

tiva la mayor parte de las obligaciones nacidas como de un contrato, consiste en que ninguno debe enriquecerse con bienes de otro. Sin embargo, el otro principio, de que hay obligacion de reparar el perjuicio ocasionado á otro por culpa suya, figura tambien en ellos, aunque muy raras veces. Y como los jurisconsultos romanos han colocado en esta clase diversas obligaciones impuestas por la ley á causa de ciertas relaciones, otro principio aparece tambien en la misma materia: el de la utilidad comun y el de los deberes de familia ó de sociedad.

I. Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus cum qui gessit, directa competit actio; negotiorum autem gestori, contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est, quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit; ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerit, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia; quæ sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset, nullam habiturus esset, actionem. Sicut autem is qui utiliter gesserit negotia habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.

II. Tutores quoque, qui tutelæ iudicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur); sed quia sane

1. Así cuando alguno ha desempeñado negocios de un ausente, nacen por una y otra parte acciones llamadas *negotiorum gestorum*, accion directa para aquel cuyo negocio ha sido desempeñado contra el gerente, y accion contraria para este último. Es evidente que estas acciones no nacen realmente de ningun contrato, porque tiene lugar cuando alguno, sin mandato, se introduce en los negocios de otro; por eso aquellos cuyos negocios han sido desempeñados están obligados aun sin saberlo. Esto ha sido admitido por utilidad para que los negocios de los ausentes, obligados á partir súbitamente y á toda prisa sin haber confiado á nadie su desempeño, no quedaran en abandono, porque ninguno, sin duda, se ofrecería á cuidarlos si no tenía ninguna accion para reclamar los gastos que en ellos hubiese hecho. Pero así como el que de un modo útil ha desempeñado los negocios de otro tiene á éste por obligado, del mismo modo á su vez está obligado el primero á dar cuenta de su administracion. Esta cuenta debe entenderse hasta comprender la más exacta diligencia, porque no basta al gerente poner en la gestion de los negocios los cuidados que habitualmente pone en los suyos propios, siempre que hubiese otro más diligente que administrase mejor.

2. Los tutores obligados por la accion de tutela, no lo están verdaderamente por un contrato (porque no interviene ningun contrato entre el tutor y el pupilo); pero como cier-

non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutue sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem, sed, ex contrario, tutor cum pupillo habet contrario tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.

tamente no lo son por un delito, parecen obligados como por un contrato. En este caso hay acciones mutuas, porque el pupilo no es él solo el que tiene accion de tutela contra su tutor, pues éste á su vez tiene contra el pupilo la accion contraria de tutela, si ha hecho en los negocios de este último algunos gastos, contraido alguna obligacion ó empeñado alguna cosa.

A los dos casos expuestos en estos dos párrafos es preciso añadir el de la curatela, y se tendrán las tres especies de hechos que representan como una figura imperfecta del contrato de mandato: la gestion de negocios, la tutela y la curatela. Las obligaciones que resultan de estos hechos se hallan protegidas por acciones recíprocas entre las partes, y divididas, á ejemplo de las del mandato, en acciones directas y contrarias. Para la gestion de negocios: *negotiorum gestorum actio directa*, á la persona cuyo negocio ha sido desempeñado por un gerente; y á éste la *actio contraria*. Para la tutela, *tutelæ actio directa*, al pupilo, al fin de la tutela, y *actio contraria* al tutor. En fin, para la curatela sabemos que por falta de accion especial se habia dado por extension y por utilidad una especie de accion de gestion de negocios: *utilis negotiorum gestorum actio directa*, á aquel cuya curatela habia sido desempeñada, y *actio contraria* al curador (t. I, p. 242).

III. Item, si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur *communi dividundo* iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit; aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur proprie ex contractu obligatus; quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur.

3. Del mismo modo, si una cosa es comun entre muchos, sin que haya entre ellos sociedad, como, por ejemplo, porque les haya sido legada ó donada conjuntamente, y uno de ellos esté obligado á otro por la accion *communi dividundo*, por haber percibido él solo los frutos de una cosa, ó porque el otro hubiese hecho impensas necesarias, no se halla en realidad obligado por un contrato, pues ninguno ha habido entre ellos; pero como no está por un delito, parece estarlo por un contrato.

*Necessarias impensas.* Nuestro texto habla sólo de las impensas necesarias; pero otros muchos expresan las impensas en general,

sin distinguir si eran necesarias ó simplemente útiles (1). Sin embargo, es cierto que en otro tiempo juzgaban algunos autores que el comunista ó comunero no podía tener accion sino por las impensas necesarias. Esta opinion habia prevalecido respecto de la dote (2), y es probable que el redactor de nuestro párrafo participase de ella. Sin embargo, nada nos obliga á pensar, sobre todo en vista de los muchos textos insertos en el Digesto, que Justiniano, indicando sólo las impensas necesarias, haya querido excluir á las demás (3).

IV. Idem juris est de eo qui coheredi familiae eriscunda judicio ex his causis obligatus est.

4. Lo mismo sucede respecto del que por los mismos motivos está obligado á su coheredero por la accion familiae eriscunda.

Los dos casos indicados en los dos párrafos anteriores son aquellos que se presentan como figuras variadas del contrato de sociedad, á saber, la comunidad accidental en una propiedad *pro indiviso*, ó en una herencia. A ejemplo de la accion *pro socio*, se halla aquí expedita una sola y única accion á cada comunero: la accion *communi dividundo*, en el caso de copropiedad *pro indiviso*, y la accion *familiae eriscunda*, en el caso de coherencia. Sabemos que el objeto principal de estas acciones consiste en hacer que se verifique la particion y que cese de esta manera el estado de indivision. Que por consiguiente, llevan consigo principal y necesariamente una adjudicacion (véase t. I, p. 286 y 346 de éste). Pero el juez tenía tambien facultad para tomar en consideracion todo aquello á que pudiesen ser responsables unos á otros, los *co-proprietarios* ó los *co-herederos*, ya por los gastos de gestion en la cosa comun, ya para percepcion de frutos, deterioros, desigualdad en la particion, ó por cualquiera otra causa semejante, y pronunciar en su consecuencia su fallo. Ya hemos suficientemente indicado las diferencias que distinguen la accion *communi dividundo* de la accion *pro socio*.

