición senatorial, que por una cuestión técnica, no puede darse según los cauces normales, a través de una *exceptio ex SC.to Macedoniano* porque no se ha actuado contra el SC, sino en fraude al mismo, y por tanto la solución deberá ser distinta. Teniendo en cuenta estas consideraciones se puede sostener que la excepción que se concederá a Ticio tendrá su base en el *fraus SC.to*.

Habiendo concretado que la excepción que se concederá a Ticio será una excepción útil fundada en el *fraus*, faltaría determinar la excepción que se concede al *filius familias*. Como se ha apuntado anteriormente, Nicosia sostiene que al *filius familias* se le concederá una *exceptio ex SC.to Macedoniano* aunque esta solución no aparece reflejada en las fuentes. Comparando §7pr y §7.1 observamos las siguientes construcciones referidas a la excepción:

Ulp. 29 ed. D. 14.6.7pr	<i>dandam exceptionem tam filio familias quam reo</i>
Ulp. 29 ed. D. 14.6.7.1	<i>utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam</i>

En §7pr se hace referencia a que se dará una excepción tanto al *filius familias* como al “*reus*”. En §7.1 no se explicita a quién se concederá la excepción pero si se concreta la naturaleza de ésta, una excepción útil contra el fraude. Teniendo en cuenta ambos fragmentos, parece que la excepción que se concederá a ambos será la misma. Consideramos que resultaría improbable que la *exceptio ex SC.to Macedoniano* fuera la que se concediera al *filius familias* en los casos expuestos; si partimos de la distinción que los propios juristas romanos ponen de relieve en los fragmentos ya comentados entre actuar contra el SC. o en fraude a éste, parecería lógico que esta distinción también se trasladara al plano procesal. Asimismo, retomando el análisis anteriormente realizado sobre la *exceptio utilis ex SC.to Macedoniano* concedida a Ticio, que tendrá como factor de extensión el

fraude hecho al SC. y no el elemento subjetivo, podemos concluir que la excepción que se concederá al *filius familias* será también la excepción útil contra el fraude.

El pretor concede la *exceptio utilis* y no la *exceptio ex SC.to Macedoniano* porque tiene en cuenta unos indicios que parecen señalar la existencia de una relación jurídica subyacente que contraviene el SC., y la introduce en la fórmula a través de la *exceptio utilis*. En cambio, cuando se concede la *exceptio SC.to Macedoniano*, el pretor acuerda la excepción sobre la base de unos indicios que se desprenden de la relación jurídica expuesta por el actor y que indican la contravención del SC. Observamos por tanto, como el elemento que da lugar al diverso tratamiento en los supuestos planteados, es el *fraus* que se manifiesta a través de las dos relaciones jurídicas paralelas y que da lugar a la concesión de la *exceptio utilis*. Esta teoría aparece reforzada por la participación de un tercero en la relación jurídica con la connivencia del acreedor, cuya finalidad no es otra que la de garantizar el pago del préstamo al no poder servirse este tercero de la *exceptio ex SC.to Macedoniano*.

La excepción edictal que resulta de la formulación general: *si in ea re nihil contra legem senatusve consultum factum est*, sería: *si in ea re nihil contra senatus consultum Macedonianum factum est*. La excepción útil: *si in ea re nihil in fraudem senatus consultum Macedonianum factum est*. Observamos cómo el paralelismo es claro, un paralelismo que conjuga de una parte, una base común que es la *exceptio ex SC.to Macedoniano* y de otra su extensión a través del fraude.

Llegados a este punto, nos quedaría analizar el contenido probatorio de esta excepción útil. Para concretar este contenido debemos partir de los dos textos que harían referencia a la excepción útil: Ulp. 29 *ed.* D.14.6.7pr. y §7.1

En §7pr, como hemos apuntado al inicio, Ticio aparece como deudor principal y el *filius familias* como *fideiussor*. Quién debe probar en primer lugar es el acreedor.³¹⁰ Si el demandado es Ticio, el acreedor deberá probar que efectuó una *mutua pecunia datio* a Ticio y que a su vez Ticio se obligó a restituirla. Es decir, debe probar la existencia del contrato de mutuo. Por su parte, Ticio al que se le concede la *exceptio utilis adversus fraudem*, deberá probar que a él no le fue entregado el mutuo, sino que el acreedor lo entregó al *filius familias*, lo cual pondría de relieve el *fraus*. Si el demandado fuera el *filius familias* lo sería en calidad de *fideiussor* y por tanto el acreedor debería probar que Ticio garantizó el pago de la deuda y el *filius familias* por su parte deberá probar que en realidad él no actuó como *fideiussor* sino que recibió el préstamo de dinero, lo cual también explicitaría el *fraus*. En el caso de §7.1, en el que Ticio consta como codeudor junto con el *filius familias*, la prueba del acreedor sería la misma la existencia del contrato de mutuo; Ticio debería probar que el mutuo fue entregado realmente al *filius familias* explicitando de este modo el *fraus*; la prueba en el caso del *filius familias* sería la misma, que él recibió el mutuo: *cum ad filium familias esset perventura pecunia*. En ambos fragmentos, el elemento que da lugar a la concesión de la excepción útil es el fraude que se basa en que el *filius familias* recibe el dinero, y por tanto el objeto de prueba debe ser éste.

Recapitulando, podemos concluir respecto al fragmento objeto de análisis, Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7.1, que efectivamente contendría una *exceptio utilis ex SC.to Macedoniano* y que la base de la extensión sería el *fraus* explicitado por la existencia de dos relaciones jurídicas, una aparente, cuya finalidad no sería otra que la de ocultar la relación jurídica real, y otra subyacente que el pretor consideraría contraria a los fines del SC. En los textos analizados en los que también aparece la referencia al *fraus*: Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7pr; Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.3.3 y Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7.3, la solución debería ser la misma, puesto que el *fraus* aparece conformado del mismo modo. En §7pr. de forma indudable por el

³¹⁰ Ulp. 69 *ed.* D. 22.3.2: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*

paralelismo existente con el fragmento de referencia. En §3.3 se apunta que no contraviene el SC. el que contrata de otro modo, y en §7.3 especifica de forma más concreta respecto al que sustituye el dinero por otros bienes con la finalidad de defraudar el SC. Asimismo debemos destacar que los cuatro fragmentos apuntados anteriormente pertenecen al mismo jurista y a la misma obra: Ulpiano, *libro 29 ad edictum*, y Lenel los sitúa de forma muy próxima en la Palingenesia, fragmentos 875-876. Teniendo en cuenta por tanto la estructura interna de los fragmentos y su idéntica filiación, podemos concluir que la solución adoptada por el jurista debería ser la misma en los casos en los que el actor hubiera actuado en fraude al SC. y por tanto la *exceptio utilis ex SC.to Macedoniano* debería ser concedida por el pretor tanto al *filius familias* como al tercero, en aquellos casos en que detectara la existencia de un *fraus SC.to*.

*Exceptio utilis ex senatus consulto Velleiano*³¹¹

4.3.4. SC. *Velleianus*; 4.3.5. *Exceptio ex senatusconsulto Velleiano*; 4.3.6. Análisis de Afr. 4 *quaest.* D.16.1.17pr. y D. 16.1.19.5

4.3.4. SC. *Velleianus*:

Los textos objeto de análisis se encuentran bajo la rúbrica *ad senatus consulto Velleiano* (D.16.1).³¹² El texto del SC. Velleiano se ha conservado en Ulp. 29 *ed.* D.16.1.2pr. y §2.1:

pr. Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent.

1. Postea factum est senatus consultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cuius senatus consulti verba haec sunt: "Quod Marcus Silanus et Velleus Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita censuere: quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus

³¹¹ En algunas fuentes encontramos la denominación *Vellaeorum*. En la *editio maior* de Mommsen, en la nota a la rúbrica *Ad senatus consultum Velleianum*, aparece el siguiente comentario: "*Uellaeorum debuit esset ut u. 14 Uellaeus: se mature nomen corruptum est et Graeci quoque scribere solent Βελλιάθειον*". Observamos cómo el editor apunta que la denominación *Vellaeus*, sería una transformación posterior, y que los griegos escriben: Βελλιάθειον. MOMMSEN, T., (ed), *Digesta Iustiniani Augusti, recognovit adsumto in operis societatem Paulo Kruegero, vol. 1, Editio altera lucis ope expressa*, Berolini, 1962.

³¹² Sobre el SC. Velleiano: VOGT, H., *Studien zum Senatus Consultum Velleianum*, Röhrscheid, Bonn, 1952; recensión de Talamanca a esta obra en: AG 143 (1942), p.172ss.; MEDICUS, D., *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum*, Böhlau, Köln, 1957, recensión de Talamanca a esta obra en: Labeo 4 (1958), pp. 99ss.; DE LOS MOZOS, J.J., *Los actos de intercesión y el Senadoconsulto Velleiano*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994; DÍAZ BAUTISTA, A., *L'intercession des femmes dans la législation de Justinien*, RIDA 30 (1983), pp. 81ss.; CARRELLI, E., *L'intercessio della donna e la restitutio in integrum del creditore*, SDHI 3 (1937), pp. 305ss.; MÖNNICH, U., *Frauenschutz vor riskanten Geschäften: Interzessionsverbote nach dem Velleianischen Senatsbeschluß*, Böhlau, Köln, 1999; KUPISCH, B., *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, *op. cit.*

obstringi non sit aequum, arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur".

En §2pr. el jurista, a modo de antecedente, menciona la prohibición que *uxor* fuera fiadora del marido, y cita sendos edictos de la época de Augusto y posteriormente de Claudio. A continuación se introduce el siguiente párrafo apuntando que después se promulgó el SC.: *postea factum est Senatusconsultum* y concreta su objeto: *de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent*. Seguidamente se especifica en qué consisten estas obligaciones: *fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae*. Observamos cómo la prohibición se centra en la intercesión de la mujer. El texto del SC. no prevé la sanción concreta para el caso en que la mujer interceda en favor de otro, simplemente apunta que *his petitio neve in eas actio detur*, no se dará acción contra ella.

Como se ha apuntado anteriormente, Ulp. 29 *ed.* D. 16.1.2pr. señala dos edictos, uno de Augusto y otro de Claudio; por las alusiones a los emperadores y la referencia en la rúbrica de Juliano a un *responsum* de Casio Longino,³¹³ jurista que fue deportado a Cerdeña en el 65 d.C.,³¹⁴ se ha situado la emanación del SC. Veleyano aproximadamente en el 42 d.C, época como se ha apuntado en relación al SC. Macedoniano, en la que proliferó la aprobación de senadoconsultos especialmente en ámbito privatístico.

Sobre la finalidad del SC. Veleyano, en algunos fragmentos de la rúbrica *ad senatus consultum Velleianum*, aparece la referencia a un doble fundamento: la

³¹³ Iul. 4 *ad Urs.* D. 16.1.16.1: *Si ab ea muliere, quae contra senatus consultum intercessisset, fideiussorem accepissem, Gaius Cassius respondit ita demum fideiussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus fuisset.*

³¹⁴ KUNKEL, W., *Herkunft und soziale Stellung*, *op. cit.* pp. 130-131.

protección patrimonial de la mujer especialmente en lo relativo a la integridad de su dote y el intento de apartarla de los *virilia officii*.³¹⁵

La *ratio* del SC. Veleyano ha sido ampliamente discutida por la doctrina. Schulz considera que esta disposición senatorial marcará el principio de una reacción contra la emancipación de la mujer que culminará al final de la República.³¹⁶ En este mismo sentido se pronuncia Vogt.³¹⁷ Medicus sostiene una finalidad eminentemente protectora del SC. y destaca la consecuencia de que la actividad de la mujer se verá limitada al ámbito doméstico; “*Verfolgte allerdings das SC Vell. den Zweck, die Frau aus dem öffentlichen Leben zurückzudrängen und sie wieder auf Haus und Familie zu Beschränken, so konnte diese Auswirkung nur erwünscht sein. War dagegen der Schutzzweck bestimmend, so mußte man die Stellung des Gläubigers schon deshalb verbessern, weil sonst das SC Vell. für die Frauen zu einem Danaergeschenk geworden wäre: es hätte ihnen jede Kreditmöglichkeit genommen*”.³¹⁸ De los Mozos destaca la doble finalidad de SC Veleyano: la finalidad protectora de la mujer y la de exclusión de éstas de las actividades que eran propias de los hombres. Aún apuntando esta doble finalidad, el autor destaca la finalidad protectora como preponderante: “...en primer plano está la protección... El que esta protección vaya acompañada de cierta ideología sobre el papel de la mujer en la sociedad, y el que la misma protección signifique una disminución de su capacidad negocial y social, en nada afectan a que el SC. se incardine en el Derecho privado romano del siglo I como

³¹⁵ Paul. 30 ed. D. 16.1.1.1 y §1.2: 1. *Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis et pleraque ipso iure non valent, ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris. 2. Aequum autem visum est ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur: magis enim ille quam creditor mulierem decepit.*; Ulp. 29 ed. D. 16.1.2.1 y §2.2: 1. ..., *cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur...* 2. *Verba itaque senatus consulti excutiamus prius providentia amplissimi ordinis laudata, quia opem tulit mulieribus propter sexus inbecillitatem multis huiuscemodi casibus suppositis atque obiectis*

³¹⁶ SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, op. cit. pp. 570-571.

³¹⁷ VOGT, H., op. cit., pp. 6-9.

³¹⁸ MEDICUS, D., op. cit., p. 33.

una norma cuyo fin directo fue exclusivamente protector de los intereses patrimoniales de la mujer”. Kaser también apunta este doble fundamento: “solche Geschäfte seien Männersache, auch will man die Frauen vor Nachteilen bewahren.”³¹⁹

Centrándonos en el contenido del SC., observamos cómo el texto es impreciso en la descripción del supuesto: *quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae*. El texto hace referencia a fianzas y a las daciones en mutuo realizadas por las mujeres y a continuación precisa que se trata de aquellas en las que las mujeres hubieran intercedido. Schulz apunta que el texto estaría alterado, y que los compiladores habrían suprimido *sponsio* y *fideipromissio* y habrían sustituido *placeret* por *oportet*.³²⁰

Sobre el concepto de *intercessio*, compartimos con Schulz que se trata de un concepto etéreo que la jurisprudencia clásica habría desarrollado.³²¹ Analizando la rúbrica del SC. Veleyano,³²² advertimos cómo los juristas bajo la denominación de *intercessio* aglutinan una serie de relaciones jurídicas diversas en las que interviene la mujer en favor de un tercero. D’Ors apunta que los actos de *intercessio* estarían constituidos por distintos tipos de garantía personal; de garantía real cuando eran hechas por la deuda de otra persona y por cualquier tipo de sustitución de un deudor por otro. Este autor incluye en las modalidades

³¹⁹ KASER, *RPR* 1, §156

³²⁰ En la Palingenesia, observamos cómo aparece una nota en el *libro 29 ad edictum* de Ulpiano, párrafo 880 bajo el título: *Ad senatus consultus Velleianum* en la que se hace referencia a esta posible supresión: *Verosimile est verba senatus consulti non ad solas fideiussiones, sed etiam ad sponsiones et fideipromissiones pertinuisse*. Haloandro apunta la sustitución de *placeret* por *oportet*: *Instituionum libb. IV. per Gregor. Haloandrum*. Norembergae 1529.

³²¹ SCHULZ, F., *Classical Roman Law, op. cit.* p. 570.

³²² La referencia a la *intercessio* no sólo aparece en la rúbrica del SC. Veleyano (D.16.1), sino también de forma dispersa en el Digesto: Paul. 3 *Plaut.* D. 44.1.7.1, bajo la rúbrica *De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis*; Paul. 69 *ed.* D. 46.2.19, bajo la rúbrica *De novationibus et delegationibus*; Gai. *de form hyp.* D. 20.3.2, bajo la rúbrica: *Quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt*; Paul. 13 *ed.* D. 4.8.32.2, bajo la rúbrica: *De receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*, Marcian. 3 *reg.* D. 12.6.40pr., bajo la rúbrica: *De conditione indebiti*.

de sustitución de un deudor por otro la novación expromisoria, el mandato irrevocable, la aceptación de un mutuo destinado a otra persona y la promesa solidaria que obliga también en la parte de la obligación del copromitente.³²³

No hay *intercessio* cuando la mujer interviene en nombre propio,³²⁴ o cuando la mujer acepta una obligación ajena a cambio de extinguir una propia.³²⁵ Tampoco habrá intercesión cuando la mujer realiza una donación:

Ulp. 29 ed. D. 16.1.4.1: *Proinde si, dum vult Titio donatum, accepit a me mutuam pecuniam et eam Titio donavit, cessabit senatus consultum. Sed et si tibi donatura creditori tuo nummos numeraverit, non intercedit: senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti: hoc ideo, quia facilius se mulier obligat quam alicui donat.*

En este texto observamos cómo Ulpiano expone dos supuestos de donación: un primer supuesto que consiste en que la mujer recibe dinero en mutuo para dárselo a Ticio: *accepit mutuam pecuniam / Titium donatum*; y un segundo supuesto en el que la mujer entrega una cantidad de dinero al acreedor de un tercero con la voluntad de donarlo a este tercero: *donatura creditori tuo numeraverit*. En ambos casos: *cessat Senatusconsultum / <mulier> non intercedit*; el Senadoconsulto no se aplica porque en estos casos la mujer no intercede. La explicación la expone a continuación: el Senado quiso socorrer a la mujer que se obliga, no a la que dona: *senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donante*, y precisa uno de los fundamentos esenciales del SC.

³²³ D'ORS, DPR §450. Sobre las diversas modalidades de *intercessio* vid. DE LOS MOZOS TOUYA, J.J., *Los actos de intercesión y el Senadoconsulto Veleyano*, op. cit. pp. 463ss.

³²⁴ Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19pr.: *Tutor pupilli decesserat herede instituto titio: cum de adeunda hereditate dubitaret, quoniam male gesta tutela existimaretur, persuadente matre pupilli, ut suo periculo adiret, adiit stipulatusque de ea est indemnem se eo nomine praestari. Si ex ea causa Titius pupillo aliquid praestitisset isque matrem conveniret, negavit exceptioni senatus consulti locum esse, quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intellegi possit.*

³²⁵ Paul. *de interc. fem.* D. 16.1.24pr.: *Debitrix mulier a creditore delegata pro eo cui delegata est promisit: non utetur exceptione.* En este caso la mujer aceptaría una obligación ajena pero extinguiría una obligación propia.

Veleyano: *quia facilius se mulier obligat quam alicui donat* la mujer más fácilmente se obliga que no hace donación a otro.

De los textos expuestos que hacen referencia a la *intercessio* podemos concluir que se trata concepto que agrupa diversas relaciones jurídicas en las que la mujer se obliga a favor de un tercero. La obligación asumida por la mujer puede constituirse de diversas formas como hemos apuntado anteriormente: puede tratarse de los diversos tipos de garantía personal o real, la sustitución de un deudor por otro, la promesa solidaria de una deuda... El elemento determinante es que la mujer asuma una obligación ajena, puesto que se excluye el caso en que la mujer intervenga en nombre propio, como en el supuesto en el que la mujer acepta una obligación ajena para extinguir una de propia, o en caso de donación.

4.3.5. *Exceptio ex senatus consulto Velleiano*

Si existe intercesión, y la mujer es demandada, el pretor le concederá una *exceptio ex SC.to Velleiano*. El fundamento de la *exceptio* es el SC. que en su texto establece que *ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur*, que no se dé reclamación ni acción contra las mujeres.³²⁶ Observamos cómo se repite el binomino *actio-petitio* que también aparecía en el texto del SC. Macedoniano y de mismo modo la disposición senatorial no hace referencia a la *exceptio*, simplemente apunta que no se dará acción ni petición. Sobre estas cuestiones, nos remitimos a lo apuntado en el apartado relativo al SC. Macedoniano.³²⁷

Hartkamp apunta que los recursos procesales derivados de la prohibición de *intercessio* de la mujer, serían unos mecanismos de protección creados por los juristas romanos que guardarían una profunda relación con la técnica de la *i.i.r.*³²⁸

³²⁶ Ulp. 29 *ed. D.* 16.1.2.1.

³²⁷ Vid. *supra* pp. 108ss.

³²⁸ HARTKAMP, A., *Die Drittwirkung der in integrum restitutio*, en *Daube noster: essays in legal history for David Daube*, coor. A. Watson, Scottish Academic Pr., Edinburgh, 1974, p. 154.

En el mismo sentido se afirma Carrelli: "*Tale origini io credo possano essere facilmente identificate in una restitutio in integrum concessa causa cognita dal Pretore sulla richiesta del creditore*".³²⁹ Estas apreciaciones nos parecen acertadas por varios motivos. La *i.i.r.* puede consistir en la concesión por parte del pretor de una acción o de una excepción.³³⁰ A la prohibición de intercesión que establece el SC. Veleiano se da cumplimiento mediante la concesión del pretor de la *exceptio ex SC.to Velleiano* y de acciones ficticias en las que se fingirá que no hubo tal intercesión.³³¹ La excepción se concede a la mujer que es demandada por el acreedor en virtud de un acto de intercesión. Las acciones ficticias son concedidas al acreedor para que pueda ejercitar acciones ya extinguidas por la mujer contra su deudor por novación³³² o para que pueda reclamar del deudor intercedido que no haya llegado a quedar obligado.³³³ Sobre esta cuestión, Carrelli, partiendo de Gai. 3.176³³⁴ y las rúbricas *ad senatus consultum Velleianum* del Digesto y del *Codex Iustinianus* (D. 16.1 y C. 4.29),

³²⁹ CARRELLI, E., *L' intercessio della donna*, op. cit. pp. 309-310.

³³⁰ D'ORS, DPR §83 nt.7

³³¹ D'ORS, A., *Acerca de las acciones "ex SC. Velleiano"*. Una revisión crítica, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez*, Ed. Seminario de Derecho Romano, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1978, p. 337.

³³² En este caso el pretor concedería la *actio restitutoria*: Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.12: *Si mulieri heres extiterit creditor, videndum, an restitutoria uti non possit. Et ait Iulianus libro duodecimo restitutoria eum nihilo minus usurum, non immerito, cum non obligatae cum effectu successerit: denique in Falcidia hoc aes alienum non imputabitur*. Gai. 9 ed. prov. D. 16.1.13.: *Si sub condicione vel in diem mulier pro alio intercesserit, etiam pendente condicione volenti creditori cum priore debitore experiri actio danda est restitutoria: quo enim bonum est exspectare condicionem vel diem, cum in ea causa sit prior iste debitor, ut omnimodo ipse debeat suscipere actionem?* Rudorff plantea la formulación de la *actio restitutoria ex SC.to Velleiano* del siguiente modo: *Iudex esto. Si Seia pro Numerio Negidio apud Aulum Agerium non intercessisset, tum si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium tot milia condemnato si non paret absolvito*.

³³³ En este caso el pretor concedería la *actio institoria*: Ulp. 28 ed. D. 14.3.7.1: *Parvi autem refert, quis sit institor, masculus an femina, liber an servus proprius vel alienus. Item quisquis praeposuit: nam et si mulier praeposuit, competet institoria exemplo exercitoriae actionis et si mulier sit praeposita, tenebitur etiam ipsa. Sed et si filia familias sit vel ancilla praeposita, competit institoria actio*.

³³⁴ *Praeterea novatione tollitur obligatio; veluti si quod tu mihi debeas a Titio dari stipulatus sim. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, ideo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollitur: veluti si quod mihi debeas, a Titio post mortem Rius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero. Quo casu rem amitto: nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est*.

añade que en el caso que la intervención del pretor no hiciera resurgir la acción, por haberse extinguido civilmente, éste podía conceder una nueva acción pretoria, precisamente una acción útil con fórmula ficticia, que se concedía a los *restituti in integrum*, acción cuya formulación sería la misma que la de la acción civil extinguida, con la salvedad de que se insertaba una *fictio* en la que las partes acordaban prescindir de la intercesión realizada por la mujer.³³⁵ Desde un punto de vista terminológico, observamos cómo en la rúbrica del SC. Veleyano (D. 16.1), en varios textos aparecen las expresiones *restitutoria actio*, *restitutio actionis* y *restituere actionem*.³³⁶ Carrelli sostiene que el origen de esta acción es una *i.i.r.* que puede ser deducida de una forma más decisiva por la casuística que hallamos en los textos, en los que su concesión supondría un reactivación de la acción civil, naturalmente sobre la base del derecho pretorio, con todas las consecuencias derivadas de haber extrapolado la relación del derecho civil al derecho honorario.³³⁷

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, observamos la semejanza del mecanismo a través del cual el pretor protegía al acreedor de la relación jurídica en la que la mujer había intercedido, con el mecanismo de la *i.i.r.*; algunos autores incluso afirman que podría tratarse de una *i.i.r.* a través de la cual se concedería una acción útil en cuya fórmula se incluiría una ficción.³³⁸

Sobre la formulación de la *exceptio* también nos remitimos a las consideraciones realizadas sobre la *exceptio ex SC.to Macedoniano*;³³⁹ para realizar dicha formulación también debe tomarse la cláusula general contenida en

³³⁵ CARRELLI, E., *L'intercessione della donna*, *op. cit.* p. 310.

³³⁶ Paul. *de interc. fem.* D. 16.1.24.3; Ulp. 29 *ed.* D. 16.1.8.11; Paul. 6 *reg.* D. 16.1.9; Iul. 12 *dig.* D. 16.1.14; Afr. 8 *dig.* D. 16.1.20.

³³⁷ CARRELLI, E., *L'intercessione della donna*, *op. cit.* p. 311

³³⁸ D'ORS, A., *Acerca de las acciones "ex SC. Velleiano"*, *op. cit.* p. 337. Rudorff plantea la formulación de la *actio restitutoria ex SC.to Velleiano* del siguiente modo: *Iudex esto. Si Seia pro Numerio Negidio apud Aulum Agerium non intercessisset, tum si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium tot milia condemnato si non paret absolvito.* RUDORFF, *Edictum* p. 118.

³³⁹ Vid. *supra* pp. 111ss.

el edicto: *si in ea re nihil contra legem senatusve consultum factum est* y adaptarla al SC. Veleiano: *si in ea re nihil contra senatusconsultum Velleianum factum est*.³⁴⁰

Respecto a las características de la *exceptio ex SC.to Velleiano*, serán las mismas que las del SC. Macedoniano, destacamos que se trata de una excepción edictal, perentoria, cuya inclusión en la fórmula probablemente debía ser solicitada por la mujer demandada. Nos remitimos a lo expuesto en el apartado relativo al SC. Macedoniano y únicamente nos detendremos en algunas cuestiones controvertidas o cuyo funcionamiento es distinto al de la *exceptio ex SC.to Macedoniano*.

En primer lugar hacemos de nuevo referencia al fragmento: Marcian. 3 reg. D. 12.6.40pr., que plantea alguna divergencia respecto a la *exceptio ex SC.to Macedoniano*. Como apuntábamos en el análisis de la *exceptio ex SC.to Macedoniano*, el texto plantea la regla general: *qui exceptionem perpetuam habet, solum per errorem repetere potest*, el que tiene una excepción perentoria, sólo puede repetir lo pagado por error. Y a continuación distingue entre el supuesto en que la excepción perentoria se da en consideración del demandado: *si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur*; de aquellas que se dan en *in odium creditoris: ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur*. En este último caso pone como ejemplo la *exceptio ex SC.to Macedoniano*, y en el caso de las excepciones concedidas en consideración al demandado la *exceptio ex SC.to Velleiano: ut accidit in senatus consulto de intercessionibus*. Observamos cómo éste es el único punto en que diverge el régimen jurídico de ambas excepciones y precisamente esta divergencia se basa en el distinto fundamento de los SC.s, siendo en el caso del SC. Veleiano el fundamento principal el de protección de la mujer, y en del SC. Macedoniano, la

³⁴⁰ Sobre la excepción general contenida en el edicto nos remitimos a lo expuesto en el caso del SC. Macedoniano, vid. *supra* pp. 111ss.

sanción al prestamista. Mediante la *condictio indebiti*, la mujer podrá reclamar lo pagado por error, mientras que el *filius familias* que hubiese pagado no podrá interponer esta acción.

Otra cuestión también abordada anteriormente y que merece cierta atención es la cuestión de la inserción de oficio de la excepción por parte del pretor. Volvemos sobre esta cuestión porque varios autores tratando sobre el SC. Veleiano, han considerado que la excepción era introducida de oficio por el pretor. En este sentido se ha manifestado Medicus: “Als Grundsatz wird man wohl annehmen müssen, daß der Prätor die *exceptio* auch gegen den Willen der Frau einfügte”.³⁴¹ Talamanca, sostiene también esta teoría: “si deve ammettere che l’applicazione del SC. era sottratta alla disponibilità delle parti, in quanto il pretore ove constasse in iure della violazione della norma, doveva proceder d’ufficio con la *denegatio actionis*, non si comprende perchè avrebbe tollerato che la donna, rinunciando all’applicazione del SC., portasse ad effetto l’*intercessio*, che, per qualsiasi scopo, era stata sanzionata d’invalidità dal SC. stesso”³⁴² Igualmente Wenger: “hier muss sogar der Prätor gegebenenfalls diese *exceptio* in die Formel einfügen”³⁴³

Como anteriormente apuntábamos, en Ulp. 29 *ed. D.* 14.6.11, también se hace referencia a que se podrá insertar la *exceptio ex SC.to Velleiano* en la fórmula de la *actio iudicati* en caso que la mujer hubiera sido condenada por no haberla incluido en la fórmula del previo *iudicium*. Precisamente Ulpiano cita a Juliano diciendo que éste así lo había escrito respecto al *filius familias* a semejanza de la mujer que sale fiadora: *et ita Iulianus scribit in ipso filio familias exemplo mulieris intercedentis*. Observamos cómo los juristas prevén la posibilidad de que se pueda omitir la inclusión de la excepción en la fórmula, lo cual parece

³⁴¹ MEDICUS, D., *op. cit.*, p. 48

³⁴² TALAMANCA, M., rec. a Medicus, *op. cit.* p.107.

³⁴³ WENGER, L., *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, Hochschulbuchhandlung Max Hueber, München, 1925, p. 145

indicar que la excepción se incluiría a instancias de la mujer y no de oficio por el pretor. Asimismo debemos hacer referencia a un fragmento de Pomponio:

Pomp. *de sen. cons.* D. 16.1.32.4: *Si mulier pro eo, pro quo intercesserit, iudicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur: quoniam senatus consulti exceptionem opponere potest, cavere debet exceptione se non usuram et sic ad iudicem ire.*³⁴⁴

Sobre el texto recaen sospechas de interpolación,³⁴⁵ Talamanca apunta que “*Il passo appare però totalmente falsato...*”. Este autor interpreta que la mujer quería asumir la *defensio* en la acción ejercitada contra ella, para evitar la concesión de la *actio restitutoria* contra el beneficiario de la *intercessio*.³⁴⁶ Medicus relaciona este texto con Ulp. 29 *ed.* D. 16.1.11 y apunta que la *cautio* sería necesaria por la posibilidad de incluir la *exceptio ex SC.to Velleiano* en la fórmula de la *actio iudicati*.³⁴⁷ Talamanca acepta esta teoría de Medicus, pero sostiene que: “*essa non ci sembra sostenibile per l’età classica*” y añade que “*tale cautio sarebbe stata infatti prestata in iure: ma non si vede come il Pretore, il quale non ammetteva una valida rinuncia all’exceptio, mediante l’omissione dell’inserzione nel iudicium, tanto de concedere in ogni caso l’exceptio stessa contro l’actio iudicati, avrebbe ritenuto valida, iure honorario, una siffatta stipulazione.*”³⁴⁸ En la rúbrica *ad senatus consultum Velleianum*, no encontramos ningún texto que mencione que la mujer no pueda renunciar a la excepción.³⁴⁹ Si bien es cierto que el pretor debe dar cumplimiento a la disposición senatorial, puede hacerlo denegando la acción, no exclusivamente insertando la excepción

³⁴⁴ En el texto de los Basílicos, observamos cómo el sentido del texto no varía: Bas. Hb. 26.7.63: *Si mulier, quae intercessit, velit conveniri, et non dari restitutoriam actionem in debitorem, ante litem con testatam cavere debet, Senatusconsulto se non usuram.*

³⁴⁵ LEVY E., RABEL, E., *Index Interpolationum quae in Iustiniani digestis inesse dicuntur, Tomus I*, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1929, p.262 [cavere – fin]

³⁴⁶ TALAMANCA, M., rec. a Medicus, *op. cit.* p.107

³⁴⁷ MEDICUS, D., *op. cit.*, pp. 48ss.

³⁴⁸ TALAMANCA, M., rec. a Medicus, *op. cit.* p.107

³⁴⁹ Recordamos en este punto que en el análisis de D. 4.4.41 el *adulescens* podía renunciar a la i.i.r. concedida por el pretor, vid. *supra* pp. 89ss.

en la fórmula. Asimismo, si nos planteamos el supuesto desde el punto de vista extraprocesal, no habría impedimento para que la mujer pagara al acreedor liberando igualmente al antiguo deudor: *ut non in veterem debitorem actio detur*.

Analizando la cuestión desde la perspectiva de la finalidad del SC., si partimos, como afirman Vogt, Medicus y de los Mozos de una finalidad eminentemente protectora del SC. Velleiano, opinión que aparecería refrendado por algunos textos en los que se hace referencia explícita a que no se auxiliará a la mujer que hubiera actuado maliciosamente: *Sed ita demum eis subvenit, si non callide sint versatae*,³⁵⁰ podemos sostener que no tendría sentido que la mujer no pudiera renunciar a esa protección si era consciente de las consecuencias de la intercesión. Con todo, también podría darse la posibilidad atendiendo a la finalidad protectora del SC., que el pretor sugiriera a la mujer la concesión de la *exceptio ex SC.to Velleiano* en la fórmula y que fuera la mujer quien tomara de decisión de pedir su inclusión en la fórmula.

Juntamente con la problemática de la inserción de la *exceptio* en la fórmula, se plantea la cuestión de su contenido y de la carga de la prueba, cuestiones ambas intrínsecamente ligadas. El acreedor en primer lugar deberá probar la obligación asumida por la mujer a favor de un tercero, puesto que el objeto de la pretensión será dicha obligación. La introducción de la *exceptio* en la fórmula, supone que el *iudex* deberá analizar si dicha obligación constituye una *intercessio*. Entendemos que la finalidad de la *exceptio* es esta, ya que no tendría sentido que el pretor concediera la *exceptio* si la *intercessio* fuera clara, en cuyo caso parecería lógico que directamente denegara la acción. Precisamente si se introduce la *exceptio* es porque existen dudas sobre si la relación jurídica expuesta por el actor constituye una *intercessio*, más si tenemos en cuenta la diversa casuística comentada con anterioridad que puede constituir una relación jurídica asumida por la mujer a favor de un tercero y calificable como intercesión. Respecto a la carga de la

³⁵⁰ Ulp. 29 *ed. D.* 16.1.2.3

prueba en este caso la cuestión resulta complicada teniendo en cuenta el contenido de la misma. En cualquier caso consideramos que la mujer podría proponer pruebas tendentes a demostrar la existencia de la *intercessio*, por ejemplo, teniendo en cuenta Afr. 8 *quaest.* D. 16.1.20, podría darse el caso que el acreedor intentara probar que la mujer asumió una obligación ajena para extinguir una propia, con la finalidad de neutralizar la *exceptio*, en este caso, parecería lógico que la mujer pudiera probar que no extinguió ninguna obligación propia.

Resulta complicado afirmar de forma concluyente que la *exceptio ex SC.to Velleiano* no fuera incluida de oficio por el pretor puesto que las fuentes no lo indican de un modo claro. Con todo, y teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, existen argumentos para sostener la inserción de la *exceptio* a instancia de la mujer, especialmente si tenemos en cuenta el momento procesal en el que ésta se produce, durante la *causae cognitio* pretoria, al final de la cual, el pretor de acuerdo con las partes redactará la fórmula, y por tanto, este será el momento en el que la cuestión de la *intercessio* surgirá en el debate, pudiendo el pretor sugerir a la mujer la inclusión de la *exceptio* en la fórmula.

4.3.6. Análisis de Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.17pr. y Afr. D. 16.1.19.5

En este apartado analizaremos dos textos en los que aparece la expresión “*exceptio utilis*”: Afr. 4 *quaest.* D.16.1.17pr.³⁵¹ y Afr. D. 16.1.19.5. Ambos textos se sitúan bajo la rúbrica *Ad senatus consultum Velleianum* (D.16.1), y pertenecen al *libro 4 quaestionum* del jurista Sexto Cecilio Africano.³⁵²

³⁵¹ Nicosia considera que el jurista no emplearía la expresión “*exceptionem utilem*” en sentido técnico sino en sentido predicativo. ID., *op. cit.*, p. 73.

³⁵² El nombre completo del jurista aparece citado en Ulp. 34 *ed.* D. 25.3.3.4: *Et quid sit, si an uxor fuerit disceptetur? Et Iulianus Sexto Caecilio Africano respondit locum esse praeiudicio.* Schulz hace referencia a una inscripción del 145 d.C. hallada en *Andretium (Dalmatia)* en la que se menciona a *M. Caecilius Africanus, praefectus cohortis VIII Voluntariorum*. El autor apunta que a pesar de la discrepancia en el *praenomen*, prefecto y jurista serían la misma persona,

Lenel sitúa ambos textos en el mismo fragmento en la Palingenesia, fragmento 24, bajo el mismo título: *ad senatusconsultum Vellaeorum*. Sobre el género de la literatura jurídica en la que estos fragmentos se encuadran: *libri quaestionum*, apuntaremos que se trataba de libros escritos por juristas de la edad de los Severos, que contenían la discusión de cuestiones jurídicas particulares, pero no de casos reales, aunque la base de estas *quaestiones* eran a menudo casos extraídos de la realidad. Estos casos habían sido debatidos por los juristas precedentes, y durante décadas habrían pasado de jurista a jurista, habiéndose diluido toda concreción del caso, aunque el núcleo problemático de la cuestión jurídica conservaba plena actualidad.³⁵³ Respecto a las *Quaestiones* de Africano, Rodríguez Ennes apunta que “recogen fehacientemente la labor casuística de Africano, ya que las posibles alteraciones en la transmisión son mínimas y las interpolaciones compilatorias son las habituales *propter utilitatem*”.³⁵⁴ Honoré sitúa el nacimiento del jurista *Sextus Caecilius Africanus* entre el 115 y el 123 d.C. y la redacción de las *Quaestiones* a partir del 155 d.C., este autor, considera que muere antes del 175 d.C.³⁵⁵ Discípulo de Juliano y perteneciente a la escuela Sabiniana,³⁵⁶ Aulo Gelio se refiere a Africano en términos elogiosos: *Sextus Caecilius in disciplina iuris atque in legibus populi Romani noscendis interpretandisque scientia, usu auctoritateque inlustri fuit*.³⁵⁷ Es conocido como un jurista oscuro, Terrasson recuerda el proverbio con el que era conocido en las

señalando que podría tener dos *praenomina* como Juliano o Licinio Rufino; añade el autor que los *praefecti cohortium* tenían funciones judiciales en la época de Adriano. SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, Clarendon Press, Oxford, 1946, pp.105-106.

