

que la propiedad se trasfiera siempre por el legado: así es que no lo será, y que el legatario no podrá tener la acción *in rem*, si el testador ha legado, por ejemplo, cosa de otro ó una cosa indeterminada, como un esclavo, un caballo, una suma de dinero ó tantas medidas de vino, al ménos hasta que se hayan elegido ó determinado; ó bien si ha legado un crédito ó el descargo de un deudor, ó algun hecho ó un acto cualquiera que su heredero deba verificar ó de que deba abstenerse. Así lo que se referia á las fórmulas ó á las expresiones ha desaparecido, y sólo ha permanecido lo que exigia la fuerza imperiosa de las cosas. Volverémos á tratar de las acciones producidas por los legados.

Resulta de lo que acabamos de decir que el legado aplicado á una cosa determinada del testador es un medio de adquirir. Inmediatamente despues de la adición y sin necesidad de ninguna tradición, se trasmite la propiedad al legatario. ¿Por qué la jurisprudencia romana no ha exigido que la posesion pase de uno á otro como signo ostensible y patente del cambio de propiedad? Porque aquí ha sobrevenido otro hecho igualmente patente, cual es la muerte, que ha desposeido al propietario difunto, y una especie de ley, cual es el legado (*lex*), que ha revestido de la propiedad al legatario. Este medio de adquirir se hallaba tambien comprendido en primera clase entre los designados con el nombre de *lege* por la ley.

III. Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia; sed, quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura. Sed, ne in primis legum cunabulis, permixte de his exponendo, studiosis adolescentibus, quandam introducamus difficultatem, operæ pretium esse duximus, interim se-

3. Aun no hemos creído deber atenernos á esta condicion. Observando, en efecto, que en la antigüedad se hallaban los legados comprendidos dentro de estrechos límites, mientras que los fideicomisos, que tomaban más su origen de la voluntad de los moribundos, obtenian más indulgencia y latitud, hemos creído necesario igualar á los fideicomisos todos los legados sin que haya diferencia entre ellos; de tal manera que lo que falte á los legados lo tomen de los fideicomisos, y que si tienen alguna cosa de más, que se la comuniquen á éstos. Sin embargo, por temor de que la exposicion de estas dos materias confundidas no ofrezca alguna dificultad á los jóvenes que se hallan en los primeros elementos del Derecho, trataremos primero de los legados

paratim prius de legatis, et postea de fideicommissis tractare, ut, natura utriusque juris cognita, facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

separados, y despues de los fideicomisos, á fin de que, una vez comprendida su naturaleza reciproca, se haga más fácil de ser entendida la fusion que de ellas hemos hecho.

Las causas que hacian de la disposicion en vez de un legado un simple fideicomiso, podian proceder ó de los términos empleados ó de las circunstancias.

En cuanto á los términos, si en vez de las fórmulas consagradas por el derecho civil para constituir un legado (*civilia verba*, como dice Ulpiano), se hubiesen empleado otras expresiones por lo regular precativas (*precativo modo*, *precativo*), la disposicion, hallándose en circunstancias en que hubiera podido tener lugar un legado, no era más que un fideicomiso. Las palabras más usuales eran éstas: PETO, ROGO, MANDO, FIDEICOMMITTO; ó bien: DEPRECOR, CUIPO, DESIDERO; ó VOLO, INJUNGO, IMPERO (términos que, aunque imperativos, no eran palabras del derecho civil, *civilia verba*, para los legados) (1). Por lo demas, estas palabras de fideicomiso no estaban consagradas, y su empleo era un uso, y no una necesidad, porque en este caso la libertad de expresion era casi completa (2); el fideicomiso podia ser dejado tambien por señal de cabeza y por señal de asentimiento, *mitu* (3).

Respecto de las circunstancias, si éstas eran de tal naturaleza que conforme al derecho civil no podia un legado tener lugar, por ejemplo, si no habia herencia testamentaria, sino herencia *ab intestato*; ó bien si el testador queria agravar con su liberalidad, no á su heredero, sino á un legatario, ó en otras circunstancias tambien incompatibles con la naturaleza de los legados, que tendrémos ocasion de ver en adelante, la disposicion no podia ser más que un fideicomiso.

En tiempo de Justiniano la diferencia en cuanto á los términos no existe ya de ningun modo; la que resulta de las circunstancias debe tambien considerarse, si nos atenemos á los principios abstractos, especialmente si se separa, como hacen las Institutas, el legado del fideicomiso. Pero considerando únicamente el resultado

(1) Gay. 2. §. 249.—Ulp. Reg. 25. §. 2.—Paul. Sent. 4. 1. §. 5.—Cod. 6. 43. 2. Justin.

(2) Con tal que expresara la idea. En este sentido, sin duda, desecha Paulo, como que no pueden servir ni aun para un fideicomiso, las palabras *relinquo* y *commendo*. Paul. Sent. 4. 1. §. 5. Lo que nos prueba, por lo demas, que la sutileza en los términos habia penetrado hasta en los fideicomisos.

(3) Ulp. Reg. 25. §. 3.—D. 32. 3.º 21. pr. f. Paul.

de este derecho, ha desaparecido también esta última diferencia, pues se confundieron los legados y los fideicomisos, y toda disposición que no puede valer como legado, vale como fideicomiso; y recíprocamente, todos los efectos que producían los legados debían producirlos los fideicomisos.

Sin embargo, hemos visto ya, y tendremos todavía ocasión de resolver (tít. 24, § 2), una diferencia mayor todavía que continúa subsistiendo entre el legado y el fideicomiso de la libertad.

Los párrafos siguientes, consagrados á tratar de los legados, no están dispuestos en orden muy metódico. Sin embargo, sin permitirnos invertir este orden, trataremos de ilustrarlo. Entraremos ahora con dos principios fundamentales que dominan la materia, y cuyo conocimiento simplificará mucho las explicaciones que aún tenemos que dar.

Del Dies cedit y del Dies venit, relativamente á los legados (1).

Dies cedit, el día se adelanta; *dies venit*, llegó el día: expresión poética y figurada que no es especial, como se cree generalmente, á la materia de los legados, pero que puede aplicarse á toda adquisición de derechos, y con particularidad á las obligaciones. *Dies* es el término fijado para exigir el derecho; es el fenecimiento del derecho. *Dies cedit*, es decir, el término empieza á correr ó camina al fenecimiento del derecho; *dies venit*, el día señalado para poder exigir ha llegado, se ha verificado el vencimiento, se puede demandar. «*Cedere diem*, dice en general un extracto de Ulpiano inserto en el título del Digesto, que habla de la significación de las palabras *cedere diem*, significat incipere deberi pecuniam; *venire diem*, significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit.» Y tomando por ejemplo una estipulación, continúa el jurisconsulto: «Si es pura y sencilla la cosa, es debida y exigible en el mismo instante (*et cessit et venit dies*); si llegó á término (*in diem*); el plazo empieza á correr, pero todavía no ha llegado (*cessit dies, sed nondum venit*); si está bajo condición, el plazo no corre ni llega mientras que la condición está aún en suspenso (*neque cessit neque venit dies, pendente adhuc conditione*)» (2). Estos principios ge-

(1) Dig. 36. 2. Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.— 7. 3. Quando dies usufructus legati cedat.— Cod. 6. 53. Quando dies legati vel fideicommissi cedat.

(2) Dig. 50. 16. 213. pr. f. Ulp.

nerales se aplican con algunas particularidades á la materia de los legados.

