

nus iudex adversarium in eodem iudicio condemnat, ex constitutione diuinae memoriae Zenonis. en el exceso, según los términos de una constitución de Zenon, de gloriosa memoria.

Antiguamente, cuando el demandante pedía ménos de lo que se le debía, no había extinguido su derecho sino hasta donde llegaba lo que había pedido; y obtenía una nueva acción por lo restante, con tal que no la pidiese durante la misma pretura (1); *periculum* indicaba entonces el peligro de perder su acción; pero en tiempo de Justiniano, *sine periculo agit* significa que el demandante no tendría ya necesidad de intentar una nueva acción para conseguir el resto.

XXXV. Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet; sed in eodem iudicio, cognita veritate, errorem suum corrigeri ei permittimus: veluti si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento sibi dari oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

Antes, cuando se pedía una cosa por otra, se perdía el pleito; pero se podía, por una nueva acción, pedir la cosa debida sin temer la excepción de la cosa juzgada, y esto aún durante la misma pretura. Después de haber procedido por una parte sola de lo que se debía, se podía todavía reclamar por la otra parte, pero con tal que fuese bajo otra pretura, sin lo cual sería rechazada por la excepción *litis dividuae* (2).

XXXVI. Sunt præterea quædam actiones quibus non solidum quod nobis debetur persequimur; sed modo solidum consequimur, modo minus; ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnatur, si vero minus inveniatur, eatenus condemnatur iudex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.

35. Si alguno pide una cosa por otra, no corre ningún peligro, sino que, reconocido su error, podrá repararse en la misma instancia; como si el que tiene el derecho de demandar á Stico ha demandado á Eroles, ó teniendo facultad de proceder por una estipulación, ha procedido en virtud de un testamento.

36. Hay además acciones en las que obtenemos, ya todo lo debido, ya ménos; por ejemplo, cuando procedemos contra el peculio de un hijo; pues si en este peculio hay tanto como pedimos, el dueño ó el padre son condenados en el todo; pero si no, sólo lo son hasta donde alcance. En cuanto al modo de valuar el peculio, ya lo exponeremos en su lugar.

(1) Gay. Com. 4. § 56.

(2) Gay. Com. 4. § 56.

XXXVII. Item, si de dote iudicio mulier agat, placet eatenus maritum condemnari debere quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque, si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur; si minus, in tantum quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur; nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

37. Cuando la mujer procede por la acción de dote, tampoco el marido debe ser condenado sino en lo que puede pagar; es decir, en tanto como su fortuna permita; si, pues, son suficientes sus bienes para cubrir el valor de la dote, es condenado á la totalidad; si no, en lo que pueda. Sólo que ciertas reservas disminuyen la reclamación dotal: así, los gastos hechos en las cosas dotales pueden retenerse por el marido, porque la dote se disminuye *ipso jure* por los gastos necesarios, como puede verse con más extensión en los libros del Digesto.

Hay ciertos casos en que el demandado no debe ser condenado en más que en lo que sus facultades le permitan: *in id quod facere potest*, es decir, hasta donde alcance el valor de su patrimonio (1), á lo cual añadió la jurisprudencia que se dejase al deudor lo bastante para no ser reducido á una completa miseria: «*ne ageant*» (2). Sabemos que el deudor hacía valer esta ventaja bajo la forma de una excepción enteramente particular, por medio de la cual se limitaba la *condemnatio* á *duntaxat in id quod facere potest*; y que, en consecuencia, dan los textos á esta ventaja el título de excepción *quod facere potest*, que los comentadores designan con el nombre, bastante bárbaro, de beneficios de competencia (*beneficium competentie*).

Compete este beneficio: á los ascendientes perseguidos por sus descendientes; á los hermanos entre sí; al patrono ó su mujer, sus hijos y ascendientes, demandados por un liberto; á los cónyuges entre sí; á los socios, procediendo uno contra otro por la acción *pro socio*; al donante atacado por el donatario en cumplimiento de la donación; al que ha hecho cesión de bienes, y á otros varios. Es personal, y no trasmisible á los herederos. Las Instituciones, en nuestro párrafo y el siguiente, enumeran los principales de estos casos.

