

## DERECHO SUCESORIO Y CONFIGURACION JURISPRUDENCIAL DEL USUFRUCTO

SUMARIO: I. Peculiaridades del legado de usufructo.—II. La *diei cessio* y la constitución del derecho.—III. Juliano como configurador técnico del *dies cedens*.—IV. Influencia de la jurisprudencia clásica tardía.—V. Conclusión.

### I

Ha pasado ya la hora de que la romanística pueda abordar el replanteamiento de temas «clásicos», en general, si no es a la luz de coordinadas metodológicas nuevas. Y uno de esos grandes temas clásicos en el tratamiento histórico-dogmático del derecho privado es el instituto del usufructo<sup>1</sup>, de cuya problemática se han ocupado la mayor parte de los estudiosos, y con maestría inigualable la doctrina italiana; buena prueba de ello constituyen los brillantes estudios monográficos de Grosso<sup>2</sup> y Bretonne<sup>3</sup>, que aunque surgidos hace ya algunos años, continúan siendo de obligada consulta para el tratamiento de cualquiera de las sugestivas facetas de la institución. Por nuestra parte, no pretendemos añadir nada a los conocimientos que el estado actual de la investigación ha acopiado sobre la naturaleza del usufructo, sino solamente destacar algo que no ha sido suficientemente notado a nivel doctrinal, tal vez a causa de la conocida (y aún valiosa) división sistemática de las materias del derecho privado que crista-

---

1. Literatura general antigua, en *Windscheid-Kipp, Pand.*<sup>o</sup> (1906, reimp. 1963), I, p. 1032. La reciente, en KASER, *RPR* I<sup>2</sup> (1971), p. 447, n. 1, e IGLESIAS, *Derecho Romano*<sup>6</sup> (1972), p. 342 ss., n. 86 ss.

2. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano* (1958).

3. BRETONNE, *La nozione romana de usufrutto* (1962-1967).

liza en Hugo y Heise y es adoptada por Savigny<sup>4</sup>. Nuestro propósito es poner de manifiesto cómo la naturaleza del usufructo fue conformada, parcial pero relevantemente, por esquemas institucionales del derecho sucesorio romano; y postular, de paso y a nivel más general, el estudio de las instituciones de derecho privado, especialmente en lo tocante a sus raíces romanas, con criterio orgánico, no diferente, en el fondo, del auténticamente histórico.

El punto de arranque será la yuxtaposición de dos presupuestos basados directamente en sendos textos bien conocidos por los romanistas:

1.º *El dies cedens (d. c.)* del legado de usufructo no se produce según la norma general en el momento de la muerte del testador, sino en el de la adición de la herencia<sup>5</sup>.

2.º La adscripción del derecho de usufructo a la persona de su titular queda bien patente a partir de la expresión de Paulo, según la cual *usus fructus sine persona esse non potest*<sup>6</sup>.

Conjugando ambos presupuestos, la doctrina ha estereotipado ya desde antiguo la siguiente construcción: Puesto que es impensable la existencia de un derecho de usufructo separado de un titular que efectivamente lo ejercite, es por lo que la jurisprudencia clásica ha decidido el retraso del *d. c.* de este legado hasta el momento de la adición, en el que las disposiciones testamentarias cobran todo su vigor, haciéndose efectiva la existencia del legatario como titular de su derecho. Esta formulación aparece ya claramente en Cuyacio<sup>7</sup> cuando comenta la opinión de Juliano contenida en:

Iul., 35 *dig.* D.36,2,16,1: *Cum servo legato, antequam hereditas eius qui legaverat adiretur, usus fructus ab alio legatus fuerit, et prior hereditas eius, qui usum fructum legaverit, adita fuerit: nulla ratio est, cur diem legati cedere existimemus, antequam ea quoque hereditas, ex qua servus legatus erat, adeatur,*

4. SAVIGNY, *System* (1849, reimp 1956), IX-XI (Vorrede)

5. Ulp. D.36,2,2.

6. Paul. D.45,3,26 = Vat. 55; sobre este texto, cfr. últimamente FLUME, en SZ. 92 (1975), p. 81 ss.

7. CUYACIO, *Opera* (Prati, 1837), III, p. 1111-1112.

*cum neque in praesentia ullum emolumentum hereditati adquiratur et, si interim servus mortuus fuerit, legatum extinguatur quare adita hereditate existimandum est usum fructum ed eum, cuius servus legatus esset, pertinere.*

Supone Cuyacio<sup>8</sup> que el *d. c.* no se produce antes de la adición de la herencia en la que el esclavo ha sido legado, porque no puede existir el usufructo separado de la persona de su titular, y no puede ser considerada como persona la *hereditas iacens*. De igual modo, partiendo de expresiones de las fuentes tales como *usus fructus ex fruendo consistit*<sup>9</sup> *tunc constituitur usus fructus cum quis iam frui potest*<sup>10</sup>, *in usu fructo personam domini expectari, qui uti et frui possit*<sup>11</sup>, han explicado, por ejemplo, Faber<sup>12</sup>, Grosso<sup>13</sup>, Gallo<sup>14</sup> y Wesener<sup>15</sup>, que, en este legado, el *d. c.* se hace coincidir con la adición de la herencia por la necesidad de la existencia de la persona que pueda ejercitar el *uti frui*. Algún otro autor ha modificado la formulación, negando la existencia del *d. c.* en el legado de usufructo, pero apuntando hacia la misma idea<sup>16</sup>. Sin embargo, nadie discute que tal visión corresponde a una elaboración de la jurisprudencia clásica, y concretamente de Juliano, puesto que, inicialmente, desde la época de la aparición del usufructo hasta el primer período imperial, cabía perfectamente la constitución del derecho antes de la aparición efectiva de su eventual titular. El testimonio fundamental es el de Ulpiano en:

Vat. 60: *Dies autem usus fructus, item usus, non prius cedit, quam adita hereditate. et Labeo quidem putabat etiam ante*

8 Loc cit. en n. anterior: *Ex eo sequitur, mortuo servo ante aditam hereditatem domini, legatum usus fructus extingui, quod nec dici potest iacenti hereditati, quasi dominae, interim fuisse quasitum: quia usus fructus, quod ius personale est, sine persona esse non potest.*

9. Ulp. 17 Sab. D.7,3,1,pr.

10. Ulp. 17 Sab. D.7,3,1,2; Vat. 60.

11. Ulp. 17 Sab. D.7,3,1,2.

12. FABER, *Rationalia in Pandectas* (Lugduni, 1659), II, 2 ad D.7,3,1,2. p. 96.

13. GROSSO, *Usufrutto*, p. 345.

14. GALLO, en *BIDR.* 66 (1963), p. 210 y n. 45.

15. WESENER, en *SZ.* 81 (1964), p. 105.

16. Vid., por ej., MASSON, en *RH.* 13 (1934), p. 170.

*aditam eam diem eus cedere ut reliquorum legatorum; sed est  
 verior Iuliani sententia, secundum quam tunc constituitur usus  
 fructus, cum quis iam frui potest.*

