

12
ALEJANDRO GUZMAN BRITO

Profesor Ordinario de Derecho Romano
en la Universidad Católica de Valparaíso
y en la Universidad de Chile

6993d

V I
SAN

4

LAS ACCIONES Y EL PROCESO

149

§ 19. EXCEPTIO⁵²

DERECHO Y SOCIEDAD (CONTRATACION)

PROF. FERNANDO ATRIA.

PAG. 149-155.

DERECHO
PRIVADO ROMANO

TOMO I

SINTESIS HISTORICA DEL DERECHO ROMANO

LAS ACCIONES Y EL PROCESO

EL DERECHO DE LAS PERSONAS Y DE LA FAMILIA

EL DERECHO DE LAS COSAS Y DE SU DOMINIO, POSESION,
USO Y GOCE

EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES (CAPITULOS I A III)

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ
BIBLIOTECA

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Barcelona • Buenos Aires • México D. F. • Santiago de Chile

I. ORIGEN. Posiblemente el punto de partida histórico de la *exceptio* sea la *denegatio actionis* a través de la *praescriptio pro reo*. Se puede ilustrar esta evolución con un ejemplo extraído de Gayo. Según él, en otro tiempo existió una *praescriptio* en favor del demandado cuyo tenor era el siguiente: "Que se litigue sobre este asunto: si en él no se haga prejuzgamiento acerca de la herencia" (*Ea res agatur si in ea re praeiudicium hereditati non fiat*)⁵³. El caso concierne al que reclama una cosa hereditaria singular por *vindicatio* o el pago de una deuda hereditaria con la acción que corresponda, contra el actual poseedor de aquélla o el deudor de ésta, cuando el demandado tiene interés en que no por todo ello quede establecido que el actor es el heredero, debido a lo cual sólo está dispuesto a aceptar el juicio siempre que en él no se discuta sobre esta calidad. Podemos suponer un primer estadio de evolución, consistente en que el magistrado simplemente denegara la acción al demandante, si es que con ella se fuera a prejuzgar acerca de su calidad de heredero, obligándolo a ejercer directamente su acción de heredero (*petitio hereditatis*), para que entonces en ella se discutiera sobre este fondo, amén del dominio o de la deuda.

En un segundo momento el magistrado, en vez de denegar la acción, la habría concedido con una *praescriptio pro reo*, cuyo sentido sería el siguiente: que la acción se entendiera concedida sólo en cuanto no resultaran verdaderos los hechos descritos en la *praescriptio*; en caso contrario, que se la tuviera por denegada; lo cual hubiera significado que entonces el juez no debía dar sentencia. Ello explicaría por qué esta cláusula antecedió a la fórmula misma: porque de resultar verdadera la *praescriptio*, eso sería como si no hubiera habido fórmula; y también explicaría por qué se empleaba el giro "que se litigue acerca de este asunto si" (*ea res agatur si*), en modo subjuntivo: porque el magistrado daba autorización para litigar "sólo si" los hechos descritos en la cláusula no habían sido verdaderos. Una ulterior consecuencia sería que la acción no se extinguiera y que otro pretor eventualmente pudiera concederla.

La evolución habría concluido con la mudanza de estas *praescriptiones pro reo* en *exceptiones*. Los hechos pertinentes entonces quedaron incluidos en el interior de la fórmula misma, bajo una construcción condicional, cuya veracidad excluye la *intentio* y conduce a una *absolutio*; lo cual implica que hay proceso y que la acción se extingue definitivamente en virtud de la *litis contestatio*. A esta fase pertenece la

⁵² Cfr. D. 44.1; CI. 8.35; Inst. 4.13.

⁵³ Gai. 4.133.

exceptio que, en el caso del ejemplo con que se inició esta exposición, el propio Gayo formula de este modo: "si en el asunto sobre el que se litiga no se haga prejuzgamiento respecto de la herencia" (*si in ea re qua de agitur praeiudicium hereditati non fiat*)⁵⁴.

