

## MORTIS CAUSA CAPIONES

1. *Capere* y *capio* en los juristas. Aceptación general y atécnica.—2. Sentido técnico amplio.—3. Sentido técnico estricto.—4. El concepto de Gayo: motivos tendentes a una fijación más precisa.—5 a). La evolución de las adquisiciones *mortis causa proprio nomine*.—6 b). La exégesis de la legislación protectora del heredero y la de las leyes caducarias.—7. Figuras casuísticas: sus caracteres.

1. *Capere*, en armonía con su significación amplia y vulgar de tomar o coger, es usado en los textos jurídicos para designar cualquier actividad de aprehensión o apoderamiento de cosas materiales, y, por extensión, para indicar también el logro o percepción de situaciones o de bienes inmateriales. Así, en el primer sentido, Gayo nos habla de *omnia quae terra mari caelo capiuntur* (II, 66), o nos dice que en la *mancipatio* *manu res capitur* (I, 121). *Capere* es, en tal acepción, actividad que pueden llevar a cabo los enemigos de Roma—Pomponio (D., 49, 15, 20, 1) se refiere a *agris quod hostibus ceperint*—e incluso los animales irracionales, pues, como afirma Ulpiano (D., 41, 1, 44), *ex bonis nostris capta a bestiis marinis vel terrestribus desinant nostra esse*.

En el segundo sentido, menos realista, *capere* se empleaba para designar la actividad por la que el *Pontifex Maximus* elegía o adscribía una virgen al Colegio de las Vestales. «*Ita te amata capio*», terminaba la fórmula adecuada, que Gellio nos transmite, tomando como fuente a Fabio Pictor. Aunque, como el mismo Gellio indica, el empleo de *capere* para referirse a esta designación de vestal, deriva de que en la ceremonia había, efectivamente, un *capere* real: *Capi autem virgo propterea dici videtur, quia pontificis maximi manu prehensa ab eo parente in cuius potestate est, veluti bello capta abducitur*<sup>1</sup>.

Pero también, sin esa vinculación con un *capere* efectivo y realista, se emplea el verbo, por ejemplo, referido al logro de un estado de libertad: «*directam libertatem cepisse*», dice de una esclava Papiniano (D., 40, 4, 49).

1. GELIO, *Noct. att.*, I, 12.

Igual significación, extensa y atécnica, se daría originariamente al sustantivo *capio*, indicador del acto o resultado de tomar o aprehender; voz que, indudablemente surgió en época arcaica, ya que en el latín posterior hubiera dado la forma *captio*<sup>2</sup>.

2. Partiendo de tales acepciones vulgares y amplias, se dieron, respecto al verbo y al sustantivo, dos circunstancias. Por una parte, el sustantivo arcaico *capio* puede decirse que quedó siendo exclusivamente un término de técnica jurídica<sup>3</sup>. Es en el mundo del Derecho, conservador, enraizado profundamente en la tradición, donde únicamente se emplea, por lo general, con algunos yuxtapuestos (*usu-capio*, *pignoris-capio*)<sup>4</sup>. La conservación de vocablos o giros arcaicos en el lenguaje jurídico es fenómeno general; lo mismo que nuestros «cuasi», «otrosí», etc., también en la zona jurídica de otros idiomas se retienen formas que en el lenguaje corriente resultan anticuadas.

Por otra parte, el verbo *capere*—sin perder en los textos jurídicos su significado amplio usual y vulgar—se empezó a emplear con una significación especial técnico-jurídica. Ello aconteció como consecuencia de la aparición de leyes comiciales que vedaban o ponían límites a ciertas adquisiciones. Desde que hubo leyes que prohibían a determinadas personas aprehender o tomar cosas por ciertos modos—no delictivos, naturalmente—bien en absoluto, bien más allá de cierto límite, *capere* tiene para los juristas un significado más reducido equivalente a «*capere* legalmente». No aluden ya, cuando lo emplean en este sentido, a una actividad para la que sólo se necesita una aptitud física, sino que son también precisas ciertas condiciones legales. Hay quien jurídicamente no puede ser *capiens*, *capere non potest*; no reúne el conjunto de circunstancias que la ley señala para que pueda *capere*; carece de *capacitas*, en la acepción más restringida de esta palabra.

Este empleo de *capere* en sentido más estricto, peculiar del lenguaje jurídico, comenzaría, por tanto, con la publicación de las leyes *Cincia* (204 a. de C.) y *Voconia testamentaria* (169 a. de C.), pero se hizo más reiterativo en los jurisprudenciales tras la publicación de las leyes *Julia* y *Papia Poppaea*, que contenían medidas encaminadas a taponar el escape a su eficacia

2. WEISS, *Mortis causa capio*, en R. E. Pauly-Wisowa.

3. «L'antica voce *capio* andò presto in desuetudine pel linguaggio comune e rimase propria al linguaggio giuridico. AULO GELLIO trova necessario di dichiarare il significato e l'uso di questa parola (*Noct. att.*, 7, 10)». (FERRINI, *Capioni*, en N. Dig. It.)

4. ERNOULT-MEILLET, *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris (Klincksieck), 1939.

que surgía por la vía del fideicomiso tácito, y de alguna otra disposición, como el edicto del Domiciano referente a las *mulieres probosae*.

De todas estas disposiciones surge un *ius capiendi*; un *capere* que no es una aprehensión cualquiera, sino el ejercicio de ese *ius capiendi*. Mas, entre las leyes citadas, sabido es que la primera, la *lex Cincia*, fué una ley de las calificadas como imperfectas, ya que, no obstante la prohibición legal, la donación entre personas no exceptuadas de tal prohibición y más allá de la medida, ni era nula, ni recaía sobre sus contraventores sanción alguna<sup>5</sup>. Por ello, nada tiene de extraño que aunque se emplease también *capere*—en el sentido restringido indicado—, en relación con la *lex Cincia*<sup>6</sup>, su uso fuese más apropiado y más general, en relación con las leyes que vedaban o limitaban, con sanción eficaz, el coger o tomar cosas por causa de la muerte de una persona. De ahí que con *capere* los jurisconsultos aludan fundamentalmente al hecho de aprehender amoldado a la tasa o a las condiciones señaladas dentro del Derecho de sucesiones. En realidad, la acepción técnica y restringida quedó así como peculiar del Derecho hereditario. El *capere*, en este su sentido restringido y técnico de tomar o aprehender en la medida marcada por la ley y llevado a cabo por las personas a quienes ésta se lo permite, es, casi sin excepción, en los juristas un *capere* por causa de muerte.

