

## IV

### LA CONCEPCION CLASICA DEL LEGADO «SINENDI MODO» Y SU PROBABLE ESTRUCTURA ORIGINARIA \*

I. Las escasas noticias que las fuentes ofrecen sobre el legado *sinendi modo* (l.s.m.) y las dudas e interrogantes que se han venido planteando a la doctrina hacen que el interés por el conocimiento de este legado siga siendo vivo y actual.

La doctrina más reciente ha sometido a una rigurosa crítica la tesis dominante que consideraba el l.s.m. como un tipo secundario derivado del legado *per damnationem* y lo ha conceptuado como la forma originaria de legado<sup>1</sup>. La mayor dificultad de este estudio consiste en encontrar el objeto y finalidad propia del legado, ya que los textos lo describen cuando ya ha perdido esa finalidad, al fundirse con el legado damnatorio, y se convierte en una supervivencia histórica. Los autores que últimamente han estudiado este tema, Bammate y Pezzana, sostienen que, mientras originariamente el l.s.m. se distinguiría de los otros tipos de legado por un criterio sustancial, en la época clásica se distingue sólo de ellos por un criterio formal: el de la especial fórmula de disposición usada para esta clase de legado<sup>2</sup>. Ante la ausencia de datos precisos sobre la especialidad del l.s.m., la labor del estudioso no puede ser otra que la de formular hipótesis que deben siempre basarse en las noticias textuales y encuadrarse en el marco de nuestros conocimientos.

Las hipótesis sobre el origen del l.s.m. pretenden trasladar el esquema que ofrece Gayo de este legado a las concepciones primitivas partiendo de la idea de que el legado tuvo siempre un objeto general. En este orden de ideas, las aportaciones de Bammate y Pezzana han tratado de buscarle una explicación poniendo en relación el l.s.m. con el primitivo acto de apoderamiento o con la estructura primitiva de la obligación. Estas hipótesis tropiezan, sin embargo, con la imposibilidad de explicar cómo el legatario llega a hacerse propietario por el simple hecho material de apoderarse

---

\* Trabajo destinado a los estudios en homenaje al Prof. E. Betti.

1. Vid. Bammate: *Origine et nature du legs sinendi modo* (Lausanne-París 1947) y Pezzana: *Contributi allo studio del legato sinendi modo* (Milano 1958), a quienes nos remitimos en la exposición de las precedentes teorías.

2. Cfr. Bammate, op. cit., p. 50 y Pezzana, op. cit. p. 24.

de los bienes legados y deben basarse sobre otra hipótesis: la de dar una explicación al *titulo pro legato* diversa de la que resulta de los textos<sup>3</sup>.

En este artículo exponemos una nueva hipótesis sobre la estructura originaria del l.s.m. que pretendemos explicar buscándole un particular objeto y una propia finalidad distintos del contenido general que este legado tiene en su última fase cuando no tiene ya razón de existir. El objeto propio de este legado creemos fué el respeto que el testador impone al heredero de una situación de hecho constituida a favor del legatario. Para llegar a esta conclusión nos servimos de un criterio metodológico propugnado por el profesor Betti: el separar las decisiones concretas, las figuras jurídicas con sus medios procesales de actuación, en las que fueron indiscutibles maestros los juristas romanos, de las concepciones dogmáticas y tipificadoras que a veces deforman más que aclaran la naturaleza de las instituciones<sup>4</sup>.

2. La exposición de Gayo, 2. 209-215, que es la fuente más extensa sobre el l.s.m., nos proporciona importantes noticias sobre las distintas concepciones de este legado en la época clásica. Para apreciar en su justo valor estos textos gayanos debe tenerse en cuenta que desde el siglo I la jurisprudencia había reducido los tipos de legado a los dos generales de *legatum per vindicationem* y *legatum per damnationem*, legado con efectos reales y legado con efectos obligatorios, y que incluso las diferencias entre estos tipos tienden a borrarse en la práctica por el difundido uso de utilizar conjuntamente las distintas fórmulas de disposición y, sobre todo, por la convalidación de los legados nulos que opera el SC. Neronianiano<sup>5</sup>.

Gayo expone los efectos y caracteres del l.s.m. asimilándolos a los del legado *per damnationem* (l.p.d.), limitándose a subrayar algunas diferencias de escasa importancia y a referirse a la opinión tradicional que defendía la autonomía del legado. En su exposición, después de dar la fórmula de la disposición<sup>6</sup>, refiere tres controversias sobre las cuestiones concretas que suscita el legado:

3. Vid. las acertadas observaciones de BIONDI, *rec. a Bammate*, en *SDHI*. 15 (1949), 273 ss., para quien si el testador dice *sinere* y no *do lego* ni *damnas esto dare*, no se ve cómo se pueda invocar el título *pro legato* que sirve exclusivamente para los legados traslativos de propiedad. Vid. *infra* n. 12.

4. Vid. los escritos metodológicos del Prof. BETTI y últimamente *Falsa impostazione della questione storica dipendente de erronea diagnosi giuridica*, en *RISG* 1952 (separata), p. 6.

5. Cfr. BIONDI: *Successione testamentaria e donazioni*<sup>2</sup> (Milano 1955), p. 278 ss.

6. Vid. *infra* par. 6.

la primera referente a la exigencia de que la cosa legada en el momento de la muerte del testador sea propiedad de éste o del heredero (210-212); la segunda, respecto a la necesidad de que el heredero efectuase actos positivos de transferencia de la cosa legada (213-214); la tercera, sobre los efectos de la llamada *disiunctim* de varios colegatarios (215). En la exposición de estas tres discrepancias doctrinales, entre las que existe una cierta relación, Gayo utiliza el criterio de equiparación con el legado damnatorio: *sicut per damnationem*<sup>7</sup>, *ac si per damnationem*<sup>8</sup>.

Comencemos por la más importante de estas tres cuestiones, que es la referente a la estructura del legado:

Gayo, 2.213: *Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque, donec is tradendo vel mancipando vel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato iuris est; et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET.*

2.214: *Sunt tamen qui putant ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in iure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur; quia nihil ultra ei testator imperavit, quam ut sinat, id est patiatur, legatarium rem sibi habere.*

En el 213 Gayo afirma que en el l.s.m., lo mismo que en el l.p.d., el legatario no adquiere la propiedad al ser aceptada la herencia, sino en el momento en que el heredero transmite la cosa mediante *traditio*, *mancipatio* e *in iure cessio* y por ello nace de este legado una acción *ex testamento*. De este texto resulta claramente la identidad de efectos entre el l.s.m. y el l.p.d., consistentes en la obligación del heredero de transmitir la cosa legada<sup>9</sup> al legatario y el hecho importantísimo de que de los dos legados nace la misma acción, que tiene por objeto un *dare facere*. Por tanto, e independientemente de las posibles diferencias teóricas, desde el punto de vista práctico y procesal, estos dos legados se equiparaban, pues mediante el ejercicio de la *actio ex testamento* se exigía un *dare* o un *facere* del heredero. Para Gayo, el l.s.m. tenía, como

7. El *sicut per vindicationem* del 215 debe corregirse por *sicut per damnationem* para que tenga sentido. Vid. PEZZANA, op. cit. p. 89.

8. Sobre la forma *ac si* utilizada para la equiparación o extensión analógica, vid. GARCÍA GARRIDO: *Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano*, en *AHDE* 25 (1957-58), p. 333 ss.