II. REDACCIÓN DE UNA *EXCEPTIO*. En época clásica, la *exceptio* es una cláusula que siempre beneficia al demandado⁵⁵, el cual, en principio, también siempre debe solicitar expresamente su inclusión en la fórmula (entre la *intentio* y la *condemnatio*). En un tiempo más antiguo, la *exceptio* es introducida mediante el giro "fuera de que si..." (*extra quam si...*), lo cual se entiende en relación con una *intentio*. Así, por ejemplo, si suponemos que alguien entabla la *condictio*, formulándose, en consecuencia, esta *intentio*: "Si No. No. resulta deber dar 10.000 sestericios en favor de Ao. Ao.", y el demandado alega que el actor le había remitido consensualmente la deuda, esta defensa es engastada en la fórmula como "excepción de pacto" (*exceptio pacti*), así: "fuera de que si entre Ao. Ao. y No. No. se convino en que ese dinero no sería pedido" (*extra quam si inter Am. Am. et Nm. Nm. convenit, ne ea pecunia peteretur*), a que sigue la *condemnatio* (c.s.n.p.a.). La secuencia *si parat... extra quam si... condemnato s.n.p.a.* ofrece este sentido lógico: el juez debe condenar si resulta la *intentio*, a menos que sea verdadero lo descrito en la *exceptio* (aunque resulte la *intentio*), caso en el cual debe absolver; por supuesto, también debe absolver si la *intentio* no resulta, con independencia de que lo descrito en la *exceptio* sea verdadero o no, lo cual no es más que aplicación de las reglas generales.

El verbo *excipere* es un compuesto de *capere* = "tomar, prender, coger" y de la preposición *ex* = "de, desde" (el interior de algo), de modo que viene a significar primordialmente "tomar desde el interior y sacarlo afuera, extraer"; de ahí el sustantivo *exceptio*, que podemos entender como "la cosa extraída". En realidad, la *exceptio* también viene a describir una hipótesis, y de lo que se trata, por lo tanto, es de esto: extraer dicha hipótesis del campo regido por la condena; en otras palabras, es una "excepción" a aquélla.

En el edicto adrianeo, en cambio, el giro *extra quam* desapareció, de guisa que normalmente las *exceptiones* aparecen introducidas con un simple *si*, y redactadas en sentido negativo (*si non...*). En el ejemplo de la *exceptio pacti* su formulación es de esta manera: "Si entre Ao. Ao. y No. No. no se convino que ese dinero no sería pedido" (*Si inter Am. Am. et Nm. Nm. non convenit, ne ea pecunia peteretur*).

Se supone que en la fase *in iure* el demandado afirma algo, en el ejemplo, que hubo un pacto remisivo entre las partes, y entonces la excepción se redacta en

⁵⁴ Gai. 4.133; D. 10.2.1.1; 44.1.13.

⁵⁵ Gai. 4.115.

sentido contrario a dicha afirmación: "si entre las partes no hubo un pacto" (dicho esquemáticamente). La excepción es, por lo tanto, una condición negativa de la *condemnatio*: el juez debe condenar "si no hubo pacto". Cuando el demandado afirma que hubo dolo en el actor, entonces la excepción es "si no hubo dolo", etc. (Gai. 4.119).

III. *EXCEPTIO E INTENTIO*. Sustancialmente la *exceptio* contiene la hipótesis de un hecho no jurídico (en el sentido de ser irrelevante para el *ius civile*), que el pretor, empero, considera digno de tutela, al punto de que, si bien suceda resultar la *intentio* y tener que ser condenado el reo, éste sea absuelto cuando se prueba la veracidad de dicha hipótesis. Supóngase que se conviene en que uno prestará a otro una cierta suma de dinero y por adelantado celebran una estipulación, por la cual el futuro mutuario promete (devolver) dicha cantidad, la cual no le es después efectivamente entregada. Pese a todo, jurídicamente el promitente debe la suma, ésta puede serle reclamada por la *condictio* y en principio aquél debe ser condenado; pero el pretor le concede la *exceptio de dolo*, merced a la cual resultará absuelto, porque, como dice Gayo, sería inicuo condenarlo⁵⁶. La *exceptio*, pues, es una de las principales fuentes de derecho pretorio, junto con las *actiones in factum*.

Hay sin embargo un caso especial de excepción no fundada en hechos ajurídicos sino en el *ius*: la *exceptio iusti dominii* que opondrá a la *actio Publiciana* el dueño de la cosa (D. 6.2.16-17).

De lo cual se sigue que las *exceptiones* son normalmente introducidas cuando la *intentio* de la acción entablada es *in ius*, pues precisamente con aquéllas se trata de enervar la eficacia jurídica del *ius civile*. Si un hecho es civilmente relevante y la *intentio* es *in ius*, no se requiere de una excepción, porque tal hecho de todos modos produce sus efectos. Así, por ejemplo, cuando un deudor ha pagado su deuda (*solutio*), y pese a ello es demandado, no necesita introducir una *exceptio* en la fórmula en la cual se aluda al pago, porque éste por sí mismo tuvo la eficacia de extinguir la deuda, de manera de no permitir que resulte la *intentio*. Si, en cambio, lo que tiene que alegar es un pacto de remisión, como éste ante el *ius civile* carece de todo efecto, entonces se hace necesaria una *exceptio*, única forma de que el juez tenga que absolver aunque el actor prueba su *intentio*; de no adosarse la excepción, el juez debe atenerse a esta última y condenar.