³⁵³ PUGLIESE, G., *Gaio e la formazione del giurista*, en *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, p. 11; MASIELLO, T., *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Cacucci Editore, Bari, 2000, p. 76.

³⁵⁴ RODRÍGUEZ ENNES, L., *Algunas precisiones en punto a la vida y obra de Sexto Cecilio Africano*, en *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge. Vol. II*, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, pp. 908-909. Schulz con anterioridad había manifestado una opinión divergente: “... the whole work may be spurious; it may be some sort of post-classical hotchpotch composed from Africanus’ *Epistulae* and Julian’s *Digesta*”. SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, op. cit. p. 230.

³⁵⁵ HONORÉ, A.M., *Julian’s circle*, TR 32 (1964), pp. 17-18

³⁵⁶ KUNKEL, W., *Herkunft und soziale...*, p. 172

³⁵⁷ Gell. 20.1.1. En base a este fragmento, los autores sitúan la muerte de Africano antes del 175 d.C. ya que Aulo Gelio hace referencia al jurista en pasado: *fuit*.

Escuelas de Europa aún en el S. XVIII: "*Lex Africani est, ergo difficilis*" y elogia el comentario de Cuyacio sobre las obras de Africano, por hacerlas inteligibles.³⁵⁸

En primer lugar analizaremos Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.17pr.:

*Vir uxori donationis causa rem viliori pretio addixerat et in id pretium creditori suo delegaverat. Respondit venditionem nullius momenti esse et, si creditor pecuniam a muliere peteret, exceptionem utilem fore, quamvis creditor existimaverit mulierem debtricem mariti fuisse: nec id contrarium videri debere ei, quod placeat, si quando in hoc mulier mutuata est, ut marito crederet, non obstaturam exceptionem, si creditor ignoraverit in quam causam mulier mutaretur, quoniam quidem plurimum intersit, utrum cum muliere quis ab initio contrahat an alienam obligationem in eam transferat: tunc enim diligentioorem esse debere.*³⁵⁹

La primera parte del fragmento:³⁶⁰ *Vir uxori donationis causa rem viliori pretio addixerat et in id pretium creditori suo delegaverat*, plantea el supuesto de un marido que vende a su mujer una cosa a un ínfimo precio, *donationis causa* y delega a la mujer el pago de ese precio a un acreedor suyo. Seguidamente

³⁵⁸ TERRASSON, M. A., *Historie de la jurisprudence romaine*, París, 1824, p. 270.

³⁵⁹ Varios autores han puesto de relieve la existencia de interpolaciones en el texto: Kunkel apunta que la expresión: *tunc enim diligentioorem esse debere* no sería de Africano, ID., *Diligentia*, SZ 45 (1925), p. 295. En el mismo sentido Vogt: ID. *op. cit.*, p.63, nt.13; Haeblerlin sostiene que el texto estaría interpolado: [*quoniam quidem – fin*] y añade que teniendo en cuenta la antinomia que se produce con Paul. 69 *ed.* D. 46.2.19, podría también sostenerse que estaría interpolado de: [*quamvis creditor–fin*], HAEBERLIN, H.U., *Die Kausalbeziehungen bei der delegatio*, SZ 74 (1957), p. 136. Accursio en la Glosa pone de relieve que en la última expresión: [*tunc enim– fin*] faltaría el objeto, según el glosador: *slicet creditorum*, Glosa a *Vir uxori ad* D. 16.1.17pr. Destacamos que sobre la parte del texto que a nuestro estudio interesa los autores no han planteado sospechas de interpolación: [*Vir uxori - utilem fore*]

³⁶⁰ Glosa a *Vir uxori ad* D. 16.1.17pr: *Casvs. Maritus vendidit uxori praedium pro parvo pretio, et eam delegavit suo creditori in eo pretio: dicitur quod venditio nulla fuit: unde creditori petendi obstabit exceptio.*

aparece el verbo *respondit*, que introducirá la opinión de Juliano:³⁶¹ *venditionem nullius momenti esse et, si creditor pecuniam a muliere peteret, exceptionem utilem fore*. La respuesta del jurista es que la venta sería nula y si el acreedor reclamara el dinero a la mujer, ésta podría oponer una excepción útil.

Respecto a la venta realizada entre *vir* y *uxor*, Africano ya hace referencia a que se efectúa a un ínfimo precio y al carácter de donación de esta compraventa. Juliano dirá que la venta es nula: *venditionem nullius momenti esse*.³⁶² La problemática se plantea respecto a la delegación que lleva aparejada la venta: *et in id pretium creditori suo delegaverat*.

Talamanca define la *delegatio* como una relación triangular en la que un sujeto (delegante), encarga a otro sujeto (delegado), realizar (*delegatio dandi*) o prometer mediante estipulación (*delegatio promittendi*) una prestación frente a un tercer sujeto (delegatario).³⁶³ En la base de esta relación trilateral están otras dos relaciones: aquella entre delegante y delegado (relación de cobertura), sobre la que se funda la facultad del delegante de reclamar al delegado la prestación o la promesa. Y la relación entre el delegante y el delegatario (relación de valuta) que justifica la atribución de la prestación o de la promesa al delegatario. La *delegatio* supone siempre un *iussum*, sea de pagar a un tercero (*iussum solvendi*), sea de prometer a un tercero (*iussum promittendi*).³⁶⁴

³⁶¹ Cuyacio pone de relieve la constante referencia de Juliano en los *libri quaestionum* a la opinión de Juliano manifestada con los verbos: *ait, existimavit, negavit, putavit, inquit, respondit, placet, notat*. CUIACIUS, J., *Ad Africanum Tractatus IX*, Coloniae Agrippinae, 1595, *ad Africanus tract. I*.

³⁶² Sobre la prohibición de donaciones entre cónyuges: Ulp. 32 *Sab. D. 24.1.3pr.*: *Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est: nam ita ait: "Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret"*.

³⁶³ TALAMANCA, *Istituzioni* p. 650.

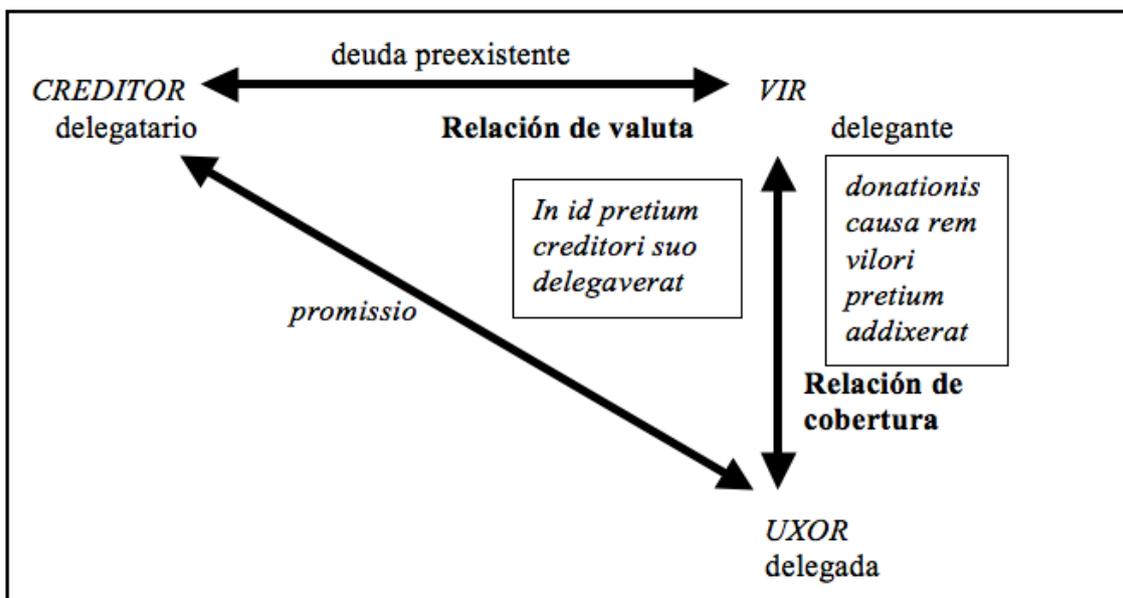
³⁶⁴ D'ORS, *DPR* §439

Alonso Rodríguez define la delegación de un modo similar: “acto jurídico ejecutado entre delegado y delegatario por disposición de un delegante cuya intención es realizar a favor del delegatario una atribución patrimonial equivalente a la que el delegado pretende realizar en su favor”³⁶⁵ El autor en esta definición focaliza su atención en la atribución patrimonial y la define como “cualquier *datio*, sea cual sea la causa en que se fundamente, y a cualquiera de los demás supuestos que la jurisprudencia (notablemente, respecto de la *condictio*) equipara tendencialmente a las daciones: es decir, aquéllos en los que un sujeto proporciona a otro no ya la propiedad sobre una cosa (*datio* en sentido estricto), sino un derecho real limitado, un derecho de crédito o la liberación de una deuda.”³⁶⁶ Es por ello que el autor en su definición, no se refiere a las relaciones jurídicas existentes entre los sujetos que intervienen en la delegación, sino que hace referencia a una doble atribución patrimonial designándolas como: atribución patrimonial de valuta (entre delegante y delegatario) y atribución patrimonial de cobertura (entre delegante y delegado).

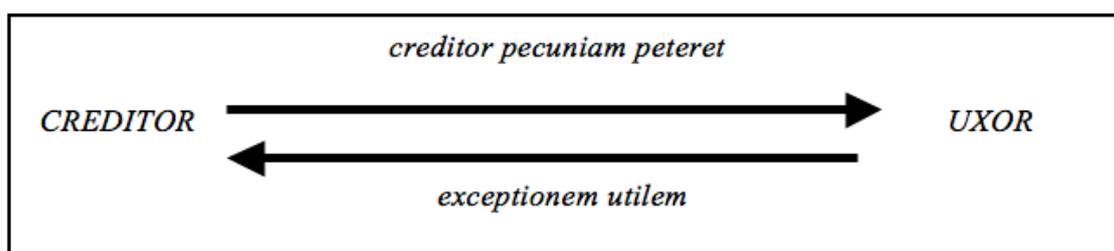
En nuestro supuesto, *vir* sería el delegante, *uxor* la delegada, y el acreedor del marido el delegatario. La relación de cobertura, entre *vir* (delegante) y *uxor* (delegada) sería la ejecución de una deuda *ex emptio*, y la relación de valuta entre el acreedor (delegatario) y *vir* (delegante), representaría una *solutio* respecto a una deuda preexistente entre ambos.

³⁶⁵ ALONSO RODRÍGUEZ J.L., *op. cit.* pp.81-82.

³⁶⁶ ALONSO RODRÍGUEZ, J.L., *op. cit.*, p. 18.



Del texto podemos extraer que se trataría de una *delegatio promittendi*, puesto que el acreedor del marido reclama la deuda directamente a la mujer, por lo que se puede concluir que la relación de cobertura y la de valuta integran una *causa solvendi* que ha de extinguir ambas relaciones preexistentes,³⁶⁷ la del delegante (*vir*) con la delegada (*uxor*), y la del delegante (*vir*) con el delegatario (acreedor). Debemos tener en cuenta que la relación de cobertura es nula puesto que se trata de una donación entre cónyuges como el mismo texto explicita, pero la *promissio* de *uxor* ha extinguido la relación de valuta entre el delegatario (acreedor) y el delegante (*vir*). Es por ello que *creditor pecuniam a muliere peteret*:



³⁶⁷ Respecto a la extinción de las obligaciones: Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.3: *...solvit enim et qui reum delegat. Iul. 90 dig. D. 46.1.18: Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur, quanta ei debetur: et ideo si fideiussor debitorem suum delegaverit, quamvis eum, qui solvendo non erat, confestim mandati agere potest.*

La siguiente cuestión que debe ser analizada es si *uxor* ha intercedido. Para esclarecer esta cuestión, analizaremos otros fragmentos en los que aparece una problemática similar:

Paul. 69 *ed. D.* 46.2.19: *Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Idemque est et in ceteris similibus exceptionibus, immo et in ea, quae ex senatus consulto filio familias datur: nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuum pecuniam contra senatus consultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit: tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest. Diversum est in muliere, quae contra senatus consultum promisit: nam et in secunda promissione intercessio est...*

En este fragmento, Paulo expone una regla general según la cual la *exceptio doli* que se podría oponer al delegante, no valdría contra el acreedor delegatario. Seguidamente hace referencia a otras excepciones semejantes: *ceteris similibus exceptionibus*, destacamos la referencia al SC. Macedoniano. Paulo dice que no se dará la excepción frente al acreedor delegatario que dio la cantidad contra el SC. Macedoniano, puesto que la segunda promesa no contravendría la disposición senatorial, y lo justifica apuntando que el que paga no puede repetir el pago como indebido.³⁶⁸ Por el contrario, en el caso de la *exceptio ex SC.to Velleiano*, el jurista expone que hay también intercesión en la segunda promesa: *in secunda promissione intercessio est*. En este caso, si la mujer pagara podría repetir lo pagado por error: *qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest*.³⁶⁹

³⁶⁸ Esta última parte concordaría con Marcian. 3 *reg. D.* 12.6.40pr., apuntado anteriormente.

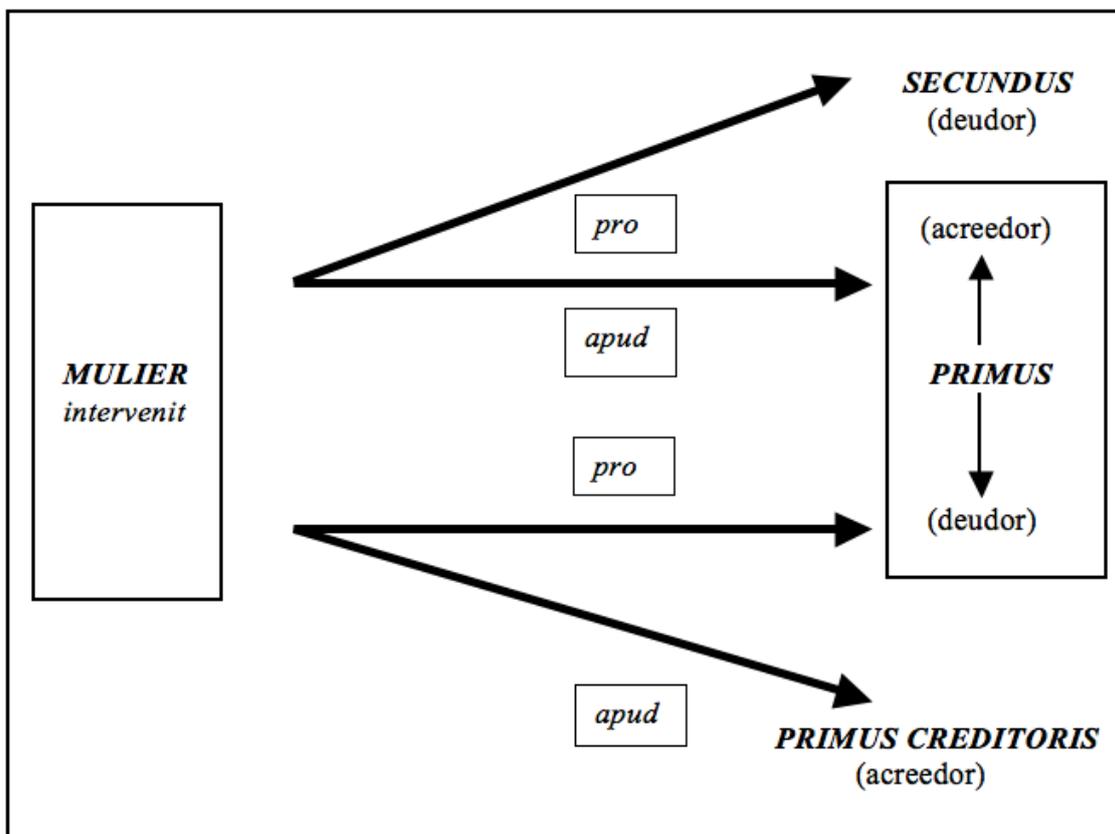
³⁶⁹ Marcian. 3 *reg. D.* 12.6.40pr. Destacamos que el fragmento de Marciano analizado en el apartado sobre el SC. Macedoniano, excluye la posibilidad de repetir lo pagado por error en el supuesto de la *exceptio ex SC.to Macedoniano*.

Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.2: *Si mulier apud primum pro secundo intervenerit, mox pro primo apud creditorem eius, duas intercessiones factas Iulianus libro duodecimo digestorum scribit, unam pro secundo apud primum, aliam pro primo apud creditorem eius, et ideo et primo restitui obligationem et adversus eum. Marcellus autem notat esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat, an vero quasi debitor delegetur, scilicet ut, si quasi debitor delegata est, una sit intercessio. Proinde secundum hanc suam distinctionem in prima visione, ubi quasi debitor delegata est, exceptionem ei senatus consulti Marcellus non daret: sed condemnata vel ante condemnationem condicere utique ei a quo delegata est poterit vel quod ei abest vel, si nondum abest, liberationem*

En este fragmento Ulpiano apunta las opiniones de Juliano y Marcelo; para una comprensión más profunda del fragmento lo analizaremos en dos partes, distinguiendo la opinión de Juliano en una parte y la de Marcelo en otra:

Si mulier apud primum pro secundo intervenerit, mox pro primo apud creditorem eius, duas intercessiones factas Iulianus libro duodecimo digestorum scribit, unam pro secundo apud primum, aliam pro primo apud creditorem eius, et ideo et primo restitui obligationem et adversus eum...

Una mujer intervine a favor de *Secundus* ante *Primus* y después ante un acreedor de *Primus*. Juliano considera que se producen dos intercesiones, y como consecuencia: *et ideo et primo restitui obligationem et adversus eum*. El fragmento lo podríamos esquematizar del siguiente modo:



En este supuesto podrían darse dos interpretaciones posibles; una primera en la que se puede interpretar que existen dos relaciones jurídicas independientes: relación *Primus* (acreedor) – *Secundus* (deudor) - *Mulier* (fiadora), y la relación *Primus creditoris* (acreedor) – *Primus* (deudor) - *Mulier* (fiadora). O bien se podría interpretar que *Primus* delega a *Mulier* a su acreedor. De cualquier modo, Juliano no precisa si se trata de uno u otro caso y considera que se produce una doble intercesión ya que considera que se restituye la obligación tanto a favor de *Primus* como contra él. Esta solución dada por el jurista parte de considerar que la mujer habría intercedido.

Sacconi interpreta este paso en el sentido que se concede una doble *i.i.r.* a favor de *Primus* en relación a *Secundus* y a favor del acreedor de *Primus* en

relación a *Primus*.³⁷⁰ Alonso coincide con Sacconi en subrayar que la primera parte del texto no hace referencia a la *delegatio* pero que esta circunstancia no lleva a excluir la hipótesis de la delegación, sino que Juliano consideraba que debía aplicarse el SC. a la segunda *expromissio* “con independencia de que ésta se hubiese otorgado *delegante o non delegante Primo*”.³⁷¹

Respecto a la segunda parte del fragmento Ulpiano apunta la opinión de Marcelo:

Marcellus autem notat esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat, an vero quasi debitor delegetur, scilicet ut, si quasi debitor delegata est, una sit intercessio. Proinde secundum hanc suam distinctionem in prima visione, ubi quasi debitor delegata est, exceptionem ei senatus consulti Marcellus non daret: sed condemnata vel ante condemnationem condicere utique ei a quo delegata est poterit vel quod ei abest vel, si nondum abest, liberationem

En la segunda parte del texto, Ulpiano señala la opinión de Marcelo que distingue dos hipótesis: *Marcellus autem notat esse aliquam differentiam*: que la mujer se subroga en el lugar del deudor: *ab initio mulier in alterius locum subdatur et onus debitoris*; o bien que la mujer sea delegada por *Primus* como deudora. No hay intercesión cuando la mujer promete como delegada de *Primus* puesto que no se le concede la *exceptio ex SC.to Velleiano*. Sí habrá intercesión cuando ocupa el lugar de *Primus* por voluntad propia - *ab initio mulier in alterius*

³⁷⁰ Sacconi basa su interpretación en que la acción restitutoria compete desde el momento en que la *mulier* ha asumido la obligación y apunta el fragmento Paul. *de interc. fem.* D. 16.1.24.2: *Si senatus consulti beneficium intervenit, utrum statim cum mulier intercesserit actio in priorem debitorem competit, an si mulier solutum condicat? Puto statim, et non expectandam solutionem.* SACCONI, G., *Ricerche sulla delegazione in Diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 104 y nt. 157.

³⁷¹ ALONSO RODRÍGUEZ, J.L., *op. cit.*, p.422-423; SACCONI, G., *Ricerche sulla delegazione in Diritto romano*, *op. cit.* pp.105ss.

locum subdatur – y por voluntad del acreedor de *Primus: a quo obligationem transferre creditor voluit*. Teniendo en cuenta esta distinción, Marcelo considera que la mujer que prometió como deudora delegada: *quasi debitor delegata est*, no podrá oponer la *exceptio ex SC.to Velleiano* contra el delegatario (acreedor de *Primus*) *exceptionem ei senatus consulti non daret*, pero podrá ejercitar la *condictio indebiti* contra el delegante para recuperar la cantidad que hubiera pagado: *sed condemnata vel ante condemnationem condicere utique ei a quo delegata est poterit vel quod ei abest vel, si nondum abest, liberationem*.³⁷²

Observamos por tanto, como Marcelo distingue entre el supuesto de *novatio: ab initio obligatione transferre creditor voluit*: en cuyo caso se concede la excepción, de un supuesto de *delegatio: quasi debitor delegatur*: en este caso no se concede la excepción; en cambio Juliano no realiza tal distinción y considera que en cualquier caso deben restituirse las obligaciones.

Alonso, del análisis de los fragmentos citados, extrae que se produce la *intercessio* cuando la mujer delegada actúa como deudora y falla la relación de cobertura. Sacconi por su parte, considera que la actuación de la mujer como deudora delegada no constituye una *intercessio*.³⁷³ Según Alonso, la incompatibilidad entre que la mujer actúe como deudora delegada y a su vez interceda, era únicamente un *ius controversum* entre Juliano, seguido por Africano y Paulo, que rechazaban dicha incompatibilidad, y Marcelo (seguido quizás por Ulpiano), que la mantenía, y por ello negaba la aplicabilidad del SC.³⁷⁴ En nuestra opinión esta sería la tesis más plausible puesto que las fuentes muestran como Africano, Juliano y Paulo califican de intercesión la delegación

³⁷² En este punto la opinión de Marcelo también aparece coherente con respecto a Marcian. 3 reg. D.12.6.40pr, que establece que la mujer en caso de intercesión podrá repetir lo pagado por error: *Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest: sed hoc non est perpetuum. Nam si quidem eius causa exceptio datur cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatus consulto de intercessionibus*

³⁷³ SACCONI, G., *Ricerche sulla delegazione*, op. cit. p. 106, nt. 166.

³⁷⁴ ALONSO RODRÍGUEZ, J.L., op. cit, p. 423 nt.17

de la mujer como deudora, y la tesis contraria únicamente es defendida por Marcelo. Asimismo, debemos tener en cuenta que si bien Juliano, Africano y Marcelo son coetáneos, Paulo que es posterior asume la tesis de Juliano y Africano, superando el *ius controversum*.

Volviendo a Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.17pr., el elemento fundamental para determinar si *uxor* ha intercedido, en el caso en que ésta es delegada como deudora, es la relación de cobertura. Podemos afirmar que *uxor* ha intercedido puesto que la relación de cobertura, es decir, la relación entre *vir* (delegante) y *uxor* (delegada), es nula, al tratarse de una donación entre cónyuges: *Vir uxori donationis causa rem viliori pretio addixerat et in id pretium creditori suo delegaverat*.

Habiendo determinado que la relación de cobertura es nula y que por tanto la mujer habría intercedido, debemos analizar la referencia que aparece en el fragmento a la excepción útil: *si creditor pecuniam a muliere peteret, exceptionem utilem fore*. Nicosia apunta que la expresión "*exceptionem utilem*" en §17pr se utiliza en sentido predicativo: "qui l'aggettivo *utilis* non ha valore attributivo di una speciale qualifica, non serve ad indicare un tipo particolare di *exceptio*, ma sta ad indicare soltanto che *l'exceptio* potrà essere opposta proficuamente; si tratta sempre di una comune, normale *exceptio*, della quale si mette semplicemente in rilievo la non inutilità, la non inanità, in riferimento al caso specifico contemplato".³⁷⁵ Sacconi considera contra Nicosia que se trataría de una excepción útil en sentido técnico: "Non sarei d'accordo col Nicosia, il quale reputa che nel presente brano l'espressione *exceptio utilis* stia ad indicare che *l'exceptio* potrebbe esser opposta proficuamente. Infatti, in tal caso, la *stipulatio* delegatoria non concreta una vera e propria *intercessio*, per cui

³⁷⁵ NICOSIA, *Exceptio* pp. 72-73. En el mismo sentido: VOGT, H., *op. cit.*, p.63, MEDICUS, D., *op. cit.*, p. 60; BETANCOURT, *Excepciones* pp. 703-704, nt. 10, MANNINO, *Estensione* pp.114-115, nt.24.

l'exceptio sc. Velleiani non può trovarvi diretta applicazione. L'*exceptio* concessa da Africano debe rappresentare, pertanto, un'applicazione estensiva della normale *exceptio sc. Velleiani*".³⁷⁶

Para determinar si se trataría de una *exceptio utilis* en sentido técnico, en primer lugar debemos referirnos a un fragmento de Ulpiano que hace referencia a la *delegatio*:

Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.6: *Sed si eum delegaverit qui debitor eius non fuit, fraus senatus consulto facta videbitur et ideo exceptio datur.*

En este fragmento, Ulpiano señala que si se hubiese delegado a quien no era su deudor, se considerará haberse defraudado el SC, y por esto se dará la excepción. Según Alonso, se trataría de una *exceptio utilis*: "que en éste la *exceptio* no aparezca explícitamente como *utilis* se explica perfectamente por haberse consolidado la analogía propuesta para este supuesto por Juliano-Africano...".³⁷⁷ Teniendo en cuenta este fragmento, que concuerda con los anteriores, podemos considerar que en el supuesto de §17pr se ha producido un *fraus SC.to*, el cual ya aparecía en cierta medida implícito en la propia configuración del supuesto, una venta *donationis causa* a un ínfimo precio entre *vir* y *uxor* que lleva aparejada la delegación de la mujer como deudora de un acreedor del marido.

En la rúbrica *ad senatus consultum Velleianum* (D.16.1) encontramos otras dos referencias explícitas al *fraus SC.to*:

³⁷⁶ SACCONI, G., *Ricerche sulla delegazione*, op. cit. p.125, nt. 200.

³⁷⁷ El autor se refiere a Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5, que analizaremos más adelante. ALONSO RODRÍGUEZ, J.L., op. cit., pp. 466.

Paul. 16 resp. D. 16.1.29.1: *Paulus respondit ea, quae in fraudem senatus consulti, quod factum est, excogitata probari possunt, rata haberi non oportere.*

Pomp. de sen. cons. D. 16.1.32.3 libro primo senatus consultorum: *Si mulier, ne ipsa intercederet, alii mandaret ut id faceret, an in huius persona locus huic senatus consulto sit, qui rogatu mulieris id faceret? Totus enim sermo senatus consulti ad petitionem non dandam adversus ipsam mulierem spectat. Et puto rem ita esse distinguendam, ut, si quidem creditor, cui me obligavi mandante muliere, hoc in fraudem senatus consulti egisset, ne ipsa interveniret contra senatus consultum, daret autem alium, excludendum eum exceptione fraudis senatus consulti factae: si vero is ignorasset, ego autem scissem, tunc mandati me agentem cum muliere excludendum esse, me autem creditori teneri.*

En el primer fragmento, §29.1, Paulo apunta que no deben tenerse por válidas aquellas cosas que puede probarse que se concertaron en fraude del SC. *de intercessione feminarum*. Observamos cómo este fragmento contiene la consecuencia de haber actuado en fraude al SC.: *rata haberi non oportere*. Sobre éste texto destacamos la mención a la prueba: *probari possunt*, puesto que esta referencia a la cuestión probatoria indica que el elemento del *fraus* ha sido incluido en la fórmula, y la forma de incluirlo, como aparece en §8.6 y como veremos a continuación, será la *exceptio utilis*.

En §32.3, Pomponio plantea el supuesto de una mujer que manda a otro que preste fianza para no ser ella misma la que saliera garante contra el SC.: *mulier, ne ipsa intercederet, alii mandaret ut id faceret*. La pregunta formulada es si el tercero que presta fianza por mandato de la mujer tendría la protección del SC. Veleyano. En el supuesto intervienen cuatro sujetos: el acreedor, *ego* (deudor, en adelante Cayo), *mulier* y el mandatario (Ticio).

El jurista realiza una doble distinción: si el acreedor, frente al cual se obliga Ticio por mandato de la mujer, conoce el fraude o bien lo desconoce. En caso que el acreedor conociera el fraude y aceptara a Ticio como fiador para evitar que la mujer intercediera en contra del SC., *si quidem creditor, cui me obligavi mandante muliere, hoc in fraudem senatus consulti egisset, ne ipsa interveniret contra senatus consultum*, debe darse a Ticio contra el acreedor la excepción en fraude al SC: *excludendum eum exceptione fraudis senatus consulti factae*. La otra posibilidad que plantea el jurista, es la del acreedor que ignora la finalidad por la cual la mujer manda a otro prestar fianza, aunque Ticio sí conozca esta finalidad, queda obligado al acreedor, *si vero is ignorasset, ego autem scissem... me autem creditori teneri*, por tanto, no tendrá excepción. Pero si Ticio reclama a la mujer por la acción de mandato, al ser conocedor del *fraus*, será excluido por la excepción, *tunc mandati me agentem cum muliere excludendum esse*; se entiende que esta excepción será también la excepción en fraude al SC. En conclusión, podríamos decir que el elemento relevante que determina que se conceda la excepción en fraude al SC. en este fragmento, es el conocimiento por parte del acreedor-actor de la existencia del *fraus*.

En la segunda parte de §17pr, Africano introduce otro supuesto profundizando en la posición del acreedor y su conocimiento del *fraus*: *nec id contrarium videri debere ei, quod placeat, si quando in hoc mulier mutuata est, ut marito crederet, non obstaturam exceptionem, si creditor ignoraverit in quam causam mulier mutuaretur*. En esta parte se expone el caso del acreedor que entrega a la mujer dinero en mutuo: *mulier mutuata est*, ignorando este acreedor que la finalidad del mutuo es la de prestarlo a su marido. En este caso considera el jurista que no se dará excepción a la mujer: *non obstaturam exceptionem*. Seguidamente se expone el motivo por el cual no se concede la excepción: *quoniam quidem plurimum intersit, utrum cum muliere quis ab initio contrahat an alienam*

*obligationem in eam transferat: tunc enim diligentioorem*³⁷⁸ *esse debere*. Aquí el jurista distingue y marca la diferencia entre que alguien contrate desde un principio con la mujer, o que transfiera sobre ella una obligación ajena, en este último caso apunta que debería ser más diligente.

Retomando la primera parte de nuestro fragmento (§17pr) desde la perspectiva de la *exceptio utilis* y en relación a §32.3, debemos tener en cuenta una diferencia fundamental; en §17pr la mujer es delegada como deudora y en §32.3 es la mujer quien manda aun tercero que preste fianza. Esta circunstancia resulta importante si tenemos en cuenta el papel fundamental que desarrolla la connivencia/diligencia del acreedor. En §17pr, Africano apunta que la mujer tendrá la excepción útil incluso si el acreedor hubiera creído que la mujer era deudora del marido: *exceptionem utilem fore, quamvis creditor existimaverit mulierem debitricem mariti fuisse*. En §32.3 tendrá la excepción útil el tercero únicamente si el acreedor conocía el *fraus*. Esta diferencia parece lógica puesto que en §32.3 es la mujer quien manda a Ticio que preste fianza a favor de un tercero y es posible que este tercero desconozca que es la mujer quien está detrás de la relación jurídica. En cambio en §17pr la mujer es delegada por el marido, por lo que el acreedor desde un principio conoce esta circunstancia, y por tanto, si acepta a la mujer como delegada del marido, o bien es partícipe del *fraus* o bien muestra una falta de diligencia, como explicita el propio Africano, que justifica la concesión de la excepción.

La excepción útil que se concede en §17pr a *uxor* (delegada de *vir*) que es demandada por el acreedor del marido, es la excepción útil *in fraudis SC.to Velleiano factae*.³⁷⁹ Alonso considera que se trataría de la *exceptio ex SC.to Velleiani*: “pero esta *exceptio* no procede ni de la atribución de cobertura (una *solutio indebiti*, debido a la nulidad de la compraventa a bajo precio que encubre

³⁷⁸ Accursio apunta que faltaría a continuación de *diligentiorem* la palabra *creditoem*.

³⁷⁹ En la Glossa, Accursio apunta: *slicet Velleiani*, respecto a la palabra *exceptionem*.

una donación conyugal) ni de la atribución de valuta (una *solutio* ordinaria) sino de la consideración de la propia *stipulatio* delegatoria como contraria al Veleyano, debido precisamente a la inexistencia de la obligación de cobertura".³⁸⁰ Parece que este autor no ha tenido en cuenta el fragmento de Paulo §8.6: *Sed si eum delegaverit qui debitor eius non fuit, fraus senatus consulto facta videbitur et ideo exceptio datur*, que hemos analizado anteriormente. De este fragmento se puede extraer claramente que la excepción que se concederá será la *exceptio fraudis senatusconsulti factae*, y el propio autor, como hemos apuntado anteriormente, considera que se trataría de una *exceptio utilis*, apareciendo precisamente esta expresión en §17pr.

Recapitulando, podemos decir que la *exceptio* útil que aparece en §17pr, es una excepción redactada a semejanza de la *exceptio ex SC.to Velleiano* edictal. No cabría duda que la excepción edictal que serviría de base para la excepción sería la *exceptio ex SC.to Velleiano*, puesto que la finalidad última de la concesión sería la de dar cumplimiento a la disposición senatorial. Esta excepción se concede con carácter útil por no contravenir la relación jurídica el SC. Veleyano, sino porque se actúa en fraude a éste. La formulación de la excepción sería: *si in ea re nihil in fraudem senatus consultum Velleianum factum est*. En este caso la mujer debería probar que la relación de cobertura era nula, es decir, el carácter de donación de la compraventa realizada con el marido, que es lo que constituye el fraude.

En §32.3, no se concreta la que la excepción que se concede al tercero que presta fianza por mandato de la mujer sea una *exceptio utilis*, aunque ésta aparece formulada del siguiente modo: *exceptione fraudis senatus consulti factae*. Como

³⁸⁰ ALONSO RODRÍGUEZ, J.L., *op. cit.*, p. 465. Talamanca también considera que se concede la *exceptio ex SC.to Velleiano* a la mujer delegada cuando "*non sussista l'obligazione nella cui solutio consisteva il rapporto di provista*". TALAMANCA, M., v. *Delegazione* (diritto romano), en ED p. 923 nt. 45. Contra estas opiniones SACCONI, G., *Ricerche sulla delegazione, op. cit.* p. 113.

también hemos apuntado en el apartado dedicado a la *exceptio utilis ex SC.to Macedoniano*, es posible que no aparezca la expresión *exceptio utilis* y que la excepción a la que se haga referencia sea una excepción útil. Consideramos que en §32.3 se daría esta circunstancia, puesto que las características de la excepción útil a la que se alude en §17pr, es decir, una excepción basada en el *fraus SC.to Velleiani*, y la formulación de §32.3 que también alude a ese *fraus* sin referirse al carácter de útil de la excepción encajaría, por lo que podríamos concluir que se trataría de la misma excepción. La formulación de la excepción que se incluiría en la fórmula sería la misma: *si in ea re nihil in fraudem senatus consultum Velleianum factum est*. Respecto al contenido probatorio, en este caso lo que debería probar el tercero es que actuó por mandato de la mujer con la connivencia del acreedor, que es lo que constituye el *fraus*.

Finalmente analizaremos Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5, texto en el que también aparece la referencia a la *exceptio utilis*:

Cum haberes Titium debitorem et pro eo mulier intercedere vellet nec tu mulieris nomen propter senatus consultum sequereris, petit a me mulier mutuam pecuniam solutura tibi et stipulanti mihi promisit ignoranti, in quam rem mutuaretur atque ita numerare me tibi iussit: deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi: quaesitum est, si eam pecuniam a muliere petam, an exceptio senatus consulti ei prosit. Respondit videndum, ne non sine ratione dicatur eius loco, qui pro muliere fideiusserit, haberi me debere, ut quemadmodum illi, quamvis ignoraverit mulierem intercedere, exceptio adversus creditorem detur, ne in mulierem mandati actio competat, ita mihi quoque adversus te utilis exceptio detur mihi que in mulierem actio denegetur, quando haec actio periculo mulieris futura sit. Et haec Paulo expeditius dicenda, si prius, quam ego tibi pecuniam solverim, compererim eam intercessisse: ceterum si ante solverim, videndum, utrumne nihilo minus mulieri quidem

*exceptio adversus me dari debeat et ego tibi condicere pecuniam possim,*³⁸¹ *an vero perinde habendum sit, ac si initio ego pecuniam mulieri credidissem ac rursus tu mihi in creditum isses. Quod quidem magis dicendum existimavit, ut sic senatus consulto locus non sit: sicuti et cum debitorem suum mulier deleget, intercessioni locus non sit. Quae postea non recte comparari ait, quando delegatione debitoris facta mulier non obligetur, at in proposito alienam obligationem in se transtulerit, quod certe senatus fieri noluerit.*

El carácter clásico de este texto ha sido ampliamente discutido por la doctrina.³⁸² A pesar de ello, la parte del texto relativa a la *exceptio utilis*, no plantea esta problemática.³⁸³ Comparando nuestro texto con el de los Basilicos, observamos cómo el fragmento se simplifica y se excluye la alusión a la *exceptio utilis*, categoría propia del procedimiento formulario.

