

El prelegado en el Derecho Romano y en el Derecho Moderno

por don Felipe Clemente de Diego.

De nuevo nos ha ofrecido el ilustre profesor de la Universidad Central, con motivo de la solemne apertura de los estudios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, una monografía tan interesante y documentada como todas las suyas, y con decir esto queda hecho su mayor elogio.

El cuadro sintético del discurso es el siguiente :

Concepto y origen del legado.

Concepto del prelegado : sus condiciones y efectos.

El prelegado y el Derecho sucesorio moderno.

* * *

Según los propios términos del Sr. de Diego «la disposición testamentaria que se significa con la palabra legado puede asumir figuras diversas y cumplir fines diferentes ; no es, desde luego, institución de heredero o disposición que atribuya la sucesión *in universum jus* ; empero, prescindiendo de algunas especies que pueden considerarse como desviaciones del tipo común, es disposición atributiva de un derecho particular a cargo de la herencia provocada con el ánimo de beneficiar a alguno ; siendo sus caracteres más comunes y generales, como dice Ruggiero, el constituir una liberalidad *mortis causa* y el de determinar una sucesión a título particular del favorecedor al disponente.»

Prelegado viene de *praelegatum* y éste es participio del verbo

praetego, *as*, *are*, que significa legar de antemano, mandar en el testamento por mejora o por privilegio, *peculia filiis* (Scaevola). Así dice el gran latinista Raymundo de Miguel. A *legare*, que significa legar o mandar en testamento, se incorpora la partícula *prae*, que da idea de delantera, de anticipación; *praiceps*, cabeza primera, que va delante; preceptor..., precipitado, que va hacia adelante, que va declinando o hacia abajo; *praecox*, cocido o maduro demasiado pronto, antes de tiempo, antes de lo normal.

En las fuentes jurídicas, *praelegare* tiene estas dos acepciones:

1.^a Devolver o restituir algo a uno por legado, como *praelegare dotem*.

2.^a Legar a un heredero algo, en precedencia o aparte de su porción hereditaria, por ejemplo: *sriptis haereditus singulis certa praelegavit*.

Esas dos acepciones determinan dos sentidos de prelegado: el uno, impropio o lato; estricto y técnico, el otro.

En efecto, prelegado es el legado de cosa ya perteneciente de hecho o de derecho al legatario, en que el objeto del legado es, como decía Cujas, una *res quodammodo sua*. Así, por ejemplo, el prelegado de dote, por el que el marido deja a la mujer su dote, justificado en el antiguo Derecho por falta de una acción eficaz para la restitución de la dote y más tarde por el *commodum representationis*, pues ofrecía una más pronta exacción, deviniendo una especie de legado de deuda; Justiniano, dice en sus Instituciones (párrafo 15, título XX, libro II), para justificarle *valet legatum quia plenius est legatum quam de dote actio*; así el prelegado de peculio a favor del sometido a potestad o de alguna cosa en compensación del peculio. *Praelegare* se aplica también al caso en que se deja al deudor lo que éste debe al testador, estando a la apariencia de que ya lo ha tomado de sí y aún se habla de una *obligatio praelegata* cuando se exonera al gestor de negocios ajenos, legándole aquéllo que él debería restituir (Scuto).

El significado propio de *praelegare*, el más empleado en las fuentes jurídico-romanas, es el de legar al heredero; prelegado es la disposición testamentaria en forma de legado en favor de quien es llamado al *universum jus defuncti*, o sea al heredero. No todo legado hecho a favor del heredero es, sin embargo, prelegado. El legado que el heredero debe recibir de su coheredero o de un legata-