El *dies cedit* significa aquí que el derecho eventual al legado es fijo y determinado en beneficio del legatario y que se adelanta la exigibilidad. Decimos el derecho *eventual*, porque la suerte de los legados, como dependiente de la del testamento, si después de llegado el *dies cedit*, el heredero rehusa, se hace incapaz, ó el testamento se invalida por una ú otra causa, todos los legados se invalidan también; el derecho, aún después que el *dies cedit* ha llegado, es por consiguiente eventual. Esto es una particularidad de esta materia. Relativamente á la expresión de *dies venit*, significaría en este caso, como para las obligaciones en general, que han llegado el vencimiento del derecho y la exigibilidad del plazo. Debemos confesar, sin embargo, que no se halla empleada especialmente en los textos para la materia de los legados; lo que no nos impedirá valernos de ella, porque es lacónica, y además general en su significado.

¿En qué época se efectúa el *dies cedit* y el *dies venit*? Por regla general el *dies cedit*, esto es, el momento en que el derecho eventual se fija en beneficio del legatario, tiene lugar para los legados puros y simples el día de la defunción del testador. Lo mismo sucede con los legados á plazo (*ex die certo; in diem; post diem*) cuando se trata de estos términos que no equivalen á una condición y no suspenden el derecho; por ejemplo, yo lego cien sueldos de oro pagaderos en las calendas de Enero, ó tantos años después de mi muerte, tantos años después de la adición, etc. (1). En cuanto á los legados subordinados á una condición suspensiva ó á un término que equivale á una condición, el *dies cedit* sólo tiene lugar al cumplimiento de la condición (2). Respecto al *dies venit*, esto es, para que el legado sea fenecido ó exigible, es del todo necesario que se haya verificado la adición; y además, si hay un término cualquiera ó una condición que se hayan cumplido (3).

La ley PAPIA POPPÆA, en sus disposiciones caducarias y fiscales, había modificado el antiguo derecho relativamente al *dies cedit*

(1) Dig. 36. 2. 5. pr. f. Ulp., y 21. pr. f. Paul.

(2) Ib. 5. § 2. f. Ulp., y 21. pr. f. Paul.

(3) En el bien entendido que no hay que hacer ninguna diferencia entre la época de la muerte y la de la adición, si se trata de herederos necesarios, puesto que no pueden rehusar la herencia.— Dig. 31. 2.º 32. pr. f. Modest.— 36. 2. 21. pr. f. Paul.

para los legados puros y simples; en vez de terminar á la muerte del testador, el *dies cedit* no debia ya tener lugar sino á la apertura del testamento (*ex apertis tabulis*) (1). Estas leyes caducarias, ya suprimidas en parte por Constantino (2) y por Teodosio (3), lo fueron enteramente por Justiniano, que restableció especialmente el derecho primitivo en cuanto al *dies cedit* (4).

¿Cuál es la utilidad del *dies cedit* y del *dies venit*? En este último punto, es decir, en cuanto al vencimiento, en cuanto á la exigibilidad, no hay dificultades, y por esto no son precisas las explicaciones. Pero lo tocante al *dies cedit* debe llamar nuestra atención. En general no se fija la consideración sino en uno de los efectos del *dies cedit*, la transmisibilidad del derecho; tradúcense también estas palabras *dies cedit* por estas otras: *el derecho es transmisible* (5); traducción inexacta. Este efecto es ciertamente uno de los principales del *dies cedit*; pero no es el único; hay más, no es esencial, porque puede no hallarse, y esto es lo que se verifica en todos los legados de derechos, exclusivamente pertenecientes á la persona, mientras tienen otros efectos, que nunca faltan.

Al *dies cedit*, hemos dicho, el derecho eventual al legado se determina en beneficio del legatario; además de esto, la influencia de dicha fijación extiende sus consecuencias á cuatro puntos importantes: 1.º, á la determinación de las personas que adquieran el legado; 2.º, á las cosas que lo compongan; 3.º, á la transmisibilidad del derecho cuando es posible; 4.º, finalmente, en algunos casos particulares, á la pérdida ó á la conservación del derecho que hace el objeto del legado.

1.º *Sobre la determinación de las personas que adquieren el legado*; ésta será necesariamente la persona capaz de adquirirlo en el momento en que se fije el derecho. Así, pues, si se trata de un legado hecho á un hijo de familia ó á un esclavo, el amo ó dueño que lo sea en el momento del *dies cedit* será quien se aprovechará del legado, y quien podrá reclamarlo á su vencimiento, pues en

(1) Ulp. Reg. 24. § 30.—Pronto daremos algunos pormenores acerca de esta apertura de los testamentos: los fragmentos de Ulp. 10. §§ 1 y 12, insertos en el título del Digesto que habla de esta apertura, eran evidentemente relativos á esta disposición de la ley PAPIA POPPEA.

(2) Cod. 8. 58.

(3) Cod. 6. 51. § 5.

(4) Ib. 1. § 1.

(5) Véase á MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts* (Manual del derecho romano moderno), § 712, p. 391 de la traducción.

la época del *dies cedit* se ha fijado el derecho; ó bien el hijo ó el esclavo mismo, si en el día del *dies cedit* se habían hecho *sui juris* (1).

2.º *Sobre las cosas que componen el legado*; puesto que el derecho eventual se fija en el *dies cedit*, se fija relativamente á la cosa, lo mismo que relativamente á las personas. Así, pues, la cosa tal como se encontraba en el *dies cedit* hace el objeto del legado, y sobre ella recae el derecho eventual del legatario. Si esta cosa es una universalidad, capaz de recibir agregaciones ó supresiones ulteriores, por ejemplo, un peculio, un rebaño, se advierte desde luego que aumenta mucho el interés de la regla (2).

3.º *Sobre la transmisibilidad del derecho*; si el legatario muere antes del *dies cedit*, nunca ha tenido más que esperanzas; y tales esperanzas se han desvanecido por su muerte prematura; nada, pues, transmite á sus herederos. Si, por el contrario, ha llegado el *dies cedit*, puesto que el derecho eventual se ha fijado en beneficio suyo, lo transmite á sus herederos (3).

4.º *Finalmente, en algunos casos, sobre la pérdida ó la conservación del derecho legado*; esto es lo que ya hemos visto en lo tocante á los efectos de la pequeña disminución de cabeza, ó del no uso, en los legados del usufructo, de uso ó de habitación; la extinción sólo puede efectuarse si el *dies cedit* ha llegado ya. De esto procede el origen de los legados de usufructo ó de uso *in singulos annos; vel menses, vel dies*, para los cuales hay cada año, cada mes ó cada día un nuevo *dies cedit* (4).

Esta teoría del *dies cedit* tiene además consecuencias, cuya aplicación veremos más de una vez, respecto á la validez de los mismos legados (véanse, sobre todo, más adelante, §§ 32 y 33).

Antes de terminar este asunto señalemos dos casos particulares, en los que la determinación del *dies cedit* se separa enteramente de las reglas generales que acabamos de exponer:

1.º Si se trata de un esclavo del testador, á quien este último ha dejado á la vez por su testamento la libertad con un legado, como la primera condición para que este esclavo pueda tener un derecho fijo en beneficio suyo es que haya sido hecho libre, el *dies*

(1) Dig. 36. 2. 5. § 7. f. Ulp.—Ulp. Reg. 24. § 23.

(2) Dig. 31. 2.º 65. pr. f. Pap.—Véase en adelante. § 20.

(3) Dig. 36. 2. 5. pr. f. Ulp.

(4) Dig. 7. 4. 1. § 1 y sig. f. Ulp.—Ib. 28. f. Paul.

cedit para su legado no llegará sino en el momento en que adquiere la libertad; esto es, no á la muerte del testador, sino á la adición de la herencia, suponiendo que se trate de disposiciones puras y simples (1).