Se puede añadir á estos dos casos el de la confusion de límites entre propiedades inmediatas, aunque en éste no haya *co-propie-*

(1) Dig. 10. 3. *Comm. divid.* 6. pr., y § 3. f. de Ulp.; 11. f. de Gay.; 12. f. de Ulp.; 14. § 1. f. de Paul.; 22. f. de Pomp.; 29. f. de Paul.—Dig. 17. 2. *Pro socio.* 34. f. de Gayo; y 65. § 13. f. de Paul.—Dig. 44. 7. *De obligat. et act.* 46. f. de Paul.

(2) Dig. 37. 7. *De dot. collat.* 1. § 5. Ulp.

(3) Véase á M. Schrader, *hic*; véase, sin embargo, la *Glossa Taurin.*, *hic*.

dad ni comunidad como en los dos anteriores. Sin embargo, el hecho indicado establece entre los propietarios inmediatos obligaciones recíprocas de hacer que se verifique la demarcacion de los límites, y de darse cuenta de todo aquello de que fuesen recíprocamente responsables por consecuencia de la confusion. La accion que con este objeto se atribuye á cada uno de los propietarios inmediatos es la accion *finium regundorum* (1). Tiene ésta de particular, que puede tambien contener la *adjudicacion*, si el juez cree conveniente variar los límites en ciertos parajes, salvo el que las partes se entiendan acerca de este cambio.

V. Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto, ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest); et tamen quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intelligitur.

5. El heredero se halla tambien obligado al legatario, no en virtud de un contrato, pues no puede decirse que el legatario haya hecho ningun contrato, ya con el heredero, ya con el difunto, y sin embargo, como el heredero no se halla obligado por un delito, parece estarlo como por un contrato.

Ya hemos explicado (t. I, p. 760) las obligaciones del heredero en cuanto á los legados con que se halla gravado, y las acciones atribuidas en este punto al legatario. Esta especie de obligacion *quasi ex contractu* no puede compararse á ningun contrato determinado.

VI. Item is qui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus, ut si certiore rationem sequamur, magis (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur ut distrahat potius negotium, quam contrahat, sed tamen perinde is qui accipit obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo conditione tenetur.

6. Lo mismo sucede á aquel á quien por error se le ha pagado una cosa no debida, el cual parece que es deudor como por un contrato. Es tan cierto que su obligacion no procede de un contrato, que razonando con mayor rigor, podriamos decir, como ya lo hemos dicho, que está obligado por un acto de disolucion más bien que de formacion de contrato. Porque el que da dinero en pago, lo da más bien para disolver que para formar un contrato. Sin embargo, el que lo recibe se halla obligado como si se le hubiese dado en préstamo, y por consiguiente, se halla sometido á la *condictio*.

El que paga aquello de que le consta que no es deudor, no hace un pago para quedar libre de obligacion, sino que más bien eje-

(1) Dig. 10. 1.; y Col. 3. 39 *Finium regundorum*.—Lib. 4. tit. 17. *De offic. jul.* §. 4 á 7.

cuta un acto de liberalidad. La repetición sólo se concede al que paga por error lo que cree deber y realmente no debe. Sin embargo, no se concede la *condictio indebiti* á aquel que, estando obligado en virtud del derecho natural, cumpliera su obligación, creyéndose equivocadamente obligado en virtud del derecho civil; porque si la obligación natural no basta para dar acción, basta para motivar un pago.

Por lo demás, al decir nuestro texto que el que ha recibido una suma no debida se halla obligado como si la hubiese recibido en *mutuum*, considera al que ha recibido esta suma como propietario de ella: el error no impide, pues, que haya en este caso traslación de propiedad; de tal modo que el pago hecho con error daría lugar á la *usucapion* si la cosa pagada fuese de otro, con tal que el que la hubiese recibido fuese de buena fe. — No pudiendo enajenar los locos y los pupilos, resulta de esto que un pago hecho por ellos, ya á sabiendas, ya con error, no da lugar á ninguna *condictio*, sino á la reivindicación, si las sumas pagadas existen todavía; y si no existen, entónces, y sólo entónces, há lugar para ellos á la *condictio*. Si á un loco ó á un pupilo no autorizado se ha hecho el pago de lo no debido, como no puede haberse obligado al recibir, no hay contra ellos la *condictio indebiti*, sino hasta aquello con que se hayan enriquecido en el momento de la *litis contestatio*.

Cuando el pago de lo no debido, hecho con error, tiene por objeto cosas en género, *quæ pondere, numero, mensurave constant*, siendo transferida por el pago la propiedad de ellas, y teniendo por objeto la *condictio indebiti*, lo mismo que la *condictio certi* del *mutuum*, pedir la devolución de cosas semejantes en la misma cantidad y calidad, el hecho del pago de lo no debido presenta una grande analogía con el *mutuum*, y ha podido compararse con él. Pero este caso no es el único al que se aplican los efectos de la *solutio indebiti*. En esta expresión deben considerarse como comprendidas todas las especies de prestaciones hechas con error en beneficio de otro, aunque no fuesen debidas; no sólo la dación ó entrega de cualesquiera cosas, sino también la ejecución de un hecho, la fianza de una obligación, la suscripción de un chirographo, el abandono de un derecho, el perdón de una deuda. En estos diversos casos, la *condictio indebiti* no puede tener ya por objeto hacerse restituir en propiedad cosas semejantes, en la misma cantidad y calidad, sino sólo hacer restablecer los hechos ó los dere-

chos, si es posible este restablecimiento; y si no lo es, hacerse indemnizar (1). En semejante caso es evidente que el pago de lo no debido no ofrece ya analogía con el *mutuum*; ni la *condictio indebiti* con la *condictio certi*.

VII. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definierunt veteres, ex quibus causis inficiendo lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta per damnationem cuicumque legata fuerant. Nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis præbuit, sed tantummodo in iis legatis et fideicommissis quæ sacrosanctis ecclesiis et ceteris venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorificentur, derelicta sunt. Quæ, si indebita solvantur, non repetuntur.