rio no ofrece nada de particular en cuanto a su eficacia, según la teoría general de los legados; el verdadero prelegado, en sentido técnico, se da cuando el legado dispuesto en favor del heredero está a cargo del mismo heredero, el cual viene a ser a un tiempo honrado y gravado con el legado, lo que sucede generalmente cuando, no imponiéndose la carga del legado especialmente sobre un heredero, recae la carga sobre todos. Algunos autores, entre ellos Pfeiffer y Buchholtz, quieren comprender ambos casos bajo la denominación de prelegado, aunque calificando al primero de impropio o anómalo. Rotshirt dice, al recordar los dos sentidos de *preceptio*, según vaya dirigida al extraño o al heredero, que en este segundo caso no es otra cosa que un legado a favor del heredero por el que, según Teófilo, el testador declara que el heredero debe tener, además de su porción hereditaria, un algo más sin participación de los otros herederos (*precipuum*). Pero en este respecto distingue tres supuestos: a), que este *precipuum* deba ser prestado por un no heredero, en cuyo caso no hay prelegado; b), que los coherederos, como individuos y no propiamente como herederos, sean obligados a prestar el *precipuum* a su coheredero, en cuyo caso nada de particular ofrece tampoco la doctrina; y c), que los herederos, como tales, deban pagar el *precipuum*, en cuyo caso ya se presenta el legatario como heredero favorecido por el legado y al propio tiempo gravado con su prestación, y esto ofrece complicaciones y dificultades que engendran una doctrina especial. No estamos autorizados, sin embargo, a limitar el concepto gramatical y técnico a este legado, como hacen muchos al denominarle *prelegatum proprium*.

Las características propias singulares del prelegado propiamente dicho, quedan recogidas en la definición que da Scuto de esta figura jurídica: *Disposición testamentaria en forma de legado, independiente en esencia de la aceptación de la herencia por parte del favorecido, con cuya disposición el testador asigna un elemento patrimonial cualquiera a persona llamada al «universum jus defuncti», con cargo a su cuota hereditaria.* El prelegado, en fin de cuentas, no es en sí mismo más que un legado a favor del heredero y cuya prestación o gravamen pesa sobre el mismo en todo o en parte. Por esto, decíamos poco ha, que a su virtud concurrían en un mismo sujeto la cualidad de heredero y de legatario y la de favorecido u honrado y gravado al mismo tiempo con su prestación.

No estará demás que, siguiendo al esclarecido jurista italiano, insistámos un poco sobre estos caracteres para ir delineando la figura del prelegado, distinguiéndola de otras figuras jurídicas. Atendiendo à su naturaleza, el prelegado es una disposición testamentaria en forma de legado que confiere al heredero favorecido un título de adquisición (*jure legati*), independiente de otro título (*jure hereditatis*), que le confiere su cualidad de heredero.

No era inusitado entre los romanos que los testadores dispusiesen por sí mismos la división del caudal relicto entre los herederos, y también, en consecuencia, que asignasen en ella determinados objetos a éstos como en pago de su cuota hereditaria. Estas disposiciones testamentarias por las que se asignan tales o cuales objetos a tal o cual heredero son distintas esencialmente del prelegado, porque son como una consecuencia de la vocación hereditaria, una dependencia del llamamiento a la herencia, como complemento suyo que facilita la tarea del *arbiter* en la división y adjudicación del patrimonio hereditario, y en tal respecto no constituyen título independiente de adquisición y su eficacia va tan ligada a la cualidad del heredero que con ella desaparecen; todo lo contrario de lo que justamente sucede con el prelegado, que es propiamente un legado a favor del heredero, que concede a éste un título especial de adquisición, independiente de la cualidad de heredero y subsistente, por tanto, aun después de haber desaparecido ésta por renuncia o no aceptación del heredero mismo.

Nuestros jurisconsultos vieron por punto general en el prelegado un legado o manda que se hace a uno de los herederos, bien sean legítimos o extraños. Así lo define Llamas y Molina y no discrepa de él Gutiérrez y cuantos juristas han tratado de esta materia, aunque no sea más que por incidencia. El jurista cordobés Andrés Angulo, hablando de la mejora, dice que puede hacerse en contrato o en testamento, y cuando se hace en testamento a uno de los herederos instituídos no es otra cosa que un prelegado, es decir, un legado hecho a uno de los herederos..., lo que más propiamente suelen llamar los jurisconsultos *praeceptio*. El doctor Nieto afirma que el prelegado, en nuestro Derecho real, se toma por *praeceptio*; tal es la opinión común de los jurisconsultos, pero no deja de consignar que, aunque todos convengan en que la mejora es un prelegado, no toman este nombre tan es-

trictamente como nosotros, como quiera que la mejora responda más bien al legado de partición dejado al heredero.