Afr. 4 quaest. D. 16.1.19.5	Bas. Hb. 26.7.50
<i>Cum haberes Titium debitorem et pro eo mulier intercedere vellet nec tu mulieris nomen propter senatus consultum sequeris, petit a me mulier mutuam pecuniam solutura tibi</i>	<i>Si cum mulierem pro debitore tuo intercedere volentem non acciperes, mulier a me mutuam pecuniam sumserit, et iusserit, me eam tibi solvere</i>
<i>et stipulanti mihi promisit ignoranti, in quam rem mutuaetur atque ita numerare me tibi iussit: deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi</i>	<i>egoque in promptu non habens promisero stipulanti tibi ingnorans intercessionem,</i>
<i>adversus te utilis exceptio detur</i>	<i>et postea cognovero, habeo adversus te exceptionem</i>

³⁸¹ Grosso apunta que el fragmento subrayado [*si prius – possim*], sería un glosema postclásico, lo cual parece verosímil como veremos más adelante. GROSSO, G., *Nota esegetica sul fr. 19§D. ad SC. Velleianum 16.1*, en *Scritti storico giuridici. Tomo III Diritto privato. Persone obbligación successioni*, G. Giappichelli Editori, Torino, 2001, pp. 186-187. La existencia de este glosema no alteraría la interpretación del fragmento en relación a la *exceptio utilis*.

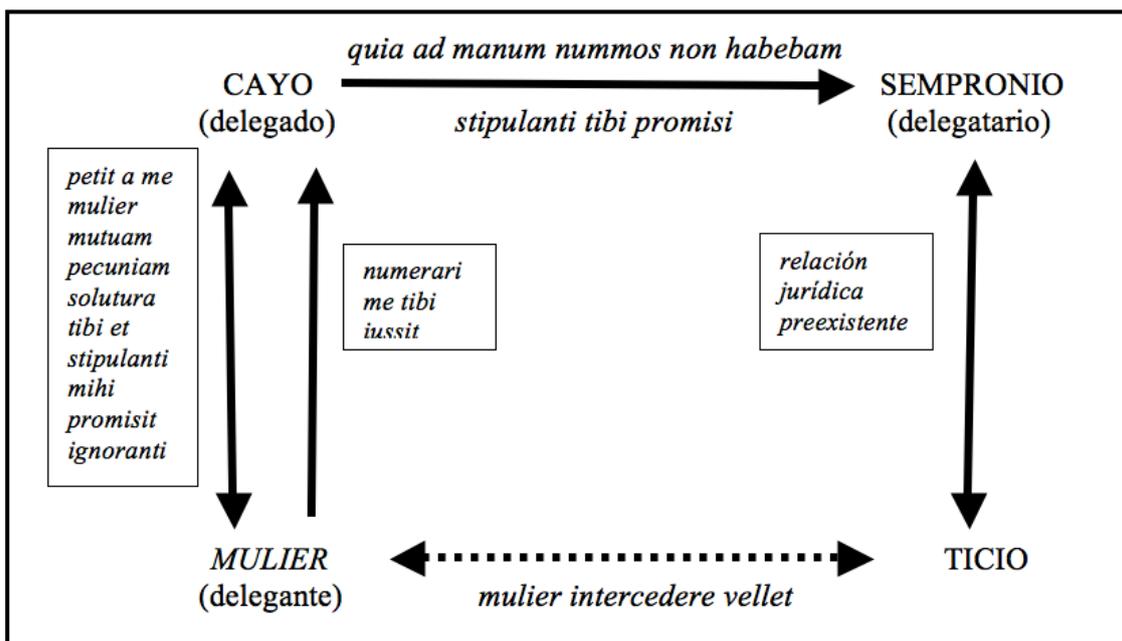
³⁸² VOGT, V., *op. cit.* P.26; MEDICUS, D., *op. cit.*, p.105ss; NICOSIA, *Exceptio* pp.261ss., FREZZA, P., *Le garanzie delle obbligazioni. Volume primo: le garanzie personali*, Cedam, Padova, 1962, p. 117ss

³⁸³ GROSSO, G., *op. cit.*, p.186ss.

<i>qui pro muliere fideiusserit, haberi me debere, ut quemadmodum illi, quamvis ignoraverit mulierem intercedere, exceptio adversus creditorem detur, ne in mulierem mandati actio competat, ita mihi quoque mihi in mulierem actio denegetur,</i>	<i>ut fideiussor, qui etiamsi ignoraverit intercessionem, adiuvatur, ideo, ne in mulierem mandate actione experiatur: et mulier adversus me habet exceptionem. Si vero ignorans severo, respeto: mulier enim exceptione me submovet.</i>
<i>quando delegatione debitoris facta mulier non obligetur, at in proposito alienam obligationem in se transtulerit, quod certe senatus fieri noluerit.</i>	<i>Si vero debitorem suum delegaverit, nec pro alio obligata sit, cessat Senatusconsultum.</i>

Africano plantea el supuesto de una mujer que quiere interceder a favor de Ticio, pero el acreedor *te* (en adelante Sempronio), no quiere que la mujer interceda porque tendría la protección del SC. Velejano: *Cum haberes Titium debitorem et pro eo mulier intercedere vellet nec tu mulieris nomen propter senatus consultum sequeris*. La mujer pide a *ego* (en adelante Cayo) *mutuam pecuniam* para pagar a Sempronio, y ésta lo promete estipulándolo Cayo, que ignora la finalidad por la que la mujer pide el dinero: *petit a me mulier mutuam pecuniam solutura tibi et stipulanti mihi promisit ignoranti*. Entonces la mujer mandó a Cayo que entregara esta cantidad a Sempronio: *numerare me tibi iussit*. Cayo, como no tenía dinero a mano, *quia ad manum nummos non habebam*, lo prometió y Sempronio lo estipuló.³⁸⁴ El supuesto se podría esquematizar del siguiente modo:

³⁸⁴ Sobre el análisis de la palabra “*nummos*” en el texto y la evolución en el pensamiento de los juristas en relación a la “*venditio nummo uno*”: SCEVOLA, R., *Venditio nummo uno*, en *La compravendita e l'interdependenza delle obbligación nel diritto romano*, Vol. I, Cedam, Padova, 2007, pp. 413-595.



Seguidamente se plantea mediante la locución “*quasitus sit*” diversas cuestiones procesales. La primera cuestión es si Cayo reclamara el dinero a la mujer, si ésta tendría la protección de la *exceptio ex SC.to Velleiano: si eam pecuniam a muliere petam, an exceptio senatus consulti ei prosit*. La respuesta se inicia con el verbo *respondit*, como ya ocurría en §17pr., lo cual indica que se trataría de la opinión de Juliano. El jurista no responde directamente a esta cuestión sino que en primer lugar plantea la circunstancia de si Cayo debe ser considerado como aquél que hubiese sido fiador de la mujer: *videndum, ne non sine ratione dicatur eius loco, qui pro muliere fideiusserit*.

Este punto debe ponerse en relación con otro fragmento de Juliano, en el que este jurista expone la opinión de Casio Longino:

Iul. 4 ad. Urs. D. 16.1.16.1: *Si ab ea muliere, quae contra senatus consultum intercessisset, fideiussorem accepissem, Gaius Cassius respondit ita demum fideiussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus fuisset. Iulianus autem recte putat fideiussori exceptionem dandam, etiamsi mandati actionem adversus*

mulierem non habet, quia totam obligationem senatus improbat et a praetore restituitur prior debitor creditori.

En este fragmento se hace referencia a que si un deudor hubiera recibido fiador de la mujer que hubiese intercedido contra el SC., *Si ab ea muliere, quae contra senatus consultum intercessisset, fideiussorem accepissem*, dice Casio Longino que se ha de dar excepción al fiador solamente si hubiese sido rogado por la mujer, *ita demum fideiussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus fuisset*. Seguidamente Juliano, citándose a si mismo, apunta que con razón ha de dársele la excepción al fiador, *fideiussori exceptionem dandam* aunque no tenga contra la mujer la acción de mandato, *etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet*, porque el Senado reprueba toda la obligación, *quia totam obligationem senatus improbat*, y al acreedor se le restituye por el pretor el primer deudor, *a praetore restituitur prior debitor creditori*.³⁸⁵

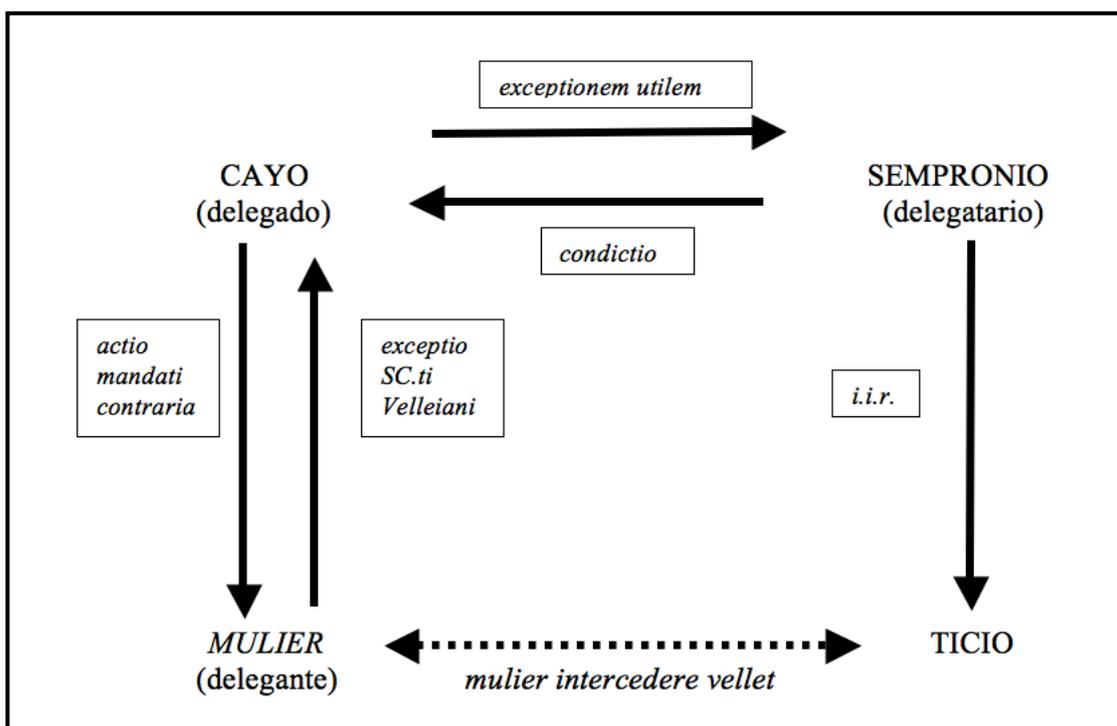
Recordamos también el texto ya comentado en el apartado del SC. Macedoniano, Paul. 3 *Plaut.* D. 44.1.7.1, que establece que también compete al fiador la excepción de intercesión, *intercessionis quoque exceptio... etiam fideiussori competit*, igual que sucedía en el caso de la *exceptio ex SC.to Macedoniano* que también competía al fiador.

Nicosia apunta acertadamente que la mujer ha asumido una obligación el beneficio de la cual en última instancia, recaerá sobre Ticio; aunque frente a Cayo, que ignora *in quam rem muturaretur*, debe ser considerado como aquel que hubiese sido fiador de la mujer.³⁸⁶

³⁸⁵ Alonso destaca que mientras Casio concede únicamente la excepción al fiador que actuó a *muliere rogatus*, es decir, mediando el mandato de la mujer, Juliano extiende la excepción al fiador en todo caso, aunque no hubiera mediado mandato de la mujer *quia totam obligationem senatus improbat*. ALONSO RODRÍGUEZ, J.L., *op. cit.*, pp. 269-270, nt. 25. La extensión de Juliano concordaría con Paul. 3 *Plaut.* D. 44.1.7.1, fragmento ya comentado en el que se distingue entre *exceptiones rei cohaerentes* y *personae coharentes*.

³⁸⁶ NICOSIA, *Exceptio* p. 84

Habiendo solventado esta cuestión, continúa el paso diciendo: *quamvis ignoraverit mulierem intercedere, exceptio adversus creditorem detur, ne in mulierem mandati actio competat, ita mihi quoque adversus te utilis exceptio detur mihi que in mulierem actio denegetur, quando haec actio periculo mulieris futura sit*. En esta parte del paso, y habiendo determinado que la situación de Cayo (mutuante delegado) sería la misma que la del fiador de la mujer, apunta que aunque hubiere ignorado que la mujer era fiadora, y del mismo modo que si fuera fiador se le daría la excepción contra el acreedor, se le dará una excepción útil a Cayo (delegado) contra Sempronio (delegatario) para que a Cayo no le competa la acción de mandato contra la mujer, y al final añade en lo que parece un glosema: cuando esta acción ha de ser en perjuicio de la mujer, *quando haec actio periculo mulieris futura sit*.³⁸⁷ La situación procesal podría esquematizarse del siguiente modo:



³⁸⁷ Consideran que se trataría de un glosema: MANNINO, *Estensione* p. 132, nt. 63, VOGT, H., *op. cit.*, p. 27, nt. 14; GROSSO, G., *op. cit.*, p. 83; en contra: NICOSIA, *Exceptio* p. 86, nt. 33, este autor considera que la frase se puede salvar al no ser imposible que el jurista, después de haber aclarado que si el delegado ya ha pagado, el SC. no se aplica (*ceterum si ante solverin... magis dicendum existimavit, ut sic senatus consulto locum non sit*), realiza un paralelismo con la hipótesis de que el delegado fuera deudor de la mujer, en cuyo caso el SC. tampoco se aplica.

A continuación, enumeraremos cuáles son las circunstancias relevantes del fragmento en relación a la concesión de la excepción útil:

- a) Sempronio no quiere que la mujer preste fianza a favor de Ticio porque puede valerse de la protección del SC. Veleyano: *Quod quidem magis dicendum existimavit, ut sic senatus consulto locus non sit*. En este punto se manifiesta la connivencia del acreedor en el *fraus*.
- b) Cayo ignora la finalidad por la cual la mujer le pide el dinero: *stipulanti mihi promisit ignoranti*
- c) La mujer manda a Cayo que entregue el dinero a Sempronio: *numerare me tibi iussit*
- d) Cayo no tiene dinero y lo prometió a Sempronio que lo estipuló: *quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi*
- e) Juliano apunta que Cayo debe ser considerado como el fiador de la mujer: *Respondit videndum, ne non sine ratione dicatur eius loco, qui pro muliere fideiusserit*
- f) Si Sempronio demanda a Cayo (se entiende que mediante la *actio stipulati*), Cayo tendrá una excepción útil contra Sempronio: *mihi quoque adversus te utilis exceptio detur*

Nicosia sostiene que resulta innegable que la posición del mutuante (Cayo), sería la misma que la del *fideiussor ignorans*, y que la concesión directa de la *exceptio ex SC.to Velleiano* no es posible, sin embargo, a través del expediente de la *exceptio utilis*, el jurista extiende la tutela del SC. a un caso que no estaba previsto en la disposición senatorial.³⁸⁸ Alonso apunta que “*la exceptio SC.ti Velleiani* se concede como *utilis* al delegado de la mujer que intercede, sobre la base de una analogía con el fiador *ignorans...*”.³⁸⁹ Frezza sostiene que la

³⁸⁸ NICOSIA, *Exceptio* p. 87-88. En el mismo sentido, y recogiendo la opinión de otros autores: PAPA, G., *La replicatio*, *op. cit.* p. 178, nt. 16

³⁸⁹ ALONSO RODRÍGUEZ, J.L., *op. cit.*, p.465.

excepción se concede como *utilis*: “perchè la eccezione spetta, nella fattispecie di intercessio, alla donna *intercedens*, e ai fideiussori veri e propri, mentre nella fattispecie in esame abbiamo a che fare con uno che si vuole assimilare ad un *fideiussor*”³⁹⁰ Sacconi también coincide en considerar que la *exceptio utilis* se concede siguiendo el ejemplo de la que podría oponer el *fideiussor* de la mujer.³⁹¹ También Medicus: “...dem Darlehnsgeber aber, der eine ähnliche Stellung einnimmt, eine *exceptio utilis*”. Mannino considera que Africano hace referencia a la concesión de la *exceptio ex SC.to Velleiano* en vía útil porque “il giurista ammetteva analogicamente l’estensione del beneficio, valutando il concreto assetto di interessi realizzato dalle parti e sulla base di considerazione chiaramente equitative, tali da consentire l’applicazione del disposto senatorio ad un caso che, attraverso una rigorosa applicazione del remedio pretorio, non si sarebbe dovuto ricondurre ad esso”.³⁹² Betancourt señala que se trataría de una *exceptio in factum*, y apunta que el supuesto sería análogo al contenido en Pomp. 1 *de sen. cons.* D. 16.1.32.3, en el que se hace mención expresa a una *exceptio fraudis senatusconsulti Velleiani factae*.³⁹³

Coincidimos con Betancourt en la similitud de nuestro supuesto con §32.3, en el que una mujer que manda a otro que preste fianza para no ser ella misma la que saliera garante contra el SC. Velleiano, en éste último caso se concede al fiador la *exceptio fraudis senatusconsulti Velleiani factae* si el acreedor era conocedor del fraude. Observamos cómo los textos que hemos examinado de la rúbrica *ad senatus consultum Velleianum* (D.16.1) muestran un nexo de conexión entre ellos, el fraude al SC: §8.6, §17pr, §19.5, §32.3. En §8.6 la referencia aparece explícita: *Sed si eum delegaverit qui debitor eius non fuit, fraus senatus consulto facta videbitur et ideo exceptio datur*. En §17pr se deriva de §8.6,

³⁹⁰ FREZZA, P., *op. cit.*, pp. 116-117

³⁹¹ SACCONI, G., *Ricerche sulla delegazione*, *op. cit.* p. 110

³⁹² MANNINO, *Estensione* p. 131

³⁹³ BETANCOURT, *Excepciones* p.710. A favor del carácter *in factum* de la excepción contenida en §32.3: BEHRENDTS, O., *op. cit.* p.27 nt. 46

puesto que se expone el caso de un marido que delega a su mujer que no es deudora suya puesto que ha fallado la relación de cobertura, por lo que se entiende que la delegación de ha hecho en fraude al SC. Precisamente en §17pr, se dará la excepción útil: *exceptionem utilem fore*, independientemente que el acreedor delegatario supiera si la mujer era deudora del marido o no, puesto que se presupone la diligencia del deudor cuando acepta a una mujer como delegada: *quoniam quidem plurimum intersit, utrum cum muliere quis ab initio contrahat an alienam obligationem in eam transferat: tunc enim diligentiore esse debere*. Observamos cómo la *exceptio fraudis senatusconsulti Velleiani factae* es calificada de *utilis* en §17pr. Lo mismo ocurre si relacionamos §32.3 con §19.5 como hemos expuesto al principio. En §32.3 se hace referencia a que se da al fiador la *exceptio fraudis senatusconsulti Velleiani factae*, y en §19.5 que se concede la excepción útil.

Del análisis de los textos se extrae que el fundamento por el que se concede la excepción es el *fraus SC.to*, en todos ellos es el elemento clave. En §19.5 este elemento aparece explícitamente: *Cum haberes Titium debitorem et pro eo mulier intercedere vellet nec tu mulieris nomen propter senatus consultum sequereris*. En el caso de §17pr, la configuración del propio supuesto de hecho ya hace intuir la finalidad fraudulenta de la relación de cobertura: *Vir uxori donationis causa rem viliori pretio addixerat et in id pretium creditori suo delegaverat*. Asimismo, relacionando este fragmento con §8.6., la finalidad fraudulenta se ve claramente: *Sed si eum delegaverit qui debitor eius non fuit, fraus senatus consulto facta videbitur*. Y en §32.3, la alusión al fraude aparece también explícita: *in fraudem senatus consulti egisset*.

Igualmente, si nos planteamos la cuestión desde la perspectiva de la formulación de la excepción útil, ésta vendría formulada del siguiente modo: *si in ea re nihil in fraudem senatus consultum Velleianum factum est*. Simplemente se incluye el elemento del fraude al SC, que deberá ser probado por el demandado

apud iudicem. En §29.1 ya se hace referencia al elemento probatorio: *quae in fraudem senatus consulti, quod de intercessione feminarum factum est, excogitata probari possunt, rata haberi non oportere*. El modo de incluir el elemento del *fraus* en la fórmula del *iudicium*, es la *exceptio utilis*.

En el caso de §19.5 el pretor concederá la excepción útil al delegado mutuante, que deberá probar que la mujer le había pedido dinero en mutuo, y le había mandado que entregara el dinero al acreedor-delegatario, con la connivencia del acreedor. La fórmula quedaría redactada en abstracto del siguiente modo:

Si paret Caium Sempronio sestertium X milia dare oportere, qua de re agitur, si in ea re nihil in fraudem senatus consultum Velleianum factum est, iudex Caium Sempronio condemnato; si non paret absolvito.

Para finalizar apuntaremos que en la rúbrica *ad senatus consultum Velleianum* encontramos cuatro fragmentos en los que se hace referencia al *fraus SC.to Velleiani*: §8.6, §17pr., §19.5, §32.3. en los cuatro se hace refencia a la concesión de la excepción. En §17pr y §19.5 se explicita el carácter de útil de la excepción, en §8.6 al *fraus SC.to* y §32.3 a que se dará *exceptione fraudis Senatusconsulti factae*. Observamos cómo los cuatro fragmentos presentan la misma problemática, la del *fraus SC.to*, y que en todos los casos se recurre a la concesión de la *exceptio utilis* para introducir en la fórmula el elemento del *fraus* mediante la extensión de la *exceptio ex SC.to Velleiano*.

4.4. *Exceptio utilis ex aedilicio edicto*

4.4.1. Premisa; 4.4.2. Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1

4.4.1. Premisa

En este apartado analizaremos un fragmento Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1, que se sitúa bajo la rúbrica de *De aedilicio edicto et redhibitionis et quanti minoris*, (D. 21.1). Teniendo en cuenta la temática del fragmento que nos ocupa, de forma previa realizaremos una aproximación a la figura de los ediles curules y al edicto *aedilicio de mancipiis vendundis*.

Los ediles curules en sus orígenes constituyen una magistratura colegiada y patricia creada probablemente por las *leges Liciniae Sextiae* del 367 a.C.³⁹⁴ Dentro de la organización de la ciudad, Cicerón hace referencia a las competencias que les eran atribuidas: *suntoque aediles curatores urbis, annonae ludorumque solemnium*³⁹⁵ Los ediles desarrollaban la vigilancia de la vida pública de la capital en múltiples aspectos que pueden clasificarse en tres grupos fundamentales: el control y la vigilancia del comercio, de los mercados y del abastecimiento; el cuidado de las vías y de las plazas públicas; y la organización y control de los juegos públicos. Sobre la competencia de supervisión de las actividades que se desarrollaban en los mercados, los ediles tenían la potestad de regular su organización, el control de los pesos y medidas, la posibilidad de asignar o alquilar lugares de venta en los mercados públicos, de controlar y regular los precios, de determinar el modo y la forma en las que debían concluirse determinadas ventas, así como de ejercitar la *iurisdictio* en los litigios que tuvieran por objeto las compraventas específicamente reguladas por los

³⁹⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano: recepción, jurisdicción y arbitraje*, Thomson-Civitas, 12ª ed., Pamplona, 2009, p. 131.

³⁹⁵ Cic., *de leg.* 3.7.

mismos ediles.³⁹⁶ Gayo, en sus *Instituta* menciona que los ediles curules poseían *iurisdictio* y *ius edicendi*.³⁹⁷

Los edictos edilicios que conocemos guardan relación con las competencias atribuidas a los ediles. Conectada a la *cura urbis* encontramos el edicto *de feris*, que contenía la prohibición de tener animales peligrosos en los lugares públicos.³⁹⁸ Sobre la vigilancia de las buenas costumbres aparece conexas el edicto *de castratione puerorum*, con la promesa de una acción popular *in quadruplum*.³⁹⁹ Respecto a la *cura annonae* y de los mercados están conectados los edictos de *mancipiis vendundis* y de *iumentis vendundis*, con las normas relativas a la contratación y con la promesa de la acción redhibitoria, *quanti minoris* y de *ornamentis restituendis*.

La redacción primigenia del edicto edilicio⁴⁰⁰ *de mancipatio vendundis*, se puede situar entre finales del S.III a.C. principios del siglo II a.C.⁴⁰¹ El contenido de este edicto lo encontramos en Ulp. 1 *ed. aed. cur.* D. 21.1.1.1:

³⁹⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano, op. cit.* 139.

³⁹⁷ Gai. 1.6: *Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani, sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent; nam in provincias Caesaris omnino quaestores habent; nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur*

³⁹⁸ Sobre el edicto *de feris*: RODRÍGUEZ ENNES, L., *Estudio sobre el edicto de feris*, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

³⁹⁹ Ulp. 18 *ed. D.* 9.2.27.28: *Et si puerum quis castraverit et pretiosorem fecerit, Vivianus scribit cessare Aquiliam, sed iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium aut in quadruplum.*

⁴⁰⁰ Sobre el edicto de los ediles curules: JAKAB, É., "Praedicere" und "cavere" beim Marktkauf. *Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, Verlag C.H. Beck, München, 1997, especialmente pp. 123 ss.; IMPALLOMENI, G., *L'editto degli edili curuli*, Cedam, Padova, 1955; KASER, M., *Jurisdiktion der kurulischen Aedilen*, en *Melanges Meylan, I*, Lausana, 1963, pp.173ss.; WATSON, A., *The imperatives of the Aelilician Edict*, TR 39 (1971), pp. 73 ss.

⁴⁰¹ Se sitúa su emanación en este periodo partiendo de fuentes literarias: Plaut. Capt. 823ss: *Eugepae: edictiones aedilicias hic quidem habet, mirumque adeost ni hunc fecere sibi Aetoli agoranomum, mirumque adeost ni hunc fecere sibi Aetoli agoranomum*; Plaut. Merc. 418ss: *CHAR. Quid si igitur reddatur illi unde empta est? DEM. Minime gentium. CHAR. Dixit se redhibere, si non placeat*; Plaut. Most. 798ss.: *TH. Haud opinor.sibi quisque ruri metit. si male emptae forent, nobis istas redhibere haud liceret. lucri quidquid est, id domum trahere oportet.*

*Aiunt aediles: "Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum acquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur, iudicium dabimus".*⁴⁰²

Rud. 373ss: *Novi: Neptunus ita solet, quamvis fastidiosus aedilis est: si quae improbae sunt merces, iactat omnis.* También encontramos testimonios en las obras de Aulo Gelio: Gell. 17.6.1ss.: *M. Cato Voconiam legem suadens verbis hisce usus est: "Principio vobis mulier magnam dotem adtulit; tum magnam pecuniam recipit, quam in viri potestatem non committit, eam pecuniam viro mutuam dat; postea, ubi irata facta est, servum receptitium sectari atque flagitare virum iubet."* También en Cicerón: Cic. off. 3.71: *Quocirca astutiae tollendae sunt eaque malitia, quae vult illa quidem videri se esse prudentiam, sed abest ab ea distatque plurimum; prudentia est enim locata in dilectu bonorum et malorum, malitia, si omnia quae turpia sunt, mala sunt, mala bonis ponit ante. Nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione venditoris fraus omnis excluditur. Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium. Heredum alia causa est. Cic. off. 3.23.91: Quaerit etiam, si sapiens adulterinos nummos acceperit imprudens pro bonis, cum id nescierit, soluturusne sit eos, si cui debeat, pro bonis. Diogenes ait, Antipater negat, cui potius assentior. Qui vinum fugiens vendat sciens, debeatne dicere. Non necesse putat Diogenes, Antipater viri boni existimat. Haec sunt quasi controversiae iura Stoicorum. In mancipio vendendo dicendane vitia, non ea, quae nisi dixeris, redhibeatur mancipium iure civili, sed haec, mendacem esse, aleatorem, furacem, ebriosum. Alteri dicenda videntur, alteri non videntur.*

⁴⁰² Impallomeni apunta que se puede afirmar que el texto del edicto al que Ulpiano hace referencia es el fruto de una larga elaboración, que va de la primera mitad del S.II a.C a los primeros años del S.I d.C. Observa este autor que se pueden distinguir varios estilos, varios estratos que evidencian una redacción efectuada en diferentes y sucesivos periodos. IMPALLOMENI, G., *op. cit.*, p. 95.

Únicamente nos centraremos en el contenido del edicto que presenta alguna relación con nuestro fragmento. En este sentido analizaremos la primera parte del texto:

Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.

El vendedor deberá informar si el esclavo tiene alguna enfermedad o vicio: *morbi vitiive cuique sit*; si alguno es *fugitivus, erro*, o hubiera cometido un delito que comportara la *noxae deditio: fugitivus errove sit noxave solutus non sit*. Si se hubiera vendido el esclavo contraviniendo estos preceptos: *quodsi mancipium adversus ea venisset*, o fuera contrario a esto lo que se hubiere dicho o prometido cuando se vendiese, *sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur*, deberá darse acción al comprador y a todos a los que correspondiera el negocio, para que sea devuelto el esclavo, *emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur*. La acción que se dará al comprador será la *actio redhibitoria*.⁴⁰³ A

⁴⁰³ Sobre la *actio redhibitoria* vid.: DONADIO, N., *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Giuffrè, Milano, 2004; DONADIO, N., *Azioni edilizie e interdependenza delle obbligazioni nell'emptio venditio: il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti*, en *La compravendita e l'interdependenza delle obbligazioni nel diritto romano*, vol. 2, Cedam, 2007, pp. 257 ss.; MANNA, L., *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Giuffrè, Milano, 1995; JAKAB, É., *op. cit.*, pp. 223 ss.; ALBERTARIO, E., *In materia di azione redhibitoria: (Esempio di decomposizione di un testo giustiniano nei suoi elementi costitutivi)*, en *Studi di Diritto romano III*, Milano, 1936, pp. 467ss; GAROFALO, L., "Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem" (a proposito di *Gai. ad ed. aed. cur. D. 21,1,45*), en *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1998; Sobre la fórmula de la *actio redhibitoria*: LENEL, *EP*, p. 555; RUDORFF, *Edictum* p. 265; MANTOVANI, *Formule* pp. 113-114.

estos supuestos, se añadieron otros con el tiempo, también citados por Ulpiano en el mismo fragmento: *Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis iudicium dabimus.*

Controvertida resulta la cuestión del edicto edilicio y su consideración como parte del *ius honorarium*. La *communis opinio* tradicional sostiene que el edicto de los ediles curules, al igual que el del edicto del pretor, fue fuente del *ius honorarium*, apoyando esta teoría en un texto de las Instituciones de Justiniano que establece que también los ediles curules publicaban un edicto sobre ciertos asuntos formando parte este edicto del derecho honorario.⁴⁰⁴

Inst. 1.2.7: *Praetorum quoque edicta non modicam iuris optinent auctoritatem. haec etiam ius honorarium solemus appellare, quod qui honorem gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt. proponebant et aediles curules edictum de quibusdam casibus, quod edictum iuris honorarii portio est*⁴⁰⁵

Gayo en sus *Instituta* (Gai. 1.6), como hemos apuntado anteriormente, enumera los magistrados con *ius edicendi* incluyendo entre éstos a los *aediles curules*. Asimismo, debemos tener en cuenta que la codificación del edicto por parte de Salvio Juliano también comprendió el edicto edilicio,⁴⁰⁶ apareciendo éste

⁴⁰⁴ GUARINO, A., *L'editto edilizio e il diritto onorario*, Labeo 1 (1955), pp. 295ss.; IMPALLOMENE, G., *op. cit.*, p. 109 ss.; RODRÍGUEZ ENNES, L., *Los actos ilícitos de derecho honorario*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 903-904.

⁴⁰⁵ Sobre la genuinidad del paso: FERRINI, C., *Sulle fonti delle fonti di Giustiniano*, en *Opere II*, Milano, 1929, pp. 333ss.

⁴⁰⁶ En este sentido Wenger: "Hadrian hat durch den Juristen Salvius Iulianus die Edikte der Präetoren und der kurulischen Ädilen neu redigieren und in dieser Form vom Senat bestätigen lassen, womit sie in eine andere Quellengruppe übergeleitet waren". WENGER, L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Verlag Adolf Holzhausens Wien, 1953, pp. 408-409.

último como un apéndice agregado al edicto del pretor.⁴⁰⁷ Otras opiniones, entre las que destaca la de Volterra, por el contrario consideran que el edicto edilicio no puede ser considerado *ius honorarium*. Este autor sostiene tres razones básicas para justificar su posición: en primer lugar, parte del fragmento anteriormente citado, Inst. 1.2.7, para sostener que “*con l’espressione edictum iuris honorarii si vuole evidentemente indicare l’editto del pretore. Con ciò quindi il passo conferma che sino all’epoca di Giustiniano ius honorario era sinonimo di ius praetorium*”. En segundo lugar afirma que en el Índice de los juristas y de la literatura que a cada uno corresponde de la Florentina, no menciona los *libri ad edictum aedilicium curulium* de Gayo, Ulpiano y Paulo, pero si menciona 32 *libri ad edictum provinciali* de Gayo, 83 *libri ad edictum praetoris urbanus* de Ulpiano y 80 *libri ad edictum praetoris urbanus* de Paulo.⁴⁰⁸ El autor considera que esta circunstancia evidencia la intervención de los compiladores justinianos. En tercer lugar hace referencia a que los juristas clásicos se habían dedicado al estudio del edicto edilicio en las obras dedicadas al *ius civile*.⁴⁰⁹

Guarino, rebate esta opinión de Volterra tanto desde el plano exégetico como del histórico-jurídico. Sobre el hecho de que las materias del *edictum aedilium curulium* hayan sido comentadas por los juristas en las obras dedicadas al *ius civile*, el autor considera que no debe resultar sorprendente puesto que las cláusulas contenidas en este edicto guardaban relación con la *emptio-venditio*, un contrato protegido con acciones civiles, y por tanto debían ser analizadas en relación al *ius civile*.⁴¹⁰ Esta afirmación nos parece acertada puesto que si nos situamos en el plano procesal, observamos una correlativa tendencia a utilizar la

⁴⁰⁷ LENEL, *EP* p. 48. Rodríguez Ennes apunta que Juliano redactó de forma definitiva el edicto edilicio, ID., *Estudio sobre el edicto de feris, op. cit.* p. 20.

⁴⁰⁸ Recordamos que los manuscritos de la *Vulgata* no contienen el índice de juristas ni de literatura que a ellos corresponde.

⁴⁰⁹ VOLTERRA, E., *Intorno all’editto degli edili curuli*, en *Scritti Giuridici IV*, Jovene editore, 1993, pp. 4ss., también en *Scritti Borsi*, Padua 1955, pp. 1 ss.; ID., *Ancora sull’editto degli edili curuli*, *IVRA* 7 (1956), pp. 141ss.

⁴¹⁰ GUARINO, A., *L’editto edilizio, op. cit.* p. 299.

actio empti para exigir la responsabilidad por evicción.⁴¹¹ Asimismo, Guarino insiste en la dificultad de determinar en ocasiones, el carácter honorario de algunas instituciones. En este sentido apunta que en el periodo del derecho romano clásico, no todas las instituciones que conceptualmente pertenecían al *ius honorarium* fueron tomadas en consideración de forma separada del *ius civile*,⁴¹² como sucedería con aquellas en las que sí existía una verdadera oposición, del tipo *actio Publiciana/actio reivindicatoria; bonorum possessio/hereditas*, por lo que los juristas clásicos no encontraron una especial dificultad en acogerlas en los tratados dedicados al *ius civile* especialmente aquellas instituciones que aparecieron para integrar las lagunas del sistema civilístico.⁴¹³

⁴¹¹ Talamanca, a partir de Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51pr., que analizaremos más adelante, extrae que a partir de las primeras décadas del S.II d.C., se empieza a utilizar la *actio empti* para exigir la responsabilidad por evicción, ID. v. *vendita (diritto romano)*, ED, 46, Milano, 1993, pp. 385 ss. Bajo la rúbrica *De actionibus empti venditi* (D. 19.1), encontramos textos en los que aparece esta tendencia: Ulp. 28 *Sab.* D. 19.1.1.1, en el cual se explicita que todo lo que se hace contra la buena fe viene comprendido en la acción de compra: ... *omnia enim quae contra bonam fidem fiunt veniunt in empti actionem*... En Ulp. 32 *ed.* D. 19.1.11.3, Ulpiano citando la opinión de Labeón y Sabino, apunta que la acción de compra también contendría la redhibición: *Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamos*. Honoré sitúa la redacción del libro 32 *ad edictum* de Ulpiano en el año 215 d.C. y el edicto *de mancipatio vendundis* lo podemos situar entre los siglos II y III a.C., por lo que el periodo de tiempo parece lo suficientemente dilatado como para propiciar dicha evolución. Donadio destaca que el uso de la *actio empti ad resolvendam emptione* se afianzó mucho después de la publicación del edicto edilicio y representó una particular aplicación de la acción contractual de buena fe reconocida por la jurisprudencia romana. La autora expone las diversas teorías sobre la relación entre las acciones edilicias (*actio redhibitoria* y *quanti minoris*) y la *actio empti*, destacando la teoría prevalente de la “intercambiabilidad” de las acciones como mayoritaria. Según esta teoría, mediante la *actio empti* se produciría la resolución del contrato (o en un plano distinto, la disminución del *pretium rei venditae*), conseguido en base a la fórmula de esta acción como manifestación del poder del *iudex* de extender el resarcimiento en los límites del interés del comprador para la hipótesis en que éste no estuviera ya interesado en la adquisición de la cosa. DONADIO, N., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell’emptio venditio*, *op. cit.* pp. 457-460 y nt. 4; HONORÉ, T., *Ulpian*, 2º ed., Oxford University Press, New York-Oxford, 2002, pp. 162ss.

⁴¹² Analizando la rúbrica correspondiente a *De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris* (D. 21.1), observamos cómo mayoritariamente los textos de los juristas clásicos son extraídos de los *libri ad edictum aedilium curulium* de Ulpiano y Gayo, aunque también encontramos una muestra significativa de textos de Paulo, Pomponio y Ulpiano, pertenecientes a los *libri ad Sabinum* género que trata instituciones del *ius civile*: Paul. 11 *Sab.* D. 21.1.5, §7, §11, §15; Ulp. 44 *Sab.* D. 21.1.9.; Pomp. 23 *Sab.* D. 21.1.16; Pomp. 18 *Sab.* D. 21.1.46, Pomp. 23 *Sab.* D. 21.1.48.

⁴¹³ GUARINO, A., *L’editto edilizio*, *op. cit.* p. 299.