2.º Respecto del usufructo, del uso, de la habitacion, derechos exclusivamente pertenecientes á la persona del legatario, sabemos que el *dies cedit* no tiene lugar sino cuando el *dies venit* ha terminado; es decir, que la fijacion del derecho sólo tiene lugar en el momento mismo de la espiracion del plazo (2): «*Tunc enim constituitur ususfructus*, dice Ulpiano para dar razon de esta diferencia, *cum quis jam frui potest*» (3); y la explica entónces con más claridad diciendo: «*Nam cum personæ cohæreat, recte dicitur ante aditam hereditatem diem non cedere*» (4); y en fin, todavía más explícitamente: «*Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est si ante, quis diem ejus cedere dixerit*» (5). Así, pues, la idea que ha dominado en la introduccion de esta excepcion es, que en este caso la transmisibilidad del derecho no es posible. Pero no lo es ya más despues de la adición que ántes; aún despues de la adición sólo es transmisible el derecho sobre los frutos ya percibidos ántes de la muerte del usufructuario; en cuanto al mismo usufructo, se extingue por esta muerte. El *dies cedit*, al contrario, conserva todos sus efectos en los otros tres puntos que hemos señalado. Por esto Labeon era de parecer que debia haber lugar para los legados de usufructo como para los demas legados, sin establecer diferencia; pero prevaleció el opuesto parecer, el de Juliano (6).

De la regla Catoniana (Catoniana regula) (7).

Es un principio razonable, admitido generalmente en la legislación romana, que un acto nulo en su origen no puede llegar á ser válido por el solo transcurso del tiempo. «*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*» (8). ¿Pero cuál es el do-

(1) V. en adelante § 20, y Dig. 33. 8. 8. § 8. f. Ulp.— Véase tambien una particularidad análoga respecto del legado hecho á un esclavo, legado él mismo. D. 36. 2. 17. pr. y 16. § 1. f. Julian.

(2) Dig. 36. 2. 2. f. Ulp.

(3) Dig. 7. 3. 1. § 2. f. Ulp. y Vatic. J. R. Fragm. § 60.

(4) Dig. 36. 2. 9. f. Ulp.

(5) Ib. 3.

(6) Vatic. J. R. Fragm. § 60.

(7) Dig. 34. 7. *De regula Catoniana*.

(8) Dig. 50. 17. 29. f. Paul.

minio verdadero, cuál la latitud de la aplicacion de esta regla? Este punto no carece de dificultades muy graves.

En la materia que nos ocupa, es decir, los testamentos, todo lo que concierne á la forma del acto ó á la capacidad del que lo hace está incontestablemente bajo el imperio de esta regla: si la forma es viciosa ó el testador incapaz desde su origen, el testamento es nulo y no será válido por el transcurso del tiempo. Pero relativamente á aquel en cuyo favor se hace la disposicion, ó de las cosas capaces de ser comprendidas en ella, ¿qué resolverémos? El testamento no está destinado á producir ningun efecto en el momento de su formacion; sólo es un acto de precaucion, un acto para lo futuro, para el dia en que fallezca el testador: ¿no bastará, pues, considerar esta época para examinar si hay capacidad de recibir, ó si las cosas comprendidas en la disposicion son susceptibles de ser objeto de ella?

Hemos visto la cuestion resuelta respecto de la institucion de heredero; es preciso que la capacidad de ser instituido exista en el momento en que se hace el testamento, sin perjuicio de las otras épocas, y hemos manifestado el origen de esta regla en la misma naturaleza del testamento *calatis comitiis*, y del testamento *per æs et libram* en su primera forma. De aquí nace la máxima expuesta por Licinio Rufino: «*Quæ ab initio inutilis fuit institutio ex post facto convalescere non potest*» (1).

Pero respecto de los legados, la naturaleza de los testamentos primitivos no producía las mismas consecuencias; si el heredero debia ser admitido por los comicios para continuar la persona del difunto; si posteriormente debió comprar el patrimonio, lo que exigía indispensablemente que existiese y fuese capaz en el momento de la decision de los comicios ó de la mancipacion del patrimonio, no sucedía lo mismo con los legatarios; una vez instituido el heredero, los legados eran la carga que le estaba impuesta; ésta era la ley del testador, ley indicada por la *nuncupatio*; ninguna forma de testamento llevaba consigo, como consecuencia precisa, la necesidad de la existencia y la capacidad de los legatarios en el mismo momento de la formacion del acto, pues no figuraba en él en persona por ningun título.

Pero esta necesidad, introducida probablemente con alguna in-

(1) Dig. 50. 17. 210.

certidumbre por la jurisprudencia primitiva, fué definitivamente formulada por Catón el Viejo, ó quizá por su hijo, en una regla general, que recibió el nombre de regla Catónica (*Catoniana regula*).— Celso nos dice sus disposiciones en estos términos: «*Quod si testamenti facti tempore decessisset testator inutile foret, id legatum quancumque decesserit non valere*» (1). De manera que para apreciar la validez de un legado es preciso suponer al testador muerto inmediatamente despues de la formación del testamento, y ver si en este estado sería válido el legado. El motivo filosófico de esta regla fué, sin duda, que siendo el testamento un acto hecho por prevision para el momento de la muerte, y siendo siempre la muerte una cosa inminente, pudiendo herir en cualquiera instante, en el momento mismo en que acaba de hacerse el acto, hallaron arreglado á buena lógica los jurisprudentes deducir de ello que este acto debía ser de tal naturaleza que pudiese producir todo su efecto en el mismo instante, si llegaba el caso (2).

La regla Catónica no atiende á las instituciones de los herederos: «*Catoniana regula non pertinet ad hereditates*», dice Papiano (3). El principio que las rige es semejante, pero ha precedido á la regla Catónica y procede del mismo origen. Habiendo venido la una á completar á la otra, ha podido decirse con Javoleno, tanto respecto de los legados cuanto respecto de las instituciones: «*Omnia que ex testamento proficiscuntur, ita statim eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint*» (4).

La regla Catónica no se aplica tampoco á los legados condicionales (5). En efecto, en este caso supóngase al testador muerto inmediatamente despues de la formación del testamento, el legado no ha sido hecho para producir desde luego su efecto; ha sido subordinado á una condicion; hasta que ésta se verifique no se fija

(1) Dig. 34. 7. 1. pr. f. Cels. — El juriconsulto añade, sin embargo, que esta disposición de la regla Catónica es falsa en algunos puntos: «*Quæ definitio in quibusdam falsa est.*»

(2) «*Quia quod nullas vires habiturum foret si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere quia vitam longius traxerit, absurdum esset*», dice Gayo, 2. § 244.

(3) Dig. 34. 7. 3. «*Ad conditionales hereditates non pertinet*», añade el fragmento 4, que sigue inmediatamente despues, y que está sacado de Ulpiano: fragmento cuya interpretación puede ocasionar embarazo; porque si la regla Catónica no se aplica á ninguna institución, ¿por qué se dice que no se aplica á las instituciones condicionales? La interpretación más clara y sencilla es la que supone que esta ley habla de los legados hechos en un testamento, cuya institución es condicional. En efecto, estos legados son por esto solo condicionales ellos mismos, y como tales, no sujetos á la regla Catónica.

(4) D. 50. 17. 201.

(5) D. 34. 7. 1. § 1. f. Cels.; y 2. f. Paul.

ni puede ejercitarse ningun derecho (no tiene lugar ningun *dies cedit*) ni con relacion á la persona ni con relacion á la cosa; es preciso, pues, esperar. — Por la misma razon no se aplica á los legados en los cuales tiene lugar el *dies cedit*, no á la muerte del testador, sino únicamente despues de la adición de la herencia (*neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem*) (1). En fin, ni á las nuevas leyes (*ad novas leges*), dice Ulpiano (2); lo que indudablemente alude, segun conjeturas de Cujacio, á las condiciones de capacidad (condiciones de matrimonio y de existencia de hijos), exigidas por las leyes JULIA y PAPIA POPPÆA (*Hist. del Der.*, p. 253).