La conexión del *praecipere* con el *praelegare*, indujo a los escritores antiguos a distinguir entre el prelegado y el legado a favor de uno de los coherederos, porque aquél lleva consigo la cláusula de anteparte (*la praecipitio*) y en éste surgiría de la atribución de un objeto a uno de los coherederos con exclusión de los otros que en otro caso debieran concurrir a él; en aquél, la porción que recae sobre la cuota del favorecido se adquiere *jure* hereditario, mientras que en éste la perdería por nula e inválida. Mas no hay razón para la distinción en el caso de que el gravamen del prelegado cargue sobre toda la herencia, y naturalmente, sobre la cuota del favorecido por él, porque en ambos casos la disposición es considerada como legado propiamente prelegado. Otra cosa sería el legado a un heredero que gravase exclusivamente a los otros coherederos; éste sería un simple legado que seguiría la doctrina general de legados y en ningún caso sería prelegado.

El legatario en el prelegado es un heredero llamado directamente por el testador al *universum jus* del difunto.

Si el heredero del legante es único, ¿cabrá el prelegado?, o de otro modo, ¿el prelegado con que se favorece a un heredero requiere esencialmente el llamamiento y concurrencia de otros herederos a la misma sucesión? La opinión sobre este problema estaba ya muy dividida en la época de nuestro doctor Nieto, que consume todo un capítulo (el III) de su monografía, en rebatir los argumentos de los que sostenían que era inconcebible el prelegado para el heredero único y en fundamentar la tesis por él sostenida de la posibilidad del prelegado en favor del heredero *ex asse*. Los primeros eran más en número y su opinión la llama *communis sententia*; entre ellos cuenta a los jurisconsultos nacionales Castillo en sus *Controversias* (libro II, capítulo XIII, número 3.º) y Molina (*De primogeniis*, libro II, capítulo II, número 3.º). Entre los modernos no hay tampoco unanimidad: unos limitan la figura del prelegado al legado en favor del coheredero, exigiendo, por tanto, de necesidad la concurrencia de varios herederos en la misma herencia, a lo que suelen ir llevados de la conexión entre *praecipitio* y *praelegatum*, ya que aquélla exige pluralidad de herederos para uno de los cuales se aparte algo de

la masa común que en principio pertenece a él con los demás; otros, en cambio (Nieto, Pfeiffer, Pfordten, Buchholz, Peregrini, Merlin, Clausen, Bernstein, Scuto...), la extienden aún al caso de ordenarse el prelegado en favor del heredero único, *ex asse*, bien que reconociendo todos, salvo el primero, la escasa utilidad que en la práctica ofrecería la tal figura, dada la doctrina romana.

Condición *sine qua non* del verdadero prelegado es el que el gravamen de su prestación o pago recaiga sobre el mismo favorecido, o sea el prelegatario, el cual, si es heredero o legatario a un tiempo, responde por su cuota hereditaria del pago del legado. Esta concurrencia de cualidades determina la naturaleza específica y los efectos característicos del prelegado romano. Si el gravamen del prelegado recayese sobre los otros herederos exclusivamente, entonces la relación jurídica, constituida a favor del prelegatario, sería la de un legado ordinario, y nada obstaría por este lado a su plena eficacia, desvaneciéndose por completo la figura del prelegado propiamente dicho, y quedando un simple legado a favor de un heredero, a lo sumo un prelegado impropio o anómalo de que ya sabemos hablan algunos escritores.

Cuando la carga del prelegado recae sobre toda la herencia, no hay duda que resultan afectados y comprometidos a su pago todos los herederos, incluso el heredero prelegatario, porque gravada la herencia, quedan gravadas *ipso facto* las cuotas hereditarias de los coherederos, que son fracciones ideales de ella. Cuando el legado determine una relación obligatoria de heredero y legatario, la obligación alcanza a todos los herederos aun sin especial disposición del testador, porque entonces es la herencia la que los obliga. Cuando el legado constituya una relación de Derecho real, porque se transfiere directamente al legatario la propiedad de un objeto del testador, también resultan afectados todos los herederos, porque aquél queda sustraído a la herencia y a la posesión ideal que a cada uno de ellos corresponde; el legado es *delibatio hereditatis*, como decía Florentino. Por lo demás, la distribución del gravamen del prelegado entre los herederos sigue las normas generales, según que el testador les grave genérica o nominalmente a uno, a varios o a todos conjuntiva o disyuntivamente.