Y como con ese carácter general de que la adquisición sea por causa de muerte, las aludidas leyes limitativas se referían a cualquiera de las modalidades concretas de aprehensión *mortis causa*—institución de heredero, sustitución, legado, fideicomiso, *bonorum possessio*—el verbo se emplea también por los juristas con esta generalidad, referido a cualquiera de las modalidades adquisitivas del Derecho de sucesiones.

Por ello, unas veces *capere* se usa en forma genérica comprensiva de cualquiera de las modalidades antedichas, y se habla, por ejemplo, de lo que *ex defuncti capiatur* (D., 47, 12, 10; Papiniano); o se nos dice que la mujer sospechosa ni por testamento militar, en cualquiera de sus cláusulas, *aliquid capere potest* (D., 29, 1, 41, 1; Trifonino); o se nos habla de las personas *quae legibus ex testamento capere prohibetur* (D., 34, 9, 10; Gayo); o de lo que, aparte el legado o el fideicomiso, *praeterea ex testamento capias* (D., 30, 108, 12; Africano).

Otras veces, los textos emplean *capere* referido a cada una

5. En relación con la *lex Cincia*, vid. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni*, en el vol. X del *Trattato di D. rom.* dirigido por ALBERTARIO. Milán, 1943, pág. 635 y sigs., y bibliografía allí citada.

6. F. V., 298 y 309 (Paulo).

de las concretas modalidades de adquisición *mortis causa*. Y así nos hablan de *capere hereditatem* (D., 48, 10, 5; Juliano); de la posibilidad de instituir un heredero para el momento en que el instituido goce de *ius capiendi*, aplazándose hasta entonces, *in tempus capiendae hereditatis*, la eficacia de la institución, hecha con la fórmula «*Lucius Titius, cum capere poterit heres esto*». Y también de *capere* referido a casos de sustitución<sup>7</sup>, o de fideicomisos expresos o tácitos<sup>8</sup>.

En cuanto a *capere legata*, la cita de los fragmentos en los que el verbo se emplea referido a la aptitud para la percepción de los legados—incluso a los de liberación de deuda (D., 34, 3, 29; Paulo)—resultaría muy prolija, aun limitándola a los fragmentos comprendidos en los libros especiales XXX al XXXII del Digesto.

3. Todas estas adquisiciones por causa de muerte son *mortis causa capiones* en sentido amplio. Pero, por un fenómeno lingüístico, muy natural y frecuente, el empleo de esta expresión como genérica para todas las percepciones del Derecho sucesorio, pasa en los jurisconsultos a reducirse a denominación especial, con la que concretamente se alude sólo a lo que queda de aquel campo genérico de aprehensiones cuando se separan las figuras específicas que en dicho Derecho de sucesiones tienen denominación propia.

Por un fenómeno de semántica que se da en otras muchas zonas, lo mismo que cuando muchos pactos constituyen contratos con nombre propio, se designan como *pacta* los que quedan fuera de las figuras de contrato, lo mismo que la genérica *adoptio* adquiere valor específico para designar a la adopción que no es *arrogatio*, lo mismo que se dice que posee *pro possessore* el que no posee *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, *pro soluto* o *pro legato*; así también la *cipio mortis causa*, que no es herencia, ni legado, ni fideicomiso, etc., etc., es... *mortis causa capio*. La expresión designa así un concepto más limitado que el apuntado últimamente; es toda percepción con motivo u ocasión de la muerte de alguien cuando no encaja en ninguna de las figuras de denominación especial (herencia, legado, etc.).

Este nuevo concepto de las *m. c. capiones* aparece bien destacado en fragmentos de obras de las grandes figuras de la jurisprudencia clásica. Veamos los siguientes, en los que es clara la contraposición entre lo que se percibe *testamenti nomine*

7. V. gr.: D., 28. 6. 6 (T. Clemente); eod., 15 (Papiniano); 28. 5. 78. 3 (Papiniano); 28. 6. 11 (Paulo).

8. V. gr.: D., 34. 9. 23 (Gayo); eod., 10 (Gayo); 28. 6. 43 (Paulo).

y lo que *m. c. capitur*, entre adquirir *hereditario iure* y *m. c. capere*, entre la *hereditas* y *quae m. c. capiuntur*, entre el legado y una cláusula testamentaria el resultado de cuyo cumplimiento *m. c. capitur*.

En primer lugar, D., 35, 1, 55 (Javoleno, XII *Epistularum*).

Este texto dice así:

«Meavius, cui fundus legatus est, si Callimacho, cum quo testamenti factionem non habebat, ducenta dedisset, conditioni parere debet, et ducenta dare ut ad eum legatus fundus pertineat, licet nummos non faciat accipientis: quid enim interest, utrum tali personae dare iubeatur an aliquo loco ponere vel in mare deicere? neque enim illud, quod ad talem personam perventurum est, testamenti nomine, sed mortis causa capitur».

No es de creer que la redacción original fuese ésta, y así parece plausible la versión propuesta por Mommsen. Según éste, Javoleno habría escrito:

«... fundus pertineat: neque enim illud, quod ad talem personam perventurum est, testamenti nomine, sed mortis causa capitur. <Et fortasse quis dixerit, etsi Callimachus ducenta ne adquirere quidem potuit, tamen dare Maevium debere>, licet nummos non faciat accipientis: quid enim interest... in mare deicere».

En todo caso, la distinción entre lo que se adquiere *testamenti nomine* y aquello que *m. c. capitur*, sería señalada por Javoleno, resultando del texto que no es precisa la *testamentifactio* en este segundo caso.

En otro texto, D., 35, 2, 76, pr. (Gayo, *lib. III de legatis ad edictum praetoris*), aparece también claramente separado lo que llega a tenerse *hereditario iure* de aquello que *m. c. capitur*:

«Id autem quod conditionis implendae causa vel a coerede vel a legatario vel a statulibero datur, in Falcidia non imputatur, quia mortis causa capitur. Sane si a statulibero peculiares nummos accipiat, pro sua parte quadrantj eos imputare debet quia pro ea parte non mortis causa capere, sed hereditario iure eos habere intellegitur».

Además de señalar la distinción, Gayo indica que para la existencia de un *m. c. capere* se hace preciso que los bienes a que se refiera no tengan la consideración de hereditarios, como ocurre con el peculio del *statuliber*<sup>9</sup>.

