

GAYO 2.216-223 SOBRE EL «LEGATUM PER PRAECEPTIONEM»

SUMARIO: I. PROBLEMÁTICA. 1. Gayo 2.191 sobre los cuatro tipos de legado. 2. La doctrina romanística sobre el legado p. p.: tesis de Bernstein y Ferrini. 3. Posición de Biondi y tesis tradicional. 4. Problemas que plantea el legado.—II. ESTRUCTURA DEL LEGADO. 5. Gayo 2.216-223. Observaciones previas. 6. Fórmula de disposición: *praecipere* y *capere*. 7. Beneficiario: legado a favor de heredero o a favor de extraño. 8. Acción: *actio familiae erciscundae* o *rei vindicatio*. 9. Cosas del testador, cosas ajenas: cosas mancipadas *fiducia causa*, *nummi qui domi non essent*, créditos.—III. EFECTOS DEL LEGADO. 10. Efectos del legado y diferencias con el legado vindicatorio. 11. Legado a favor de dos o más legatarios. El derecho de acrecer. 12. Conclusiones sobre el origen, naturaleza y efectos del legado. Probable evolución histórica.

I

1. Gayo comienza en sus Instituciones la exposición de los legados haciendo referencia a cuatro tipos o clases:

2.191: *Legatorum itaque genera sunt quattuor: aut enim per vindicationem legamus aut per damnationem aut sinendi modo aut per praeceptionem*

De estos cuatro *genera legatorum*, puede considerarse como principales el *legatum per vindicationem* y el *legatum per damnationem*, y en ellos se centra la teoría romana de los legados: legado con efectos reales y legado con efectos obligatorios. Pero junto a estos fundamentales tipos, el jurista menciona otros dos: el legado *sinendi modo* y el legado *per praeceptionem*, que han venido planteando numerosas dudas e interrogantes a la doctrina. Al legado *sinendi modo* hemos dedicado un estudio¹, en el que concluimos

1. Vid. GARCÍA GARRIDO, *La concepción clásica del l. s. m. y su probable estructura originaria*, en *AHDE* 29 (1959), p. 575 ss., y en italiano en *Studi in onore di Betti*, III.

que este legado serviría a la finalidad particular de imponer al heredero el respeto de una situación de precario a favor del legatario. Para completar el estudio de estas dos especiales figuras de legado queremos ahora tratar del legado *per praeceptionem*, partiendo de la exposición gayana. Nos proponemos indagar la especial naturaleza y función histórica de estos dos tipos de legado frente a las dos figuras principales.

2. La doctrina romanística se ha venido ocupando del legado *per praeceptionem* (l. p. p.) en relación con la teoría del prelegado e, incluso, lo ha considerado como la forma típica de prelegado². Un estudio detenido del legado preceptorio fué realizado en 1894 por Bernstein, que intentó demostrar la autonomía y características propias de este legado y distinguirlo del prelegado³. Según este autor, originariamente en el l. p. p., o legado de preferencia, una *res hereditaria* se separaría del patrimonio hereditario y se sustraería a la división para asignarla anticipadamente a un heredero que el testador quería beneficiar. En una primera fase no se aplicarían, por tanto, los principios propios del prelegado a favor de uno o varios herederos⁴. Sólo en una etapa posterior estos efectos

2. Vid. BUCHHOLZ, *Die Lehre vom den Prälegaten* (Jena, 1850); FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano* (Milano, 1889), p. 184 ss.; SCUTO, *La teoria del prelegato nel diritto romano* (Palermo, 1909), con referencias a toda la antigua bibliografía; BONFANTE, *Corso di diritto romano. Le Successioni. Parte Generale* (Città di Castello, 1930), p. 401 ss.; BESELER, *Zur Lehre vom Prälegat*, en *ZSS* 49 (1929), 115 ss.; V. LÜBTOW, *Zur Lehre vom Prälegat*, en *ZSS* 81 (1951), 511 ss.; BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni* 2 (Milano, 1955), p. 465 ss.

3. BERNSTEIN, *Zur Lehre vom römischen Voraus (legatum per praeceptionem)*, en *ZSS* 15 (1894), *Separata*, p. 1-122.

4. Para BERNSTEIN, op. cit., p. 82, tienen igual significado y pueden considerarse como sinónimas las expresiones *praecipere*, *praeceptio* y *praelegare*. Originariamente la disposición del testador de *praecipere* a favor de un heredero no se habría considerado como verdadero y propio legado sino como disposición relativa a la distribución de los bienes hereditarios entre los coherederos. En esta explicación sobre la *praeceptio*, BERNSTEIN sigue la opinión tradicional que inició CUYACIO. Según BERNSTEIN, la extensión subjetiva y objetiva de tales *praeceptiones* había llegado a considerarlas como formas de legados y esto explicaría la extensión a los extraños y la concesión de acciones procedentes de los legados (op. cit., p. 115 ss.). Independiente-

de separación de la cosa legada del patrimonio hereditario se producirían no ya por la típica fórmula del l. p. p., sino por cualquier otra que reflejase claramente la voluntad del testador manifestada en los otros tipos de legado o en el fideicomiso⁵. Contra esta tesis, Ferrini adujo importantes argumentos defendiendo las conclusiones de la teoría tradicional que encuadraba el l. p. p. en el prelegado⁶. En la concepción de Ferrini del prelegado, fundada en la prevalencia del título universal de heredero sobre el particular de legatario⁷, el l. p. p. se considera como la forma típica de prelegado.

mente a ésta, se desarrollaría la figura que hoy se denomina prelegado, que consiste, como todos los otros legados, en una *delibatio hereditatis*, cuyas reglas especiales no son más que una aplicación de las ordinarias normas de los legados al supuesto de un coheredero legatario (op. cit., p. 121).

5. BERNSTEIN, op. cit., p. 115 ss., afirma que la admisión de otras fórmulas equivalentes a la del l. p. p. sería consecuencia de la doctrina proculeyana que había comenzado por no considerar necesaria la relación entre el originario l. p. p. y la concesión de un *praecipuum* al coheredero. Como resultado de esta nueva y más amplia concepción, y una vez que la atención de los juristas se dirigía más a la voluntad del testador que a la naturaleza del tipo elegido, el uso de la fórmula p. p. no se consideraría bastante para atribuir un *praecipuum* al legatario y podía servir para atribuirle lo que actualmente se denomina un prelegado.

6. FERRINI, *Contributi alla dottrina del prelegato*, en *Opere* IV (Milano, 1930), p. 237 ss. Según este autor, la expresión *praecipere* tiene un sentido más extenso que el pretendido por BERNSTEIN y se refiere no a la naturaleza de la adquisición, sino al fin empírico y al carácter económico del "tomar con preferencia". También el término *praelegare* es muy amplio y tiene en los textos un doble sentido: legar a uno de los herederos con preferencia a los otros y con disminución del legado proporcional a la cuota hereditaria o dejar por legado una cosa ya perteneciente al legatario por alguna razón jurídica o moral. FERRINI afirma (p. 247) que si hubiese sido posible separar una cosa particular del complejo patrimonial hereditario, hasta el punto de sustraerlo a la sucesión universal este efecto lo habría producido el legado ordinario de propiedad.

7. Cfr. FERRINI, *Teoría generale dei legati* cit., p. 204. Según BONFANTE, *Le successioni* cit., p. 409, la teoría que considera la herencia como sucesión de título prevalente al legado, seguida por Arndts, Kuntze y Ferrini, se debe a Valle y Averani, dos juristas italianos. Para BIONDI, *Successione testamentaria* cit., p. 468 s., en el prelegado no se da un conflicto entre herencia y legado, sino entre sujeto activo y pasivo con respecto a la misma relación; todo consiste en la imposibilidad de una relación consigo mismo que es un axioma jurídico que no tiene necesidad de demostración.

que surge en época ya avanzada, como lo probarían las disputas acerca de su naturaleza que existían todavía en los primeros siglos del Imperio⁸. Esta tesis, sin embargo, no explica satisfactoriamente la función histórica del legado preceptorio que se ha venido tradicionalmente considerando en el ámbito general del prelegado. Ante todo, no puede justificarse la autonomía de este legado si se sostiene con esta teoría que el l. p. p. surge en una época en que podía disponerse un prelegado usando las otras formas de legado y en la que ninguna finalidad especial podía tener. De otra parte, los numerosos problemas que plantea el legado preceptorio vienen a ponerse en relación con la confusa teoría del prelegado⁹ en la que carecemos de unas conclusiones claras y precisas. El desordenado cuadro que en esta materia nos presentan los textos debe reflejar, sin duda, el resultado de una larga y compleja evolución histórica, cuya individualización es del mayor interés para el estudioso.