¿Se aplicaba á los fideicomisos la regla Catónica? Al principio, y con el objeto primitivo de los fideicomisos destinados precisamente á evitar el rigor del derecho civil, indudablemente no. De lo que muchos intérpretes deducen por conclusion que puesto que en tiempo de Justiniano los legados deben tomar de los fideicomisos todo lo más favorable de éstos, la regla Catónica debió dejar de existir. No admitimos esta conclusion: en efecto, el Digesto de Justiniano, en el que se hace la fusión de los legados y fideicomisos, consagra, sin embargo, un título especial á la regla Catónica, y esta regla continúa recibiendo su aplicación en todos los casos, especialmente en muchos párrafos de nuestro título. En fin, los fideicomisos, toda vez que han sido sancionados por la legislación como obligatorios, no han sido abandonados á su primitiva independencia; vemos en Gayo y en Ulpiano que las reglas sobre la capacidad de recibir les fueron aplicadas por un senado-consulto en tiempo de Adriano, especialmente en lo que tiene relacion con los *peregrini*, las personas inciertas, los póstumos extraños (3). De lo que resulta que probablemente la regla Catónica se habia extendido hasta el fideicomiso, al ménos relativamente á la facción de testamento (4); y que en todos los casos, en tiempo de Justiniano, léjos de comunicar á los legados su excepcion, si habia existido, los fideicomisos, por el contrario, toman la regla.

Aunque el orden de los párrafos que nos quedan por explicar no sea muy metódico ni regularmente seguido, sin embargo, excep-

(1) Ib. 3. f. Pap.

(2) Ib. 5. f. Ulp.

(3) Gay. 2. §§ 285 y 287.— Ulp. Reg. 25. §§ 4. 6 y 17.

(4) Sin embargo, la cuestion, bajo este último punto de vista, es muy dudosa. V. 32. 3.º 1. § 1. y § 5. f. Ulp.; 7. f. Ulp., que presentarían al ménos excepciones á la aplicación de la regla.

tuando algunas aberraciones que harémos observar, se presenta con corta diferencia de este modo: De las cosas que pueden ser legadas, materia en que se encuentra intercalado todo lo que se refiere al derecho de acrecion entre colegatarios;—De la pérdida de las acreciones ó decreciones de la cosa legada;—De aquellos á quienes puede legarse;—De los modos de los legados.

De las cosas que pueden ser legadas.

IV. Non solum autem testatoris vel heredis res, sed et aliena legari potest: ita ut heres cogatur redimere eam et præstare, vel, si non potest redimere, æstimationem ejus dare. Sed si talis res sit, cujus non est commercium, nec æstimatio ejus debetur, sicuti, si campum Martium, vel basilica, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit: nam nullius momenti legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non et, si ignorabat: forsitan enim, si scisset alienam, non legasset. Et ita divus Pius rescripsit; et verius esse, ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere, scisse alienam rem legare defunctum; non heredem probare oportere, ignorasse alienam: quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit (1).

Vel heredis res: lo que no tenía lugar en otro tiempo sino en los legados *per damnationem*, ó *sinendi modo*.

Et aliena: lo que sólo se aplicaba en otro tiempo á los legados *per damnationem*.

Si non potest redimere: ó bien si hay algun motivo equitativo para quedar dispensado de suministrar la cosa: por ejemplo, si se exige por ella un precio exorbitante; ó si el esclavo que ha tenido encargo de dar, es su padre, su madre ó su hermano natural. En

(1) D. 22. 3. 21. f. Marcian.

este caso, corresponde á las atribuciones del juez permitirle que cumpla su obligacion pagando el precio (1).

Cujus non est commercium: aunque la adquisicion de ella sea difícil, con tal que sea posible jurídicamente, salvo el no pagar más que la estimacion de la cosa, si no puede adquirirla de hecho (2).

V. Sed et si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placet quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere, et hoc expressit, non debet heres eam luere.

5. Si el legado consiste en una cosa empeñada á un acreedor, deberá el heredero desempeñarla. Y debe entenderse en este caso, lo mismo que en el de la cosa de otro, que el difunto supiese que la cosa estaba empeñada: así lo han decidido por rescriptos Severo y Antonino. Si el testador, sin embargo, ha querido que el desempeño quede á cargo del legatario, y lo ha manifestado así, el heredero no se hallará obligado á dicho desempeño.

Rem obligatam: es decir, ya hipotecada, ya dada en prenda (3).

VI. Si res aliena legata fuerit, et ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerint: si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse. Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum, rem an æstimationem, ex testamento consecutus est: nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa; si æstimationem, agere potest.

6. Si la cosa de otro ha sido legada, y en vida del testador ha adquirido el legatario la propiedad de ella, puede á título de compra obtener el precio por la accion *ex testamento*; pero si ha sido á título lucrativo, como por donacion ó por cualquier otra causa semejante, no tiene accion. Porque se halla recibido tradicionalmente que dos causas lucrativas no pueden acumularse para una misma cosa en un mismo individuo. Por idéntica razon, si la misma cosa ha sido legada por dos testadores á un mismo legatario, importa mucho distinguir si desde luego ha recibido la cosa ó su estimacion; porque en el primer caso ya no tiene accion, pues la ha obtenido por causa lucrativa; mas en el segundo, si ha recibido el precio, puede todavía reclamar.

Vivo testatore: en vida del testador y aún en cualquier tiempo despues de su muerte, mientras que el legado no haya sido paga-

(1) Dig. 30. 1.º 71. § 3. f. Ulp.—32. 3.º 30. § 6. f. Labeon.

(2) Dig. 30. 1.º 39. §§ 7 & 10. f. Ulp.—Ulp. Reg. 24. § 9.—Dig. 41. 1. 83. § 3. f. Paul.—137. § 6. f. Vennl.

(3) Paul. Sent. 3. 6. § 8.—Dig. 30. 1.º 57. f. Ulp.

do. En efecto, es regla, no ya especial á los legados, sino general en materia de obligaciones, que el que debe por una causa lucrativa una cosa determinada, queda libre de la obligacion si el acreedor ha adquirido esta cosa por título lucrativo: «*Omnes debitores qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur cum ea species ex causa lucrativa ad creditorem pervenisset*» (1).

Pretium: el precio que le ha costado: «*Usque ad pretium quod mihi abest competet mihi actio ex testamento*», dice Ulpiano (2). Lo que debe aplicarse no solamente al caso de compra, sino á cualquiera adquisicion á título oneroso; el legatario debe ser indemnizado de los sacrificios que ha hecho para conseguir la cosa, porque la intencion del testador ha sido hacérsela ver gratuitamente.

In eundem hominem: lo que debe traducirse por *el mismo individuo*, el mismo hombre considerado individualmente, y no la *misma persona*. En efecto, dos cosas lucrativas pueden acumularse para la misma cosa, en el amo y en su esclavo, aunque sólo tengan una sola y única persona jurídica. Así, pues, si la misma cosa es legada por dos testadores al amo y á su esclavo, cada legado será válido y deberá recibir su ejecucion con independencia del otro: esto se refiere á un principio que ya hemos enunciado, y que tendremos ocasion de desenvolver muy luégo. Del mismo modo, si la cosa que me ha sido legada se entrega á título lucrativo, por ejemplo, en donacion á mi esclavo, aunque yo la haya adquirido lucrativamente, podré siempre obrar *ex testamento*, para hacerme dar su valor en virtud del legado (3). Lo mismo sucedería respecto del hijo de familia.