9. Cfr. D., 39, 6, 41 (Papiniano).

Un tercer texto (D., 35, 2, 93. Papiniano, *lib. XX Quaestionum*) dice así:

«Acceptis a Maevio centum hereditatem Maevio restituere pecuniamque post mortem suam Titio dare rogatus est. Quamquam haec centum quartam bonorum efficiant, tamen propter fideicommissum sequens quartae retentioni locus erit: tunc enim ex constitutione divi Hadriani Falcidiae satisfacit ea quantitas cum apud heredem remanet. Sed Falcidiam patietur solus cui hereditas relicta est: nam in centum, quae mortis causa capiuntur, admitti Falcidia non potest. Plane si quis ita scripsit: "acceptis centum peto restituas hereditatem" neque personam dantis demonstraverit, quasi retentam et praeceptam pecuniam, si quartae sufficiat, inducere Trebellianum».

El texto es interesante; el heredero debe restituir la herencia si recibe cien de Mevio, pero no ha de quedarse con esta cantidad, ya que el testador ha dispuesto que sea posteriormente entregada a Ticio. Papiniano parece ver aquí un doble fideicomiso, indicando que la cuarta Falcidia debe ser retenida por el heredero en vista de que éste debe entregar a Ticio los cien. Si no hubiese esta segunda entrega, tales cien se tomarían en consideración para el cómputo de la cuarta, *nam in centum, quae mortis causa capiuntur, admitti Falcidia non potest*. En el primer supuesto que se contempla, el heredero no se queda con nada y, por tanto, puede retener la cuarta Falcidia. En el otro supuesto, es decir, al no existir un tercero al que haya que dar cien, esta cantidad pasa a integrar la Falcidia. En el primer caso existen, *lato sensu*, dos fideicomisarios: Mevio y Ticio. De todos modos, a Ticio no se le puede considerar como fideicomisario, propiamente dicho, ya que el dinero que recibe no procede de la herencia; es simplemente un *m. c. capiens*. En cuanto a la adquisición por parte del heredero fiduciario de los cien procedentes de Mevio, en el supuesto de inexistencia del segundo *fideicommissum*, Papiniano da a entender que tal adquisición no es una *m. c. capio*.

Otro texto, en que la *m. c. capio* aparece oponiéndose al legado, es D., 35, 2, 1, 8 (Paulo, *libro singulari ad legem Falcidiam*):

«Item si ita legatum sit: "heres meus Seio penum dato: si non dederit, decem dato", quidam putant omnimodo in legato decem esse, penum autem mortis causa capi nec in Falcidiam imputare id heredem posse. Ego autem didici, si in continenti heres penum solverit, videri hoc legatum esse et in legem Falcidiam imputari posse: et quod dixi "in continenti" ita accipiendum cum aliquo spatio. Quod si iam mora facta

solverit heres penum, tunc nec legatum eum accepisse nec in Falcidia imputare posse: iam enim transfusum legatum esse et decem deberi. Idemque erit et si ab initio ita legatum datum sit: "si penum non dederit, decem dato", quia hic penus non est legata et penus si datur, mortis causa capitur, quia deficit legati condicio».

El texto es sospechoso de interpolación (vid. *Index interp.*). Todo hace pensar, sin embargo, que las alteraciones no son sustanciales y que, en todo caso, la oposición *m. c. capio-legatum* se encontraba en la redacción original. ¿Qué es lo que induce a Paulo a calificar en su caso de *m. c. capio* la adquisición de la *penus*? A primera vista, el legado que aparece en este texto es un legado doble. Sin embargo, en esta duplicidad no hay simetría, y Paulo, dentro de ciertos límites, prefiere ver una unicidad<sup>10</sup>: el objeto del legado son los diez. La decisión no puede sorprender si pensamos que se parte de la existencia de un legado condicional. La condición es la no entrega de la *penus*: si ésta se entrega, el legado no tiene efecto, hay solamente un *capere m. c.*

Significativos también como reveladores del concepto restringido del *m. c. capere* son asimismo D., 5, 3, 13, 6 (Ulpiano, *libro XV ad edictum*) y D., 35, 2, 91 (Marciano, *libro XIII institutionum*). El primero de estos dos textos dice así:

«Sed et si retenta certa quantitate restituere rogatus sit, idem erit dicendum. Plane si accepta certa quantitate restituere rogatus est, non putat Papinianus ab herede petendam hereditatem, quoniam pro herede, quod condicionis implendae gratia accepit non possidetur. Sed Sabinus in statulibero contra: et id verius est, quia pecunia hereditaria est.»

Para el ejercicio de la *petitio hereditatis* se trata de dilucidar si puede considerarse poseedor *pro herede*, y por ende demandado, el que recibió una cantidad por entregar la herencia a otra persona, y Ulpiano recoge la opinión negativa de Papiniano cuando la restricción al fiduciario se hizo ya *accepta quantitate*, porque el que hizo el traspaso de la herencia no posee dicha cantidad *pro herede*, sino *condicionis implendae gratia*—es decir, no como *hereditas*, sino como *m. c. capio*—. Y pone en contraste esta decisión con la de Sabino referente al *statuliber*—se sobrentiende, cuando éste, para cumplir la con-

10. Otros textos de Digesto se pronuncian más abiertamente por la unicidad, sin dar, como Paulo, un posible escape a la existencia del doble legado. Vid., por ej., la solución dada por Juliano (D., 36, 2, 19). En torno a estas discrepancias vid. el trabajo de MARCHI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, en *BIDR*, 21 (1909) 5.

dición impuesta para su manumisión, dió dinero del peculio (segunda hipótesis de D., 35, 2, 76, pr., arriba comentado)— porque en este caso el dinero recibido *pecunia hereditaria est*; adquisición hereditaria, no *m. c. capio*.

El segundo texto, de Marciano, es como sigue:

«In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae conditionis causa accipit: nam haec in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur: pro ea vero parte quam accepit a coherede extra quartam id est, quod a coherede accipitur. Sed et si accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit in quartam ei imputatur, ut divus Pius constituit. Si quid vero implendae conditionis causa heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesse: et deo si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur.»

El texto está indudablemente alterado (cfr. *Index interp.*), pero el contraste entre lo adquirido *implendae conditionis causa (m. c. capio)* y lo retenido, o deducido, o procedente de la herencia o de la *pars* de un coheredero, asoma claramente a través de las alteraciones.

¿Qué conclusiones pueden sacarse de los textos examinados? Independientemente de otras consideraciones, resulta innegable a la vista de ellos que, por el natural proceso semántico señalado, *m. c. capere* llegó a ser expresión técnico-jurídica para designar un concepto de tipo negativo: la percepción motivada por un acto supeditado a la muerte de alguien, cuando dicho acto motivador no tiene nombre especial en la terminología del Derecho de sucesiones.