4.4.2. Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1

El fragmento objeto de análisis pertenece a Africano y se sitúa en el *libro 8 quaestionum*,⁴¹⁴ en la Palingenesia de Lenel, el fragmento (97) lo encontramos situado bajo el título: *De emptione et venditione*.⁴¹⁵

Circa procuratoris personam, cum quidem ipse scierit morbosum vitiosum esse, non dubitandum, quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstructus, nihilo magis eo nomine agere possit: at cum ipse ignorans esse vitiosum mandatu domini qui id sciret emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam.

El supuesto que se plantea es el de un procurador que compra un esclavo con alguna enfermedad o vicio: *morbosum, vitiosum esse*. Seguidamente el jurista analiza la relevancia del conocimiento del *dominus* del vicio o enfermedad del esclavo. En caso que el procurador compre el esclavo a sabiendas de que tiene un vicio o enfermedad, aunque el *dominus* no lo supiera, no podrá ejercitar la acción redhibitoria: *nihilo magis eo nomine agere possit*. En relación a esta parte del texto, encontramos una expresión problemática: *quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstructus*. Si el procurador compra un esclavo enfermo o con un vicio, queda obligado al *dominus* por la acción de mandato o por la *actio negotiorum gestorum*. En cambio, si el procurador, desconocedor del vicio, compra el esclavo, tendrá la acción redhibitoria aunque el *dominus* conociera la enfermedad o vicio del esclavo, *ipse ignorans esse vitiosum mandatu domini qui id sciret emerit et redhibitoria agat*. El texto acaba diciendo que el vendedor no podrá oponer una excepción útil *ex persona domini*, es decir, por el conocimiento del *dominus* de la enfermedad o vicio del esclavo.

⁴¹⁴ Sobre las *Quaestiones* de Africano nos remitimos a lo expuesto en el apartado del SC. Veleyano, vid. *supra* pp. 159ss.

⁴¹⁵ LENEL, Paling. I, p. 27.

En primer lugar, realizaremos un breve apunte sobre la figura del *procurator* que aparece en el texto y la referencia a la *actio mandati* y la *actio negotiorum gestorum*.⁴¹⁶ En la parte inicial del fragmento no aparecen elementos suficientes que nos permitan determinar si se hace referencia a un *procurator omnium bonorum* con un encargo especial de adquirir un esclavo determinado, en cuyo caso, la acción que podría ejercitar el *dominus* contra el *procurator* sería la *actio mandati*, o por el contrario, se trataría de una intervención espontánea del procurador en espera de que el *dominus negotii* aprobara su gestión, en este caso, la acción sería la *actio negotiorum gestorum*.⁴¹⁷ Se hace referencia a que el procurador que compre un esclavo a sabiendas de que tiene un vicio o enfermedad, no podrá ejercitar la acción redhibitoria, aún cuando el *dominus* desconozca el defecto. Observamos cómo se plantea una regla general: *Circa procuratoris personam, cum quidem ipse scierit morbosum vitiosum esse, ... nihilo magis eo nomine agere possit*, si el procurador conoce el vicio del esclavo, no podrá ejercitar la acción contra el vendedor por este motivo, pero quedará obligado a su principal por la acción de mandato o la *negotiorum gestio*: *ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus*, se puede interpretar que el principal podrá ejercitar una u otra acción, en función de si el mandato era de comprar un esclavo determinado o si la compra del esclavo fue una decisión espontánea del procurador.

⁴¹⁶ Varios autores han sostenido la interpolación de la expresión [*mandati vel*]: FRESE, B., *Das Mandat in seiner Beziehung zur Procurator*, en *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, vol IV, Aalen, 1974, p. 421, nt. 89: “die Konkurrenz der “*actio mandati*” mit der “*actio negotiorum gestorum*” nicht klassisch sein kann”; SERRAO, F., *Il procurator*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 118; ALBERTARIO, E., *Procurator unius rei*, en *Studi di diritto romano III*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 519, nt. 3; DONATUTI, G., *Studi sul procurator*, II, *Verus et falsus procurator*, Ann. Perugia, XXXIII, 1921, p. 679ss; IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 23; NICOSIA, *Exceptio* p. 284ss., nt. 85. Otros autores han sostenido su genuinidad: LENEL, O., *Afrikans Quästionen: Versuch einer kritischen Palingenesie*, SZ 51 (1931), p. 42, nt. 8; SOLAZZI, S., *La definizione del procuratore*, en *Scritti Solazzi II*, Napoli, 1957, pp. 557ss.; KASER, M., rec. a Watson, *Comptes rendus*, TR 30 (1962), p. 264, nt. 7.

⁴¹⁷ En este sentido: FINAZZI, G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio. Azione pretoria ed azione civile*, Jovene Editore, Napoli, 1999, p. 242.

Cenderelli relaciona la presencia de ambas acciones con la progresiva subsunción de la relación de procura con la noción de mandato: “*non c’è bisogno di espungere “mandati vel”, tanto più che l’affermazione per cui la menzione dell’actio negotiorum gestorum sarebbe rimasta nel testo per pura dimenticanza urta contro l’inserimento della particella “vel”, che documenta il deliberato intendimento di introdurre nel discorso le due alternative. Si può invece ritenere che il passo esprima la progressiva sussunzione del rapporto di procura nella nozione di mandato –figure originariamente in antitesi- con la possibilità di esperare alternativamente l’actio mandati o l’actio negotiorum gestorum.*”⁴¹⁸

Asimismo, Martini apunta que la doctrina mayoritaria sitúa la fusión entre procura y mandato en la época clásica con Juliano.⁴¹⁹

Otra interpretación posible respecto al texto, tal y como parece plantear d’Ors, es que el jurista hace referencia a las dos acciones porque anteriormente no ha especificado si hubo mandato o no.⁴²⁰ Asimismo debemos tener en cuenta que el texto se inicia con la expresión “*circa procuratorem personam*”, expresión que nos indica la alusión a la figura desde un punto de vista general ya que no especifica la existencia de un mandato, lo cual se confirma con la referencia posterior a la *actio mandati* y a la *actio negotiorum gestorum* que aparecen unidas con la conjunción disyuntiva *vel*.

La controversia se plantea respecto al encargo del *procurator*, y en cualquier caso, lo único que deberemos tener en cuenta es que la solución sería idéntica para el caso que se trate de un procurador *omnium bonorum*, o de uno con encargo de adquirir un esclavo determinado, en ambos casos, si conocía el vicio del esclavo, no podrá interponer la *actio redhibitoria*.

⁴¹⁸ CENDERELLI, A., *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano I. Struttura, origini, azioni*, Giappichelli editore, Torino, 1997, pp. 131-132.

⁴¹⁹ MARTINI, R., *Il mandato*, en *Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 639.

⁴²⁰ D’ORS, A., *Las Quaestiones de Africano*, Pontificia Università Lateranense, Mursia, 1997, p. 379.

La cuestión principal que surge en el texto es la consecuencia procesal que tendría el conocimiento por parte del *dominus* del vicio o enfermedad del esclavo que mandó comprar a un *procurator*. Para analizarla, en primer lugar haremos referencia a Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51pr que plantea un supuesto similar en el que también se refiere la opinión de Juliano,⁴²¹ con la diferencia que en este fragmento quien adquiere el esclavo en nombre del *dominus* es un *servus*:

Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat et redhibitoria vel ex empto dominus experiatur, omnimodo scientiam servi, non domini spectandam esse ait, ut nihil intersit, peculiari an domini nomine emerit et certum incertumve mandante eo emerit, quia tunc et illud ex bona fide est servum, cum quo negotium sit gestum, deceptum non esse, et rursus delictum eiusdem, quod in contrahendo admiserit, domino nocere debet. Sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor.

De este fragmento destacaremos la referencia que aparece en relación al conocimiento por parte del *dominus* del defecto del esclavo. La estructura del fragmento es similar a la de §51.1, encontramos enunciado un principio general que establece que en caso que un esclavo (en adelante Estico), compre otro esclavo enfermo o con algún vicio, y el *dominus* ejercite la acción redhibitoria o la acción de compra, deberá atenderse al conocimiento de Estico de la enfermedad o vicio del esclavo adquirido, *omnimodo scientiam servi, non domini spectandam esse*.⁴²² La segunda parte del texto expone el caso particular de que Estico hubiera comprado por mandato del *dominus* un esclavo que supiese éste

⁴²¹ Esta conclusión la podemos extraer de la presencia de la partícula “*ait*”.

⁴²² El fragmento también hace referencia a la circunstancia de que Estico hubiera comprado el esclavo para su peculio o para su dueño, no siendo relevante esta circunstancia para determinar cuál es la *scientia* que debe tenerse en cuenta en el momento de interponer la *actio redhibitoria*.

que tenía vicio: *Sed si servus mandatu domini hominem emerit quem dominus vitiosum esse sciret ...*, no se obliga el vendedor, *non tenetur venditor*.⁴²³

Teniendo en cuenta la complejidad de ambos fragmentos, debemos analizar las diversas variables que confluyen en los casos planteados; por un lado que el sujeto que realiza el negocio sea un esclavo o un hombre libre (*procurator* o mandatario)⁴²⁴ y de otro la *scientia* de los vicios del esclavo comprado que tiene cada uno de estos sujetos y cómo se combina la *scientia* de unos y otros.⁴²⁵ En otra rúbrica, *De liberali causa* (D. 40.12), también hallamos algunos fragmentos que muestran la relevancia de la combinación de la *scientia* del *dominus* por un lado, y la del *servus* o *procurator* de otro. En el cuadro que se muestra a continuación se pueden observar las diversas combinaciones posibles y las soluciones de los juristas al respecto.

⁴²³ D'Ors compara los supuestos planteados en §51pr y §51.1 y relaciona el distinto tratamiento de la *scientia* del mandante (§51.1) y la del dueño que encargó a un esclavo suyo comprar un esclavo determinado con "la diferencia que hay entre la representación directa del esclavo propio y la indirecta del mandatario"; D'ORS, A., *Las quaestiones de Africano*, *op. cit.* p.379.

⁴²⁴ Hallamos otros textos (Paul. 51 *ed.* D. 40.12.16.4) en los que también se hace referencia al hijo que adquiere por mandato del padre, pero únicamente nos centraremos en aquellos textos en los que un esclavo o un *procurator* compran en nombre del principal, ya que en Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51pr.- §51.1 la casuística es esta última.

⁴²⁵ Observamos cómo en el caso del fragmento de Africano §51.pr-§51.1 en el cual cita a Juliano, los juristas siguen el método de la lógica estoica, en el sentido que utilizan un razonamiento basado en silogismos conectados entre ellos siguiendo el arquetipo destacado por Miquel. "Si lo primero, lo segundo/lo primero/luego lo segundo": MIQUEL, J., *Stoische Logik und römische Jurisprudenz*, SZ 87 (1970) pp.85ss., traducida por el mismo autor en: ID., *Lógica estoica y jurisprudencia romana*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Tejeiro*, Tomo 1, Universidad de Valencia, Facultad de derecho, Valencia, 1974, pp. 567-568.

	<i>servus sciens</i>	<i>servus ignorans</i>
dominus sciens	Ulp. <i>ed. aed. cur.</i> D. 21.1.51pr: <i>non tenetur venditor</i> Pomp. 31 <i>ad Q. Muc.</i> D. 18.1.12: <i>personae ementium et vendentium spectari debent</i> ⁴²⁶ Paul. D. 40.12.17: <i>non competet ei actio</i> ⁴²⁷	Afr. 8 <i>quaest.</i> D. 21.1.51pr. <i>non tenetur venditor</i> Pomp. 31 <i>ad Q. Muc.</i> D. 18.1.12: <i>personae ementium et vendentium spectari debent</i> Pomp. 9 <i>Sab.</i> D. 18.1.13: <i>non teneri te ex emto rerum est</i>
dominus ignorans	Ulp. <i>ed. aed. cur.</i> D. 21.1.51pr: <i>quod in contrahendo admiserit, domino nocere debet</i> Pomp. 31 <i>ad Q. Muc.</i> D. 18.1.12: <i>personae ementium et vendentium spectari debent</i>	Afr. 8 <i>quaest.</i> D. 21.1.51pr <i>redhibitoria vel ex empto dominus experiatur, omnimodo scientiam servi</i> Pomp. 31 <i>ad Q. Muc.</i> D. 18.1.12: <i>personae ementium et vendentium spectari debent</i>

	<i>procurator sciens</i>	<i>procurator ignorans</i>
dominus sciens	Afr. 8 <i>quaest.</i> D. 21.1.51.1 <i>nihilo ... magis agere possit</i> Paul. 51 <i>ed.</i> D. 40.12.17: <i>non competet ei actio</i>	Afr. 8 <i>quaest.</i> D. 21.1.51.1 <i>redhibitoria agat</i> Pomp. D. 18.1.13 <i>non teneri te ex emto rerum est</i>
dominus ignorans	Afr. 8 <i>quaest.</i> D. 21.1.51.1 <i>nihilo ... magis agere possit</i> Ulp. 55 <i>ed.</i> D. 40.12.16.2: <i>Tunc habet emptor hanc actionem, cum liberum esse nesciret ... nam si scit liberum et sic emit, ipse se circumvenit</i> ⁴²⁸ Paul. 51 <i>ed.</i> D. 40.12.17: <i>non est mihi deneganda</i> Ulp. 55 <i>ed.</i> D. 40.12.22.5: <i>ei nocet, sicuti tutoris quoque nocere Labeo putat</i>	Afr. 8 <i>quaest.</i> D. 21.1.51.1 <i>redhibitoria agat</i>

⁴²⁶ *Tunc habet emptor hanc actionem, cum liberum esse nesciret: nam si scit liberum et sic emit, ipse se circumvenit.*

⁴²⁷ *In servo et in eo, qui mandato nostro emit, tale est, ut, si certum hominem mandavero emi sciens liberum esse, licet is cui mandatum est, ignoret, idem sit: et non competet ei actio. Contra autem, si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda.*

⁴²⁸ *Tunc habet emptor hanc actionem, cum liberum esse nesciret: nam si scit liberum et sic emit, ipse se circumvenit.* En este mismo sentido, encontramos otro texto del mismo Ulpiano bajo la rúbrica *de pactis*, que apunta que los pactos realizados contra el edicto de los ediles son lícitos tanto en el momento de la venta, como posteriormente: Ulp. *ed. aed. cur.* D. 2.14.31: *Pacisci contra edictum aedilium omnimodo licet, sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset sive postea.* Observamos por tanto, como el conocimiento por parte del comprador de la enfermedad o vicio del esclavo, puede suponer una renuncia tácita a la acción.

Resumiendo el contenido del cuadro, las diversas combinaciones serían:

<i>dominus sciens – servus sciens</i>	<i>dominus</i> no tendrá acción contra el vendedor
<i>dominus sciens – servus ignorans</i>	<i>dominus</i> no tendrá acción contra el vendedor
<i>dominus ignorans – servus sciens</i>	<i>dominus</i> no tendrá acción contra el vendedor
<i>dominus ignorans – servus ignorans</i>	<i>dominus</i> tendrá acción contra el vendedor
<i>dominus sciens – procurator sciens</i>	<i>procurator</i> no tendrá acción
<i>dominus sciens – procurator ignorans</i>	<u><i>procurator</i> tendrá acción</u> (Afr. 8 <i>quaest.</i> D. 21.1.51.1)
	<u><i>procurator</i> no tendrá acción</u> (Pomp. 9 <i>Sab.</i> D. 18.1.13)
<i>dominus ignorans - procurator sciens</i>	<u><i>dominus</i> tendrá acción</u> (Paul. 51 <i>ed.</i> D. 40.12.17)
	<u><i>procurator</i> no tendrá acción</u> (Afr. 8 <i>quaest.</i> D. 21.1.51.1; Ulp. 55 <i>ed.</i> D. 40.12.16.2; Ulp. 55 <i>ed.</i> D. 40.12.22.5)
<i>dominus ignorans - procurator ignorans</i>	<i>procurator</i> tendrá acción

Observamos cómo la controversia únicamente surge respecto a dos combinaciones: *dominus ignorans – procurator sciens* / *dominus sciens – procurator ignorans*. En Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1 la solución que dan Africano-Juliano, respecto a la combinación *dominus ignorans – procurator*

sciens, es que el *procurator*, no tendrá acción contra el vendedor por este motivo, sin perjuicio de las *actio mandati* o *actio negotiorum gestorum* que pudiera competere al *dominus* contra el *procurator*. Esta solución se contradice con la expuesta por Pomp. 9 *Sab.* D. 18.1.13 y trata conjuntamente los supuestos del *servus* y del *procurator*, dando la misma solución en ambos supuestos, si el *dominus* conoce el vicio, aunque el *procurator* lo ignore, el vendedor no estará obligado. Por el contrario, en Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1, el *procurator* tendrá acción contra el vendedor y éste no podrá oponerle una excepción útil. La solución dada por Pomponio, se plantea como una excepción a la regla general que el mismo expone en el fragmento inmediatamente anterior, Pomp. 31 *ad Q. Muc.* D. 18.1.12, según el cual *in huiusmodi autem quaestionibus personae ementium et vendentium spectari debent*.

En Pomp. 9 *Sab.* D. 18.1.13, se trata de forma unitaria la figura del esclavo que compra para su dueño y aquél que compra por mandato, se entiende en este último caso que se trataría de una persona libre. El jurista expone que el vendedor no estará obligado por la acción de compra, *non teneri te ex empto verum est*,⁴²⁹ en caso que el principal conociera el defecto del esclavo. En lo que sí concuerdan ambos juristas es en considerar irrelevante la *scientia* del esclavo (Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51pr). Por el contrario, Juliano-Africano admiten que el *procurator* que no conoce la enfermedad o vicio del esclavo tendrá la acción redhibitoria aunque el principal conociera el vicio, y en cambio, Pomponio no concedería acción en un supuesto idéntico. En este sentido, parece que Pomponio no distingue entre si el que compra en nombre del principal es un esclavo o una persona libre.

Teniendo en cuenta esta contradicción, Schlossmann considera que en §51.1 debería suprimirse la negación en la expresión: *ex persona domini utilem*

⁴²⁹ Destacamos la equivalencia entre *non teneri ex empto verum est* y la expresión *utilem exceptionem ei non putabat opponendam*, que aparece en Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1.

*exceptionem ei [non] putabat opponendam.*⁴³⁰ Observamos por tanto, como equipararía el supuesto del esclavo con el del *procurator*. En Pomp. 9 *Sab. D.* 18.1.13 se hace referencia al caso del esclavo, y en Afr. 8 *quaest. D.* 21.1.51pr. se hace referencia también al mismo caso, por ello Solazzi sostiene que ambos juristas estudiarían el mismo supuesto por los paralelismos evidentes que aparecen en ambos pasos: Africano-Juliano, el supuesto de la *actio redhibitoria*, y Pomponio el de la *actio empti* y que los dos resolverían en el mismo sentido:⁴³¹

Afr. 8 quaest. D. 21.1.51pr	Pomp. 9 Sab. D. 18.1.13
<i>Sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor.</i>	<i>Sed si servo meo [vel ei] cui mandavero vendas sciens fugitivum illo ignorante, me sciente, non teneri te ex empto verum est.</i>

Mandry considera que el fragmento no estaría interpolado, y propone la traducción de *vel* por *nämlich* o *wenigsten* (por lo menos, es decir).⁴³² Nicosia no estaría de acuerdo con esta teoría y siguiendo a Solazzi considera más probable que la expresión “*vel ei*” esté interpolada y el texto haga referencia al *servus mandatu domini*.⁴³³ Teniendo en cuenta el claro paralelismo entre ambos textos, y que los juristas , Africano y Pomponio eran contemporáneos, la teoría de que el supuesto sea el mismo en ambos textos cobra fuerza.

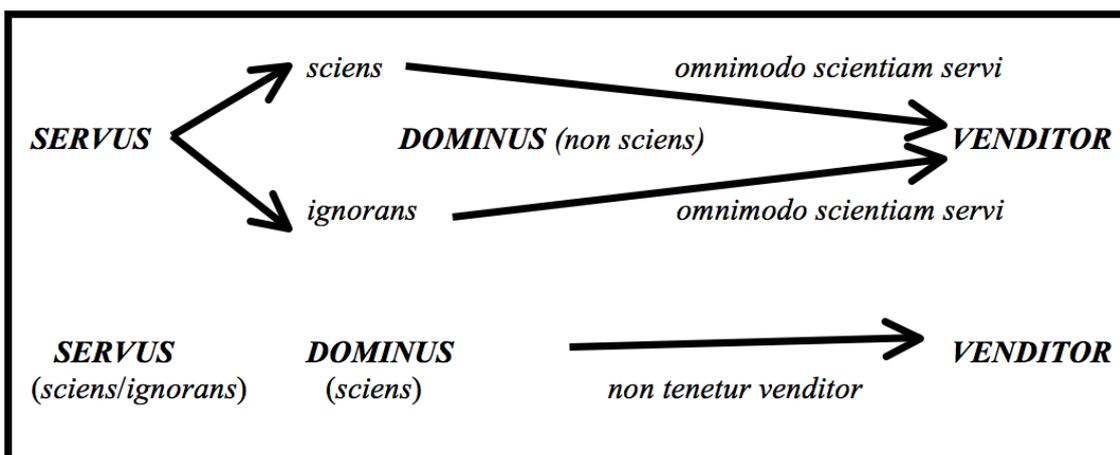
La casuística contenida en Afr. 8 *quaest. D.* 21.1.51pr y en Pomp. 9 *Sab. D.* 18.1.13, la podemos esquematizar del siguiente modo:

⁴³⁰ SCHLOSSMANN, S., *Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen*, op. cit. p. 272, nt. 2. Este autor también considera que la excepción que se concedería al principal sería una *exceptio in factum*.

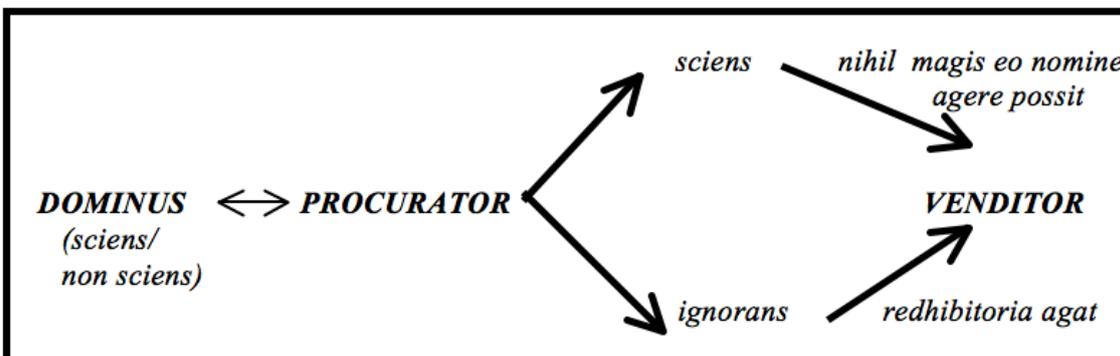
⁴³¹ SOLAZZI, S., *Errore e rappresentanza*, en *Scritti di diritto romani, vol. 1: 1899-1913*, Jovene, Napoli, 1972, pp. 281-282.

⁴³² “*vel in obiger Stelle ist nicht mit oder zu übersetzen, sondern mit wenigsten oder nämlich: so dass di L.13 cit. nur vom beauftragten Sklaven spricht und mit den übrigen Stellen harmoniert*” MANDRY, G., *Das gemeine Familiengüterrecht : mit Ausschluß des ehelichen*, op. cit. p. 128, nt. 2.

⁴³³ NICOSIA, G., *L'acquisto del possesso mediante i “potestati subiecti”*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 150-151, nt. 20.



El supuesto reflejado en Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1, lo podemos esquematizar del siguiente modo:



Observamos por tanto, que en el caso que el representante sea un esclavo, si el *dominus* conoce el vicio, el vendedor no estará obligado (Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51pr y Pomp. 9 *Sab.* D. 18.1.13). Respecto al caso del *procurator*, que es el punto en el que divergen ambos textos, consideramos que Pomponio únicamente está haciendo referencia al caso del *servus*, no al del *procurator*.

La segunda contradicción la hallamos en la combinación *dominus ignorans – procurator sciens*. Esta contradicción aparece entre Africano-Juliano (D. 21.1.51.1) y Ulpiano (D. 40.12.16.2) de un lado y Paulo (D. 40.12.17) de otro. Los primeros, consideran que no se podría plantear acción contra el vendedor, y Paulo considera que no se le podría denegar la acción al *dominus* contra el vendedor. En el texto de Paulo, observamos cómo el jurista da el mismo

tratamiento a *procurator* y *servus*, y apunta que la acción no se le denegará al *dominus*. Respecto a esta contradicción debemos tener en cuenta que únicamente se circunscribe al supuesto en que intervienen *procurator sciens* – *dominus ignorans* y se compra una persona libre que se declara esclava. En este sentido, Benöhr pone de manifiesto la existencia de un *ius controversum* entre los juristas pero dicha controversia únicamente se circunscribiría al caso en que el objeto de la *emptio-venditio* fuera un persona libre que declara ser esclava.⁴³⁴ En consecuencia, el análisis de nuestro fragmento no se vería afectado por este *ius controversum* puesto que Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1 se sitúa en la rúbrica *De aedilicio aedicto et redhibitione et quanti minoris* y el edicto *de mancipatio vendundis* hace referencia a los vicios de los esclavos pero no a la eventualidad de que se adquiriera una persona libre que se hace pasar por esclavo, materia a la que se dedica una rúbrica específica.

En Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1 el *procurator* podrá plantear la acción redhibitoria contra el *dominus*, y el vendedor no podrá oponer una excepción útil *ex persona domini*. Examinaremos la fórmula de la acción redhibitoria para analizar el papel que la *exceptio utilis* apuntada por Juliano-Africano:

C. Aquilius iudex esto. Si paret homini quo de agitur quem A. Agerius de N. Negidio emit morbi quid fuisse quod N. Negidius adversus edictum illorum aedilium non pronuntiavit neque plus quam sex menses sunt, cum de ea re experiundi potestas fuit, tum si arbitrato C. Aquilii iudicis is homo N. Negidio redhibebitur quodque ex eo post venditionem acquisitum est quodque in venditione ei accessit sive quid ex ea re fructus pervenit ad A. Agerium sive quid post venditionem traditionemque deterior A. Agerii opera familiaeve procuratorisve eius factus est, ea omnia N. Negidio restituentur et quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine data erit non reddetur cuiusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit non liberabitur, quati ea res erit, tantam

⁴³⁴ BENÖRH, H.P., *op. cit.*, p.196.

*pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*⁴³⁵

Si nos centramos en la *intentio* de la fórmula, observamos que se trata de una *actio in personam*:⁴³⁶ *Si paret homini quo de agitur quem A. Agerius de N. Negidio emit morbi quid fuiste*. Trasladando nuestro caso a la fórmula, *A. Agerius* (actor) sería el *procurator* y *N. Negidius* (demandado), el vendedor. A continuación, encontramos una *demonstratio* que indica la causa por la que se reclama: *quod N. Negidius adversus edictum illorum aedilium non pronuntiavit*. Sigue la reconstrucción de la fórmula con la inclusión del plazo de seis meses para plantear la *actio redhibitoria*: *neque plus quam sex menses sunt, cum de ea re experiundi potestas fuit*.⁴³⁷ La pretensión se concreta en que el procurador (AA) compró al vendedor (NN) un esclavo enfermo o con un vicio, y tales circunstancias no fueron declaradas por el vendedor en contra de lo que establece el edicto de los ediles curules. La problemática de nuestro caso se centra en el hecho que si bien el procurador desconoce la enfermedad o vicio del esclavo, el *dominus* si lo conoce. Como se apuntaba anteriormente, la acción redhibitoria es una *actio in personam*, y en Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1 la legitimación activa se atribuye al *procurator*, por lo que se puede concluir que en este caso el conocimiento del *dominus* sería irrelevante; el vendedor, de acuerdo con lo que expresa el edicto, tiene la obligación de informar al comprador de si el esclavo

⁴³⁵ Reproducimos la reconstrucción de la fórmula propuesta por Mantovani. MANTOVANI, *Formule* p. 114-115.

⁴³⁶ D'Ors califica la acción redhibitoria como una acción personal de restitución; D'ORS, *DPR* §77. Los juristas clásicos recurren a una asimilación de los efectos que produce la acción redhibitoria con los efectos producidos por la *i.i.r.* En la rúbrica encontramos dos textos en lo que aparece esta asimilación: Ulp. *ed. aed. cur.* D. 21.1.23.7: *Iulianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere*; Paul. 69 *ed. D.* 21.1.60: *Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit*.

⁴³⁷ Lenel apunta que se añadiría a la *intentio* una *exceptio temporalis*; LENEL, *EP* p. 560. Ulp. *ed. aed. cur.* D. 21.1.19.6: *Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet: si autem mancipium non redhibeatur...*; Pomp. 23 *Sab D.* 21.1.48.2: *Non nocebit emptori, si sex mensum exceptione redhibitoria exclusus velit intra annum aestimatoria agere*; Pap. 12 *resp D.* 21.1.55: *Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur*,

tiene alguna enfermedad o vicio, en este caso el comprador es el *procurator*, no el *dominus*, por lo que la obligación de informar al comprador ha sido incumplida por parte del vendedor que debería haber informado al *procurator*.

Continuando con la fórmula, encontramos lo que Lenel denomina “Restitutionsklausel”, una cláusula de restitución,: *si arbitrato C. Aquilii iudicis is homo N. Negidio redhibebitur quodque ex eo post venditionem acquisitum est quodque in venditione ei accessit sive quid ex ea re fructus pervenit ad A. Agerium sive quid post venditionem traditionemque deterior A. Agerii opera familiaeve procuratorisve eius factus est, ea omnia N.Negidio restituentur et quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine data erit non reddetur cuiusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit non liberabitur*. Se trata de una cláusula extensa que tiene en cuenta diversas circunstancias que son tratadas por los juristas en los comentarios *ad edictum aedilium curulium*.⁴³⁸ El que compra es responsable del deterioro que después de la compra haya sufrido el esclavo, por obra suya, de sus hijos o procurador; también deberá el comprador restituir los frutos al vendedor. En Ulp. *ed. aed. cur.* D. 21.1.25.10, el jurista comenta parte de esta cláusula del edicto apuntando que el comprador previamente deberá devolver el esclavo al vendedor para que posteriormente el comprador pueda obtener el precio: *venditori emptor ea omnia, quae supra scripta sunt, praestet, sic deinde pretium consequatur*. Si NN no devolviera el precio, se le condenará a pagarlo: *quati ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato*

Al final de §51.1, encontramos la expresión: *ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam*. La posibilidad de incluir excepciones

⁴³⁸ La posibilidad de reconstruir estas cláusulas tan precisas cómo las que se observan en la fórmula de la *actio redhibitoria*, se explica a partir de la construcción de los *libri ad edictum* como un comentario leamático, es decir, la explicación de cada palabra individual de la fórmula impulsa la descripción de las instituciones y la resolución de los casos. MANTOVANI, *Formule* p. 23.

en las acciones edilicias la encontramos en Pomp. 23 *Sab D.* 21.1.48.4: *In aediliciis actionibus exceptionem opponi aequum est*. La expresión del fragmento de Africano–Juliano, hace referencia a que el procurador no podrá oponer la excepción útil *ex persona domini*; mediante esta excepción el demandado (vendedor) podría oponer al actor (*procurator*) el conocimiento del dueño del vicio del esclavo.

Benörht en su análisis de la *exceptio utilis* contenida en §51.1, parte del concepto de *exceptio utilis* sostenido por Nicosia, es decir, la extensión en vía útil de una excepción considerada civil por el autor, es decir, de una excepción fundada en una ley o un senadoconsulto. Asimismo, insiste en que se trata de una excepción que concede el pretor por motivos de equidad a un determinado grupo de personas. El autor, teniendo en cuenta este punto de partida, considera que el jurista expresa que no se podrá oponer una excepción útil *ex persona domini*, por no tratarse el *procurator* de una persona que forme parte del grupo protegido por una ley o senadoconsulto.⁴³⁹

La expresión *utilem exceptionem ex persona domini*, que aparece en nuestro fragmento, pone de relieve las características propias de la *exceptio utilis* como tipología de excepción: la extensión de una excepción edictal a un supuesto similar. D’Ors identifica la *exceptio utilis* a la que el texto hace referencia, con una *exceptio doli*.⁴⁴⁰ Si analizamos la expresión desde un punto de vista morfológico, observamos cómo la locución, *exceptionem utilem*, formada por un sustantivo y un adjetivo, aparece en el texto perfectamente concordada en acusativo; se trata de una expresión que debe ser examinada de forma unitaria, en tanto que designa una categoría concreta de excepción, como se demostrará seguidamente.

⁴³⁹ BENÖRH, H.P., *op. cit.*, p. 148-149

⁴⁴⁰ D’ORS, A., *Las quaestiones de Africano*, *op. cit.*, p. 379.

Cuando en un fragmento aparece la expresión *exceptio utilis* la primera cuestión a analizar es la circunstancia que da lugar a la extensión y seguidamente la excepción edictal a la que está haciendo referencia. Anteriormente ya nos hemos referido a que la circunstancia que da lugar a la extensión es el conocimiento de la enfermedad o vicio del esclavo por parte del *dominus*, siendo esta *scientia* del *dominus* la que alega el vendedor-demandado contra el *procurator-actor*.

Una vez concretada cual es el núcleo de la extensión el siguiente paso es determinar la excepción edictal a la que hace referencia. En la rúbrica correspondiente cuatro son los textos, incluyendo el que nos ocupa, en los que se hace referencia a la posibilidad del vendedor de oponer una excepción. El primer fragmento que encontramos es del jurista Pomponio: *Non nocebit emptori, si sex mensum exceptione redhibitoria exclusus velit intra annum aestimatoria agere.*⁴⁴¹ El contenido de la excepción que habría opuesto el vendedor es el plazo de los seis meses para plantear la *actio redhibitoria*.⁴⁴² El siguiente fragmento en el que se hace referencia a la excepción, es el ya comentado, Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.4, fragmento en el cual se explicita la posibilidad de incluir excepciones en las fórmulas de las acciones edilicias. Finalmente encontramos un fragmento de Ulpiano en el que aparece el recurso a la *exceptio* para proteger al vendedor, pero el jurista no explicita la concreta excepción que el edil concedería.⁴⁴³

⁴⁴¹ Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.2

⁴⁴² Este plazo aparece de forma muy preciso en un fragmento de la misma rúbrica, se alude a que el tiempo de la redhibición tiene seis meses a contar desde el día de la venta, o desde el momento en que se dijo o se prometió alguna cosa, en Ulp. *ed. aed. cur.* D. 21.1.19.6: *Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet: si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agitur, annus utilis est. sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit aut, si dictum promissumve quid est, ex eo ex quo dictum promissumve quid est.*

⁴⁴³ Ulp. 74 *ed.* D. 21.1.59.1: *Si quis duos homines uno pretio emerit et alter in ea causa est, ut redhibeatur, deinde petatur pretium totum, exceptio erit obicienda: si tamen pars pretii petatur, magis dicetur non nocere exceptionem, nisi forte ea sit causa, in qua propter alterius vitium utrumque mancipium redhibendum sit.*

El caso que se plantea es el de un sujeto que compra dos esclavos por un único precio. El jurista expone el supuesto de que uno de los esclavos deba ser redhibido y distingue dos situaciones: que el comprador reclame todo el precio, en cuyo caso podrá el vendedor oponer una excepción: *petatur pretium totum, exceptio erit obicienda*; o por el contrario, si sólo reclama una parte, no le perjudicará la excepción, *pars pretii petatur... non nocere exceptionem*. Observamos cómo el recurso a la excepción en el caso que se reclamara la totalidad del precio es lógico, mediante la *exceptio*, el edil protege al vendedor contra el comprador que plantea una *actio redhibitoria* solicitando la devolución del precio total cuando el objeto de la compraventa lo constituyen dos esclavos y sólo uno de ellos debe ser redhibido. Como se observaba al inicio, Ulpiano no explicita la concreta excepción a la que se estaría haciendo referencia.

En la rúbrica también encontramos un fragmento de Ulpiano aparece una referencia a una *replicatio doli*.⁴⁴⁴ El caso planteado es el de un vendedor que declara⁴⁴⁵ que el esclavo está sano excluyendo una enfermedad concreta, *venditor nominatim exceperit de aliquo morbo*. El jurista sostiene que debe estarse a lo convenido y por tanto, no se debe conceder la acción al comprador, se entiende, si reclama por la enfermedad declarada. A continuación, introduce mediante la conjunción “*nisi*” una excepción a esta regla general: *nisi sciens venditor morbum*. Volvemos a constatar la relevancia en el plano procesal del conocimiento del vendedor del vicio del esclavo. En el caso que el vendedor conociera la enfermedad, se dará la réplica de dolo, *dandam esse de dolo malo replicationem*. El recurso a la réplica que se puede ilustrar del siguiente modo:

⁴⁴⁴ Ulp. *ed. aed. cur.* D. 21.1.14.9: *Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo et de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum est eo quod convenit; remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus, nisi sciens venditor morbum consulto reticuit: tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem.*

⁴⁴⁵ Ulpiano en el fragmento emplea la expresión: “... *dixerit aut promiserit*...” que indicaría la existencia de una *stipulatio*, aunque teniendo en cuenta la *sedes materiae* parece más adecuado interpretar que la expresión está haciendo referencia a la declaración de la enfermedad o vicio del esclavo, y por tanto la acción del comprador sería una *actio redhibitoria*.



El comprador plantearía una *actio redhibitoria* contra el vendedor y éste opondría una *exceptio pacti*, alegando la declaración efectuada al comprador informando de una enfermedad del esclavo, y el comprador se defendería por una *replicatio doli*, al no tratarse de la enfermedad declarada sino de otra distinta conocida por el vendedor.⁴⁴⁶

Teniendo en cuenta este texto, en el que el conocimiento de la enfermedad del esclavo se opone mediante una *replicatio doli* parece plausible pensar que la *exceptio* edictal que se podría oponer en caso que el comprador conociera la enfermedad o vicio del esclavo, sería la *exceptio doli*. Esta hipótesis aparece corroborada con otro fragmento: Ulp. 74 *ed. D.* 44.4.4.5,⁴⁴⁷ ubicado fuera de la *sedes materiae* pero precisamente en la rúbrica *De doli mali et metus exceptione* (D. 44.4). En este texto Ulpiano cita al jurista Labeón y describe un supuesto de redhibición. El caso que se plantea es el de uno que compra un esclavo a sabiendas que es fugitivo, *si quis fugitivum esse sciens emerit servum*, aunque estipulara que no lo era,⁴⁴⁸ tendrá la *actio ex stipulatu* y el vendedor no podrá oponer la *exceptio*; en cambio si no se estipuló, el vendedor podrá oponer la

⁴⁴⁶ En este sentido se manifiestan varios autores: DONADIO, N., *La tutela del compratore*, *op. cit.* p. 263; JAKAB, É., "Praedicere" und "cavere" beim Marktkauf, *op. cit.* p. 186ss.; KASER, M., *Jurisdiktion der kurulischen Aedilen*, *op. cit.* p. 177ss.; IMPALLOMENE, G., *L'editto degli edili curuli*, *op. cit.* p. 21ss.