Si aestimationem, agere potest; porque haber recibido la estimacion es no haber adquirido la cosa. El beneficio procurado por el testamento ejecutado primero, en nada perjudica á la ejecucion del segundo (4).

VII. Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, si modo futura est, recte legatur, veluti fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.

7. Puede legarse una cosa que no existe, con tal que haya de llegar; por ejemplo, los frutos que producirá tal campo, el hijo que nacerá de tal esclava.

(1) Dig. 44. 7. 17. f. Julian.—32. 3.º 21. § 1. f. Paul.

(2) Dig. 30. 1.º 34. § 7. f. Ulp.

(3) Dig. 30. 1.º 108. § 1. f. Afric.—Aqui la decision parece que consiste en otro motivo.

(4) Dig. 30. 1.º 34. § 2. f. Ulp.—31. 2.º 66. § 1 y sig. f. Pap.—50. 16. 88. f. Cels.

Estas cosas futuras no podian ser legadas en otro tiempo sino *per damnationem* (1).

VIII. Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scienditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat: Titio et Seio hominem Stichum do lego; disjunctim ita: Titio hominem Stichum do lego. Seio Stichum do lego. Sed et, si expresserit, eundem hominem Stichum, æque disjunctim legatum intelligitur.

8. Si una misma cosa es legada á dos legatarios, ya conjunta, ya separadamente, y los dos se presentan al legado, se divide entre los dos. Si falta uno de ellos, ya por negarse al legado, ya por fallecer ántes que el testador, ó por otra causa cualquiera, el colegatario tiene el legado entero. Se lega conjuntamente, por ejemplo, diciendo: Doy y lego el esclavo Estico á Ticio y á Seyo; disjuntamente diciendo: Doy y lego á Ticio el esclavo Estico; doy y lego á Seyo el esclavo Estico. Y aunque hubiese dicho, el mismo esclavo Estico, no por eso el legado hubiera dejado de hacerse disjuntamente.

Trátase aquí del derecho de acrecion entre colegatarios, materia que se halla mezclada á los párrafos que tratan de *cosas legadas*, y que requiere un lugar aparte.

Del derecho de acrecion entre los colegatarios.

Permaneciendo válido el testamento, puede suceder que tal ó cual legado quede sin validez. Preséntanse con este motivo tres casos bien distintos: 1.º El legado puede ser nulo desde el principio, por ejemplo, porque el legatario en la época de la disposicion hubiese ya muerto ó se hubiese hecho incapaz. En este caso se dice que el legado se conceptúa como no escrito (*pro non scripto*). 2.º O bien siendo por sí misma válida la disposicion y en su origen, el legatario puede dejar de cumplir, faltar á su legado (*defecere*). Esto sucede si rehusa, ó bien si ántes que el derecho eventual se haya fijado en su beneficio (ántes del *dies cedit*), se ha hecho incapaz; por ejemplo, si ha muerto, ó si ha experimentado la grande ó pequeña disminucion de cabeza. En tal caso puede decirse que el legado es *irritum*, inútil, ó *destitutum*, abandonado. 3.º Ó finalmente, el legado, aunque válido desde el principio, y fijado en beneficio del legatario en la época del *dies cedit*, puede

(1) Gay. 2. § 203.

serle quitado por causa de indignidad. Llámasele *eripitium* (*quæ ut indignis eripiuntur*).—¿Qué sucede con los legados sin validez por esta causa? El último caso se rige particularmente. Aquí el provecho se fija en beneficio del legatario: lo que le ha sido quitado por indignidad vuelve por lo regular al fisco. Pero en los dos primeros casos, el legatario nunca ha tenido derecho; naturalmente, y prescindiendo de toda circunstancia especial, el legado debe, pues, aprovechar al heredero que estaba gravado con él; era una disposicion que se le imponía; esta disposicion se considera ó no escrita, ó inútil y abandonada, y se encuentra, por consiguiente, en libertad. Sin embargo, las circunstancias particulares ó las disposiciones legislativas especiales pueden hacer que no suceda así. Estas circunstancias particulares son los casos en que la misma cosa puede ser legada á muchos. La ley PAPIA POPPEA declara que tales son en la sucesion histórica del derecho romano estas disposiciones legislativas especiales.

En efecto, si la misma cosa ha sido legada á muchos, aunque el legado sea nulo respecto de uno de ellos, ó aunque uno de ellos llegue á faltar, los demás á quienes la cosa ha sido legada también, ¿no están presentes para recibirla? ¿No son ellos los que deben aprovecharse de la nulidad del legado, ó de la falta de alguno de los llamados? Ésta es la cuestion que importa examinar.

Se llaman colegatarios (*collegatarii*) todos aquellos en general á quienes en un mismo testamento se ha legado una misma cosa. Mas esto puede verificarse, como nos dice el texto, de dos maneras: ya conjuntamente (*conjunctim*), si lo ha sido en una sola y única disposicion, como, por ejemplo: «Lego á Ticio y á Seyo el esclavo Estico»; ya disjuntamente (*disjunctim*), si hay en el mismo testamento tantas disposiciones separadas cuantos son los legatarios: «Lego á Ticio el esclavo Estico; lego á Seyo el mismo esclavo Estico, etc.» Tanto en uno como en otro caso se dice también que los legatarios son conjuntos, y que el legado ha sido hecho conjuntamente (1); pero entónces se fija sólo la atencion en la cosa, y no en la disposicion; en efecto, en cuanto á la cosa siempre son conjuntos; una misma cosa ha sido legada á cada uno.—Estas diversas ideas se encuentran precisadas y distinguidas en otros términos, en otra clasificacion admitida también entre

(1) Dig. 32. 3.º 30. f. Cels.

los juriconsultos romanos, y que nos la indica Paulo: «Triplici modo, conjunctio intelligitur: aut enim *re* per se conjunctio contingit, aut *re et verbis*, aut *verbis tantum*» (1). Son conjuntos por la cosa solamente (*re conjuncti*, ó *re tantum*, ó *re non etiam verbis*) aquellos á quienes una misma cosa ha sido legada en el mismo testamento, por disposiciones separadas (*disjunctim*, ó *separatim*). Son conjuntos por la cosa y por las palabras (*re et verbis*), aquellos á quienes ha sido legada por una sola y única disposicion (*conjunctim*). En fin, son conjuntos por las palabras solamente (*verbis tantum*, ó *verbis non etiam re*) aquellos á quienes una misma cosa ha sido legada; pero con indicacion de partes entre ellos: por ejemplo: lego á Ticio y á Seyo tal fundo por partes iguales, ó á cada uno la mitad, ó en cualquiera otra proporcion (2). Aquí los legatarios no son realmente conjuntos y colegatarios, pues sólo tienen la apariencia de tales; en verdad no les ha sido legada la misma cosa, sino cosas distintas y separadas: á cada uno su parte. Sin embargo, esta especie de conjuncion no dejaba de producir cierto efecto bajo la legislacion de la ley PAPIA POPPEA.

Para ilustrar lo que se refiere al derecho de acrecer es preciso seguir la progresion histórica del derecho (3). Tres épocas principales hay que distinguir:

I. *Época de la distincion de los legados en cuatro clases; pero con anterioridad á la ley PAPIA POPPEA.* En este período, por la fórmula misma, y rigurosamente segun los términos y efectos de esta fórmula, es preciso juzgar las diversas consecuencias del legado, y singularmente la que se ha llamado *derecho de acrecer*.

¿Se trata de un legado *per vindicationem*, que la misma cosa haya sido legada á muchos, ya *conjunctim*, ya *disjunctim*? Pues tiene lugar la acrecion; es decir, que llegando á faltar uno de los legatarios, ó siendo nulo el legado (*pro non scripto*) con relacion

(1) Dig. 50. 16. 142. f. Paul.