Respecto á la acción entre esposos, nuestro párrafo no habla más que de la reclamación de la dote; pero este beneficio se generalizó en tiempo de Antonino Pío, extendiéndose á todo cré-

(1) Dig. 42. 1. *De re iudicata*, leyes 16 á 21.

(2) Dig. 50. 17. *De regul. juris*. 173. pr. f. Paul.

dito entre marido y mujer, salvos los que resultan de delitos (1).

*Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur*: Cuando la dote es en dinero, no está obligado el marido á devolver la dote sino deducidos los gastos necesarios, porque la dote pecuniaria se disminuye *ipso jure* por estos gastos. Si la restitucion de la dote no ha de hacerse en metálico, no puede hacer la deducion, sino sólo retener la dote hasta ser reembolsado. Al limitar Justiniano la reduccion ó la retencion al caso de impensas necesarias, suprimió las demas retenciones que existian ántes (2).

Respecto á los gastos útiles, tenía tambien el marido antiguamente un derecho de reserva, con tal que no se hubiesen hecho contra la voluntad de la mujer (3); pero Justiniano suprimió este derecho de reserva, y sólo concedió al marido, para la indemnizacion de estos gastos, la accion de mandato ó de gestion de negocios (4).—En cuanto á las mejoras voluntarias, el marido no tiene más que el *jus tollendi*, es decir, el derecho de volver á tomar todo lo que pueda útilmente.

XXXVIII. Sed et si quis cum parente suo patroneve agat; item si socius cum socio judicio societatis agat, non plus actor consequitur quam adversarius ejus facere potest. Idem est si quis ex donatione sua conveniatur.

38. El que demanda á un ascendiente, su patrono ó su asociado por la accion de sociedad, no consigue nada más de lo que puede hacer su adversario, y lo mismo cuando un donante es atacado en cumplimiento de su donacion.

El beneficio concedido al donante tiene de particular que el patrimonio se estima, deducidas las deudas de aquél para con otros acreedores, á fin de que el donatario no se aproveche de la liberalidad del mismo despues de pagadas las deudas: «*In quantum facere potest condemnatur: et quidem is solus deducto cere alieno*» (5).

XXXIX. Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur quam ei debebatur. Namque ex bono et æquo, habita ratione ejus quod invicem actorem ex eadem causa præstare

39. Las compensaciones opuestas por el demandado son causa tambien muchas veces de que el demandante obtenga ménos de lo que se le debe: porque teniendo en cuenta el juez lo que por su parte debe el deman-

(1) Dig. 42. 1. *De re judic.* 20. f. Modest.

(2) Ulp. Reg. 6. 9. y sig.

(3) Dig. 50. 16. 79. § 1. Paul.—Ibid. 25. 1. 7. § 1. Ulp.

(4) Cod. 5. 13. Un. § 1.

(5) Dig. 42. 1. *De re judic.* 19. § 1. f. Paul.

oportet. judex in reliquum cum cum ante en virtud de la misma causa, quo actum est condemnat, sicut jam no condena al demandado más que dictum est. en el resto, como ya hemos dicho.

Cuando dos personas se encuentran á la vez deudoras y acreedoras la una de la otra de cosas exigibles de la misma naturaleza, y pudiendo reemplazarse una por otra, en vez de obligar á estas partes á pagarse alternativamente, recibiendo así en una mano lo que han pagado con la otra, es mucho más cómodo, más útil para ambas partes, y por tanto más razonable, simplificar la operacion, y haciendo entre las deudas y los créditos respectivos un balance reciproco, no obligar más que al pago de la diferencia á aquella de las dos partes que se encuentre en descubierto. Este balance reciproco se llama compensacion (*pendere cum*, pesarlos ó compensar). Modestino la define así: «*Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*», la contribucion entre la deuda y el crédito, ó la imputacion reciproca de la una sobre la otra (1), indicándonos Pomponio su utilidad y fundamento en estos términos: «*Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere*»: nos es más ventajoso á ambos no pagar que volver á pedir lo que hemos pagado (2).

