

SOBRE LAS «EXCEPTIONES» LLAMADAS «UTILES»

SUMARIO: I. Introducción.—II. ¿*Exceptio utilis* en el Derecho romano clásico?—1. *Utilis (exceptio)* en sentido de utilidad o conveniencia, es decir, en función predicativa.—2. El término *utilis (exceptio)* en sentido pretendidamente técnico, es decir, en función atributiva.—III. *Exceptiones utiles* cognitórias en el Derecho romano postclásico.—IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

La presente investigación tiene por objetivo mediato la problemática de las *exceptiones in factum*. Para ello, previamente y de forma inmediata, trataremos de despejar en este artículo —en homenaje al magisterio ejemplar del profesor Alfonso García-Gallo— el tema de aquellas *exceptiones* que, en algunos pasajes de las fuentes, aparecen calificadas como *utiles*¹. Se inserta así esta parte de la indagación en la trilogía de recursos procesales del Derecho romano que —en principio— presentan la subespecie de *utiles*; nos referimos a las *actiones*², las *exceptiones* y los *interdicta*. Así, pues, antes de llegar a unas conclusiones generales sobre la calificación de «útil» en los tres expedientes procesales, consideramos necesario el estudio minucioso de los otros dos: *exceptiones* e *interdicta*. Podremos así establecer dos extre-

1. Un elenco de dichos pasajes nos lo ofrece el *VIR*, s.v. *exceptio (utilis)* col. 661 l. 8 ss., y s.v. *utilis (exceptio)* col. 1589 l. 28 ss. Son los siguientes: D. 4,4,41; D. 14,6,7,1; D. 16,1,17 pr.; D. 16,1,19,5; D. 18,5,3; D. 19,5,21; D. 20,1,13,2; D. 20,4,12 pr.; D. 21,1,51,1; D. 32,37,4, y D. 44,1,16. Cabe señalar que todos ellos pertenecen a la masa sabiniana. A estos textos del Digesto debemos agregar tres más del *Codex*: CJ. 2,4,9; CJ. 3,1,2, y CJ. 4,32,5.

2. Respecto a las *actiones*, tenemos ya la monografía de E. VALIÑO, *Actiones utiles* (Pamplona, 1974), donde se revisa de forma completa dicho tema.

mos fundamentales de la categoría procesal «útil»: a) si dicha categoría existe realmente en los tres recursos, y b) si de existir en los tres —o en los que exista— la denominación de «útil» es homogénea o heterogénea en su significado técnico-jurídico, es decir, como atributivo. Por otra parte, una cuestión insoslayable en este tema y que conviene dejar sentada desde ahora radica en el hecho de que, así como en las *actiones* el adjetivo *utilis* en el sentido técnico-jurídico de ejercicio de una acción civil básica (*directa*) por vía de extensión (*utilis*) a un nuevo supuesto de hecho o, en otros términos, como indicativo de una figura particular que no es una acción normal, sino que presenta características peculiares, es necesario distinguirlo del sentido no-técnico, de mera utilidad, conveniencia, eficacia, ventaja o, *sensu contrario*, de no ser *inanis*, *inutilis* el ejercicio de un expediente procesal que, sin tener una calificación especial, podrá ejercitarse eficazmente, es decir, el adjetivo *utilis* en función predicativa (por. ej., como aparece en Gai. 3,209: *quae actio utilis est*), que sería sustituible por el adverbio *utiliter* (= útilmente, ventajosamente, con provecho), así también la misma ambigüedad se podría presentar en las expresiones *exceptio utilis*³ e *interdictum utile*⁴. Más aún, así como en algunas ocasiones el adjetivo *utilis* en su sentido técnico-jurídico se omite respecto a *actiones* de esta clase o, como ocurre en otras, hace referencia al procedimiento cognitorio, así también existen las mismas posi-

3. El apelativo de *vulgaris* que reciben la *exceptio rei iudicatae* en D. 47,23,3 pr. y la *exceptio pacti* en D. 23,4,30, no parece tener una connotación técnica. Más aún, KELLER, *Der Römische Zivilprozess und die Aktionen*, 6. Aufl. (repr. Aalen, 1966) p. 468, identifica como sinónimos los términos *directa* y *vulgaris* para designar las *actiones*, y en otro lugar (p. 471) pone de relieve cómo en las acciones *ex fide bona*, por corresponder a obligaciones bilaterales, la *directa actio* tiene como antónima la *contraria actio*. Por lo demás, a diferencia de lo que ocurre en las acciones civiles básicas que suelen recibir el nombre de *directae*, para las *exceptiones* edictales nunca se utiliza el término; sobre esto último cfr. F. SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford, 1951) p. 56.

4. No creemos, como sostiene KELLER, op. cit. p. 470 y n. 127 (sic = 1127) que en los *interdicta utilia* (cfr., por ejemplo, D. 43,8,6/8/39; D. 43,12,1,12; D. 43,14,1,7; D. 43,32,1,3, y FV. 90) la denominación de *utilis* esté en antítesis de *directum* pues en las fuentes nunca aparece la denominación de *interdictum directum*, como sí ocurre en las *actiones*, a pesar de que algún autor utiliza convencionalmente ese modo de expresión.

bilidades para las *exceptiones* y los *interdicta*. Igualmente, también se debe tener en cuenta que los compiladores usan indistintamente las expresiones *utilis* e *in factum*, al menos para referirse a las *actiones* de una y otra clase⁵. Por último, no se trata aquí del mecanismo de la *exceptio* en las fórmulas de *actiones utiles*, como puede ocurrir en la *actio Publiciana* contra la cual procedería la *exceptio iusti dominii*⁶.

En general, la doctrina romanística ha tendido a ver en las *exceptiones utiles* el mismo mecanismo que se observa en las *actiones utiles*, es decir, una *exceptio* que el Pretor extiende a casos nuevos. Quizá esto haya determinado el que, fuera del estudio sistemático realizado por Nicosia⁷, los autores, en su mayoría, se hayan limitado a repetir sustancialmente aquella *communis opinio*, introduciendo alguno que otro matiz pero admitiendo, en todo caso, la existencia de dicha subespecie de *exceptio*⁸. Por tanto, nuestro trabajo partirá, fundamen-

5. Cfr. A. D'ORS, *DPR*³ p. 119 n. 3 y E. VALIÑO, *op. cit.* p. 24.

6. Cfr. D. 6,1,72; D. 6,2,16; D. 6,2,17; D. 17,1,57, y D. 44,4,32. Vid. A. PALERMO, *Studi sulla "exceptio" nel diritto classico* (Milano, 1956) p. 92.

