

### III

## UN "RESPONSUM" DE ESCEVOLA: D. 7, 1, 50

Una lectura detenida de D.7,1 (*de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur*) nos lleva a sacar a la luz un texto, hasta ahora poco estudiado, que trataremos de analizar; se trata de un fragmento de Paulo, D.7,1,50 (*libro tertio ad Vitellium*), que transcribimos a continuación:

Titius Maevio fundum Tusculanum reliquit eiusque fidei commisit, ut eiusdem fundi partis dimidiae usum fructum Titiae praestaret: Maevius villam vetustate corruptam necessariam cogendis et conservandis fructibus aedificavit: quaesitum est, an sumptus partem pro portione usus fructus Titiae adgnoscerere debeat. respondit Scaevola, si, priusquam usus fructus praestaretur, necessario aedificasset, non alias cogendum restituere quam eius sumptus ratio haberetur.

El texto procede del comentario de Paulo al libro tercero *ad Vitellium*, en el que, bajo la rúbrica *de legatis*, se contenía el comentario a la rúbrica, hipotizada por Lenel, *de usu et usu fructu legato*, en la cual se encuadraba también D.7,1,1 (= Inst. 2,4,pr.), que contiene la conocida definición de usufructo: *usus fructus est ius alienis rebus utendi et fruendi salva rerum substantia*. Según Lenel<sup>1</sup>, Paulo no hizo sus cuatro libros *ad Vitellium* sobre las obras de este jurista, casi desconocido (de época de Augusto), sino a través de los comentarios que Sabino dedicó a las obras de Vitelio, del que, por lo demás, no se nos ha conservado ningún fragmento. Gracias, pues, a Sabino, tenemos referencias de las obras de aquel jurista<sup>2</sup>. Nuestro texto coin-

1. LENEL, *Palingenesia* I col. 1301 n. 2.

2. Sobre la naturaleza de los *libri ad Vitellium* y la existencia misma de un jurista llamado Vitelio, hay una interesante polémica. BREMER, *Iurisprudentia Antehadrianea* 2. I (1899) p. 375 ss., seguido por DI MARZO, *Di una recente congettura sull'indole dei "libri ad Vitellium" di Masurio Sabino* (1899) p. 13, y BAVIERA, *Di una congettura dei "libri ad Vitellium" di Masurio Sabino*, en *Scr. Giuridici* I (1909) p. 142, sostenían que *Vitellius* no fue conocido en absoluto como jurista, sino que fue un contemporáneo y amigo de Sabino al que éste dedicó su obra; esta hipó-

cide, en términos casi idénticos, con D.33,2,32,5, del mismo Escévola (al que citaba Paulo), en el libro quince de sus «digestos». Se trata, como vemos, de uno de aquellos casos de *leges geminatae* (aunque de distinto autor) que Justiniano quiso evitar en el *Corpus Iuris*, aunque no siempre lo consiguió<sup>3</sup>.

Los Compiladores colocaron el texto de Paulo, procedente de la *pars edictalis*<sup>4</sup>, en el libro séptimo del Digesto —dedicado todo él al usufructo—, y en su título primero, bajo la rúbrica *de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur*, donde se trataban las cuestiones más generales acerca del usufructo<sup>5</sup>. Los otros títulos de este libro séptimo incidían sobre aspectos más concretos: así: D.7,2: *de usu fructu ad crescendo*; D.7,3: *quando dies usus fructus legati cedat*; D.7,4: *quibus modis usus fructus vel usus amittitur*; en D.7,5 se trataba del usufructo sobre cosas consumibles (*de usu fructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur*); en D.7,6, de la defensa procesal del usufructo (*si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur*); en los dos títulos siguientes, 7 y 8, los compiladores tratan *de operis servorum* y *de usu et habitatione*, que son modalidades especiales del legado de uso, sin *frui*, que Justiniano aproximó al usufructo; por último, en D.7,9, se trataba de la *cautio usufructuaria* (*usufructuarius quemadmodum caveat*).