9. A efectos de la adquisición, BAMBATE, op. cit. 45 ss., distingue entre *res mancipi* y *nec mancipi*; en las primeras la adquisición se daba en virtud del *usus*, en las segundas por el mismo efecto de *sumere*. Acertadamente le objeta BIONDI, en la *rec.* citada, que esta distinción no tiene justificación, pues para la adquisición del dominio es siempre necesario un acto traslativo aunque sea no formal.

el l.p.d., un contenido general<sup>10</sup>. En el 214, Gayo afirma que algunos juristas creen que el heredero no está obligado a realizar estos actos positivos de transferencia de la cosa legada, sino que basta con que tolere que el legatario se apodere de la cosa, ya que el testador sólo le mandó permitir, es decir, tolerar que el legatario se quede con la cosa. Esta escueta noticia sobre la concepción estricta de *sinere*, que se ha venido considerando como originaria<sup>11</sup>, plantea importantes problemas de difícil solución. Ante todo, según esta concepción, el legatario no podría ejercitar la *actio ex testamento* contra el heredero, tratándose de un *sinere* o acto negativo, porque con esta acción se persigue un acto positivo de dar o hacer. Una dificultad aún mayor deriva del hecho de que interpretando *sumere* en el sentido de aprehensión material de la cosa por parte del legatario no es posible explicar cómo éste se pueda hacer propietario de ella por el mero comportamiento negativo del heredero. La explicación de la usucapión, basada en el título *pro legato*, como ya señalábamos, no encuentra ningún fundamento en las fuentes, que refieren claramente el título *pro legato* a los legados adquisitivos de propiedad<sup>12</sup>. Debemos concluir, por tanto, que las noticias que da Gayo sobre la tendencia doctrinal que patrocinaba la noción estricta de *sinere* son insuficientes y deben completarse con otros textos, pues de ellas nada preciso se puede deducir.

En cierta relación con la controversia examinada está la primera cuestión que se plantea Gayo sobre el l.s.m. con referencia también a una discrepancia doctrinal:

Gayo, 2.210: *Quod genus legati plus quidem habet quam per vindicationem legatum, minus autem quam per damnationem. Nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui; cum alioquin per vindicationem.*

10. PEZZANA, op. cit. p. 73 ss., afirma que el texto se refiere sólo a los legados que suponían la transferencia de propiedad de una cosa; pero contra esta opinión está, no sólo el sentido general del texto, sino la concreta referencia a la *actio ex testamento* que tiene por objeto *dare* y *facere*. Además, que el legatario pueda ejercitar la *actio ex testamento* en un supuesto en que no se trata de transmitir la propiedad resulta claramente de Paulo, D. 34.3.16. Vid. infra.

11. Vid. Bammate, op. cit. p. 103 ss., y PEZZANA, op. cit. p. 67 ss.

12. Los casos en que encuentra aplicación el título *pro legato* según las fuentes son: cuando el legatario ignorase que la cosa legada no pertenece al testador; cuando ignora que el legado ha sido revocado; cuando cree haber sido designado tratándose de una persona que se llama igual; cuando el legado es nulo por un vicio que se refiere a su constitución. Cualesquiera que sean las dificultades para explicar estos casos, es indudable que en todos ellos se contemplan legados traslativos de propiedad. La hipótesis de Bammate sobre la estructura originaria del legado se basa en una mera conjetura como es ésta del ámbito originario del título *pro legato*, que no encuentra base alguna en las fuentes. Es difícil, por tanto, admitir una conjetura basada sobre otra conjetura.

*nisi suam rem legare non potest, per damnationem autem cuiuslibet extranei rem legare potest.*

2.211: *Sed siquidem mortis testatoris tempore res vel ipsius testatoris sit vel heredis, plane utile legatum est, etiamsi testamenti faciendi tempore neutrius fuerit.*

2.212: *Quod si post mortem testatoris ea res heredis esse coeperit, quaeritur an utile sit legatum. Et plerique putant inutile esse. Quid ergo est? Licet aliquis eam rem legaverit, quae neque eius unquam fuerit neque postea heredis eius unquam esse coeperit, ex senatusconsulto Neroniano proinde videtur, ac si per damnationem relicta esset.*

La diferencia que comienza refiriendo Gayo entre el l.s.m. y el l.p.d. es más teórica que real, pues, como afirma Biondi, la diferencia en menos con este legado supone absorción en él, pues si se pueden legar las cosas de un tercero pueden legarse también las cosas del heredero<sup>13</sup>. En el párrafo siguiente, el jurista afirma que para que sea válido el legado basta que la cosa sea propiedad del testador o del heredero en el momento de la muerte de aquél. De mayor interés es el 212, en el que se reflejan las discrepancias sobre la naturaleza del legado. Se trata de determinar si el legado produce efectos en el caso de que la cosa se haga propiedad del heredero después de la muerte del testador, es decir, se plantea el problema de si el legado es válido, en su consideración propia, sólo si la cosa es del heredero al morir el testador, como expresa el 210, o si, en la tendencia a equipararlo con el damnatorio, puede estimarse válido también si el heredero adquiere con posterioridad la cosa, pues como en este legado el testador podía legar la cosa de un tercero. Gayo afirma que la opinión mayoritaria sostenía que el legado es inválido; sin embargo, continúa diciendo, según el SC Neroniano, si uno lega lo que no fué nunca suyo ni se hizo después del heredero, se estima que tal legado vale como si fuera damnatorio. La opinión minoritaria sería, pues, la de la validez del legado, basada en la convalidación que opera el SC. Neroniano<sup>14</sup>. Entre esta discrepancia y la referida en el 213-214 existe una cierta relación lógica; los juristas

13. A esta consecuencia práctica llega Ep. Gai 2.5.6: *nam et propriam res testator, et heredis sui et alienam per s.m. legatum relinquere potest.*

14. Esta nos parece la explicación más simple y lógica. Sin embargo, PEZZANA, op. cit. p. 59 ss., excluye el que los juristas de la opinión minoritaria sostuviesen que el legado fuera válido si el heredero llegaba a adquirir la cosa, por el motivo de que esto equivaldría a dejar indefinidamente en suspenso la validez del legado; por ello, sostiene que la *dissensio* debía referirse al momento en relación al cual debía apreciarse la validez del legado. Si se considera que en el l.p.d. el testador podía legar la cosa de un tercero que el heredero estaba obligado a adquirir (Gayo, 2.202), y que precisamente a estos efectos se equiparan aquí los dos legados, no existe inconveniente alguno en adoptar la explicación más simple y acorde con el texto.

que defendían la noción estricta de *sinere* debían sostener que el legado era válido sólo cuando la cosa era propiedad del testador o del heredero; la opinión contraria, que asimilaba este legado al damnatorio, estimaría que el legado valía como damnatorio. Sin embargo, esta relación lógica no puede llevarnos a defender una correspondencia precisa y unitaria de soluciones de las dos corrientes doctrinales en las cuestiones examinadas, pues es muy probable que las discrepancias surgiesen en relación particularizada con los efectos prácticos del legado y —aparte del hecho de que la controversia sobre la naturaleza activa o pasiva del comportamiento del heredero estaría ya prácticamente superada— en éste y en todos los problemas que el jurista examina se parte del hecho de la fusión práctica del legado con el damnatorio en su estructura y efectos.