3. La tradicional teoría del prelegado es acogida con algunas variantes y precisiones por Biondi¹⁰. Según este autor, la *praeceptio*, que no surge como legado, tenía la función propia e incon-

8. FERRINI, *Teoria generale dei legati* cit., p. 22 ss. y 189 s., sigue en esta opinión sobre el origen del l. p. p. a VOIGT, *Die XII Tafeln I* (Leipzig, 1883), p. 231 s., n. 32. Según VOIGT, la disposición particular a favor de un coheredero y a cargo de toda la masa hereditaria no se presentaba originariamente bajo el concepto de legado, sino bajo el de partición de herencia. Más tarde, ya hacia principios del Imperio, cuando los conceptos jurídicos fueron mejor elaborados, se comenzó a ver en la *praeceptio* la figura de un legado al igual que la *divisio inter liberos* se transformó poco a poco por efecto de la doctrina de los fideicomisos. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano* (Roma, 1920), p. 148 n. 1, afirma que esta opinión de VOIGT, seguida también por CUQ y BAVIERA, se basa en un malentendido: el creer que hasta que la disposición no se puede hacer valer en el juicio divisorio no se llega al legado, mientras que el legado es cualquier atribución patrimonial a cargo de la herencia.

9. La teoría romana del prelegado ha sido objeto de las más duras críticas, hasta el punto de que fué considerada por KÖBLER como un deshonor para el derecho romano. Vid. referencias a estas críticas en BONFANTE, *Le Successioni* cit., p. 410 s., y V LÜBTOW, op. cit., p. 511 s., n. 6.

10. BIONDI, *Diritto creditario romano, Parte generale* (Milano, 1954), p. 449 ss., y *Successione testamentaria* cit., p. 222 ss., 276 ss. y 465 ss.

fundible de permitir al testador la asignación de cosas concretas a los herederos. De la antigua *praeceptio* deriva el *praelegare* y el l. p. p., que no es otra cosa que el prelegado¹¹. La *praeceptio* se presenta como la apropiación preferente que el coheredero estaba autorizado a hacer de la cosa legada en el acto de la división. Originariamente, cuando rige plenamente la *vindicatio* como acto constitutivo de dominio, la apropiación autoritaria por parte del heredero era lícita porque se fundaba sobre la *praeceptio*, es decir, sobre la voluntad del disponente; en una segunda fase, la *praeceptio* no es ya autoritaria ni supone apropiación preferente y se hace valer con la acción divisoria, atribuyéndose la cosa legada al coheredero designado mediante la *adiudicatio* como cualquier otra cosa hereditaria¹². El l. p. p., que surge como prelegado, tuvo la función de hacer una atribución a título particular al heredero¹³, pero cuando se admitió que pudiera hacerse a otras personas pierde este carácter para ser absorbido por el legado *per vindicationem*¹⁴. En esta nueva fase, la *praeceptio* se distingue del prelegado, ya que este último podía ser atribuido mediante otros tipos de legado¹⁵.

11. Cfr. BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., p. 465

12. Cfr. BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., p. 222.

13. BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., p. 276, reconoce la dificultad de admitir este tipo de legado. Afirma, en efecto, que si podía tener por objeto sólo cosas corporales del testador, no puede suponerse que, queriendo el disponente dejar una cosa propia al heredero, fuese inaplicable la fórmula *per vindicationem* hasta el punto de escoger un tipo diverso de legado; si se sostiene que el l. p. p. había precedido al vindicatorio existe siempre el misterio de cómo se ha mantenido como *genus legandi* en tan largo período.

14. Cfr. BIONDI, *Successione testamentaria*, p. 277. Con respecto a la diferencia entre l. p. v y l. p. p., Biondi señala que los dos legados tenían estructura y régimen diverso y entre ellos no existe derivación histórica. De otra parte, afirma (p. 279) que el l. p. p. tiene los mismos efectos del l. p. v., ya que supone siempre adquisición de propiedad y puede tener por objeto sólo cosas del testador, pero mientras p. v. la propiedad se adquiere directamente, p. p. se adquiere mediante *adiudicatio*.

15. BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., p. 466 s., afirma que mientras la *praeceptio* conserva su característica función de permitir la asignación de cosas particulares a los herederos y se hace valer siempre en la acción divisoria, el prelegado, en cambio, supone atribución en cualquier forma o tipo, a título particular, a favor del heredero *extra partem hereditatis* y de las formas utilizadas nacen las correspondientes acciones que el coheredero-legatario no puede ciertamente ejercitar contra sí mismo.

La exposición de Biondi no da tampoco una explicación convincente de la autonomía del l. p. p. ni de sus diferencias con el legado. Si *praecipere* y *capere* originariamente daban lugar al mismo efecto de permitir la apropiación autoritaria no se comprende cómo estas dos fórmulas hayan tenido efectos distintos en los dos legados y hayan dado lugar, sobre todo, a una diferente tutela procesal¹⁶. De otra parte, la tesis tradicional sobre el origen reciente de este legado se basa sobre algunos preconceptos sin fundamento —como veremos al tratar de las distintas cuestiones que suscita—, y no faltan autores que reconocen la remota antigüedad de este legado¹⁷.

4. De esta exposición somera del estado actual de la doctrina romanística en torno al tema que nos ocupa puede deducirse la ausencia de conclusiones y datos precisos sobre el legado preceptorio, que continúa siendo un misterioso tipo de legado. La problemática que se plantea abarca tanto la naturaleza, función y autonomía de este legado frente a los otros tipos como su objeto y efectos. En el estudio del l. p. p. debe partirse necesariamente de la exposición de Gayo, que ofrece importantes datos sobre la historia de este legado, procurando penetrar en las cuestiones que suscita con toda la profundidad que nos permitan nuestros conocimientos históricos¹⁸. Este es el propósito que nos anima al acometer esta espinosa labor de investigación.

16. GROSSO, *I legati* I (Torino, 1953), p. 97, n. 2, objeta acertadamente a Biondi que tal origen habría determinado un resultado jurídico distinto del recurso al *officium iudicis*. De otra parte, Grosso observa que la conjetura de que la *praecipio* haya sido originariamente el medio de distribuir los bienes entre los herederos instituidos, con imputación a la cuota, y de que sólo sucesivamente se admitiera la asignación con independencia de la cuota hereditaria, es difícilmente controlable y supondría un proceso histórico de inversión, en cuanto la *praecipio* se presenta caracterizada por el *praecipuum sumere* que se da *extra portionem hereditatis*.

17. Así COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legati*, cit., p. 105 ss., y KASER, *Das römische Privatrecht* I (München, 1955), p. 98.