7. En algunos casos, sin embargo, la repetición de lo que ha sido pagado con error, sin deberse, no puede tener lugar. Así lo han decidido los antiguos para los casos en que el importe de las condenas aumenta si hay denegación: por ejemplo, por lo que fuese pedido en virtud de la ley *Aquilia* ó en virtud de un legado. Esta regla no era aplicada por los antiguos sino en caso de legados de un valor determinado, hechos *per damnationem*. Pero habiendo atribuido nuestra constitución á todos los legados y fideicomisos una misma naturaleza, ha extendido á todos esta acreción ó aumento por efecto de la denegación; con todo, no lo ha concedido á todos los legatarios, si sólo en casos de legados y fideicomisos dejados á santas iglesias y á lugares venerables, honrados por espíritu de religión ó piedad. Estos legados, aunque hayan sido indebidamente pagados, no están sujetos á repetición.

En todos los casos en que la denegación hubiese tenido por efecto, en caso de condena, hacer crecer ó aumentar el importe de estas condenas, se considera el pago como hecho ménos con error que por una especie de transacción, para evitar la eventualidad de ser condenado en el doble. Por consiguiente, no tiene lugar la *condictio indebiti*.

*Certa constituta*. Teófilo nos da por ejemplo de legados *per damnationem certa constituta*; el que se hace del modo siguiente: YO TE CONDENO, HEREDERO MIO, Á DAR Á TICIO CIENTO ESCUDOS DE ORO; y por ejemplo de un legado *per damnationem*, cuyo objeto es *incertum constitutum*, el que sigue: YO TE CONDENO, HEREDERO MIO, Á DAR Á TICIO LA SUMA QUE SE HALLA EN MI COFRE.

*Nostra autem constitutio*. La constitución de que habla Justi-

(1) Dig. 12. 2. De *condict. indeb.* 22. § 1. f. de Pomp.; 26. § 12 y 31. f. de Ulp.; 39 y 40. § 2. f. de Marcian. — Cod. 4. 5. De *condict. indeb.* 3. const. de Dioclec. y Maximiano.

niano, si es que debe contener textualmente las disposiciones que aquí menciona este emperador, no existe; pero es más probable que ha querido decir que de esta constitucion se podrian deducir las consecuencias que designa en nuestro texto: y entonces dicha constitucion se halla en su código (6. 43. *Commun. de legat.* 2.—1. 3. *De episcop.* 46. § 7).

*Ceterisque venerabilibus.* Estos lugares venerables eran los monasterios, los lugares de refugio para los extranjeros, para los pobres, para los huérfanos, para los recién nacidos y para los ancianos (1).

#### *De la prestacion de las culpas.*

Ahora que acabamos de examinar todas las obligaciones nacidas de contratos ó como de contratos, poseemos los elementos necesarios para ver hasta qué punto habian los juriconsultos romanos sistematizado en esta materia una doctrina importante que ha llamado mucho la atencion, y acerca de la cual se han publicado, principalmente en Alemania, desde el principio del siglo hasta el día, un gran número de monografías: hablo de la teoría de las culpas. Acerca de este punto no nos queda más, por decirlo así, que resumir.

El perjuicio que una persona experimenta puede proceder ó de un caso fortuito (*casus*), de una fuerza mayor (*vis major*) que el hombre no puede prever ni alejar, ó de un hecho, de una omision, que proceda de otra persona.—Ninguno, á ménos de haber convenion contraria, es responsable de los casos fortuitos ni de la fuerza mayor (2). Á aquel que tiene un derecho, ya de propiedad (ó cualquiera otro derecho real), ya de crédito, corresponde y toca sufrir los accidentes fortuitos ó de fuerza mayor que puedan afectar al objeto de su derecho, ó, como se dice, correr el riesgo (*periculum*).—En cuanto á los hechos ó á las omisiones del hombre, si éste no ha hecho más que usar de su derecho, á nadie es responsable: «*Nemo damnum facit nisi quid id fecit quod facere jus non habet*»;—«*Non videtur vim facere, qui suo jure utitur*» (3). Pero

(1) Cod. 1. 2. *De sacrosanct. eccles.* 23. const. de Justin.

(2) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 23. in fine. f. de Ulp.—Cod. 4. 24. *De pignorat. act.* 6. const. de Alejand.

(3) Dig. ibid. 151 y 155. § 1. f. de Paul.

si el hecho ó la omision son ilícitos, pueden, segun el caso, ser imputables, es decir, por su naturaleza aplicarse la responsabilidad de ellos á su autor, y producir á éste en materia civil la obligacion de reparar las consecuencias. Cualquiera que sea la analogía que tengan estos hechos con los casos de delitos ó de obligaciones nacidas como de un delito, no tenemos que ocuparnos aquí en esto; debemos exclusivamente considerarlos en los casos de contratos ó de obligaciones nacidas como de un contrato.

Los hechos ilícitos, es decir, contrarios al derecho (*injuria*), que causan perjuicio á otro y son imputables á su autor, se dividen en dolo (*dolus*) y en culpa (*culpa*). Dolo (*dolus*), cuando semejantes hechos han sido cometidos con propósito de causar daño por una persona en estado de razon y de libertad moral; culpa (*culpa*), cuando han tenido lugar sin intencion de causar daño.—El dolo así considerado se diferencia en ciertas circunstancias del que define Labeon, y tiene por objeto engañar á una persona y arrancarle su consentimiento por medio de alguna maniobra (1). Aquí se trata de todo perjuicio ilícito causado con propósito, y aunque sea sin intervencion de la persona perjudicada. Hay una medida bien característica y bien fácil de conocer: el propósito de perjudicar.—En todos los casos es cualquiera responsable de su dolo; y no es permitido convenir ántes de que por él no será uno responsable. «*Illud nulla pactione effici potest ne dolus praestetur*» (2).

La palabra culpa (*culpa*) abraza ideas diversas y es susceptible de algunas diferencias. Hay un punto comun, cual es la falta de intencion nociva.—Esto supuesto, el perjuicio que ha tenido lugar puede ser el resultado, ya de acciones, ya de omisiones perjudiciales: fuerza impulsiva en un caso, simple inaccion en otro. Mas se comprende que si el hombre se halla generalmente obligado á abstenerse de toda accion que á otro sea perjudicial, no se halla igualmente obligado á aplicar su actividad al servicio de otro, á velar por los intereses de otro, y á responder en este punto de los resultados de su inaccion. Pero contratos ó ciertas relaciones particulares pueden llegar á imponerle esta última obligacion.—Esta actividad, este cuidado del hombre con el objeto de alejar todo

(1) Dig. 4. 3. *De dolo malo.* 1. § 2. f. de Ulp.