La tercera controversia, que Gayo califica como *maior dissensio*, está también en relación con las dos cuestiones examinadas:

2.215: *Maior illa dissensio in hoc legato intervenit, si eandem rem duobus pluribusve disiunctim legasti: quidam putant utriusque solidam deberi, sicut per vindicationem; nonnulli occupantis esse meliorem condicionem aestimant, quia cum eo genere legati damnetur heres patientiam praestare, ut legatarius rem habeat, sequitur, ut si priori patientiam praestiterit et is rem sumpserit, securus sit adversus eum qui postea legatum petierit quia neque habet rem, ut patiatur eam ab eo sumi, neque dolo malo fecit, quominus eam rem haberet.*

El jurista afirma, pues, que cuando se lega una cosa a dos o más legatarios *disiunctim* las opiniones se dividían también: unos autores creían que, al igual que en el legado damnatorio, el heredero debía a cada uno el todo; otros, estimaban que tenía preferencia el ocupante, desde el momento en que el heredero en el l.s.m. estaba obligado a no oponerse a que el legatario tuviera la cosa. La relación de esta discrepancia con la expuesta en 213-214 es clara. En efecto, los que equiparaban el l.s.m. al l.p.d. seguían la regla de la responsabilidad solidaria del heredero como en el damnatorio, mientras que los que sostenían la concepción estricta de *sinere* (*sunt qui putant*) debían (*nonnulli*) afirmar en este caso la preferencia del ocupante, ratificando la opinión de que el heredero sólo estaba obligado a *patientiam praestare*<sup>15</sup>. El calificativo de *maior* que Gayo da a esta *dissensio* en relación con la anterior indica la importancia de

15. PEZZANA, op. cit. p. 90 ss., si bien niega, siguiendo a Ferrini, que exista una relación necesaria entre ambas controversias, tiene que admitir que cierta relación existe y, en definitiva, afirma que "la soluzione accolta dai quidam di Gaio non era altro che una estensione al legato s.m. della soluzione accolta per il legato p.d.; estensione giustificata dalla loro comune natura di legato ad effetti obbligatori".

esta discrepancia sobre una cuestión práctica mayor que la controversia teórica ya superada, en cuanto la acción aplicable era de todos modos la *actio ex testamento*.

En relación con este texto, debemos examinar un texto de Celso que se refiere también a la llamada *disiunctim*:

Celso, 18 *digestorum*, D. 33. 2. 24: *Duos separatim uti frui sineri damnatus heres communiter uti frui passus est: quaerebatur, an utrique ex testamento teneretur. Dixi teneri [si testator utrumque solidum habere voluit]: nam ipsius onus est, ut solidum singulis legatum praestaret: qua parte igitur alterum uti frui sineret heres, ea parte eum non sinere alterum uti frui, ideoque per aestimationem unicuique quod deest replere debet.*

El jurista presenta el supuesto de un legado de uso y disfrute de dos legatarios, llamados *separatim*, en que el heredero respeta el legado dejándolos usar en común. Se plantea la cuestión de si los legatarios deben contentarse con esta solución o si pueden, mediante la *actio ex testamento*, reclamar del heredero el cumplimiento de todo el legado para cada uno de ellos. Celso responde que pueden accionar contra el heredero reclamando el todo, argumentando que en la medida en que el heredero sufre los actos de goce y disfrute de uno de los legatarios restringe los del otro, y por ello el heredero debe pagar la *aestimatio* de esta disminución de uso. Del texto debe eliminarse como interpolación *si testator utrumque solidum habere voluit*, ya que de existir esta frase la cuestión planteada no tendría razón de ser<sup>16</sup>. Los autores han estudiado este texto en relación con las controversias sobre la llamada *disiunctim* y sobre la naturaleza del legado expuestas por Gayo, con la conclusión de que si, con respecto a la primera discrepancia, se acoge la solución de la responsabilidad solidaria propia del legado damnatorio, en la segunda, en cambio, parece acogerse la noción pasiva de *sinere*<sup>17</sup>. Es evidente, en efecto, que Celso acoge la solución de la responsabilidad solidaria del heredero al decidir que el heredero estaba obli-

16. Vid. Bammate, op. cit. p. 63 s., n. 2; Pezzana, op. cit. p. 98 s., y los autores que citan.

17. Ferrini: *Opere IV*, p. 90 ss., deducía de este texto que las controversias examinadas por Gayo en el 213-214 y en el 215 no tenían una necesaria conexión, ya que sobre las dos cuestiones se podían seguir criterios distintos, y sostenía un significado de *sinere*, entendido en sentido amplio. Bammate, op. cit. p. 63 ss., afirma que el antagonismo entre las dos construcciones doctrinales distaba mucho de ser absoluto y que en el texto se refleja la concepción estricta de *sinere*, ya que no se menciona una *in iure cessio ususfructus* que hubiera sido necesaria. La razón aducida no tiene fundamento alguno, pues aparte de que, como afirma Pezzana, op. cit. p. 90 s., el jurista consideraba la situación de hecho que se le presentaba, la concepción pasiva de *sinere* no es compatible con la constitución de un usufructo propio, como veremos.

gado a prestar todo el legado a cada uno de los legatarios (*solidum singulis legatum praestaret*). De otra parte, los legatarios podían ejercitar la *actio ex testamento* para lograr una determinada actividad del heredero: el pago de la estimación por el menor aprovechamiento obtenido al usar en común de la cosa legada (*per aestimationem unicuique quod deest replere debet*). En todos estos particulares de la decisión del jurisconsulto nos encontramos siempre en el ámbito del legado damnatorio, por lo que debe concluirse que también Celso equiparaba en sus efectos el l.s.m. y el l.p.d. De la situación de hecho examinada por el jurista resulta, sin embargo, la especialidad del legado, consistente en el *sinere* concebido como *pati* o *patientiam praestare* del heredero, que hubiera justificado el que el jurista aplicase la solución de los que sostenían que tenía preferencia el ocupante y, por tanto, ello le llevaría a considerar justa la situación de hecho presentada en que los dos legatarios eran usuarios. Es importante tener presente que, como decimos, Celso decide de acuerdo con la regla de la responsabilidad solidaria propia del legado damnatorio. En cuanto a la naturaleza del l.s.m., creemos debe darse en este texto más importancia a la figura jurídica o "fatispecie" que se presenta al jurista que a su decisión: Se trata de un legado de *sinere* en que el heredero se limita a dejar usar la cosa a los legatarios. De ello se deduce claramente que el legado no podía consistir en un legado de usufructo verdadero y propio, pues limitándose el heredero a un simple *pati* no podía constituirse un usufructo. Se trataría, pues, de un usufructo de hecho o *ex tuitione praetoris*, que se contempla también en otro texto referente a este legado<sup>18</sup>. Dejamos señalado desde ahora el particular objeto del l.s.m. referido en este texto que, junto a los indicios que nos proporcionan otras fuentes, podrá ayudarnos a reconstruir su originaria finalidad.

Volviendo a la exposición gayana, observamos que Gayo da un mayor relieve a las *dissenstiones* sobre los efectos del l.s.m. En definitiva, el jurista acoge el criterio prevalente de considerar este legado con el mismo contenido amplio que el damnatorio, dotado de la misma *actio ex testamento* y prácticamente con los mismos efectos. Es posible que con la exposición de las distintas controversias Gayo quisiera hacer la historia del legado, refiriéndose a opiniones tradicionales ya superadas en su tiempo que sirvieran para justificar la supervivencia de una institución en trance de desaparecer.

Para terminar con las noticias que Gayo nos proporciona sobre el l.s.m. debemos examinar un último texto:

18. *Vat. Frag.* 85, vid. infra.