Resulta, resumiendo, que *capere* puede ser en los textos jurídicos romanos:

a) coger o tomar algo; actividad física de la que incluso los animales pueden ser sujetos activos;

b) percibir algo en la medida permitida por las leyes; por cualesquiera leyes limitativas de dicha percepción;

c) aprehender *mortis causa*, como ejercicio de una facultad regulada por disposiciones del Derecho sucesorio romano; ejercitar el *ius capiendi*;



d) percibir algo con ocasión de la muerte de una persona, cuando dicha percepción no encaja en ninguna figura de especial denominación (herencia, legado, etc.).

Y resulta asimismo que, si bien pueden asignársele al verbo todas esas acepciones, la expresión sustantivada en la que figura el arcaico nombre *capio*, la *m. c. capio*, es típica de la última acepción.

4. Existe un texto en que este concepto de tipo negativo aparece claramente perfilado. Se trata de D., 39, 6, 31, pr. (Gayo, *libro VIII ad edictum provinciale*):

«Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris quae proprio nomine appellantur. Certe enim et qui hereditario aut legatari aut fideicommissi iure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem, sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur»<sup>11</sup>.

Pero, a más de darnos el mencionado concepto negativo, las fuentes nos inducen a las siguientes observaciones:

1.<sup>a</sup> Que tal noción de la *m. c. capio* no fué una noción de ámbito inalterado, sino que su contenido sufrió la natural fluctuación, reflejo de las modificaciones en el campo de las adquisiciones *m. c. quae proprio nomine appellantur*, las cuales señalaban el borde limitador de aquel concepto<sup>12</sup>. Así, concretamente, los legados—especialmente el legado *per damnationem*—, los fideicomisos y las *donationes m. c.*

II. Se ha señalado este texto como no genuino (vid. *Index interp.*), indicándose la interpolación [exceptis — fin] (en este sentido, PEROZZI, BOZZONI, KRUEGER y ALBERTARIO, dudando SIBER). Sin embargo, no pensamos que esté sustancialmente alterado, pues la idea aquí expuesta se deja claramente entrever en otros textos. Así en D., 39, 6, 8, pr. (Ulp.):

Qui pretio accepto hereditatem praetermisit, sive ad substitutum perventura sit hereditas, sive ab eo ab intestato successurus, mortis causa capere videtur: nam quiquid propter alicuius mortem obvenit, mortis causa capitur: quam sententiam et Iulianus probat et hoc iure utimur. Nam et quod a statulibero condicionis implendae causa capitur vel a legatario, mortis causa accipitur: et quod pater dedit propter mortem filii vel cognati, mortis causa capitur Iulianus scripsit.

Y también en D., 39, 6, 18, pr. (Juliano):

Mortis causa capimus non tunc solum, cum quis suae mortis causa nobis donat, sed et si propter alterius mortem id faciat: veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea condicione, ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium.

RECHNITZ (*Studien zu Salvius Julianus*, Weimar, 1925, pág. 47) señaló la interpolación [non tunc solum], [sed — fin]. No hemos podido consultar la obra del autor alemán, por lo que desconocemos las razones que movieron a éste en el señalamiento de las palabras espurias.

12. Cfr. WEISS, *op. cit.*

2.<sup>a</sup> Que este proceso de disminución del ámbito de las *m. c. capiones*, unido a la exégesis y aplicación: a) de las normas que protegían al *heres*, defendiendo—frente a las disposiciones a título particular—el contenido patrimonialmente sustancial de la herencia a él atribuída; y b) de la legislación demográfica de la época de Augusto, llevó a la jurisprudencia romana a perfilar con una mayor precisión el concepto de las *m. c. capiones*. O, más bien diríamos acomodándonos mejor a los métodos de trabajo de los *prudentes*, a fijar la casuística de las figuras que encajaban en el campo de las *m. c. capiones*.

5. En cuanto a la primera observación, basta recordar el primitivo rigorismo formal de los cuatro tipos de legado, que dejaría fuera del marco estricto de esta institución *proprio nomine* una serie de casos de adquisición *m. c.* que muchas veces se llevarían a cabo de modo pacífico, sin *actio* que las exigiese procesalmente, y que caerían en el campo de las *m. c. capiones*. El legado *per vindicationem* no podía tener por objeto cosas sobre las que el testador no tuviese un *dominium ex iure Quiritium*<sup>13</sup>, con lo que un legado con la fórmula «do lego», referido a una *res* simplemente *in bonis*, no tendría, antes del SC. Neroniano, más vía de cumplimiento que la buena voluntad del *heres*, y de cumplirse se consideraría que se estaba ante un caso de *m. c. capio*, en vista de que tampoco se había encomendado expresamente a la *fides* del heredero. Los fundos no romanos, las *possessiones del ager publicus*<sup>14</sup>, parece que no podían legarse tampoco *per damnationem*: forma de legado que siguió una evolución, en cuanto al objeto, similar a la de la *stipulatio*, no pudiendo quizá referirse primitivamente más que a cosas fungibles ciertas, no a cantidades<sup>15</sup>. Los peregrinos nada podían recibir *m. c.* por medio de las instituciones *proprio nomine* del Derecho sucesorio civil.

Todo ello haría que el campo de las *m. c. capiones* fuese mucho más amplio que el que nos ofrecen los casos descritos en los textos de los jurisconsultos de la época imperial. En tal campo entrarían cuantos negocios de adquisición en contemplación de la muerte de alguien no podían encajarse en los moldes, entonces muy rígidos, de la *hereditas* y el *legatum*. Estos negocios serían llevados a cabo, unas veces, en vida, por el mismo causante, y se consolidaría definitivamente la corres-

13. ULPIANO, *Reg.*, XXIV, 7.

14. GIRARD, *Man.* (7.<sup>a</sup>), pág. 968.

15. Sólo en época más avanzada tendría por objeto también lo *incertum*, o incluso un *facere* o un *non facere*. Vid. los argumentos de CUQ, *Man.* (2.<sup>a</sup>), pág. 770, núm. 8; cfr. también JOERS-KUNKEL, *Derecho priv. rom.* (trad. españ.), pág. 491, y BIONDI, *op. cit.*, págs. 272-273.

pondiente adquisición en el momento en que la muerte acaeciese; otras veces, merced a la intervención de los sucesores; en unos casos, coactivamente impuesta; en otras ocasiones, garantizada simplemente por la *fides*.