7. G. NICOSIA, *Exceptio utilis*, en *SZ.* 75 (1958) p. 251 ss.

8. En efecto, ya SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2.^a ed. (Madrid, s. f.) T. IV, p. 117, designa con el nombre de *exceptio utilis* la relación de la extensión de una *exceptio* ya conocida y designada con un nombre propio a un nuevo supuesto de hecho. Sin embargo, el mismo autor señala cómo en estas *exceptiones utiles* nunca se recurría a la ficción —elemento típico de las *actiones utiles*—, ya que ésta es incompatible con la redacción *in factum* de las *exceptiones*. Agrega, además, que en la mayor parte de los textos el término *exceptio utilis* no está empleado en su sentido técnico-jurídico, sino como simple predicativo, de *exceptio* eficaz y válida: entre éstos el autor (p. 117 n. c.) señala D. 4,4,41; D. 16,1,19,5, y CJ. 4,32,5. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *exceptio* p. 181 lit. C, puntualiza un poco más al sostener que allí donde la *exceptio* edictal no se ajustaba al caso particular, el Pretor o daba una *exceptio utilis* acomodada a través de la modificación de las palabras edictales ("... gibt der Magistrat eine durch Abänderung des ediktalen Wortlauts dem Einzelfall angepasste *exceptio utilis*") o redactaba una nueva *exceptio in factum* ("... oder eine neu [in factum] konzipierte Klausel"). Para esta afirmación, se aduce Gai. 4,118: *Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accomodat. Quae omnes vel ex legibus vel ex his quae legis vicem optinent, substantiam capiunt, vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt.* (G. NICOSIA, *op. cit.*, págs. 281 y n. 77, 282 y 301, con base en este texto gayano, acepta la distinción entre *exceptiones civiles* y *ex-*

talmente de la revisión crítica de las conclusiones a las cuales ha llegado aquel autor en su investigación; conclusiones que podemos resumir así: a) cuando no se puede aplicar una *exceptio* típica por faltarle al supuesto de hecho una de las condiciones para la aplicabilidad

ceptiones in factum; vid. infra n. 56) y D. 19,5,21. Sobre este último texto cfr. infra III ii; el texto gayano, en cambio, será objeto de discusión en nuestro próximo trabajo sobre las *exceptiones in factum*. Por lo demás, se citan en el *Handlexikon* como *exceptiones utiles* en sentido técnico-jurídico los siguientes pasajes: D. 14,6,7,1; D. 16,1,32,3 (cfr. infra n. 26); D. 20,1,13,2; D. 21,1,51,1, y CJ. 2,4,9 *in fine*, y se alegan los siguientes textos en donde *utilis* estaría en sentido de recurso eficaz: D. 4,4,41; D. 16,1,19,5, y CJ. 3,1,2. Nada nuevo añade L. WENGER, *RE VI* 2, s.v. *exceptio* col. 1560 iv. En cambio, F. SCHULZ, op. cit. p. 56, a pesar de que acepta la *communis opinio* ("An *exceptio utilis* is an exception framed upon the model of an existing exception"), sostiene que en algunos pasajes —sin indicar cuáles concretamente— el término *exceptio in factum* está empleado en sustitución de *exceptio utilis*, pero que tales pasajes son espurios. Por su parte, KELLER, op. cit. p. 169 y n. 375, da en cada uno de estos lugares, respectivamente, dos conceptos de *exceptio utilis*: en el primero se trataría de extender una *exceptio* ya conocida a través del cambio de palabras ("Wortveränderung") a un caso particular, es decir, el concepto tradicional, pero también agrega un segundo significado al sostener que hay también *exceptio utilis* cuando se crea una nueva *exceptio* para un caso particular ("... jede für den Fall neu komponierte *exceptio*"), y repite su criterio a propósito de las *actiones utiles*, indicando que éstas funcionan, en significado y forma, igual que las *exceptiones* y *replicationes utiles* (p. 470; cfr. infra en sede de conclusiones IV iv y nn. 57 y 58); es decir, aplica los mismos dos significados a las *actiones utiles*. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'ouvrage de Justinien* ([Paris], 1947) p. 498 ss., reconoce la claridad de las *exceptiones utiles*, las cuales, según él, fueron conservadas por Justiniano sin hacer un nuevo empleo procesal o de significado de las mismas; duda de la mención de la *exceptio* en D. 19,5,21 (cfr. infra III ii n. 41) y sostiene (p. 500 y n. 5) que en el caso de D. 4,4,41 (cfr. infra III i n. 32) la *exceptio utilis* fue adaptada a la *cognitio extra ordinem*. También acepta la *exceptio utilis* el VIR, s.v. *utilis* col. 1590 ss. l. 26 s. 3: *Actiones, exceptiones, interdicta, iudicia: Alia similia vocantur utilia, quae quamquam proprie (directo) admitti non possunt, tamen ad exemplum aliorum benigna interpretatione seu fictione accommodatur*. Para otros autores que continúan sosteniendo la *communis opinio*, vid. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, 2.^a ed. (Paris, 1928) p. 864 y n. 2; CANNATA, en *NNDI* VI, s.v. *eccezione* p. 348; M. KASER, *ZPR*, p. 195: "Daneben werden (wie bei den Aktionen) auch nichtediktale *exceptiones utiles* oder *in factum* fall-

de aquélla, el Pretor recurre a una *exceptio utilis*; b) la *exceptio utilis* no es una excepción genérica, sino que se entiende como la extensión de una *exceptio* ya existente para un caso particular no previsto; c) en cada caso particular, la *exceptio utilis* tendrá su fundamento sólo en una *exceptio civilis* (17); d) consecuentemente, las *exceptiones praetoriae* no admiten su extensión como *útiles*; e) para los justinianos, la *exceptio utilis* es un medio genérico de defensa del demandado a falta de una *exceptio* normal, y, por tanto, f) el concepto justiniano de *exceptio utilis* se va a aproximar al concepto, que también reelaboraron los compiladores, de *exceptio in factum*; más aún, quizá los compiladores llegaron a identificar ambos conceptos.

II. ¿«EXCEPTIO UTILIS» EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO?

Nicosia⁹ inicia su trabajo señalando aquellos textos en los cuales, según su criterio —aunque sin explicar el porqué— el término *utilis* (*exceptio*) está en función predicativa, es decir, en sentido no-técnico. Serían los siguientes: D. 16,1,17 pr.; D. 18,5,3; D. 20,4,12 pr.; D. 32,37,4; D. 44,1,16; C.J. 3,1,2, y C.J. 4,32,5¹⁰. Haremos el análisis concreto de estos textos con atención al tema que nos ocupa.