⁴⁴⁷ *Item Labeo scribit, si quis fugitivum esse sciens emerit servum et si stipulatus fuerit fugitivum non esse, deinde agat ex stipulatu, non esse eum exceptione repellendum, quoniam hoc convenit, quamvis ex empto actionem non haberet; sed, si non convenisset, exceptione repellatur.*

exceptio alegando que el comprador conocía que el esclavo era fugitivo, contra la acción redhibitoria o la *actio empti* planteada por el comprador. El supuesto hace referencia en todo momento a un comprador que conoce que el esclavo es fugitivo y la diferencia se concreta en si se ha estipulado que el esclavo no es fugitivo, *et si stipulatus fuerit fugitivum non esse, deinde agat ex stipulatu*.

La similitud con la casuística que se presenta en el texto que nos ocupa es clara, aparece un comprador *sciens* al que se le opone una excepción, teniendo en cuenta la rúbrica bajo la que se encuentra el fragmento, seguramente la *exceptio* a la que se está haciendo referencia es la *exceptio doli*. Teniendo en cuenta estas consideraciones, podemos concluir que la *exceptio doli* sería la *exceptio* edictal oponible por el vendedor en caso que el comprador conociera la enfermedad o vicio del esclavo.⁴⁴⁹

Para trasladar las conclusiones hasta ahora expuestas a §51.1, dividimos la última parte de la locución que hace referencia a la *exceptio utilis* en tres partes: *ex persona domini / utilem exceptionem / ei non putabat opponendam*. La expresión *utilem exceptionem*, como se ha apuntado anteriormente, designa una concreta categoría de *exceptio* cuya característica definitoria es la extensión de una excepción edictal a un supuesto no incluido en la misma. La excepción edictal sería la *exceptio doli*, y el núcleo de la extensión la encontramos enunciada con la expresión, *ex persona domini*. El recurso a la *exceptio utilis* queda del todo justificado puesto que el conocimiento que opondría el vendedor es el del *dominus*, no el del *procurator* que es el actor en el *iudicium*, por ello se produciría la extensión de la *exceptio doli*. En este caso no se trataría de una extensión propiamente subjetiva, en el sentido de que la *exceptio utilis* se concede a una persona para la que no estaba prevista, sino que se trataría de una

⁴⁴⁹Kaser se manifiesta en un sentido similar: „Vielleicht hat hier die ädilische Praxis eine stärker auf den individuellen Sachverhalt zugeschnittene *exceptio* ausgebildet, die indessen nicht im Edikt proponiert wurde“; KASER, M., *Jurisdiktion der kurulischen Aedilen*, *op. cit.* p. 178.

extensión que hace referencia a la persona a la que se opone la excepción, que en este caso se trataría de una persona distinta pero que con el sujeto previsto tiene una relación jurídica preexistente.

Finalmente faltaría analizar la última parte de la frase: *ei non putabat opponendam*, el jurista considera que el vendedor no podrá oponer la excepción útil. Anteriormente ya se ha apuntado la opinión de Behnört que parte del concepto de excepción útil de Nicosia y considera que no se concedería por no tratarse el comprador de una persona protegida por una ley o un SC. El motivo por el que no se concede la *exceptio utilis* al vendedor, no es que éste no se encuentre dentro del grupo de sujetos protegidos por una excepción civil, cómo la denominan los autores, sino que el vendedor ha incumplido los preceptos contenidos en el edicto del edil y por tanto no puede ser protegido. El concepto de *exceptio utilis* que sostenemos en esta investigación es el de una excepción creada a partir de una excepción edictal que extiende su ámbito de aplicación por motivos de equidad a un supuesto no previsto en ésta. En §51.1 faltaría el requisito principal, el motivo de equidad por el que se produce la extensión. El vendedor ha incumplido la obligación de informar sobre las enfermedades o vicios del esclavo establecida en el edicto edilicio; si bien el *dominus* conoce la enfermedad o vicio del esclavo, no sabemos si porque el vendedor efectivamente lo ha informado o por otras circunstancias, el *procurator*, que es efectivamente quien ha realizado la compra del esclavo, desconoce esta información por lo que el vendedor no puede ser protegido por el edil cuando ha incumplido su edicto.

4.5. *Exceptio utilis ex praeiudicium*

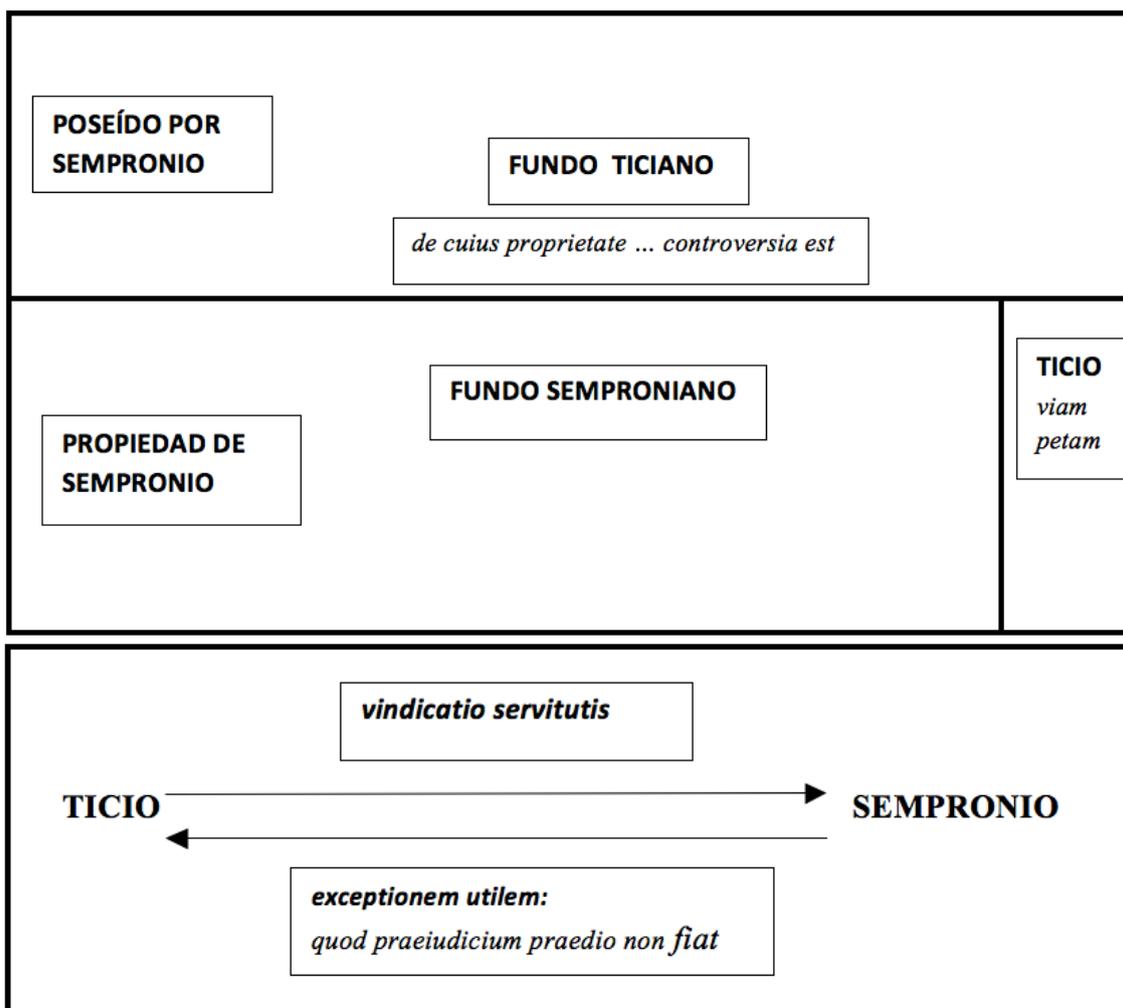
4.5.1. Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16; 4.5.2. Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.18; 4.5.3. Ulp. 15 *ed.* D. 5.3.25.17

4.5.1. Afr. 9 *ed.* D. 44.1.16

En este apartado analizaremos Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16, que encontramos bajo la rúbrica, *De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis*. De nuevo nos encontramos ante un texto del jurista Africano en el que aparece la expresión “*exceptionem utilem*”:

Fundum Titianum possides, de cuius proprietate inter me et te controversia est, et dico praeterea viam ad eum per fundum Sempronianum, quem tuum esse constat, deberi. Si viam petam, exceptionem "quod praeiudicium praedio non fiat" utilem tibi fore putavit, videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse.

En el fragmento intervienen dos sujetos: *me* (Ticio en adelante) y *te* (Sempronio en adelante). Existe una controversia entre Ticio y Sempronio sobre la propiedad del fundo Ticiano que es poseído por Ticio. Ticio reclama la servidumbre de paso del fundo Ticiano que transcurre por el fundo Semproniano, que es propiedad de Sempronio. Apunta Africano que Sempronio tendrá la excepción útil “*quod praeiudicium praedio non fiat*”. El supuesto se podría esquematizar del siguiente modo:



Del fragmento no se puede deducir cuál es el motivo por el que existe una controversia sobre la propiedad del fundo Ticiano entre Ticio y Sempronio. Los datos de los que disponemos son que Sempronio posee el fundo Ticiano y es propietario del fundo Semproniano, y Ticio reclama a Sempronio la servidumbre de vía que transcurre por el fundo Semproniano.

Coincidimos con la doctrina que de forma unánime ha interpretado que la expresión "*viam petam*" haría referencia a que Ticio plantearía una *vindicatio servitutis* contra Sempronio.⁴⁵⁰ Talamanca apunta el ejercicio de la acción

⁴⁵⁰ No entraremos en analizar la problemática que se plantea en relación a la legitimación activa y pasiva en la *vindicatio servitutis*, simplemente destacar que partiendo de la configuración del supuesto, estaríamos ante un presunto propietario no poseedor del fundo dominante que

reivindicatoria hace inútil el planteamiento de la *vindicatio servitutis*, la cual deberá ser promovida después de la decisión de la acción reivindicatoria en cuanto persigue una finalidad práctica diferente.⁴⁵¹ D'Ors apunta también que la *vindicatio servitutis* sería prejudicial respecto a la propiedad, y por ello se le opondría la *exceptio quod praeiudicium praedio non fiat*.⁴⁵² Más recientemente Zucotti también se ha manifestado en el mismo sentido, apuntando que la inserción de la *exceptio praeiudicii* en la *vindicatio servitutis*, tendría por finalidad paralizar la acción hasta que se resolviera la cuestión de la propiedad.⁴⁵³ Hackl sostiene que la *exceptio* prohíbe al juez en una *vindicatio servitutis* decidir sobre la cuestión de la propiedad.⁴⁵⁴

Examinando el fragmento, advertimos cómo la expresión "*controversia est*" hace referencia a que la acción reivindicatoria ha sido ya entablada; seguramente en esta acción, Ticio, presunto propietario no poseedor, será el actor y Sempronio poseedor del fundo, será el demandado. Talamanca sobre esta cuestión apunta que a diferencia de lo que ocurre con la *exceptio quod hereditati praeiudicium non fiat*, que sólo puede ser insertada en la acción incidental antes de que se hubiera iniciado la *hereditatis petitio*,⁴⁵⁵ en el caso de la *exceptio quod praeiudicium praedio non fiat* la oposición de la excepción sólo podría realizarse si ya se hubiera producido la *litis contestatio* de la *reivindicatio*; la diversa

interpone una *vindicatio servitutis* contra el propietario del fundo sirviente que a su vez es poseedor del fundo dominante. D'ORS, A., *Las Quaestiones de Africano*, op. cit. p.

⁴⁵¹ TALAMANCA, M., *Studi sulla legittimazione passiva alla "hereditatis petitio"*, Ed. Giuffrè, Milano, 1956, p. 164.

⁴⁵² D'ORS, A., *Las Quaestiones de Africano*, op. cit. p. 446

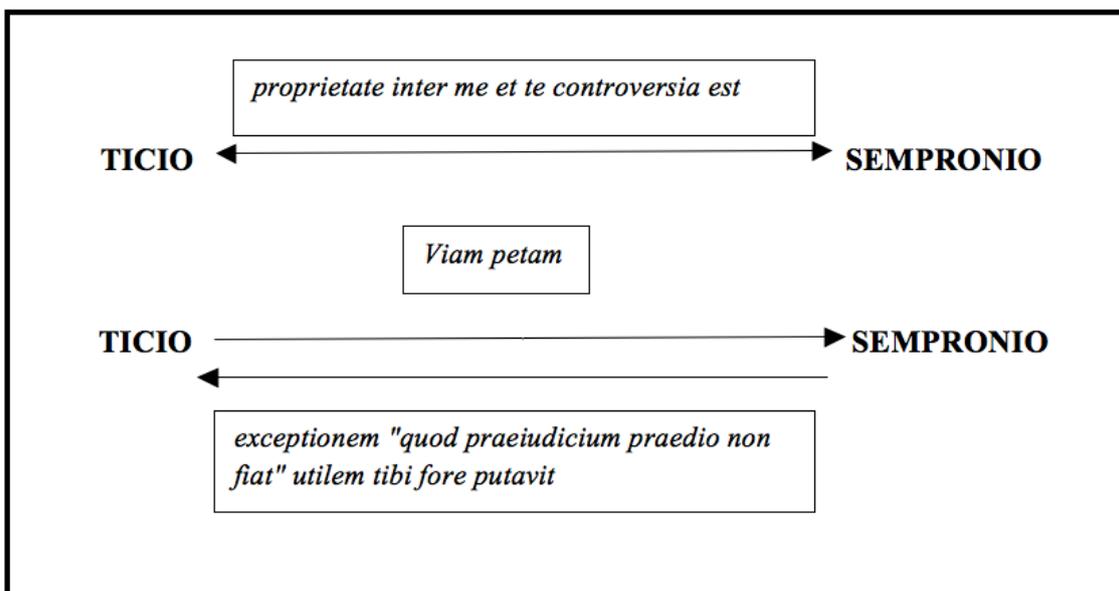
⁴⁵³ ZUCOTTI, F., *Sulla tutela processuale delle servitù considette pretorie*, Collana della Rivista di Diritto romano – Atti del Convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico", Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/attipontignanozucotti.pdf>, p. 27, nt. 37.

⁴⁵⁴ HACKL, K., *Praeiudicium im klassischen römischen recht*, Ed. Anton Pustet, Salzburg, 1976, p. 110.

⁴⁵⁵ El autor plantea esta teoría de acuerdo con un texto de Juliano, Iul. 50 dig. D. 44.2.13: *Si post litem de hereditate contestatam res singulae petantur, placet non obstare exceptionem "quod praeiudicium hereditati non fiat": futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatae sunt.*

configuración de ambas excepciones se justifica según Talamanca en que ambas persiguen un interés práctico diverso.⁴⁵⁶

Partimos por tanto de la existencia de un *iudicium* sobre la propiedad entre Ticio y Sempronio en el que aún no ha habido sentencia, y a su vez, Ticio ha entablado una acción sobre la servidumbre de vía contra Sempronio:



Observamos cómo el pretor protege a Sempronio mediante una excepción contra la pretensión de Ticio sobre la servidumbre de vía. Esta protección puede justificarse por varios motivos. El motivo principal y que conforma el contenido de la excepción es que la acción no puede prejuzgar la cuestión de la propiedad del fundo Ticiano. También deben ser tenidas en cuenta las consecuencias de una sentencia absolutoria o condenatoria. La *vindicatio servitutis* se paraliza para que la sentencia no prejuzgue la cuestión sobre la propiedad que está pendiente, pero también para evitar que el efecto de cosa juzgada de la sentencia, puesto que si Sempronio es absuelto y posteriormente se declara que Ticio es el propietario de la finca dominante, no podrá volver a plantear la *vindicatio servitutis*.

⁴⁵⁶ TALAMANCA, M., *Studi sulla legittimazione passiva alla "hereditatis petitio"*, op. cit. p. 164, nt. 44 y 166. En el mismo sentido: HACKL, K., *Praeiudicium im klassischen römischen recht*, op. cit. p. 110.

La *exceptio quod praeiudicium praedio non fiat* la encontramos recogida en la reconstrucción del edicto de Lenel, bajo la rúbrica §274: *Ne praeiudicium hereditati non fiat*. El autor en las dos primeras ediciones de su reconstrucción del edicto asume que la *exceptio quod praeiudicium praedio non fiat* es una excepción edictal. En la tercera edición, modificando su opinión anterior, apunta que siguiendo el ejemplo de la *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* se construyó la *exceptio quod praeiudicium praedium non fiat*. Lenel rechaza la opinión de Pissard que sostenía que esta excepción era concedida por el pretor como *utilis*,⁴⁵⁷ añadiendo que el adjetivo “*utilis*” haría referencia a la aplicación de la excepción de forma gradual por la jurisprudencia: “Die Ausdrucksweise Afrikans in (44.1)16 spricht eher für allmähliche Durchsetzung durch die Jurisprudenz”.⁴⁵⁸

Rudorff también recoge esta excepción en su reconstrucción del edicto bajo la rúbrica *De praescriptionibus et praeiudiciis*. Este autor formula la excepción de forma unitaria: *Si in ea re, qua de agitur inter Aulum Agerium et Numerium Negidium, hereditati (praedio, fundo partive eius, rei maioris pecuniae, in reum capitis) praeiudicium non fiat*. De esta formulación podríamos extraer que el autor partiría de una consideración edictal de estas excepciones.⁴⁵⁹

Mantovani también menciona la excepción *quod praeiudicium praedio (partive eius) non fiat* como edictal apuntando la precisión terminológica que aparece en Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.18 en el que aparece *praedio* en vez de *fundo* que aparece en §16. Destacamos que el autor formula la excepción siguiendo la formulación que aparece en Gai. 7 *ed. prov.* D. 10.2.1.1: “*si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat*”.⁴⁶⁰

⁴⁵⁷ PISSARD, H., *Les questions préjudicielles en droit romain*, Paris, 1907, p. 105

⁴⁵⁸ LENEL, *EP* p. 506, nt. 3.

⁴⁵⁹ RUDORFF, *Edictum* p. 241-242

⁴⁶⁰ *Quae quidem actio nihilo minus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet: sed si is qui possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc*

Marrone, en el mismo sentido que Lenel también apunta que se trataría de una *exceptio* verosíblemente no edictal, propuesta sólo por la jurisprudencia.⁴⁶¹

En nuestra opinión, resultaría complicado defender el carácter edictal de la *exc. q. p. f. n. f.* En primer lugar, como ya se ha observado, los autores hacen referencia a que se trataría de una excepción de construcción jurisprudencial, o bien, que se trataría de una excepción análoga a la *exc. q. p. h. n. f.* Asimismo debemos tener en cuenta que únicamente encontramos en las fuentes una muestra de esta excepción, que precisamente recoge Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16, fragmento en el que aparece el adjetivo *utilis* referido a la misma. Por el contrario, en el caso de la excepción edictal *exc. q. p. h. n. f.*, destacamos una mayor presencia de esta excepción en las fuentes, así como su ubicación en *sedes materiae*. La referencia a la excepción la encontramos en: Ulp. 15 *ed.* D. 5.3.25.17 bajo la rúbrica *De hereditatis petitione*; Gai. 7 *ed. prov.* D. 10.2.1.1 bajo rúbrica *Familiae erciscundae*; y Iul. 50 *dig.* D. 44.1.13 bajo *De exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis*. Constatamos que las rúbricas bajo las que aparece esta excepción, *De hereditatis petitione* y *Familiae erciscundae*, son coherentes con el contenido de la excepción, apareciendo también bajo *De exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis*. Asimismo debemos tener en cuenta un fragmento de las Instituciones de Gayo que hace referencia a la *exceptio* y a su origen como *praescriptio pro reo*:

exceptionem "si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat". Quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio: quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit: nisi enim coheres sit, neque adiudicari quicquam ei oportet neque adversarius ei condemnandus est.

⁴⁶¹ MARRONE, M., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, p. 268.

Gai. 4.133: *Sed his quidem temporibus, sicut supra quoque notauimus, omnes praescriptiones ab actore proficiscuntur. olim autem quaedam et pro reo opponebantur, qualis illa erat praescriptio: EA RES AGATVR, SI IN EA RE PRAEIVDICIVM HEREDITATI NON FIAT, quae nunc in speciem exceptionis deducta est et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere iudicii praeiudicium hereditati faciat, ueluti cum singulas res petat; est enim iniquum per unius23 versus inc. Legi nequeunt).....*⁴⁶²

Gai. 4.133, lo encontramos ubicado en los fragmentos del comentario cuarto de las Instituciones de Gayo que hacen referencia a la *praescriptio* como parte de la fórmula (Gai. 4.130-137). El fragmento señala que todas las *praescriptiones* competen a los actores: *omnes praescriptiones ab actore proficiscuntur*. Gayo continúa precisando que antiguamente algunas *praescriptiones* también competían a los demandados: *olim autem quaedam et pro reo opponebantur*. De aquí la distinción que tradicionalmente se ha realizado entre *praescriptiones pro actore* / *praescriptiones pro reo*.⁴⁶³ Respecto a las *praescriptiones pro reo*, apunta el ejemplo concreto de la *praescriptio: ea re agatur, si in ea re praeiudicium hereditati non fiat*, y apunta que esta *praescriptio*, se asimila a la *exceptio: quae nunc in speciem exceptionis deducta est et locum habet*. Continúa indicando la función de la antigua *praescriptio* y la posterior *exceptio*: que el *petitor hereditatis* mediante una acción distinta a la *hereditatis petitio*, prejuzgue la cuestión del derecho a suceder. En este fragmento se observa la evolución de la *praescriptio ea re agatur, si in ea re praeiudicium hereditati non fiat* a la *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*. Observamos cómo la finalidad y el contenido de ambas sería el mismo.⁴⁶⁴

⁴⁶² FIRA II, p. 181.

⁴⁶³ Sobre la *praescriptio* vid. PELLECCI, *Praescriptio* y bibliografía citada.

⁴⁶⁴ No entraremos en la discusión sobre la relación entre *praescriptio pro reo* y *exceptio*, pero si comentaremos que tradicionalmente, partiendo de Gai. 4.133, se ha afirmado el origen de la *exceptio* en la *praescriptio pro reo*. Vid. *supra* pp. 47ss

Del reflejo que encontramos en las fuentes de la *exc. q. p. h. n. f.*, se desprende el carácter edictal; en cambio, en el caso de la *exc. q. p. f. n. f.*, lo que se desprende es su probable carácter de *exceptio utilis* decretal. Sostenemos el carácter de útil de la *exc. q. p. f. n. f.*, partiendo precisamente de la configuración de la *exc. q. p. h. n. f.* Observando la redacción de ambas *exceptiones*, resulta evidente la analogía entre ambas. En las fuentes la referencia a estas excepciones aparece del siguiente modo:

<i>quod praeiudicium hereditati non fiat</i>	Ulp. 15 <i>ed.D.</i> 5.3.25.17; Iul. 50 <i>dig.</i> D. 44.1.13
<i>quod praeiudicium praedio non fiat</i>	Afr. 9 <i>quaest.</i> D. 44.1.16
<i>quod praeiudicium fundo partive eius non fiat</i>	Afr. 9 <i>quaest.</i> 44.1.18

Observamos todas ellas se inician con la partícula “*quod*”; d’Ors apunta que las *exceptiones* con “*quod*” serían antiguas *praescriptiones pro reo*.⁴⁶⁵ Destacamos un fragmento de Gayo (Gai. 7 *ed. prov.* D. 10.2.1.1) que también se refiere a la *exc. q. p. h. n. f.*⁴⁶⁶ Observamos cómo en este fragmento Gayo formula la excepción: “*si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat*”. Esta formulación parece más próxima a la formulación de las excepciones edictales, que aparecen introducidas por el condicional “*si*”. Asimismo, debemos tener en cuenta la posibilidad de que la referencia a la concreta excepción se formulara en los términos que aparece en los citados fragmentos, precedida de “*quod*”, pero que la redacción de la excepción que finalmente se incluyera en la

⁴⁶⁵ D’ORS, A., *Las quaestiones de Africano*, *op. cit.* p. 446, nt. 1112. En el mismo sentido: KASER, ZPR p. 320, nt. 61.

⁴⁶⁶ *Quae quidem actio nihilo minus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet: sed si is qui possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem "si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat". Quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio: quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit: nisi enim coheres sit, neque adiudicari quicquam ei oportet neque adversarius ei condemnandus est.*

fórmula fuera la que aparece en Gai. 7 *ed. prov.* D. 10.2.1.1.⁴⁶⁷ Asimismo, podemos comparar la *praescriptio* formulada por Gayo en las Instituciones con la fórmula propuesta por el mismo jurista en su comentario *ad edictum provinciale*:

Gai. 4.133: "*ea res agatur, si in ea re praeiudicium hereditati non fiat*"

Gai. 7 *ed. prov.* D.10.2.1.1: "*si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat*"

Gai 4.133 (<i>praescriptio</i>)	Gai. 7 <i>ed. prov.</i> D.10.2.1.1 (<i>exceptio</i>)
<i>si in ea re</i>	<i>si in ea re</i>
<i>ea res agatur</i>	<i>qua de agitur</i>
<i>praeiudicium hereditati non fiat</i>	<i>praeiudicium hereditati non fiat</i>

Hackl respecto a la formulación de la excepción apunta que los fragmentos Ulp. D. 5.3.25.17 y Iul. D. 44.1.13, utilizados para enunciar la excepción con "*quod*" puede tener por finalidad que esta partícula permaneciera al inicio de la fórmula como la *praescriptio*. Destaca también el autor que los términos "*qua de agitur*" usados por Gayo tienen la finalidad de integrarse en la redacción de la fórmula.⁴⁶⁸

En cualquier caso, independientemente de cuál fuera la concreta formulación de la *exceptio praeiudicii*, si la expuesta por Gayo (*si ea re...*) o la propuesta por Ulpiano y Juliano (*quod praeiudicium...*), el paralelismo entre la *exc. q. p. h. n. f.*, y la *exc. q. f. p. n. f.* es incuestionable. Partiendo de esta analogía y de la referencia que aparece en Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16 al carácter útil de la *exc. q. p. f. n. f.*, podemos afirmar se trataría de una *exceptio utilis* creada a partir de la

⁴⁶⁷ En este sentido: FIORI, R., *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Giuffrè Editore, Milán, 2003, p. 24 nt. 77. Este autor sostiene que la formulación de estas excepciones con "*quod*", que aparecen en los textos, no sería la concreta redacción de la excepción sino una paráfrasis de la misma.

⁴⁶⁸ HACKL, K., *Praeiudicium im klassischen römischen recht*, *op. cit.* p. 97, nt. 7.

edictal *exc. q. p. h. n. f.* Esta teoría parte de diversos argumentos que parecen confirmar la extensión de la *exc. q. p. h. n. f.* a un supuesto no previsto en la misma; es decir, que no se pueda producir un perjuicio sobre la propiedad del fundo. Un primer argumento ya expuesto sería la presencia de las fuentes de ambas excepciones: una presencia más importante de la *exc. q. p. h. n. f.* que aparece como sucesora de la *praescriptio* “*ea res agatur, si in ea re praeiudicium hereditati non fiat*”, y la aparición de la *exc. q. p. f. n. f.* en un único fragmento. Un segundo argumento partiría que en el único fragmento en el que aparece la *exc. q. p. f. n. f.*, también aparece la expresión “*exceptionem utilem*”. Finalmente también debe ser tenida en cuenta la redacción de ambas excepciones que es prácticamente idéntica, cambiando únicamente “*hereditati*” por “*fundo*”.

4.5.2. Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.18

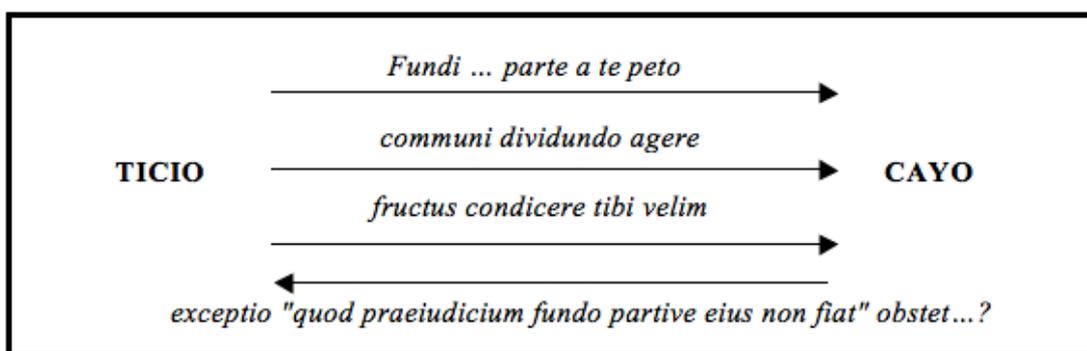
En este apartado analizaremos un texto también del jurista Africano, Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.18 que en la Palingenesia aparece a continuación de Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16, bajo la misma rúbrica, *De exceptionibus*, formando un único fragmento (118). Observamos por tanto, como en ambos textos aparece un elemento común que es la excepción.

Fundi, quem tu proprium tuum esse dicis, partem a te peto et volo simul iudicio quoque communi dividundo agere sub eodem iudice.⁴⁶⁹ item si eius fundi, quem tu possideas et ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi velim: quaesitum est an exceptio "quod praeiudicium fundo partive eius non fiat" obstet an deneganda sit. Et utrubique putat intervenire praetorem debere nec

⁴⁶⁹ Parte de la doctrina ha apuntado que la expresión “*sub eodem iudicem*” estaría interpolada. Talamanca apunta esta posibilidad refiriendo la opinión de Marrone que partiendo de una noción de *praeiudicium* equivalente a “prejuicio de hecho”, consideraba que si los juicios hubieran sido decididos por el mismo juez no habría habido ninguna posibilidad de *praeiudicium*, Hackl por el contrario considera que la expresión únicamente subraya el carácter simultáneo de las acciones. HACKL, K., *Praeiudicium im klassischen römischen recht, op. cit.* p. 112, nt. 1

permittere petitori, priusquam de proprietate constet, huiusmodi iudiciis experiri.

En este fragmento Africano plantea un supuesto en el que *ego* (en adelante Ticio) reclama la propiedad *pro parte* de un fundo a *te* (en adelante Cayo) y quiere plantear simultáneamente ante el mismo juez la *actio communi dividundo* y la *condictio fructuum*. El fragmento también informa que Cayo posee el fundo. La cuestión que se plantea el jurista aparece expresada de un modo un tanto ambiguo: *quaesitum est an exceptio "quod praeiudicium fundo partive eius non fiat" obstet an deneganda sit*. Teniendo en cuenta la estructura del fragmento, la cuestión sobre la concesión de la excepción se centra en su posible inclusión en la *condictio fructuum*:



A primera vista parecería que la cuestión versa sobre si el pretor debe dar o denegar la excepción, pero si tenemos en cuenta el contexto, esta solución no tendría demasiado sentido puesto que al final del fragmento, Africano expone la opinión de Juliano que considera que el pretor deberá impedir que el demandante (Cayo) ejercite estas acciones antes que resuelva la cuestión de la propiedad. Por tanto, la referencia de Africano a la excepción no trataría sobre si ésta se debería conceder o denegar, sino si obstará la excepción o se deberá denegar la acción, lo cual sería más congruente, y enlazaría con la opinión de Juliano apuntada al final del fragmento. D'Ors sostiene esta teoría y apunta que debería restituirse *an*

deneganda sit <actio>.⁴⁷⁰ De este modo la alternativa *exceptio obstet / actio deneganda sit* aparecería de forma explícita.

Observamos cómo la solución propuesta en este fragmento parece distinta a la sostenida por el mismo jurista en §16 que opta por conceder la *exc. q. p. p. n. f.* Incluso se podría pensar que se trata de un *ius controversum* entre Africano y su maestro Juliano. La doctrina ha destacado una diferencia fundamental entre ambos textos que es la que justifica esta distinta solución, y es que en el caso de §18, las acciones se plantean simultáneamente: *...partem peto et simul iudicium...*, en cambio en §16 se apuntaba que la acción ya estaba entablada: *controversia est*.⁴⁷¹ Consideramos que efectivamente esta sería la clave que explicaría porqué en este supuesto la solución propuesta por el jurista es la de denegar la acción, al contrario que en §16 que concede la excepción, puesto que en el caso de §18, la acción ya está entablada y es posible que la fase *apud iudicem* también esté avanzada, por lo que si se plantea una nueva acción que pudiera resultar prejudicial respecto a la primera, esta nueva acción se paralizaría mediante la inclusión de la *exceptio* hasta la inminente resolución de la acción principal. Asimismo debemos destacar la diferente naturaleza de las acciones que aparece en §16 y en §18. En el caso de §18, se hace referencia a que Ticio plantearía una *actio communi dividundo* contra Cayo, y esta acción, que incluye una *condemnatio*, también podría comprender la reclamación de los frutos.

Analizando la excepción formulada por el jurista: *quod praeiudicium fundo partive eius non fiat*, observamos que prácticamente sigue la misma estructura que la *exceptio quod praeiudicium praedio non fiat* que aparece en §16. Ambos supuestos plantean una misma problemática que se centra en el carácter

⁴⁷⁰ D'ORS, A., *Las Quaestiones de Africano*, *op.cit.* p. 477. En el mismo sentido: HACKL, K., *Praeiudicium im klassischen römischen recht*, *op. cit.* p. 113, nt. 2. En contra: PAPA, G., *La replicatio*, *op. cit.* p. 105ss.

⁴⁷¹ HACKL, K., *Praeiudicium im klassischen römischen recht*, *op. cit.* p. 116; D'ORS, A., *Las Quaestiones de Africano*, *op. cit.* p. 477.

prejudicial de algunas acciones planteadas paralelamente a una acción declarativa de la propiedad. El único elemento específico que manifiesta la distinción de las excepciones es la inclusión de la expresión "*partive eius*" que hace referencia a la acción simultáneamente entablada que en este caso sería la *actio communi dividundo* y que produciría un perjuicio respecto de una parte del fundo. En el fragmento no se explicita que se trate de una *exceptio utilis*, pero resulta evidente que la formulación se extrae también de la *exc. q. p. h. n. f.* En la Palingenesia ambos textos aparecen consecutivamente en el *libro 9 quaestionum* de Africano, lo cual podría ser un indicio de una naturaleza similar de ambas excepciones. Teniendo en cuenta estas consideraciones, podría sostenerse el carácter útil de la *exceptio quod praeiudicium fundo partive eius non fiat*, aunque en 18, no aparezca el adjetivo "*utilis*" de forma expresa.

4.5.3. Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.17

Finalmente, analizaremos un fragmento del *libro 15 ad edictum*, del jurista Ulpiano que aparece bajo la rúbrica *De hereditatis petitione*:

Item si rem distraxit bonae fidei possessor nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emptore possit? Et si vindicet, an exceptione non repellatur "quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venum dedit", quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit? Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent.

Quid tamen si is qui vendidit paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur? Incipit exceptio locum habere ex persona emptorum. Certe si minori pretio res venierint et pretium quodcumque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici exceptione eum summoverti. Nam et si id

*quod a debitoribus exegit possessor petitori hereditatis solvit, liberari debitores Iulianus libro quarto digestorum scribit, sive bonae fidei possessor sive praedo fuit qui debitum ab his exegerat, et ipso iure eos liberari.*⁴⁷²

Este fragmento plantea diversas cuestiones complejas que no son objeto de este estudio, por lo que únicamente se analizará el fragmento desde la perspectiva la concesión y contenido de la excepción. Los sujetos que intervienen son tres: un poseedor de buena fe (vendedor), en adelante Ticio; un comprador, en adelante Cayo; uno que cree ser heredero, en adelante Sempronio, que de acuerdo con el fragmento estaría legitimado para interponer la *hereditatis petitio*. La primera parte del fragmento expone un supuesto fáctico en que Ticio, poseedor de buena fe de un bien hereditario,⁴⁷³ lo vende a Cayo sin haberse enriquecido con el precio: *si rem distraxit bonae fidei possessor nec pretio factus sit locupletior*;⁴⁷⁴ y Sempronio (que se considera heredero), reclama a Cayo-comprador la cosa antes de ser usucapida: *si nondum usucaptae sint, vindicare*

⁴⁷² Varios autores han coincidido en considerar el texto interpolado: PISSARD, H., *Les questions préjudicielles en droit Romain, op. cit.* pp. 44ss; DERNBURG, H., *Über das Verhältnis hereditatis petitio zu den erbschaftlichen singularklagen*, Heidelberg, 1852, p. 99ss. Si bien se han tenido en cuenta estas interpolaciones, consideramos que la parte del texto que atañe a la *exceptio* puede considerarse genuina puesto que concuerda con los preceptos clásicos.

⁴⁷³ Podemos calificar la posesión de Ticio de *possessio pro herede*, puesto que como veremos en el análisis del fragmento está dispuesto a *defendere hereditatem*, y es calificado de poseedor de buena fe. No descartamos que pueda tratarse de un *bonorum possessor*.

⁴⁷⁴ Sobre la expresión: *nec pretio factus sit locupletior*, se ha discutido si constituye una interpolación. Destacamos la opinión de Beseler, que apunta que esta expresión constituiría una interpolación al alinear la opinión de Paulo con el contenido del *SC. Iuventianum*. El *SC. Iuventianum* del 129 d.C. fue propuesto por Juvencio Celso. Su contenido lo encontramos en Ulp. 15 *ed. D.* 5.3.20.6. El *SC.* establecía una regla general de exigibilidad del enriquecimiento obtenido por el poseedor demandado en la *hereditatis petitio*, estableciendo una distinción en la aplicación de esta regla entre el poseedor de buena fe y el de mala fe. El poseedor de mala fe que había dejado de poseer por una actuación consciente, respondía como si poseyera, y por tanto estaba obligado a restituir plenamente. Por el contrario, el poseedor de buena fe únicamente responde del precio obtenido en la venta y no de los intereses que hubiera podido devengar dicho precio. CASINOS MORA, F.J., *De hereditatis petitione. Estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en derecho romano*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 148-157. Hackl, siguiendo a Kaser y a di Paola, apunta con alguna salvedad, que el *SC. Iuventianum* no modifica la configuración propia de la *hereditatis petitio* sino que la aclara: "Das *SC Iuventianum*, das nur einen Einzelfall entscheidet (*vindicatio caducorum*), hat die vorher geltende Regelung der *her. pet.* im wesentlichen nicht abgeändert, sondern nur verdeutlicht". HACKL, K., *Praejudicium im klassischen römischen recht, op. cit.* p. 85.

petitor ab emptore... La cuestión que se plantea el jurista es si Cayo-comprador que es demandado por Sempronio, que cree ser heredero, podrá oponer la *exceptio: quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venundedit*. El jurista no responde de forma explícita a la pregunta formulada por él mismo, sino que apunta que podrán vindicarse las cosas si los compradores no tuvieran la repetición contra el vendedor, sin hacer referencia a la concesión de la *exceptio*.⁴⁷⁵

Partiremos por tanto de de la excepción que se formula en el fragmento: “*quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venum dedit*”. Observamos cómo la excepción se compone de la excepción edictal: *quod praeiudicium hereditati non fiat*, a la cual se le añade “*inter actorem et eum qui venum dedit*”. El análisis se centrará en las relaciones jurídicas que dan lugar la concesión de la acción y de la excepción.