(2) «*Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item legatarii.*» Dig. 32. 3.º 89. f. Paul.

(3) Véanse sobre este punto las dos obras especiales que siguen: HOLTJUS: *Análisis histórico del derecho de acrecion entre legatarios, segun el derecho romano, las leyes de Justiniano y las principales legislaciones modernas de Europa*; Lieja, 1830, 8.º; inserto primero en forma de disertacion en la *THEMIS*, t. 9 y 10.—D'HAUTHUILLE: *Ensayo acerca del derecho de acrecion*, Marsella, 1834, folleto en 8.º

á él, su parte acrece al colegatario (1). En efecto, se trata aquí de un legado de propiedad; por la fórmula misma de este legado toda la cosa corresponde á cada uno de los legatarios, y á cada uno de éstos le ha sido transferida la propiedad de ella en su totalidad (*in solidum habuerant*). Tal es la interpretacion estricta y rigurosa de la fórmula civil, áun en el caso de que no haya habido más que una sola disposicion: «*Titio et Seio hominem Stichum do lego.*» Si presentándose juntos se ven obligados los dos colegatarios á partir la cosa, esto sucede por su concurso (*in solidum habuerant; concursu res divisa est*) (2). Cesando el concurso, ya por nulidad del legado respecto de uno de los legatarios, ó por la falta de otro, no hay ya para qué hacer ninguna particion, pues el que queda toma la cosa en su totalidad. Por manera que, á decir verdad, la palabra acrecion en este período es inexacta, pues para el legatario que queda solo hay, más que decrecion, acrecion.—Pero nada de esto ocurriria si los dos legatarios fuesen conjuntos por palabras solamente: «*Titio et Seio fundum æquis partibus do lego.*» Segun la misma fórmula, la propiedad sólo ha sido transferida á cada uno en una parte, aunque *pro indiviso*; cualquiera que sea la suerte de la otra, no puede esto modificar su derecho.

Si se tratase de un legado *per damnationem*, la acrecion nunca tendria lugar. En efecto:—ó el legado de la misma cosa dejada á muchos ha sido hecho *conjunctim*, como, por ejemplo: «*Heres meus fundum Titio et Seio dare damnas esto*»; en cuyo caso no ha transferido semejante legado á los legatarios un derecho de propiedad, sino sólo un derecho de crédito ó deuda en comun; pues es regla general del derecho que los créditos (*nomina*), desde que existen en comun, en provecho ó á cargo de muchos, se dividan por su sola naturaleza (3). Ticio y Seio no han tenido, pues, más que una accion contra el heredero, cada uno por la mitad del fundo, sin que la suerte de la una pueda influir en la de la otra. El mismo efecto de division que habria producido, relativamente á la propiedad, la expresion *æquis partibus*, añadida á la fórmula *per*

(1) Gay. 2. § 199.—Ulp. Reg. 24. § 12.—Vatic. J. R. Frag. §§ 75 á 85, sobre el derecho de acrecer en el legado de usufructo.

(2) Dig. 7. 2. 3. pr. f. Ulp.

(3) Tampoco, segun la ley de las Doce Tablas, la accion *familia eriscunda* se aplicaba á los créditos ú obligaciones. Dig. 10. 2. 2. § 5. f. Ulp.

vindicationem, lo produce por sí misma la naturaleza esencialmente divisible de la obligacion en el legado *per damnationem*, relativamente al crédito á que da origen este legado. No hay, pues, acrecion (1): «*Jus acrescendi cessat, non inmerito quoniam damnatio partes facit*», dicen los fragmentos del Vaticano (2):—Ó el legado ha sido hecho *disjunctim*, v. gr.: «*Heres meus hominem Stichum Titio dare damnas esto. Heres meus hominem Stichum Seio dare damnas esto, etc.*» En este caso hay tantos créditos ú obligaciones como disposiciones; Estico se debe tantas veces cuantas ha sido legado: la concurrencia no obliga á ninguna particion, ó mejor dicho, no hay concurrencia, porque no se trata de propiedad, sino de obligacion: el heredero deberá dar á cada legatario, ó Estico ó su precio (*singulis solida res debetur, ut scilicet heres alteri rem, alteri ejus æstimationem præstare debeat*) (3), y esto cualquiera que haya sido la suerte del otro legado. Que haya ó no nulidad ó falta de persona respecto de uno de los legados, los que subsisten no experimentan ni acrecion ni decrecion.

En cuanto á los legados *sinendi modo* y *per præceptionem*, cuya naturaleza era ménos pura y ménos calificada, habian dado ocasion entre los jurisconsultos, respecto del derecho de acrecer, á una diversidad de opiniones curiosas, que sería prolijo y poco útil reproducir en este lugar (4).

II. *Sistema introducido por la ley JULIA y PAPIA POPPEA.* Más de una vez hemos tenido ocasion de hablar de estas dos leyes (la primera de las cuales fué refundida en la segunda), en las que se trató por medio de la fiscalizacion de impedir la depravacion de las costumbres y que se acabase la poblacion legítima de los ciudadanos (véase *Hist. del der.*, p. 253). El derecho de acrecer, que acabamos de explicar, lo modificaron bajo dos aspectos importantes: 1.º Declarando incapaces total ó parcialmente de recibir á los herederos ó legatarios que fuesen célibes (*caelibes*), ó no tuviesen hijos (*orbi*); y ademas, haciendo retroceder la época de la adiccion y la del *dies cedit*, es decir, de la fijacion del derecho, hasta el dia de la apertura de las tablas del testamento, sucedió que las disposiciones que hubieran debido ser válidas y adquiridas por el heredero ó el

(1) Gay. 2. § 205.—Ulp. Reg. 24. § 13.

(2) Vact. J. R. Frag. §§ 85 y 87.

(3) Gay. 2. § 205.

(4) Gay. 2. §§ 215 y 232.

legatario con arreglo al derecho civil, se invalidaron y caducaron en virtud de la ley PAPIA POPPEA. Esta imagen de la disposicion que cae por tierra, pasó como expresion figurada al lenguaje técnico del derecho; y se llamó *caduca* (de *cadere*, caer) toda disposicion que, aunque válida y pasada, y haciendo adquirir al llamado segun el derecho civil, caia en cierto modo de sus manos, se desprendia de su persona por causa de la ley PAPIA POPPEA. Esto es lo que dice terminantemente Ulpiano: «*Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo*» (1). Designando el adjetivo *caducus*, *caduca*, *caducum*, una cualidad, que tan frecuentemente se realizaba en las disposiciones testamentarias, se trasformó en sustantivo, se hizo expresion técnica, y los *caduca* ocuparon el mayor lugar en los escritos de los jurisconsultos y en la atencion de los ciudadanos; pero hay un grave error en aplicar esta denominacion de *caduca* á todos los casos de invalidacion de las disposiciones testamentarias. En la época histórica del derecho que ahora examinamos, era exclusivamente propia de las invalidaciones ó caducidad introducida por la ley PAPIA POPPEA. En cuanto á los vencimientos que proceden del mismo derecho civil, esto es, en cuanto á los casos en que la disposicion, aunque válida en su origen, debia caducar, porque el llamado faltaba en los términos del derecho civil, la ley PAPIA los redujo en su mayor parte á las reglas del antiguo derecho sobre acrecion, para someterlos á las mismas reglas que los *caduca*, y en tal caso se dice que estas disposiciones eran, no *caduca*, sino *in causa caduci*, es decir, que estaban en la condicion de los *caduca* (2). Respecto de las disposiciones nulas desde su origen (*pro non scriptis*), no tuvo aplicacion la ley PAPIA, y quedaron sujetas á las reglas del antiguo derecho sobre acrecion.