18. Los cursos y manuales de Derecho Romano se limitan al exponer el l. p. p. a recoger las referencias de Gayo sobre la disputa doctrinal, sin dar una explicación suficiente de su razón de existir. Es imprescindible, pues, un estudio sobre este legado que contribuya a aclarar, en la medida de lo

II

5. En su exposición de los legados, Gayo trata en último lugar del legado *per praeceptionem*:

2.216: *Per praeceptionem hoc modo legamus L.TITIUS HOMINEM STICHUM PRAECIPITO.*

217: *Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei aliqua ex parte heres scriptus esset; praecipere enim esse praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres scriptus esset. quò is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit.*

218: *Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum; adeo ut Sabinus existimaverit ne quidem ex senatus consulto Neroniano posse convallescere: nam eo, inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valent, non quae propter ipsam personam legatari non deberentur. Sed Iuliano et Sexto placuit etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum: nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut iure civile inutile sit legatum, inde manifestum esse quod eidem aliis verbis recte legatur, veluti per vindicationem, per damnationem, sinendi modo; tunc autem vitio personae legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamenti factio non sit; quo plane casu senatusconsulto locus non est.*

219: *Item nostri praeceptores quod ita legatum est nulla alia ratione putant posse consequi eum cui ita fuerit legatum quam iudicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est dividunda, accipi solet; officio enim iudicis id contineri, ut ei quod per praeceptionem legatum est adiudicetur.*

220: *Unde intellegimus nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit; nulla enim alia res quam hereditaria deducitur in hoc iudicium. Itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, iure quidem civili inutile erit legatum; sed ex senatusconsulto confirmabitur. Aliquo tamen casu etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur; veluti si quis eam rem legaverit, quam creditori fiduciae causa mancipio*

posible, los extremos dudosos, como recientemente se ha hecho con el legado *sinendi modo*, que no planteaba menos interrogantes.

dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is cui legatum sit.

221: *Sed diversae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse proinde ac si ita scribatur TITUS HOMINEM STICHUM CAPITO, supervacuo adiecta PRAE syllaba; ideoque per vindicationem eam rem legatam videri. Quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse.*

222: *Secundum hanc igitur opinionem si ea res ex iure Quiritium defuncti fuerit, potest a legatario vindicare, sive is unus ex heredibus sit sive extraneus; quodsi in boni tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatusconsulto utile erit legatum, heredi vero familiae eriscundae iudicis officio praestabitur; quodsi nullo iure fuerit testatoris, tam heredi quam extraneo ex senatusconsulto utile erit.*

223: *Sive tamen heredibus secundum nostrorum opinionem, sive etiam extraneis secundum illorum opinionem, duobus pluribusve eadem res coniunctim aut disiunctim legata fuerit, singuli partes habere debent.*

Antes de entrar en el examen particularizado de cada una de las cuestiones suscitadas, debemos hacer unas observaciones generales. Ante todo, Gayo considera al mismo nivel los cuatro tipos de legado¹⁹ y sigue en la exposición de cada uno de ellos un cierto orden: primero trata de la fórmula, después del objeto y efectos del legado y, por último, del legado a favor de varios legatarios²⁰. Refiere, tratando de estas cuestiones, las controversias doctrinales

19. En la ordenación de las instituciones se dedican ocho párrafos a cada uno de los legados vindicatorio, damnatorio y preceptorio y sólo siete al legado *sinendi modo*. La exposición a la que dedica mayor extensión es la del l. p. v., seguida de la del l. p. p., l. p. d. y l. s. m., por este orden.

20. En los cuatro tipos de legado, Gayo examina la fórmula de disposición (2.193, 201, 209, 216); el objeto (196, 202-3, 210-212, 220 y 222); la acción (194, 204, 213, 219) y el legado a favor de varios legatarios (199, 206, 208, 215, 223). En el l. p. v. pasa después de la fórmula a tratar de los efectos del legado en relación con el tiempo en que se entiende adquirida la propiedad (194-5) y a continuación (200) a tratar del legado bajo condición; en el l. p. p. trata, después de la fórmula, del beneficiario del legado (217-8), y en el l. p. d. y l. s. m. trata paralelamente de los efectos (204, 214) después del objeto. De la convalidación del legado nulo *ex SC Neroniano* trata en el l. p. v. (197-8), en el l. s. m. (212) y en el l. p. p. (208).

sobre cada tipo de legado. La exposición del jurista tiene, como toda su obra, una finalidad primordialmente didáctica.

De otra parte, es necesario tener en cuenta las concepciones sobre los legados que imperan en la época en que Gayo escribe su obra. Es bien sabido que a partir del siglo I la jurisprudencia reduce los tipos de legado a los dos principales, vindicatorio y damnatorio, y que existe una tendencia cada vez más marcada a fundir todos los tipos en uno sólo por el difundido uso de utilizar conjuntamente las varias fórmulas de disposición y, especialmente, por la convalidación de legados nulos que opera el SC. Neroniano²¹. Estas concepciones se reflejan en la exposición gayana que presenta la fase final de decadencia y desaparición de los distintos tipos y las controversias doctrinales sobre su autonomía y diferenciación. Esta particular orientación del jurista es deducible, sobre todo, de sus referencias al legado *sinendi modo*, que considera en estrecha vinculación con el legado damnatorio, dotado de la común *actio ex testamento* y prácticamente con los mismos efectos²². También de la exposición de Gayo del l. p. p. puede deducirse este especial interés del jurista en resaltar los caracteres y especialidades de este legado cuando ya carecía prácticamente de una finalidad especial llevado quizá por una excesiva fidelidad a los maestros de su escuela.

6. Gayo comienza a tratar del l. p. p. mencionando la fórmula de disposición: LUCIUS TITIUS HOMINEM STICHUM PRAECIPITO, que también se encuentra, con referencia a otros objetos del legado, en Gayo, D.35.1.17.23: *fundum Titius filius meus praecipito* y en Ep. Ulpiani 24.6: *L. Titius illam rem praecipito*²³. El uso de *praecipito* parece ser, pues, la característica formal de este tipo de legado.

Sobre el significado de *praecipere*, Gayo nos informa de las dos distintas soluciones propuestas por las escuelas de sabinianos y proculeyanos. Para los sabinianos, *praecipere* era *praecipuum su-*

21. Vid. BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., p. 278 ss.

22. Vid. GARCÍA GARRIDO, *La concepción clásica del legado sinendi modo*, cit., p. 576 ss.

23. También en Scaevola, D. 31.88.1: *e medio praecipito*; id. D. 31.88.2: *praecipitote omne*; Pomponio, D. 10.2.42: *quod mihi debet, praecipito*.

mere (Gayo, 2.217), es decir, elección de preferencia, mientras que para los proculeyanos *praecipere* equivalía a *capere* y debía considerarse superflua la sílaba *prae* (Gayo, 2.221). El primer significado debió ser el originario y propio del legado, debiendo estimarse el segundo como un significado acomodaticio patrocinado por los proculeyanos para asimilar el l. p. p. al l. p. v. En los textos jurisprudenciales, en efecto, *praecipere* y *praecipuum* tienen un sentido general y se refieren siempre a la preferencia que se da a alguna persona para tomar posesión de una determinada cosa. Así, se encuentran usadas estas expresiones, en textos referentes a la *communio*²⁴ y a la *societas*²⁵, para referirse a cosas que una persona debe hacer suyas con preferencia en el juicio divisorio por un particular derecho que le compete. Basándose en este sentido, Bernstein observó que en derecho hereditario *praecipere*, en contraposición a *conferendum*, equivale a *non conferre* e indica que una determinada cosa viene asignada a una persona en modo particular separándola del complejo patrimonial²⁶. Ferrini objetó que si *praecipere* hace referencia al hecho de que a alguno se reserva la preferencia para el *capere* de algo, no se refiere al modo con el que se afirma esta preferencia o el *capere* se realiza²⁷. Si nos limitamos al sentido de las expresiones usadas por Gayo, no cabe duda que *praecipere* significa elección de preferencia y que esa elección se efectúa previamente a la división hereditaria a la que la cosa legada se sustrae.