Sobre la base de este fragmento, la doctrina ha destacado la asimilación por Labeón del legado de usufructo a los legados comunes, en cuanto a la *diei cessio*, hablando a veces de «aplicación mecánica» del principio general<sup>17</sup>, y refiriéndose otras veces a un cierto paralelismo con el *dominium*<sup>18</sup>. En cualquier caso, es claro que, en esta primera época de la institución, hubiese resultado inadecuada una formulación semejante de la tardía *usus fructus sine persona esse non potest*. Se nos aparece, pues, Juliano como un verdadero hito en la historia de la evolución del usufructo<sup>19</sup>; en realidad, como el jurista que marcó la pauta de lo que debía ser en el futuro la estructura del instituto en cuanto a su existencia inseparable de la de su titular. A partir de Juliano, pues, *tunc constituitur usus fructus cum quis iam frui potest*. Es insostenible, por tanto, pensar, como algún autor antiguo, que en época de Cicerón el usufructo se nos aparece como plenamente desarrollado<sup>20</sup>. En realidad, se produjo una evolución entre Labeón y la jurisprudencia clásica tardía, en la que Juliano representa una mutación fundamental, como refleja Ulpiano en Vat. 60 y D. 7,3,1,2, si bien en este último texto, como ha notado Wieacker<sup>21</sup>, los compiladores han suprimido la alusión a la divergencia entre Labeón y Juliano.

17. GROSSO, *I legati nel diritto romano* (1962), II, p. 22; GALLO, en *BIDR.* 66 (1963), p. 210, n. 45.

18. VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano* (1936), p. 86-87; BRETONNE, *La nozione I*, p. 77.

19. PAMPALONI, en *BIDR.* 22 (1910), pp. 109 ss.; MASSON, en *RH.* 13 (1934), pp. 31 y 161; VOCI, *Teoria dell'acquisto*, p. 87; GROSSO, en *SDHI.* 9 (1943), p. 157; LEGATI, II, pp. 21-22; KASER, en *Festschr. Koschaker*, I (1939), p. 460; *RPR*<sup>2</sup>, p. 449; WESENER, en *SZ.* 81 (1964), p. 84 (con bibliografía al respecto), pp. 96 ss., 107.

20. Así, GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit Romain*<sup>8</sup> (1929), p. 388.

21. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (1960), p. 286.

## II

Interesa destacar cómo, en cualquier caso, la *diei cessio* significa la constitución del derecho de usufructo, que comienza a existir a partir de ese momento. Entre los textos significativos que nos hablan de la constitución del usufructo en la época clásica, existen dos especialmente destacables: D. 7,2,1,3 (parcialmente) y el ya aludido Vat. 60.

Ulp., 17 Sab. D.7,2,1,3: ... *ut Celsus et Iulianus eleganter aiunt, usus fructus cottidie constituitur et legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore quo vindicatur...*

Considerando dogmáticamente el proceso de adquisición de un derecho mediante legado, se pueden distinguir dos fases: *a*) el momento de la ordenación del legado, y *b*) el momento de la constitución del derecho, que se produce, a su vez, en dos etapas: 1.<sup>a</sup> constitución relativa (*dies cedens*), en que el derecho a la percepción del legado se «objetiva» en la persona del legatario, y 2.<sup>a</sup> constitución absoluta (*dies veniens*), en que se concede al legatario la acción correspondiente a la reclamación del legado. Cuando, según el testimonio ulpiano, Celso y Juliano manifiestan que *usus fructus cottidie constituitur et legatur*, es obvio que con la expresión *legatur* no se refieren a la ordenación del legado, sino a la eficacia concreta que el legado está llamado a desplegar, es decir, a su constitución. *Cottidie constituitur et legatur* quiere decir que la eficacia del legado de usufructo, esto es, la constitución del *uti frui* en favor del legatario, no se produce de una vez por todas, como en la propiedad, cuando llega el momento de la adquisición absoluta (*d. v.*), que en este caso coincide con la relativa (*d. c.*), es decir, cuando el legatario ya dispone de la *vindicatio* correspondiente, sino que se produce continuamente, mientras el usufructuario lleva a cabo el *uti frui*<sup>22</sup>. También es

---

22. Resulta interesante, al respecto, el comentario de Donello, cuando distingue entre la unitariedad de la propiedad y la multiplicidad del usufructo, aunque uno y otro derechos recaigan sobre una cosa única: «Sed cur potius dicitur ususfructus legari quotidie, quam proprietas? Quia unius

obvio, por otra parte, que, con la alusión comparativa a la constitución de la propiedad *eo solo tempore quo vindicatur*, no se quiere indicar que la propiedad se constituya cuando de hecho se reivindica, sino cuando el titular ya dispone de la acción reivindicatoria. En cualquier caso, una alusión a la constitución de la propiedad sólo tiene significado aquí para contraponer su régimen de adquisición al del usufructo, destacando la peculiaridad de éste <sup>23</sup>.

Es interesante cómo, en la expresión *usus fructus cottidie constituitur*, Celso y Juliano consideran el legado como modo preponderante de constitución del usufructo. La actualización de la eficacia del legado, aludida en la expresión *legatur*, es decir, la constitución del derecho en favor del legatario, se produce *cottidie*. Aparecen, pues, en este caso los términos *constituere* y *legare* utilizados con valor similar; no hay alusión a los restantes modos de constitución del usufructo, cuya relevancia era bastante menor <sup>24</sup>.

Por otro lado, Vat 60 contiene tres partes perfectamente delimitadas tanto desde el punto de vista gramatical, como porque forman sendas unidades de sentido perfectas:

1.<sup>a</sup> *Dies autem usus fructus, item usus, non prius cedit, quam adita hereditate*: el *d. c.* coincide con la adición de la herencia.

2.<sup>a</sup> *Et Labeo quidem putabat etiam ante aditam eam diem eius cedere ut reliquorum legatorum*; el *d. c.* coincide con la muerte del testador.

3.<sup>a</sup> *Sed est verior Iuliani sententia, secundum quam tunc constituitur usus fructus, cum quis iam frui potest*. Cuando alguien ya puede ejercitar el derecho es a partir de la adición; por tanto, es a partir de ese momento cuando se constituye el usufructo. Como,

---

rei proprietas et ipsa una est: quae semel legata, id est, testamento data, amplius dari potest. ... neque nec legari. Usus fructus autem quamvis unius rei, non tamen est unus, sed multiplex. Constitit enim in facto utentis fruentis, ut non prius constituatur re vera, quam quis iam uti frui potest, ...», Opera omnia III (Florenca, 1841), Cap. XXIII, X, p. 201. Modernamente, v. por todos WESENER, en SZ. 81 (1964), pp. 104 s.

23. WIEACKER, *Textstufen*, 298, n. 103.

24. Vid. por todos GROSSO, *Usufrutto*, p. 344, y WESENER, en RE. 9A (1961), col. 1164.

por otra parte, el *d. c.* coincide con la adición, considera la jurisprudencia que en el *d. c.* se opera la constitución del derecho. Puede pues decirse, en rigor, que para Labeón existe el derecho de usufructo desde la muerte del testador<sup>25</sup>.