El testador puede subordinar la eficacia del prelegado a la

condición de que el prelegatario llegue a ser heredero (*si heres erit*), y entonces, naturalmente, por justa observancia de la voluntad del testador, ley de la sucesión, tendrá que cumplirse la condición de aceptar la herencia para que el prelegado pueda surtir sus efectos propios. También el testador puede poner la condición contraria, es a saber, favorecer con el prelegado al heredero en el caso de que no llegue a ser heredero (*si heres non erit*).

Constituye el llamamiento al prelegado y la vocación hereditaria dos títulos distintos e independientes: singular, aquél; universal, éste; legado, el primero; herencia, el segundo; y ambos conceptos en el prelegado concurren a una sola persona que, al mismo tiempo, es heredero y legatario. Como heredero sucede *in universum jus defuncti*; y, en tal supuesto, se subroga en la posición jurídica del causante al respecto de todas sus relaciones jurídicas hereditarias, activas y pasivas en proporción a su cuota; como prelegatario, tiene la vestidura de un simple legatario y sólo adquiere derecho a los objetos comprendidos en el prelegado. Esta doble cualidad que ostenta el prelegatario, de legatario y heredero, explica luego las relaciones que mantiene con los otros coherederos, con los legatarios y los acreedores. Y es claro que si es único heredero, *heres ex assæ*, la invalidez del legado es total, si es heredero, por parte en unión de otros coherederos, la invalidez es parcial, tan sólo por la porción que recae sobre su cuota hereditaria. Esta porción, perdida para el prelegatario, se adquiere por los colegatarios por derecho de acrecer, y si no existiesen colegatarios, o no tuviesen el derecho de acrecer, queda en la cuota hereditaria del prelegatario, adquiriendo éste prácticamente la totalidad del legado: esta parte, *jure hereditario* y, el resto, *jure legati*. Nuestro doctor Nieto reconocía ya esto, bien que entendiéndose que aun lo adquirido por el prelegatario, *jura hereditario*, lo adquiriría fuera y aparte de la cuota hereditaria, como cosa extraña a ésta.

Este último concepto del doctor Nieto no es enteramente correcto. El prelegado, dice Scuto, por la parte que no se adquiere por el prelegatario ni por los colegatarios, deja de existir como legado, perdiendo su naturaleza de tal, y por eso el prelegatario retiene esa porción *jure hereditario* como heredero gravado con la carga de la prestación, y no ya como legatario; lo que del legado

no es adquirido por alguno es caduco, y análogamente al caso general queda como parte de la cuota hereditaria gravada de que se hubiera detraído el legado si hubiera sido eficaz, y, en consecuencia, a aquella porción del legado no puede dejar de aplicarse las normas que regulan la cuota hereditaria.

* * *

Estudia después el docto profesor los efectos del legado frente a la cuarta falcidia, a la restitución por fideicomiso, a la garantía por evicción y a la responsabilidad por deudas y entra a dilucidar el tema relativo a la *naturaleza y razón justificativa de la invalidez del prelegado*.

Dos grupos de teorías se disputan el campo:

a) La teoría de la nulidad inicial que afecta desde el principio a la disposición ordenadora del legado, parte del supuesto de la imposibilidad de una relación jurídica constitutiva de legado, cuando la misma persona aparece designada como favorecido y gravado (*Honoratus et oneratus*). Pugna con la noción misma del legado, decía Degenkolb, cuando el testador grava con la prestación del legado a aquel a quien lega. No hay verdadera *delibatio* cuando el testador da con una mano lo que sustrae con la otra. El prelegado, dicen estos escritores, consta, desde el principio, de dos partes: una, ineficaz, aquella cuya prestación recae sobre la cuota hereditaria del prelegatario (que es, además de legatario, heredero), y que, quedando en ésta, era adquirido por éste *jure hereditario*, y otra, válida, como legado y en proporción a las cuotas de los coherederos.