La fórmula de disposición *praecipito* se suele encontrar en los textos en combinación con otras fórmulas típicas del legado vindicatorio como *sumito* y *sibi habeto*²⁸. Estas repeticiones responden al difundido uso de los testadores de mencionar las distintas fórmulas de legado a efectos de asegurar su validez o a incluir una general *confirmatio per damnationem* como resulta de los testamen-

24. Gayo, D. 41.1.45.

25. Gayo, D. 17.2.66; Paulo, D. 17.2.65.16.

26. Vid. BERNSTEIN, op. cit., p. 5 ss.

27. Cfr. FERRINI, *Contributi alla dottrina del prelegato*, cit., p. 241.

28. Scaevola, D. 33.7.27.3: *praecipito tibi que habeto fundum mecum Titianum*; id., D. 33.8.26: *e medio praecipito sumito tibi que habeto*; id., D.31.88 pr. *id sibi praecipiat sumat habeat*; Paulo, D. 32.92 pr. *Maecia e medio sumito praecipito sibi que habeto*; Papiniano, D. 31-77-19 *filia mea praecipiat sibi que habeat*.

tos que nos han llegado²⁹. El uso de estas cláusulas y la convalidación que opera el SC. Neroniano traen como consecuencia el que se usasen indistintamente las fórmulas para lograr los efectos propios de un determinado tipo, y así se usan para el l. p. p. cláusulas propias del legado vindicatorio como *e medio sumito, sibi habere iubeo e inquietari nolo*³⁰.

Desde que esta tendencia a la fusión de los distintos tipos de legado se generaliza, sobre todo a partir del SC. Neroniano, la cláusula *praecipito* no podía tener carácter esencial para lograr los efectos del l. p. p. que podía adoptar la forma del legado vindicatorio según la doctrina proculeyana que prevaleció. La significación de *praecipitio* como *praecipuum sumere* que dan los sabinianos debe considerarse como la tradicional y la que refleja la originaria naturaleza y estructura del l. p. p. En este sentido, la noticia de Gayo permite deducir importantes consecuencias para la historia del legado.

7. Después de la fórmula de disposición, Gayo trata del beneficiario del legado. El jurista afirma (2.217) que, según los maestros de su escuela, sólo puede legarse mediante esta forma en beneficio del que ya es heredero de una parte de la herencia porque precepción es elección de preferencia que sólo puede darse en el heredero, que se queda con la porción legada con independencia de la heredada³¹.

29. Vid. *Testamentum P. Dasumii, Test. C. Longini Castoris y Test. A. Hermogenis*. ARANGIO RUIZ, *Negotia*, p. 132 ss., 149 y 155.

30. Según BERNSTEIN, op. cit., pág. 44 ss., estas fórmulas son propias también del l. p. p., pero creemos con FERRINI, *Contributi*, cit. p. 254, que éstas son fórmulas reconocidas para el l. p. v. que tienen una eficacia bien determinada que no puede restringirse ni cambiarse. La expresión *hoc amplius*, que también incluye Bernstein en el ámbito del l. p. p., según Ferrini se usa en los testamentos romanos para indicar el conjunto de las disposiciones e impedir la errónea opinión de que se trata de traslación o *ademptio*. No cabe duda que, como Bernstein reconoce (p. 120), toda esta materia ha sido objeto de una profunda transformación cuando las distintas fórmulas utilizadas no responden ya a los efectos que primitivamente suponía la distinción y autonomía de los varios tipos de legado. El mismo término *praecipitio* se usa entonces en el significado genérico de que el beneficiario es al mismo tiempo heredero.

31. La exposición de Gayo parece excluir la posibilidad de admitir un l. p. p. a favor del heredero *ex assc.* que BERNSTEIN, op. cit., p. 30 s., con-

Gayo, que continúa su exposición afirmando que el l. p. p. no tiene efectos cuando se hace a favor de un extraño (2.218), pasa después a referirse a las distintas opiniones existentes sobre la convalidación del l. p. p. a favor de extraños. Sabino opinaba que ni siquiera en virtud del SC. el legado podía convalidarse "porque el Senadoconsulto confirma únicamente los que son inválidos civilmente por defecto en los términos, no los que surten efectos por la especial condición del legatario". Juliano y Africano opinaban, por el contrario, que incluso en este caso el Senadoconsulto convalidaba el legado porque la invalidez civil derivaba evidentemente de los términos utilizados, ya que la misma persona podía beneficiarse del legado si se hubiesen empleado los términos del l. p. v., p. d. ó s. m., según los casos. Para estos juristas, sólo es inválido un legado *vitio personae* cuando se lega a alguien que, por falta de capacidad testamentaria, no puede recibir por legado, como es el caso del *peregrinus*. Más adelante (2.220), Gayo recoge la opinión de la escuela proculeyana, según la cual se podía legar por precepción incluso a un extraño, considerándose que se había legado por vindicación, y esta opinión fué confirmada por una constitución de Adriano ³².

El primer problema que plantea la explicación gayana es el referente al alcance que debe atribuirse a esta controversia doctrinal. Los autores, a partir de Voigt, han venido sosteniendo que la disputa versaba sobre la naturaleza del legado, y ello probaría su origen

sidera una disposición no contraria a los principios del legado, pero sin finalidad alguna, por lo que no aparece en las fuentes. Contra esta opinión, vid. FERRINI, *Contributi*, cit., p. 252 s., que observa que una disposición semejante no habría sido inútil, pues podría haber servido para sustraer ciertos bienes a las pretensiones de los legatarios y fideicomisarios y para el cómputo de la cuarta Falcidia.

³². BIONDI, *Successione testamentaria*, cit. p. 272, n. 2, afirma que la referencia de Gayo (*dicitur*) hace pensar que la confirmación de la doctrina de los proculeyanos no fuese taxativamente dispuesta por la constitución de Adriano, sino más bien que de ella se deducía por vía de interpretación, pues no puede pensarse que el jurista tuviera dudas sobre su existencia. Esta explicación, sin embargo, no convence, ya que es difícil admitir una confirmación a una opinión jurisprudencial por vía de interpretación de una disposición imperial que, si bien con carácter dudoso, el jurista afirma ratificó la opinión proculeyana.

reciente³³. Sin embargo, esta opinión nos parece infundada. La controversia debió de versar sobre la convalidación del legado por precepción nulo, como claramente se desprende de la exposición de Gayo³⁴. El jurista, en efecto, comienza con la afirmación precisa: *si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum*, y pasa después a tratar de la posibilidad de convalidación *ex Senatusconsulto*. De otra parte, tampoco la consecuencia que pretende deducirse de la disputa acerca del origen reciente del legado puede estimarse fundada, ya que sería extraño que se diese vida a un legado que según la opinión prevalente se identificaba con el vindicatorio. Por tanto, a la controversia doctrinal que refiere Gayo debe darse el valor que efectivamente tiene, centrándola en la convalidación del legado nulo. Estas noticias, como toda la exposición gayana en general, se refieren más a la fase de desaparición del legado que a la de su nacimiento.

Con respecto a la disputa referida, Gayo nos da noticias de tres distintas posiciones: una posición extrema es la de Sabino, que rechaza la posibilidad de convalidación *ex Neroniano* por estimar que el l. p. p. a favor de un extraño es inválido no *vitio verborum* —que es el presupuesto de aplicación del Senadoconsulto—, sino porque no puede tener efecto *propter ipsam personam legatarii*, siendo esencial que el legado sea hecho a favor del que *aliqua ex parte heres institutus est*. Una segunda posición asumen los sabinianos Juliano y Africano, para quienes el senadoconsulto convalida el legado, argumentando que en este caso la invalidez civil deriva evidentemente *ex verbis* porque el legatario hubiera podido beneficiarse del legado si hubiera empleado la forma adecuada; para ellos, sólo es inválido un legado *vitio personae* cuando se carece de la *testamenti factio* o capacidad para recibir el legado. Entre estas dos posiciones, afirmativa y negativa, sobre la cuestión propuesta existe una importante diferencia: Sabino contrapone invalidez *vitio*

33. Vid. supra n. 8. También Grosso, *I legati*, cit., p. 94, y BIONDI, *Successione testamentaria*, p. 465 ss. A favor de la antigüedad del legado se pronuncian Coli y Kaser. Vid. supra, n. 8 y 17.

34. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹², p. 567, afirma que la cuestión suscitada entre sabinianos y proculeyanos tenía sólo por objeto establecer si por respeto a la voluntad del testador el l. p. p. se podía considerar válido como l. p. v.

verborum a ineficacia por idoneidad del beneficiario, mientras que Juliano y Africano contraponen invalidez *vicio verborum* a invalidez *vicio personae*³⁵. Es evidente que el motivo de la idoneidad del beneficiario en un tipo de legado que requiere la cualidad de heredero es distinto del motivo de la incapacidad del legatario para recibir por legado en general. Una tercera posición es la que sostiene la escuela proculeyana, según la cual es posible legar por precepción una cosa a un extraño considerándola legada por vindicación.