Tres características que muestra el usufructo en su origen, y que hoy son admitidas prácticamente con total unanimidad a nivel doctrinal, serán los pilares en que se asiente nuestra tesis sobre la influencia decisiva del derecho sucesorio en la formación de la naturaleza del instituto:

a) Es una institución eminentemente testamentaria, aparecida hacia la primera mitad del siglo II a. C. en el marco del derecho de legados<sup>26</sup>. Se ha llegado, incluso, a decir que ésta es la característica principal del usufructo<sup>27</sup>.

b) La finalidad primitiva del usufructo es alimentaria, bien sea a favor de la *uxor sine manu*<sup>28</sup>, bien se amplíe su ámbito de aplicación a otras personas<sup>29</sup>. Modernamente nadie pone en duda esta característica, aunque algún autor aislado considera esta finalidad como subordinada a otras. Tal es el caso de Humbert<sup>30</sup>, quien considera que tal legado se dirigía más que a proporcionar medios de vida, a la continuación de la comunidad familiar bajo la autoridad de la viuda.

c) De la finalidad alimentaria se desprende que el usufructo haya sido una institución puramente económica antes que jurídica<sup>31</sup>. Vino a cubrir una determinada necesidad que se presentó en la vida social republicana, y su contemplación por el derecho y

---

25. Así, MASSON, en *RH.* 13 (1934), p. 40.

26. LENEL, *Pal.* II Ulp. núm. 2548 ss., en este punto, la doctrina es unánime. Vid., por ej., MASSON, en *RH.* 13 (1934), p. 42; GROSSO, *Usufrutto*, p. 13 s.; WESENER, en *RE.* 9A (1961), col. 1139 y 1164; WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic* (1968), p. 206.

27. MASSON, *loc. cit.* en n. anterior.

28. Así, la mayoría: GROSSO, *Usufrutto*, p. 13 s.; LUZZATO, en *IVRA.* 10 (1959), p. 228; SANFILIPPO, *Servitutes personarum* (1960), p. 33 ss.; WESENER, en *RE.* 9A (1961), col. 1139.

29. KASER, en *Festschr. Koschaker* I (1939), p. 458; *RPR*<sup>2</sup>, p. 448.

30. HUMBERT, *Le remariage à Rome Etude d'histoire juridique et sociale* (1972), p. 234.

31. MASSON, en *RH.* 13 (1934), p. 1, 3 y 30.

consiguiente configuración jurídica va a la zaga de su configuración económica.

Si el usufructo es una institución inicialmente económica con una finalidad alimentaria que se trata de lograr a través del legado (principalmente *per vindicationem*), habrá adquirido su configuración jurídica condicionada en gran medida por las normas reguladoras del derecho de legados. Y entre estas normas tienen importancia fundamental las relativas al *d. c.* En otras palabras, de la configuración evolutiva del significado del *d. c.* depende esencialmente la configuración de la naturaleza del usufructo, al menos en algunos de sus aspectos. Planteémonos lo que para la jurisprudencia clásica significó esencialmente el *d. c.*; pensemos después en los juristas clásicos tratando de aplicar esa concepción a un legado cuyo objeto sea un usufructo con su finalidad económica alimentaria, y llegaremos automáticamente a pensar, con Paulo, que *usus fructus sine persona esse non potest*.

Es claro que, a partir de la ordenación de un legado, el momento relevante por naturaleza es el de la *hereditatis aditio*. Siendo la *heredis institutio caput et fundamentum totius testamenti*<sup>32</sup>, ninguna de las disposiciones testamentarias alcanzará su eficacia hasta la adición. A partir de entonces, el legatario dispone de la acción correspondiente para reclamar su derecho al heredero. Por tanto, la institución del *d. c.*, como momento anterior al verdaderamente relevante, pero que implica, sin embargo, el comienzo de una relativa eficacia del legado, se nos aparece como artificial. La jurisprudencia ha retrotraído la eficacia de la disposición a un tiempo anterior a la adición de manera «forzada», pero justificada por unas razones de seguridad para el legatario ante un eventual retraso en la adición por parte del heredero<sup>33</sup>. Y esta seguridad que se otorga al legatario se materializa en la transmisibilidad hereditaria de su eventual derecho, y no en el comienzo del débito del legado, como ya observa sutilmente la Glosa<sup>34</sup>. Por ello hablamos de eficacia relativa del legado a par-

32. Gai. 2,229.

33. D. 36,2,7 pr.—1, Teof. 2,20,20; Vid. Grosso, *Legati* II, p. 30-31

34. Glosa *Si pure sit* a D. 36,2,2: «...Nam ea legata, quae dicuntur cedere ante aditam hereditatem, dicuntur cedere, quantum ad transmissionem ad



uir del *d. c.* Pero, como ha observado la doctrina desde antiguo<sup>35</sup>, esta razón de utilidad que lleva a la jurisprudencia a desglosar un momento anterior al verdaderamente relevante en orden a la eficacia del legado, desaparece cuando el objeto de éste es una de las llamadas «servidumbres personales». El derecho llamado a estar adscrito a una persona determinada no es transmisible a sus herederos; siendo la transmisibilidad la razón del artificio de la anticipación del *d. c.*, tal anticipación resultaría inútil cuando es imposible dicha transmisibilidad. Esta idea ha sido explicada diáfanaamente por Pothier<sup>36</sup>, quien habla de «ficción» que retrotrae la adición al momento de la muerte del testador, y que resulta innecesaria si el objeto del legado es intransmisible. Puede pensarse en la posibilidad de que la jurisprudencia hubiese mantenido el *d. c.* en el momento de la muerte del testador incluso en los legados de objeto intransmisible con la finalidad de no abrir válvulas en un criterio general establecido, independientemente de que estos casos concretos dicho mantenimiento careciese de utilidad; pero ello hubiese atentado contra los principios metodológicos generales que guiaron la actuación de los juristas clásicos, uno de los cuales es el de unidad y sencillez máximas en las construcciones jurídicas<sup>37</sup>; de acuerdo con él, la construcción del instituto del *d. c.*, que significa la efectividad del legado antes de su adquisición real, sólo se explica porque responde a una necesidad real, descubierta cuando solamente se valora el tiempo en que el legatario percibe el objeto de su legado.

---

heredem legatarii tantum, et non quantum ad hoc ut debeantur quia nulla debentur ante aditam hereditatem»

35 A propósito de Ulp. *15 Sab.* D. 36,2,2 y 5 *disp.* D. 36,2,3 Vid. VOET, *Comm. ad Pandectas* (1757), a D 7,3-1: «Cum enim usus fructus, usus, et habitatio servitutes personales sint, ossibus personae inhaerentes, ac cum persona pereuntes, inutilis foret diei cessio ante additionem, quippe nec ipsi fructuario ante additionem extinto profutura, nec haeredi eius in iura defuncti personalis haud succedenti»; BOZZONI, en *Studi Fadda V* (1906), p. 401 s; GIRARD, *Manuel*<sup>8</sup> (1929), p. 980 y n 1; BIONDI, *Successione*, p. 343.