Al relajarse los rígidos marcos del legado, al ampliarse las posibilidades del legado *per damnationem*, al reconocerse eficacia a los fideicomisos, y al constituirse como figura especial la *donatio m. c.*—de la que luego nos ocupamos—, la zona de las *m. c. capiones* se reduce, mordida por los ensanches de las adquisiciones *m. c. proprio nomine*. Este ensanchamiento es reconocido y sancionado paulatinamente por disposiciones del Poder público, como el SC. Neroniano, que hace válidas como legado *per damnationem*, considerado como *optimum genus legandi*<sup>16</sup>, las disposiciones de los otros tipos nulas por vicio formal; o como la intervención consular *extra ordinem* en materia de fideicomisos decretada por Augusto.

En este tema de la fluctuación del perímetro de las *m. c. capiones* presenta un especial interés la cuestión de la *m. c. donatio*. Si bien hemos indicado que la *m. c. capio*, en su estricto sentido, es una percepción que no entra en la figura de la herencia, el legado o el fideicomiso, no hemos aludido aún a la relación que guarda con la *donatio m. c.* En la enumeración de las percepciones por causa de muerte, con cuya eliminación se llega al concepto técnico estricto, de tipo negativo, de la *m. c. capio*, ¿entraba con la herencia, el legado y el fideicomiso, la *donatio m. c.*, en cuanto considerada también adquisición por causa de muerte con denominación propia? ¿O, por el contrario, la expresión *m. c. capio*, en ese su sentido restringido y negativo, abarcaba también los casos de *donatio m. c.*? La cuestión no parece fácil de dilucidar, relacionada como está con la historia de la donación en general y de la *donatio m. c.* en particular. A nuestro juicio, un decidido paso en pro de una más recta comprensión de esta última, ha sido dado recientemente por el romanista italiano SANTI DE PAOLA<sup>17</sup>. La *donatio m. c.*—dice este autor—se nos presenta en el Digesto con dos modalidades: «una *d. m. c.* in cui ogni effetto patrimoniale si verifica dopo la morte del donante, a meno che quest'ultimo scampi al pericolo in vista del quale ha fatto la donazione o il donatario muoia prima di lui, poichè in questi casi la do-

16. GAYO, II, 197; ULPIANO, Reg. XXIV 11.<sup>a</sup>; CIAPPELLONI, *Sul SC. Ner.*, en *Studi Bonfante*, 3, 631, considera tal frase glosema postclásico, sosteniendo que el SC. no daba validez *iure civili* al legado defectuoso, sino que lo acogía solamente *iure praetorio*. Pero la tesis no parece aceptable.

17. *Donatio mortis causa*, Catania, 1950. Vid. nuestra reseña en este mismo vol. del ANUARIO. DI PAOLA (pág. 193, núm. 6) expresa su propósito de ocuparse del *m. c. capere* en un futuro trabajo.

nazione non avrà alcun seguito; un'altra, in cui gli effetti patrimoniali della donazione sono immediati, salva però, nei casi di cui sopra, la possibilità riservata al donante di annullarli...» «Uno dei due tipos di *d. m. c.*, di cui ci parlano i Digesta, è chiaramente più vicino ai legati, l'altro, viceversa, si avvicina indubbiamente di più alle donazioni» (*op. cit.*, pág. 2). Mas de estas dos formas, sólo una es clásica: aquella en que el donatario recibe, antes de que el donante muera, los beneficios del negocio realizado a su favor, teniendo este último la facultad de revocar la donación si la muerte no tiene lugar o si el donatario le premuere (pág. 10). Es el tipo descrito por Paulo (*Sent.* III, 7, 1): *Mortis causa donat qui ad bellum proficiscitur et qui navigat, es scilicet condicione, ut, si reversus fuerit, sibi restitatur, si perierit, penes eum remaneat cui donavit.* En realidad, la *donatio m. c.* fué en el Derecho clásico un negocio jurídico con condición resolutoria alternativa—superación del *periculum mortis* o premoriencia del donatario respecto del donante. Pero como los clásicos no conocieron este tipo de condición, vieron en el negocio jurídico que operaba la *donatio m. c.* una *datio*, que, al desaparecer el *periculum mortis*, quedaba sin causa, para poder recuperar, por la *condictio*, lo donado. Por tanto, de una *donatio m. c.* típica sólo puede hablarse desde que la *condictio* se aplica a los créditos de *certain res* (*lex Calpurnia*) y desde que aparece la figura de la *datio sine causa* (mediados del siglo II a. de C.). Con lo que la expresión *m. c. capere*, que parece se hallaba ya en las leyes Furia (204?) y Voconia (169), no podía aludir a las *donationes m. c.* típicas, que aún no se habían desarrollado.

Todas estas consideraciones pensamos pueden contribuir a aclarar la discusión en torno a la razón y alcance de la mención del *m. c. capere* junto con el legado en las limitaciones impuestas por las leyes Furia y Voconia. En la frase «*legatorum nomine mortisve causa capere*», que, a juzgar por la coincidencia de las referencias<sup>18</sup>, debió de hallarse en el texto de la ley, ¿qué alcance tenía la expresión *m. c. capere*?

Considerado el concepto restringido de *m. c. capio* como elaboración jurisprudencial más tardía, y apreciando como equivalentes las expresiones *m. c. capio* y *m. c. donatio*, por creer que se llama con este último nombre el negocio mirado desde el punto de vista del donante y el segundo enfocado desde el del beneficiado<sup>19</sup>, se entendía por muchos romanistas que las referidas leyes, con la expresión «*mortisve causa capere*», limitaron, junto a los legados, las *donationes m. c.* Pero, por una

18. GAYO, II, 225-226, y IV, 23; ULPIANO, *Reg.*, I, 2.

19. Vid. GIRARD, *op. cit.*, pág. 999, n. 2.

parte, la tesis no aclaraba esta objeción: si la frase «*mortisve causa capere*» se refería en las leyes Furia y Voconia a las donaciones *m. c.*: ¿cómo es que la *lex Falcidia*, que las sustituyó para dar más eficacia a la defensa de los intereses del heredero, no se refirió a las donaciones a causa de muerte, que no fueron afectadas por el cómputo de la «cuarta» hasta la época de Septimio Severo (193-211)? Por otra parte, es evidente que la *lex Furia testamentaria*, con la expresión *m. c. capere*, como hacía notar Ferrini (*loc. cit.*), «si riferiva ad un oggetto diverso e più vasto di quello che per essa si venne ad indicare nell'età classica». La frase era ante todo una manifestación de cautela legislativa tendente a cerrar cualquier posible hueco que impidiese la consecución de la finalidad que la ley se había propuesto, y abarcaría todo acto de disposición a título particular *m. c.* que no encajase exactamente en el marco rígido y preciso de uno de los cuatro tipos de legado. Campo muy amplio en el que entrarían modalidades que se fueron tipificando más tarde<sup>20</sup>, y en el que, por tanto, no entraría la *donatio m. c.*, tal como aparece tipificada en los textos de los juristas clásicos, pero sí todos los negocios traslativos o constitutivos de derechos—especialmente *mancipationes* fiduciarias—que constituyen su precedente histórico<sup>21</sup>.