Sobre estas tres posiciones conviene destacar algunas consecuencias. En primer lugar, las posiciones antagónicas son siempre las de las dos escuelas: los sabinianos afirman que el l. p. p. sólo puede disponerse a favor del heredero, los proculeyanos, que puede disponerse también a favor de extraños considerándose válido como l. p. v. En segundo lugar, mientras Sabino *post Neronianum* mantiene rigurosamente la autonomía e independencia del l. p. p., Juliano y Africano afirman que cuando el beneficiario no es heredero puede valer no como l. p. p., sino como otro tipo de legado en virtud de la convalidación del Neroniano. Estos dos juristas llegan, pues, a la misma consecuencia práctica que los maestros proculeyanos: el l. p. p. a favor de un extraño es válido, con la diferencia de que los segundos lo equiparan al l. p. v., mientras los primeros lo convierten en el tipo apto a realizar la finalidad querida por el testador³⁶. Las tres soluciones que se dan a la cuestión del l. p. p. a favor de extraños pueden resumirse así: Sabino: el legado es ineficaz; Juliano y Africano: no produce efectos como l. p. p., pero puede producirlos como otro tipo de legado; proculeyanos: es eficaz como

35. BERNSTEIN, *op. cit.*, p. 22 ss., afirma que mientras Sabino se serviría del método jurídico de las diferencias, Juliano usaría el método analógico. Creemos que más que de una diversidad de métodos se trata de puntos de vista distintos. Sabino parte de la función y estructura originaria del legado, Juliano de la función que el l. p. p. tenía ya en su tiempo en el que se fundía prácticamente con los otros tipos de legado. Es preciso tener en cuenta que del tiempo de Sabino al de Juliano media un siglo aproximadamente, en el que se produjo un importante cambio en la concepción de los legados.

36. Tratándose de cosas que no son propiedad del testador, tanto los sabinianos (2/220) como los proculeyanos (2/222) convalidan al l. p. p. inválido en el l. p. v. Vid *infra* par. 9.

legado vindicatorio³⁷. Dado que la solución proculeyana es la que prevalece y que la postura de Juliano coincide con ella en su resultado práctico, Gayo, al acoger la tesis de la autonomía del legado, asume una posición tradicional que poca trascendencia práctica tenía ya, puesto que el l. p. p. valía de todas formas aunque el beneficiario no fuese el heredero. Como conclusión de estas observaciones puede pensarse que Sabino, basado en la naturaleza y tutela procesal del l. p. p., que se hacía valer en el *iudicium familiae erciscundae*, diese una interpretación restringida al SC. Neroniano sosteniendo que sólo podía servir para convalidar un legado dispuesto con términos no idóneos, pero no para llegar a una finalidad distinta de la del legado o por medios procesales diversos³⁸. Juliano y su discípulo Africano, que escriben un siglo más tarde³⁹, cuando ya existe una fusión práctica entre los tipos de legado, atenúan el rigor de la tesis sabiniana considerando la posibilidad de convalidación del l. p. p. a favor de extraños. Juliano desarrolló su actividad en la época de Adriano, a quien se debe la constitución que dio carácter oficial a la tesis proculeyana. Los proculeyanos sostendrían la equiparación de l. p. p. y l. p. v. probablemente con anterioridad al SC. Neroniano⁴⁰, que permitió la superación de los límites for-

37. Las conclusiones que se desprenden de este texto gayano deben tenerse en cuenta para la reconstrucción del Senadoconsulto Neroniano. Sobre el estado de la cuestión, vid. GOSSE, *I legati* cit., p. 100 ss., y BIONDI, *Successioni testamentaria* cit., p. 280 ss.

38. Según Pomponio, D. 1.2.2.50, Tiberio concedió a Sabino el *ius respondendi*. Vid. KUNKEL, *Herkunft und soz. Stellung des röm. Juristen* (Weimar, 1952), p. 119 s. Por tanto, la promulgación del SC Neroniano, *auctore Nerone* (Gayo, 2.197), debió coincidir con los últimos años de actividad de este jurista.

39. Salvio Juliano escribió en torno a los años 148-169. Vid. KUNKEL, op. cit., p. 157 s.; SERRAO, *Atti III Congr. intern. Epigrafia* (Roma, 1959), 395 ss., y GUARINO, en *Labeo* 5 (1959), 67. Africano desarrolló su actividad en el reinado de Antonio Pío, como Gayo.

40. BIONDI, *Successioni testamentaria* cit., p. 282, afirma que la audaz interpretación de *praecipito* como *capito* se debe a Próculo, que ya antes del Neroniano sostuvo que la sílaba *praec* era superflua, superando así el *vitium verborum*. Aunque nada seguro pueda afirmarse, creemos más probable que la equiparación del l. p. p. al l. p. v. se deba a Labeón, el jurista más original de la escuela, del que Pomponio (D. 1.2.2.47) afirma que *plurima innovare instituit*.

males del l. p. p.⁴¹, y la opinión de esta escuela terminó prevaleciendo aun cuando por un acusado respeto a la tradición, que es bien patente en Gayo⁴², siga aceptándose formalmente la distinción de los cuatro *genera legatorum*⁴³.

8. En cuanto a la acción que nace del legado por precepción, Gayo menciona, como propia de este legado, la acción de división de herencia. Afirma que, según sus maestros, lo que ha sido legado por precepción sólo se puede reclamar en el *iudicium familiae eriscundae* que se da entre los herederos y que entra dentro del *officium iudicis* el adjudicar a quien corresponda lo que ha sido legado mediante esta forma (2.219). Según la opinión proculeyana, en cambio, tanto el legatario heredero como el extraño pueden servirse de la acción reivindicatoria siempre que la cosa sea propiedad del testador.

La división hereditaria, que tiene por objeto el convertir en cosas concretas o en parte de cosas las cuotas ideales de cada heredero, se insta por medio de la *actio familiae eriscundae*, que, según Gayo, fué introducida por la ley de las XII Tablas⁴⁴. Esta acción es *duplex*: cada uno de los coherederos es actor y demandado al mismo tiempo⁴⁵; puede ser ejercitada por cualquier heredero, pero sólo

41. Cfr. BERNSTEIN, op. cit., p. 20.

42. Es curioso observar cómo Gayo sigue fiel a la tesis de sus maestros a pesar de que la opinión contraria había triunfado ya por la confirmación oficial de Adriano.

43. Un importante testimonio sobre la pervivencia de esta distinción en *genera legatorum* es el texto de Ulpiano, D. 43.3.1.6, que trata del que *ex causa praeceptionis possidet* en contraposición al caso en que *alio genere legati uni ex heredibus legatum sit*. También en Marciano, D. 35.2.91, se distingue: *sive legatum... datum sit heredi... sive praecipere*.

44. Gayo, 7 ad ed. prov., D. 10.2.1 pr.: *Haec actio proficiscitur a lege duodecim tabularum: namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur*.

45. Ulpiano, 19 ad ed., D. 10.2.2.3: *In familiae eriscundae iudicio unusquisque heredum et rei et actoris partes sustinet*. Por este carácter no contencioso de la acción se califica como *iurgium*, y Papiniano, D. 10.2.57 dice que los participantes *pictatis officio funguntur*. Cfr. BIONDI, *Diritto creditario romano* cit., p. 453 s.

entre coherederos⁴⁶; tiene carácter universal y su objeto son todas las cosas corporales de la herencia⁴⁷. El juez después de deducir algunas atribuciones especiales, efectúa la *adiudicatio* de los bienes hereditarios atendiendo al interés objetivo de los coherederos⁴⁸ que se hacen propietarios de los bienes adjudicados⁴⁹.