Sin embargo, en los principios del derecho romano la compensacion no era una causa de extincion de obligaciones; era una cosa de comodidad y de equidad entre las partes, pero no un acontecimiento que pudiese disolver los vínculos respectivos de derecho que se habian formado entre ellas. Tampoco la hemos visto figurar, ni áun en las Instituciones de Justiniano, en el número de los modos de disolucion. Con todo, con el tiempo han progresado las reglas sobre la materia en la jurisprudencia y la legislacion romana, y se han modificado de suerte, especialmente el sistema legislativo de Justiniano, que no pueden leerse con seguridad los antiguos textos insertos con este motivo en el Digesto de este Emperador: tantas alteraciones han debido sufrir para acomodarse al sistema entónces vigente (3). Sólo la historia puede hacer comprender el carácter y la marcha de las ideas en esta materia.

Bajo el sistema formulario, en las acciones de buena fe, por ejemplo, en una accion *empti* ó *venditi*, *locati* ó *conducti*, *pro socio*,

(1) Dig. 16. 2. *De compensationibus.* 1. f. Modestin.

(2) Ibid. 3. f. Pompon.

(3) Dig. 16. 2. y Cod. 4. 31. *De compensationibus.*

*mandati* y otras semejantes, estando encargado el juez de apreciar *ex aequo et bono* lo que debía el demandado, y de condenarle en consecuencia; siendo por otra parte el hecho invocado como causa de la obligacion de tal naturaleza que produzca compromisos de una y otra parte (*ultra citroque*), parecia contrario á la equidad condenar al demandado á todo el importe de su obligacion, mientras que el demandante le debiese por su parte alguna cosa como consecuencia del mismo hecho (*ex eadem causa*); y por tanto se adoptó que entrase en el oficio del juez, en caso de apreciar las obligaciones recíprocas de las partes, verificar la compensacion y no condenar al demandado más que al pago del exceso, si le habia. Esto debió suceder, no sólo cuando cada una de las obligaciones recíprocas tenía por objeto cosas de la misma naturaleza y que podian reemplazarse la una con la otra, por ejemplo, dinero, vino, trigo, sino aún cuando el objeto era enteramente distinto, como en la venta, el arrendamiento, el comodato, y esto por una razon muy sencilla, á saber: que en el sistema formulario, siendo toda condena pecuniaria, cuaiquiera obligacion se reducía siempre por el juez á una apreciacion en dinero, y sobre esto debía versar la compensacion. De este poder del juez hablaban los juriconsultos romanos cuando decian que la compensacion, en las acciones de buena fe y para las obligaciones procedentes *ex eadem causa*, tenía lugar *ipso jure*, es decir, *ex officio judicis*, sin que fuese necesario que las partes obtuviesen para ello el derecho del pretor, ni que la fórmula confriese el poder especial al juez (1). Pero si el juez no lo habia hecho, subsiste siempre la accion primitiva para hacerse pagar el crédito no compensado, porque la compensacion, aún en los casos de acciones de buena fe, no era más que una consecuencia del procedimiento, y no un verdadero medio de extincion de obligaciones (2).

Una materia especial recibió sobre esto reglas enteramente distintas. Cuando el *argentarius*, que comerciaba en dinero y que tenía con sus clientes cuentas corrientes de créditos y de deudas, queria proceder contra uno de ellos para hacerse pagar de lo que se le debía, se veía obligado á arreglar por sí mismo la cuenta, á

(1) Gay. Com. 4. §§ 61 y 63.—Dig. 16. 2. *De compensat.* 21. f. Paul.

(2) Dig. 3. 5. *De negot. gest.* 8. § 2. f. Ulp. y 27. 4. *De contrar. tut. act.* 1. § 4. f. Ulp., en que se trata precisamente de las acciones de buena fe.—16. 2. *De compens.* 7. § 1. f. Ulp.

verificar el balance, la compensacion, y á no demandar á aquel con quien tenía cuenta más que en la diferencia de que resultaba éste deudor. Si en su *intentio* le pedia un solo escudo de más (*uno nummo*), habia por su parte plus-peticion, y en consecuencia perdía su pleito y su accion (*causa cadit et ob id rem perdit*). Hé aquí un caso enteramente excepcional, en que la compensacion toma un carácter especial y muy notable: puede decirse que aquí extingue en cierto modo la obligacion, pues que hay caducacion por plus-peticion contra el *argentarius* que ha pedido más de la diferencia en su favor. Tambien exigian los romanos para esta especie de compensacion excepcional, no sólo que las deudas y créditos recíprocos entre el *argentarius* y su cliente fuesen todos exigibles, sino tambien que tuviesen por objeto cosas del mismo género, de la misma naturaleza, y que pudiesen reemplazarse una por otra: como dinero por dinero, vino por vino, trigo por trigo. Algunos juriconsultos pretendian que el vino y el trigo debian ser de la misma calidad (1).