Ticio, poseedor de buena fe vende a Cayo una cosa que el tenor del fragmento nos hace suponer que se trata de un bien hereditario. Posteriormente Sempronio, que puede plantear la *hereditatis petitio*, vindica del comprador cada una de las cosas. La cuestión que se plantea es si Cayo podría oponer a Sempronio la *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venundedit*. El contenido de la excepción hace referencia a que no se produzca un

⁴⁷⁵ Palermo apunta que la respuesta a esta cuestión debería ser negativa, es decir que en este supuesto no se debería conceder la excepción. La justificación del autor se basa en que el poseedor de buena fe de un bien hereditario podía realizar actos de enajenación y el heredero sólo podía reclamar aquello en que se hubiera enriquecido y cita Ulp. 15 *ed. D.* 5.3.25.1. Teniendo en cuenta que en nuestro supuesto el poseedor de buena fe no se habría enriquecido no le podrá ser reclamado el precio y en consecuencia tampoco podrá ser reclamado al comprador. El autor reconstruye la última parte del fragmento del siguiente modo: ... *et puto non posse res vindicare, quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum*. PALERMO, *Studi* p. 42. Sobre esta cuestión debemos precisar que si bien es cierto que el heredero sólo podrá reclamar al poseedor de buena fe aquello en que se hubiera enriquecido, ello implica que puede reclamar el precio obtenido por las cosas vendidas, pero no los intereses devengados: Ulp. 15 *ed. D.* 5.3.20.6: ... *placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas idemque in similibus causis servandum*. CASINOS MORA, F.J., *De hereditatis petitione, op. cit.* p. 155.

prejuicio entre el actor, que se cree heredero y el vendedor, poseedor de buena fe, en relación a la herencia. Ulpiano apunta que si Ticio, poseedor de buena fe, estuviera dispuesto a defender la herencia, entonces tendrá lugar la excepción por parte del comprador: ... *tamen si is qui vendidit paratus sit ita defendere hereditatem ... Incipit exceptio locum habere ex persona emptorum...*

La referencia a la acción planteada por el que se cree heredero es formulada en los siguientes términos: ...*vindicare petitor ab emptore...* Los autores coinciden en que la acción planteada por el que se cree heredero sería la *actio reivindicatoria*,⁴⁷⁶ lo cual concordaría con el principio que establece que la *hereditatis petitio* no podría ser prejuzgada por la *vindicatio* de una *singula res*, y por tanto, tendría lugar la excepción. Este principio lo encontramos reflejado en

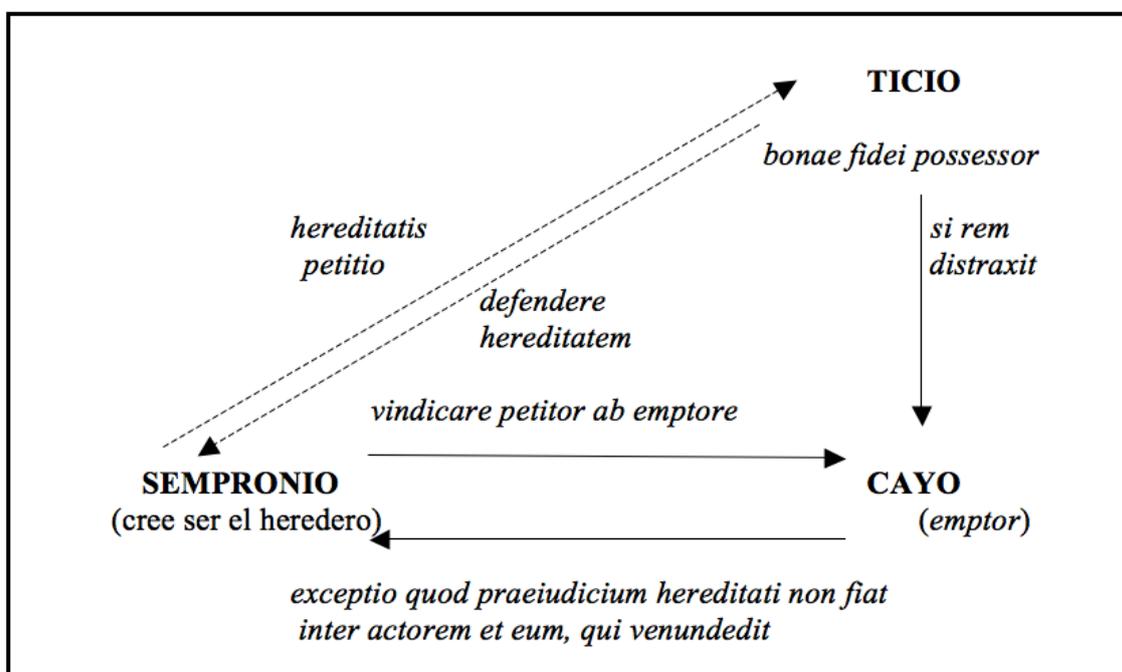
La referencia a *alio genere iudicium praeiudicium hereditati faciat, veluti cum singulas res petat*, bien puede apuntar a la acción reivindicatoria. Casinos Mora apunta acertadamente que la finalidad de la *exceptio quod praeiudicium hereditatem non fiat* es precisamente constreñir al actor a ejercer la *hereditatis petitio* sobre el patrimonio hereditario y evitar que la petición de un único objeto prejuzgue toda la herencia.⁴⁷⁷

Partiendo por tanto de que la acción planteada por el que se cree heredero contra el comprador es la acción reivindicatoria, debemos retomar el inciso del fragmento que hace referencia al momento en que empezaría a actuar la citada excepción: *Quid tamen si is qui vendidit paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur? Incipit exceptio locum habere ex persona emptorum*. El jurista plantea como elemento determinante para conceder la excepción *ex persona emptorum*, la defensa de la herencia por parte del que

⁴⁷⁶ DERNBURG, H., *Über das Verhältnis hereditatis petitio zu den erbschaftlichen singularklagen*, op. cit p. 92; PALERMO, *Studi* p. 40; HACKL, K., *Praeiudicium im klassischen römischen recht*, op. cit. p. 87.

⁴⁷⁷ CASINOS MORA, F.J., *De hereditatis petitione*, op. cit. p. 91

vendió, del poseedor de buena fe. La expresión “*defendere hereditatem*” debe ser entendida como la voluntad de constituir una relación jurídico-procesal por parte del poseedor de buena fe desde la posición de demandado; este poseedor de buena fe está dispuesto a discutir la condición de heredero de Sempronio. Esta solución parece la más lógica puesto que Sempronio invoca su condición de heredero en el ejercicio de la acción reivindicatoria, su legitimación procesal para interponer la acción se basa precisamente en esta pretendida condición de heredero, y por ello la concesión de la excepción en ese supuesto es justificada por Ulpiano. El supuesto lo podemos sintetizar del siguiente modo:



La *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venundedit*, que puede oponer el comprador, cómo hemos apuntado anteriormente, está compuesta de la excepción edictal *q. p. h. n. f.* y la expresión *inter actorem et eum, qui venundedit*. Esta derivación de la excepción edictal evidencia su carácter útil. Mantovani también apunta que se trata de una excepción útil: “*exceptio utilis: “...inter actorem et eum, qui venundedit ...*

inserita nella reivindicatio esperita dall'erede contro l'acquirente di un bene ereditario vendutogli dal possessore di buona fede"⁴⁷⁸

La excepción edictal *q. p. h. n. f.* se concede para evitar que la *hereditatis petitio* fuera prejuzgada por la *vindicatio* de *singula res*. En un principio no parecería necesaria la concesión de la excepción útil puesto que mediante la concesión de la *exceptio* edictal se evitaría el perjuicio sobre la herencia. La justificación de la concesión de la excepción útil es la voluntad del Ticio, poseedor de buena fe, de "*defendere hereditatem*" a la que nos hemos referido anteriormente. Mediante la inclusión de la expresión *inter actorem et eum, qui venundedit*, se introduce esta circunstancia particular expuesta en el supuesto, que no se prejuzgue la herencia entre el actor y el que vendió. La excepción edictal se concede cuando el que se cree heredero vindica las cosas singulares de la herencia del poseedor de buena fe. D'Ors apunta que cuando la persona contra quien demanda algo el heredero quiere precisamente discutir su cualidad de heredero, puede obligarle a entablar la *hereditatis petitio*, oponiendo, a la acción particular que intente el heredero, la *exc. q. p. h. n. f.*⁴⁷⁹ En el caso que nos ocupa, se extiende la excepción a un supuesto en el que reclama las cosas singulares de la herencia a un tercero que no está legitimado pasivamente para defender la herencia.⁴⁸⁰ La *exceptio utilis* extiende subjetivamente su ámbito de aplicación al concederse a un sujeto para el que en principio no estaba prevista, del mismo modo que la *petitio hereditatis utilis* se concede contra el comprador de una herencia.

⁴⁷⁸ MANTOVANI, *Formule* p. 99, nt. 493.

⁴⁷⁹ D'ORS, *DPR* §248.

⁴⁸⁰ Si el poseedor de buena fe no defendiera la herencia y el comprador hubiera adquirido toda la herencia, la acción a través de la que se podría reclamar sería la *hereditatis petitio utilis*, para evitar que se le plantearan acciones singulares para reclamar cada uno de los elementos que conformaran la herencia. Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.4: *Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est: sed finge non extare venditorem vel modico vendidisse et bonae fidei possessorem fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeant? Et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem;* Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.8: *Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet: et sic peti ab eo hereditatem quidam putant. Quam sententiam non puto veram: nemo enim praedo est qui pretium numeravit: sed ut emptor universitatis utili tenetur.*

4.6. *Exceptio utilis ex pacto*

4.6.1. Premisa; 4.6.2. C. 2.4.9

4.6.1. Premisa

En este apartado analizaremos un fragmento del *Codex Iustinianus*: C. 2.4.9, situado bajo la rúbrica *de pactis*. La *inscriptio* de la constitución imperial: GORD. A. AGRIPPINO. *<A 241 PP. VI ID. APRIL. GORDIANO A. II ET POMPEIANO CONSS.>,⁴⁸¹ nos indica que se trata de un rescripto del emperador Gordiano dirigido a un tal Agrippino el 6 de abril del año 241. Sobre la autoría del rescripto Honoré apunta que podría ser obra de un discípulo de Modestino.⁴⁸²

Esta época, sucesora de la llamada por algunos “*svolta adrianea*” o “*revolución adrianea*”,⁴⁸³ supone la consolidación de una jerarquía burocrática en la que el emperador ocupa el vértice.⁴⁸⁴ Adriano inicia una obra de centralización de la actividad creadora del derecho inédita desde la época de los pontífices, siendo muestra de ello la institucionalización del *consilium principis*, la reorganización de la cancillería imperial y el impulso dado a los nuevos tipos de constituciones: los rescriptos y las epístolas.⁴⁸⁵ Con la denominación de *cancillería imperial* se designa al conjunto de *officii* a los que se asignarán tareas

⁴⁸¹ Sobre la tradición textual de este fragmento, vid. TORT-MARTORELL, C., *Tradición textual del Codex Iustinianus. Un estudio del libro 2*, Ed. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989.

⁴⁸² HONORÉ, T., *Emperors and Lawyers*, *op. cit.* p. 120.

⁴⁸³ Nombre que da la romanística italiana al resultado de la política centralizadora que caracteriza la fase del Principado que se inicia con Adriano y cuya máxima expresión es la posición que toman los emperadores en relación a las fuentes del derecho y a la actividad jurisdiccional, y que supondrá la consolidación y perfeccionamiento de las instituciones del Estado imperial. PALAZZOLO, N., *Processo civile e politica giudiziaria nel Principato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1980, p. 60.

⁴⁸⁴ SCHULZ denominará a la jurisprudencia a partir de Diocleciano “*bureaucratical period of roman jurisprudence*”, entendiéndolo que a partir de este emperador dicha organización burocrática se consolida SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, *op. cit.* pp. 262ss.

⁴⁸⁵ PALAZZOLO, N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, Giuffrè Editore, Milano, 1974, pp. 26-27.

diversas.⁴⁸⁶ La creación del *consilium principis* se remonta a la época de Augusto, pero hasta Trajano carecía de una organización fija y estaba constituido por familiares y personas próximas al *princeps*, con Adriano se transformará en un órgano permanente de carácter eminentemente técnico, con la competencia concreta de tratar las cuestiones de derecho sometidas al juicio del emperador.⁴⁸⁷ Luzzatto apunta que la casuística concreta de la jurisprudencia de la edad post-adrianea, proviene de altos cargos de la administración imperial⁴⁸⁸, entre éstos destacan los juristas que integrarán el *consilium*.⁴⁸⁹ Los sucesivos emperadores continuarán contando con los juristas más ilustres para formar parte de su *consilium*, Palazzolo destaca que Maeciano formará parte del *consilium* de Antonino Pío; Marcelo y Escévola del de Marco Aurelio; Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino bajo los Severos.⁴⁹⁰ Schulz ubica esta época en el periodo clásico de la jurisprudencia en una segunda fase que se situaría a partir de Adriano con el inicio de la referida burocratización de la administración pública, pero subrayando que las formas republicanas todavía se preservarán hasta Diocleciano (285).⁴⁹¹

⁴⁸⁶ Destacaremos tres de estos *officii*: *ab epistulis*, *ab libellis* y *a cognitionibus*. El *officium ab epistulis* estaba dividido en dos secciones *ab epistulis latinis* y *ab epistulis graecis*, se encargaba de expedir toda la correspondencia del emperador, así como a responder principalmente cuestiones suscitadas por magistrados o funcionarios, entidades provinciales, y en general, con las personalidades y corporaciones relevantes. El *officium a libellis* tenía como finalidad la de redactar las respuestas del emperador a las preguntas formuladas por los particulares que hacían llegar bajo formas diversas: *praeces*, *libelli* o *supplicationes*. El *officium a cognitionibus* tenía la concreta competencia de instruir los procesos sometidos al emperador y de asesorarlo en la redacción del *decretum* en el cual se concretaba el ejercicio de su función jurisdiccional. PALAZZOLO, N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, *op. cit.* pp. 98-99.

⁴⁸⁷ PALAZZOLO, N., *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, *op. cit.* pp. 68-69.

⁴⁸⁸ LUZZATTO, G. I., *Il problema d'origine del processo extra ordinem. Premesse di metodo i considetti remedi pretori*, Ed. Casa editrice Prof. Riccardo Patron, Bologna, 1965, pp. 19-20

⁴⁸⁹ La *Historia Augusta (vita Hadriani, 18.1)*, recuerda como Adriano consulta a los juristas más importantes a la hora resolver las cuestiones jurídicas que se le plantean: *Cum iudicaret, en el consilio habuit non amicos suos aut comites solum sed iuris consultos et praecipue Iuventium Celsum, Salvium Iulianum, Neratius Priscus aliosque quos tamen senatus omnis probasset.*

⁴⁹⁰ PALAZZOLO, N., *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, *op. cit.* p. 69. Sobre los juristas que formarán parte de la cancillería imperial desde Septimio Severo hasta Diocleciano, *Vid.* HONORÉ, T., *Emperors and Lawyers*, *op. cit.*

⁴⁹¹ SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, *op. cit.*, pp. 100-101

Una vez situada la época, haremos referencia a la tipología de fuente que vamos a analizar: el rescripto imperial.⁴⁹² La doctrina admite pacíficamente que los rescriptos constituyen una tipología de constituciones imperiales, siendo éstos respuestas del emperador-cancillería imperial a preguntas efectuadas por particulares sobre determinadas cuestiones jurídicas.⁴⁹³ Sobre la autoría de los rescriptos, Kunkel apunta que no siempre eran los juristas de la cancillería imperial los que redactaban estos rescriptos, sino que en ocasiones eran elaborados por el propio príncipe.⁴⁹⁴

Las preguntas se dirigían al emperador mediante *libellus* o *epistula*, y éstas eran respondidas mediante un *libellus subscriptus* o una *epistula* respectivamente. Adriano ordenó que sus rescriptos de interés jurídico estuvieran a disposición del público: *liber liberorum rescriptorum et propositorum*.⁴⁹⁵ D'Ors y Martín apuntan que la *propositio*, más que una publicación debía considerarse una verdadera "promulgación" de las resoluciones imperiales con valor normativo.⁴⁹⁶ Precisamente una de las mayores dificultades que presentan

⁴⁹² Nörr apunta la importancia de considerar la concreta tipología de constitución imperial en el análisis de los textos: "*Jede arbeit mit den Konstitutionen stößt bald auf die häufig unüberwindbare und bisweilen unterschätzte Schwierigkeit, den jeweiligen Text den einzelnen Konstitutionentypen mit Sicherheit zuzuordnen. Das gilt vor allem für die im Codex Justinians überlieferten Konstitutionen*". NÖRR, D., *Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit*, SZ 98 (1981), p. 6.

⁴⁹³ *Tryh. 8 disput* D. 20.5.12pr. muestra el contenido de un rescripto siendo Papiniano jefe de la cancillería imperial: *Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, qui in debitore manet debitoris*. La solución que da en este caso es que el acreedor puede comprar la prenda al deudor porque sigue siendo ésta de la propiedad del deudor. Esta misma argumentación la encontramos en el libro tercero de las *disputationes* de Papiniano (Frag. Vat. 9): *Credito a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea...* Este sería un caso en el que podríamos observar el alcance de la influencia de los juristas en las decisiones imperiales.

⁴⁹⁴ KUNKEL, W., *Historia del derecho romano, op. cit.* p. 139.

⁴⁹⁵ Estos rescriptos se conservarán pegados en rollos, permaneciendo a disposición del público. D'ORS, A.; MARTÍN, F., *Propositio liberorum*, *American Journal of Philology* 100, Baltimore, 1979, p. 113. WENGER también apunta la existencia de estas colecciones de rescriptos, WENGER, L., *Die Quellen des römischen Rechts, op. cit.* p. 140.

⁴⁹⁶ D'ORS, A.; MARTÍN, F., *op. cit.*, pág. 123.

los rescriptos imperiales es el de su eficacia jurídica.⁴⁹⁷ No entraremos en la discusión sobre el alcance de la eficacia normativa de los rescriptos, simplemente apuntaremos algunas cuestiones destacadas por la doctrina. Maggio apunta que el problema de la eficacia normativa de los rescriptos en época del Principado se encuadra en un sistema de fuentes fundado en el equilibrio entre la norma imperial y la *interpretatio* jurisprudencial, complementarios entre ambos.⁴⁹⁸ Palazzolo sostiene la eficacia procesal de los rescriptos imperiales, señalando que la cancillería imperial, con la ayuda de la jurisprudencia, daba a magistrados y funcionarios instrucciones de tipo procesal para asegurar la uniformidad de la aplicación derecho.⁴⁹⁹ Asimismo, este autor apunta que mediante los rescriptos, la administración central ejercitaba un control político constante sobre los magistrados o funcionarios que desarrollan funciones jurisdiccionales.⁵⁰⁰ Sobre esta misma cuestión, D'Ors manifiesta que los rescriptos fueron "la vía por la que los emperadores fueron creando el *ius novum* de la cognición oficial, no sólo en materias reservadas a los magistrados con jurisdicción *extra ordinem*, como los cónsules y los nuevos pretores especiales, sino ante todo, en el derecho provincial, dejado enteramente a la jurisdicción cognitoria de los gobernadores".⁵⁰¹ D'Ors no comparte la afirmación de Palazzolo respecto a la eficacia procesal de los rescriptos pero sí afirma que "son la fuente viva del

⁴⁹⁷ DE ROBERTIS, F.M., *Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali*, en *Annali Bari 4* (1941); GALLO, F., *Sul potere normativo imperiale*, SDHI 48 (1982), pp. 411-452; ORESTANO, R., *Il potere normativo degli Imperatore e le costituzioni imperiali*, Europa, Napoli, 1937, pp. 334ss.; VOCI, P., *Note sull'efficacia delle costituzioni imperiali. I Dal Principato alla fine del IV secolo*, en *Studi di diritto romano*, II, Cedam, Padova, 1985, pp. 279-350 [publicado también en *Studi Sanfilippo II*, 1982, pp. 657ss.]; VICENTI, U., *I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche*, en *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova, 1998, pp. 84ss.

⁴⁹⁸ MAGGIO, L., *Note critiche su rescritti postclassici*, en *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVI Convegno Internazionale in memoria de Guglielmo Nocera*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 363-364.

⁴⁹⁹ KASER compara los rescriptos con los *responsa prudentium* en el sentido que presentan la misma estructura casuística y la misma forma de resolver las cuestiones jurídicas que la jurisprudencia tradicional. KASER, *RPR* I, p. 209.

⁵⁰⁰ PALAZZOLO, N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, *op. cit.* pp. 274-275.

⁵⁰¹ D'ORS, A., *Rescriptos y cognición extraordinaria*, AHDE 47 (1977), p. 41.

derecho en relación con el procedimiento cognitorio”.⁵⁰² Ambos autores coinciden en destacar la incidencia de los rescriptos en el proceso, en este sentido, se observa como el proceso vuelve a ser un instrumento modernizador del derecho romano que permite adaptar este derecho a las nuevas realidades propias de la época. Desde otra perspectiva, Vacca apunta que resulta indiscutible la eficacia normativa de los rescriptos, entendiendo esta eficacia normativa como “norma del caso concreto”, lo que resulta problemático, tal como sugiere la misma autora, es el mecanismo de generalización, es decir, la extensión a otros casos similares⁵⁰³ del principio jurídico enunciado mediante rescripto por el *Princeps*.⁵⁰⁴ En un plano similar, Nörr sostiene respecto a la concreta eficacia normativa de los rescriptos imperiales, que la cita de estos rescriptos en el curso de un proceso, tendrá el valor del *exemplum* diferente al valor vinculante de una ley general.⁵⁰⁵

Otro aspecto que cabe destacar respecto a los rescriptos es la circunstancia de que los destinatarios de éstos sean en su mayoría provinciales;⁵⁰⁶ sobre esta cuestión coinciden tanto Palazzolo como d’Ors, apuntando este último que esta mayoría de rescriptos dirigidos a provinciales resultaría lógica teniendo en cuenta la mayor extensión de las provincias, y también porque “resulta muy natural que

⁵⁰² D’ORS, *DPR* §46

⁵⁰³ Sobre la extensión a casos similares en la *praxis* provincial, esta misma autora apunta que este desarrollo es diferente a la “costruzioni razionali complessiva dei *iura* del popolo romano”, y que anticipará el empobrecimiento científico de este ordenamiento en el periodo posclásico, VACCA, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1989, pp. 89-90.

⁵⁰⁴ VACCA, L., *op. cit.*, pp. 88-89.

⁵⁰⁵ NÖRR, D., *op. cit.*, pp. 42-43.

⁵⁰⁶ Sobre la eficacia territorial de los rescriptos en provincias: VOLTERRA, E., *L’efficacia delle costituzioni imperiali emanate per le provincie e l’istituto de l’”expositio”*, en *Scritti Giuridici. IV Le Fonti.*, Jovene Editore, Napoli, 1993, pp. 389ss. [*Studi Besta 1*, Milano, 1939, pp. 447ss.]; ID., *Diritto romano ed diritto orientale*, Incola Zanichelli Editore, Bologna, 1937; LUZZATTO, G., *Ricerche sull’applicazione delle costituzioni imperiale nelle Provincie*, en *Scritti di Diritto Romano in onere di C. Ferrini*, Ulrico Hoepli Editore, Milano, 1946, pp. 263-293

los provinciales acudan al emperador para resolver sus dudas, pues tienen difícil acceso a los jurisconsultos particulares".⁵⁰⁷

La discrepancia entre ambos, surge sobre la cuestión de si estos rescriptos hacen referencia al procedimiento "ordinario" o al cognitorio.⁵⁰⁸ Según d'Ors, no puede probarse a través de los rescriptos la observancia en provincias del *agere per formulas*, Palazzolo por su parte sostiene esta posibilidad. Sobre esta cuestión haremos referencia cuando nos centremos en el análisis del texto.

Teniendo en cuenta las diversas perspectivas des de las que se ha analizado la cuestión del valor normativo de los rescriptos así como su eficacia territorial, podemos distinguir una doble eficacia: eficacia normativa *inter partes* y eficacia normativa general. Una eficacia normativa *inter partes*, en tanto que la respuesta del emperador podía ser aportada al juicio y si los hechos explicitados resultaban probados, el juez debía resolver de acuerdo con la decisión imperial. Respecto a la eficacia general, resulta complicado determinar hasta que punto los rescriptos tenían esta eficacia general, más si tenemos en cuenta que muchos de ellos iban dirigidos a provinciales.⁵⁰⁹ En este sentido, parece plausible que pudieran alegarse aquellos *rescripta proposita*, es decir, aquellos rescriptos que por su importancia, eran publicados por el emperador y conservados en los *liber liberorum rescriptorum et propositorum*, respecto de los que había un acto

⁵⁰⁷ PALAZZOLO, N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, op. cit. p. 76; D'ORS, A., *Rescriptos y cognición extraordinaria*, op. cit. p. 17.

⁵⁰⁸ D'ORS destaca dos características fundamentales para poder calificar un procedimiento de "ordinario": la existencia de un juez privado (muestra de la bipartición del proceso) y el uso de la fórmula escrita. D'ORS, A., *Rescriptos y cognición extraordinaria*, op. cit. p. 17.

⁵⁰⁹ En Ulp. 1 *inst.* D. 1.4.1.2, rúb. *De constitutionibus principum*, observamos cómo el jurista ya hace referencia a un tipo de constituciones "personales" que no podrían generalizarse a otros casos: *Plane ex his quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulset vel si quam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur.*

formal, la *propositio*, que exterioriza esta voluntad de que la concreta disposición tuviera un alcance general.⁵¹⁰

Otra cuestión a la que debemos hacer referencia en este apartado es la problemática que plantean los textos de las constituciones imperiales. Según Volterra los textos contenidos en los Códigos Teodosiano y Justiniano, son diferentes al texto originario y ser el producto de un trabajo de reducción y sintetización. En el mismo sentido hace referencia a la *inscriptio* y la *subscriptio* de las disposiciones imperiales que según este autor originariamente eran también más extensas que las que se encuentran en los Códigos y apunta que éstas se reducen a un tipo uniforme que podría corresponder a un modelo ya utilizado en las colecciones de constituciones de los archivos oficiales por exigencias prácticas de clasificación. Teniendo en cuenta este proceso de síntesis Volterra define los Códigos como “*mosaici di frammenti di disposizioni imperiali*”, recogiendo cada uno de estos fragmentos frases a las que se les atribuye el valor de disposiciones normativas o de enunciados de principios generales o de máximas y colocados según la materia, en los diferentes títulos que conforman cada libro del Código.⁵¹¹

⁵¹⁰ Sobre la problemática que plantea la alegación de los rescriptos en el proceso: C. 1.14.2, rúb. *De legibus et constitutionibus principum et edictis: Quae ex relationibus vel suggestionibus iudicantium per consultationem in commune florentissimorum sacri nostri palatii procerum auditorium introducto negotio statuimus vel quibuslibet corporibus aut legatis aut provinciae vel civitati vel curiae donavimus, nec generalia iura sint, sed leges fiant his dumtaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata, nec ab aliquo retractentur: notam infamiae subituro eo, qui vel astute ea interpretari voluerit vel impetrato impugnare rescripto, nec habituro fructum per subreptionem elicitum: et iudices, si dissimulaverint vel ulterius litigantem audierint vel aliquid allegandum admiserint vel sub quodam ambiguitatis colore ad nos rettulerint, triginta librarum auri condemnatione plectendi sunt.* * THEODOS. ET VALENTIN. AA. AD SENATUM. * <A 426 D. VIII ID. NOV. RAVENNAE THEODOSIO XII ET VALENTINIANO II AA. CONSS.>; C. 1.23.3, rúb. *De diversis rescriptis et pragmaticis sanctionibus: Imperatores Diocletianus, Maximianus. Sancimus, ut authentica ipsa atque originalia rescripta et nostra manu subscripta, non exempla eorum, insinuentur.* * DIOCL. ET MAXIM. AA. CRISPINO PRAESIDI PROV. PHOENICE. * <A 292 D. PRID. K. APRIL. HANNIBALIANO ET ASCLEPIODOTO CONSS.>

⁵¹¹ VOLTERRA, E., *Il problema del testo delle costituzioni imperiali* en *Atti del II Congresso Int. Soc. Ital. di Storia del Diritto*, Venecia, 1967, Firenze, 1971, p. 1097

4.6.2. C. 2.4.9 GORD. A. AGRIPPINO. *<A 241 PP. VI ID. APRIL. GORDIANO A. II ET POMPEIANO CONSS.>

Si super possessione, quae tibi [per filium tuum ex matris eius hereditate]⁵¹² quaesita est, cum quaestionem patereris a fratre uxoris tuae, pactum conventum et stipulatio inter vos, ut adlegas, interposita est, ut, si intra diem certum idem adversarius tuus decem aureos tibi numerasset, possessione ei cederes, vel, si eam inferre quantitatem non curasset, ulterius quaestionem non patereris, et is qui ita spondit promisso satis non fecit, consequens est te ad quem res pertinet vim ab eo pati non debere: cuius rei gratia vir clarissimus praeses provinciae interpellatus vim prohibebit, praecipue cum, etiamsi in rem diversae parti actio competeret, huiusmodi pactione propter utilem exceptionem posset submoveri.

Podemos parafrasear el texto de la forma siguiente: Agrippino ha adquirido la posesión probablemente de un fundo⁵¹³ y ha llegado a una transacción con el hermano de su mujer (en adelante Ticio), para mantener esta posesión. Coincidimos con Nicosia en que seguramente exista una controversia sobre la propiedad del fundo entre Agrippino y Ticio, y que de forma provisional se ha llegado a un acuerdo sobre la posesión: “*ma il fratello della moglie gli a mosso controversia, evidentemente contestandogli il titolo di acquisto. La controversia verte, come è chiaro, sulla proprietà dell’immobile, ma preliminarmente...s’è dovuta affrontare la questione relativa al possesso*”.⁵¹⁴ Esta transacción se formaliza mediante un pacto y una estipulación: *pactum conventum et stipulatio inter vos*. El contenido de esta transacción aparece formulada en los siguientes términos: *si intra diem certum idem adversarius tuus decem aureos tibi numerasset, possessione ei cederes, vel, si eam inferre quantitatem non curasset, ulterius quaestionem non patereris*. Observamos cómo los términos de la transacción aparecen netamente expresados: si dentro de un día determinado

⁵¹² Krüger, siguiendo los *Basilicos*, propone la inserción: *per filium tuum ex matris eius hereditate*. ID., *Cod. ed. min., ad h.l.*

⁵¹³ Bas. Hb. 11.2.26

⁵¹⁴ NICOSIA, *Exceptio* p. 126

Ticio hubiera entregado diez áureos a Agrippino, éste deberá cederle la posesión; si Ticio no hubiera entregado tal cantidad, Agrippino no deberá sufrir cuestión alguna. De esta parte del fragmento, se extrae que existe una controversia sobre la posesión entre Agrippino y Ticio⁵¹⁵ que finalizada con un pacto y que se refuerza con una *stipulatio*. El texto continúa apuntando que si Ticio hubiera incumplido el pacto, Agrippino no deberá sufrir violencia alguna y que esta violencia será impedida por el *praeses provinciae*.⁵¹⁶ La última parte del rescripto introduce lo que parece ser un argumento, cuya finalidad es la de reforzar la solución anteriormente expuesta: *praecipue cum, etiamsi in rem diversae parti actio competeret, huiusmodi pactione propter utilem exceptionem posset submoveri*. En esta última parte se establece que aunque compitiera a la parte contraria una *actio in rem*, podría ser rechazada en virtud de ese pacto por la *exceptio utilis*.

Este fragmento ha sido analizado en profundidad por Nicosia considerando el autor que el texto no puede ser utilizado para la reconstrucción del concepto

⁵¹⁵ De la parte insertada por Krüger señalada anteriormente, se puede extraer que la controversia que se suscita entre Agrippino y Ticio, tiene su origen en que el bien en cuestión forma parte de la herencia la mujer de Agrippino, hermana de Ticio.

⁵¹⁶ La referencia al *praeses provinciae* parece indicar que se trataría de un proceso provincial, pero ello no obsta para que la cancillería imperial, adoptara una solución en la línea de la jurisprudencia romana clásica. De hecho, si observamos las constituciones imperiales que corresponden a la época de Gordiano, podemos comprobar como se cita a los más reputados autores: *meritissimo iuris auctores* (C. 7.18.1) e incluso aparece la referencia a un jurista concreto, Modestino: *auctoritatis iuris consulto modestino* (C. 3.42.5). Asimismo, del propio rescripto podemos extraer que la solución expuesta en el mismo, encaja perfectamente con los esquemas del derecho romano clásico, como veremos a continuación, ya que se hace referencia a una estructura procesal: *vim prohibebit, exceptionem utilem...* propia del procedimiento formulario. Además, en numerosos pasos del Digesto, se constata como se equiparan las atribuciones de pretor y *praeses provinciae*: Ulp. 8 *de omn. trib.* D. 26.5.8.1, Hermog. 2 *iur. epit.* D. 26.5.27pr., Ulp. 36 *ed.* D. 27.8.1.3, Ulp. 65 *ed.* D. 42.7.2pr. Destacamos Ulp. 5 *de omn. trib.* D. 2.15.8.18: *Sed nec mandare ex hac causa iurisdictionem vel praeses provinciae vel praetor poterit*. Este último fragmento se encuentra bajo la rúbrica *de transactionibus*, y establece que ni el pretor ni el gobernador de la provincia, podrá delegar su jurisdicción *ex hac causa*. En este supuesto se está remitiendo al fragmento anterior (D. 2.15.8.17) en el que se hace referencia a que si habiéndose acudido al pretor, éste hubiera permitido la transacción sin conocimiento de la causa, esta transacción no tendrá ningún valor: *Si praetor aditus citra causae cognitionem transigi permiserit, transactio nullius erit momenti*. Teniendo en cuenta este fragmento, parece justificada la referencia de nuestro rescripto a que informado el *praeses provinciae* impedirá la violencia: *praeses provinciae interpellatus vim prohibebit*.

clásico de *exceptio utilis*.⁵¹⁷ Respecto a la primera parte, considera que el emperador: “assicura che egli non dovrà *vim pati*, e aggiunge ancora che sarà cura del preside della provincia appunto *vim prohibere*”, y por tanto, interpreta el autor que “non fa altro che dichiarare invocabile da parte dell’interrogante l’*interdictum uti possidetis*”.⁵¹⁸ Sobre la segunda parte del fragmento, de *praecive cum* – fine, considera Nicosia que habría sido añadida por la comisión compilatoria, sin tener en cuenta que la cuestión sometida al emperador trataba exclusivamente sobre la posesión. Añade además: “E’ semplicemente sbalorditiva l’affermazione che da un accordo *super possessione* possa sorgere un’eccezione con cui una parte può respingere l’*actio in rem* spettante all’altra parte”.⁵¹⁹

Pellecchi considera que la cancellería se refiere a la *exceptio* como resultado de un razonamiento destinado a explicar que la transacción determina: “la soccombenza del paciscente nell’*interdictum uti possidetis*”. Respecto a la parte final del rescripto, el autor apunta: “soccombeza che la parte conclusiva del rescripto giustifica con l’argomento che una rinunzia di questo genere avrebbe permesso di opporre all’avversario appunto una *exceptio (utilis)* in seno a la stessa azione reale”.⁵²⁰ Observamos cómo el autor coincide con Nicosia en identificar el *interdictum uti possidetis* tras las expresiones: “*vim ab eo pati non debere*” y “*vim prohibebit*”.

Coincidimos con los autores anteriormente citados en considerar que la cuestión planteada por Agrippino al emperador se refiere a la posesión de un determinado inmueble.⁵²¹ La primera parte del fragmento lo deja claro: *Si super*

⁵¹⁷ NICOSIA, *Exceptio* p. 133

⁵¹⁸ NICOSIA, *Exceptio* p. 127

⁵¹⁹ NICOSIA, *Exceptio* p. 129-130

⁵²⁰ PELLECCHI, L., *La posizione dell’exceptio pacti nell’Editto del Pretore*, op. cit. p. 171, nt. 59.

⁵²¹ No estaríamos de acuerdo con la opinión de Betancourt que descarta que la expresión “*vim prohibebit*” se refiera al interdicto *uti possidetis*, afirmando que en realidad alude a la *actio reivindicatoria* y afirma que: “contra aquella *actio reivindicatoria* del demandante, el rescripto

possessione...; la respuesta dada por la cancillería imperial también parece coherente con la pregunta formulada, ya que todo indica que el *praeses provinciae* deberá conceder a Agrippino el interdicto *uti possidetis* si sufre perturbación en su posesión. La referencia al interdicto *uti possidetis* aparece claramente en el texto bajo las expresiones *vim ab eo pati non debere / vim prohibebit*. En este sentido, Nicosia apunta que la respuesta dada en el rescripto resultaría coherente con lo expuesto en Ulp. 69 *ed. D.* 43.17.1.3, rúb. *Uti possidetis*.⁵²²

Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc, si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur

En este fragmento Ulpiano expone el supuesto de dos litigantes entre los que existe una controversia sobre la propiedad apuntando que en caso de existir desacuerdo respecto a cuál de ellos será poseedor y cuál demandante, serán remitidos al interdicto *uti possidetis* para determinar cuál de los dos poseerá: *in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur*.⁵²³ Pellecchi también apunta que se llega a este interdicto a falta de un acuerdo “attuale” sobre la posición de poseedor independiente de la existencia de un acuerdo previo sobre ésta.⁵²⁴ Si tenemos en cuenta el siguiente fragmento, Ulp. 69 *ed. D.* 43.17.1.4: *Est igitur hoc interdictum, quod volgo uti possidetis appellatur, retinendae possessionis; nam huius rei causa redditur, ne vis fiat ei qui*

acuerda al poseedor la *exceptio pacti* pura y simple, pues en ella no hay nada que extender”.
BETANCOURT, *Excepciones* p. 716.