2.º Las disposiciones caducas (*caduca*), y las que les estaban asimiladas (*in causa caduci*), constituidas de este modo, ¿qué hizo de ellas la ley PAPIA POPPEA? Las atribuyó, no ya en ejecucion de las fórmulas del testamento, sino de su propia autoridad, á título nuevo, por el mismo poder de la ley, á los herederos y á los legatarios comprendidos en el mismo testamento y teniendo hijos

(1) Ulp. Reg. De caducis. § 1.

(2) Cod. 6. 51. De caducis tollendis, 1. §§ 2. 4. y 9. const. Justin.

(*patres*). Quitados á los unos y atribuidos á los otros, los *caduca* eran al mismo tiempo castigo por la esterilidad y recompensa por la procreacion legítima. Esto no era un derecho de acrecion, sino una nueva adquisicion; así, pues, el nombre consagrado fué el de *jus caduca vindicandi*, derecho de vindicar los *caducas*. Y este modo de adquisicion se contó en el número de los medios de adquirir el derecho romano en virtud de la ley (*ex lege*) (1).

Pero ¿en qué orden los padres (*patres*), inscritos en el testamento, serán llamados, como precio de su paternidad, á reclamar los *caduca*? Este orden se determinó por la ley como sigue: 1.º Los legatarios conjuntos que tienen hijos, tomando literalmente la palabra *conjuntos*, es decir, *conjuntos por una sola y única disposicion*; lo que comprende á los legatarios conjuntos *re et verbis*, y á aquellos que sólo lo son en apariencia, es decir, *verbis tantum*; de tal manera que se llega al resultado singular de que el *jus caduca vindicandi* se concede á los últimos, mientras que no se concede á los legatarios conjuntos *re tantum*, es decir, á aquellos á quienes la cosa ha sido legada individualmente en totalidad (2); absurdo difícil de explicar, si no se dice que no se trata en este caso de un derecho de acrecion procedente del testamento, sino de una atribucion que la ley hace por sí misma para recompensar la paternidad, y de un orden establecido en esta atribucion. 2.º A falta de legatarios conjuntos, ó si ninguno de ellos tiene la paternidad, los herederos que son padres. 3.º A falta de heredero que tenga esta cualidad, á los legatarios, aunque no sean conjuntos de ninguna manera. 4.º Y finalmente, por falta de persona que tenga hijos, al

(1) «*Lege nobis acquiritur velut caducum vel ereptorium (ó eruptitium) ex lege Papia Poppea, item legatum ex lege XII tabularum.*» Ulp. 19. § 17. — Puede conjeturarse por este fragmento que la disposicion suprimida por causa de indignidad (esto es lo que más probablemente significa la palabra *ereptorium* ó *eruptitium*), fué atribuida como los *caduca* á los padres inscritos en el mismo testamento en recompensa de su paternidad.

(2) Así se explica un fragmento de Paulo (Dig. 30: De legatis, 3.º 89), que habla de esta preferencia concedida por la ley PAPIA á los legatarios conjuntos *verbis tantum* sobre los legatarios que no son conjuntos de ningun modo; fragmento incomprensible, tanto que se ha querido entenderlo del derecho de acrecion ordinario entre colegatarios. Véase el *Análisis histórico del derecho de acrecion*, que hemos citado, por M. HOLTIUS, p. 9 á 19, inserto en forma de disertacion en la *Themis*, t. 9, p. 235 y 534. — El sentido de este fragmento es por lo demas incontestable en lo que se refiere á la admision de los conjuntos *verbis tantum* al derecho de reclamar los *caduca*; pero puede oponerse la dificultad de hallar en él igualmente la exclusion de los conjuntos *re tantum*. Estos tienen individualmente en sus legados la cosa en su totalidad; que aquel á quien haya sido legada, sea por otra parte incapaz, ¿no parece que la cosa debería siempre quedarse en poder de ellos en su totalidad, sin recurrir al *jus caduca vindicandi*? — Sea como quiera, se puede ver una cosa extraña y una dificultad análoga en los artículos 1.044 y 1.045 del código civil frances.

fisco (1). — Una constitucion de Antonino Caracalla puso en breve al fisco, que nunca faltaba, en lugar de todos: «*Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur*», dice Ulpiano (2). Se castigó á los unos, pero no se recompensó á los otros: las nuevas leyes, las leyes caducarias, se convirtieron absolutamente en leyes fiscales. — Por lo demas, siendo la atribucion de los *caduca*, así establecida por la ley PAPIA POPPEA, una nueva atribucion, no tenía lugar por fuerza y de derecho, y habia la libertad de rehusarla; pero aceptada, pasaba con todas sus cargas: «*Caduca cum sua onere fiunt*» (3).

La ley PAPIA habia exceptuado de sus disposiciones caducarias á ciertas personas, como, por ejemplo, á los descendientes y ascendientes del testador hasta el tercer grado, á quienes habia permitido, por consiguiente, que gozasen de los beneficios del antiguo derecho. Esto es lo que llaman los textos *jus antiquum in caducis* (4).

III. *Bajo el imperio de Justiniano*, las leyes caducarias, ya suprimidas en parte, en cuanto á los privilegios de la paternidad en el *jus caduca vindicandi* por Caracalla, y en cuanto á las penas del celibato por Constantino (5), fueron completa y textualmente derogadas (6). Por otra parte, ya no existia diferencia entre las cuatro especies de legados. El derecho de acrecer entre legatarios necesitaba ser arreglado de otro modo; y esto lo hizo la constitucion misma que borró las últimas huellas de las leyes caducarias (*de caducis tollendis*) (7). Nuestro texto nos da de ella las disposiciones elementales.

La acrecion en todos los legados tiene lugar entre colegatarios á quienes ha sido legada la misma cosa, ya conjunta, ya separadamente. Así se extinguen las distinciones, sutiles en verdad, pero

(1) Véase á Gay. 2. §§ 206 y 207. Estos pormenores, que Gayo nos ha suministrado, relativos al *jus caduca vindicandi* y al orden con que se hallaba este derecho concedido á los padres, son dignos de particular estimacion. Suministran una instruccion casi completa acerca de diversos pasajes, mal apreciados de los juriconsultos y hasta de los literatos romanos. Fueron ignorados de nuestros grandes intérpretes de los siglos XVI y XVII, que creyeron que los *caduca* por la ley PAPIA se atribuian directamente al fisco. Heinecio, á quien se debe acerca de esta ley un trabajo estimable, ha incurrido, como los demas, en el mismo error.

(2) Ulp. Reg. 17. §. 2.

(3) Ulp. Reg. 17. §. 3.

(4) Ulp. Reg. 18. *Habeant jus antiquum in caducis.*—Cod. 6. 51. 1. pr. const. Justin.

(5) Cod. 8. 58. *De informandis penis calibatus, orbitatis et (de) decimaribus sublatis.*

(6) Cod. 6. 51. *De caducis tollendis.*

(7) Cod. 6. 51. §. 11. *De caducis tollendis.*

tan ingeniosamente analíticas entre las cuatro especies de legados, entre los casos, sobre todo, en que el legado produce la propiedad, y aquel en que sólo produce una obligacion. Justiniano decretó que todos los casos prestasen la accion real; adoptó, pues, la disposicion que concernia á los legados *per vindicationem*, y en todos habria de tener lugar la acrecion. Pero lo que el Emperador decretó es imposible en muchas ocasiones; los legados, en un gran número de casos, por la naturaleza misma de la cosa legada, sólo pueden crear una obligacion; mas una obligacion se divide de pleno derecho; pero esto no importa, pues no se hará ninguna diferencia; el espíritu de unidad simplifica, pero con la obligacion de no hacer cuenta de aquellas diferencias delicadas que descubre un razonamiento sutil (1).