(2) Dig. 2. 14. *De pactis.* 27. § 3. f. de Paul.—50. 17. *De regul. jur.* 23. f. de Ulp.

daño que pudiese sobrevenir, recibe de los jurisconsultos el nombre de *diligentia*: del que á ella está obligado, se dice que debe *præstare diligentiam*; y la omision ó negacion de esta actividad es la *negligentia* ó la *omissio diligentia*.— Cuando esta actividad debe aplicarse á la custodia y conservacion de una cosa corpórea, toma el nombre particular de *custodia*, llevando comunmente consigo la idea de ser responsable de los robos, extravíos y usucapiones que habria podido evitar una vigilancia más atenta, y aún á veces de los riesgos fortuitos de la conservacion de la cosa (1).

Los jurisconsultos romanos han dividido bien ostensiblemente la culpa en dos grados. — El primer grado, al cual le dan las calificaciones de *culpa lata*, *culpa latior*, *magna culpa*, culpa grave ó culpa leve, y que habia prevalecido entre ellos asimilada al dolo en cuanto á la responsabilidad de los daños y perjuicios: « *Magna culpa dolus est* » (2); de donde ha procedido la denominacion, que todavía le dan, de *culpa dolo proxima*. — El segundo caso, para el cual hallamos las diversas designaciones de *culpa* en general ú *omnis culpa*; *culpa levis*, *levior*, y en un solo pasaje *culpa levissima* (3), una pequeña ó ligera culpa.

Pero estos grados ó estos epítetos no son nada, si se nos da el término de comparacion, la unidad de medida. ¿Cuál será, pues, para apreciar la culpa, el término á que la habrémos de comparar? Para esto se presentaban dos medios: ó bien tomar un término de comparacion absoluto en los hombres considerados en general; ó bien tomar un término de comparacion relativo en el carácter habitual de la misma persona, cuyos hechos se trata de apreciar. Los jurisconsultos romanos se han valido de ambos medios. — Conforme al primero, se tomará por tipo para la culpa grave (*lata culpa*) al comun de los hombres, habrá culpa grave en casos de actos ó negligencias dañosas, que el comun de los hombres no hubiera cometido, cuyas consecuencias todos hubieran comprendido y podido evitar: « *Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt* »; así la define Ulpiano (4). Por el contrario, respecto de la culpa leve (*levis culpa*), se tomará por tipo

(1) Véase lib. 3. 23. § 3; — y lib. 4. tit. 1. § 17.

(2) Dig. 50. 16. *De verb. signif.* 226. f. de Paul. — 16. 3. *Deposit.* 32. f. Cels. — 44. 7. *De oblig.* 1. § 5. f. de Gay.

(3) Dig. 9. 2. *Ad lege Aquil.* 44. pr.

(4) Dig. 50. 16. *De verb. signif.* 213. § 2. f. de Ulp.

al padre de familia más cuidadoso y diligente (*quisque diligens, diligentissimus pater familias*). Para hallarse exento de toda culpa, será preciso haberse conducido en todo como se habria conducido semejante hombre: « *Culpa autem abest, si omnia facta sunt, que diligentissimus quisque observaturus fuisset* » (1). Es lo que los jurisconsultos romanos llaman *exacta, exactissima diligentia*: « *Talis diligentia qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet* » (2). Por lo demas, se ve suficientemente por esto que estas diversas expresiones, estos comparativos ó superlativos de epítetos: *lata, latior; levis, levior, levissima; diligens, diligentissimus; exacta, exactissima*, no son más que variaciones de estilo, y que los que de aquí han querido deducir la existencia de tres grados de culpa en el derecho romano, se hallan en un error; porque por la medida que hemos indicado, determinamos el grado; y vemos que esta medida no admite más que dos. — Conforme al segundo medio, se toma por tipo el carácter habitual de aquel cuyos actos se trata de determinar, y se dice, segun el caso, que está obligado á poner más cuidado del que habitualmente pone en sus propios negocios, ó solamente igual: « *Talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere solet* » (3). Aquí hay otra medida; pero no hay tampoco más que dos grados. Se dice en el lenguaje de la doctrina, con respecto al primer medio de apreciacion, que la culpa es considerada *in abstracto*; y respecto del segundo, que lo es *in concreto*.

Pero dada la medida de los grados de culpa, ¿segun qué principios será uno responsable en los contratos ó en las obligaciones nacidas como de un contrato, de sólo el primero ó aún del segundo grado de culpa, segun el primero ó segun el segundo medio de apreciacion? No hay en esta parte principios generales ni absolutos. Los jurisconsultos romanos han decidido, segun los casos, y conforme á diversas consideraciones, de que será posible, sin embargo, sacar algunas ideas dominantes. Así, resumiendo todos los casos de responsabilidad que hemos visto, están obligados no sólo por dolo, sino por toda culpa, es decir, por la culpa leve, graduada por los cuidados del padre de familia más diligente: 1.º, el comodatario y el depositante: porque el contrato ha tenido lugar en

(1) Dig. 19. 2. *Locat.* 25. § 7.

(2) Dig. 13. 6. *Commod.* 18. pr. f. de Gay.