36. POTHIER, *Pandect. Iustin.* II, tit. *de legatus* P. III Nr. CCLXXVII, not. a, p 328; cfr GLUCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* (1808), p. 309, ad lib. VII, tit. III, § 637 b, n. 85.

37 SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934), p. 45 ss.

Pero, precisamente por eso, el mantenimiento de ese momento convencionalmente anticipado sin que ello sea necesario vulneraría el principio de la economía en la construcción y empleo de los institutos jurídicos<sup>38</sup>. El instituto del *d. c.*, de acuerdo con este principio, se emplearía solamente cuando fuese necesario el cumplimiento de la finalidad para la que fue creado. A partir de esto, con razón ha notado Voci<sup>39</sup> que cuando Teófilo se refiere, en relación con algunos legados, a residuos históricos del tiempo en que el *d. c.* de todos los legados se producía con la adición de la herencia, no se trata de realidad de tales residuos, sino de excepciones introducidas (razonadamente) en una época en que las líneas del *d. c.* estaban ya perfectamente fijadas. Y si, en estos casos, se dice que el *d. c.* coincide con el *d. v.*, se trata de un modo de expresión convencional, «*reppresentazione di giurisprudenza*»<sup>40</sup>, ya que no se produce el efecto de un verdadero *d. c.*<sup>41</sup>.

Sobre el significado del *d. c.* en el legado de usufructo, resulta sumamente útil la comparación de éste con el legado *in annos singulos relictum*. Es significativo el siguiente fragmento:

Ulp. 15 *ad leg. Iul. et Pap.* D.33,2,22: «*Patrimonii mei relictum omnibus annis uxori meae dari volo*». *Aristo respondit ad heredem uxoris non transire, quia aut usui fructui simile esset aut huic legato «in annos singulos»*.

¿Qué característica tiene el legado al que hace referencia el texto, que sea común al legado de usufructo y al legado *in annos singulos*? Indudablemente, la finalidad económica alimentaria, que hace que el derecho se extinga con la muerte del legatario, como ya había notado Cuyacio: «*Docet, legatum in annos singulos relictum: scilicet alimentorum vice, vel quod idem est, quoad viveret legatarius, simile usufructui legato esse, in eo quod utrumque legatum finitur morte legatarii, quod est certissimum .*»<sup>42</sup>. La finalidad económica alimentaria constituye el criterio distin-

38 SCHULZ, *Prinzipien*, p. 47 ss.

39. VOCI, *Teoria dell'acquisto*, p. 13.

40 VOCI, *Teoria dell'acquisto*, p. 12.

41 KRELLER, en *SZ* 58 (1938), p. 348 s.

42. CUYACIO, *Opera* VII (Prati, 1837), col. 2086: *Comment in Tit I de Annuis legatis lib XXXIII Digest Comment ad lex VIII*

tivo, en opinión de Juliano, para que el *d. c.* de un legado ordenado para un número de años predeterminado se produzca cada año, transformándose así en varios legados:

Marcian. 6 *inst.* D.36,2,20: *Si cum praefinitione annorum legatum fuerit, veluti «Tutio dena usque ad anos decem», Iulianus libro trigensimo digestorum scribit interesse: et si quidem alimentorum nomine legatum fuerit, plura esse legata et futurorum annorum legatum legatarium mortuum ad heredem non transmittere: si vero non pro alimentis legavit, sed in plures pensiones divisit exonerandi heredis gratia, hoc casu ait omnium annorum unum esse legatum et intra decenium decedentem legatarium etiam futurorum annorum legatum ad heredem suum transmittere, quas sententia vera est.*

Indudablemente, si el *d. c.* no se produce antes de que el legatario reciba de hecho, cada año, la cuota correspondiente del legado, ello se debe a la finalidad alimentaria, que conlleva la necesaria adscripción del legado a la persona de su titular, como ya se ha observado desde la Glosa<sup>43</sup>. No hay razones de utilidad (protección al legatario respecto a la transmisibilidad) para adelantar un *d. c.* sobre los momentos de la adquisición efectiva. Pero sí existen esas razones de utilidad si la finalidad del testador no es alimentaria, como, por ej., la contemplada por Juliano de ayuda al heredero. Así, pues, la finalidad alimentaria, con la intransmisibilidad que conlleva, determina la inutilidad de «forzar» el adelantamiento de un *d. c.* sobre el momento de la percepción real del derecho.

En el segundo texto contemplado, D. 36,2,20, no se trata en rigor de un legado *in annos singulos relictum* con la limitación incierta de la vida del legatario, sino de un legado *cum praefinitione annorum relictum*, es decir, previamente limitado a un número de años cierto. Y la distinción no es artificiosa, pues corresponde a dos tipos cuyo tratamiento puede ser bien diferente. En efecto, en el primero, indeterminado en principio en cuanto a su duración, la jurisprudencia presupone la finalidad alimentaria, por lo que considera *nec semel diem eius, sed per singulos annos*<sup>44</sup>,

43 Glosa «*Non transire*», a D. 33,1,4.

44 Ulp. 23 *Sab.* D. 36,2,12pr.

considerándose así como una pluralidad de legados <sup>45</sup>. En el segundo caso, se considera la posibilidad de que el testador no persiga un fin alimentario, sino, v. g., de ayuda al heredero <sup>46</sup>. Ulpiano sigue este criterio, pero presuponiendo el fin alimentario, excepto cuando sea patente la intención del testador de ayuda al heredero <sup>47</sup>.

Si el legado de usufructo y el legado *in annos singulos* tienen el denominador común de la finalidad alimentaria, ¿cuál es la diferencia entre ellos? Ciertamente, a veces esa diferencia se muestra bastante difuminada en las fuentes, como en el siguiente supuesto contemplado por Labeón:

*Iavol. 2 ex posterioribus Labeonis. D.33,2,41: Cum ita legatum esset: «fructus annuos fundi Cornelianum Publio Maevio do lego», perinde putat accipiendum esse Labeo, ac si usus fructus fundi similiter esset legatus, quia haec mens fuisse testatoris videatur.*

Comentando este texto, dice la Glosa que el legado de usufructo es semejante al legado *in annos singulos* <sup>48</sup>. Y la similitud de tratamiento es reflejada por los compiladores al haber incluido el rédito legado bajo el mismo título que las servidumbres personales <sup>49</sup>. Esta asimilación del rédito legado a tales servidumbres es rechazada por los tratadistas desde antiguo; ya Cuyacio lo hace expresamente <sup>50</sup>, aclarando gráficamente que «ususfructus nomen est iuris, redditus nomen corporis, vel pro corpore aestimationis» <sup>51</sup>. Y en la Pandectística, Mühlenbruch <sup>52</sup> manifiesta su extrañeza ante la mencionada inclusión sistemática de los compiladores, pues

---

45. Ulp. 23 Sab. D. 36,2,10. *Cum in annos singulos legatur, non unum legatum esse, sed plura constat.* Vid. también D. 33,1,4 y D. 33,1,11.