2.280: *Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debebit: legatorum vero usurae non debentur; idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Iuliano placuisse, in eo legato quod sinendi modo relinquatur idem iuris esse quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis optinere video.*

Gayo, que expone en esta parte las diferencias entre legado y fideicomiso, afirma que, mientras en los fideicomisos se deben abonar intereses y frutos, en los legados no hay intereses, citando un rescripto de Adriano. A continuación, como excepción a esta regla, refiere la opinión de Juliano, que prevaleció, de que en el l.s.m. se aplicaba la misma regla que en los fideicomisos. Prescindiendo de los problemas que plantea la crítica del texto, que no afecta a su contenido esencial<sup>19</sup>, debemos fijarnos especialmente en el acercamiento que hace Juliano entre el l.s.m. y el fideicomiso. La aplicación de esta regla al l.s.m. es importante porque viene a establecer una diferencia precisa entre el l.s.m. y el legado damnatorio. Juliano, que sostendría la autonomía del l.s.m., debió pensar que la especial estructura del legado, que consistía en un comportamiento pasivo del heredero, se avenía mejor con el régimen del fideicomiso que con el del legado. Esta orientación debe encuadrarse con la general tendencia a equiparar legados y fideicomisos<sup>20</sup>. De otra parte, la reclamación de frutos e intereses que puede explicarse atendiendo al originario objeto del legado<sup>21</sup>, abriría al legatario la posibilidad de ejercitar la acción extraordinaria de los fideicomisos, dotando de esta acción amplia a un legado que carecía de acción propia<sup>22</sup>. Esta corriente doctrinal que identificaba este

19. Vid. BAMMATTE, op. cit. p. 67 ss., y PEZZANA, op. cit. p. 97 ss., y los autores que citan.

20. Cfr. BIONDI: *Successione testamentaria*, cit. p. 302 y 364 ss.

21. Vid. infra par. 5 y 6.

22. Los autores han venido pensando en el ejercicio en este supuesto de una *actio incerti*, pero para ello es necesario patrocinar un sentido amplio del *facere* en la *actio ex testamento*, como hace FERRINI: *Opere IV*, p. 226, o considerarla una *actio bonae fidei*, como Rosshirt. BIONDI: *Successione testamentaria*, cit. p. 366, sosteniendo la aplicación de la *actio incerti* al l.s.m., afirma que la diferencia de los fideicomisos y el l.s.m. con el l.p.d. tendría sólo un fundamento procesal, ya que entre las respectivas obligaciones no exista una diferencia tal que justificase la disparidad de régimen. BAMMATE, op. cit. p. 75 s., seguido por PEZZANA, op. cit. p. 102, opina que la doctrina creada por Juliano se explica por la *actio incerti* que deja al juez una gran libertad de apreciación. La prestación de frutos e intereses es para este autor una consecuencia de la estructura tradicional del l.s.m. caracterizada por la prestación pasiva del heredero que no obligaba a transferir la propiedad, sino sólo la atribución de la posesión. Esta explicación, sin embargo, fuerza el sentido de *sinere*, entendido como *pati* o *patientiam praestare*, pues no se comprende cómo por el mero comportamiento pasivo del heredero el legatario hiciese suyos los frutos e intereses.

legado con el fideicomiso, diferenciándolo del l.p.d. en este importante efecto de la facultad de exigir frutos e intereses<sup>23</sup>, debió aplicar, en efecto, un medio procesal idóneo —distinto de la *actio ex testamento* propia del damnatorio que tenía por objeto un *certum*— que diera una amplia facultad de apreciación al juzgador, como era la acción de los fideicomisos que se hacía valer *extra ordinem*. La especial estructura del l.s.m. podría justificar la primera aplicación del procedimiento extraordinario a los legados, ya que más tarde se aplica a todos los tipos de legado, cuando desaparece el procedimiento formulario.

En conclusión, de las noticias de Gayo puede deducirse que, según el criterio prevalente, el l.s.m. se equiparaba prácticamente con el l.p.d., tanto en sus efectos como en la acción que lo tutelaba y en la semejante fórmula de disposición. De otra parte, la especialidad del legado, defendida por los que sostenían el tradicional criterio de diferenciación, determinó que una corriente doctrinal que encabeza Juliano patrocinase la equiparación de este legado con el fideicomiso. El l.s.m. habría perdido, pues, su especial autonomía, y el hecho de que Gayo lo presente como un tipo propio de legado se debe más que a un criterio real a la tendencia del jurista a exponer instituciones ya superadas junto a su especial predilección por clasificaciones y categorías escolásticas<sup>24</sup>.

3. Consideración especial merece la cuestión de la llamada *coniunctim* de colegatarios y la aplicación al l.s.m. del *ius ad crescendi*, de lo que trata el siguiente texto del comentario de Ulpiano a Sabino:

Frag. Vat. 85: *Si tamen per damnationem usus fructus legetur, ius ad crescendi cessat non inmerito, quoniam damnatio partes facit. Proinde si rei alienae usus fructus legetur et ex Neroniano confirmetur legatum, sine dubio dicendum est ius ad crescendi cessare, si modo post constitutum usum fructum*

23. PAMPALONI: *Questioni di diritto giustiniano*, en *RISG*, 52 (1912), 186, poniendo en relación esta corriente doctrinal, que equiparaba el l.s.m. al fideicomiso, con la que sostenía la noción pasiva de *sinere*, afirmaba que existía una tendencia general a equiparar este legado con los fideicomisos en todos los efectos posibles. BAMBATE, op. cit. p. 72 y 126, objeta a este autor que estas tendencias doctrinales no están necesariamente relacionadas y que la opinión de Juliano se aviene perfectamente con la doctrina que asimilaba la noción de *sinere* a la que nace del l.p.d. Sin embargo, supuesta la diferencia que Juliano pone entre l.s.m. y l.p.d., esta objeción nos parece infundada y creemos que sin duda el jurista debía tener del legado una concepción distinta de la que lo fundía con el legado damnatorio y precisamente por ello lo equipara al fideicomiso.

24. Piénsese en la clasificación de las obligaciones (3.88) y de los contratos (3.89). Gayo trata frecuentemente de instituciones que ya no tienen aplicación, como el *consortium*, las *legis actiones*, las formas de la *conventio in manum*, la *tutela legitima mulieris*, etc.

*fuerit amissus. Quod si ante et socius amittat, erit danda totius petitio. Idemque et si sinendi modo fuerit legatus usus fructus. An tamen in Neroniano, quoniam exemplum vindicationis sequimur, debeat dici utilem actionem amisso usu fructu ab altero alteri dandam, quaeri potest; et puto secundum Neronianum admittendum. In fideicomisso autem id sequimur quod in damnatione.*

En el texto referente al legado de usufructo se pueden distinguir tres partes principales<sup>25</sup>; en la primera parte, se afirma el principio general de que, tratándose de un legado damnatario de usufructo, el *ius adcrescendi* entre colegatarios no tiene lugar en virtud de la regla *damnatio partes facit*. En la segunda parte, se trata de un legado vindicatorio de usufructo de cosa ajena convalidado *ex SC Neroniano*, en el que se decide que sólo antes de la constitución del usufructo se dará el derecho de acrecer, pero no *post constitutum*. La razón de esta distinción está en la naturaleza del derecho de usufructo, que es esencialmente indivisible<sup>26</sup>. La tercera parte, que es la que especialmente nos interesa, se refiere a la aplicación del *ius adcrescendi* al l.s.m. La interpretación de la frase *Idemque et si s.m. fuerit legatus usus fructus* puede dar lugar a dudas, y algunos autores, poniéndola en relación con la primera parte del texto referente al legado damnatario, o con la segunda referente al vindicatorio sanado *ex Neroniano*, la interpretan en el sentido de que o en el l.s.m. no se daba el derecho de acrecer<sup>27</sup>, o que, al tratarse de un legado de usufructo, el *ius adcrescendi* no se daba *post constitutum*<sup>28</sup>. Sin embargo, creemos que para la recta interpretación del texto esta frase debe ponerse en relación con

25. El texto se ha considerado alterado por algunos autores que proponen eliminar *si modo... totius petitio*, pero no existe una razón suficiente para ello. Vid. FERRINI: *Teoría generale dei legati e fedecommissi secondo il diritto romano* (Milano 1889), p. 656 ss. y los autores citados por BAMBATE, op. cit. p. 67, n. 1.