(3) Dig. 2. 17. *Pro socio.* 72. f. de Gay.

un solo interes ; 2.º, tanto el que ha dado como el que ha recibido la prenda en el contrato de este nombre ; tanto el vendedor como el comprador, en el contrato de venta ; tanto el locador como el locatario en el contrato de arrendamiento ; porque este contrato interesa á una y otra parte ; 3.º, tanto el mandatario como el mandante, aunque el contrato tenga lugar comunmente en el solo interes de este último ; pero á causa de la fe religiosa de este contrato ; y 4.º, en fin, el *negotiorum gestor* : porque se introduce voluntaria y espontáneamente en negocios de otro (1).—Están obligados, por el contrario, únicamente á la culpa grave, á la culpa que no cometeria el comun de los hombres, ó que ellos mismos no cometerian, segun su carácter personal, en la gestion habitual de sus propios negocios : 1.º, el comodante y el depositario, porque en el contrato han prestado un servicio puramente gratuito, y porque respecto del depositario, el deponente tiene la culpa de haber elegido un depositario negligente ; 2.º, los socios, los comunistas ó comuneros y los coherederos en la gestion de la cosa comun, y el marido en la de los bienes dotales (2) ; porque se trata respecto de ellos, no sólo del negocio de otro, sino de su propio negocio, y tienen, por consiguiente, una causa personal para en él tomar parte : « *Hic propter suam partem causam habuit gerendi* » (3) ; disposicion bien razonable, porque compartiendo en los otros el peligro de su mala gestion, su propio interes es una garantía ; y 3.º, en fin, el tutor y el curador, porque teniendo sus atribuciones, tienen tambien una causa personal y necesaria de obrar por otro (4).

## TITULUS XXVIII.

PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ADQUIRITUR.

Despues de la exposicion de las obligaciones y de los hechos que las producen, al ménos en cuanto á los contratos y á las relaciones

(1) Á ménos que no lo hubiese hecho como estimulado por sentimientos de amistad (*affectionis coactus*), en un caso de urgente necesidad (Dig. 3. 5. *De negot. gest.* 3. § 9. f. de Ulp.). Entraria entónces en la categoría que va á seguir.

(2) Dig. 17. 2. *Pro socio.* 72. f. de Gay. — 10. 2. *Famil. ercisc.* 25. § 46. — 23. 3. *De jur. dot.* 17. pr. f. de Paul. y 24. 3. *Solut. matrim.* 24. § 5. f. de Ulp.

(3) Dig. 10. 2. *Famil. ercisc.* 25. 16. f. de Paul.

(4) Dig. 27. 3. *De tutor. et rat. distrah.* 1. pr. f. de Ulp.

análogas, pasemos á tratar de su adquisicion. Tal es la transicion de los títulos anteriores á éste. Adquirimos una obligacion, es decir, nos hacemos acreedores, adquirimos la accion necesaria para obligar al cumplimiento de dicha obligacion, no sólo por nosotros mismos, sino tambien por nuestros esclavos, por nuestros hijos de familia, por los esclavos de quienes tenemos el usufructo ó el uso, por el esclavo de otro, ó áun por el hombre libre que poseemos de buena fe como esclavo nuestro ; es decir, no sólo cuando somos nosotros los que hemos sido autores en los hechos que producen obligacion, sino tambien cuando lo son estas diversas personas.—La adquisicion de las obligaciones por medio de estas diversas personas no tiene lugar por todas de una manera absoluta. La introduccion de los diferentes peculios y la diversidad de los derechos del usufructuario, del que usa ó del poseedor de buena fe, dan origen bajo este aspecto á importantes distinciones que conviene observar. Pero la materia ya ha sido agotada por lo que de ella hemos dicho en dos capítulos anteriores (lib. 2, tít. 9, p. 460 del t. 1), y muy poco nos quedará que añadir.

Expositis generibus obligationum que ex contractu vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eas personas que in nostra potestate sunt: veluti per servos et filios nostros. Ut tamen, quod per servos quidem nobis adquiritur totum nostrum fiat; quod autem per liberos quos in potestate habemus ex obligatione fuerit adquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum proprietatis et usufructus quam nostra discretio constituit: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usufructum quidem habeat pater proprietatis autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellam nostram constitutionis divisionem.

Despues de haber expuesto las diversas especies de obligaciones que nacen de un contrato ó como de un contrato, es preciso observar que podemos adquirir una obligacion, no sólo por nosotros mismos, sino tambien por las personas que se hallan bajo nuestra potestad, como nuestros esclavos y nuestros hijos de familia. De tal modo, sin embargo, que lo que adquirimos por nuestros esclavos se hace enteramente nuestro; mientras que el beneficio de la obligacion adquirida por nuestros hijos de familia se divide á semejanza de lo que nuestra constitucion ha decretado para la propiedad y usufructo de las cosas. Así el producto que resulte de la accion será del padre en usufructo, conservándose al hijo la propiedad; siendo, por lo demas, intentada la accion conforme á la division establecida por nuestra nueva constitucion.

En cuanto á la adquisicion por el padre de las obligaciones que proceden del hijo de familia, el texto se refiere á las reglas relativas á la adquisicion de la propiedad ó del usufructo, es decir, á la

distincion de los diversos peculios (t. I, p. 460 y sig.): con la observacion de que en los casos en que el padre no debe adquirir más que el usufructo, no es la obligacion la que se divide así en mera propiedad para el uno y en usufructo para el otro, sino el producto que resulta del cumplimiento de la obligacion. En cuanto al ejercicio de la accion, se atribuye al padre por devolucion (*sic licet patre actionem movente*). Es preciso en esta materia referirse á las constituciones de Justiniano, y observar el caso en que se trata de la adquisicion de una herencia, acerca de la cual disienten el padre y el hijo de familia (1).

I. Item per liberos homines et alienos servos quos bona fide possidemus, adquiritur nobis; sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operibus suis vel ex re nostra adquirant.

II. Per eum quoque servum in quo usumfructum vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis adquiritur.

*Ex operibus suis vel ex re nostra.* Ya hemos explicado estas dos causas en cuanto á la adquisicion de la propiedad (t. I, p. 470). Si por precio del trabajo del esclavo que se tiene en usufructo (*ex operibus suis*), ó por precio de la cosa del usufructuario, vendida, alquilada ó concedida de cualquier otra manera por este esclavo (*ex re nostra*), no se hace una dacion, sino que se contrae una obligacion, esta obligacion la adquiere el usufructuario. Lo mismo sucede respecto del poseedor de buena fe con las diferencias que distinguen al uno del otro.

Pero cuando se trata de un esclavo de que sólo tenemos el uso, ¿es cierto que podamos adquirir la obligacion por estas dos causas? Si la obligacion procede *ex re nostra*, la afirmativa es cosa corriente; pero si procede del trabajo hecho por el esclavo en la cosa de otro, ¿no es como una especie de fruto, y pues que no tenemos más que el uso del esclavo, no será preciso deducir que no podremos adquirirla? Esto es lo que nos parece conforme á los principios. Gayo no habla del que tiene el uso (2), y Ulpiano expresa

(1) Cod. 6. 61. *De bonis qua liberis*. 6 y 8. const. de Justin.