46. Marcian. 6 inst. D. 36,2,20.

47. Ulp. 23 Sab. D. 36,2,12,4.

48. Glosa «*Similiter*», a D. 33,2,41.

49. D. 33,2.

50. CUYACIO, *Opera* VII (Prati, 1837), col. p. 2208 s. *Comment in tit II de usu et usufr. lib. XXXIII Digest Comment. ad l. XXXVIII XLI.* «. nec emptorem vel fundum sequatur onus legati, quia legato redditu fundi, neque realis, neque personalis servitus constituta est. ».

51. Loc. cit. en n. anterior, col. 2209.

52. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1840), III, §748 y n. 1.

cuando declara que los *iura in re aliena* pueden ser constituidos mediante legado, y especifica en cuanto a las servidumbres personales, cita el tít. 2 del libro 33 encerrando significativamente en un paréntesis las palabras *et reditu*<sup>53</sup>. Es cierto, por otra parte, que en ocasiones, la diferencia entre el usufructo y el rédito legado se señala expresamente en las fuentes<sup>54</sup>. Y resulta extraño que modernamente aún se incurra en la confusión, cual es el caso de Humbert. Declara este autor: «En dehors même de ces cas où subsistent les vestiges d'une communauté familiale, l'usufruit tend à se rapprocher d'une rente»<sup>55</sup>, y especifica: «Sous forme de rente, cf. par ex. Mod., 10 resp., D. 33,1,5: *a vobis cateri heredes, peto, ut uxori meae praestetis, quoad viveret, annuos decem aureos*»<sup>56</sup>. Es patente la confusión entre el legado de usufructo y el legado *in annos singulos*. Evidentemente, en D. 33,1,5 no se alude a un usufructo bajo forma de renta. El encabezamiento del tít. 1 del lib. 33 es *De annuis legatis et fideicommissis*, mientras que el del tít. 2 del mismo libro es *De usu et usu fructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis*.

De las páginas inmediatamente precedentes, podemos extraer, en resumen, las siguientes conclusiones:

1.<sup>a</sup> La finalidad económica alimentaria es lo que hace que el *d. c.* no se adelante (pues carecería de utilidad) antes del momento de la adquisición efectiva del legado.

---

53. Loc cit. en n. anterior, n. 1: Dig. (XXXIII, 2) *de usu et usufr. (et reditu) et habitatione, et operis legat. vel fideic. dat.*

54. Scaevola, 3 resp.—D. 33,2,38: «*Fundi Aebutiani reditus uxori meae quoad vivat dari volo: quaero, an possit tutor heredis fundum vendere et legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patre familias ex locatione fundi redigere consueverat. respondit posse item quaero, an habitatione fundi redigere consueverat. respondit posse. item quaero, an habitatione impune prohiberi possit. respondit non esse obstrictum heredem ad habitationem praestandam. item, quaero, an compellendus sit heres reficere praedium respondit, si heredis facto minores reditus facti essent, legatarium recte desiderare, quod ob eam rem deminutum sit. item quaero, quo distat hoc legatum ab usu fructu respondit ex his, quae supra responsa essent, intellegi differentiam* Vid. también Gai 5 *ad legem Iul et Pap*—D 33,1,8

55. HUMBERT, *Le remariage à Rome*, p. 237.

56. Loc cit en n. anterior, n. 16.

2.<sup>a</sup> Ello se prueba en relación con el legado *cum praefinitione annorum*: *Marc.*, D. 36,2,20.

3.<sup>a</sup> En el legado *in annos singulos* se presupone la finalidad alimentaria.

4.<sup>a</sup> El legado de usufructo tiene en común con el legado *in annos singulos* la finalidad alimentaria, por lo que la jurisprudencia los ha comparado a veces, especialmente a propósito de su *d. c.*, si bien se han señalado igualmente las diferencias.

5.<sup>a</sup> Así, pues, el *d. c.*, en el legado de usufructo, no se adelanta a causa de que, en tal caso, se quebrantaría la regla *usus fructus sine persona esse non potest*, sino a causa de la inutilidad, por el carácter alimentario, y consecuentemente intransferible, del derecho.

### III

No le falta razón a Voci<sup>57</sup> cuando afirma que el usufructo evoluciona entre Labeón y Ulpiano, intervalo en el que se produce igualmente un cambio en la concepción del *d. c.* Lo que nosotros podemos añadir a esa observación afortunada es que esa mutación en el concepto del *d. c.* es precisamente la causa del cambio en la concepción del usufructo. Hemos repasado cómo aplicaba la jurisprudencia clásica sus ideas sobre el *d. c.* También, antes, como Juliano es el configurador de la naturaleza del usufructo tal como lo entendió el derecho clásico posterior a él. Y no es casualidad que sea precisamente Juliano, como veremos a continuación, el constructor técnico del *d. c.* con el sistema de aplicación que hemos examinado; porque precisamente por ser ésta una obra de Juliano, lo es también la configuración del usufructo, como ha acusado la doctrina. Lo que no se ha explicado suficientemente es que esa configuración del usufructo va a la zaga y es efecto inmediato de la influencia del mismo jurista en la construcción técnica del *d. c.* Vamos, pues, a analizar este punto. Es conocido el texto en que Teófilo expone el significado del *d. c.* y el motivo de su creación jurisprudencial<sup>58</sup>.

La doctrina lo ha utilizado como testimonio para la recens-

57 Voci, *Teoria dell'acquisto*, p. 82.

58 Teoph., *Paraphr.* 2,20,20.

trucción de la historia del *d. c.*<sup>59</sup>, pero nos puede servir también para notar la intervención de Juliano en la fijación de la transmisibilidad hereditaria del legado como criterio de justificación del adelantamiento del *d. c.* respecto del momento de la percepción efectiva del derecho. Se trata en ese texto de determinar si el aumento o pérdida en el valor de un peculio legado habrá de recaer sobre el legatario o sobre el heredero, y se toma como punto de referencia el *d. c.*: el legatario percibirá el peculio con el valor que éste posea al producirse el *d. c.*<sup>60</sup>. Así, los aumentos y disminuciones que se operen *vivo testatore* repercutirán en todo caso sobre el legatario<sup>61</sup>. Pero los que sobrevengan después de la muerte del testador beneficiarán o perjudicarán al legatario o al heredero según se produzca el *d. c.* en el momento de la adición, o en el tiempo de la muerte del testador, respectivamente. En este sentido, Juliano ha sentado la doctrina de que los cambios sobrevenidos en el peculio legado a un esclavo manumitido en el mismo testamento recaen sobre el legatario, puesto que el *d. c.* no se produce hasta el momento de la adición, mientras que si el legado es dejado a un extraño, los cambios habidos *post mortem testatoris* repercuten sobre el heredero, a no ser que se trate de incrementos provenientes de los mismos bienes del peculio, puesto que el *d. c.* se ha producido en el momento de la muerte del testador<sup>62</sup>. Este parecer juliano no es sino la aplicación de las consecuencias del *d. c.* en todo su rigor técnico; y Juliano no considera que haya que adelantar un *d. c.* respecto al momento de la adquisición efectiva si ello no es útil para la transmisibilidad hereditaria del derecho al legado, como sucede en el caso del peculio legado al esclavo manumitido, y es correctamente interpretado por Teófilo (2,20,20).