⁵⁶ Gai. 4.116a.

De donde la distinción que solemos hacer entre efectos "por el mismo derecho" (*ipso iure*) y "en fuerza de una excepción" ("*ope exceptionis*") producidos por un hecho. En la expresión *ipso iure* se entiende el adjetivo *civili*. El pago, pues, extingue *ipso iure* (*civili*) una obligación, mientras que un pacto condonatorio sólo la extingue "*ope exceptionis*", lo cual significa: en el primer caso, que una vez comprobado el hecho del pago, la *intentio* no resulta y el demandado tiene que ser absuelto porque no debe; y en el segundo, que una vez comprobada la *intentio*, esto es, que el demandado debe, si además se demuestra el hecho del pacto remisorio aludido en la excepción, aquél ha de ser absuelto, aunque deba y siga debiendo.

Cuando la acción es *in factum*, entonces técnicamente tampoco se requiere de una *exceptio*, si bien los hechos que el demandado tenga que hacer valer en contra de los alegados por el actor deban ser introducidos en la fórmula para que el juez los tome en consideración; en tales casos la descripción de hechos cuya prueba permite al juez condenar simplemente incluye tanto los alegados por el actor como aquellos invocados por el demandado, en mutua exclusión.

Supóngase que alguien entregó en depósito un objeto y que demanda su restitución con la *actio depositi in factum*, que dice: "Si Ao. Ao. resulta haber depositado una mesa de plata en manos de No. No. y no haber sido ésta devuelta a Ao. Ao. por dolo malo de No. No....", el demandado que alega haberla restituido no necesita una *exceptio* para enervar la anterior hipótesis, porque ella incluye como hecho la no restitución. Sería, pues, una redundancia agregar "si la mesa de plata haya sido devuelta a Ao. Ao. por No. No."

Las excepciones pueden ser interpuestas tanto en fórmulas *in personam* como *in rem*.

Alguien, mediante coacción (*metus*), consigue de su dueño la transferencia de una cosa, cuya posesión después le reclama con la *rei vindicatio*; a la *intentio in rem* de esta acción el demandado puede oponer una *exceptio metus*: "si en este asunto nada ha sido hecho por causa de coacción" (*si in ea re nihil metus causa factum est*). Vid. Gai. 4.117; D. 44.4.4.33.

Como ya se indicó, por regla general la *exceptio* debe ser expresamente solicitada por el demandante (esté o no tipificada en el edicto). Esta regla no rige en los *bonae fidei iudicia* para las siguientes excepciones: de dolo, de pacto y de coacción (*exceptio metus*), pues en virtud de la cláusula *ex fide bona* que llevan estas acciones el juez está autorizado para considerar los comportamientos dolosos o violentos de las partes y los pactos habidos entre ellos, sin necesidad de su formal alegación mediante el mecanismo de la *exceptio*⁵⁷. En efecto, el dolo y la coacción son intrínsecamente incompatibles con la buena fe.

IV. FUENTES DE LAS EXCEPTIONES. Un fundamento material de las *exceptiones* es la *aequitas* captada por el pretor⁵⁸, generalmente a su-

⁵⁷ D. 2.14.7.5-6; 18.5.3; 24.3.21; 30.84.5.

⁵⁸ Gai. 4. 116.

gerencia de los juristas, para modificar o derogar el *ius civile*. Las principales son: la ya citada *exceptio pacti* (*si inter Am. Am. et Nm. Nm. non convenit ne ea pecunia peteretur*)⁵⁹, y la *exceptio de dolo* o *doli*⁶⁰, que reza: "si en este asunto nada ha sido hecho ni se haga con dolo malo de Ao. Ao. (*si in ea re nihil dolo malo Ai. Ai. factum sit neque fiat*)"⁶¹; esta última tiene carácter general y subsidiario, pues se la opone cuando no existe una excepción específica y hay dolo en la actuación del demandante.

La utilización del giro "nada ha sido hecho ni se haga" (*nihil... factum sit neque fiat*) en la *exceptio doli*, con el verbo reiterado en presente y en futuro, prevé dos hipótesis: que no haya habido dolo pasado, en relación con el momento de redactarse la fórmula; y que no lo haya con posterioridad, hasta la *litis contestatio*.