En fin, la jurisprudencia admitió como principio general que habia dolo por una de las partes en pedir lo que se creia obligado á devolver al instante: «*Dolo facit qui petit quod redditurus est*» (2). En su consecuencia, en las acciones de derecho estricto que proceden todas de obligaciones unilaterales, cuando el demandante era por cualquiera otra causa (*ex dispari causa*) deudor de aquel á quien demandaba, se introdujo la práctica de pedir y de obtener del pretor contra él, en la redaccion de la fórmula, la excepcion de dolo, fundada en que hubiera debido verificar la compensacion y no demandar más que por el resto. Este medio de defensa no fué concedido al principio más que segun las circunstancias; pero un rescripto de Marco Aurelio le estableció como regla legislativa (3); y por medio de esta excepcion de dolo se puede hacer válida la compensacion aún en las acciones de derecho estricto, y por consecuencia, *ex dispari causa*.

¿Pero cuál era el efecto de la compensacion opuesta de este modo al medio de la excepcion de dolo? ¿Era el de dar al juez,

(1) Gay. Com. 4. §§ 64 al 68.—Nada dirémos de la *deductio*, de que trata Gayo en los mismos párrafos, y que compara á la *compensatio*, porque este detalle complicaria y oscureceria inútilmente nuestras explicaciones.

(2) Dig. 44. 4. *De doli mali excep.* 8. f. Paul.—50. 17. *De regul. jur.* 173. § 3. f. Paul.

(3) Anteriormente, § 30.

como en las acciones de buena fe, el poder de hacer el balance entre las deudas y los créditos respectivos, y de no condenar al demandado más que en el exceso? Debemos confesar que esta opinion es la más generalmente seguida, por ser la más sencilla y la que está más de acuerdo con nuestras ideas actuales. Con todo, si se examina la compensacion en su origen, bajo el régimen formulario en que nació, y segun las nuevas luces que puede suministrar-nos el manuscrito de Gayo, nos parece imposible admitir esta opinion; estamos convencidos de que es preciso rechazarla como inexacta, como que transfiere á la compensacion del régimen formulario lo que no tuvo lugar sino más tarde, por las innovaciones de Justiniano.

En efecto, la compensacion de que nos ocupamos; es decir, la que tenía lugar en las acciones de derecho estricto, se habia hecho valer por una excepcion de dolo. ¿Y cuál era el efecto de esta excepcion cuando se justificaba? Absolver al demandado: la fórmula nos es bien conocida: «... SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT... CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE.»

Aquí la alternativa es únicamente de condenar ó absolver. Sucederia absolutamente lo mismo si en lugar de redactar la excepcion bajo la calificacion de dolo, el pretor, en consideracion al demandante, la ha concebido *in factum*: la alternativa no varia: condenar ó absolver. Seria preciso echar por tierra todas nuestras ideas sobre las excepciones en derecho romano; necesitaríamos encontrar una fórmula enteramente distinta de las que conocemos, para hacernos concebir que pudiese tener por efecto dar al juez, en una accion de derecho estricto, la mision de hacer un balance y de no condenar más que en lo justo.

Es verdad que ciertas excepciones ó partes accesorias de la fórmula podian tener este efecto. Tal es el caso de los tres párrafos precedentes, es decir, el caso de la condena hasta donde alcancen los bienes, y de lo que ha redundado en beneficio del dueño; y el caso de la condena *in quantum facere potest*; pero entonces no se pone esta restriccion á la pretension del demandante, ó *intentio*, sino á la *condemnatio*; el pretor no hace una condicion de la condena si NON... SI NIHIL... etc.; hace una reduccion del importe de esta condena, una especie de tasa. DUNTAXAT *de peculio et de eo quod in rem versum est...* ó DUNTAXAT *in id quod facere potest*

CONDEMNA. Y la excepcion de dolo, ó la excepcion *in factum composita*, no es de esta naturaleza ni tiene estos términos. Los romanos tenían, en ciertos casos enteramente especiales, una restriccion de este género, que disminuía sólo el importe de la condena, y que tenía mucha analogía con la compensacion, que en la *deductio* nos ha dado á conocer Gayo. Pero precisamente Gayo la compara á la compensacion para distinguirla bien de ella; traza el paralelo, y entre otras diferencias notables señala ésta: que la compensacion se coloca en la *intentio*, de donde se sigue que lleva consigo caducidad por plus-petition si la demanda excede en un solo áureo al alcance; al paso que la deduccion se coloca en la *condemnatio*, de donde se sigue que no hace correr ningun peligro de caducidad (1).