1. «*Utilis*» («*exceptio*») en sentido de utilidad o conveniencia, es decir, en función predicativa.

i) Referente al contrato de compraventa tenemos D. 18,5,3 (Paul. 33 ad ed.):

Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit vel venditor stipu-

weise gewährt”, y señala (p. 195 n. 44), como casos de *exceptiones utiles*, los siguientes textos: D. 4,4,41; D. 16,1,19,5; D. 21,1,51,1; D. 14,6,7,1; D. 19,5,21, y C.J. 2,4,9; *id.*, RPR.I² p. 226 n. 27, y, últimamente, en Zum. “*ius honorarium*”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez* (Madrid, 1978) p. 241.

9. G. NICOSIA, op. cit. p. 254 ss.

10. Cfr: supra n. 8 las concordancias y diferencias de *exceptiones utiles* en sentido técnico-jurídico y *exceptiones utiles* en sentido meramente

latus 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 summo- veri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit¹¹.

En el presente texto se trata de una compraventa en la cual el vendedor y el comprador se cruzan fianza y estipulación para reforzar el cumplimiento de sus respectivas obligaciones: el vendedor da al comprador un fiador y, el comprador, a su vez, promete, mediante estipulación, el precio al comprador. Se pregunta, entonces, si el contrato de compraventa, en este caso, puede resolverse unilateralmente (*dissensus*) por alguno de los contratantes. Según Paulo, el jurista Juliano opinaba que, si el comprador demandaba con la *actio empti* la entrega de la cosa antes de haber cumplido él con su propia obliga-

predicativo entre los distintos autores. Para CJ. 3,1,2 vid. infra III iv. En cambio, de acuerdo con Savigny (cfr. supra n. 8) y con G. NICOSIA, op. cit. p. 255, creemos que en CJ. 4,32,5 (del año 205): *Adversus creditorem usuras maiores ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea consecutus, utilis est pacti exceptio...*, el término *utilis* está en función predicativa de eficacia procesal, pues no se puede tratar más que de la normal *exceptio pacti* ya que no hay nada que sea extendido en este supuesto. En D. 16,1,17 pr. (Afric. 4 *quaest.*): *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...*, no se trata más que de la normal *exceptio senatusconsulti Velleiani*; cfr. en el mismo sentido, H. VOGT, *Studien zum Senatus Consultum Velleianum* (Bonn, 1952) p. 63; D. MEDICUS, *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum* (Köln/Graz, 1957) p. 60; H. U. HAEBERLIN, en SZ. 74 (1957) p. 136, y TALAMANCA, *La storia del SC. Velleiano*, en *Labeo* 4 (1958) p. 103.

11. Dejando a un lado las críticas, quizá exageradas, de BESELER, en SZ. 45 (1925) p. 191, quien considera interpolado todo el fragmento, y la de STOLL, en SZ. 44 (1924) págs. 10, 36, 46 ss., y 49, quien reconstruye el texto de esta forma: <Si inter emptorem et venditorem convenerit, ut ab emptione discedatur; et emptor fideiussorem acceperit, fideiussori autem utilem esse exceptionem (?)>, SIBER, SZ. 42 (1921) p. 77 ss., crítica los pasajes del texto donde se habla de los mencionados principios de los contratos. Vid. en contra M. KASER, ZPR. p. 194 n. 31; *id.*, RPR.^I p. 643 n. 18, y A. D'DORS, DPR.³ p. 500.

ción, el vendedor disponía de la normal *exceptio doli*. Se plantea luego la situación del fiador y es aquí el mismo Paulo quien indica que el fiador también dispondrá de la *exceptio* que en el texto aparece calificada como *utilis*, pero que no puede ser otra que la misma *exceptio doli* del vendedor ya que, una vez liberado el deudor (en este caso el vendedor) también se libera el fiador¹². Continúa el texto con la hipótesis de que sea el vendedor quien demande con la *actio ex stipulatu* la entrega del precio antes de haber cumplido él con su propia obligación de entregar la cosa; entonces, el comprador rechazará al vendedor con la *exceptio doli*. La parte final del fragmento nos plantea una hipótesis diferente: si el comprador estipula del vendedor la entrega de la cosa pero luego se deshace la venta por disenso del comprador y éste ejercita la *actio ex stipulatu* contra el vendedor, éste no podrá oponer la *exceptio doli* puesto que el comprador no demanda en virtud de la *actio empti* sino de la *actio ex stipulatu*; pero sí podrá oponer el vendedor, probando la resolución unilateral del comprador, una *exceptio* cuya naturaleza no aparece señalada en el texto¹³.

ii) En tema de hipoteca, trata de una *exceptio* D. 20,4,12 pr. (Marcian. *sing. ad for. hypoth.*):

Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est "si non mihi ante pignori hypothecaevae, nomine sit res obligata":...

Marciano plantea en este texto el problema de un acreedor preferente en la hipoteca respecto a la *exceptio* que puede oponer contra aquel que ejercita la *actio hypothecaria* contra él cuando tiene la cosa en su poder o la *replicatio* que el acreedor preferente puede oponer a la *exceptio* interpuesta por el que tiene la cosa en su poder contra la *actio hypothecaria* del acreedor preferente. Como la *exceptio* aparece denominada expresamente: *exceptio pignori utilis est: «si non mihi ante pignori hypothecave nomine sit res obligata»*, es evidente que aquí *utilis* está en sentido predicativo: en otros términos, nos encon-

12. Cfr. D. 44,1,19 (Marcian. 13 *inst.*): *Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt.*

13. Sobre la naturaleza jurídica de esta segunda *exceptio* nos pronunciaremos en tema de *exceptiones in factum*.

tramos ante una *exceptio in factum* con denominación propia y, por tanto, el análisis de este texto lo haremos en tema de *exceptiones in factum*.

iii) También aparece el término *exceptio utilis* en un problema de fideicomiso, D. 32,37,4 (Scaev. 8 *dig.*):

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 competit, ut de parte obligationis accepto ei feratur. respondit et exceptionem utilem fore et ultro ex fideicommissio 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 fore utilem. CLAUDIUS: quoniam in his expressit, ut contentus esset partis dimidiae dotis. quibus verbis satis fideicommissum filio relinqui placuit¹⁴.