26. Vid. D'ORS: *El problema de la división del usufructo* (en colaboración con Bonet Corea) en *Anuario de Derecho Civil* 5 (1952), 80; para quien la explicación del derecho de acrecer del usufructo estriba en la consideración del genuino carácter indivisible del usufructo. El usufructo que se lega a dos es un único e indivisible usufructo; en tanto viva uno de los usufructuarios el derecho se mantiene íntegro. El supuesto *ius adcrescendi* no es más que un efecto de la imposibilidad de una extinción parcial.

27. Así BAMBATE, op. cit. p. 67, para quien el texto contiene una afirmación que no deja lugar a dudas: que el l.s.m. no estaba sometido al *ius adcrescendi*. Este autor no ha estudiado detenidamente el texto, pues afirma que en todos los supuestos de que trata se excluye el derecho de acrecer.

28. PEZZANA, op. cit. p. 96 s., afirma: "Quindi esclusione dello *ius adcrescendi* solo dopo l'acquisto del legato (il che aveva rilevanza solo nel legato d'usufructo, dato che soltanto in questo il diritto d'accrescimento era applicabile anche dopo che l'acquisto si era realizzato)". Como veremos, esta afirmación no se aviene con la concepción del usufructo de hecho objeto del l.s.m. que éste mismo autor patrocina en otro lugar (vid. p. 26, n. 15).

la que precede inmediatamente: *erit danda totius petitio*, y ello sin la limitación de *ante* o *post constitutum*, que se refiere sólo al supuesto contemplado en la segunda parte del texto; es decir, que en la llamada *coniunctim* de colegatarios en el l.s.m. se daba el derecho de acrecer, al menos según la opinión de Ulpiano. Para decidir en este sentido el jurista aduce la opinión de Neracio de que, en el caso de extinción del derecho de un colegatario, el otro podía reclamar la cuota vacante mediante una *actio utilis ad exemplum vindicationis*. Ulpiano aplica esta misma solución al l.s.m., que de este modo viene equiparado al l.p.v., en el que el derecho de acrecer operaba en virtud del principio *concurso partes fiunt*<sup>29</sup>. Es evidente que en la solución de Neracio se trata de un legado vindicatorio que debe ser sanado *ex Neroniano* por haberse legado una cosa ajena. La última frase *In fideicommisso autem id sequimur quod in damnatione* disipa toda posible duda, pues demuestra claramente que lo anterior, en que trata del l.s.m., debe relacionarse con el legado vindicatorio, porque de otro modo el *autem* no tendría explicación. El hecho de que pueda aplicarse el derecho de acrecer al l.s.m., sin limitarlo al *ante constitutum*, se explica perfectamente teniendo en cuenta que este legado no puede tener por objeto un verdadero derecho de usufructo —que mediante el *sinere* no podría constituirse—, sino sólo una obligación del heredero a tolerar el uso del legatario. Precisamente por no existir un derecho de usufructo no hay extinción de usufructo y de aquí que el colegatario pueda pedir, mediante una *vindicatio utilis*, la cuota vacante. En tanto un usuario o coprecarista —ya que en el l.s.m. se trata del respeto de usar y, en definitiva, del precario— tiene la cosa, la disfruta por entero y esto equivale a un derecho de acrecer<sup>30</sup>. Neracio y Ulpiano aproximan, pues, el l.s.m. al vindicatorio a estos efectos, considerando la estructura originaria del legado, que no produce una obligación del heredero y, por consiguiente, no origina una acción contra él. Por ello recurren a una *actio utilis ad exemplum vindicationis*, porque se trata de conseguir del heredero el respeto de una situación de hecho y no de una verdadera *reivindicatio*. Ulpiano, al decidir, siguiendo a Neracio, según este criterio, tiene presente, sin duda, la estructura originaria del l.s.m. y su concepción se aparta de la corriente doctrinal que lo equipara-

29. MASI: *D. 30.33 e la duplicità di forma dei legati*, en *AG.* 155 (1958), 110, interpreta acertadamente el texto cuando afirma: "ma Nerazio si era già posto il problema se attraverso una *utilis actio*, si potesse, tenuto conto della forma usata del testatore, operare qualcosa di simile all' accrescimento, anche dopo che i colegatari avessero preso possesso della cosa legata". Omite, sin embargo, la referencia al l.s.m.

30. Que el colegatario tenga derecho a usar la totalidad de la cosa legada resulta claramente del texto de Celso (*D. 33.2.14*) antes examinado referente a la llamada *disiunctim*.

ba al legado damnatorio <sup>31</sup>. La mención final al fideicomiso, en el que se aplica la misma regla del l.p.d., es interesante porque muestra cómo Ulpiano señala la diferencia de régimen con respecto al fideicomiso, al que el l.s.m. se asimilaría, según la concepción de Juliano y de los juristas que lo seguían.

4. Las hipótesis de aplicación del l.s.m. que se encuentran en los escasos textos del Digesto que a él se refieren, reflejan el ámbito propio de este legado y creemos deben tomarse como base principal para reconstruir su estructura originaria.

Examinemos, en primer lugar, un texto de Paulo que nos proporciona datos de particular interés:

Paulo, 9 *ad Plautium*, D. 34. 3. 16: *Ei cui fundum in quinquenium locaveram legavi quidquid eum mihi dare facere oportet oportevitve ut sineret heres sibi habere. Nerva Atilicinius, si heres prohiberet eum frui, ex conducto, si iure locationis quid retineret, ex testamento fore obligatum aiunt, quia nihil interesset, peteretur an retineret: totam enim locationem legatam videri.*

En el supuesto examinado por Paulo, el testador lega *sinendi modo* a su arrendatario, a quien había arrendado un fundo por cinco años, todo lo que éste le debe y le deberá en virtud del contrato mandando al heredero que respete la posesión del fundo del legatario. Según Nerva y Atilicino, si el heredero impedía al legatario el uso y disfrute del fundo, éste podía accionar *ex conducto* en virtud del contrato, y si retenía algo —los *invecta* e *illata*— como *locator*, el legatario podría accionar *ex testamento* en cuanto ha sido liberado de todas las obligaciones que derivan de la *locatio* (32). Es importante observar, ante todo, que en el texto se impone al heredero, mediante la forma del l.s.m., el respeto de una situación de hecho ya constituida con anterioridad: se trata de que el heredero no exija la renta al arrendatario del testador que probablemente no la pagaba ya en vida de éste. Paulo recoge la opinión de Nerva y Atilicinio de las acciones que el legatario podía ejercitar contra el heredero teniendo en cuenta la actitud que éste podía adoptar: si se negaba a permitir el *frui*, el legatario, valiéndose de la relación contractual existente accionaba *ex conducto*, ya que del l.s.m. no se derivaba ninguna acción especial que impusiera al heredero el *sinere*; si era el heredero el que se

31. Es evidente que la solución de Neracio y Ulpiano no puede ponerse en relación con la controversia de Gayo, 2.213-214, porque se trata de una concepción distinta que equipara el l.s.m. al vindicatorio, y no al damnatorio.

32. PS. 3.6.11 se refiere, dándole un sentido general, a este efecto de la liberación: *et ideo debitori id quod debet recte legatur.*

basaba en el contrato para retener alguna cosa, el legatario accionaba *ex testamento* para conseguir del heredero un comportamiento activo: la devolución de los bienes retenidos<sup>33</sup>. Del texto se desprende claramente, por tanto, que se trata de que el heredero respete una relación preexistente no de que permita la apropiación de una cosa o la constitución de un derecho y que del l.s.m. no nace una acción especial, pues debe recurrirse a la acción propia del contrato o a la general *actio ex testamento*.