(2) Gay. Com. 3. §§ 164 y 165.

terminantemente la negativa: «*Si quidem ex operis ejus, non valebit: quoniam nec locare operas ejus possumus*» (1). Nuestro texto no sólo debe, pues, entenderse en cuanto á este punto, sino con relacion al trabajo ó industria del esclavo aplicados á nuestra propia cosa.

III. *Communem servum pro dominica parte dominis acquirere certum est, excepto eo quod uni nominatim stipulando aut per traditionem accipiendo illi soli acquirit, veluti cum ita stipulatur: TITIO DOMINO MEO DARE SPONDES? Sed si unius domini jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur, tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum acquirat qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.*

3. Es cierto que el esclavo comun adquiere para sus señores proporcionalmente á su parte de propiedad, salvo el principio de que estipulando ó recibiendo por tradicion para uno solo nominalmente, adquiere sólo para éste; por ejemplo, cuando estipula así: ¿PROMETES DAR Á TICIO MI SEÑOR? Pero si el esclavo ha estipulado por orden de un solo señor, á pesar de las dudas anteriores, la cuestion desde nuestra constitucion se halla decidida en el sentido de que adquiere, como ya lo hemos dicho, para sólo aquel que le ha dado su orden.

Véase acerca de este último punto el disentiimiento que habia entre la escuela de los Sabinianos y la de los Proculeyanos: disentiimiento que nos manifiesta Gayo (2), y que Justiniano resuelve en el sentido de los Sabinianos.

#### *De la cesion de las obligaciones (3).*

Siendo la obligacion un vínculo de derecho que liga á dos personas determinadas, múdese una de ellas, y ya no tendremos el mismo vínculo ni el mismo derecho, sino una nueva obligacion. Véase por qué se hallaba reconocido en el derecho civil de los romanos el principio de que, fuera del caso de las sucesiones universales, en las cuales hay continuacion de la persona, no pueden transferirse las obligaciones del acreedor á otra persona (4). Pero desde que se admitió la posibilidad de ejercitar sus acciones y de litigar por medio de procurador, se sacó de aquí un medio indi-

(1) Dig. 7. 8. *De usu*. 14. pr. f. de Ulp.

(2) Gay. Com. 3. § 167.

(3) Dig. 18. 4. Cod. 4. 39. *De hereditate vel actione vendita*.

(4) Gay. Com. 2. §§ 38 y 39.

recto de trasladar á otro el beneficio de una obligacion : éste fué el de darle el ejercicio de ella por un mandato. Esto es lo que llaman los jurisperitos romanos *mandare actiones, actiones persequendas prestare*, ó simplemente *prestare, cedere actiones* (1). Aquel á quien se ha hecho la cesion, el cesionario, no es, pues, más que un procurador; pero los jurisperitos lo llaman *procurator in rem suam* (2), para indicar que ejercitando la accion hace un negocio propio; y debe resultarle un beneficio por ello: «*Si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur*» (3).

La cesion de las acciones se verifica por un mandato. El consentimiento del deudor de ningun modo es necesario en esto. La obligacion no varía. El acreedor queda siempre siendo acreedor y conserva el derecho de reclamar el pago, salva la necesidad en que se hallaria de restituir al cesionario todo lo que hubiese obtenido (4); sin embargo, aunque segun un principio subsiste siempre su derecho, la excepcion de dolo suministraria al deudor á quien se hubiese notificado la cesion, ó que fuese ya perseguido por el cesionario, un medio de rechazarlo (5). El deudor queda como deudor, con el mismo título y con los mismos medios de defensa. El cesionario por derecho estricto no es más que un procurador, y no puede intentar la accion sino en este concepto y ejercitando las del verdadero acreedor. Sin embargo, la jurisprudencia y las constituciones imperiales han llegado á darle las acciones como á él mismo pertenecientes, bajo la denominacion de acciones útiles (6). Su mandato era, por lo demas, de una índole absolutamente particular: no tenía por esto que dar ninguna cuenta; no podia ser revocado, y ni su muerte ni la del acreedor su mandante debian poner fin á aquél (7).

(1) Dig. 17. 1. *Mandat.* 8. § 5. f. Ulp.—46. 3. *De solut.* 76. f. Modestin.—19. 1. *De act. empt.* 31. f. Nerat.—16. 3. *Depos.* 2. f. Paul.—44. 7. *De oblig.* 7. f. Pomp. 15. 3. *De in rem vers.* 3. § 5. f. Ulp.

(2) Dig. 3. *De contract.* 30. f. Paul.—14. 4. *De minor.* 24. pr. f. Paul.—17. 1. *Mandat.* 8. § 10. f. Ulp. 44. 4. *De dol. mal.* 4. § 18. f. Ulp.—Cod. 4. 10. *De oblig.* 6. const. de Dioclec. y Maxim.

(3) Dig. 2. 14. *De pactis.* 13. f. Paul.

(4) Dig. 18. 4. *De hered. vel act. vend.* 23. § 1. f. Hermogen.

(5) Dig. 2. 14. *De pact.* 16. f. Ulp.—2. 15. *De trans.* 17. f. Papin.—Cod. 8. 42. *De novat.* 3. const. de Gordian.

(6) Dig. 2. 14. *De pac.* 16. pr. f. Ulp.—Cod. 4. 39. *De hered. vel act. vend.* 5. const. de Alajand.—7 y 8. const. de Dioclec. y Maxim.

(7) Cod. 4. 10. *De oblig.* 1. const. de Gordian.

## TITULUS XXIX.

## TÍTULO XXIX.

QUIBUS MODIS OBLIGATIO TOLLITUR. POR QUÉ MODOS SE DISUELVE LA OBLIGACION.