Una mujer, casada en segundas nupcias, establece una dote *recepticia* de 20.000 sestercios mediante *stipulatio rei uxoriae* a favor de los dos hijos habidos del anterior matrimonio y para cualquiera de los dos eventos de disolución del matrimonio: divorcio o muerte. Al fallecer uno de los hijos, la mujer, mediante carta, indica al hijo superviviente que, en su día, se limite a reclamar la mitad de la dote, ya que la otra mitad la retendrá el marido. Una vez muerta la mujer, el hijo superviviente ejercita la *actio ex stipulatu* derivada de la *cautio* por el valor de la dote entera. Juliano/Scaevola concede al marido la *exceptio doli* contra la *actio ex stipulatu* del hijo; pero, además de que la *exceptio doli* es eficaz (*utilis*), también puede el marido demandar por la *actio fideicommissi* o *ex fideicommissio*¹⁵ para que se le cancele

14. Cfr. *Index Interp. s.l.*, y BESELER, *SZ.* 45 (1925) p. 236, da por interpolado todo el fragmento.

15. Según M. KASER, *RPR.I*² p. 759 n. 29, los giros *actio fideicommissi* o *actio ex fideicommissio* son modismos no-técnicos.

por *acceptilatio* su obligación por una mitad de la dote. Más aún, ante la cuestión de si los herederos de la mujer pueden demandar al hijo por la *actio madati* respecto a la otra mitad de la dote que él reclama, el jurista Juliano responde que no pueden utilizar la *actio mandati*¹⁶. La motivación del *responsum* es evidente: según el texto de la carta de la madre a su hijo, aquélla le dejaba un fideicomiso imputable a la mitad de la dote.

iv) En el Derecho romano clásico se desconoce una *exceptio* general dirigida a asegurar la precedencia de un juicio respecto a otro y relacionados entre sí¹⁷, pero sí se conocen *exceptiones* concretas para casos particulares; así tenemos D. 44,1,16 (Afric. 9 *quaest.*):

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 esse¹⁸.

El problema expuesto por Africano en este fragmento es claro: el propietario del fundo Semproniano es, a su vez, poseedor del fundo vecino, Ticiano, fundo dominante del primero en una servidumbre de camino (*via*). Alguien demanda no sólo la propiedad del fundo Ticiano, sino también la servidumbre de camino (*via*) a favor del mismo. El demandado, poseedor del fundo Ticiano y propietario del fundo Semproniano, fundo sirviente del Ticiano, para asegurarse la precedencia de la *reivindicatio* respecto de la *vindicatio servitutis*, la cual exigiría que se dilucidase primero la cuestión de la propiedad del fundo Ticiano, puede oponer la *exceptio* «*si in ea re praeiudicium praedio non fiat*»¹⁹.

16. También en esta segunda parte del texto se habla de *utilis actio sit* (referida a la de mandato), pero también aquí *utilis* está empleado en sentido predicativo de eficacia procesal. Cfr. E. VALIÑO, op. cit., p. 17.

17. Cfr. A. PALERMO, op. cit. p. 136.

18. A. PALERMO, op. cit. p. 45 s., da por interpolada la parte final del texto: [*videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse*], creemos que sin fundamento, pues esa sería precisamente la fundamentación clásica de tal *exceptio*.

19. Vid. A. PALERMO, op. cit. p. 136 y n. 3. Sobre la naturaleza jurídica de esta *exceptio* divergen las opiniones de la doctrina. Así, para

También aquí *utilis* está empleado en sentido predicativo de recurso eficaz, pues aquella no es más que una *exceptio in factum* con denominación propia y, por consiguiente, remitimos a un estudio detallado de este texto al tema de dichas *exceptiones*. La prueba de que no es ésta una *exceptio utilis* la encontramos en D. 44,1,18 (Afric. 9 *quaest.*), continuación del texto mediatamente anterior, que trata de la misma *exceptio* y en él no se alude para nada a que sea *utilis*.

v) Por último, a propósito del *pignus*, tenemos un caso en el cual se ha pretendido ver una *exceptio utilis*²⁰, nos referimos a D. 20, 1,13,2 (Marcian. *sing. ad for. hypoth.*):

Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est...²¹.

En el presente fragmento Marciano parte del principio que el acreedor prendario puede, a su vez, dar en prenda la cosa a uno que es su acreedor. No se trata aquí de un deudor frente a dos acreedores prendarios, sino de un deudor que garantiza a su acreedor la obligación con una cosa y, a su vez, este primer acreedor prendario es deudor de un tercero a quien le garantiza la deuda con aquella prenda entregada por el primer deudor; en terminología de la jurisprudencia clásica, se trata de un *pignus pignoris*²². Marciano opina que mientras se deba una y otra cantidad, el segundo acreedor prendario dispone tanto de la *exceptio* como de la *actio utilis* (*tam exceptio quam actio utilis est*). Evidentemente, ambos recursos no pueden ser más que la *exceptio pigneraticia* normal, es decir, mientras el deudor pignorante (acreedor pignoraticio del primer deudor) no cancele la deuda total-

LENEL, *EP.*³ p. 506 n. 2, a pesar de que la *exceptio quod praeiudicium fundo (partive eius) non fiat* estaba concebida sobre la edictal *ne praeiudicium hereditati fiat*, aquélla, al parecer, no estaba propuesta en el Edicto (p. 506 n. 3). En cambio, sostiene su naturaleza edictal M. KASER, *ZPR.* p. 185 n. 58.

20. HEUMANN-SECKEL, *op. cit.* p. 181 lit. C. Cfr. *supra* n. 8.

21. Dejando aparte las críticas que consideran totalmente interpolado el texto, las incidentales no afectan a la parte de nuestro interés actual. Cfr. *Índex Interp.* s.l.

22. Cfr. M. KASER, *RPR.*^I p. 465 n. 30, quien pone de presente cómo el término *subpignus* no corresponde a la terminología clásica.

mente al acreedor pignoraticio, éste le podrá oponer la *exceptio* a la acción del deudor pignorante (acreedor pignoraticio del primer deudor), pero también dispondrá de la *vindicatio utilis*, es decir, de la acción del acreedor hipotecario (*actio quasi Serviana* o *Serviana*, *formula hypothecaria* o *actio pignoratitia in rem*) para reclamar contra cualquier poseedor, incluso contra el mismo pignorante (acreedor pignoraticio del primer deudor) y, en nuestro caso, también contra el primer deudor pignorante de la cosa. Por tanto, es irrefragable que en el presente texto el término *utilis* está empleado en sentido técnico-jurídico pero referido exclusivamente a la *actio hypothecaria*²³ porque en ella se finge la propiedad; no, en cambio, a la *exceptio* que, repetimos, es la *exceptio* de prenda corriente. De calificar el término *utilis* también a la *exceptio*, el texto entonces debería estar redactado o *tam exceptio utilis quam actio utilis ei danda est* o *utilis tam exceptio quam actio ei danda est*; pero según la redacción actual del texto la referencia es a una *actio utilis* y no a una *exceptio utilis*²⁴.