⁵²² NICOSIA, *Exceptio* p. 127-128

⁵²³ FALCONE, G., *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, en *Annali Palermo* 44 (1996), p. 73-74, nt. 217.

⁵²⁴ PELLECCHI, L., *La posizione dell'exceptio pacti nell'Editto del Pretore*, *op. cit.* p. 171, nt. 59

possidet..., observamos cómo la terminología es semejante a la que aparece en nuestro texto: *vim ab eo pati non debere* (C. 2.4.9) / *ne vis viat ei qui possidet* (D. 43.17.1.4). Podemos concluir por tanto que la respuesta que da la cancillería es que el *praeses provinciae* concederá el interdicto *uti possidetis* a Agrippino para que no sufra violencia alguna: *vim ab eo pati non debere*.

Labruna también interpreta se le concederá el interdicto *uti possidetis* a Agrippino: “Di conseguenza l’imperatore rassicura l’interrogante-possessore: *te ad quem res pertinet vim ab eo pati non debere*; sarà il preside della provincia, *interpellatus*, a *vim prohibere*, concedendo, evidentemente, un interdetto *uti possidetis* indipendentemente dalle vicende della lite relativa alla proprietà”.⁵²⁵ Asimismo, el autor realiza una interesante referencia a la cuestión provincial que aparece en nuestro fragmento. Labruna considera que en C. 2.4.9 se puede observar la extensión del interdicto *uti possidetis* a los fundos provinciales, praxis que cristalizará en una constitución posterior de Diocleciano publicada entre el 294 y el 305.⁵²⁶

La problemática se plantea respecto a la segunda parte de nuestro texto, precisamente en la que aparece la referencia a la *exceptio utilis: praecipue cum, etiamsi in rem diversae parti actio competeret, huiusmodi pactione propter utilem exceptionem posset submoveri*. Como hemos apuntado anteriormente, Nicosia considera que esta última parte sería una elaboración compilatoria; según este autor, es probable que los compiladores no se hubieran dado cuenta del hecho que el acuerdo entre las partes vertía exclusivamente sobre la posesión y que al emperador sólo se le había sometido la cuestión relativa a la posesión, y por tanto, su respuesta exclusivamente guardaba relación con la cuestión

⁵²⁵ LABRUNA, L., *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Ed. Jovene Editore, Camerino, 1970, p. 171

⁵²⁶ LABRUNA, L., *Vim fieri veto, op. cit.* p. 172. La citada constitución la encontramos en C. 8.6.1: *Uti possidetis fundum, de quo agitur, quum ab altero nec vi nec clam nec precario possidetis, rector provinciae vim fieri prohibebit; ac satisfactionis vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscat.*

posesoria, reconociendo que Agrippino no debía *vim pati*, es decir, que podía interponer el *interdictum uti possidetis*. El autor formula la hipótesis de que es posible que la expresión "*ad quem res pertinet*" diera lugar al equívoco, y la comisión interpretara que se garantizaba no sólo la posesión sino también la propiedad, al menos pretoria.⁵²⁷ Sostiene por tanto Nicosia que los justinianos tuvieron la necesidad de añadir la frase final, porque consideraron erróneamente que en el texto se contemplaba el caso de una transacción de un derecho real. Sobre esta cuestión añade que de ser así C. 2.4.9: "sarebbe l'unico testo, fra tutte le fonte a nostra disposizione, in cui si faccia menzione di una transazione vertente a un diritto reale".⁵²⁸ Pellecchi rebate esta afirmación argumentando que en las fuentes se encuentran pruebas de transacciones hereditarias.⁵²⁹

En nuestra opinión, esta última parte de C. 2.4.9: *praecipue cum, etiamsi in rem diversae parti actio competeret, huiusmodi pactione propter utilem exceptionem posset submoveri*, constituye un argumento que refuerza la solución dada por la cancillería en el rescripto. Sostenemos esta interpretación en primer lugar por el inicio de la frase: "*praecipue cum*", expresión que puede fácilmente traducirse por "principalmente cuando". Observamos cómo mediante esta locución, se enfatiza el argumento anteriormente expuesto: *vim ab eo pati non debere*. En esta última parte del fragmento, se apunta que aunque compitiese una *actio in rem* a la parte contraria, podrá ser rechazada en virtud de este pacto por la *exceptio utilis*. Nicosia realiza una distinción apuntando que: "Il testo dice che

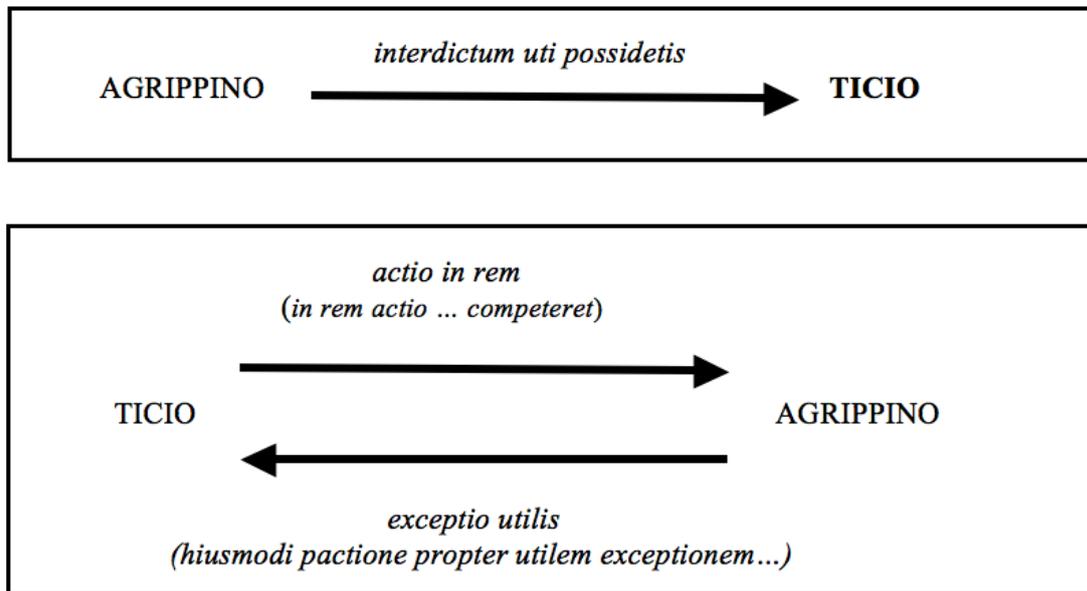
⁵²⁷ Nicosia equipara el significado de la expresión: "*ad quem res pertinet*", a "*cuius interest*", apuntando que en numerosos textos se produce esta equivalencia. NICOSIA, *Exceptio* p. 130. Como veremos más adelante, el decantarse por uno u otro significado, no determinará la interpretación de la segunda parte del fragmento.

⁵²⁸ NICOSIA, *Exceptio* p. 132, nt. 130.

⁵²⁹ PELLECCI, L., *La posizione dell'exceptio pacti nell'Editto del Pretore*, op. cit. p. 171, nt. 59. El autor cita entre otros C. 2.4.15: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Ut responsum congruum accipere possis, insere pacti exemplum: ita enim intellegemus, utrum sola conventio fuit, an etiam Aquiliana stipulatio nec non et acceptilatio secuta fuerit: quae si subdita esse illuxerit, nullam adversariae tuae petitionem hereditatis vel in rem specialem competere palam fiet. * DIOCL. ET MAXIM. AA. PONTIO. * <A 290 PP. XV K. AUG. IPSIS III ET III AA. CONSS.>*

l'eventuale *actio in rem* può essere respinta *hiusmodi pactione propter utilem utilem exceptionem* e non che può essere respinta *propter utilem pacti exceptionem*. Cioè non si dice che è applicabile in via utile l'*exceptio pacti*, ma si dice, cosa ben diversa, che in conseguenza dell'accordo, della *hiusmodi pactione*, all'*actio in rem* dell'altra parte si potrà opporre un'*exceptio utilis*, dunque non intesa come estensione dell'*exceptio pacti* ... intesa come mezzo di difesa autonomo e non ricalcato su altro modello". Nicosia considera que los compiladores estarían haciendo referencia en realidad a una *exceptio in factum*.⁵³⁰

Partiendo de que la última parte del fragmento constituye un argumento que refuerza la concesión del interdicto *uti possidetis* a Agrippino, debemos interpretarla como una hipótesis que se plantea a partir del mismo supuesto de hecho cuya finalidad no es otra que la de reforzar la solución dada en el rescripto:



Observamos cómo tanto la concesión del interdicto *uti possidetis* como la hipotética concesión de la *exceptio utilis* tienen su base en la transacción constituida mediante: *pactum conventum et stipulatio* entre Agrippino y Ticio.

⁵³⁰ NICOSIA, *Exceptio* p. 134.

Ambos recursos procesales son la cara y la cruz de una misma moneda: si Agrippino pretende evitar ser perturbado en su posesión, tendrá el interdicto *uti possidetis*; si es demandado por Ticio con una *actio in rem*, tendrá la *exceptio utilis*.

Volviendo al análisis de la última parte del fragmento en la que se apunta que se concederá una *exceptio utilis*, debemos plantearnos el motivo por el cual se recurre a este mecanismo procesal. Rudorff, Lenel y Mantovani, coinciden en citar esta *exceptio utilis* en relación a la *exceptio pacti*. Rudorff apunta en nota después de la formulación de la *exceptio pacti*: “*utilis exceptio: ne in rem ageretur* L. 9 C. de transact. (2.4)”⁵³¹; Lenel también apunta en nota “*Utilis, ne in rem ageretur: C. (2.4) 9*”,⁵³² Mantovani también recoge la *exceptio utilis* en nota: “*Exceptio utilis: ne in rem ageretur* (C. 2.4.9).⁵³³

Nicosia considera que se trataría de una *exceptio in factum*, como medio de defensa genérico que puede ser concedido al demandado a falta de una *exceptio* “regolare”.⁵³⁴ En este punto no estaríamos de acuerdo con Nicosia puesto que precisamente el texto hace referencia a unas circunstancias que justificarían la concesión de la *exceptio utilis*. La base sobre la que se concede la *exceptio utilis* es el pacto: *huiusmodi pactione propter utilem exceptionem...* El pacto al que se hace referencia es el efectuado por Agrippino y Ticio que establecía que dentro de un día determinado Ticio debía entregar diez áureos a Agrippino, y entonces Agrippino le cedería la posesión; y si Ticio no hubiera entregado esta cantidad Agrippino no deberá soportar cuestión alguna: *si intra diem certum idem adversarius tuus decem aureos tibi numerasset, possessione ei cederes, vel, si eam inferre quantitatem non curasset, ulterius quaestionem non patereris*. Para contextualizar este pacto, también debe hacerse referencia a la primera parte del

⁵³¹ RUDORFF, *Edictum* p. 239, nt. 1.

⁵³² LENEL, *EP* 501 nt. 8

⁵³³ MANTOVANI, *Formule* p. 97 nt. 481

⁵³⁴ NICOSIA, *Exceptio* p. 124 y 134

fragmento en la que se apunta que Agrippino adquirió la posesión, habiéndose promovido cuestión por el hermano de su mujer (Ticio): *Si super possessione, quae tibi quaesita est, cum quaestionem patereris a fratre uxoris tuae...* De esta parte podemos extraer que existe una controversia sobre la posesión y que mediante *pactum conventum et stipulatio* se pretende poner fin a dicha controversia. La última parte del fragmento plantea la hipótesis de que Ticio interpusiera una *actio in rem* contra Agrippino, en cuyo caso a Agrippino se le concedería una *exceptio utilis*.

El recurso a la *exceptio utilis* aparece plenamente justificado. Entre Agrippino y Ticio se ha llegado a una transacción mediante un pacto y una *stipulatio* sobre la posesión del fundo. Ticio no ha cumplido los términos del pacto por lo que Agrippino podrá oponer el pacto a Ticio. El problema que se plantea es que el pacto versaba *super possessione* y Ticio plantea una *actio in rem*, es decir, cuestiona la propiedad del fundo. Precisamente este es el motivo por el que se concede una *exceptio utilis* y no una *exceptio pacti* edictal. Se concede la *exceptio utilis* porque un pacto cuyos términos hacen referencia a la posesión, extiende su ámbito de aplicación paralizando una *actio in rem* planteada por la otra parte. Volviendo al pacto efectuado entre Agrippino y Ticio, la expresión "*ulterius quaestionem non patereris*" haría referencia a que no sufrirá cuestión alguna *super possessione*, pero teniendo en cuenta motivos de equidad parece justo, y así lo estima la Cancillería imperial al conceder la *exceptio utilis*, que si a Agrippino se le plantea una *actio in rem*, pueda neutralizar esta acción mediante la extensión del pacto efectuado *super possessione*. Asimismo, debemos tener en cuenta que este pacto no deja de ser una transacción cuya finalidad es la de finalizar una controversia, por tanto, parece lógico que una nueva controversia sea paralizada, en este caso mediante una *exceptio utilis*. En este caso se observa como la respuesta de la Cancillería excede de la cuestión planteada, que trataría de una controversia *super possessione*, y va más allá contemplando la posibilidad de que en caso que Ticio planteara una *actio in rem* contra Agrippino, éste

podiera oponer una *exceptio utilis*, entendiendo que la naturaleza del pacto efectuado por las partes debía proyectar sus efectos también *si in rem ageretur*.

La *exceptio* edictal que serviría de base para la construcción de la *exceptio utilis* sería la *exceptio pacti*:⁵³⁵ “*si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit, ne ea pecunia peteretur*”. Rudorff, Lenel y Mantovani coinciden en la formulación de la *exceptio utilis*: “*si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit, ne in rem ageretur*”:⁵³⁶

<i>si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit</i>	<i>si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit</i>
<i>ne ea pecunia peteretur</i>	<i>ne in rem ageretur</i>

Los autores formulan su hipótesis partiendo de la expresión edictal *ne ea pecunia peteretur*, y construyen la *exceptio utilis* añadiendo: *ne in rem ageretur*. El recurso a la ficción en este caso vendría justificado por la extensión de un pacto *super possessione* que desplegará sus efectos en una controversia *in rem*. A diferencia de lo que ocurría en los anteriores casos analizados de *exceptio utilis*, en los que la extensión de la excepción edictal se construía a partir de los elementos fácticos del supuesto de hecho,⁵³⁷ en este caso se produce también la extensión del pacto, que es el elemento que da lugar a la *exceptio utilis*. El motivo por el cual se extiende este pacto *super possessione* al supuesto de una controversia *in rem*, seguramente tenga que ver con el propio objetivo del pacto y su configuración como transacción. La finalidad no era otra que la de evitar la controversia entre las partes. De hecho, si Ticio hubiera cumplido los términos

⁵³⁵ Sobre la *exceptio pacti* vid. PELLECCHI, L., *La posizione dell'exceptio pacti nell'Editto del Pretore*, op. cit. pp. 143-180.

⁵³⁶ RUDORFF, *Edictum* p. 239, nt. 1; LENEL *EP* 501 nt. 8; MANTOVANI, *Formule* p. 97 nt. 481

⁵³⁷ *Ad exemplum* los supuestos analizados en el capítulo *exceptio utilis ex senato consulto*, en los que la *exceptio utilis* se configura como extensión de la *exceptio ex SC.to Macedoniano* y de la *exceptio ex SC.to Velleiano* en los que se ha producido un *fraus* al SC.

del pacto, hubiera recibido la posesión del fundo, o habría estado legitimado para reclamarla en virtud del mismo pacto y de la *stipulatio*.

Volviendo a la formulación de la *exceptio utilis: si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit, ne in rem ageretur*, observamos cómo la podemos dividir en dos partes, una parte que alude al pacto, que efectivamente tuvo lugar, y otra parte en la que aparece la ficción. En ese caso, al demandado, Agripino, debería probar únicamente la existencia del pacto, ya que el efecto real del mismo se tendrá por producido a través de la ficción.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones podemos concluir que:

- a) La respuesta de la cancillería imperial se concreta en que el *praeses provinciae* concederá a Agripino el *interdicto uti possidetis*
- b) La concesión del interdicto se refuerza argumentando que si Ticio (*fratre uxoris tuae*) interpusiera una *actio in rem*, éste sería rechazado con una *exceptio utilis: huiusmodi pactione propter utilem exceptionem posset submoveri*.
- c) La *exceptio utilis* a que el texto alude se basa en el *pactum conventum et stipulatio* transaccional efectuados por Agripino y Ticio, por lo que la excepción edictal que servirá de base para la redacción de la *exceptio utilis* será la *exceptio pacti*.
- d) En la redacción de la *exceptio utilis* se incluirá una ficción con la finalidad de extender la eficacia *super possessione* del pacto efectuado entre las partes al supuesto en que se plantea una *actio in rem*.

5. CONCLUSIONES

1. La expresión "*exceptio utilis*" en el procedimiento formulario del derecho romano, que ha sido analizada a través de las fuentes que constituyen el cuerpo de este estudio, designa una categoría de *exceptio* con sustantividad propia que se define como una *exceptio* redactada *causa cognita* por el magistrado y que deriva de una *exceptio edictalis*.

2. La categoría *exceptio utilis* la encontramos proyectada principalmente en Africano, en concreto en sus *libri quaestionum*, ya que la mayoría de textos que contienen una *exceptio utilis* pertenecen a este jurista,⁵³⁸ en los *libri ad edictum* de Ulpiano pueden encontrarse también referencias concretas a la *exceptio utilis*.⁵³⁹ La doctrina ha atribuido a Juliano la creación jurisprudencial de la categoría *exceptio utilis*,⁵⁴⁰ lo que refuerza la afirmación de que la mayor proyección de la categoría la encontramos en su discípulo Africano, jurista que refleja en éste, y en muchos otros puntos, el magisterio de su antecesor.

3. Observamos cómo la base sobre la que se construye la *exceptio utilis* es una *exceptio edictalis*, añadiendo el elemento no previsto en la excepción edictal, y extendiendo de este modo su ámbito de aplicación. En todos los supuestos en los que se concede la *exceptio utilis*, el elemento que da lugar a la extensión y que es incluido en la redacción de la *exceptio* es el fundamento que justifica su concesión: la existencia de una circunstancia edictalmente no prevista, pero que resulta de tal relevancia para el *ius honorarium* que da lugar a su inclusión en una *exceptio edictalis*. En este sentido, hemos detectado el caso de seis excepciones edictales que extienden su ámbito de aplicación a través de una *exceptio utilis*: *exceptio rei iudicatae*, *exceptio ex SC.to Macedoniano*, *exceptio ex SC.to*

⁵³⁸ Afr. 4 *quaest.* D. 4.4.41; Afr. 8 *quaest.* D. 16.1.17pr, 19.5; Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1; Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16 y §18.

⁵³⁹ Ulp. 15 *ed.* D. 5.3.25.17; Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7pr, §3.3, §7.3; Ulp. 29 *ed.* D. 16.1.8.6.

⁵⁴⁰ NICOSIA, *Exceptio* p. 135. Iul. 45 *quaest.* D. 4.4.41

Velleiano, exceptio doli, exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat, exceptio pacti.

4. El fundamento que da lugar a la concesión de la *exceptio utilis* diverge en los diversos supuestos analizados, aunque existe un elemento común: la presencia de alguna circunstancia que impide la concesión de la *exceptio edictalis*, motivo por el cual se concede la *exceptio utilis*. En Iul. 45 *dig.* D. 4.4.41, el desistimiento del *adulescens* carece de efecto de cosa juzgada, y ello impide la concesión de la *exceptio rei iudicatae*. En el caso de Ulp. 29 *dig.* D. 14.6.7.1 y Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5, los supuestos que se configuran son en fraude al SC. y la *exceptio edictalis si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur* está prevista para aquellos supuestos en que se ha actuado contra el SC. En Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1 nos encontramos ante un supuesto en el que la configuración de la *exceptio* viene dada por el conocimiento del *dominus* del vicio que afecta al esclavo, pudiendo oponer el *venditor* contra el *dominus* la *exceptio doli*. La acción es planteada por el *procurator* contra el *venditor*, por tanto, esa *exceptio doli* no puede ser opuesta contra el *procurator*, y en todo caso sería una *exceptio doli utilis ex persona domini*. En Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16 y §18, partimos de que la *exceptio edictalis* es la *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* y el supuesto que se plantea alude a que pueda producirse un perjuicio sobre la titularidad de un predio en §16, y sobre la titularidad de una parte de un fundo en §18. En Ulp. 15 *ed.* D. 5.3.25.17, el elemento que impide la concesión de la *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* es el perjuicio sobre la titularidad de la herencia que se produciría entre el actor y el que vendió, no respecto al demandado. Finalmente en C. 2.4.9 se produce un pacto sobre la posesión, lo cual daría lugar a una *exceptio pacti edictalis*, pero en el caso también se plantea la posibilidad de que la controversia verse sobre la propiedad, en cuyo caso se concedería una *exceptio pacti utilis*.

5. La formulación de la *exceptio utilis* en los diversos fragmentos, se configura mediante la inserción en su redacción de la circunstancia que da lugar a la extensión de la *exceptio edictalis*:

Iul. 45 *quaest.* D. 4.4.41: *si in ea re qua de agitur quasi iudicata non est*

Ulp. 29 *dig.* D. 14.6.7.1: *si in ea re nihil in fraudem senatus consultum Macedonianum factum est*

Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5: *si in ea re nihil in fraudem senatus consultum Velleianum factum est*

Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1: *si in ea re nihil dolo malo A.Ai. ex persona domini factum sit neque fiat*

Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16: *si in ea re qua de agitur praeiudicium praedio non fiat*

Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.18: *si in ea re qua de agitur praeiudicium fundo partive non fiat*

Ulp. 15 *ed.* D. 5.3.25.17: *si in ea re qua de agitur hereditati non fiat inter actorem et eum qui venum dedit*

C. 2.4.9: *si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit, ne in rem ageretur*

6. Como ha sido apuntado a lo largo del trabajo, y como se ha demostrado en el análisis de algunos fragmentos, el hecho de que la expresión “*exceptio utilis*” no aparezca en los textos no significa que no se haga referencia a esta categoría, del mismo modo que la presencia de la expresión puede revestir un carácter predicativo. En este sentido, es posible que algunos juristas hicieran referencia a una *exceptio utilis*, sin señalar mediante el adjetivo “*utilis*”, que se tratara de esta determinada categoría de *exceptio*,⁵⁴¹ del mismo modo que utilizarían el término *utilis* en sentido predicativo referido a la *exceptio*,⁵⁴² y que ya en época posclásica se emplearan indistintamente los términos “*utilis*” e “*in factum*”.⁵⁴³

⁵⁴¹ Ulp. 15 *ed.* D. 5.3.25.17; Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7pr, 3.3, 7.3; Ulp. 29 *ed.* D. 16.1.8.6, Pomp. 1 *sen. cons.* D. 16.1.32.3.

⁵⁴² Paul. 31 *ed.* D. 18.5.3; 1; Marcian. 1 *ad form hyp.* D. 20.1.13.2; Marcian 1 *ad form. hyp.* D. 20.4.12pr.; Scaev. 18 *dig.* D. 32.37.4 ; C. 3.1.2 ; C. 4.32.5.

⁵⁴³ Ulp. 2 *disp.* D. 19.5.21

7. La relación entre las categorías de *actio utilis*, *interdictum utilis* y *exceptio utilis*, la encontramos en un núcleo común, la extensión que estas categorías suponen respecto de un recurso procesal edictalmente previsto. El punto divergente lo encontramos en el mecanismo mediante el cual opera esta extensión, especialmente en el caso de las *actiones utiles*. Según Valiño, el mecanismo de extensión en las *actiones utiles* es la ficción; en el caso de las *exceptiones utiles* y de los *interdicta utilia*, este mecanismo opera, en general, mediante la inclusión de los hechos que dan lugar a la extensión en la *exceptio* o *interdictum edictalis*. Observamos, por tanto, cómo el adjetivo “*utilis*”, desde un punto de vista técnico, designa la extensión operada respecto de un recurso procesal edictalmente previsto. Asimismo debemos apuntar que del mismo modo que algunas *actiones utiles* aparecen relacionadas en el edicto,⁵⁴⁴ como por ejemplo, la *actio Publiciana*,⁵⁴⁵ lo mismo puede suceder respecto de las *exceptiones utiles* y de los *interdicta utilia*. En este sentido podemos apuntar el caso de la *exceptio utilis quod praeiudicium praedio non fiat*, que aparece en la reconstrucción del Edicto Perpetuo de Lenel, o también la *exceptio utilis quod praeiudicium fundo partive non fiat*.⁵⁴⁶ Ambas *exceptiones utiles* podrían haber sido incluidas en el edicto, en un momento posterior a su primera redacción por parte del pretor concreto que hubiera acometido dicha redacción; ello podría deberse a la consolidación de su uso en la redacción de las fórmulas por parte de los magistrados.

⁵⁴⁴ Sobre la *actio Publiciana*, apunta Valiño que aún tratándose de una *actio utilis*, en las fuentes no recibe esta denominación debido a que ya tendría un nombre independiente y autónomo en el Edicto del Pretor, y por tanto, no resultaría necesario designarla con el término menos específico de *actio utilis*. Asimismo, añade el autor la circunstancia de que se tratara de una acción de creación temprana, en una época en las que no se habría consolidado aún esta concepción de las *actiones utiles* como ficticias. VALIÑO, E., *Actiones utiles*, op. cit. p. 23. En el mismo sentido y apuntando que la *actio Publiciana* es la *vindicatio utilis* por excelencia: D'ORS, DPR §176 nt. 1; RICART MARTÍ, E., *Un caso de in integrum restitutio rei publicae causa abesse*, op. cit. p. 413, nt. 16; vid. También: SANSÓN RODRÍGUEZ, M.V., *D.17,1,57, un caso particular de rescisión en beneficio del ausente*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 89 (1998), pp.283-308.

⁵⁴⁵ LENEL, EP p. 169.

⁵⁴⁶ LENEL EP pp. 505-506.

8. El concepto de *exceptio utilis* es un concepto clásico del derecho romano. La existencia de una categoría como la *exceptio utilis* no puede entenderse si no es en el marco del procedimiento formulario. La propia configuración de la *exceptio utilis*, como una categoría con unas características propias y técnicamente definida como la extensión de una *exceptio edictalis*, presupone, de una parte, un elenco de *exceptiones* contenidas en el Edicto; y de otra, la existencia de un procedimiento bipartito en el que el magistrado de acuerdo con las partes, redacta la fórmula del *iudicium*. Respecto a la posibilidad de que la categoría de *exceptio utilis* perviviera en el procedimiento cognitorio resulta dudosa, puesto que no encajaría en los esquemas propios de este procedimiento en los que tanto acción como excepción pierden su tipicidad y la acción se convierte en un modo genérico de pedir justicia privada.⁵⁴⁷ Asimismo, las expresiones *exceptio utilis* y *exceptio in factum*, en el procedimiento cognitorio, serían utilizadas indistintamente para designar un genérico medio de defensa del demandado sin aludir a una categoría precisa de *exceptio* y aún menos a las categorías clásicas de *exceptio utilis* y *exceptio in factum*.

⁵⁴⁷ D'ORS, *DPR*, §126

6. CONCLUSIONI

1. L'espressione "*exceptio utilis*" nella procedura formulare del diritto romano, analizzata attraverso le fonti che costituiscono il corpo di questo studio, designa una categoria d'*exceptio* con sostantività propria che è definita come un'*exceptio* redatta *causa cognita* dal magistrato, e derivata da una *exceptio edictalis*.

2. La categoria *exceptio utilis* si trova principalmente proiettata in Africano, in particolare nei suoi *libri quaestionum*, giacché la maggior parte dei testi che contengono un *exceptio utilis* appartiene a questo giurista;⁵⁴⁸ nei *libri ad edictum* di Ulpiano si possono trovare anche riferimenti specifici all'*exceptio utilis*.⁵⁴⁹ La dottrina ha attribuito a Juliano la creazione giurisprudenziale della categoria *exceptio utilis*,⁵⁵⁰ fatto che rafforza la tesi secondo cui la maggior proiezione della categoria si trova nel suo discepolo Africano, giurista che riflette in questo, e in molti altri punti, l'insegnamento del suo antecessore.

3. Abbiamo osservato come la base su cui l'*exceptio utilis* è costruita è un'*exceptio edictalis*, inserendo l'elemento che non rientra nell'*exceptio edictalis*, e quindi estendendo il suo campo di applicazione. In tutti i casi in cui l'*exceptio utilis* è concessa, l'elemento che suscita l'estensione, e che è inserito nella redazione dell'*exceptio*, è il fondamento che ne giustifica la concessione: l'esistenza di una circostanza edictalmente non prevista, ma talmente importante per lo *ius honorarium* da suscitare l'inclusione in un'*exceptio edictalis*. A questo proposito, abbiamo individuato sei eccezioni edittali che hanno esteso il loro campo di applicazione attraverso un'*exceptio utilis*: *exceptio rei iudicatae*, *exceptio ex SC.to Macedoniano*, *exceptio ex SC.to Velleiano*, *exceptio doli*, *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*, *exceptio pacti*.

⁵⁴⁸ Afr. 4 *quaest.* D. 4.4.41; Afr. 8 *quaest.* D. 16.1.17pr, §19.5; Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1; Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16 - §18.

⁵⁴⁹ Ulp. 15 *ed.* D. 5.3.25.17; Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7pr, §3.3, §7.3; Ulp. 29 *ed.* D. 16.1.8.6.

⁵⁵⁰ NICOSIA, *Exceptio* p. 135. Iul. 45 *quaest.* D. 4.4.41

4. La ratio che suscita la concessione dell'*exceptio utilis* differisce nelle diverse fattispecie analizzate, nonostante vi sia un elemento comune, e cioè, la presenza di una qualche circostanza che escluderebbe la concessione dell'*exceptio edictalis*, motivo per cui viene concessa l'*exceptio utilis*. In Iul. 45 dig. D. 4.4.41, la rinuncia dell'*adulescens* manca di effetto di cosa giudicata, e questo impedisce la concessione dell'*exceptio rei iudicatae*. In Ulp. 29 dig. D. 14.6.7.1 e Afr. 4 quaest. D. 16.1.19.5, le fattispecie configurate sono in frode allo SC. e l'*exceptio edictalis: si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicitur* è prevista per quei casi in cui si è agito contro il SC. In Afr. 8 quaest. D. 21.1.51.1 ci troviamo di fronte a una situazione in cui la configurazione dell'*exceptio* viene data dalla conoscenza da parte del *dominus* del vizio che riguarda lo schiavo, e il venditore può opporre l'*exceptio doli*. contro il *dominus*. L'azione è proposta dal procuratore contro il venditore, pertanto l'*exceptio doli* non può essere invocata contro il procuratore, e in ogni caso sarebbe un'*exceptio doli utilis ex persona domini*. In Afr. 9 quaest. D. 44.1.16 e §18, si assume che l'*exceptio edictalis* è l'*exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* e la fattispecie in esame si riferisce a un pregiudizio che si può verificare sulla proprietà di un fondo nel §16, e la proprietà di una parte di un fondo nel §18. In Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.17, l'elemento che impedisce la concessione dell'*exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* è che il pregiudizio sulla qualità ereditaria avrebbe avuto luogo tra l'attore e il venditore, non rispetto al convenuto. Infine, in C. 2.4.9 esiste un patto sul possesso, che darebbe luogo ad un'*exceptio pacti edictalis*, ma nel caso viene sollevata anche la possibilità che la controversia sia sulla proprietà.

5. La formulazione dell'*exceptio utilis* nei vari frammenti, è impostata con l'inserimento nella sua redazione della circostanza che ha portato all'estensione dell'*exceptio edictalis*:

Iul. 45 *quaest.* D. 4.4.41: *si in ea re qua de agitur quasi iudicata non est*

Ulp. 29 *dig.* D. 14.6.7.1: *si in ea re nihil in fraudem senatus consultum
Macedonianum factum est*

Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5: *si in ea re nihil in fraudem senatus consultum
Velleianum factum est*

Afr. 8 *quaest.* D. 21.1.51.1: *si in ea re nihil dolo malo A.Ai. ex persona domini
factum sit neque fiat*

Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.16: *si in ea re qua de agitur praeiudicium praedio non fiat*

Afr. 9 *quaest.* D. 44.1.18: *si in ea re qua de agitur praeiudicium fundo partive
non fiat*

Ulp. 15 *ed.* D. 5.3.25.17: *si in ea re qua de agitur hereditati non fiat inter
actorem et eum qui venum dedit*

C. 2.4.9: *si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit, ne in rem ageretur*

6. Com'è stato osservato nel corso dello studio, e come dimostra l'analisi di alcuni frammenti, il fatto che l'espressione "*exceptio utilis*" non appaia nei testi non significa che non vi sia alcun riferimento a questa categoria, allo steso tempo che la presenza dell'espressione può avere un senso predicativo. Infatti, è possibile che alcuni giuristi facessero riferimento a un'*exceptio utilis*, senza indicare attraverso l'aggettivo "*utilis*", che si trattava di questa particolare categoria di *exceptio*,⁵⁵¹ così come è possibile che usassero il termine *utilis* nel senso predicativo riferito all'*exceptio*,⁵⁵² e già nell'epoca post-classica avrebbero utilizzato indistintamente i termini "*utilis*" e "*in factum*".⁵⁵³

7. Il rapporto tra le categorie di *actio utilis*, *exceptio utilis* e *interdictum utilis*, lo troviamo in un nucleo comune, e cioè nell'estensione che queste categorie

⁵⁵¹ Ulp. 15 *ed.* D. 5.3.25.17; Ulp. 29 *ed.* D. 14.6.7pr, §3.3, §7.3; Ulp. 29 *ed.* D. 16.1.8.6, Pomp. 1 *sen. cons.* D. 16.1.32.3.

⁵⁵² Paul. 31 *ed.* D. 18.5.3; 1; Marcian. 1 *ad form hyp.* D. 20.1.13.2; Marcian 1 *ad form. hyp.* D. 20.4.12pr.; Scaev. 18 *dig.* D. 32.37.4 ; C. 3.1.2 ; C. 4.32.5.

⁵⁵³ Ulp. 2 *disp.* D. 19.5.21

rappresentano rispetto a un rimedio processuale edittalmente previsto. Il punto di divergenza si trova, invece, nel meccanismo con cui opera questa estensione. Nel caso dell'*actio utilis*, questo meccanismo, secondo Valiño, è la finzione, nel caso dell'*exceptio utilis*, l'estensione di solito occorre attraverso l'inclusione delle circostanze che hanno dato luogo all'estensione nella formula dell'*exceptio edictalis*. Si nota quindi, come l'aggettivo "utilis" da un punto di vista tecnico, designa l'estensione operata nei confronti di un rimedio processuale edittalmente previsto. Dobbiamo anche ricordare che proprio come alcune *actiones utiles* apparivano elencate nell'editto,⁵⁵⁴ per esempio, l'*actio Publiciana*,⁵⁵⁵ lo stesso potrebbe accadere per quanto riguarda alle *exceptiones utiles*. A questo proposito si può notare il caso dell'*exceptio utilis quod praeiudicium praedio non fiat*, che appare nella ricostruzione dell'Editto Perpetuo di Lenel, o anche l'*exceptio utilis quod praeiudicium fundo partive non fiat*.⁵⁵⁶ Entrambe le *exceptiones utiles* sarebbero potuto essere incluse nell'editto, posteriormente alla sua prima redazione da parte del magistrato che aveva effettuato tale formulazione specifica; questo potrebbe essere dovuto al consolidamento del suo uso nella redazione delle formule da parte dei magistrati.

8. Il concetto di *exceptio utilis* è un concetto classico del diritto romano. L'esistenza di una categoria come l'*exceptio utilis* non può essere intesa se non all'interno della procedura formulare. La configurazione dell'*exceptio utilis* come una categoria con caratteristiche proprie e tecnicamente definita come

⁵⁵⁴ Sull'*actio Publiciana* afferma Valiño che, anche se è un'*actio utilis*, nelle fonti non riceve questa denominazione, perché ha già un nome indipendente e autonomo nell'Editto del pretore, e quindi non sarebbe necessario designare il termine meno specifico *actio utilis*. Inoltre, aggiunge che si trattava di un'azione creata già in un'epoca anteriore in cui non si sarebbe potuta ancora consolidare la concezione delle *actiones utiles* come fittizie. VALIÑO, E., *Actiones utiles*, op. cit. p. 23. Nello stesso senso e rilevando che l'*actio Publiciana* è la *vindicatio utilis* per eccellenza: D'ORS, DPR §176 nt. 1; RICART MARTÍ, E., *Un caso de in integrum restitutio rei publicae causa abesse*, op.cit. p. 413, nt. 16; vid. anche: SANSÓN RODRÍGUEZ, M.V., *D.17,1,57, un caso particular de rescisión en beneficio del ausente*, in Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 89 (1998), pp. 283-308.

⁵⁵⁵ LENEL, EP, p. 169.

⁵⁵⁶ LENEL, EP, pp. 505-506.

l'estensione di un'*exceptio edictalis*, presuppone da un lato, un elenco di eccezioni contenute nell'Editto, e dall'altro, l'esistenza di un processo bipartito in cui il magistrato, d'accordo con le parti, redatta la formula dello *iudicium*. Per quanto riguarda la possibilità che la categoria di *exceptio utilis* sopravvivesse nella procedura cognitoria è discutibile, giacché non rientra negli schemi stessi di questa procedura, in cui l'azione e l'eccezione perdono la loro tipicità, e l'azione diventa un modo generico per richiedere giustizia privata.⁵⁵⁷ Allo stesso modo, le espressioni *exceptio utilis* ed *exceptio in factum*, nella procedura cognitoria sarebbero state utilizzate indistintamente per indicare un generico mezzo di difesa del convenuto, senza riferimento a una specifica categoria di *exceptio* e ancora meno alle categorie classiche di *exceptio utilis* ed *exceptio in factum*.

⁵⁵⁷ D'ORS, *DPR* §126

7. ÍNDICE DE FUENTES

7.1. Fuentes jurídicas

7.1.1. Fuentes antejustinianas

Codex Gregorianus (CG.)

3.5.10: 103

Fragmenta Vaticana (frg. Vat)

9: 233

90: 14, nt. 5

310: 31, nt. 38; 49; 115

Gai institutiones (Gai.)