Mas ¿cómo se explica la validez y eficacia que ulteriormente puede tener el prelegado, por ejemplo, cuando el prelegatario no llega a ser efectivamente heredero? La primera doctrina que pretende explicar este fenómeno es la de la convalecencia, si es lícita la palabra (*Convalescenstheorie*), debida al jurista italiano Bartolomé Chesi y seguida por Buchholtz y otros muchos. Afirma esta doctrina que la invalidez inicial es producida por una sutileza (*subtilitas juris*) que contrasta con la voluntad del testador, y por eso no subsiste cuando el prelegatario no llega a ser heredero de un modo efectivo, en cuyo supuesto tiene lugar

una nueva delación de la herencia por la que se hace válido en base a la voluntad del testador lo que en el primer momento era nulo.

b) Frente a estas doctrinas de la convalecencia, se ha formulado la llamada por los alemanes *Evanescenztheorie*, que parte del principio contrario, es a saber: de la validez inicial del prelegado, validez existente en el momento de la muerte del causante (*dies cedens*), y que se desvanece más tarde, a lo menos por la parte que grava la cuota hereditaria del prelegatario, tan luego como éste acepta la herencia. Sostenida por Ulrico Zassio, Cuyas, Pfeiffer, Pforten, Kuntze y Arndts, ha sido profundamente desenvuelta por Ferrini. La diligente y esmerada exégesis que éste hizo del párrafo 1.º, fragmento 75, título I, libro XXXI del Digesto, esclareció el tema de tal modo, que concordando las soluciones todas de las fuentes romanas, ha llegado a alcanzar general asentimiento entre los escritores.

Concluamos, pues, afirmando que el prelegado en principio y desde luego es válido salvo que con posterioridad en el momento de ser actuado encuentre un obstáculo que se oponga a la validez o eficacia del mismo; ese obstáculo procede de que el heredero beneficiado esté gravado con la prestación del prelegado y acepte la herencia, obstáculo que no puede existir *ab initio* porque no nace con la disposición misma. Por lo demás, esa ineficacia es limitada a la parte que recae para su pago en la cuota hereditaria del propio prelegatario, consecuencia de los principios jurídicos romanos sobre la sucesión *mortis causa*.

La indagación relativa a la *razón* que *justifique* esa total o parcial ineficacia del prelegado, es de la mayor importancia porque, además de dar luz sobre la solución que se dé a muchos puntos concretos a que irradia la doctrina del prelegado, prepara también o echa las bases generales de orientación respecto a si esta doctrina romana del prelegado en el silencio de la ley debe o no ser admitida en el Derecho moderno. Porque si esta doctrina es consecuencia de los principios que los romanos establecieron en cuanto a la sucesión *mortis causa*, lógico es que allí donde esos principios hayan variado no hay razón para mantenerla.

Los escritores modernos, en general, han ahondado poco en este problema. Unos se contentan para explicar la ineficacia del prelega-

do con enunciar el principio de que nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo; otros, con referencia al legado de contenido real u originador de Derechos reales, invocan la regla de que nadie puede reivindicar la cosa de sí mismo. Los juristas romanos se contentaban con formular la regla: *heredi a semet ipso inutiliter legatur*, sin duda porque los principios sucesorios a la sazón vigentes eran reconocidos por todos y a nadie le sugería dudas la aplicación de la regla. Nosotros, que no vivimos ya aquel ambiente ni aquellos principios, no nos damos cuenta tan intuitiva y directamente de la razón de esa invalidez del prelegado y hemos menester de traerla a reflexión para explicarnos bien todos los resultados de la doctrina, que la mayor parte de las veces aparecen en contradicción con la voluntad del testador.

Nuestro doctor Nieto va por otro camino y encuentra la razón de la invalidez del prelegado en el principio de que dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona y respecto de un mismo objeto. En el párrafo 5.º del capítulo 2.º de su *Tractatus de praelegatis* hace mención de las razones que se oponen a la validez del prelegado, diciendo que el legado hecho al heredero por la porción de herencia que éste adquiere o ade no vale *quia a se ipso sibi legari non potest*, para que no concurren en un mismo sujeto *actio et passio* que nuestro Derecho no admite; igualmente, sigue diciendo, la parte que se debe a sí mismo el heredero, en el prelegado debe caer; de otro modo, sería acreedor y deudor a un tiempo contra las reglas del Derecho. Además, adquirir por derecho hereditario aquella parte, es como adquirir la herencia y si ésta es adquirida por la adición, nada nuevo puede adquirirse por aquella porción porque *quod nostrum est amplius nostrum fieri nequit ex vulgare juris regula*. En último término, si suponemos que la adquisición de aquella parte es una nueva adquisición, *duplex causa lucrativa concurrir contra textum...* El prelegatario por su cualidad de heredero, tiene ya derecho a la parte del objeto legado correspondiente a su cuota y como legatario tendría un nuevo título lucrativo a la misma adquisición, y no digas, concluye el doctor Nieto, que la adquisición de la herencia a veces es dañosa, pues nuestra doctrina *potior viget in hereditate lucrosa quae solvendo est*.