¿Repercute de algún modo la configuración típica de la *donatio m. c.* en el alcance de la expresión *m. c. capere*? *A priori* puede aventurarse una contestación afirmativa. Y ello en virtud del lógico achicamiento sufrido por la zona de las adquisiciones *m. c.* de naturaleza atípica, en provecho de la figura específica de la *donatio m. c.* Naturalmente, el empequeñecimiento es de hecho, ya que no puede decirse que la expresión *m. c. capere* cambie de sentido: en su acepción estricta seguirá sirviendo para hacer referencia a las adquisiciones *m. c.* atípicas. Es en el tráfico jurídico donde la atipicidad se producirá con menos frecuencia en razón a la aparición del nuevo negocio típico constituido por la *donatio m. c.* Esta, en la configuración concreta y limitada con que se nos presenta en los textos clásicos—expediente discurrido para un momento azaroso o de peligro del donante—no se vería como institución encajada en el área del Derecho sucesorio, ni probablemente sería muy frecuente. Ello explicaría ya algo el silencio que sobre la misma guardó la *lex Falcidia*. Pero, sobre todo, creemos que la explicación más razonable descansa en la circunstancia de

20. Como el *iusjurandum* impuesto a los herederos para que hiciesen llegar bienes a ciertas personas (Vid. CICERÓN, *Verr.*, I, 47).

21. Piénsese, por ej., en los negocios que antes de surgir la figura de la *donatio m. c.* clásica, cumplen la finalidad que más tarde habría de llenar ésta. (Vid. DI PAOLA, *op. cit.*, pág. 183). Cfr. FERRINI, *loc. cit.*

que tales donaciones no estarían realmente en contraste con los intereses del futuro heredero—como por definición y necesariamente lo estaban los legados—, sino que lo normal sería la coincidencia de personas entre el donatario y el presunto heredero. La incorporación de la *donatio m. c.* al régimen de la ley Falcidia surgió, no con el nacimiento de la institución, sino con la frecuencia de los casos de utilización desviada y abusiva de la misma. En Roma, previsora y cautelar lo es la *iurisprudentia*; la *lex* recoge más bien resultados de experiencia.

6. Decíamos también, que junto al proceso de estrechamiento del ámbito de las *m. c. capiones* atípicas, la exégesis jurisprudencial a la legislación protectora del heredero y a las disposiciones demográficas de Augusto, contribuyó a perfilar mejor la noción estricta de la *m. c. capio*, ante la necesidad de señalar su separación frente a cada una de las instituciones *proprio nomine*.

Así, que las *m. c. capiones*, en su acepción estricta, son independientes de las *donationes m. c.*, resulta claro a la luz de la legislación en materia de Derecho sucesorio. A principios del siglo II d. C., un SC. de fecha incierta<sup>22</sup> extendió las disposiciones de las leyes Julia y Papia a las *donationes m. c.*, al igual que antes y con respecto de los fideicomisos había hecho el SC. Pegasiano. A partir, pues, de los comienzos del siglo II d. C., las incapacidades para adquirir establecidas por las leyes Julia y Papia hacen referencia igualmente tanto a lo recibido por herencia, como a aquello que se ha adquirido a título de legado, fideicomiso o *donatio m. c.* En principio hay que entender que toda adquisición atípica queda fuera del alcance de estas leyes, en razón a la paulatina extensión de éstas a cada una de las específicas figuras típicas (herencia, legados, fideicomisos, *donationes m. c.*). Se está lejos de las imprecisas y cautelosas expresiones de las leyes Furia y Voconia, e interesaba a la jurisprudencia marcar en la variedad casuística la línea de distinción entre las instituciones afectadas por las leyes caducarias y las *m. c. capiones*.

Se encuentran en el Digesto dos textos que directamente se refieren a las *m. c. capiones* en relación con las leyes Julia y Papia. Uno de ellos es D., 39, 6, 38 (Marcelo, *libro primo ad legem Iuliam et Papiam*):

22. Este SC., por el que *multae variaeque quaestiones agitantur*, es mencionado por Paulo en D., 36, 6, 35, pr. Vid. las consideraciones de DI PAOLA, *op. cit.*, pág. 193 y sigs., relativamente a la fecha aproximada en que fué emanado.

«Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia: nam mortis causa donatur quod praesens praesenti dat, mortis causa capi intellegitur et quod non cadit in speciem donationis, etenim cum testamento quis suo Pamphilum servum suum liberum esse iussit, si mihi decem dederit, nihil mihi donasse videbitur, et tamen, si accepero a servo decem, mortis causa accepisse me convenit. Idem accidit, quod quis sit heres institutus, si mihi decem dederit: nam accipiendo ab eo, qui heres institutus est, conditionis implendae eius causa, mortis causa capio.»

El afán delimitativo que revela hace suponer un tratamiento diverso frente a cada una de las dos figuras (*m. c. donatio* y *m. c. capio*). Ni que decir tiene que esta diversidad de tratamiento se acusa realizada ya la inclusión de la *donatio m. c.* dentro de las leyes Julia y Papia: Marcelo escribe después de tal inclusión. El texto está señalado como interpolado<sup>23</sup>. A nuestro entender, lo que resulta indudable es la preocupación de Marcelo por dejar bien sentada la diferencia entre *capiones* y *donationes m. c.* Y esta preocupación, que se manifiesta al comentar las leyes Julia y Papia, no puede significar otra cosa que una diversidad de tratamiento por parte de éstas en lo que a ambos tipos de adquisiciones se refiere<sup>24</sup>.