En otras ocasiones se nos muestra la opinión de Juliano sobre la inseparabilidad de un momento relevante anterior a la percepción efectiva del legado si no existen razones de utilidad para ello:

---

59. Vid., por ej., Voci *Teoria dell'acquisto*, p. 8 ss.

60. Teof. 2,20,20 dice, en latín: «*a morte testatoris*».

61. Cfr. Inst. Iust. 2,20,20.

62. D. 15,1,57,1-2; D. 33,8,8; Inst. 2,20,20.

Iul., 35 *dig.* D. 36,2,16,1: Si se lega un usufructo a un esclavo, que, a su vez ha sido legado, y es aceptada antes la herencia que contiene el legado de usufructo que aquélla en que el propio esclavo ha sido legado, *nulla ratio est, cur diem legati cedere existimemus, antequam ea quoque hereditas, ex qua servus legatus erat, adeatur, cum neque in praesentia ullum emolumentum hereditati adquiratur et, si interim servus mortuus fuerit, legatum extinguatur...*

Marcian, 6 *inst.* D. 36,2,20, ya examinado<sup>63</sup>, en que se refleja la opinión de Juliano de que, si se lega *cum praefinitione annorum* con una finalidad alimentaria en favor del legatario, ha de considerarse la existencia de varios legados, y, si el legatario muriese, no transmite a sus herederos el derecho a la percepción en los años que resten, lo cual significa que el *d. c.* de cada uno de esos legados no se adelanta con respecto a los momentos de la percepción real, pues la finalidad alimentaria priva de utilidad a un tal adelantc.

Otros textos no reflejan directamente el parecer de Juliano, pero sí indirectamente, a través de Ulpiano:

Ulp., 15 *Sab.* D.36,2,2 y Ulp., 5 *disp.* D.36,2,3 *Si pure sit usus fructus legatus vel usus vel habitatio, neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit, ...3: nam cum ad heredem non trasferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit.*

Ulp., 24 *Sab.* D.36,2,8: *Nam cum libertas non prius competat quam adita hereditate, aequissimum visum est nec legati diem ante cedere: alioquin inutile fieret legatum, si dies eius cessisset, antequam libertas competeret...*

Respecto a estos últimos fragmentos, resulta útil acudir a criterios palingenésicos para determinar la esencia juliana de su contenido. Así la principal obra utilizada en los *libri ad sabinum* de Ulpiano son los *digesta* de Juliano<sup>64</sup>. Del mismo modo, las obras

63 *Supra*, sub II

64 KRÜGER, *Quellen*, p 243.



anteriores de *digesta*, y muy presumiblemente la de Juliano, son tenidas en cuenta especialmente por Urpiano en sus *disputationes*<sup>65</sup>.

Este criterio de la utilidad, decisivo para Juliano, a la hora de justificar la existencia de un *d. c.* anterior a la adquisición del legado, produce, respecto al peculio legado, las consecuencias que se nos revelan en D. 15,1,57,1-2 y D. 33,8,8,8: Si el peculio se iega al propio esclavo manumitido en el testamento, el valor del legado habrá de computarse en el tiempo de la *hereditatis aditio*; si, por el contrario, el legatario es un extraño, percibirá la cuantía que tuviese el peculio *mortis testatoris tempore*. Esta doctrina es recogida en las Instituciones de Justiniano, posiblemente a través de las de Marciano<sup>66</sup> y correctamente interpretada por Teófilo, como hemos visto<sup>67</sup>, en lo que se refiere a la utilidad para la transmisión hereditaria como criterio de fijación de un *d. c.* anterior al momento de la adquisición del legado.

Apuntaremos de paso, a partir de lo dicho, unas posibles alteraciones, chocantes a nuestro modo de ver, sufridas por dos textos a los que nos hemos referido: D. 33,8,8,8 y D. 15,1,57,2.

Ulp., 25 Sab. D.33,8,8,8: *Utrum autem id demum peculium accipimus, quod mortis tempore fuit? an vero et quod postea accessit applicamus vel quod decessit detrahimus? et Iulianus alias accipiendum legatum peculu ait, si ipsi servo legetur, alias, si alii: nam si ipsi, id tempus in legatum spectandum quo dies legati cedit: si vero extraneo, mortis tempus, sic tamen, ut incrementa ex rebus peculiaribus ad eum perveniant, ut puta partus ancillarum vel fetus peccrum: quod autem ex operis suis vel ex alia re accedit, id, si alii quam ipsi legetur peculium, non debetur. hoc utrumque Iulianus secundum voluntatem testatoris scribit: cum enim ipsi suum peculium legatur, verosimile est eum omne augmentum ad ipsum pertinere voluisse cui patrimonium manumisso futurum est, cum alii, non: sic tamen, ut, si in alterius persona hoc eum sensisse appareat, idem dicas*

65 KRUGER, *Quellen*, p. 247 s.

66 FERRINI, *Opere* II, p. 371 y 374, y, en sentido más dudoso, Zocco-Rosa, *Imp Iustiniani Institutionum palingenesia* I (1908), p. 433 s.

67 *Supra*, sub. III.

Beseler<sup>68</sup>, el incansable militante de la crítica interpolacionista, había propugnado ya el carácter espurio de los fragmentos *sic tamen... non debetur* y *sic tamen ut... idem dicas*, pero curiosamente mantenía como genuino el fragmento intermedio *hoc utrumque... cum alii, non*. Posteriormente, Donatuti<sup>69</sup> consideró alterado el texto a partir de *sic tamen, ut incrementa...* Respecto al fragmento *sic tamen, ut incrementa... non debetur*, incurre Donatuti en una contradicción al considerarlo interpolado, ya que él mismo afirma que la tesis juliana es que, si el legatario del peculio es un extraño, el peculio, tras la muerte del testador, «non dovesse accrescersi altro che dei prodotti delle cose peculiari stesse»<sup>70</sup>. A partir de aquí, es decir, desde *hoc utrumque* hasta el final, viene, creemos, lo que pudiera corresponder a la parte alterada. Juliano contribuyó de manera decisiva a la configuración de la naturaleza y efectos del *d. c.*<sup>71</sup>. Si partiendo del sentido que tiene el *d. c.* para la jurisprudencia clásica, aquél no se produce en el legado dejado al esclavo manumitido hasta el momento de la *hereditatis aditio*, es consecuencia lógica que sea éste el momento relevante para la valoración del legado<sup>72</sup>. En cambio, si el legatario es un extraño, el *d. c.* se producirá *mortis tempore*, fijándose entonces la cuantía del legado. La decisión de Juliano se basa, pues, en una cuestión técnica de situación del *d. c.*, esto es, en la utilización de un criterio objetivo, no de criterios subjetivos de interpretación de la *voluntas testatoris*. Por otra parte, aclara el fragmento que *verosimile est eum omne augmentum ad ipsum pertinere voluisse, cui patrimonium manumisso futurum est*, pero es más congruente con el criterio objetivo de Juliano contar también con la posible disminución del peculio<sup>73</sup>. En fin, el fragmento final, a partir de *sic tamen, ut...* choca especialmente con los principios de aplicación técnica del *d. c.*

68. BESELER, *Beitrag* IV, p. 151.

69. DONATUTI, en *BIDR* 34 (1925), p. 199 s., n. 2, y 213

70. Loc. cit. en n anterior, p 199

71. *Supra*, sub. III.