No es infrecuente, empero, que el pretor configure excepciones en cumplimiento de *leges imperfectae* o *minus quam perfectae* o de *senatusconsulta*, que es la manera práctica de hacer operativo este tipo de normas. En tal caso, la excepción toma el nombre propio de la fuente de que se trate, como la *exceptio legis Cinciae* o la *exceptio senatusconsulti Macedoniani* o *Vellaeiani*, etc.

La *lex Cincia* impedía donar más allá de cierto monto, que no conocemos, salvo en favor de determinadas personas. Supóngase, pues, que alguien promete por causa de donación una cantidad excesiva, y que el donatario entabla la acción para exigirla; entonces ésta le será dada con la excepción en favor del donante demandado "si en este asunto nada fue hecho en contra de la ley Cincia".

Las excepciones están prometidas en el edicto del pretor; pero éste puede conceder otras no antes tipificadas, previa *causae cognitio*⁶².

El edicto del pretor contiene, además, una cláusula general destinada a dar acogida a todas las excepciones posibles fundadas en leyes y senadoconsultos, del siguiente tenor: "si en este asunto nada ha sido hecho en contra de una ley o de un senadoconsulto" (*si in ea re nihil contra legem senatumve consultum factum sit*). A las excepciones no tipificadas y dadas para el caso previa cognición de causa, se las llama a veces *exceptiones in factum* (FV. 310; D. 11.1.20 pr.; 13.5.27; 14.6.20; 21.3.1.4; 23.3.7.3; 43.18.1.4; 44.4.2.5), lo cual nada tiene que ver correlativamente con las *actiones in factum*. Esta expresión sólo significa que la excepción se da para ese caso. Las *exceptiones utiles* (D. 4.4.41; 14.6.7.1; 16.1.17 pr.; 16.1.19.5; 18.5.3; 19.5.21; 20.1.13.2; 21.1.51.1; 32.37.4; 44.1.16; CI. 2.4.9) son aquellas que se formulan por analogía con una excepción tipificada, posiblemente con recurso a la técnica de la *fictio*. Supóngase que un comprador dio fiadores por el precio de la cosa comprada, y que después las partes del contrato de compraventa acordaron dejarlo sin efecto; si, no obstante, el vendedor reclama el precio al fiador, se da a éste una excepción útil de pacto, como si hubiera pactado no pedir con el vendedor, aunque en realidad no pactó (D. 18.5.3).

⁵⁹ Gai. 4.116b; 4.119.

⁶⁰ s. m. D. 44.4.

⁶¹ Gai. 4.116a; 4.119; D. 44.4.2.1.

⁶² Gai. 4.118.

V. *EXCEPTIO DOLI. EXCEPTIO QUOD METUS CAUSA*. Conviene detenerse en el régimen de dos excepciones en particular.

1. Un relevante papel cumple en todo el derecho patrimonial la *exceptio doli*⁶³. Ella tiene carácter general, en el sentido de ser oponible cuando no hay otra típica que alegar⁶⁴. Su formulación reza como sigue: "si en este asunto nada ha sido hecho ni se haga con dolo malo de Ao. Ao." (*si in ea re nihil dolo malo Ai. Ai. factum sit neque fiat*)⁶⁵.

Por *dolus*, en el sentido de esta excepción, se entiende desde luego el engaño, pero también todo comportamiento de mala fe, aunque no sea engañoso, en virtud del principio de que "la buena fe es contraria al fraude y al dolo" (*fides bona contraria est fraudi et dolo*); vid. D. 17.2.3.3. El que pide lo que tiene que devolver pide con dolo (D. 44.4.8 pr.= 50.17.173.3: *dolo facit, qui petit, quod redditurus est*). El principio "*nemo contra factum suum venire potest*" suele hacérselo operativo mediante esta excepción (cfr. D. 1.7.25 pr.).

Mediante ella el juez queda autorizado para juzgar si fue doloso el comportamiento del actor observado en la relación de que se trate antes de la *litis contestatio* (*factum sit*: en pretérito perfecto), mas también si el hecho mismo de interponer la acción puede considerarse doloso (*fiat*: en presente)⁶⁶.

Así, por ejemplo, si alguien, habiendo convenido en obligarse mediante estipulación de un modo, por ardid del estipulante se obliga de otro, puede usar la excepción. Pero si no medió dolo alguno que lo indujera a obligarse, y hay dolo en el asunto (*ipsa res in se dolo habet*), puede oponerla también: "porque cuando uno pide en virtud de esta estipulación, obra con dolo por lo mismo que pide" (*cum enim quis petit ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit*: D. 45.1.36), como si el que pidió dinero se adelanta a prometerlo y el que iba a prestárselo no se lo entrega y no obstante demanda el cumplimiento de la estipulación.