2. El término «*utilis*» («*exceptio*») en sentido pretendidamente técnico, es decir, en función atributiva

Una vez excluidos los textos en los cuales el término *utilis* está empleado en sentido meramente predicativo de utilidad, eficacia procesal del recurso jurídico de una *exceptio* normal y en los cuales concordamos sustancialmente con Nicosia, pasemos ahora a examinar aquellos fragmentos en los cuales un sector de la romanística ha pretendido ver una *exceptio utilis* en sentido técnico-jurídico, es decir, de recurso que el Pretor, con base en una *exceptio* ya existente, extiende por vía *util* a un caso no previsto. Según Nicosia²⁵ dichos textos son los siguientes: D. 14,6,7,1; D. 16,1,19,5; D. 4,4,41; D. 21,1,51,1; D. 19, 5,21 y CJ. 2,4,9. En este apartado de nuestro trabajo analizaremos, en su orden: D. 14,6,7,1; D. 16,1,19,5, y D. 21,1,51,1; mientras

23. En CJ. 8,23[24],1, del año 238, se llama *actio utilis* a la acción Serviana o pignoratitia real que se le otorga también al segundo acreedor en el *pignus pignoris*.

24. En el mismo sentido de nuestra interpretación, vid. G. NICOSIA, op. cit. p. 255 y nn. 12, 13 y 14, y E. VALIÑO, op. cit. p. 76.

25. G. NICOSIA, op. cit. p. 256.

que los tres restantes: D. 4,4,4; D. 9,5,21, y CJ 2,4,9, se estudiarán en el numeral III.

i) y ii) Respecto a los dos primeros textos:

D. 14,6,7,1 (Ulp. 29 *ad ed.*)

Idem ait, si duos reos accepero filium familias et Titium, cum ad filium familias esset...

D. 16,1,19,5 (Afric. 4 *quaest.*)

Cum haberes Titium debitorem et pro eo mulier intercedere vellet nec tu mulieris...

Nicosia²⁶ pretende derivar de ambos textos una *exceptio utilis senatusconsulti Macedoniani* y una *exceptio utilis senatusconsulti Velleiani*, respectivamente, a favor de un testafarro que, tanto en uno como en otro caso, aparece como prestatario o promitente de una suma de dinero, pero que, en realidad, le transfiere la suma o la promesa al hijo de familia o a la mujer, respectivamente, con conocimiento del acreedor, para eludir la prohibición del senadoconsulto Macedoniano o la del senadoconsulto Vellejano. Nicosia relaciona correctamente las dos hipótesis, pues los presupuestos de las mismas son iguales: intervención de un testafarro, con conocimiento del acreedor, para eludir la prohibición de uno u otro senadoconsulto, y por tanto la solución debe ser similar. Sin embargo, desestima otros textos, especialmente del título 1 del libro 16 del Digesto sobre el s.c. Vellejano, en los cuales se plantean hipótesis similares a las de D. 16,1,19,5; nos referimos concretamente a D. 16,1,32,3, texto en el cual se alude expresamente a una *exceptio fraudis senatusconsulti (Velleiani) factae*, que Nicosia²⁷, salvando las críticas de interpolación de que ha sido objeto ese texto, califica como *exceptio in factum*; por consiguiente, admite otra *exceptio* distinta de la *utilis* para solucionar un mismo supuesto de hecho²⁸, cosa que no deja de ser contradictoria. Por nuestra parte, como creemos que todos esos casos contemplan, efectivamente, una *exceptio in factum* que recibe una denominación concreta, dejamos

26. G. NICOSIA, op. cit. p. 256 ss., para el senadoconsulto Macedoniano, y p. 261 ss., para el senadoconsulto Vellejano. Por su parte, HEUMANN-SECKEL, op. cit. p. 181 lit. C (cfr. supra n. 8) sostienen que el caso de D. 14,6,7,1 (Sc. Macedoniano) y el de D. 16,1,32,3 (Sc. Vellejano) también son de *exceptiones utiles*.

27. G. NICOSIA, op. cit. p. 284 y n. 84.

28. G. NICOSIA, op. cit. p. 265 ss.

estos dos textos y los restantes de hipótesis similares en tema de ambos senadosconsultos para nuestro estudio concreto de las *exceptiones in factum*.

iii) Otro texto con base en el cual Nicosia²⁹ pretende demostrar la existencia, por exclusión, de la *exceptio utilis* en el Derecho romano clásico, es D. 21,1,51,1 (Afric. 8 *quaest.*):

Circa procuratoris personam, cum quidem ipse scierit morbosum vitiosum esse, non dubitandum...

En nuestro concepto, también este texto trata de una *exceptio in factum* y no de una *exceptio utilis* y, por tanto, como para los casos precedentes, nos reservamos para ocasión posterior la crítica y fundamentación de dicha *exceptio in factum*. En todo caso, en este supuesto en que Nicosia deduce la existencia de la *exceptio utilis* por exclusión de ésta, es decir, por su no aplicabilidad, Nicosia no explica cual sería la *exceptio* básica de este mismo supuesto.