Tenemos, pues, por cierto que haciéndose valer la compensacion en las acciones de derecho estricto por medio de una excepcion de dolo, ó por lo ménos en virtud de una excepcion *in factum composita*, sigue las reglas ordinarias de estas excepciones; luégo el efecto constante de semejante excepcion, cuando se justifica, es hacer absolver al demandado, la cual lleva consigo la caducidad de toda accion ulterior para el demandante. Tal será, pues, el resultado de la excepcion de dolo opuesta por causa de compensacion, de suerte que si quiere evitar el demandante esta caducidad, se verá obligado á hacer como el *argentarius*, es decir, á hacer por sí mismo la compensacion, y á no demandar más que por la diferencia, ó por lo ménos á admitir esta compensacion desde el momento que se pida ante el pretor, y reducir en consecuencia su petition ántes de la *litis-contestatio* (2). Yo creo que hubiera po-

(1) Gay. 4. § 68: «Præterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur: quo fit ut, si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat. Deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenda periculum non intervenit, utique bonorum emptore agente, qui, licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.»

(2) Es lo que dice bien claro el fragmento de las sentencias de Paulo: «Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur: velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut cætera hujusmodi, licet ex diverso contractu; compensare vel deducere debes. Si totum petas, plus petendo causa cadis.» (Paul. Sent. 2. 5. § 3) — Los antiguos comentadores no pudiendo entender este fragmento han dicho que estaba alterado, que es lo que dicen aún los comentadores modernos que siguen la antigua opinion sobre los efectos de la compensacion opuesta por excepcion de dolo, suponiendo que se trataba especialmente en este fragmento del *argentarius*, que una raspadura habria hecho desaparecer. Pero ni la historia, ni el contexto, ni la redaccion general de este fragmento se prestan á la suposicion de semejante alteracion. Puede citarse la opinion contraria á la que exponemos, á Teófilo, el cual es cierto que en la paráfrasis del § 20 dice positivamente que la excepcion de compensacion da al juez la facultad de hacer la com-

dido tambien evitar todo peligro incluyendo en su demanda una *praescriptio* que la hubiera reducido á lo que no estaba compensado, de suerte que el juez se hallaria entónces revestido del poder de hacer esta compensacion.

Por esto se ve claramente que la excepcion de dolo por causa de compensacion ha sido un medio de hacer extensivas á toda persona las reglas especiales admitidas para el *argentarius*. El balance que el *argentarius* estaba obligado directamente á hacer, á fin de evitar la caducidad por la plus-peticion, fué igualmente obligado á hacerle todo el mundo, ó por lo ménos á proponerle por medio de una *praescriptio* para evitar la caducidad por justificarse la excepcion de dolo. La marcha histórica es sencilla y muy natural.

Pero de que este resultado no se consiga por el demandado más que por medio de una excepcion, se sigue forzosamente que al principio la compensacion no extinguia las obligaciones, sino que cada una de ellas subsistia con las acciones que se les habian adjudicado; y si se daba ademas la *condictio indebiti* al que habia pagado por error una deuda que habia podido compensar (1), era porque la *condictio indebiti* se concedia al que habia cumplido por error una obligacion, contra lo cual hubiera podido defenderse con una excepcion perpétua (2). — Sin embargo, desde el momento