La misma figura de lenguaje que ha dado origen á los nombres de *obligatio* y de *contractus*, ha suministrado tambien el de *solutio* para indicar el rompimiento y disolucion del vínculo jurídico, y por consiguiente, la liberacion del deudor. Los nombres *solutio, solvere*, en su acepcion etimológica, tienen el sentido más general y se aplican á todos los hechos que ponen fin á la obligacion, y que en cierto modo desligan al deudor: «*Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam*», dice Paulo;—«*Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam, placet*», dice Ulpiano (1).

El modo regular para desligarse el deudor, aquel en cuya vista se ha formado la obligacion y que constituyese su objeto final, es el cumplimiento de lo que debe. Así, la expresion general *solutio*, tomada en un sentido más limitado, se aplica particularmente á este modo principal de liberacion. *Solutio* expresa entónces el cumplimiento, la prestacion de lo que se debe: «*Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit*» (2). Esto es lo que hoy llamamos el pago. Los romanos dicen tambien, alterando la figura, *solutio nummorum, rem ó pecuniam solvere*, para indicar el pago de la suma ó del objeto mismó que se debe (3).

Pero el pago, aunque sea el modo regular y final de liberacion, no es el único. La obligacion puede tambien disolverse por otros medios, que toman su origen del consentimiento de las partes, ó aun por diversos hechos independientes del consentimiento.—La obligacion, vínculo civil (*vinculo juris, secundum nostrae civitatis jura*), no puede disolverse sino conforme á las reglas del mismo derecho civil (*ipso jure*). Sin embargo, en cuanto á la disolucion de las obligaciones, se ha producido aquí el mismo hecho histórico que respecto de su formacion. Por una parte, los medios de extincion del derecho civil se han extendido ellos mismos con el

(1) Dig. 46. 3. *De solut.* 54. f. Paul.—50. 16. *De verb. signif.* 176. f. Ulp.

(2) Dig. 50. 16. *De verbor. signif.* 176. f. Ulp.—16. 3. *De solut.*

(3) Dig. 46. 3. *De solut.* 46. pr. 47 y 48. f. Marcian. 54. f. Paul.

tiempo : por otra, han intervenido el derecho pretoriano y la jurisprudencia ; y en los casos en que la obligacion, segun el derecho civil, continuaba subsistiendo, hallando injusto que el deudor fuese obligado á ejecutarla, diciendo de él *obligatus manet*, le han dado, con el auxilio de las excepciones (*exceptionis ope*), el medio de defenderse contra la demanda del acreedor (1). Es decir, que del mismo modo que tenemos en el derecho romano obligaciones civiles, pretorianas y naturales, así tenemos liberaciones civiles, pretorianas y de equidad natural. De aquí procede esta division que pasa entre los comentadores como regla general : « *Obligatio aut ipso jure, aut per exceptionem tollitur.* » Los modos del derecho civil sólo son modos de disolucion de la obligacion civil ; los otros no son más que medios de defensa. — La Instituta sólo trata aquí de los modos civiles, los verdaderos modos de disolucion, y comienza por el principal, cual es el pago.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur, vel si quis, consentiente creditore, aliud pro alio solverit. Nec tamen interest quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo; liberatur enim et alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore vel invito, solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. Idem, ex contrario contingit si fidejussor solverit; non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.

Toda obligacion se disuelve por el pago de la cosa debida ó de otra cosa. Y cualesquiera que sea quien pague, ya el mismo deudor, ya otro por él, poco importa; la liberacion, en efecto, tiene lugar cuando el pago se hace por un tercero, ya á sabiendas del deudor, ya ignorándolo éste, ó aun contra su voluntad. Del mismo modo pagando el deudor, todos aquellos que han intervenido por él, quedan libres. Y por el contrario, si el fideyusor paga, no sólo queda éste libre, sino tambien el deudor.

Sin duda la *æs et libra* han figurado en otro tiempo en el pago, ya realmente, como en los primitivos tiempos pesando el metal, segun vemos en el pago hecho á los galos en el Capitolio (2); ya posteriormente de un modo ficticio respecto de las obligaciones de cantidad cierta (*certa pecunia*), como tipo simbólico de aquellos antiguos tiempos en que el metal se pesaba; ya mucho más realmente y durante más largo tiempo, respecto de las obligaciones de transferir en propiedad (*dare*) cosas *mancipii*. Pero para la dacion de las cosas *nec Mancipii*, comprendidas en ellas la moneda despues de su introduccion general, para las obligaciones de hacer

(1) Gay. Com. 3. §§ 168 y 181. Com. 4. §§ 116 y 117.

(2) Trt. Liv., lib. 5.

ó no hacer, que abracen tantos casos en su generalidad, la ejecucion ó abstencion de los hechos han debido bastar para dejar libre al deudor. En tiempo de Justiniano no exigia el pago ya nada más; sólo el cumplimiento y prestacion de lo que se debe. — Pero si el deudor paga una cosa por otra (*aliud pro alio*), ¿podrá quedar libre? Debe entenderse primero que no podrá hacerlo sino de consentimiento del acreedor : « *Aliud pro alio, invicto creditore solvi non potest* » (1). Pero aun con este consentimiento, ¿quedará disuelta su obligacion? Los Proculeyanos, segun vemos en Gayo, sostenian que segun el derecho civil (*ipso jure*) no lo quedaba; que el vínculo no quedaba roto, pues lo debido no se habia pagado; por consiguiente, sólo concedian al deudor el auxilio de una excepcion. Los Sabinianos eran de opinion contraria (2), y su opinion es la que ha prevalecido; por consiguiente, el pago de una cosa por otra, con el consentimiento del acreedor, lo que se llama ordinariamente *datio in solutum*, disuelve la obligacion *ipso jure* (3).

Respecto de las personas por quienes y á quienes el pago puede hacerse, el texto nos indica suficientemente que el pago puede hacerse aun por un tercero, sabiéndolo ó ignorándolo el deudor, y aun contra su voluntad (4), con tal que este tercero pague por cuenta del deudor y á fin de dejarlo libre; porque si pagase con error, creyendo pagar una deuda suya, tendria la *condictio indebiti*, y el deudor no quedaria desligado. Sabemos por lo demas que el que hace el pago y el acreedor que lo recibe deben ser capaces de enajenar, ó en términos más generales, de hacer peor su condicion (t. I, p. 456 y sig.).