La *praeceptio* en el juicio divisorio, según las noticias de Gayo, supondría una previa adjudicación *extra portionis hereditatis* de la cosa prelegada al legatario heredero antes de la división del patrimonio hereditario⁵⁰. El juez adjudicaría la cosa prelegada como acto previo a la división comprendido en su *officium*.

9. En estrecha conexión con la acción del legatario está el objeto del legado por precepción, del que Gayo pasa a ocuparse después (2.220), afirmando que, según la opinión sabiniana, sólo puede legarse por precepción lo que pertenece al testador, pues en el juicio de división de herencia no se trata más que de las cosas hereditarias. Por tanto, si el testador lega de ese modo una cosa que no es suya, *iure civile inutile erit legatum*. Hasta aquí Gayo trata del ámbito propio del l. p. p. Sin embargo, continúa diciendo, el legado puede convalidarse por el Senadoconsulto. Los sabinianos, como resultado de una interpretación amplia, reconocen un caso en el que se puede legar por precepción una cosa ajena: si el testador lega lo que emancipó a un acreedor *fiduciae causa*, pues en

46. Gayo, D. 10.1.1: *nisi coheredes sit neque adiudicari quicquam oportet neque adversarius ei condenandus est*. Paulo, D. 10.1.36: *non est iudicium familiae creiscundae nisi inter coheredes acceptum*. Vid. BIONDI, *Diritto ereditario* cit., p. 454 ss.

47. Vid. BIONDI, *Diritto ereditario* cit., p. 46 s.

48. Ulpiano, D. 10.1.4.1: *boni enim et innocentis viri officio cum fungi oportet*.

49. La división romana tiene carácter translativo o constitutivo en cuanto la *adiudicatio* es un modo de adquisición de la propiedad. Cfr. BIONDI, *Diritto ereditario* cit., p. 458.

50. Si nos atenemos a las noticias de Gayo, debe reconocerse que la tesis de BERNSTEIN, op. cit., p. 115 y ss., sobre el carácter originario de la *praeceptio* hereditaria está fundada en datos precisos. En este mismo sentido, KASER, *Das legatum sinendi modo*, en ZSS 67 (1950), 356 s., y *Das röm. Privatrecht* I, p. 622 ss. Sin embargo, Bernstein da una interpretación demasiado amplia a la función clásica de la *praeceptio* en relación con el prelegado.

este supuesto entra en el *officium iudicis* el obligar a los coherederos a rescatar la cosa para que pueda hacerla suya el legatario. Más adelante (2.222) Gayo trata de las consecuencias que, con respecto al objeto, tiene la concepción proculeyana: si la cosa es de la propiedad civil del difunto, puede reivindicarla el legatario, sea heredero o no; si la cosa está sólo *in bonis* del testador, se distinguen dos supuestos: si se trata de un heredero, el juez provee en el juicio divisorio; si se trata de un legatario extraño, el legado se convalida por el SC. Neroniano, así como también se convalida si la cosa no pertenece al testador.

Supuesto que sólo puede legarse una cosa ajena utilizando la forma p. d. (2.202), de estas noticias de Gayo se desprende:

A) Según los sabinianos: a) el legatario en el legado p. p. de cosa del testador podía ejercitar la *actio familiae erciscundae*.

b) en el legado p. p. de cosa ajena convalidada *ex Neroniano* ejercitaba la *actio ex testamento*.

B) Según los proculeyanos: a') si la cosa era propiedad civil del testador, el legatario, fuese o no heredero, ejercitaba la *reivindicatio*.

b') si la cosa era propiedad pretoria del testador: a'') si el legatario era heredero: *a. familiae erciscundae*; b'') si era un extraño: *a. ex testamento*.

c') si la cosa no es propiedad del testador: *a. ex testamento*..

De este cuadro se deduce que mientras los sabinianos recurrían a la *a. familiae erciscundae* como acción principal, en caso de l. p. p. válido, y a la *a. ex testamento*, en caso de legado nulo, los proculeyanos recurrían, en caso de legado válido, a la *reivindicatio* y a la *a. familiae erciscundae* y, en caso de legado inválido, a la *a. ex testamento*.

Otra importante consecuencia que se desprende de esta comparación de opiniones es que también para los proculeyanos el legado preceptorio conservaría su originario y especial ámbito de aplicación, centrado en el *iudicium familiae erciscundae*, siempre que no fuese posible el ejercicio de la acción reivindicatoria del legatario, como en el supuesto de que se legase a un heredero una cosa que no era propiedad civil del testador, sino propiedad pretoria. Por tanto, los proculeyanos admitirían los particulares efectos del ie-

gado preceptorio siempre que no se pudiera llegar por diversidad del objeto a la equiparación con el legado vindicatorio.

Los sabinianos no formulaban la distinción entre propiedad quiritaria y bonitaria, que servía exclusivamente a los fines de equiparación de este legado al vindicatorio, ya que para ellos todas las cosas del testador que formaban parte de la herencia podían ser legadas por precepción⁵¹. Por consiguiente, no existiría discrepancia alguna en cuanto a la posibilidad de que el heredero ejercitase la *a. familiae heriscundae* para pedir las cosas *in bonis* del testador que le habían sido legadas.

Al supuesto citado por Gayo de la cosa mancipada *fiduciae causa* se refiere también otro texto del mismo jurista:

7 ad ed. prov. D. 10.2.28: *Rem [pignori] <fiduciae> creditori datam si per praeceptionem legaverit testador, officio iudicis contineatur, ut ex communi pecunia luatur eamque ferat is cui eomodo fuerat legata.*

Este texto⁵², coincidente con las Instituciones, hace especial referencia a *ex communi pecunia*. La deuda debe ser pagada con dinero de la herencia con la finalidad de recuperar la cosa mancipada para entregarla al legatario.

Otra excepción a la regla de que las cosas legadas debían encontrarse *in bonis* del testador⁵³ encontramos en el supuesto de legado de *nummi qui domi non essent*:

PS. 3.6.1: *Per praeceptionem uni ex heredibus nummi legati qui domi non erant, officio iudicis familiae heriscundae acoheredibus praestabuntur.*

51. FERRINI, *Contributi* cit., p. 253, afirma que el caso de que un legado fuese dejado a favor de un coheredero y se debiera hacer valer en el *i. familiae heriscundae*, las dos escuelas opinarían que la cosa estuviese *in bonis* del testador *mortis tempore*.

52. Vid. *Index Interpolationum*.

53. FERRINI, *Contributi* cit., p. 253, observa que de toda la exposición gayana se deduce que este legado podía referirse sólo a cosas corporales *in bonis* del testador.

Se trata de un supuesto, que Paulo trata más extensamente en el Digesto⁵⁴, en el que no es necesaria la convalidación del Neroniano. El juez podía proceder a la realización y venta de los bienes hereditarios hasta reunir la suma legada.

Si mediante el legado preceptorio podían legarse sumas de dinero, es probable que por esta forma pudieran legarse también los créditos, especialmente los créditos del testador contra el legatario. A este supuesto se refiere el siguiente texto:

Pomponio, 6 *ad Sab.*, D. 10.2.42: *Si ita legatum fuerit uni ex heredibus: «quod mihi debet, praecipito», officio iudicis familiae erciscundae continetur ne ab eo coheredes exigant: nam et si quod alius deberet praecipere unus iussus fuerit, officio iudicis actiones ei praestari debebunt pro portione coheredis.*

Este texto del comentario de Pomponio a Sabino se refiere a un supuesto del legado de crédito que podía ser dispuesto por la forma del legado preceptorio, y nada induce a pensar se tratase de una extensión del ámbito originario de este legado⁵⁵. El l. p. p. tendría un contenido general que comprendía las cosas genéricas y específicas, y de la exposición gayana se desprende claramente cómo por la influencia de la tesis proculeyana este ámbito general tiende a limitarse a las cosas que podían legarse p. v.⁵⁶. Debe concluirse, pues, que las cosas mancipadas por el testador *fiduciae causa*, las sumas de dinero, aunque no se encontrasen en la herencia, y los créditos fundados en el legado que el legatario podía hacer valer en el juicio divisorio, así como todo lo perteneciente a la herencia, podían ser objeto del legado preceptorio.