72. D 33,8,8,8: *nam si ipsi, id tempus in legato spectandum, quo dies legati cedit.*

73. Vid. la primera parte del texto: *an vero et quod postea accessit applicamus vel quod decessit detrahimus?*

Modernamente se ha advertido sobre la inconveniencia de considerar sistemáticamente como interpolada la mención de la *voluntas testatoris* en la interpretación testamentaria<sup>74</sup>. Pero esta advertencia cobra valor precisamente por el gran número de casos en que los textos han sido alterados en este punto por autores postclásicos o por los mismos compiladores<sup>75</sup>. Las fuentes revelan también la importancia del criterio de la *voluntas testatoris* en época postclásica y justinianea, llegando a veces a identificarse prácticamente la *voluntas testantis* con la esencia del testamento<sup>76</sup>. Por otra parte, Kaser, a pesar de su reacción contra la crítica interpolacionística, no duda en reconocer muchos casos en que los juristas postclásicos y los compiladores introdujeron reglas de interpretación basadas en la *voluntas testatoris*<sup>77</sup>.

Tryphon, 8 disp D 15,1,57,2: *At si quis extraneo peculium servi legaverit, in coniectura voluntatis testatoris quaestionem esse, et verosimilius esse id legatum quod mortis tempore in peculio fuerit ita, ut quae ex rebus peculiaribus ante aditam hereditatem accesserint debeantur, veluti partus ancillarum et fetus pe-*

74 Por e), WIFLING, *Testamentsauslegung im romischen Recht* (1970), p. 2 s.

76 Así, en Nov Theod. 16 Vid, además, entre los muchos textos existentes al respecto: CJ. 6,27,4,2 *Nobis itaque eandem altercationem decidentibus mirabile visum est, si quis putet ex huiusmodi scrupulositate impediri testatoris voluntatem*; CJ. 6,27,5,1a: *Nobis autem alius modus huiusmodi decisionis inventus est, quia semper vestigia voluntatis sequimur testatorum*; CJ. 6,37,23: *nos huiusmodi computationes quae superfluas et contrarias voluntati testatorum omnes esse sapiendas censemus*; CJ. 6,37,23,1c: *vestigia enim voluntatis testatoris non aliter nisi per huiusmodi viam aestimanda sunt*; CJ. 6,37,23,2a: *.. in omnibus etenim testatoris voluntatem, quae legitima est, dominari censemus*.

77 KASER, *Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen (Über die Grenzen der Interpolationenkritik)*, en *Atti II Congr. Int. della Soc. It. di St. del Dir.* I (1971), p. 350, n. 181, donde escribe, refiriéndose a Paul. Sent 3 60,60: «Der Satz stimmt jedoch mit der stattlichen Reihe von Auslegungsregeln überein, mit denen gerade die ostromische Schule und Justinian die individuelle *voluntas testatoris* gegen die typisierende Auslegung der Klassiker zur Geltung gebracht haben», si bien a continuación manifiesta sus reservas respecto del texto concreto que comenta. Cfr. *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* («Osterr. Akademie d. Wiss.», Phil.-hist. Kl., Sitzungsberichte, 277. Abhandlung. Wien, 1972), p. 79-80, n. 181.

*quod, quae autem servo donata fuerint sive quid ex operis suis adquisierit, ad legatarium non pertinere.*

Por las razones aducidas respecto de D. 33,8,8,8<sup>78</sup>, hemos de considerar como muy probable la alteración del fragmento *in coniectura... verosimilius esse*, como ha señalado acertadamente Donatuti<sup>79</sup>.

#### IV

La máxima *usus fructus sine persona esse non potest* impide una situación teórica (existencia del derecho independiente de la persona del titular) que, en la práctica, sólo cabe en una forma de constitución, el legado: en el intervalo entre la muerte del testador y la *hereditatis aditio* no existiría un titular. Pero, tratándose de un legado de usufructo, derecho intransmisible, el *d. c.* no se produce antes de la adición por carencia de utilidad, criterio éste esencial a la concepción del *d. c.* que posee la jurisprudencia clásica, elaborado en gran medida por Juliano. Así, pues, en el momento de la adición coinciden el *d. c.* del legado, con la consiguiente constitución del derecho, y el cambio, de virtual a real, en la cualidad del legatario; coinciden, pues, derecho y titular. De aquí debe proceder, pues, el principio generalizado *usus fructus sine persona...* y, en estrecha conexión con él, la consideración según la cual *usus fructus ex fruendo consistit*<sup>80</sup>. En efecto, la regla *usus fructus sine persona...* es creada por Paulo<sup>81</sup> como formulación expresa de esta característica del usufructo, a partir de la conformación que desde Juliano había adquirido la naturaleza del instituto<sup>82</sup>. Este tipo de formulaciones mediante máximas que fijan construcciones jurídicas desarrolladas anteriormente, y muchas de las cuales se expresan de modo permisivo o prohibitivo (*posse-non posse*), es bastante común en la literatura

78. Supra, sub III.

79. DONATUTI, en *BIDR.* 34 (1925), p. 199-200. V. además las interesantes observaciones estilísticas de este autor, *op. cit.*, p. 200, n. 1.

80. D. 7,3,1,pr. V. también D. 7,3,1,2 y Vat. 60.

81. D. 45,3,26 = Vat. 55.

82. VOCI, *Teoria dell'acquisto*, p. 92.

jurídica de finales de la época clásica, y adecuado al estilo de Paulo y Ulpiano. A este fenómeno se refiere Kreller<sup>83</sup> cuando habla, aludiendo a la época clásica tardía, y a Paulo y Ulpiano en concreto, con descriptiva elegancia de la «red de la dogmática que se cierne sobre el Derecho Romano, haciendo posible extraer «doctrinas dominantes». La tendencia de la época, y especialmente de los dos juristas mencionados, al dibujo de una «doctrina dominante», es resaltada también por Nörr<sup>84</sup>, al referirse a la «Harmonisierungstendenz» de las grandes obras de conjunto sistemáticas de aquellos jurisconsultos. Seguidamente, y en el tema que nos interesa de la formulación de máximas que recogen construcciones jurídicas anteriores, habla Nörr de la «Tendenz zur Regelbildung, wie sie sich in stets zunehmender Masse vor allem in den Schriften der spätklassischen Juristen zeigt»<sup>85</sup>.