compensacion y de no condenar más que al resto; pero me parece indudablemente que Teófilo se engaña, tomando lo que sucedia en su tiempo por lo que tenia lugar antiguamente. — Yo no sé si se creará poder alegar tambien el texto de las Instituciones, § 36: «Sunť præterea quedam actiones quibus non solidum quod nobis debetur persequimur: sed modo solidum consequimur, modo minus.» Semejantes argumentos son bien pobres y casi judáicos, y hasta aquí se volverian contra la opinion que rechazamos. El texto no dice en efecto: «Hay ciertas acciones en las cuales obtenemos ménos de lo que se nos debe.» «Hay ciertas acciones por las cuales perseguimos (persequemur) ménos de lo que se nos debe.» Por lo demas, damos poca importancia á semejantes argumentos. Es cierto que en las acciones de *peculio*, *in id quod facere potest*, y en las de buena fe en que há lugar á la compensacion, lo que se disminuye es la condena; al paso que en la compensacion del *argentarius*, y segun nuestra opinion, en la de las acciones de derecho estricto debe serlo la demanda para evitar la caducidad; pero, en suma, tanto en las unas como en las otras, ya por la disminucion de la condena, ya por el temor ó por el efecto de la caducidad, es lo cierto que conseguimos ménos de lo que se nos debe. Por otra parte ese texto está sacado, segun todas las probabilidades, de Gayo, y Gayo coloca en él despues de la compensacion de las acciones de buena fe, la del *argentarius*, por la cual no se negará que la disminucion ni tiene lugar en la demanda, al paso que es muy notable no diga nada absolutamente de la compensacion opuesta al medio de la excepcion de dolo; en las acciones de derecho estricto no habla de ella ni como disminuyendo la condena, ni aún disminuyendo la condena (Gay. 4. § 61 y sig.), sin duda porque está comprendida únicamente en las reglas generales de las excepciones. En suma, los efectos de la excepcion de dolo en general, concebido, ya *in jus*, ya *in factum*, son incontestables. Y si se les aplica á la compensacion, esta simple aplicacion arroja tanta luz, y disipa tantas dudas inexplicables, que al instante se conoce la verdad.

(1) D. 16. 2. De compensat. 10. § 1. f. de Ulp.

(2) D. 12. 6. De condict. indeb. 26. § 3. f. de Ulp.

en que se admitia la compensacion, aún por medio de la excepcion, se le daba un efecto retroactivo, se referian sus efectos al instante mismo en que los dos créditos recíprocos habian empezado á existir juntos, y calculando sobre este momento, estaba obligado el demandante á hacer su balance y á determinar su exceso para evitar las consecuencias de la excepcion de dolo. En este sentido dice un rescripto del emperador Alejandro que la compensacion produce sus efectos *ipso jure ex eo tempore ex quo ob utraque parte debetur* (1). Se ve que esta expresion *ipso jure* puede inducir á error sobre la materia. Como respecto sólo de las acciones de buena fe y de la accion del *argentarius*, puede significar que la compensacion produce sus efectos directamente sin intervencion del magistrado, tambien significa que la compensacion, para todos los casos en que tiene lugar, y de cualquier modo que haya sido admitida, tiene su efecto retroactivo y produce sus resultados desde el momento mismo de la coexistencia de ambos créditos sin intervencion de persona en este momento.

En suma, es preciso distinguir bajo el sistema formulario, tres especies distintas de compensacion.

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

2.º La compensacion de las acciones del *argentarius*, que debe hacerse por el *argentarius* mismo, que tiene lugar para las obligaciones procedentes de causas distintas (*ex dispari causa*), para objetos de la misma naturaleza y fungibles (*ex pari specie*), y cuyo efecto es hacer decaer por causa de plus-peticion al *argentarius* que ha descuidado hacerlo por sí mismo en la demanda.

3.º La compensacion en las acciones de derecho estricto, intentada por cualquiera: que no se opone más que por medio de una excepcion de dolo, que tiene lugar igualmente para obligaciones procedentes de causas distintas, y para objetos de la misma naturaleza y fungibles (*ex pari specie et dispari causa*), y cuyo efecto es hacer decaer, justificada la excepcion de dolo, al demandante que ha rehusado ántes de la *litis contestatio*, tomada en considera-

(1) C. 4. 31. De compens. 4. const de Alej.

cion, ó por lo ménos que no la ha propuesto por una *præscriptio*.

Unas y otras, por lo demas, cuando son admitidas, obran *ipso jure*, es decir, que tienen un efecto retroactivo que se refiere al instante mismo de la coexistencia de los dos créditos recíprocos.