El texto dice que Ticio «dejó» a Mevio —suponemos que por legado— el fundo Tusculano; más explícitamente, Escévola, en D. 33, 2,32,5, dice: *Lucius Titius testamento suo Publio Maevio fundum*

---

tesis fue rechazada por SCHULZ, *Storia de la Giurisprudenza Romana* (Florenca 1968) p. 374 s., para quien, sin dudar de la clasicidad de los *libri ad Vitellium* de Paulo, esta obra fue notablemente reelaborada por un desconocido jurista post-clásico; de acuerdo con Schulz están KUNKEL, *Herkunft und Soziale Stellung der römischen Juristen* (1952) p. 217 ss. y WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (1960) p. 280 s. GUARINO, "Ad Vitellium", en *BIDR*, 1963 p. 1 ss., y "Libri ad", en *Synteleia Arancio-Ruiz II* (1964) p. 768 ss., se adhiere a la opinión leneliana sobre la procedencia de los *libri ad Vitellium* del comentario de Sabino a estos libros, y se limita a expresar sus dudas sobre la personalidad de Vitelio; parcialmente en contra, ASTOLFI, "Et Cassius apud Vitellium notat", en *IURA* 1965 p. 115 ss.

3. Const. *Tanta* § pr.

4. En este caso, la duplicación del mismo *responsum*, bajo el nombre de autores distintos, se explica por el hecho de que el fragmento de Paulo (D. 7,1,50) fue escogido por la comisión de la masa edictal, en tanto el de Escévola (D.33,2,32,5) fue añadido posteriormente, en el *Appendix*.

5. Es interesante la observación de KRÜGER, *Ueber die Reihenfolge der "leges" in den Titeln der Digesten Justinians*, en *SZ*. 1901 p. 33 n. 1, de que los Compiladores colocaron los fragmentos de Paulo *ad Vitellium* siempre detrás de los comentarios procedentes de los *libri ad Plautium*, como evidencia nuestro texto: D.7,1,46-50; asimismo: D.7,8,18-19; 35,1,43-46; 40,7,20-22.

*Tusculanum reliquit*<sup>6</sup>. Y le encargó por fideicomiso que otorgara a Ticia el usufructo de la mitad del mismo fundo<sup>7</sup>; es decir, que Ticio es fideicomitente, Mevio es fiduciario y Ticia es fideicomisaria del usufructo de la mitad del fundo Tusculano. En dicho fundo, Mevio reedificó una casa (*villa* es el nombre técnico para aludir a una casa rural, mientras que *aedes* es el nombre propio de las casas edificadas en suelo urbano)<sup>8</sup>, que se había arruinado por su antigüedad, casa que hacía falta para la recogida y conservación de los frutos que producía el mencionado fundo. Planteada la cuestión de si Ticia debería sufragar una parte de los gastos, en la medida de su usufructo de la mitad<sup>9</sup>, Escévola respondió que, si dicha reedificación se hubiera llevado a cabo, por necesidad de la finca, antes de que el mismo Mevio hubiera dado a Ticia el usufructo de la mitad del fundo, no tiene Mevio obligación de restituir más que deduciendo el importe del gasto realizado (*non alias cogendum restituere, quam eius sumptus ratio habeatur*)<sup>10</sup>. En otras palabras: el gasto realizado por Mevio, propietario del fundo, en la reparación de la *villa* era imprescindible para la explotación económica del mismo fundo (*necessaria cogendis et conservandis fructibus*)<sup>11</sup>, y, si dicho gasto se realizó antes de que Ticia se hiciera usufructuaria del fundo Tusculano, decía Escévola que quedaba ella obligada a abonar la cantidad a que ascendía la reparación de la casa, en proporción a su derecho.

6. SCHULZ, *Ueberlieferungsgeschichte der "Responsa" des "Cervidius Scaevola"*, en *Symbo'ae Lenel* p. 221, pone de relieve las diferencias puramente formales, entre D.7,1,50 y 33,2,32,5. Parece más probable que se trate de un legado, pues en ambos textos se alude a una disposición de cosa singular, sin aludir a la condición de heredero.

7. MAYR "*Praestare*", en *SZ.* 1921 p. 218 y n. 2, observa, a propósito de nuestro texto, que *praestare* es el término comunmente usado por los juristas para referirse a la ejecución de un legado o un fideicomiso.

8. Cfr. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon* p. 625.

9. Vid. BREONE, *La nozione romana di usufrutto* I (Nápoles, 1962) p. 96 n. 30, que aduce D.7,1,50 como ejemplo de usufructo en una cuota.