Si el legado hecho al heredero cuando es único puede parecer a nuestros ojos vano, no así el realizado a favor del coheredero,

porque es bien posible, dice Bonfante, que en la relación de coherencia la parte de uno de los coherederos sea acrecida con una liberalidad especial dispuesta por el testador en su favor. Siguiendo la pura lógica patrimonial, la solución afirmativa de la posibilidad de este caso puede razonarse así: las dos disposiciones, herencia y prelegado, se suman, es decir, el heredero prelegatario toma de la masa común su cuota y el prelegado, el coheredero solamente su cuota hereditaria. Pongamos un caso muy sencillo: Ticio, Caio y Sempronio, son instituídos herederos cada uno por un tercio de una herencia de valor 180, y a Ticio se le deja además un prelegado de 30. El patrimonio hereditario del difunto debe satisfacer tres cuotas hereditarias iguales, más un legado. Constituída la masa hereditaria, el legado se separa antes de ella y las cuotas hereditarias son reducidas cada una a 50: Ticio prelegatario de 30 (por ejemplo, de una casa de valor de 30) toma sus 50 más los 30 (o la casa de ese valor) y acaban por tener 80; sus coherederos sólo tienen cada uno 50.

No discutamos, continúa Bonfante, si esta solución, emanada de la lógica general de las instituciones patrimoniales, es plenamente correcta, ni si es conforme a las exigencias lógicas del derecho sucesorio moderno. El jurisconsulto romano no razona así. Un instinto que se le comunica del organismo de sus instituciones le prohíbe admitir que el prelegado se destaque de la masa hereditaria como una manda independiente. El grava sobre toda la herencia, o por mejor decir, sobre los herederos, aun sobre el favorecido, en la medida o proporción de su cuota. Y esto supuesto, la conclusión se precipita: porque el heredero *sibi debere non potest, a se vindicare non potest* el prelegado caduca en proporción a la cuota del coheredero favorecido, o como dicen los romanos, *pro parte hereditaria ipsius non consistit*. Esto no quiere decir que el heredero prelegatario deba siempre renunciar a aquella porción de la cosa legada que grava sobre su cuota; sólo quiere decir que él no se la paga a sí mismo ni la reivindica de sí, sino que la conserva a título de heredero y no de legado. Los romanos decían que él retiene el objeto prelegado por un doble título sobre dos distintas partes de él: sobre una, o sea aquella que resulta de las porciones que gravan sobre las cuotas de los coherederos, *jure legati, quasi legatarius*; sobre otra, o sea la que grava su cuota, *jure hereditario, quasi heres*.

En el ejemplo antes puesto, el prelegado de 30 a favor de Ticio grava en 10 cada una de las cuotas de Ticio, Caio y Sempronio. Mas por la cuota de Ticio es nulo en cuanto no se paga a sí mismo los 10, bien que retenga éstos *jure hereditario*. Así tendremos que Ticio conservará sus 60 y recibirá además 20 de sus coherederos, en total, 80; 60 a título de herencia y 20 a título de legado; Caio y Sempronio no pagarán más que 10 cada uno, quedándose con 50.

Mas todo esto que parece un juego meramente teórico, conduce a consecuencias de una gravedad excepcional en contraste manifiesto con la pura lógica patrimonial y con la voluntad del testador. Toda la teoría del prelegado consiste en esa serie de dilaciones lógicas de esta construcción de su nulidad parcial y los romanos no se arredraron ante sus resultados por extraños que fueren.

Entre estas extrañas consecuencias de la construcción romana puede recordarse ésta. Si a los coherederos se deja un objeto conjuntamente, los coherederos por cuotas menores obtienen más del legado que los coherederos por cuotas mayores, ya que en el legado *per damnationem* cada uno recoge como legado de los coherederos en proporción de su cuota y paga a su vez en proporción a la suya propia, y en los *per vindicationem* (en todo legado en tiempo de Justiniano) cada uno adquiere *jure accrescendi* la parte caduca del coheredero, esto es, la parte correspondiente a su cuota hereditaria, lo que conduce al mismo resultado. Los romanos dijeron: si uno de los coherederos es instituido por once onzas y otro por una, y a ambos se prelega un fundo, el instituido por once onzas recibe la duodena parte del fundo, y el instituido por una onza recibe, a su vez, once duodécimas partes de él (párrafo 12, fragmento, 34, título I, libro XXX Dig.).