III. «EXCEPTIONES UTILES» COGNITORIAS EN EL DERECHO ROMANO POSTCLASICO

Excluidas aquellas *exceptiones* que en el Derecho romano clásico serían *in factum* y no *utiles*, pero en las cuales aparece el adjetivo *utilis* para indicar que dicha *exceptio in factum* tendrá eficacia procesal o no la tendrá (como en D. 21,1,51,1) y, por consiguiente, no es necesario dar por interpolado dicho término, vemos ahora la posibilidad que se presenta en el Derecho romano postclásico de que los juristas de esta época hubiesen elaborado —no reelaborado, puesto que en la época clásica la categoría de *exceptio utilis* no existía— una categoría propia de *exceptio utilis*, pero a propósito de las cuales no podemos pensar en el procedimiento formulario.

i) D. 4,4,41 (Iul. 45 *dig.*):

Si iudex circumvento in venditione adulescenti iussit fundum restitui eumque pretium emptori reddere, et hic nolit uti hac

29. G. NICOSIA, op. cit. p. 284 ss.

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, 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 es aquí el de un *minor* que obtiene la *restitutio in integrum* por haber sido engañado (*circumventus*) en la venta de un fundo, pero antes de la sentencia del *iudex* y después de su *pronuntiatio*, en la que ordena (*iussum*) al comprador *restituere fundum* y al menor *reddere pretium*, es decir, dirigida la orden a los dos litigantes a la vez³⁰, el *minor* demandante desiste del beneficio de la *restitutio*. Es ahora el comprador demandado quien insiste en consumir la *restitutio* y, según el texto, reclama el precio *quasi ex causa iudicati*; se le concede entonces al *minor* una *exceptio* que aparece calificada como *utilis*, contra dicha pretensión del comprador ahora demandante. Aparte la crítica de *venditor* que aparece al final del texto y que no afecta al fondo de la cuestión³¹, no es necesario suponer aquí la interpolación de *iudex* por *praetor* como pretenden algunos³². Según

30. Como ocurre también en D. 4,4,27,1 *in fine*, pero a diferencia de lo que acaece en D. 4,4,24,4 y D. 4,4,27,1, en que el *iussum* de *reddere fundum* y *recipere pretium* o *reddere pretium* y *recipere fundum*, respectivamente, se dirige directamente al demandado. En PS. 1,9,7 se habla de *restituere pretium* y *recipere fundum*.

31. Efectivamente, ya Cujas corrigió *venditor* por *emptor*. Cfr. *Index Interp.* s.l.; KRUEGER, *ad. l.*; Dig. Milanés, y, últimamente, M. KASER, *Zur in integrum restitutio besonders wegen metus und dolus*, en SZ. 96 (1977) p. 162 n. 230, por considerar que el término *venditor* pudo haber desorientado al lector de Juliano. Sin embargo, dicha corrección no es absolutamente indispensable, pues como ya lo advierte Gayo D. 19,1,19, los juristas clásicos (*veteres*) usan indistintamente las denominaciones de compra y venta cuando operaba la *restitutio*, ya que el antiguo comprador venía a quedar como vendedor a cambio del precio que recuperaba, y el antiguo vendedor como comprador a cambio de la cosa que también recuperaba; de igual modo se presenta la misma oscilación terminológica en la redhibición del esclavo vendido (D. 41,4,7,4). Mantienen *venditor* KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis* (Bonn, 1974) p. 108, y A. D'ORS, *La acción del menor restituido* (*Crítica a Kupisch*), en AHDE. 49 (1979) p. 316 y n. 33.

32. Así, G. NICOSIA, *op. cit.* p. 265 (ss.) y n. 36 bibliografía cit. *ibid.*, quien no admite la restitución judicial en este caso por encontrar

Kupisch³³, la *restitutio in integrum* se obtiene por dos vías (D. 4,4, 13,1): a través de una acción personal que sería *in factum* mediante la cual el *iudex* podía condenar a restituir (restitución judicial), y a través de una acción real rescisoria, con ficción de no haber habido enajenación (restitución pretoria). Un ejemplo de la primera acción sería precisamente nuestro texto³⁴. Sin embargo, siguiendo a d'Ors³⁵, creemos que se trata aquí de la acción real rescisoria que no es incompatible con una restitución judicial puesto que aquélla es una acción con cláusula arbitraria³⁶. Por otra parte, en contra de Nicosia³⁷, el hecho de que el desistimiento a la *restitutio in integrum* por parte del *minor* se produzca *apud iudicem*, es decir, después de la *litis contestatio* y posteriormente a la *pronuntiatio* del juez, no implica ningún

inexplicable el desistimiento del menor a la *restitutio in integrum* una vez producida la *litis contestatio*. Pretende asimilar, con base en D. 3,3, 39,6, lo que para él sería un *iussum* pretorio a un *iudicatum* y así explica el *quasi ex causa iudicati* de nuestro pasaje (p. 271 ss.) sobre la cual el comprador reclamaría ahora el precio al menor; contra dicha pretensión, el menor dispondría de una *exceptio utilis Legis Laetoria*, ya que el *minor*, en este supuesto, no estará defendido por la normal *exceptio Legis Laetoria* puesto que ésta sólo protege al *minor* que hubiese asumido una obligación por engaño (*circumscriptio*). En contra de dicha interpretación E. LEVY, *Zur nachklassischen in integrum restitutio*, en SZ. 68 (1951) p. 367 s., para quien el *minor*, en este supuesto, ejercita la *reivindicatio rescissoria* pero, en la fase *in iure*, el demandado comprador introduce una *exceptio doli* para lograr del menor la restitución del precio y, sobre esta base, el *iudex* ordena al comprador *restituere fundum* y al menor vendedor *reddere pretium*; es entonces cuando el menor desiste de la *restitutio in integrum* y por ello no se llega a un *iudicatum*. Ahora, el comprador pretende la restitución de su dinero *quasi ex causa iudicati* y a dicha pretensión podía oponer el *minor* una *exceptio utilis*, ya que el comprador no puede fundar una pretensión autónoma con base en la *restitutio in integrum*. Levy no explica la naturaleza jurídica de dicha *exceptio utilis*. COLLINET, op. cit. p. 500 n. 5, sostiene que esta *exceptio utilis* del derecho clásico fue adaptada a la *cognitio extra ordinem* en relación con D. 19,5,21 y la identifica con la *contradictio* de los postclásicos (cfr. supra n. 8 e infra nn. 41 y 45).

33. KUPISCH, op. cit. p. 61 ss.

34. KUPISCH, op. cit. págs. 108 ss., 115 ss., y 97.

35. A. D'ORS, *La acción del menor restituido*, cit. p. 316 ss.

36. Esta característica no la tiene en cuenta KUPISCH, op. cit. p. 108; sí, en cambio, M. KASER, *Zur in integrum restitutio...*, cit. p. 164 s.