Esta excepción sólo puede ser opuesta en contra del autor del comportamiento doloso (debido a lo cual su nombre, como Ao. Ao., figura en la fórmula); no, por ende, en contra del tercero que se aprovechó del mismo⁶⁷.

2. Al que fue víctima de una coacción (*metus*) destinada a conseguir de él una atribución patrimonial en favor de alguien, sea del que coaccionó, sea de un tercero, se le da una *exceptio quod metus causa*⁶⁸, o *exceptio metus*, cuando le es entablada una acción real o personal fundada en la atribución coacta; ella aparece formulada de esta forma: "si en este asunto nada ha sido hecho por causa de coacción" (*si in ea re nihil metus causa factum est*)⁶⁹.

⁶³ s. m. D. 44.4.

⁶⁴ D. 4.4.4.33.

⁶⁵ Gai. 4.119; D. 44.4.2.1.

⁶⁶ D. 44.4.2.5.

⁶⁷ D. 44.4.2.1; 44.4.4.33.

⁶⁸ Gai. 4.121.

⁶⁹ D. 44.4.4.33.

Así, por ejemplo, si alguien por coacción obtiene la promesa de una cosa o su transferencia por *mancipatio*, se ve enfrentado con esta excepción cuando después reclama el cumplimiento de la promesa o reivindica la cosa mancipada (Gai. 4.117).

La *exceptio metus* puede ser entablada desde luego en contra del autor de la coacción, pero también del tercero que no la causó y que se aprovechó de ella. Mediante dicha excepción, en efecto, el demandado sólo denuncia que en el asunto hubo coacción, sin indicar de quién provino (por lo cual se omite su nombre en la fórmula); debido a esto, Ulpiano dice que se trata de una *exceptio in rem scriptam*⁷⁰.

VI. *REPLICATIO, DUPLICATIO, TRIPLICATIO*⁷¹. En contra de los hechos alegados mediante excepción por el demandado, puede oponer otros el actor a través de una *replicatio* introducida también con *si non...* o con *aut si...* (supuesto el previo *non* de la *exceptio*)⁷²; a ésta todavía puede seguir una *duplicatio* del reo⁷³ y enseguida una *triplicatio* del actor⁷⁴, y así sucesivamente⁷⁵.

Supóngase que Ao. Ao. prestó 10.000 sesteracios a No. No.; que antes del pago, aquél condonó por pacto la deuda; que enseguida ambos de común acuerdo revocaron el pacto, pero que este pacto revocatorio fue obtenido con dolo de Ao. Ao. La fórmula entonces queda redactada así sobre la base de aquellos hechos alegados por cada parte: "Si No. No. resulta deber dar 10.000 sesteracios a Ao. Ao., [excepción:] si entre Ao. Ao. y No. No. no se convino que este dinero no habría de pedirse, [duplica:] si después no se convino que fuera lícito a Ao. Ao. pedir ese dinero, [réplica:] si en este asunto nada fue hecho o se haga con dolo malo de Ao. Ao., condena, juez,...", etc. (*Si paret Numeriun Negidium Ao. Ao. X milla sestertium dare oportere, si inter Am. Am. et Nm. Nm. non convenit, ne ea pecunia peteretur, si postea non convenit, ut Ao. Ao. eam pecuniam petere liceret, si in ea re nihil dolo malo Ai. Ai. factum sit neque fiat*). Cfr. Gai. 4.126; otro ejemplo en Gai. 4.126a.

VII. TIPOS DE *EXCEPTIO*. Se distingue entre *exceptiones peremptoriae* o *perpetuae* y *dilatoriae* o *temporales*⁷⁶. Las primeras no caducan por el tiempo, de modo que siempre pueden ser opuestas por el demandado, tales como las *exceptiones doli, pacti conventi, quod metus causa, rei iudicatae vel in iudicium deductae*, y otras típicas, lo mismo que todas las fundadas en leyes y senadoconsultos⁷⁷; las segundas, en cambio, caducan o se extinguen después de un cierto tiempo, por lo que sólo

⁷⁰ D. 44.4.4.33.

⁷¹ s. m. Inst. 4.14.

⁷² Gai. 4.126.

⁷³ Gai. 4.127.

⁷⁴ Gai. 4.128.

⁷⁵ Gai. 4.129.

⁷⁶ Gai. 4.120.

⁷⁷ Gai. 4.121; D. 44.1.3.