Después de esta exposicion histórica, es fácil ver que lo que hizo Justiniano fué suprimir la necesidad de la excepcion de dolo, y por consiguiente, generalizar y hacer comun á todos lo que antiguamente tenía lugar especialmente para el *argentarius*. En su consecuencia, como dice Teófilo en su paráfrasis del párrafo 30, los créditos recíprocos se extinguen hasta lo que se debe igualmente por una y otra parte, y no subsiste más obligacion que la del resto. Por otra parte, como á la plus-peticion no acompaña ya caducidad; como ya no hay fórmula ni excepcion que obtener previamente del pretor, el mismo juez, bajo este régimen, es el que hace la compensacion si el demandante no lo ha hecho por sí en la demanda, y el que disminuye en tanto la condena. De modo que encontramos aplicadas á la vez las diversas ventajas de lo que tenía lugar, ya en las acciones de buena fe, ya en las acciones de derecho estricto y en el caso de *argentarius*, especie de mezcla que ha hecho frecuentemente la legislacion de Justiniano. Sin embargo, textos que llevan todavía los vestigios de la antigua jurisprudencia se han insertado en el cuerpo del derecho de Justiniano, que vienen á producir oscuridad y á ocasionar equivocaciones en la materia. Así sin razon está todavía en nuestro párrafo la expresion *ex eadem causa*, referente á lo que tenía lugar en otro tiempo en las acciones de buena fe; pero que carece de aplicacion al sistema de Justiniano, y que en consecuencia ha desaparecido justamente del párrafo 30 que precede.

Al dar el Emperador esta amplitud á la compensacion que se verificaba antiguamente *ex dispari causa et pari specie*, exige además que cada uno de los créditos sea cierto (*jure aperto*, dice el párrafo 30 que precede) y líquido (*cum causa liquida*), dice su constitucion en el código (1).

Quiere, además, por el respeto de fidelidad debido al depósito, que la compensacion no pueda tener lugar en la accion *depositi* (2). De suerte que aquel, por ejemplo, á quien se ha entregado una

(1) Cod. 4. 31. *De compensat.* 14. § 1. const. de Justinian.

(2) El mismo § 30 y la misma constitucion.

cantidad pecuniaria en depósito, no podia compensarla con igual suma de que se hubiese hecho acreedor contra el depositante.

XL. Eum quoque qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest, creditores cum eo experiuntur: inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

40. Si el dendor que ha hecho cesion de sus bienes hace en seguida una adquisicion ventajosa, no pueden demandarle sus acreedores por lo que todavía debe, sino hasta donde alcance su patrimonio; pues sería inhumano condenarle por el todo al que se despoja de su fortuna.

Nada añadiremos aquí á lo que ya hemos dicho de la accion de bienes en otro lugar.

## TITULUS VII.

QUOD CUM EO CONTRACTUM EST, QUI IN ALIENA POTESTATE EST.

Quia tamen superius mentionem habuimus de actione qua in peculium filiorum familias servorumque agitur; opus est ut de hac actione et de ceteris quæ eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia, sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis qui in potestate parentis sunt, his fere eadem jura servantur, ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque et parentibus quorum in potestate sunt. Nam, si quid in his proprie observatur, separatim ostendemus.

## TITULO VII.

DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON PERSONAS SOMETIDAS Á LA POTESTAD AJENA.

Como hemos hecho mencion más arriba de la accion relativa al peculio de los hijos de familia ó de los esclavos, es preciso fijar toda nuestra atencion de un modo más especial sobre esta accion, y otras que se acostumbra á dar contra los padres ó los dueños que ejercen autoridad sobre los hijos ó los esclavos. Y como los actos celebrados con los esclavos ó los hijos de familia dan lugar á la aplicacion de los mismos principios, para evitar las dilaciones, no nos ocuparemos más que de los dueños y de los esclavos, y lo que se diga de éstos entiéndase dicho respecto de los padres y de los hijos; pues si hay alguna cosa particular concerniente á estos últimos, la expondremos por separado.

Segun el derecho civil, el jefe de la familia no puede obligarse por los actos de los que tiene en su poder, tales como sus hijos de familia y sus esclavos. Sin embargo, no es absoluto este principio, ni en las obligaciones resultantes de los contratos y cuasi-contra-