Después de una frase de Javoleno (D.34.3.17: *reliqua quoque legata videri*), que abunda en la misma idea de que el legatario se considera liberado de todas las obligaciones derivadas del arrendamiento, sigue un fragmento del mismo libro de Paulo:

D. 34. 3. 18: *Cassius. Etiam si habitatio eo modo legata esset, gratuitam habitationem heres praestare deberet. Et praeterea placuit agere posse colonum cum herede ex testamento, ut liberetur conductione: quod rectissime dicitur.*

El jurista recoge la opinión de Casio de que si ha sido legada *eo modo* la *habitatio* el heredero debe prestarla gratuitamente al legatario<sup>34</sup>. Se trata, como en el caso anterior, del respeto por el heredero de una situación de hecho dejando al legatario habitar una vivienda sin exigirle merced alguna<sup>35</sup>. La frase *Et praeterea... conductione* se ha venido considerando de origen justiniano, ya que no se aviene con lo anterior<sup>36</sup>. Considerando el posible objeto de la acción del legatario para la liberación de las obligaciones derivadas del arrendamiento debe excluirse la *acceptilatio* y el *pactum de non petendo* y sólo cabe pensar en la *condictio liberationis*, es decir, en la acción del legatario para que le sea devuelto el documento del contrato, de origen postclásico<sup>37</sup>. Sin embargo, la posibilidad de que el legatario accione *ex testamento* viene ya reconocida en el frag. 16, por lo que la probable interpolación no afectaría a los efectos que ahora nos interesan<sup>38</sup>.

33. No puede sostenerse, tratándose de la aplicación de la *actio ex testamento*, un sentido meramente pasivo del comportamiento del heredero, como hace Bammate, op. cit. p. 88 ss.

34. De un supuesto semejante trata un texto de Marcelo, 13 *digestorum*, D. 33.2.15 pr. "*Damnus esto heres Titium sinere in illa domo habitare, quoad vivet: unum videtur esse legatum.*"

35. La doctrina excluye que se tratase de un derecho real de habitación, que es una construcción justiniana. Vid. Riccobono: *Studi critici sui libri XVIII di Paulo ad Plantium*, en *BIDR* 6 (1899), 143 ss.; Bammate, op. cit. p. 89, n. 1, y autores citados.

36. Vid. Pezzana, op. cit. p. 70 s.

37. Vid. Schwarz: *Die Grundlage der condictio in klassischen röm. Recht* (Münster-Köln 1952), p. 84 y 204 s.

38. Riccobono: *Studi critici*, cit. p. 143 ss., propone para interpretar esta frase trasladarla al fr. 16, con la que tendría más relación.

De una situación similar trata Labeón en un interesante texto referente también a este legado:

Labeón, 2 *posteriorum a Javoleno epitomatorum*, D. 32. 30. 1: *Qui hortos publicos a re publica conductos habebat, eorum hortorum fructus usque ad lustrum, quo conducti essent, Aufidio legaverat et heredem eam conductionem eorum hortorum ei dare damnaverat sinereque uti eum et frui. Respondi heredem teneri sinere frui: hoc amplius heredem mercedem quoque hortorum rei publicae praestaturum.*

El testador, que es arrendatario de huertos públicos por un período de cinco años, los deja al morir a Aufidio utilizando una cláusula general de legado que comprende la forma *per vindicationem* (*legaverat... fructus*) *per damnationem* (*conductionem ei dare damnaverat*) y *sinendi modo*. Labeón se plantea el problema de cuál de estas formas es la válida, decidiendo que el heredero está obligado sólo a *sinere frui*, es decir, a consentir al legatario el uso y disfrute de los huertos y, además, a pagar la renta al Estado. La respuesta del jurista es de gran interés a efectos de determinar el especial objeto del l.s.m. porque se trata de un supuesto en que sólo la forma de este legado encuentra aplicación con exclusión de la forma p.v. y p.d. La forma del vindicatorio no es utilizable porque no se trata de constituir un derecho real de usufructo, ni tampoco la del damnatorio, que no serviría a transferir la relación contractual, aparte de la dificultad de legar la *res populi*<sup>39</sup>. Para el fin que se propone el testador de que el legatario continúe en el goce de los fundos sirve sólo el l.s.m. que no supone la constitución de derecho alguno, sino simplemente el respeto por parte del heredero del uso y disfrute del legatario<sup>40</sup>. Nos encontramos, por tanto, ante un caso en que el l.s.m. tiene una aplicación exclusiva que puede revelarnos la especial finalidad de este legado. Labeón, debiendo escoger entre las varias formulas usadas por el testador, aplica la del *sinere* porque era la única adecuada para un caso como el que se plantea en el que sólo se trata de respetar una situación de hecho. Es probable que, como en el texto de Paulo antes examinado, se tratase de una situación ya existente en vida del testador, es decir, es posible que el legatario

39. Ep. Ulp. 24.9: *...res populi... nec per damnationem legari potest, quoniam dari non potest.*

40. BAMBATE, op. cit. p. 88, examinando este texto desde el punto de vista de la constitución de derechos, afirma que la atribución de un derecho al legatario, ya se trate de un derecho de *conductio* o del usufructo, es imposible en sí, cualquiera que sea la forma de legado utilizada. Pero este autor no tiene en cuenta que el l.s.m., tal como se concibe en este texto, tiene por objeto el respeto de una situación de hecho y no la constitución de un derecho, que es precisamente lo que lo distingue de los otros tipos de legado.

gozase ya de los terrenos públicos que le había cedido el testador titular arrendaticio que quería que aquel continuase en el goce después de su muerte disponiéndolo así por medio del legado. De cualquier modo, es indudable que el texto muestra una especialidad propia del l. s. m., por lo que debe dársele la debida relevancia a efectos de reconstruir el objeto y estructura de este legado.

De *sinere frui* trata también un texto de los comentarios de Pomponio a Sabino:

Pomponio, 6 *ad Sabinum*, D. 33. 1. 2: *In annos singulos heres damnatus sinere me frui fundo si initio anni, quo colere deberem, moram fecerit, licet postea patiatur, quia cultura sim exclusus, tamen totius anni nomine tenebitur: quemadmodum si diurnas operas Stichus dare damnatus non a mane sed a sexta diei hora det, totius diei nomine tenetur.*

En el supuesto examinado por Pomponio se trata de un legado de uso de un fundo por un determinado período que tiene también por objeto *sinere frui*, como en los textos anteriores. Si el heredero no permite el cultivo del fundo al inicio del período previsto, aunque lo permitiese más tarde, quedaría obligado por todo el tiempo que debió permitirlo, del mismo modo que si el legado recae sobre la prestación del servicio diurno del esclavo Estico, el heredero estaría obligado a la prestación de esos servicios por todo el día. Como en el texto de Celso, antes examinado (D.33.2.14), se trata del uso y disfrute de un fundo y no de un verdadero derecho de usufructo que no podría constituirse por el *sinere* del heredero<sup>41</sup>. El texto no menciona la acción que ejercitaría el legatario contra el heredero, pero, como en el texto de Celso, sería también la *actio ex testamento*.

En conclusión, de todos los textos del Digesto examinados que se refieren al l. s. m. se desprende claramente que el l. s. m. tenía aplicación en situaciones de hecho —sea usufructo de hecho, habitación o servicios de esclavo— en que la simple tolerancia del heredero era suficiente para que el legatario pudiese usar y disfrutar de la cosa. De ninguno de estos textos resulta, en cambio, que el l. s. m. sirviese para convertir al legatario en propietario de la cosa legada ni, en general, para constituir un derecho.