Sin embargo, si la acrecion tiene lugar cuando la misma cosa ha sido legada, tanto conjunta quanto separadamente, no tiene lugar de la misma manera. En el primer caso (entre conjuntos *re et verbis*) es voluntaria la acrecion y sólo aprovecha á quien la acepta; pero tiene lugar con sus cargas, es decir, con las cargas que gravaban al legado que ha caducado: aquí el Emperador se aprovecha de la legislacion de la ley PAPIA. En el segundo caso, por el contrario (entre conjuntos *re tantum*), la acrecion es forzada, pero se verifica sin ninguna carga (2). ¿De qué idea de razonamiento se deduce esta distincion? En esta época ya no se trataba de fórmulas, de efectos rigurosos, resultado de sus términos precisos, pues por la intencion del testador, se apreciaban principalmente las disposiciones. Mas en el último caso, es decir, entre conjuntos *re tantum*, habiendo sido legada la cosa en su totalidad á cada uno separadamente, de tal manera que hubiese, no ya un solo legado, sino otros tantos legados cuantas han sido las personas, es verdaderamente imposible, á pesar de haber desaparecido las fórmulas, que se presente un caso de acrecion; esta expresion que se le aplica es absolutamente impropia; lo que se verifica es una no-decrecion: el legado que queda permanece tal como ha sido formado ó declarado por el testador, no presentándose nadie

(1) A pesar de la disposicion de Justiniano, han quedado en los fragmentos del Digesto muchas huellas del antiguo derecho para tormento de los comentadores. Particularmente Dig. 30. 1.º 16. pr. f. Pomp.; 34. §. 9. f. Ulp.; 82. §. 5 y 84. §. 8. f. Julian. — 31. 2.º 7. f. Paul.; 13. pr. y §. 1. f. Pomp.; 89. §. 2. f. Scevol. — 32. 3.º 28. §. 2. f. Scevol. — 41. §. 9. f. Scevol. y 89. f. Paul. — 33. 2. 14. f. Cels.

(2) Cod. 6. 51. 1. §. 11.

que obligue al legatario á que haga una particion. En cuanto al primer caso, por el contrario, es decir, aquel en que el legado ha sido dejado conjuntamente (*re et verbis*), no hay más que una sola disposicion, pues los legatarios han sido en cierto modo asociados por el testador en un derecho *pro indiviso*; por consiguiente, Justiniano considera la falta de uno de los legatarios como capaz de dar lugar á una verdadera acrecion; la porcion de uno va á agregarse á la del otro. — Si los legatarios son conjuntos *verbis tantum*, no son realmente colegatarios de la misma cosa y no puede verificarse ninguna acrecion. Esta es la opinion que adoptamos áun en la legislacion de Justiniano (1).

Que el legatario en cuyo beneficio deba verificarse la acrecion viva todavía ó que haya muerto en el momento en que dicha acrecion ocurre, poco importa con tal que no haya muerto hasta despues de la fijacion en beneficio suyo del derecho eventual al legado (despues del *dies cedit*), y que, por consiguiente, haya trasmitido su derecho á sus herederos; éstos se aprovecharán de la acrecion. « *Quia retro accrevisse dominium ei videtur* », dice Ulpiano (2). Véase por qué se dice á veces que la parte del que falta acrece, no á la persona sino á la parte. Locucion enteramente inexacta si se entiende en el sentido de que es preciso que esta parte subsista todavía. La existencia de dicha parte, lo mismo que la de la persona, no es materialmente necesaria. Que la parte ya recibida por el legatario en dinero, vino, aceite, ganado, animales, esclavos, tierras ó cualquiera otro objeto, haya sido consumida, destruida ó no exista ya por cualquiera causa en el momento en que se verifica la acrecion, no dejará ésta por eso de tener lugar (3). Hay más: supongamos que se trata, por ejemplo, de una casa ó de un fundo de tierra, y que la parte de este fundo, recogida por el le-

(1) No puede tratarse, con relacion al tiempo de Justiniano, del derecho de preferencia que les concedia la ley PAPIA; y equivocadamente ha quedado un vestigio de él en un fragmento inserto en el Digesto (V. p. 679. not. 2). Sin embargo, áun entre los intérpretes recientes juzgan algunos que Justiniano ha dado á estos *conjuncti verbis tantum* el derecho de acrecion, de la misma manera que tenían el *jus caduca vindicandi*, segun la ley PAPIA.

(2) Dig. 9. 2. 17. § 1. f. Ulp.; 34. f. Marcell.; 35. f. Ulp.—Un fragmento de Juliano (Dig. 35. 1. 26. § 1.) da un ejemplo de los casos en que puede suceder esto.

(3) V. una explicacion para el caso del legado de usufructo: Dig. 7. 1. 33. §. 1. f. Papin.; y 7. 3. 10. f. Ulp.—Á nuestro juicio no es ésta una excepcion particular al caso de usufructo, como lo indica nuestro colega M. DUCAURROY (*Instit. expliq.*, t. 2. p. 234. not. 1.^o); sino que es una regla general.—Pero la acrecion, en materia de legados de usufructo, tiene otras particularidades; así uno de los legatarios, muerto áun despues del *dies cedit* ó despues del ejercicio de éste, no tienen sus herederos ningun derecho; además, en vez de volver su parte á la propiedad, acrece á sus colegatarios supervivientes.

gatario difunto ántes de la acrecion, haya sido vendida á un tercero; cuando se verifique la acrecion no irá á hacerse á la porcion del fundo que ha pasado á manos de un tercero, sino que se verificará en beneficio de los herederos que representan al legatario difunto. La parte, pues, no acrece á la parte, materialmente hablando; tampoco acrece á la persona, materialmente hablando, al individuo físico, corporal, que ha fallecido; pero acrece á la persona jurídica, á la que no destruye la muerte y continúan los herederos. Acrece tambien, si se quiere, á la parte jurídica considerada en abstracto como derecho, como cosa incorpórea deferida por el legado y unida á la persona jurídica.

Si hay más de dos colegatarios, la parte del que falta acrece á los demas proporcionalmente á la porcion de cada uno (1). Y si hay al mismo tiempo colegatarios *re tantum* y colegatarios *re et verbis*, éstos son preferidos. Por ejemplo, si un fundo de tierra ha sido legado al primero separadamente;—al (segundo y tercero conjuntamente);—al (cuarto, quinto y sexto tambien conjuntamente), vienen á ser estos tres legados distintos, y el fundo debe partirse en tres porciones, reservándose hacer una subdivision por cabezas en las disposiciones que comprendan muchos colegatarios. Si algun legatario falta, la acrecion se verifica desde luego en cada disposicion, y despues de una á otra, si una de ellas llega á faltar absolutamente.

Continuacion: De las cosas que pueden ser legadas.

IX. Si cui fundus alienus legatus fuerit, et emerit proprietatem detracto usufructu, et ususfructus ad eum pervenerit, et postea ex testamento agat: recte eum agere et fundum petere Julianus ait, quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet; sed officio judicis contineri, ut, deducto usufructu, jubeat aestimationem præstari.

9. Si aquel á quien ha sido legado el fundo de otro, ha comprado la mera propiedad, y despues llegase á reunir el usufructo, dice Juliano que este legatario puede obrar y solicitar válidamente el fundo, porque el usufructo en su demanda sólo figura como una servidumbre, pero corresponde al officio del juez ordenar el pago del precio, hecha deduccion del usufructo.

Et fundum petere. Debe pedir el fundo, aunque sea propietario

(1) Dig. 31. 2.^o 41. pr. f. Javol.