Es decir, añadiremos por nuestra cuenta, que si el testador deja a un heredero (A) tres cuartas parte de su herencia y a otro (B) una cuarta parte y les impone un prelegado de 100.000 pesetas que absorbe toda la herencia, el resultado sería el siguiente:

El heredero A vería anularse la parte del legado (75.000 pesetas), que tendría que pagarse a sí mismo, y el heredero B recibiría esta cantidad por derecho de acrecer. Viceversa: el heredero de las tres cuartas partes adquiriría por derecho de acre-

cer las 25.000 pesetas, que su coheredero debería satisfacerse a sí mismo.

Thibaut, con referencia al recíproco derecho de acrecer entre coherederos prelegatarios, no vacila en decir que se trata de un principio extraño (*Wunderlicher Satz*); Schütze dice: «nosotros contemplamos la sutileza de la teoría romana del prelegado con un sentido demasiado lleno de maravilla para poderse decir admiración»; Dernburg declara que es un juego burlón, un razonamiento mecánico que da un resultado en pleno contraste con la voluntad de los testadores alemanes.

Otros critican la teoría romana, considerándola fuera de los principios romanos, o teniendo en cuenta solamente la voluntad del difunto; así el holandés Grönewegen hablaba contra la *juris romani scrupulosa subtilitas a mente testatoris et nostrorum morum simplicitate aliena*, insistiendo en que, por amor a las sutilezas, no se debe violar la voluntad de los difuntos. Tewes la califica de hipersutil y no natural (*eine hypersubtile, Unnatural*), es decir, un monstruo. Holzschuter dijo que esta artificiosa figura del perspicaz sentido romano aparece seguramente como una pura caricatura (*ein blosses Zerrbild*). Arndst manifiesta que la decantada elegancia de los jurisconsultos romanos no es digna de aplauso, y deplora que los *compiladores justinianos* no cancelasen completamente las trazas todas de esta construcción jurídica. Clausen no se quedó corto tampoco en esta despiadada crítica, pues llama a la teoría romana del prelegado «dogma falso e irracional (*ein falsches, irrationales dogma*), que los romanos mismos abandonaron casi siempre en el uso práctico»; y, en otra parte, dice que es una pura fantasía y estropeadura del espíritu (*ein blosses Hirngespinnst, eine Unbeholfenheit des Geistes*).

El insigne Kohler no enmudeció tampoco ni fué parco en sus críticas. La teoría romana, dice, es ilógica; ella es fruto de una infiltración del sentido jurídico oriental y de un exagerado escolasticismo. Las reglas del prelegado romano son caprichosas hasta la locura y constituyen un deshonor para el Derecho romano. Ellas impresionan como algunos cuentos de los escritores árabes y han resultado fallidas todas las tentativas para darlas un sentido más razonable. Gangi, en la recensión del *trabajo* de Scuto, no duda en afirmar que falló la tentativa de éste, como fallaron to-

das las intentadas para justificar la teoría romana, lo que convence de que la teoría no tuvo un sólido fundamento, y por ello son justificadas las acerbas críticas de que ha sido objeto.

Sin duda hay un fondo de verdad en la crítica que va dirigida contra la teoría romana del prelegado, con su invalidez parcial en cuanto a la parte que corresponde a la cuota hereditaria del prelegatario, con su derecho de acrecer entre los coherederos colegatarios y con tantos otros resultados y consecuencias que de la misma se derivan, según hemos visto y que suelen ser contrarios a la evidente voluntad de los testadores; pero dicho sea en honor de los jurisconsultos romanos, esa teoría no es fruto de mera sutileza ni responde a influencias orientales, ni la construcción es caprichosa, antes al contrario, encaja en los principios fundamentales de la sucesión romana; de ella lógicamente se deriva, y aunque la voluntad del testador quede desatendida, no es por otra cosa que por obedecer el imperio de aquellos principios, como tantas veces sucede, ya que la voluntad, alma de los actos jurídicos, también del testamento, sólo puede moverse y ser eficaz jurídicamente dentro de los límites trazados por el Derecho objetivo.