Si nos atenemos a la estructura del acto adquisitivo, puede ob-

54. Paulo, 23 *ad ed.*, D. 10.2.22: *Si pecunia, quae domi relicta non est, per praceptionem relicta sit, utrum universa a coheredibus praestanda sit an pro parte hereditaria, quemadmodum si pecunia in hereditate relicta esset, dubitatur. Et magis dicendum est ut id praestandum sit, quod praestaretur, si pecunia esset inventa.*

55. FERRINI, *Contributi* cit., p. 253 y 260, afirma que este texto debe entenderse con referencia tácita al SC. Neroniano, pero nada impide el suponer que se refería al ámbito propio del preceptorio.

56. Ep. Gai 2.5.7 y Ep. Ulpiani 24.11 ofrecen una versión simplificada de la exposición gayana, especialmente de 2.220.

servarse que el *praecepere* implica un *capere*, o adquisición de la propiedad, y esto lleva a pensar que la adquisición tiene lugar por el acto de *capere* del legatario y no por el legado mismo. El legatario podía usucapir la cosa legada basándose en el título *pro herede*, puesto que el legado se hacía valer en el juicio divisorio en el que el legatario actuaba como heredero y, en tanto el l. p. p. se equiparaba al l. p. v. y podía ejercitarse la *revindicatio*, también podía basarse en el título *pro legato*, en el caso de que la cosa no fuese propiedad del testador.

III

10. Importantes dudas y problemas surgen sobre todo, en torno a los efectos del legado por precepción.

Una primera cuestión que se plantea es la relativa a la eficacia atributiva o no de derecho de este legado. La tesis tradicional ha venido sosteniendo que la *adiudicatio* del juicio divisorio no era incompatible con el derecho inmediato del legatario sobre la cosa legada, ya que la adjudicación no sólo creaba derechos sino también servía para reconocerlos⁵⁷. Bernstein, en defensa de esta opinión, afirma que la doctrina de los proculeyanos no habría podido nacer si no se hubiese admitido que el legado preceptorio supone un derecho inmediato del legatario sobre la cosa prelegada⁵⁸. Sin embargo, se ha sostenido acertadamente que de la exposición de Gayo se deduce que este legado no producía de por sí efecto atributivo de derecho ni tampoco efecto obligatorio, sino sólo daba lugar a la adjudicación que tenía por objeto la atribución de las cosas hereditarias a los herederos⁵⁹. Las consideraciones que siguen nos lle-

57. Cfr. VOIGT, *Die XII Tafeln* II, p. 509, seguido de FERRINI, *Contributi* cit., p. 255.

58. BERNSTEIN, *op. cit.*, p. 57 s., dice que el prelegatario no sólo tenía un derecho personal a la división, sino también un derecho directo a la cosa legada.

59. Vid. GROSSO, *I legati* cit., p. 95 s., que observa que la forma con que Gayo describe la eficacia del legado a través del juicio divisorio y la *adiudicatio* revela que este legado se había presentado en un terreno empírico diverso del *legare* del que las XII Tablas habían sancionado el *ita ius esto*. BRONDI, *Successione testamentaria* cit., p. 279, sostiene que l. p. v. y l. p. p. tienen los mismos efectos, pero mientras en el primero la propiedad se adquiere directamente, en el segundo se adquiere mediante *adiudicatio*.

van también a rechazar la tesis tradicional sobre el efecto atributivo del legado. Ante todo, si nos atenemos a la descripción gayana, la solución está claramente señalada por el jurista: *nulla alia ratione putant posse consequi cum... quam iudicio familiae erciscundae*, y añade: *officio enim iudicis id contineri, ut ei quod per praeceptionem legatum est adiudicetur*⁶⁰. De otra parte, la equiparación que patrocinan los proculeyanos del l. p. p. al l. p. v. no prueba que originariamente ambos legados tuvieran los mismos efectos de atribuir directamente la propiedad de las cosas legadas ni tampoco lo prueban los textos de época tardía que se refieren al legado preceptorio⁶¹. Lógicamente esta concepción, que cierra la historia del legado, más bien sirve para demostrar lo contrario, es decir, que este legado originariamente debió de tener una eficacia distinta de la del legado vindicatorio porque, de otra manera, no se comprende por qué surgen dos legados distintos para conseguir una misma finalidad. Si el testador quería atribuir directamente la propiedad de una cosa al heredero se serviría mejor del legado vindicatorio. Además, incluso para la tesis proculeyana existía todavía una diferencia, como observamos, entre estos dos legados⁶². Si a estas observaciones se añade la que se refiere al particular efecto atributivo de la *adiudicatio*, la conclusión no puede ser otra que negar los pretendidos efectos de atribución directa del legado preceptorio.

Las explicaciones que pretenden atribuir una función y origen común al l. p. p. y al l. p. v. tropiezan siempre con el inevitable obstáculo de no poder justificar la autonomía del legado preceptorio. Este obstáculo no se salva en la explicación de Biondi que

60. 2.219. En este mismo sentido, GROSSO, *I legati* cit., p. 95.

61. BERNSTEIN, op. cit., p. 58, seguido por FERRINI, *Contributi* cit. p. 255, aducen CI. 6.37.7 pr.: *Si Fortidianum fundum primo pater tuus fratribus per praeceptionem, ac mox tibi legavit, concursu dominium eius tibi quoque quaeritur*. Estos autores afirman que si en los últimos tiempos de la jurisprudencia clásica el l. p. p. se considera como atributivo de dominio (quiritario o bonitario, según las circunstancias) nada impide considerar éste como el antiguo efecto de este legado.

62. Téngase presente que la diferencia fundamental entre las dos acciones a utilizar por el legatario en uno u otro caso, *reivindicativo* o *a. familiae erciscundae*, demuestra que no se trata sólo de la distinción formal entre dominio quiritario o bonitario, sino de una distinción esencial como era la de las dos acciones a utilizar.

atribuye a los dos legados una misma estructura originaria de apropiación autoritaria que no puede probarse ni por la evolución posterior del legado⁶³ ni por la referencia al interdicto *quod legatorum* que vendría a oponerse a esta supuesta apropiación⁶⁴. De otra parte, si se sostiene con Biondi que los efectos del l. p. p. eran los mismos que los del l. p. v. —fundamentalmente la adquisición de la propiedad de cosas propias del testador— y que sólo existiría una diferencia en la forma —directa en el primero, indirecta, mediante la *adiudicatio*, en el segundo—, sigue faltando un fundamento preciso para explicar la autonomía del legado⁶⁵. De la exposición de Gayo se deduce, en cambio, que la forma del legado preceptorio y su ámbito de actuación en el juicio de división hereditaria tenían un contenido y efectos de más amplitud —y por ello susceptibles también de una más extensa aplicación— que los del legado vindicatorio limitado a la atribución del dominio o de derechos reales.

Si nos atenemos a la estructura del acto adquisitivo, puede observarse que el *praecipere* implica un *capere*, o adquisición de la

63. Vid. supra par. 3.

63. Según BIONDI, *Successione testamentaria* cit., p. 279, la función propia de las fórmulas *sumito* y *praecipito*, que autorizaban al legatario a poseionarse de la cosa legada, debió desaparecer con la introducción del interdicto *quod legatorum*, con la que el *praetor* quiso excluir la apropiación autoritaria. Nos parece dudosa esta supuesta finalidad del interdicto. El *interdictum quod legatorum* se da precisamente porque la *praecipio* no consiste en una apropiación espontánea, sino en la separación de una cosa de la herencia con el consentimiento de los herederos. Una de las finalidades que con más frecuencia se perseguirían con este legado era la asignación del peculio a los hijos o la dote a la mujer, que ya estaban en manos de los beneficiarios. De un supuesto de ejercicio del *interd. quod legatorum* contra el legatario en un l. p. p. trata Ulpiano, D. 43.3.1.6. Vid. FERRINI, *Contributi*, cit., p. 256 s.