El pago hecho válidamente pone fin, no solamente á la deuda, sino tambien á todos los accesorios, obligaciones de intercesores y de adpromitentes de cualquier naturaleza que sean, derechos de prenda é hipoteca, y todas las seguridades en general (*etiam accessiones liberantur*) (5).

Despues del pago pasemos á los modos de liberacion que tienen su origen en la voluntad recíproca de las partes, y que pueden

(1) Dig. 12. 1. *De reb. cred.* 2. § 1. f. Paul.

(2) Gay. Com. 3. § 168.

(3) Cod. 8. 42. *De solut.* 16 y 17 coast. de Dioclec. y Maxim.

(4) Dig. 46. 3. *De solut.* 23. f. Pomp. 40. f. Marcian. y 53. f. Gay.

(5) Ib. 43. f. Ulp.

romper el vínculo de derecho, sin que lo debido haya sido pagado. — Sobre este punto los juriconsultos romanos habian reconocido un principio dominante, reproducido en muchos de sus fragmentos, y principalmente en estos términos por Ulpiano: « *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est*»; en los siguientes por Gayo: « *Omnia quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt*»; y en fin, por Paulo con estas palabras: « *Fe-re quibuscumque modis obligamur iisdem in contrarium actis liberamur* » (1). Así, pues, á la manera que el derecho civil romano no admitia segun principio que sólo el consentimiento de las partes bastase para formar las obligaciones, del mismo modo no admitia por regla general que fuese suficiente para disolverlas. Así como las obligaciones eran producidas: ó *per æs et libram*, en el antiguo derecho, y con posterioridad simplemente *re*; ó *verbis*, cuando de la formalidad del *æs et libra* fueron segregadas las palabras, ó *litteris*, cuando por escrito se pudo tener como realizada esta formalidad, y ligarse como si ella hubiese tenido lugar; ó en fin, *consensu*, cuando del derecho de gentes fueron aceptados cuatro contratos consensuales; del mismo modo debemos examinar si las obligaciones han podido disolverse; *per æs et libram, re, verbis, litteris* ó *consensu*, y en qué casos.

La obligación se disuelve *re* cuando se paga la cosa objeto de ella; este modo no es otra cosa más que el pago, y por consiguiente es comun á todas las obligaciones. Pero se presenta sólo para las obligaciones nacidas de los cuatro contratos reales, el *mutuum*, el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus*. Formadas estas obligaciones *re*, y debiendo por consiguiente disolverse *re*, mientras que conservan su propia naturaleza, no admiten los otros modos de liberacion consensual.

Respecto de la *æs et libra*, de las palabras (*verba*) y quizá de la escritura en los registros domésticos (*litteræ*), habian éstas servido para verificar cada una una especie de pago imaginario (*species imaginaria solutionis*) correspondiente á las obligaciones contraídas por el mismo medio, y consintiendo, en resúmen, en suponer, ya *per æs et libram*, ya por palabras (*verbis*), ya por la escritura (*litteris*), que la cosa debida habia sido pagada.

Gayo nos lo dice expresamente de la *æs et libra*, y describe así

(1) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 35. f. Ulp.; 100. f. Gay. 153. f. Paul.

la solemnidad en un texto que, aunque la fórmula haya quedado en parte ilegible, no deja de ser curioso: « *Adhibentur autem non minus quam quinque testes et librepens; deinde is qui liberatur, ita oportet loquatur: QUOD EGO TIBI TOT MILLIBUS EO NOMINE....* (quizá *de quo agitur nexum sum, id tibi hoc*) ASSE SOLVO LIBROQUE HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA: HANC TIBI LIBRAM POSTRE-MAM.... (quizá *porrigo*) DE LEGE ET JURE..... (quizá *liberatus*). Deinde asse percutit libram, eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa » (1).

Este modo era el que debía emplearse para la remision de las obligaciones contraídas *per æs et libram* (*quod per æs et libram gestum est*); para la de los legados que constituyen obligación, es decir, los legados *per damnationem* (*quod per damnationem relic-tum est*); porque era ésta una obligación formada *per æs et libram*, pues el mismo testamento se hacía por medio de esta solemnidad; y en fin, para la remision de lo que se debía por sentencia judicial (*quod ex judicati causa debetur*) (2). Esta última deuda no entra en la clase de las obligaciones formadas *per æs et libram*, y puede investigarse por qué se habia á ésta aplicado el pago imaginario *per æs et libram*. Sin duda, habiendo sido admitida la posibilidad de una remision de semejante obligación, la solemnidad del pago simulado *per æs et libram* en presencia de cinco testigos y del que llevaba el peso, era la única que correspondia de un modo conveniente á la solemnidad y publicidad de la accion y de la sentencia judicial (3).—Ya Ciceron nos habia dado á conocer, precisamente en materia de obligaciones de legados, este modo antiguo de liberacion, que el manuscrito de Gayo ha venido á ilustrar más (4).—Por lo demas, la forma misma de este pago simu-

(1) Gay. Com. 3. § 174.

(2) Gay. Com. 3. §§ 173 y 175.

(3) El principio de que la condena era siempre pecuniaria; el de que la primera obligación habia sido innovada ó alterada desde luego por la *litis contestatio*, en que los ciudadanos en los primitivos tiempos eran tenidos por testigos, *i testes estote!* y el de que habia tenido lugar una segunda innovacion por la sentencia pronunciada tambien por el juez públicamente en presencia de los ciudadanos, ¿ todos estos principios no sirven para explicar por qué el pago imaginario debía hacerse tambien en presencia de cinco testigos, correspondiendo al carácter del JUDEX el carácter semipúblico y semiprivado del *libripens*? Estas palabras de la fórmula, DE LEGE ET JURE *liberatus*, ¿ no valen tambien alguna cosa?

(4) CICERON, *De legibus*, lib. 2, § 20, hablando del alambicamiento y sutilezas de los juriconsultos, en cuanto concierne á la obligación con sacrificios, nos presenta un legatario, á quien el tanto de su legado impusiese estos sacrificios, aliviándose de este peso y haciendo *per æs et libram* remision del legado al heredero testamentario; de tal modo que este legado se considera como no hecho: « *Quim etiam cavent, ut cui plus legatum sit quam sine religione liceat, per æs et libram*