La voluntad del difunto se actuaba en la sucesión testada romana con la institución de heredero; los efectos patrimoniales eran inherentes al título, al *nomen heredis*, y era el Derecho el que los quería. En el Derecho moderno, por el contrario, dispone directamente del patrimonio y regula a su placer los efectos patrimoniales.

Es esta voluntad del difunto la que campea cuasi soberana sin estar tan encadenada al obstáculo del título de heredero que tanta fuerza tenía en Derecho romano con sus efectos predeterminados en la ley. Y en este punto, esa voluntad debe ser acatada y cumplida. Si un testador, teniendo cien por patrimonio, instituye un heredero por la mitad, dejándole además un legado de veinte, el único heredero nombrado tendrá cincuenta a título de herencia y veinte a título de legado; la otra mitad del caudal relicto, o sea cincuenta, pertenecerá a los herederos legítimos. Si el testador instituyó por herederos a Ticio y a Caio, por partes iguales, y además hizo un legado de veinte a favor de Ticio, uno y otro tendrían cuarenta a título de herencia, y además Ticio recibirá veinte más a título de legado. Esa es la voluntad del difunto, voluntad que era quebrantada en Derecho romano, según el cual, en el primer caso, Ticio, he-

redero único, hubiera obtenido los cien a título hereditario, siendo completamente nulo el legado, y en el segundo, habría obtenido Ticio sesenta, cincuenta a título de herencia y diez del coheredero, a título de legado (1).

El heredero moderno es un adquirente universal, adquirente de la *universitas justiniana* del patrimonio en un sentido nuevo, que a la adquisición de los derechos agrega la asunción de las deudas como elementos de *universitas*, y al propio tiempo es un ejecutor de la voluntad del difunto, y, por lo tanto, encargado del cumplimiento de los legados. Es la ley la que impone el respeto a la voluntad del difunto. Por lo tanto, en el prelegado es siempre excluida una verdadera obligación consigo mismo en el sentido de que el heredero asuma la posición del acreedor y deudor de la prestación. El derecho a la prestación deriva siempre del difunto y al heredero incumbe solamente la obligación cuando no haya incompatibilidad objetiva de ejecutar y cumplir la última voluntad si acepta la herencia, como es también obligado a llevarla a efecto cualquier ejecutor testamentario favorecido con un legado. El heredero sucesor ha cedido el puesto al heredero adquirente y ejecutor, y mientras el heredero sucesor, representando verdaderamente en la relación el lado activo y pasivo, encontrándose, en consecuencia, por razones subjetivas en una posición jurídicamente incompatible, el heredero adquirente y ejecutor del Derecho moderno es puesto por la ley en relación con la voluntad inmanente del difunto; de donde se deduce que si los dos títulos, herencia y legado, concurrentes en la misma persona, son objetivamente compatibles (como puede suceder y no sólo en el caso de coherencia) el sujeto de ambos está obligado y tiene interés eventualmente en distinguirlos.

Ya se comprende cómo el Derecho moderno, contra lo que el romano disponía, el prelegado es válido por entero y su título es distinto del de herencia, y en esta razón ya no tendrán lugar muchas de las consecuencias que en Derecho romano producía. Su cómputo *pro parte* en la ley Falcidia, pasó a la historia con ésta; su retención por entero en la restitución fideicomisaria, salvo voluntad en contrario del testador, es cosa evidente en el Derecho

(1) Ejemplo tomado de Bonfante.

moderno; excluido el derecho de acrecer a favor del colegatario extraño por aquella razón que le haría factible en el Derecho romano, ya que ahora el prelegatario no adquiere ninguna parte del prelegado *jure hereditario*, y por este concepto ya nada caduca ni queda vacante. El prelegado puede imputarse en pago de la legítima, al tenor de lo dispuesto en el artículo 815 de nuestro Código, ya que según él, el heredero forzoso a quien haya dejado el testador por cualquier título (también por legado) menos de su legítima, podrá pedir el complemento de la misma. Puede ser obligado a colacionar si así lo dispone el testador, y podrá ser reducido o anulado el legado en cuanto lesione la legítima de los otros herederos (artículos 1.037, 820... Código civil español).

Por la recensión,

J. G.