37. Cfr. supra n. 32.

obstáculo, pues sencillamente aquélla quedaría sin efecto³⁸. Más aún, es ello precisamente lo que determina que la restitución sea judicial y no pretoria. Ahora bien, si estamos ante la acción real rescisoria con restitución judicial, el problema está en determinar qué acción es esa *quasi ex causa iudicati* y qué *exceptio utilis* con que el *minor* puede defenderse. De la *actio iudicati* no se trata, porque no hubo *iudicatum* y tampoco se trata de una *exceptio doli* porque tampoco lo hubo por parte del comprador al querer la restitución de su dinero. No queda más alternativa que pensar en una acción pretoria (*quasi ex iudicato*) y en una *exceptio in factum* para el derecho clásico, o en recursos cognitorios³⁹ y, en este último caso y por lo que respecta a la *exceptio*, ésta en cualquier caso no será una extensión de la *exceptio Legis Laetoria* como *utilis* como pretende Nicosia⁴⁰.

ii) En D. 19,5,21 Ulpiano (2 *disp.*) nos dice escuetamente que:

Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est.

Lo descabellado de tal afirmación, que difícilmente encuentra su lugar lógico dentro de la compilación⁴¹, ha sido puesto de relieve suficientemente, no sólo en lo que se refiere a la *actio*⁴² sino también

38. Efectivamente, en D. 4,4,20,1, que trata del caso de un *maior viginti quinque annis*, se señala el principio de que cuando aquél ha desistido de la *restitutio in integrum* la anterior *litis contestatio* queda sin efecto. Lo mismo valdría para nuestro caso.

39. En este sentido vid. D'ORS, *La acción del menor restituido*, cit. p. 317.

40. Cfr. *supra* n. 32.

41. En el Digesto está situado en el título *De praescriptis verbis et in factum actionibus*, y LENEL, *Paling.* II col. 393 y n. 2, lo sitúa como último fragmento (53) del libro segundo de las *Disputationes* de Ulpiano, pero también fuera de todo contexto, y se pregunta si no estará en relación con el fragmento 41 (D. 10,2,49). La reconstrucción del texto intentada por algún autor (cfr. *Index Interp.* s. l.): <quotiens actio utilis est, utilis est exceptio>, está falta de toda base. Más lógica sería la duda de COLLINET, op. cit. p. 500 y n. 4, de que las palabras *vel exceptio* sean de Ulpiano. Este mismo autor relaciona este texto con nuestro anterior D. 4,4,41; cfr. *supra* nn. 8 y 32.

42. Cfr. *Index Interp.* s.l., y E. VALIÑO, op. cit. p. 419 ss., quien incluso, antes que atribuir el pasaje a Justiniano o a un profesor bizantino, prefiere pensar en un epitomador postclásico.

a la *exceptio*⁴³. Más aún, de la confrontación que hemos hecho de todos los textos que mencionan la *exceptio utilis*, ya sea en sentido meramente predicativo o en sentido pretendidamente técnico (atributivo), con los Basílicos, este es el único fragmento en que aparece la mención de la *exceptio* —en los demás se omite—, pero allí calificada como *in factum*⁴⁴. Por nuestra parte y respetando la colocación del texto en la compilación jurisprudencial, quizá los justinianos dejaron este principio del procedimiento cognitorio y lo aprovechan para señalar el carácter general de la *actio praescriptis verbis* que para los compiladores es una *actio utilis* (cognitoria), pero aquí la *exceptio* no tiene nada que ver⁴⁵.

iii) Un rescripto de Gordiano del año 241 también presenta una *exceptio* calificada de *utilis*, C.J. 2,4,9:

Si super possessione, quae tibi quaesita est, cum quaestionem patereris a fratre uxoris tuae, pactum conventum et stipulatio inter vos, ut ad legas, 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 submoveri⁴⁶.

El supuesto de hecho objeto de consulta por parte del interesado es el siguiente: éste ha recibido la posesión (probablemente de un

43. Cfr. G. NICOSIA, op. cit. p. 290 ss., para quien, a propósito de este texto, los compiladores habrían reelaborado el concepto de *exceptio utilis* como medio genérico de defensa del demandado cuando no disponía de una *exceptio* normal; *exceptio utilis* que se confunde con la *exceptio in factum*, concepto que, según el autor, también fue reelaborado por los justinianos.

44. Cfr. Bas. 20,4,21. Para B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, en *Annali Palermo* 7 (1918) p. 51 y n. 2, en este fragmento los compiladores no hacen más que acordar la genérica *actio* o *exceptio in factum* y, por tanto, el *utilis* estaría en lugar de *in factum*.

45. Cfr. supra nn. 32 y 41.

46. KRUEGER, *ad l.* n. 8.^a, integra así el texto: ...*quae tibi <per filium tuum ex matris eius hereditate> quaesita est...*

fundo) *per filium suum ex matris eius hereditate* y *pacta* y *estipula* con el hermano de su mujer dos extremos, respectivamente: si el hermano de la mujer le paga, dentro del plazo señalado por el poseedor, diez áureos, éste le cederá la posesión y, si no lo hace así, el hermano de la mujer le promete no entablar demanda por la posesión. Este último incumple la *stipulatio*, es decir, le demanda sin haberle pagado aquella cantidad dentro del plazo señalado. A esta cuestión el rescripto responde que el gobernador de la provincia debe *prohibere vim* contra el poseedor mediante la *exceptio pacti* (*pactione propter utilem exceptionem posset submoveri*). Contrariamente a Nicosia⁴⁷, quien interpreta el *prohibere vim* del gobernador como una alusión al interdicto *uti possidetis*⁴⁸, nosotros entendemos la expresión como referida a la *reivindicatio* de que vuelve a hablar el texto más adelante: *in rem... actio competeret*⁴⁹. Ahora bien, contra aquella *actio reivindicatoria* del demandante, el rescripto acuerda al poseedor la *exceptio pacti* pura y simple, pues en ella no hay nada que extender⁵⁰.

iv) Por último, también tenemos otro rescripto del año 210, CJ. 3,1,2:

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.

47. G. NICOSIA, op. cit. p. 294 ss.

48. Según G. NICOSIA, op. cit. p. 295, con dicho interdicto el gobernador defendería al poseedor, cosa que antes no era posible en virtud del pacto. Pero no se trata aquí ni de este interdicto, pues el hermano de la mujer no es el poseedor, ni del *unde vi* pues el poseedor no ha sido expulsado por la violencia.

49. G. NICOSIA, op. cit. págs. 297 y 298 n. 127, consecuente con su interpretación, da por interpolado el texto desde *praecipue* - fin.