En materia de usufructo, existen en Paulo y Ulpiano otros ejemplos de máximas formalmente similares a la contenida en D. 45,3,26:

Paul, 3 Sab. D.33,2,1: . . . *servitus servitutis esse non potest.*

Ulp., 17 Sab. D.7,8,14,1: *et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest...*

Por otra parte, estas formulaciones escolásticas (*posse-non posse*), corrientes en Paulo y Ulpiano<sup>86</sup>, abundan en los *manualia* de Paulo<sup>87</sup>, obra a la que pertenece D. 45,3,26 y configuran en general los enunciados cortos que, juntamente con la casuística, estructuran la obra<sup>88</sup>. Este método revela la característica de los autores citados, en cuanto al aprovechamiento masivo de los logros jurisprudenciales anteriores<sup>89</sup>, siendo, por otra parte, el

83. KRELLER, en SZ. 58 (1938), p. 349.

84. NORR, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie*, en *Festschr. Felgenträger* (1969), p. 362.

85. *Op. cit.* en n. anterior, p. 363.

86. Vid. LENEL, *Pal.*

87. LENEL, *Pal.*, Paul. 981-1.017.

88. KRÜGER, *Quellen*, p. 237; WENGER, *Quellen*, p. 517, n. 300

89. Respecto a Paulo, vid. WENGER, *Quellen*, p. 517 y n. 302.

escolasticismo de estas construcciones manifestación de esa originalidad y rigor metodológico que acusan los escritos de Paulo y, si bien en menor medida, los de Ulpiano, aunque se haya querido ver a veces en estos juristas meros recopiladores enciclopédicos<sup>90</sup>.

## V

Como resultado, podemos concluir lo siguiente: Se habla tradicionalmente de un retraso en el *d. c.* del legado de usufructo<sup>91</sup>, que se desplaza de su momento habitual, la muerte del testador, hasta el momento de la *hereditatis aditio* porque, siendo el usufructo un derecho inherente a la persona de su titular, no puede existir independientemente de ella, lo que se halla expresado en la máxima *usus fructus sine persona esse non potest*; y no existe un titular que pueda ejercitar el derecho hasta que el legatario no consolida su posición en el momento de la aceptación por parte del heredero. Es decir, porque la naturaleza del usufructo tiene una determinada característica, la de no poder existir sin un titular real, el *d. c.* sufre un retraso: un determinado principio del derecho sucesorio cede para acomodarse a la naturaleza de una institución, con la que ha de contar necesariamente.

Nosotros creemos que una inversión de este planteamiento es más adecuada a la evolución histórica del derecho romano: no se pliegan los principios del *d. c.* a la naturaleza del usufructo, sino que, porque el *d. c.* sigue unas determinadas directrices, la naturaleza del usufructo se dibuja de un modo específico:

1.º El legado (vindicatario) es el modo originario y siempre preponderante de constitución del usufructo.

2.º La jurisprudencia clásica, y muy especialmente Juliano, configura el principio de aplicación del *d. c.* conforme a criterios de utilidad para la transmisibilidad hereditaria del derecho al legado. Esos criterios están ausentes en las servidumbres personales, y concretamente en el usufructo, por su carácter intransmisible proveniente de la finalidad alimentaria de su ordenación. Por

90. WENGER, *Quellen*, p. 516 ss.

91. Expresamente, SOMMER, en SZ. 34 (1913), p. 397.

tanto, el *d. c.* no se adelanta respecto del *d. v.*, en virtud del principio jurisprudencial de economía en el empleo de los institutos jurídicos. Algún autor, como Elvers<sup>92</sup>, ha explicado la inexistencia de un *d. c.* anterior al *d. v.* por la condicionalidad tácita de estos legados al hecho de la supervivencia del legatario al tiempo de la *hereditatis aditio*, teniendo en cuenta que, en los legados condicionales, *non prius dies legati cedit quam condicio fuerit impleta*<sup>93</sup>. Esta consideración, aunque algo artificiosa, no está desprovista de base en las fuentes, cuando ya desde Sabino se consideran las características del legado *in annos singulos relictum*, que coincide con el legado de usufructo en su finalidad alimentaria<sup>94</sup>. En todo caso, el resultado es el mismo: no se adelanta un *d. c.* respecto al momento de la adquisición real del legado, con lo cual el derecho no se constituye hasta el momento de la adición.

3.º Así pues, en la adición coinciden la constitución del derecho y la consolidación de la cualidad del legatario: el derecho y la persona.

4.º A partir de este fenómeno, debido, insistimos, a la configuración del *d. c.* por obra de Juliano, la jurisprudencia clásica tardía, concretamente Paulo, elabora la máxima *usus fructus sine persona esse non potest*, de la que deriva probablemente, con lógica naturalidad, la consideración del efectivo *uti frui* como esencia del derecho.

El siguiente gráfico nos permite observar el desarrollo de esta evolución:

---

92 ELVERS, *Die romische Servitutenlehre* (1856), p. 723.

93 D. 36,2,5,2.

94. Paul., 62 ed. D. 33,1,4: *Si in singulos annos alicuius legatum sit, Sabinus, cuius sententia vera est, plura legata esse ait et primi anni purum, sequentium condicionalia: videri enim hanc inesse condicionem «si vivat» et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.*

Epoca	Historia del <i>d. c.</i>	Historia del usufructo
?	Nacimiento, como institución autónoma, separado del <i>d. v.</i> (Teófilo, 2, 20,20).	
S. II? a. C.		Nacimiento (constitución mediante legado vindicatorio).
Labeón.	<i>Morte testatoris</i> , incluso en el legado de usufructo (Vat. 60).	Aún no está definitivamente configurado el usufructo.
Juliano.	Exigencia estricta de la utilidad para el adelantamiento del <i>d. c.</i>	El <i>d. c.</i> no se adelanta, pues no es útil hacerlo, dada la intransmisibilidad del usufructo Coincidencia de la constitución del derecho con la existencia del titular.
Jurisprudencia clásica tardía (Paulo y Ulpiano).	Se mantiene el criterio de Juliano (utilidad), debilitándose la conexión con la naturaleza del usufructo	Enunciado de la máxima <i>usus fructus sine persona esse non potest</i> , con todas sus consecuencias.

En definitiva, desde el punto de vista del estudioso de los derechos reales, lo fundamental es la naturaleza del usufructo y no los principios del *d. c.* del legado que le da vida, como desde el punto de vista del oyente lo esencial está constituido por los sonidos que producen los instrumentos de la orquesta y no por los movimientos de la batuta del director. Pero son esos movimientos los que conforman el efecto musical, y éste el que va a la zaga de aquéllos. Creer, ante un legado de usufructo, que el *d. c.* se desplaza para adecuarse a la naturaleza de la institución a la que da vida viene a ser como pensar que es el director quien es «guiado» por su orquesta, y no ésta la que sigue el camino que aquél le señala.

JOSÉ M.<sup>a</sup> SÁINZ EZQUERRA