1.6: 188, nt. 397; 191

3.176: 153

4.1: 43, nt. 85

4.34: 36, nt. 60

4.39: 43, nt. 87

4.44: 44

4.56: 62, nt. 141

4.81: 43

4.82: 43

4.114: 43; 44

4.115: 44

4.116: 51; 56 y nt. 123

4.117: 56 y nt. 124

4.118: 47, nt. 95 y 97; 49; 64; 113

4.119: 47, nt. 94; 48

4.120: 60

4.121: 60, nt. 136; 112

4.122: 61, nt. 138

4.123: 61, nt. 140

4.124: 62, nt. 144

4.125: 54; 61; 63, nt. 147

4.129: 43

4.130: 43; 219

4.133: 47; 219; 221

4.137: 43

4.138: 43

4.170: 43

4.171: 43

4.173: 43

4.174: 43

4.181: 43

4.182: 43

4.183: 43

4.187: 43

Pauli sententiae (PS)

2.10: 103, nt. 224; 111, nt. 251

2.12.8: 36

7.1.2. *Corpus iuris civilis*

Institutiones (Inst.)

Inst. 1.2.7: 191; 192

Inst. 4.7.7: 105, nt. 227

Digesta (D.)

1.1.1pr: 123, nt. 282

1.2.2.53: 123, nt. 282

1.4.1.2: 236, nt. 509

2.11.2.1: 41, nt. 82

2.11.2.4: 41, nt. 82

2.11.2.8: 31, nt. 38

2.14.7.5: 57, nt. 127

2.14.7.7: 132, nt. 291

2.14.7.8: 70; 71

2.14.31: 199, nt. 428

2.15.3.2: 31, nt. 38

2.15.8.17: 239, nt. 516

2.15.8.18: 239, nt. 516

4.1.2: 55, nt. 120

4.3.7.8: 57, nt. 126

4.4.16pr: 90, nt. 194

4.4.24.4: 92; 93

4.4.41: 9; 11; 17; 19; 26, nt. 22;
29; 31, nt. 39; 40; 73; 89ss; 250;
251; 256; 257

4.8.32.2: 150, nt. 322

5.3.13.4: 230, nt. 480

5.3.13.8: 230, nt. 480

5.3.20.6: 226, nt. 474; 227, nt. 475

5.3.25.17: 17, nt. 11; 19; 34; 41, nt.
83; 218; 220; 221; 225ss; 249, nt.

539; 251, nt. 541; 255, nt. 549;
257, nt. 551

6.2.16: 49, nt. 105; 57

6.3.14: 17; 34

7.9.4: 31, nt. 38

9.2.27.28: 188, nt. 399

10.2.1.1: 217ss

10.2.48: 74

12.1.14: 117

12.1.31pr: 96; 216

12.5.8: 32, nt. 41

12.6.19pr: 115, nt. 268

12.6.40pr.: 105, nt. 227; 106; 109,
nt. 245; 115; 150, nt. 322; 155;
165, nt. 368 y 369; 169, nt. 372

13.5.27: 31, nt. 38; 67

13.7.3: 31, nt. 38

14.3.7.1: 153, nt. 333

14.6.1pr: 103; 107, nt. 239

14.6.3.3: 17, nt. 11; 105, nt. 227 y
228; 108; 127ss; 145; 240

14.6.7pr: 29, nt. 31; 19; 109, nt.
245; 123ss; 249, nt. 539; 251, nt.
541; 255, nt. 549; 257, nt. 551

14.6.7.1: 9; 11; 17; 18; 26; 28, nt.
28; 29; 31, nt. 39; 38; 39; 40; 73;
103; 122ss; 250; 251; 256; 257

- 14.6.7.3: 108, nt. 240; 128; 129; 145
14.6.7.4: 109, nt. 245
14.6.7.7: 109, nt. 245
14.6.7.9: 108, nt. 239
14.6.7.10: 140; 141
14.6.7.14: 109, nt. 245
14.6.9.3: 136; 140
14.6.9.4: 69, nt. 155; 106; 115, nt. 268; 117; 141
14.6.11: 115, nt. 26; 118; 156
14.6.14: 125
14.6.20: 31, nt 38; 109, nt. 245.
16.1.1.1: 149, nt. 315
16.1.1.2: 149, nt. 315
16.1.2pr: 147; 148
16.1.2.1: 147
16.1.2.2: 149, nt. 315
16.1.2.3: 158, nt. 350
16.1.4.1: 151
16.1.8.2: 166
16.1.8.3: 164, nt. 367
16.1.8.6: 17, nt. 11; 18; 171ss; 249, nt. 539; 251, nt. 541; 255, nt. 549; 257, nt. 551
16.1.8.11: 154, nt. 336
16.1.8.12: 153, nt. 332
16.1.9: 154, nt. 336
16.1.11: 157
16.1.13: 153, nt. 332
16.1.14: 154, nt. 336
16.1.16.1: 148, nt. 313; 179
16.1.17pr: 9; 11; 17; 18; 25, nt. 21; 39; 73; 159ss; 249, nt. 538; 255, nt. 548
16.1.19pr: 151, nt. 324
16.1.19.5: 26; 28, nt. 28; 29; 31, nt. 39; 39; 40; 73; 159; 171, nt. 377; 176ss; 251; 255, nt. 548; 256; 257
16.1.20: 154, nt. 336; 159
16.1.24pr: 151, nt. 325
16.1.24.2: 168, nt. 370
16.1.24.3: 154, nt. 336
16.1.29.1: 29, nt. 31; 172
16.1.32.3: 17, nt. 11; 18; 29; 172ss; 251, nt. 541; 257, nt. 551
16.1.32.4: 157
18.1.12: 199ss.
18.1.13: 199ss.
18.5.3: 17; 25, nt. 21; 28, nt. 27; 57; 58, nt. 128; 73; 75; 76; 251, nt. 542; 257, nt. 552
19.1.1.1: 193, nt. 411
19.1.5.1: 58
19.1.11.3: 193, nt. 411
19.1.13.9: 58
19.1.19: 93
19.5.21: 17; 26; 30; 73; 74; 251, nt. 543; 257, nt. 553
20.1.10: 80; 81
20.1.12pr: 17
20.1.13.2: 16; 25, nt. 21; 26; 28, nt. 27; 73; 75; 78ss; 251, nt. 542; 257, nt. 552
20.3.2: 150, nt. 322
20.4.12pr: 25, nt. 21; 28, nt. 27; 40; 73; 75; 81ss; 251, nt. 542; 257, nt. 552
20.5.12pr: 233, nt. 493
21.1.1.1: 188
21.1.5: 193, nt. 412
21.1.7: 193, nt. 412
21.1.9: 193, nt. 412

- 21.1.11: 193, nt. 412
21.1.14.9: 209, nt. 444
21.1.15: 193, nt. 412
21.1.16: 193, nt. 412
21.1.19.6: 205, nt. 437; 208, nt. 442
21.1.23.7: 205, nt. 436
21.1.25.10: 206
21.1.46: 193, nt. 412
21.1.48: 193, nt. 412
21.1.48.2: 205, nt. 437; 208, nt. 441
21.1.48.4: 207; 208
21.1.51pr: 193, nt. 411; 197ss
21.1.51.1: 9; 11; 17; 19; 26; 28, nt. 28; 29; 194ss; 249, nt. 538; 255, nt. 548
21.1.55: 205, nt. 437
21.1.59.1: 208, nt. 443
21.1.60: 205, nt. 436
21.3.1.1: 17; 34; 41, nt. 83
21.3.1.2: 17; 34; 41, nt. 83
21.3.1.4: 31, nt. 38; 67
22.1.13pr: 87, nt. 192
22.1.17.1: 87, nt. 192
22.3.2: 55; 145, nt. 310
22.3.19pr: 55
23.3.7.3: 31, nt. 38; 32, nt. 41
24.1.3pr: 162, nt. 362
24.3.21: 58
25.3.3.4: 159, nt. 352
26.5.8.1: 239, nt. 516
26.5.27pr: 239, nt. 516
26.7.46.5: 84ss
27.10.7.1: 17; 34; 41, nt. 83
27.8.1.3: 239, nt. 516
32.37.4: 16; 25, nt. 21; 38, nt. 27; 73; 75; 82ss; 251, nt. 542; 257, nt. 552
35.2.15pr: 31, nt. 38
40.12.16.2: 199ss.
40.12.16.4: 198, nt. 424
40.12.17: 199ss.
40.12.22.5: 199ss.
41.4.7.6: 17; 34
42.3.6.7: 99
42.7.2pr: 239, nt. 516
43.8.2.6: 14, nt. 5
43.8.2.8: 14, nt. 5
43.12.1.12: 14, nt. 5
43.12.1.17: 14, nt. 5
43.13.1.6: 31, nt. 38
43.14.1.7: 14, nt. 5
43.14.1.9: 14, nt. 5
43.17.1.3: 241
43.17.1.4: 241, 242
43.18.1.4: 31, nt. 38
43.19.3.6: 14, nt. 5
43.19.3.7: 14, nt. 5
43.19.3.8: 14, nt. 5
43.19.3.9: 14, nt. 5
43.21.3.2: 14, nt. 5
43.21.3.3: 14, nt. 5
43.21.3.6: 14, nt. 5
43.24.7.4: 31, nt. 38
44.1.1: 54; 55; 119
44.1.2pr: 48
44.1.2.2: 48
44.1.2.4: 53
44.1.3: 53; 60, nt. 135; 112

44.1.7pr: 53; 69ss
44.1.7.1: 53; 69ss
44.1.13: 218ss
44.1.14: 31, nt. 38; 67
44.1.16: 9; 11; 17; 19; 73; 213ss;
250; 251; 256; 257
44.1.18: 19; 217; 220; 222ss; 250;
251; 256; 257
44.1.19: 77
44.1.22pr: 48, nt. 101
44.1.23: 31, nt. 38
44.2.13: 215, nt. 455
44.4.4.5: 210
44.4.4.8: 31, nt. 38
44.4.4.14: 109, nt. 245
44.4.4.15: 31, nt. 38
44.4.4.32: 31, nt. 38; 32, nt. 41
44.4.5.5: 96, nt. 217
44.4.15: 99, nt. 220
44.5.1.6: 31, nt. 38
44.7.37pr: 36, nt. 60
44.7.39: 110, nt. 247
44.7.51.3: 109, nt. 244
46.1.14: 31, nt. 38; 32, nt. 41; 154,
nt. 336
46.1.18: 164, nt. 367
46.1.32: 77
46.2.4: 31, nt. 38; 32, nt. 41

46.2.19: 117; 150, nt. 322; 161, nt.
359; 165
50.17.79: 124
50.17.160pr: 34
50.17.160.1: 17; 34; 41, nt. 83

Codex (C.)

1.14.2: 237, nt. 510
1.23.3: 237, nt. 510
2.4.9: 9; 11; 17; 19; 26; 30; 32; 34;
40; 73; 231; 238ss; 250; 251; 256;
257
2.4.15: 243, nt. 529
2.4.28.1: 31, nt. 38; 32, nt. 41
3.1.2: 16; 25, nt. 21; 30; 73; 75;
84ss; 251, nt. 542; 257, nt. 552
3.42.5: 239, nt. 516
4.2.5.9: 132, nt. 293
4.2.5.12: 132, nt. 293
4.28.6: 105, nt. 227; 140, nt. 303
4.28.7: 103, nt. 224
4.32.5: 17; 25, nt. 21; 73; 76; 86ss;
251, nt. 542; 257, nt. 552
7.18.1: 239, nt. 516
8.6.1: 242, nt. 526
8.23.1: 79, nt. 175

7.1.3. Fuentes bizantinas:

Basílicos (Bas. Hb.)

11.2.26: 238, nt. 513
26.7.50: 177ss.
26.7.63: 157, nt. 344

Theophilus

4.7.7: 105

7.2. Fuentes literarias

Cicero (Cic.)

fam.

7.13.2: 31, nt. 38

de leg.

3.7: 187, nt. 395

off.

3.23.91: 189, nt. 401

3.71: 189, nt. 401

Gellius (Gell.)

17.6.1: 189, nt. 401

20.1.1: 160, nt. 357

Plautus (Plaut.)

Capt.

823: 189, nt. 401

Merc.

418: 189, nt. 401

Most.

798: 189, nt. 401

Rud.

373: 189, nt. 401

Plinius min. (Plin.)

epist.

5.9.3: 111, nt. 251

Scriptores Hist. Aug. (SHA)

Hadr.

18.1: 232, nt. 486

Suet.

Vesp. 11: 103, nt. 225

8. BIBLIOGRAFÍA

ACCURSIO, [*Corpus iuris civilis*]... commentariis Accursii, scholiis Contii, paratitlis Cuiacii... novae accesserunt ad ipsum Accursium Dionysii Gothofredi, I. C. notae, ... Lugduni : Sumptibus Horatii Cardon, 1604. v.3 - *Digestum novum*.. Consultada la digitalización disponible *online* de la Biblioteca de la Universidad de Harvard:

<http://pds.lib.harvard.edu/pds/view/14856910?n=1> Glosa citada si no se apunta una edición diferente.

ACCURSIO, *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*, vol. VII: *Digestum vetus*, Venetis: De Tortis, 1488, edición facsímil.

ALBERTARIO, E., *In materia di azione redibitoria: (Esempio di decomposizione di un testo giustiniano nei suoi elementi costitutivi)*, en *Studi di Diritto romano III*, Milano, 1936, pp. 467ss.

- *Procurator unius rei*, en *Studi di diritto romano III*, Giuffré, Milano, 1953, pp. 495ss.

ALONSO RODRÍQUEZ J.L., *Estudios sobre la delegación. La doble atribución patrimonial*. Vol. 1, 2a parte, Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano, nº14, Universidad de Santiago de Compostela, 2001.

Basilicorum libri LX, edd. G. G. Heimbach u. A., 6 Bde., Leipzig, 1833-70).

BEHRENDTS, O., *Die fraus legis*, Schwartz, Göttingen 1982; KRÜEGER, P., pp. 117ss.

BERGER, A., *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953.

BESLER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Mohr, Tübingen, 1920.

BETANCOURT, F., *Prolegómenos al estudio de los interdictos útiles*, en *Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro d'Ors*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1987, pp. 249ss.

- *Sobre las excepciones llamadas útiles*, AHDE 50, 1980, pp. 699ss.

BIONDI, B., *Iudicia bonae fidei*, en *Annali Palermo* 7 (1918), pp. 44ss.

BORTOLUCCI, G., *Actio utilis*, Soc. Tipogr. Modenese, Modena 1909.

BUCKLAND, W.W., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, 1921.

BUENO SALINAS, M., *Fraus legi: Un estudio sobre D.1.3.29 (Paul. ad leg. Cin.)*, SDHI 62 (1996), pp. 139ss.

CANNATA, C.A., *Profilo istituzionale del proceso privato romano. II: Il proceso formulare*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1982.

CARRELLI, E., *Decretum e sententia nella restitutio in integrum*, en *Annali Bari* n.1 (1938), pp. 129ss.

- *La genesi del procedimento formulare*, Giuffrè Editore, Milano, 1946.

- *L' intercessio della donna e la restitutio in integrum del creditore*, SDHI 3 (1937), pp. 305ss.

CASAVOLA, F., *Actio petitio persecutio*, Editore Jovene, 1965.

CASINOS MORA, F.J., *De hereditatis petitione. Estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en derecho romano*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

CENDERELLI, A., *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano I. Struttura, origini, azioni*, Giappichelli editore, Torino, 1997.

CERVENCA, J., *Per lo studio della restitutio in integrum (problematica e prospettive)*, Studi in onore di Biondo Biondi, 1, 1965, pp. 599ss.

- *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Ed. Guiffré, Milano, 1990.

COLLINET, P., *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Sirey, Paris, 1947.

COMA FORT, J.M., *Precedentes de la capacidad jurídica en derecho romano*, en *La capacidad jurídica*, ed. Ángel Sánchez de la Torre, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.

CUIACIO, *Ad titulum de minoribus Commentarius*, en *Opera Omnia I, Venetiis*, 1758, col. 877.

- *Ad Africanum Tractatus IX*, Coloniae Agrippinae, 1595.

D'ORS, A., *Acerca de las acciones "ex SC. Vellaeiano". Una revisión crítica*, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez*, Ed. Seminario de Derecho Romano, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1978, p. 337ss.

- *Derecho privado romano*, Ed. Eunsa, Pamplona, 10ª ed., 2004.

- *El "ius offerendi" de "tertius"*, en *Studi in onore di Biondo Biondi 1*, Giuffrè Editore, Milano, 1965, pp. 215ss.

- *Las Quaestiones de Africano*, Pontificia Università Lateranense, Mursia, 1997.

- *Rescriptos y cognición extraordinaria*, AHDE 47, 1977, pp. 5ss.

- *Sobre las pretendidas acciones reales "in factum"*, IVRA 20 (1969), pp. 52ss.

- *La acción del menor restituido (Crítica a Kupisch)*, AHDE, 49, 1979, pp. 297ss.

D'ORS, A.; MARTÍN, F., *Propositio liberorum*, American Journal of Philology 100, Baltimore, 1979, p. 113ss.

DAUBE, D., *Did Marcelo murder his father?*, SZ 65 (1947), pp. 301ss., también en *Collected Studies in Roman Law I*, Klostermann, Frankfurt a. Main, 1991.

- *Forms of Roman Legislation*, Clarendon Press, Oxford, 1956.

DE LOS MOZOS TOUYA, J.J., *Los actos de intercesión y el Senadoconsulto Veleyano*, en *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, coord. Javier Paricio, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1994.

- *Acerca del fin y régimen del Senadoconsulto Macedoniano*, AHDE 52 (1982), p. 77ss.

- *Los actos de intercesión y el Senadoconsulto Veleyano*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

DE ROBERTIS, F.M., *Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali*, en *Annali Bari* 4 (1941).

DEKKERS, R., *Les actions utiles en Droit romain clàssiques* en *Revue de l'Université de Bruxelles* 41 (1935-36), pp. 232ss.

DERNBURG, H., *Über das Verhältnis hereditatis petitio zu den erbschaftlichen singularklagen*, Heidelberg, 1852.

DEVILLA, V., *Appunti sul senatoconsulto Macedoniano*, en *Studi Sassaesi* 18 (1940), pp. 255ss.

DÍAZ BAUTISTA, A., *L'intercession des femmes dans la législation de Justinien*, RIDA 30 (1983), pp. 81ss.

DOLL, A., *Von der vis maior zur höheren Gewalt. Geschichte und Dogmatik eines haftungsentlastenden Begriffs*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main, 1989.

DONADIO, N., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell'emptio venditio: Il problema di un Giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti*, en *La compravendita e l'interdependenza delle obbligación nel diritto romano*, vol. 2, Cedam, 2007, pp. 455ss.

- *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Giuffrè, Milano, 2004.

DONATUTI, G., *Studi sul procurator, II, Verus et falsus procurator*, Ann. Perugia, XXXIII, 1921, p. 679ss.

FALCONE, G., *Appunti sul IV comentario delle Istituzioni de Gaio*, Giappichelli Editore, Torino, 2003.

- *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, en *Annali Palermo* 44 (1996), p. 9ss.

FASCIONE, L., *Fraus legi. Indagine sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Giuffrè Editore, Milano, 1983.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *De los arbitria bonae fidei pretorios a los iudicia bonae fidei civiles*, *Anuario da Facultade de Dereito* 8 (2004), p. 331ss.

- *Derecho público romano: recepción, jurisdicción y arbitraje*, Thomson-Civitas, 12ª ed., Pamplona, 2009.

- *Jurisdicción y arbitraje en Derecho romano*, Ed. Iustel, Madrid, 1ª ed., 2006.

FERRINI, C., *Sulle fonti delle fonti di Giustiniano*, en *Opere II*, Milano, 1929, pp. 333ss.

- *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa: ad fidem librorum manu scriptorium*, Calvary u.a., Berolini, 1884.

FINAZZI, G., *Richerche in tema di negotiorum gestio. Azione pretoria ed azione civile*, Jovene Editore, Napoli, 1999.

FIORI, R., *Ea res agatur. I due modelli del proceso formulare repubblicano*, Giuffrè Editore, Milán, 2003.

Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars prima. Leges, ed. Riccobono, 2ª ed. Florentiae 1942 (r. 1968); *Pars altera. Auctores*, ed. G. Baviera, 2ª ed. Florentiae 1940 (r. 1968); *Pars tertia. Negotia*, ed. V. Arangio Ruiz, Florentiae, 1943 (r. 1968).

FLUME, W., *Zu den römischen Bürgerschaftsstipulationen*, SZ, 113 (1996), pp. 88ss.

FRESE, B., *Das Mandat in seiner Beziehung zur Procurator*, en *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, vol IV, Aalen, 1974, p. 397ss.

FREZZA, P., *Le garanzie delle obbligazioni. Volume primo: le garanzie personali*, Cedam, Padova, 1962.

GALLO, F., *Sul potere normativo imperiale*, SDHI 48 (1982), pp. 413ss.

GAROFALO, L., *Per un'applicazione dell' 'exceptio doli generalis' romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, en *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, vol. III, Jovene Editore, Napoli, 1997, p. 453ss.

- *"Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem"* (a proposito di Gai. ad ed. aed. cur. D. 21,1,45), en *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1998, pp. 57ss.

GROSSO, G., *Nota esegetica sul fr. 19§D. ad SC. Velleianum 16.1*, en *Scritti storico giuridici. Tomo III Diritto privato. Persone obbligazioni successioni*, G. Giappichelli Editori, Torino, 2001.

GUARINO, A., *L'editto edilizio e il diritto onorario*, Labeo 1 (1955), pp. 295 ss.

GUARNERI CITATI, A., *Indice de le parole, frasi i costrutti ritenuti indizi di interpolazione*, Milán 1927.

HACKL, K., *Praeiudicium im klassischen römischen recht*, Ed. Anton Pustet, Salzburg, 1976.

HAEBERLIN, H.U., *Die Kausalbeziehungen bei der delegatio*, SZ 74 (1957), p. 100ss.

HARTKAMP, A., *Die Drittwirkung der in integrum restitutio*, en *Daube noster: essays in legal history for David Daube*, coor. A. Watson, Scottish Academic Pr., Edinburgh, 1974, p. 131ss.

HEUMANN, H.-SECKEL, E., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Recht*, Jena, 9a ed. 1907; Graz, 10a ed. 1958; Graz, 11a ed. 1971.

HONORÉ, T., *Julian's circle*, TR 32 (1964), pp. 1ss.

- *Emperors and Lawyers*, Clarendon Press, London, 2a ed. 1994.

- *Ulpian*, Oxford University Press, 2º ed., New York-Oxford, 2002

HONSELL, H., *In fraudis lege agere*, en *Festschrift für Max Kaser*, Beck, München 1976.

IGLESIAS, J., *Derecho privado romano*, ed. Ariel, Madrid, 1994.

IMPALLOMENI, G., *L'editto degli edili curuli*, Cedam, Padova, 1955.

JAKAB, É., *"Praedicare" und "cavere" beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, Verlag C.H. Beck, München, 1997.

KASER, M., *Das Römische Privatrecht*. 1. *Das altrömisches, das vorklassische und klassisches Recht*, München, 2a ed., 1971. 2. *Das nachklassisches Entwirklungen*, München, 2a ed. 1975.

- *Das Römische Zivilprozessrecht*, rev. por K. Hackl, Ed. C.H. Beck, München, 1996.

- *Jurisdiktion der kurulischen Aedilen*, en *Melanges Meylan, I*, Lausana, 1963, pp.173ss.

- *Studien zum römischen Pfandrecht*, Jovene Editore, Napoli, 1982.

- *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Verl. d. Osterr. Akad. d. Wiss., Wien, 1977

- *Zum pignus nominis*, IVRA 20 (1969), Fasc. 1, pp. 172ss.

- *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, SZ 94, 1977, pp. 101ss.

KELLER, F.L., *Der römische Civilprocess und die Actionen: in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen*, Tauchnitz, Leipzig, 1883 (6ª ed. a cargo de Wach).

KLAMI, H.T., *Entscheidung und Begründung in den Kommentaren Typhonins zu Scaevolae Responsen*, Turun Yilopisto, Turku, 1975.

KRÜGER, H., *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, I, Niemeyer, Halle, 1892.

- *Verweisungsedikte im präetorische Album*, SZ 37, 1916, pp. 230ss.

KRÜGER, H.; KASER, M., *Fraus*, SZ 63 (1943), pp.117ss.

KUNKEL, W., *Diligentia*, SZ 45 (1925), p. 266ss.

- *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Böhlau Verlag, Köln, 2001.

- *Historia del derecho romano*, Ariel, Barcelona 1970, trad. a la cuarta edición alemana por Juan Miquel.

KUPISCH, B., *Exceptio doli generalis und iudicium bonae fidei. Zur Frage bei Verträgen nach Treu und Glauben*, en *Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 401ss.

- *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Walter de Gruyter, Berlin_ New York, 1974.

LABRUNA, L., *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Ed. Jovene Editore, Camerino, 1970.

LENEL, O., *Afrikans Quästionen: Versuch einer kritischen Palingenesie*, SZ 51 (1931), pp.1ss.

- *Das Edictum Perpetuum ein versuch zu Seiner Wiederherstellung*, Erste Auflage, Leipzig, 1883. Zweite, verbesserte Auflage, Leipzig 1907. Dritte, verbesserte Auflage, Leipzig 1927 (r. Aalen 1985).

- *Palingenesia iuris civilis*, 2 Bd., Leipzig 1889, Neudr. Graz 1960.

LEVY, E., *Zur nachklassischen in integrum restitution*, SZ 68, 1951, pp. 360ss.

LEVY E., RABEL, E., *Index Interpolationum quae in Iustiniani digestis inesse dicuntur, Tomus I*, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1929.

LONGO, G. E., *Ricerche sull' "obligatio naturalis"*, Giuffrè Editore, Milano, 1962.

LONGO, S., *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Giuffrè Editore, Milano, 2003.

LUCREZI, F., *Il problema del mutuo di denaro erogato al "filius familias"*, Ed. Jovene Editore, Napoli, 1993.

- *Senatusconsultum Macedonianum*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

LUZZATTO, G., *Il problema d'origine del processo extra ordinem. Premesse di metodo i cosiddetti remedi pretori*, Ed. Casa editrice Prof. Riccardo Patron, Bologna, 1965.

- *Ricerche sull'applicazione delle costituzioni imperiale nelle Provincie*, en *Scritti di Diritto Romano in onore di C. Ferrini*, Ulrico Hoepli Editore, Milano, 1946, pp. 263ss.

MAGGIO, L., *Note critiche su rescritti postclassici*, en *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVI Convegno Internazionale en memoria de Guglielmo Nocera*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pp. 359ss.

MANDRY, G., *Das gemaine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechtes*. Erster Band, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1871.

MANNA, L., *Actio redhibitoria e resonsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Guiffè, Milano, 1995.

MANNINO, V., *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Ed. G. Giappichelli Editore, Torino, 1992.

MANTOVANI, D., *Le formule del processo privato romano per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Ed. Cedam, 2a ed., Padova, 1999.

- *Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, en *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di storia del diritto*, Jovene editore, Napoli, 2003, pp. 87ss.

MARRONE, M., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo, 1955.

MARTINI, R., *Il mandato*, en *Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

MASIELLO, T., *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Cacucci Editore, Bari, 2000.

MEDICUS, D., *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum*, Böhlau, Köln, 1957, recensión de Talamanca: ID., *Labeo* 4 (1958), pp. 99ss

METRO, A., *La "denegatio actionis"*, Guiffirè Editore, Milano, 1972.

MIQUEL, J., *Stoische Logik und römische Jurisprudenz*, SZ 87 (1970) pp.85ss., traducida por el mismo autor en: *Lógica estoica y jurisprudencia romana*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Tejeiro*, Tomo 1, Universidad de Valencia, Facultad de derecho, Valencia, 1974, pp. 567-568.

MOMMSEN, T., (ed), *Digesta Iustiniani Augusti, recognovit adsumto in operis societatem Paulo Kruegero, vol. 1 y 2, Editio altera lucis ope expressa*, Berolini, 1962.

MÖNNICH, U., *Frauenschutz vor riskanten Geschäften: Interzessionsverbote nach dem Velleianischen Senatsbeschluß*, Böhlau, Köln, 1999.

MURGA GENER, J. L., *El SC. Macedoniano y la "actiones adiecticiae qualitatis"*, en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Ed. Universidad de Murcia – Universidad de Oviedo, Murcia, 1998, pp. 351ss.

- *Derecho romano clásico. II El proceso*, Zaragoza, 1983.

- recensión a Lucrezi, *Senatusconsultum Macedonianum* (Univ. Reggio Calabria Pubbl. Facoltà di Giurisprudenza di Catanzaro] Napoli, edizioni Scientifiche Italiane, 1992) p.347, *Labeo* 40, 1994, p. 255ss.

NICOSIA, G., *Exceptio utilis*, en SZ 75 (1958), pp. 251ss., también en *Silloge, Scritti 1956-1996*, Libreria Editrice Torre SNC, Catania, 1998, pp. 69ss.

- *L'acquisto del possesso mediante i "potestati subiecti"*, Giuffrè, Milano, 1960.

NÖRR, D., *Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit*, SZ 98, 1981, pp. 1ss.

Novissimo digesto italiano, vol. 6, Unione Tipografico- Editrice Torinese, Turín, 1957, p. 348.

ORESTANO, R., *Il potere normativo degli Imperatore e le costituzioni imperiali*, Europa, Napoli, 1937.

PALAZZOLO, N., *Processo civile e polica giudiziaria nel Principato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1980.

- (ed.) *Bibliotheca iuris antiqui: sistema informativo integrato sui diritti dell'antichità*, Torre, Catania, 2002.

- *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, Giuffrè Editore, Milano, 1974.

PALERMO, A., *Studi sulla "exceptio" nel diritto classico*, Giuffrè, Milano, 1956.

PAPA, G., *La replicatio. Profili processuali e diritto sostanziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

- "*Replicatio*" e *giudicato*, *Labeo* 42 (1996), pp. 420-443.

PARICIO, J., *recensión a Lucrezi, Senatusconsultum Macedonianum cit.*, *IVRA* 43, 1992, p. 215.

PARTSCH, J., *Aus Nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1931, p. 128.

PELLECCHI, L., *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale. Modelli espositivi*, Cedam, Padova, 2003.

- *La posizione dell'exceptio pacti nell'Edditto del Pretore*, *RH* n° 2 avril-juin (2009), pp. 143ss.

PERIÑÁN GÓMEZ, B., *Antecedentes y consecuencias del SC. Macedoniano*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.

PIQUER MARÍ, J.M., *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica (Exégesis de D.22,3)*, Edisofer, Madrid, 2006.

PISSARD, H., *Les questions préjudicielles en droit Romain*, París, 1907.

PUGLIESE, G., *Gaio e la formazione del giurista*, en *Il modelo di Gaio nella formazione del giurista*, Giuffré Editore, Milano, 1981.

RICART MARTÍ, E., *Sucesión inter vivos e in iure cessio hereditatis; régimen de créditos y deudas*, en *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona, 2006, p. 877ss.

- *Un caso de in integrum restitutio rei publicae causa abesse y petitio bonorum possessionis: D. 29, 2, 86pr. Papiniano 1.6 resp*, RIDA LIV, 2007, p. 409ss.

RODRÍGUEZ ENNES, L., *Algunas precisiones en punto a la vida y obra de Sexto Cecilio Africano*, en *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge. Vol. II*, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, pp. 908ss.

- *Estudio sobre el edicto de feris*, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

- *Los actos ilícitos de derecho honorario*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994., pp. 903ss.

ROSENFELD, C., *Sobre las pretendidas "exceptiones" llamadas "utiles"*: www.edictum.com.ar/miWeb4/LASEXCEPTIONES.doc.

ROTONDI, G., *Ancora sulla genesi de la teoria dil fraus legi*, en *Scritti Giuridici. Studi varii di diritto romano ed attuale*, Hoepli, Pavia 1922.

- *Gli atti in frode alla lege nella doctrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Ed. Unione tipografico – Editrice Torinese, Milano, Roma, Napoli, 1911.

RUDORFF, A.A.F., *De iuris dictione edictum edicti perpetui quae reliqua sunt*, Adolfus Fridericus Rudorff, Ed. Eunsa, Pamplona, 1997, facsímil de la edición de Lipsiae: Hirzelium, 1869.

SACCONI, G., *Ricerche sulla delegazione in Diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1971

- *Ricerche sulla stipulatio*, Jovene editore, Napoli, 1989.

SALOMONE, A., *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Ed. Satura Editrice, Napoli, 2007.

- *Emptio venditio, evictio e causa iudicati*, en *La compraventita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, ed. Luigi Garofalo, Ed. Cedam, Padova, 2007, pp. 375ss.

SANSÓN RODRÍGUEZ, M.V., *D.17,1,57, un caso particular de rescisión en beneficio del ausente*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 89 (1998), pp.283ss.

SAVIGNY, F.C., *Sistema del diritto romano attuale* (trad. Sciajola), vol. 5, Torino, 1886.

- *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 5, Berlín, 1841.

SCARANO USSANI, V., *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Giuffrè Editore, Milano, 1987.

SCEVOLA, R., "*Venditio nummo uno*", en *La compraventita e l'interdependenza delle obbligación nel diritto romano*, Vol. I, Cedam, Padova, 2007.

SCHLOSSMANN, S., *Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen*,. 1. *Kritik der herrschenden Lehren*, Deichert, Leipzig 1900.

SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Scientia Verlag, Aalen, 1992, reimpresión de la edición de Oxford 1951.

- *History of Roman Legal Science*, Ed. Clarenton Press, Oxford, 1946.

SERRAO, F., *Il procurator*, Giuffrè, Milano, 1947.

SIXTO, M., *Las anotaciones de Trifonio a C. Escévola (I)*, en Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano n. 2, Santiago de Compostela, 1989, pp. 83ss.

SOLAZZI, S., *Errore e rappresentanza*, en *Scritti Solazzi 1: 1899-1913*, Jovene, Napoli, 1972.

- *La definizione del procuratore*, en *Scritti Solazzi 2: 1913-1924*, Napoli, 1972, pp. 557ss.

SÖLLER, A., *Einführung in die römische Rechtsgeschichte*, C.H Beck, 5ª edición revisada, München, 1996.

SOTTY, R., *Recherche sur les utiles actions: la notion d'action utile en droit romain classiques*, Clermont, Grenoble, 1977.

STOLMAR, R., *Actio utilis: Grundlagen, Wesen, Voraussetzungen, Anwendungen, Wirkungen: Die Genesis der utilis actio aus der celsinischen Durchgangstheorie*, Selbstverl., Sindelfingen 1984.

TALAMANCA, M., *Donazione possessoria e donazione traslativa*, BIDR 3 (1961), pp. 255ss.

- *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, 1990.

- *Studi sulla legittimazione passiva alla "hereditas petitio"*, Ed. Giuffrè, Milano, 1956.

TERRASSON, M. A., *Historie de la jurisprudence romaine*, París, 1824.

TORT-MARTORELL, C., *Tradición textual del Codex Iustinianus. Un estudio del libro 2*, Ed. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989.

VACCA, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1989.

VALIÑO, E., *Actiones utiles*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1974.

- *Las "actiones adiecticiae qualitatis" y sus relaciones básicas en Derecho Romano*, ADHE 38 (1957), pp. 339ss.

VICENTI, U., *I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche*, en *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova, 1998, pp. 84ss.

Vocabularium Iurisprudentiae Romanae in memoriam Theodori Mommsen qui hoc opus fundavit II, Berolini, 1933.

VOCI, P., *Note sull'efficacia delle costituzioni imperiali. I Dal Principato alla fine del IV secolo*, en *Studi di diritto romano*, II, CEDAM, Padova, 1985, pp. 279-350 [publicado también en *Studi Sanfilippo II*, 1982, pp. 657ss.]

VOGT, H., *Studien zum Senatus Consultum Velleianum*, Röhrscheid, Bonn 1952, *recensión de Talamanca: ID., AG 143 (1942)*, p.172ss.

VOLTERRA, E., *Ancora sull'editto degli edili curuli*, IVRA 7 (1956), pp. 141ss.

- *Diritto romano ed diritto orientale*, Incola Zanichelli Editore, Bologna, 1937.

- *Il problema del testo delle costituzioni imperiali en Atti del II Congresso Int. Soc. Ital. di Storia del Diritto*, Venecia, 1967, Firenze, 1971.

- *Intorno all'editto degli edili curuli*, en *Scritti Giuridici IV*, Jovene editore, 1993, pp. 4ss., también en *Scritti Borsi*, Padua 1955, pp. 1 ss.; ID., *Ancora sull'editto degli edili curuli*, IVRA 7 (1956), pp. 141 ss.

- *L'efficacia delle costituzioni imperiali emanate per le provincie e l'istituto de l'"expositio"*, en *Scritti Giuridici. IV Le Fonti.*, Jovene Editore, Napoli, 1993, pp. 389ss. [*Studi Besta I*, Milano, 1939, pp. 447ss.]

- *Senatus consulta*, en *Scritti giuridici. V Le fonti*, Jovene Editore, Napoli, 1993.

WACKE, A., *Das Verbot der Darlehnsgewährung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft. Der Macedonianische SenatsBeschluss in Theorie und Praxis*, SZ 115 (1995), pp. 237ss., traducción al castellano: ID., *La prohibición del crédito para los hijos de familia y el dictado de la razón económica*, en *Estudio de Derecho Romano y Moderno en cuatro idiomas*, Fundación Seminario de Derecho Romano "Ursicino Álvarez", Madrid, 1996, pp. 183ss.

- *Die sorgfältige Klagen-Auswahl durch den Käufer bei umgekehrter Eviktionv (Papinian Dig. 21,2,66pr.): Da mihi factum, dabo tibi ius?*, en *A bonis bona discere. Festgabe für János Zlinszky*, Bóbor Verlag, Miskolc, 1998, p. 84ss.

- *Prozessformel und beweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 37 (1969), pp. 369ss.

- *Zur Lehre vom "pactum tacitum" und zur Aushilfsfunktion der "exceptio pacti"*, SZ 91 (1974), pp. 251ss.

WATSON, A., *The imperatives of the Aelilician Edict*, TR 39, 1971, pp.73ss.

WENGER, L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Verlag Adolf Holzhausens Wien, 1953.

- *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, Hueber, München, 1925.

- *Pauly-Wissowas Real. Enc. 6.2*, 1909, col. 1560

- *Römischer Zivilprozess*, Verlag der Hochschulbuchhandlung Max Hueber, München, 1950.

WESENER, G., *Nichtediktale Einreden*, SZ 112 (1995), pp. 109ss.

WLASSAK, M., *Edict und Klagenform. Eine romanistische Studie*, Verlag von Gustav Kischer, Jena, 1882.

ZUCOTTI, F., *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, Collana della Rivista di Diritto romano – Atti del Convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico", Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001,
<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/attipontignanozuccotti.pdf>