50. Sin embargo, aceptan, en este caso, una *exceptio pacti utilis*, LENEL, *EP*³ § 296 p. 501 n. 8, y HEUMANN-SECKEL, op. cit. p. 181 lit. C. (cfr. supra n. 8). En contra, en cambio, tanto para el derecho clásico como para el derecho justiniano, G. NICOSIA, op. cit., p. 300 s., quien sostiene es una glosa que coincide con el concepto justiniano de *exceptio utilis* (cfr. supra n. 43). No se habla de *utilis* en los otros dos casos similares de LENEL, *EP*³. p. 501 nn. 10 y 11.

A pesar de que Nicosia⁵¹ incluye este texto entre aquéllos en que el término *utilis* está en simple función predicativa, conviene hacer un análisis más detenido del texto. En efecto, sustancialmente el fragmento, haciendo abstracción del supuesto de hecho, señala simplemente que, aunque el pupilo haya ejercido la *actio tutelae* contra el tutor, la acción no se extingue *ipso iure*, y que, por consiguiente, si el pupilo intentase una nueva demanda, distinta de la propuesta en el primer juicio, y a la cual el tutor opondrá lógicamente la *exceptio rei iudicatae* (*contra utilem exceptionem rei iudicate*), aquél podrá rechazarla mediante la *replicatio doli*. Para aclarar esta limitación al principio de la *res iudicatae* tenemos un texto que parte del mismo principio pero aquí explicitando el supuesto de hecho, D. 26,7,46,5 (Paul. 9 resp.):

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,porre eundem adulescentem propter eam causam tutelae experiri et adversus exceptionem rei iudicatae doli mali uti replicatione.

Como podemos observar en este texto, no se hace alusión a que la *exceptio rei iudicatae* sea *utilis*⁵². Ahora bien, los términos *iudice accepto* y *iudicem peterem* de nuestro rescripto nos hacen pensar que estamos ante la figura del juez oficial, es decir, ante un juicio de procedimiento cognitorio, posiblemente provincial⁵³.

IV. CONCLUSIONES

Una vez llegados al final del análisis de nuestros textos podemos sentar las siguientes conclusiones:

- i) En el Derecho romano clásico no existió la categoría procesal

51. G. NICOSIA, op. cit. p. 255.

52. A. GUARNERI-CITATI, *Di un criterio postclassico per la determinazione della res iudicata*, en *BIDR.* 33 (1923) p. 24 n. 1, considera como interpolados ambos textos, ya que estaríamos ante el criterio justinianeo de que la *res iudicata* se hace valer siempre por vía de *exceptio*.

53. En este sentido, M. KASER, *ZPR.* p. 124 n. 63 y p. 231 n. 14.

de *exceptio utilis* y, por tanto, en aquellos pasajes en los cuales la *exceptio* está acompañada del adjetivo *utilis*, éste no desempeña más función que la meramente predicativa de utilidad, conveniencia, eficacia procesal de dicho medio de defensa del demandado⁵⁴;

ii) por consiguiente, a diferencia de lo que ocurre en las *acciones*, en que una acción básica (*directa*) puede ser extendida por el Pretor como *utilis*, mediante el recurso de la ficción, a un nuevo supuesto de hecho no muy diferente del que contempla la acción básica pero al que era inaplicable por faltar a aquél un elemento de ésta, en lo que respecta a las *exceptiones*, cuando se presenta un supuesto de hecho algo diferente del que contempla la *exceptio* ya prevista, el Pretor no extiende ésta como *utilis* sino que crea una nueva; así, como demostraremos en otro trabajo, en los casos del senadoconsulto Macedoniano y Vallejano, como a un tercero no-fiador que aparece como testafarro del hijo de familia o de la mujer y con el conocimiento del acreedor para defraudar al senadoconsulto correspondiente, no se les extiende la protección normal de ambos senadoconsultos (*exceptio senatus consulti Macedoniani o Velleiani*), el Pretor da a favor del testafarro y contra el acreedor una *exceptio in factum* con denominación propia;

iii) consiguientemente, ni las *exceptiones* edictales, como pretende Heumann-Seckel⁵⁵, ni las *exceptiones* pretendidamente *civiles*, como sostiene Nicosia⁵⁶, son objeto de extensión por vía «útil» a un nuevo supuesto de hecho, pues de los casos tratados, ninguna es *exceptio* edictal y las *exceptiones civiles* son inexistentes en el Derecho romano clásico como demostraremos en próximo trabajo;

iv) si en el Derecho romano clásico no existió la categoría de *exceptio utilis*, más difícil aún es aceptar, como sustenta Keller⁵⁷, la existencia de la *replicatio utilis*, pues, como sabemos, la *replicatio* no

54. El adjetivo *utilis* en las *exceptiones* se corresponde como antinomia del adverbio *inutiliter* (*exceptio*), como en los siguientes textos: D. 22,1,9,1; D. 27,9,13,1; D. 39,6,42 pr.; D. 46,3,96,2; D. 46,8,8,1; cfr. *VIR*, s.v. *inutiliter* col. 908 s. l. 53 ss. Pero también encontramos el adjetivo *utilitas* referido al mismo recurso procesal en D. 43,13,1,6; cfr. *VIR*, s.v. *utilitas* col. 1593 i. 26.

55. HEUMANN-SECKEL, op. cit. p. 181 lit. C. Cfr. supra n. 8.

56. Cfr. supra n. 8.

57. KELLER, op. cit. p. 470. Cfr. supra n. 8.

es más que una *exceptio* a la *exceptio* del demandado (D. 44,1,22,1)⁵⁸, y v) que los juristas postclásicos hubiesen elaborado —no reelaborado— un concepto técnico, aunque en sentido general, de *exceptio utilis* puede ser posible, pero en este caso no podemos pensar en categorías formularias sino cognitorias; por otra parte, los pocos casos que tenemos y que nos podrían hacer pensar en el procedimiento cognitorio son lo suficientemente ambiguos para aceptar esta posibilidad, más aún teniendo en cuenta que todos nuestros textos (los del Digesto) pertenecen a la masa sabiniana, lo cual denota una unidad de criterio en el empleo desaprensivo del adjetivo *utilis* para las *exceptiones*.

FERNANDO BETANCOURT
Facultad de Derecho
San Sebastián

58. En D. 9,4,28 (*adversus excipientes "si dominus eius sit" utilem: mihi replicationem doli mali profuturam*); D. 41,4,7,6 (*si uti coeperit exceptione ... replicationem doli mali utilem futuram esse*), y D. 2,14,35 (*de dolo utiliter replicari posse*), el adjetivo *utilis* y el adverbio *utiliter* están en función exclusivamente predicativa de recurso eficaz. En el mismo sentido G. NICOSIA, op. cit. p. 254 n. 10.