El otro texto es D., 39, 6, 36 (Ulpiano, *libro VIII ad legem Iuliam et Papiam*):

«Quod conditionis implendae causa datur, licet non ex bonis mortui proficiscitur, capere tamen supra modum non poterit is, cui certum modum ad capiendum lex concessit. Certe quod a statulibero conditionis implendae causa datur, indubitate modo lege<sup>25</sup> concesso imputatur: sic tamen, si mortis tempore in peculio id habuit. Ceterum si post mortem, vel etiam si alius pro eo dedit, quia non fuit ex his bonis, quae mortis tempore testator habuit, in eadem erunt causa, in qua sunt quae a legataris dantur.»

23. En el *Index* aparece únicamente la interpolación [*nam mortis — praesenti dat*], señalada por BIONDI, BESELER (cit. por DI PAOLA) y el propio DI PAOLA (*op. cit.*, págs. 26-27) estiman en cambio fundamentalmente genuino este texto. Creemos efectivamente que puede aceptarse la genuinidad. Alguna duda—basada en las palabras *omnia* y *et* (intellegitur *et* quod)—podría suscitarse respecto a si Marcelo toma aquí la expresión *m. c. capio* en el sentido amplio o en el restringido, pero la obra a que pertenece el texto, los ejemplos utilizados, y la palabra *intellegitur* referida al carácter *m. c.* de las adquisiciones que no son *donationes*, abogan por la aceptación estricta.

24. Así piensa también WEISS. *op. cit.*

25. Aceptamos la versión de MOMMSEN, quien, teniendo en cuenta a CUYACIO y a las Basílicas, lee *lege* en lugar de *legati*.

La primera parte del texto es desconcertante porque parece opuesta a la idea de la exclusión de la *m. c. capio* respecto a las limitaciones de las leyes caducarias y porque contrasta con el resto del fragmento. Por ello creemos que debe aceptarse la corrección propuesta por MOMMSEN (Dig.) y FERRINI (*op. cit.*, página 800, 1.<sup>a</sup> col.): «quod conditionis implendae causa licet datur ex bonis mortui proficiscatur» (FERRINI) o «proficiscitur» (MOMMSEN). Así, el fragmento resulta coherente, y no aplica las incapacidades de las leyes caducarias a las *m. c. capiones*, sino que lo que hace es aclarar una aparente excepción: la del caso en que lo pagado *implendae conditionis causa*, salga del caudal hereditario, ya que, en tal caso, no hay verdadera *m. c. capio*.

Si en relación con las leyes Julia y Papia se trasluce la independencia de las *m. c. capiones* en su acepción estricta, la ley Falcidia, en sus sucesivas extensiones, pondrá de manifiesto con una mayor claridad la relativa autonomía de estas adquisiciones de naturaleza atípica. El sistema de la *lex Falcidia*, que en un principio afectaba sólo a los legados, abarcó más tarde, en virtud del SC. Pegasiano, a los fideicomisos. En época de Septimio Severo, una constitución de este príncipe extendió también las disposiciones de la ley Falcidia a las *donationes m. c.* Sin embargo, aquello que *m. c. capitur* no estuvo sujeto, ni antes ni después de la aludida constitución de Septimio Severo<sup>26</sup>, al régimen de la ley Falcidia<sup>27</sup>. Varios fragmentos del Digesto, correspondientes a obras de distintas épocas, aluden a las *m. c. capiones* en relación con la ley Falcidia. A algunos de ellos nos hemos ya referido con anterioridad. Estos son: D., 35, 2, 76, pr. (Gayo), escrito antes de Septimio Severo; D., 35, 2, 93 (Papiniano), y D. 35, 2, 1, 8 (Paulo). A ellos puede añadirse D., 39, 6, 41 (Papiniano)—coincidente con D., 35, 2, 76, pr., en cuanto en ambos se afirma que si lo que se da para recobrar la libertad procede del peculio, la correspondiente adquisición es tenida en cuenta a efectos de la ley Falcidia—; D., 35, 2, 40 (Hermogeniano), *eod.*, 44 (Ulpiano), *eod.*, 30, 7 (Meciano), *eod.*, 56, 5 (Marcelo), y *eod.*, 75 (Marcelo).

En cambio, las *m. c. capiones* fueron afectadas por las disposiciones en materia de indignidad sucesoria. Con arreglo al principio de que quien ha denunciado injustamente como falso

26. Una constitución de Justiniano del año 531 (C. 6, 50, 18) extendió el régimen de la ley Falcidia a las cargas impuestas al heredero bajo forma de condición.

27. Pueden reputarse como aparentes excepciones los casos a que hacen alusión D., 35, 2, 76, pr., y D., 39, 6, 41 (lo que se recibe del peculio del *statuliber*).



e inoficioso un testamento, no debe lucrarse en modo alguno con adquisición que tenga su base en ese testamento, la *m. c. capio* resultaría en su caso asimilada a cualquier otra percepción testamentaria <sup>28</sup>.

7. Por lo hasta ahora expuesto, todo hace pensar que la Jurisprudencia utilizó durante la época clásica una acepción estricta de la expresión *m. c. capere*, haciendo referencia a cualquier adquisición atípica *mórtis causa*. Relajado el rigor formalista de los legados, dotados de eficacia jurídica los fideicomisos y perfilada como institución autónoma la *donatio m. c.*, al resultar afectadas estas modalidades de adquisición por la ley Falcidia y por las leyes Julia y Papia, interesaba a la Jurisprudencia fijar las figuras comprendidas en la zona exenta —*m. c. capiones* en sentido estricto— y señalar algunas características diferenciales en aquellos casos que pudieran inducir a confusión <sup>29</sup>.

En cuanto a los tipos de figuras comprendidos en el concepto pueden enumerarse como casos de *m. c. capio* los siguientes <sup>30</sup>.

- 1) Lo que se entrega por el *statuliber* en cumplimiento de la condición que el *decius* impuso para la manumisión.
- 2) Lo que por la misma causa de cumplimiento de condición entrega el legatario a fin de poder recibir el legado.
- 3) Lo que, en idéntica hipótesis, entrega el fideicomisario, a quien fué impuesta esta condición para que el fiduciario le hiciera el traspaso de la herencia.

28. Vid. a este respecto D., 34, 9, 5, 17 (Paulo) y un pasaje del Índice de Estéfano (sch. «Ora Heimbach, IV, 90-91; sch. k Fabrot., V, 407) donde se alude al tema, a propósito del diferente régimen seguido por la *donatio m. c.*

El problema de si las *capiones m. c.* estuvieron sujetas al impuesto de la *vicesima* no parece fácil de solucionar. FERRINI, aun sin pronunciarse definitivamente, parece inclinado a pensar que no hubo tal sujeción (*op cit.*, página 801, 2.ª col.). Para esta solución podría haber constituido un sólido argumento la inscripción que FERRINI reproduce (pág. 802, 2.ª col.; inadvertdamente se ha omitido la referencia al C. I. L.), pero es el caso que la *m. c. capio* que aquí aparece es de naturaleza singular: se trata de una suma de dinero que la madre del testador añade a otras liberalidades acordadas por éste.