41. Bammate, op. cit. p. 98 s., n. 2, afirma que en este texto se trata de un legado periódico de usufructo, añadiendo después que en él nada sugiere un acto constitutivo de usufructo y que el texto emplea *sinere* como sinónimo de *pati*. Si la segunda observación es acertada, no puede serlo la primera, ya que un usufructo no puede existir sin un acto constitutivo idóneo. El texto no tiene otra explicación que considerar tiene por objeto un usufructo de hecho.

5. Las noticias que nos proporcionan las fuentes sobre el l. s. m., y que hemos venido estudiando, conducen a dos conclusiones principales: de una parte, la exposición gayana nos muestra que el l. s. m. tenía un contenido general y que, tanto en su estructura como en sus efectos, era equiparable al l. p. d.; de otra parte, los textos del Digesto que nos ofrecen ejemplos de aplicación del legado nos inducen a creer que su objeto se limitaba al respeto de situaciones de hecho, perfectamente actuables por el simple *sinere* o *pati* del heredero, que excluye la constitución de derechos. Como sería ilógico pensar que el l. s. m. nace para atender a la misma finalidad del l. p. d. y mucho más ilógico aún suponer que de un contenido general pasase a ser aplicado sólo en casos particulares; de estas noticias, aparentemente contradictorias, puede deducirse la evolución histórica de este legado. El l. s. m. surgiría con un contenido y finalidad propios: la de permitir al testador disponer en el testamento de aquellas situaciones o relaciones de hecho que podrían ser continuadas por una persona, cuya posesión debía el heredero respetar. Esta especial finalidad no podía actuarse por el legado damnatorio ni por el vindicatorio porque no se trataba de constituir un derecho ni de transmitir la propiedad de una cosa. En este orden de ideas, Karlowa y Dernburg observaron que mientras el l. p. d. tenía por objeto transferir la propiedad quiritaria, el l. s. m. serviría para legar las cosas que el testador tenía *in bonis*, la propiedad pretoria o la provincial, la *possessio* del *ager publicus*<sup>42</sup>. Las expresiones usadas en los textos que tratan del l. s. m. —*uti frui, sibi habere*—, en efecto, son semejantes a las que describen las facultades del poseedor de fundos públicos —*uti frui habere possidere, habere possidere frui*<sup>43</sup>— y, además, el texto de Labeón (D.32.30.1) estudiado se refiere precisamente a un legado en que se trata del arrendamiento de fundos públicos. Creemos, sin embargo, que la aplicación del l. s. m. no debe limitarse a estos casos de posesiones públicas, sino que, como se desprende de los textos examinados, tenía un alcance más general porque mediante este legado el testador dejaba el goce y disfrute vitalicio o temporal de una cosa al legatario, ya se tratase del cultivo y aprovechamiento de un fundo, de la habitación de una casa o de la prestación de servicios de esclavos. En muchos casos se trataba de la continuación de una relación ya existente en vida del testador. En

42. Vid. KARLOWA: *Römische Rechtsgeschichte* II (Leipzig 1901), p. 919, y DERNBURG: *System des röm Rechts* II, Berlín 1912, p. 926, n. 6. GIRARD: *Manuel de droit romain* (París 1929), p. 970, sigue a estos autores en cuanto a la aplicación del legado, sosteniendo que surgiría precisamente por el restringido campo de aplicación que tuvo originariamente el l. p. d.

43. Vid. BOZZA: *La possessio de l'ager publicus* (Milano 1939).

términos generales, pues, por el l.s.m. se imponía al heredero el respeto de una situación de hecho —uso, detentación o precario—.

El *sinere uti frui* conduce, en una lógica asociación de ideas, a la figura jurídica del precario<sup>44</sup>. El objeto del l.s.m. sería precisamente el respeto por el heredero de una situación de precario, lo que explicaría porque de este legado no nace una especial acción, sino las particulares acciones que nacen de las relaciones precedentes, por ejemplo, la *actio ex conducto*. La situación de coposesión en precario explica también el que el colegatario pueda poseer la cuota vacante al disfrutar la cosa por entero, lo que equivale a un derecho de acrecer<sup>45</sup>. En conclusión, el considerar al l.s.m. como un legado por el que se mantiene al precarista obligando al heredero a respetarlo, puede explicar la noción pasiva de *sinere* y la originaria autonomía del l.s.m.

6. Para aclarar las dudas que pueda suscitar la hipótesis que formulamos sobre el l.s.m., creemos puede servir una breve referencia a otro desconocido tipo de legado: el legado *per praeceptionem*<sup>46</sup>.

Ante todo, el legado *per praeceptionem* (l.p.p.), según la tesis más difundida, nace con un objeto propio y específico: el permitir al testador la asignación de determinadas cosas a los herederos. Mediante este legado, de muy antiguo origen, se solía asignar el peculio a los hijos o la dote a la mujer, admitiéndose que el testador pudiese atribuir una determinada cosa a un heredero, fuera de la cuota hereditaria, mediante la fórmula *praecipito*<sup>47</sup>. Según la exposición de Gayo (2.216-223), existió una controversia doctrinal sobre este legado: mientras los sabinianos defendían su estructura originaria afirmando que mediante él se podía disponer sólo a favor del heredero, ya que se hacía valer por la acción divisoria, los proculeyanos sostenían que podía disponerse también a favor de extraños, con la consecuencia de equipararlo al l.p.v. Según estas noticias, tendríamos, pues, un legado que, según la opinión tradicional tendría un objeto propio y especial y que, por el criterio que prevaleció, termina siendo equiparado al l.p.v. Esto no impide, sin embargo, que Gayo lo considere como un *genus legati* (2.192). No tiene nada de extraño, por consiguiente, que el l.s.m.,

44. Sobre el precario, vid. BONFANTE: *Corso*, vol. III *Diritto reali* (Roma 1933), p. 154 ss.; BOZZA: *Il possesso*, parte 1.<sup>a</sup> (Napoli 1936), p. 56 ss. Recientemente, en relación con el *pignus*, TONDO: *Pignus e precarium*, en *Labeo* 5 (1959), 157-210.

45. Vid. supra par. 3.

46. Falta un estudio monográfico de este tipo de legado que conduciría a interesantes resultados para la historia de los legados y del derecho sucesorio.

47. Cfr. BIONDI: *Successione testamentaria*, cit. p. 272 y 276 s.

que tiene también originariamente un objeto propio y especial, y que termina siendo absorbido por el l.p.d., sea considerado por Gayo también un *genus legati*<sup>48</sup>.