65. Por lo demás, existen todavía muchas dudas sobre la relación entre la *institutio ex re certa* y la *praecipio* y, sobre todo, en la configuración originaria de ésta como acto general distinto del legado. BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., pp. 224 y 236, afirma que la adquisición de las particulares cosas se relaciona con la división testamentaria más que con la división *post mortem* y que ya en el testamento militar la *praecipio* tiene de por sí eficacia atributiva. No puede admitirse la interpretación que da este autor de Gayo, D. 29.1.17 pr. (vid. op. cit., p. 237), que se refiere claramente a *legare per praeceptionem*.

propiedad, y esto lleva a pensar que la adquisición tenía lugar por el acto de *capere* del legatario y no por el legado mismo⁶⁶. El legatario podía usucapir la cosa legada basándose en el título *pro herede*, puesto que el legado se hacía valer en el juicio divisorio en el que el legatario actuaba como heredero y, en tanto el l. p. p. se equiparaba al l. p. v. y podía ejercitarse la *reivindicatio*, también podía basarse en el título *pro legato* si la cosa no era propiedad del testador.

11. Gayo termina su exposición del legado preceptorio con la referencia al legado dejado a dos o más legatarios. El jurista afirma (2.223) que cuando una cosa ha sido legada conjunta o separadamente a dos o más herederos (según la opinión sabiniana) o también a dos o más extraños (según la opinión proculeyana) cada legatario debía tener su parte. Debe observarse que, a pesar de la distinción entre legado *coniunctim* o *disiunctim*, que produce distintos efectos en el legado damnatorio⁶⁷, y de la diferencia entre l. p. p. a favor de herederos o a favor de extraños, Gayo llega siempre al mismo resultado: *singuli partes habere debent*. Esta solución del jurista coincide tanto con la que se da para el legado vindicatorio como para el legado damnatorio *coniunctim* y de ella nada puede deducirse sobre el derecho de acrecer a favor de los colegatarios que se da en el primero y no en el segundo.

En el legado preceptorio no se produce el especial acrecimiento del prelegado dispuesto por medio de otras formas de legado⁶⁸ por-

66. Lo mismo ocurre en la *optio servi*. Vid. D'ORS, *Optio servi*, en *AHDE* 18 (1947), 167 ss.

67. Gayo 2.205. FERRINI, *Contributi*, cit., p. 269, afirma que el objeto que Gayo —que sólo incidentalmente se ocupa del *ius adcrescendi*— se proponía era el indagar si existía diferencia de tratamiento entre los supuestos de legado *coniunctim* y *disiunctim* y, consiguientemente el establecer si cada uno de los legatarios podía pedir *solidum* o si sólo *singulis partes debentur*.

68. El legado vindicatorio a favor de herederos produce efectos particulares en cuanto que la cuota no adquirida por el heredero a título de legado —en virtud de la regla *a semetipso ei legatum inutiliter videtur*— acrecía a los otros colegatarios y, si todos los legatarios eran herederos se computaba la cuota del legado en proporción inversa a la cuota de institución. Vid. Ulpiano, D. 30.34.11 y 12 y, en relación con el fideicomiso, Florentino, D. 30.116.1.

que la especial naturaleza del juicio divisorio —en el que todos los herederos que intervienen son al mismo tiempo demandantes y demandados— excluye la relación entre legatario y heredero presupuesto del acrecimiento en el prelegado⁶⁹. Tampoco puede darse en el l. p. p. el *ius adcrescendi* que origina el legado vindicatorio como consecuencia del carácter expansivo de la propiedad, porque el legado preceptorio no es un legado atributivo de derecho. Sin embargo, en este legado se produce una situación parecida al acrecimiento: como consecuencia de la individualidad del acto de *capere*, el legatario se apodera de toda la cosa si no encuentra un concurrente en el ejercicio de la facultad de apropiación concedida por el legado.

12. Del estudio de la exposición de Gayo sobre el legado preceptorio, que hemos realizado, podemos deducir las siguientes conclusiones sobre el origen, naturaleza y efectos de este tipo de legado.

En la historia de las formas de *legare* se observa una tendencia a la unificación de tipos en los dos fundamentales, vindicatorio y damnatorio. Así ocurre con el legado *sinendi modo*, aproximado al *per damnationem*, y también con el legado *per praeceptionem*, aproximado al *per vindicationem*. Como esta tendencia unificadora existe desde el inicio de la época clásica, y a ella se refieren las disputas de sabinianos y proculeyanos, el legado preceptorio debió ser, indudablemente, una forma antigua de legado.

En su estructura originaria, el legado preceptorio consistía en una disposición del testador, que se hacía valer en el juicio divisorio, por la que se autorizaba al heredero a separar un bien de la herencia. A diferencia del legado vindicatorio, los efectos del legado pre-

69. Según BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., p. 466 s., los efectos de la regla de la nulidad relativa a la cuota del prelegado no se plantea en orden al l. p. p. BERNSTEIN, op. cit., p. 95 s., niega el derecho de acrecer en el l. p. p., basándose en Scevola, D. 31.88.3, pero, como FERRINI, *Contributi*, cit., p. 267, observa, en el supuesto del texto, el legado se invalida antes de la muerte de la testadora, y por ello, permaneciendo la parte legada en la herencia, el derecho de acrecer no tiene aplicación.

70. Sobre el derecho de acrecer en los legados, vid. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit., p. 639 ss.; VACCARO DELOGU, *L'acrescimento nel d. creditario romano* (Milano, 1941), p. 93 ss.

ceptorio no eran la atribución de un derecho, sino sólo la autorización de un acto de *capere* o apropiación por parte del legatario. Objeto de este legado podían ser tanto las cosas específicas como las genéricas y fungibles que pertenecieran al testador, aun en el supuesto de que éste fuera sólo propietario bonitario o acreedor *fiduciae causa*. Esto señala otra notable diferencia entre este legado y el vindicatorio, pues mientras el l. p. v. sólo puede versar sobre cosas identificables —ya que presupone una *vindicatio* posible— el l. p. p., que se actuaba con el *capere* o apropiación, podía tener por objeto las cosas fungibles. Por consiguiente, tanto en la acción como en el objeto y efectos, el legado preceptorio tenía una propia y originaria autonomía.

Partiendo de estas conclusiones, la evolución histórica del l. p. p. podría reconstruirse así:

A) Con anterioridad al SC. Neroniano, la doctrina de la escuela sabiniana mantenía la institución antigua. La doctrina proculeyana, que probablemente inicia Labeón, consideraba el l. p. p. como legado vindicatorio con dos importantes consecuencias: el legado se hacía atributivo de derecho y se admitía pudiese tener como destinatario un extraño. En los casos en que no era posible la *vindicatio*, si el legado era a favor de un heredero, se mantendría la antigua acción divisoria, pero si era a favor de un extraño, resultaba nulo.

B) Con posterioridad al SC. Neroniano, que sanaba el legado vindicatorio sobre cosa que no pertenecía civilmente al testador, Sabino y los autores de su escuela, consecuentes con su negativa de la equiparación al vindicatorio, no admitían la convalidación *ex Neroniano*. Los proculeyanos, en cambio, admitieron que, como el legado se equiparaba a un legado vindicatorio, se convalidaba *ex Neroniano* si la cosa era ajena, pero no si estaba *in bonis* del testador o se legaba a un heredero, pues en ese caso bastaba el juicio divisorio. Juliano, fiel a la escuela sabiniana, admitió que el legado preceptorio a favor de extraño no era civilmente válido, pero, considerándolo inadecuado por la forma, afirmó que podía ser convalidado *ex Neroniano*.

C) Adriano confirma la doctrina proculeyana, equiparando el legado preceptorio al vindicatorio en todos los supuestos en que la

aproximación entre uno y otro legado era posible y admite la convalidación *ex Neroniano* en los casos en que no era posible la *vindicatio*. Con ello se introduce la norma que generaliza Justiniano (CI.6.43.1) de que, con independencia de la forma del legado y cualquiera que sea éste, la *vindicatio* se da con preferencia a la acción personal en todos los casos en que es objetivamente posible.

MANUEL GARCÍA GARRIDO