29. Por ello no juzgamos acertado a VON MAYR (*Hist. del D. rom.*, tomo II, pág. 232 de la trad. esp., 1.ª ed.) cuando dice que el concepto negativo de las *m. c. capiones*, comprensivo de las adquisiciones que no fuesen herencia, legado, fideicomiso y donación *m. c.*, «parece proceder ya de los bizantinos».

30. Vid., fundamentalmente, D., 39, 6, 8, Ulpiano; eod., 31, 2, Gayo; D., 29, 2, 24, Ulpiano; D., 39, 6, 12, Ulpiano. Vid. *infra* otras referencias.

4) Aquello que recibe un heredero a cambio de aceptar la herencia.

5) Por el contrario, lo que un heredero recibe para que no acepte la herencia.

6) Lo que se da a un legatario para que no acepte el legado.

7) En estas dos últimas hipótesis se considera también *m. c. capio* el crédito adquirido por heredero o legatario, respectivamente, cuando en vez de entrega efectiva se le estipula la futura entrega.

8) Lo entregado a una mujer para que pida la *bonorum possessio ventris nomine per calumniam*.

9) La *dos recepticia* adquirida por la persona a favor de quien se estipuló la restitución *in mortem mulieris*.

10) Las munificencias que con ocasión de la muerte de un *filius* o de un cognado ejercita un *pater*.

La labor de caracterización del concepto tiene tan marcado tono casuístico en las fuentes, que fallan casi todas las notas que se indican por los comentaristas como rasgos comunes. Acaso la única acertada es la señalada por BONFANTE (*Istituzioni* (8.º), pág. 645 : pág. 658 de la trad. españ.) de que en la *m. c. capio* no hay nunca una previa liberalidad de la persona cuya muerte es motivo de la adquisición. Otra nota general que se ha solido señalar, la de que no confieren al beneficiario una facultad de accionar contra el heredero del *deuius* (vid., por ejemplo, CUQ, *op. cit.*, pág. 773), se da también casi siempre. Pero hay una hipótesis en que falla: cuando, impuesta al *statuliber* la condición de entregar algo a un extraño, el heredero ni le deja disponer del peculio para que haga la entrega en que consiste la condición, ni le manumite, alegando no haberse cumplido ésta. La condición se tendrá por cumplida y el que debió ser beneficiado con la *m. c. capio* tendrá una *actio in factum* contra el heredero para que le otorgue dicho beneficio (D., 12, 4, 3, 9, Ulpiano).

En realidad, la desmenuzada enumeración arriba indicada se puede sintetizar, como indicaba FERRINI (*op. cit.*), reduciéndola a tres tipos de *m. c. capio*: A) Pago hecho para cumplir una condición impuesta por el testador. B) Pago hecho con la finalidad de que el que lo recibe haga o no valer sus derechos como heredero o legatario. C) Munificencias hechas en razón de la muerte de un tercero.

En el grupo A) la nota diferencial frente a figuras afines, en la cual la Jurisprudencia insistió con reiteración, como hemos visto en los textos examinados, es la de que las cosas ad-

quiridas no provengan del patrimonio del testador. En relación con este principio tiene particular interés el caso del *statulber* bajo condición. Si éste debe entregar algo al *heres*, para cumplir la condición, como quiera que el objeto de la entrega ha de proceder necesariamente del peculio, y éste se considera parte integrante de la herencia, la adquisición correspondiente no es reputada *m. c. capio*. Excepcionalmente, se considera que la *m. c. capio* existe cuando el adquirente no es el heredero, sino un extraño, teniéndose incluso como tal al legatario. En el caso del fideicomisario, la Jurisprudencia aplica el mismo principio, decidiendo que el fiduciario *m. c. capit* cuando la entrega que aquél le hace es previa y procede de su propio patrimonio. No hay, por el contrario, *m. c. capio* cuando la adquisición del fiduciario se detraiga de la masa hereditaria. FERRINI (*op. cit.*, pág. 799) llamaba la atención sobre la circunstancia de que esta nota distintiva, en este caso, se mantuvo por la doctrina—tal vez titubeante en un principio—representada por SCÉVOLA y PAPINIANO, aun a riesgo en determinados supuestos (vid. D., 35, 1, 109, Scévola; D. 5, 3, 13, 6, Ulpiano) de quedar sin efecto el fideicomiso. De ahí que no sea nunca *m. c. capio* lo que un coheredero, para serlo en su momento y participar así de la herencia, debe entregar a otro instituido, ya que, si es dinero, se considera siempre *tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset*, cualquiera que sea su procedencia, y, si es cosa concreta, se considera como prelegado (vid. D., 36, 1, 60, 3, Papiniano; D., 31, 77, pr., Papiniano).

En el grupo B) se dudó sobre si lo que recibía un heredero para que no aceptase la herencia era ya resultado de una *gestio pro herede*, implicando una modalidad de aceptación que llevaría a considerarle como tal heredero con las naturales consecuencias, aunque, efectivamente, una vez recibida la cantidad no aceptase la herencia. La cuestión se resolvió considerando la adquisición del heredero renunciante como *m. c. capio* (vid. D., 29, 2, 24, Ulpiano).

De las *m. c. capiones* del grupo C) dan muestras bastante abundantes las inscripciones (vid. FERRINI, *op. cit.*, pág. 802), y pueden distinguirse dos subgrupos: *a*), daban origen a uno de ellos los legados *ad honorem ornatumque civitatis*, acompañados de una cláusula modal, indicando que todo o parte de lo legado se emplease en un determinado sentido (vid. las modalidades que aparecen en D., 30, 122, pr., Paulo). Las adquisiciones de los beneficiados con el modo eran *m. c. capiones*. Otro subgrupo, *b*), lo constituían las liberalidades que para honrar la memoria de una persona hacían sus padres o

parientes con ocasión del fallecimiento de la misma. En realidad nada esencial las separaba de las donaciones *inter vivos*, pero el hecho de producirse con ocasión de una muerte las apartó del régimen de éstas, siendo consideradas como *m. c. capiones* (D., 39, 6, 8, Ulpiano).

JUAN ANTONIO ARIAS BONET