Con respecto a la fórmula de disposición, también puede ser útil una comparación entre el l.s.m. y el l.p.p. Según Gayo (2.205), la fórmula del primero sería: *Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibi que habere*, y esta misma fórmula se encuentra en Ep. *Ulpiani* 24.5. Si examinamos los textos estudiados, observamos que mientras el *damnas esto sinere* se repite en todos, y el *sibi habere* en alguno (Paulo, D.34.3.16), el *sumere* se sustituye en esos textos del Digesto por *uti frui*: Labeón (D.32.30.1), que hace referencia a una cláusula general, escribe *sinere uti eum et frui*; Marcelo (D.33.2.15 pr.) reproduce una cláusula de legado en la que se dice *sinere in illa domo habitare*, y, en los otros textos, Pomponio (D.33.1.2) escribe *sinere me frui*; Celso (D.33.2.14), *uti frui sinere*, y Paulo (D.34.3.16), que escribe *sineret sibi habere*, también se refiere a *frui*. Del testimonio acorde de estos textos debe deducirse, en primer lugar, que podía disponerse por l.s.m. sin utilizar la expresión *sumere* que no podía tener carácter esencial<sup>49</sup>, y, en segundo término, que en lugar de esa expresión se solía utilizar *uti frui* que está más acorde con la naturaleza del legado. Como característica del l.s.m. puede considerarse, por tanto, la expresión *damnas esto sinere*, que se refiere a la exigencia del respeto del heredero de una situación de hecho (*uti frui, habitare, operas Stichi dare*) a favor del legatario. El *sumere*, entendido como acto de aprehensión material o de apropiación del legatario<sup>50</sup>, no sólo no es esencial en el l.s.m., sino en algunos casos explícitamente debe excluirse, como en el examinado por Paulo en que se trata del respeto de una relación nacida ya en vida del testador. De otra parte, es dudoso que *sumere* deba interpretarse siempre y en todo caso como acto de aprehensión material o toma de posesión, porque, aparte del hecho de que esta expresión se utiliza

48. El l.s.m. no debe, pues, ser considerado al mismo nivel del l.p.d. y del l.p.v., como hacen Bammate, op. cit. p. 40, y Pezzana, op. cit. p. 51 ss.

49. Bammate, op. cit. p. 32 ss. y p. 50, afirma que la fórmula mencionada por Gayo tenía carácter esencial y que no podía existir l.s.m. si esa fórmula típica no era utilizada. Pezzana, op. cit. p. 22 ss., considera que el uso de la expresión *sinere sumere* era esencial para la existencia de este legado y el l.s.m. se distinguiría de los otros tipos por criterios formales.

50. Según Bammate, op. cit. p. 44, el acto de toma de posesión en el l.s.m. no consistía en el ejercicio de un derecho real ya existente atribuido por el testador, como en el l.p.v., sino en un puro hecho, un simple acto material autorizado por el testador, de donde podía resultar un futuro derecho real del legatario. Es problemático, como decimos, que el mero apoderamiento pudiera dar lugar a un derecho real.

con distintos significados<sup>51</sup>, se encuentra también en la fórmula del l.p.p. cuando se refiere a algunos supuestos típicos, como el legado del peculio a los hijos o de la dote a la mujer en los que los bienes legados están ya en posesión del legatario<sup>52</sup>. Con todas estas observaciones queremos demostrar cómo en el l.s.m. no debe considerarse esencial el acto de apropiación del legatario y cómo el significado de *sinere* debe limitarse a aquellas situaciones de hecho en que puede tener aplicación.

La comparación del l.s.m. con el l.p.p. en la exposición gayana nos lleva también a preguntarnos si en las dos corrientes a que el jurista se refiere en el l.s.m. pueden identificarse las opiniones de las dos escuelas de sabinianos y proculeyanos, a las que Gayo se refiere expresamente cuando trata del l.p.p. Podría así conjeturarse que los sabinianos defendían la estructura originaria y la autonomía del legado mientras que los proculeyanos lo equiparaban al l.p.d. Sin embargo, las noticias de que disponemos no permiten llegar a ninguna conclusión segura, aparte del hecho de que tampoco sobre el l.p.p. existe una concepción unánime entre los sabinianos, acogándose dos opiniones diferentes, de Sabino, de una parte, y de Juliano y Sexto, de otra. Los únicos datos que a este respecto pueden extraerse de los textos son los siguientes: Sabino probablemente trató del l.s.m., pues existen dos textos, de Pomponio y Ulpiano comentando a Sabino, que se refieren a este legado; Juliano aporta una concepción nueva al equiparar el l.s.m. con el fideicomiso; el proculeyano Neracio lo aproxima al legado vindicatorio al conceder una *actio utilis*; todos los demás juristas (Atlicinio, Nerva, Casio, Labeón, Celso, Marcelo, Paulo y Ulpiano) mantienen una concepción del l.s.m. que puede considerarse unánime: este legado se aplica sólo a aquellas situaciones de hecho en que, no tratándose de constituir un derecho, era suficiente el *sinere* del heredero, contra el que el legatario podía accionar, o por la acción propia del contrato o especial relación precedente o con la general *actio ex testamento*. Es probable, por ello, que la exposición de Gayo se refiera a una determinada fase de la historia del

51. Aparte del significado de *capio, prehendó, accipio*, señalado por PEZZANA, op. cit. p. 22, *sinere* puede significar también *recipere, insumere, consumere*. Es muy frecuente el significado de consumir, gastar, sobre todo, en la forma *sumptus*. Vid. FORCELLINI: *Lexicon Totius Latinitatis* IV v. *sumo*; GONZÁLEZ LODGE: *Lexicon Plautinum* II v. *sumo*; MERGUET: *Handlexicon su Cicero* v. *sumo*.

52. SCAEVOLA, D. 31.88 pr. y 33.8.26. Vid. GARCÍA GARRIDO: *Ius Vxorium*, p. 112 s. y 134 ss. BAMBATE, op. cit. p. 222, se refiere también al l.p.p. para demostrar cómo también en él las expresiones *praecipito, sumito, sibi habeto*, significaban la toma de posesión y no ya la atribución de un derecho. Es dudoso, sin embargo, que esas expresiones tengan siempre el sentido aducido por este autor.

legado, en la que dos grupos de juristas de difícil identificación discutieran sobre la autonomía de este legado puesta en peligro por la tendencia a fundir los varios tipos de legado. Lo que sí puede afirmarse sin género de dudas es que el l.s.m. subsiste en época clásica porque mantiene su particular ámbito de aplicación en las situaciones a que nos hemos venido refiriendo. Precisamente por este limitado campo de aplicación los textos que tratan de este legado son pocos, y quizá no existiesen muchos más en el material de la compilación.

En conclusión, el l.s.m. nacería con una finalidad especial: la de permitir al testador imponer al heredero el respeto de determinadas situaciones de hecho, que pueden concretarse en el precario, a favor del legatario titular en el goce y disfrute. El legatario podría servirse de los interdictos posesorios o de particulares acciones nacidas de su relación con el testador. Sin entrar en la insoluble cuestión de la procedencia de los varios tipos de legado, podemos afirmar que el l.s.m. nace con una estructura, objeto y efectos propios distintos de los del l.p.d. y de los del l.p.v. El l.s.m. se distingue del legado damnatorio en que no produce una obligación del heredero ni origina una acción propia, y del legado vindicatorio en que no crea un derecho real. El proceso de acercamiento y fusión del l.s.m. y del l.p.d. se inicia cuando se extiende al primero la *actio ex testamento* propia del segundo. Del *sinere*, interpretado como *non facere*, se pasó al *facere*, y ello explica la extensión de esta acción. Después de la fusión de ambos legados, los juristas clásicos siguen aplicando el l.s.m. cuando se trata de especiales supuestos en que el *sinere* encuentra aplicación. Aparte de estas conclusiones, toda otra deducción hipotética que intente explicar la procedencia histórica o el origen de nuestro legado pertenece al ámbito de lo meramente conjetural. Así, podría pensarse que el l.s.m. estaría primitivamente protegido con una *manus iniectio*, y éste sería el primer punto de acercamiento con el legado damnatorio o, remontándonos aún más en la historia, podría ponerse en relación con el oscuro origen de las *possessiones* o con la primitiva fase de autodefensa y autotutela de los derechos. El tema del legado *sinendi modo*, relacionado con otros difíciles problemas de origen, sigue ofreciendo un vasto panorama de investigación y estudio.

MANUEL GARCÍA GARRIDO.