10. Sobre el final del texto: *non alias ... quam*, observa SCHULZE, *Zum Sprachgebrauche der römischen Juristen*, en *SZ.* 1891-92 p. 106, que la construcción más frecuentemente usada es *non alias ... quam si*, y que, tal como aparece en nuestro texto, sólo se encuentra cuatro veces en Escévola —aparte de D.7,1,50, en: D.33,2,32,5; 35,2,94; 40,7,40,7; dos veces en Ulpiano: D.10,2,8 pr. y 32,11,15; dos veces en Paulo: 36,1,37 y 44,4,14. Es más probable que en estos textos hubiera un enlace *quam si*, que *quam ut*, como pensaba MOMMSEN.

11. D'ORS, *Réplias Panormitanas* IV. *Sobre la supuesta "condictio" sin "datio"*, en *IURA* 1974 p. 40 s. y n. 57, observa, a propósito de D.7,1,50 y 33,2,32,5, que *cogere fructus* quiere decir "recoger los frutos" y no suele distinguirse de la *perceptio*; suelen distinguirse, en cambio, las fases sucesivas de *cogere* (recoger) y *conservare* (guardar), lo que prueba que la *coactio* no es una transformación consuntiva, de ahí que no pueda establecerse una contraposición entre *fructus percepti* y *fructus coacti*.

Este criterio de Escévola parece congruente con la misma naturaleza del usufructo, que surge, originariamente, como forma de favorecer de por vida a personas de la familia a las que, en cambio, no se quiere otorgar la facultad de disponer de los bienes, sino únicamente concederles el uso y el disfrute de unos medios económicos. El nudo propietario no puede obligar al usufructuario con actos, como el que nos ocupa, que suponen un gasto, ni con actos que impongan un gravamen al usufructuario, como, por ejemplo, la constitución de una servidumbre o la extinción de ésta (D.7,1,15,7); por eso carece de acción contra la usufructuaria. Pero es interesante observar que el gasto que se declara reembolsable debe haberse hecho precisamente antes de constituirse el usufructo. Esto debe explicarse así: entre el propietario y el (futuro) usufructuario no hay *communio*; si la hubiera cada uno de los partícipes en la *communio* debería contribuir a las impensas necesarias y esto se exigiría por la acción divisoria; no habiendo *communio*, no hay medio jurídico para exigir al usufructuario el abono de impensas hechas por el propietario; ni siquiera valdría para conseguir ese reembolso la *actio negotiorum gestorum contraria*, pues el propietario (lo mismo que el ya nudo propietario) no había hecho una gestión *in re aliena*, sino *in re propria*. Así, lo único que podía hacer el propietario para cobrar de la usufructuaria la contribución a aquel gasto necesario era retener el fundo objeto del fideicomiso, de manera análoga a cómo un poseedor vencido en la reivindicatoria puede retener (es decir, no restituir) si no se le abonan las impensas necesarias. Porque, una vez que ha constituido el usufructo, pierde la posibilidad de reclamar (por falta de *actio*) contra el usufructuario. La pieza procesal para conseguir el demandado el abono de impensas necesarias es la *exceptio doli*, pero en la acción del fideicomiso, de carácter *extra ordinem* y asimilada a los juicios de buena fe, no era necesaria la excepción<sup>12</sup>, sino que podía exigirse el abono de impensas por ministerio del mismo juez.

Nardi<sup>13</sup> propone una solución distinta que pasamos a considerar. Siguiendo a Beseler<sup>14</sup>, suprime el párrafo final *si prius ... haberetur* y considera que Escévola habría respondido *non debere*, aunque, como él mismo dice: «il dubbio che la ricostruzione non sia senz'altro arbi-

12. Según nos refiere CUYACIO, *Opera Omnia* vol. 7 col. 1372, ya Acursio pensó que no podría oponerse la *exceptio doli*. El mismo Cuyacio, *ibidem* col. 1373, pensaba que podría darse aquí la *condictio incerti* si se hubiera constituido el usufructo sin deducir los gastos (*quasi plus debito praestiterit*), pero esta *condictio* no parece probable, pues nuestro texto presupone que no hay acción posible para el reembolso de las impensas.

13. NARDI, *Studi sulla ritenzione in Diritto Romano I* (Milán, 1947) p. 136 ss.

14. BESELER, en *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen V* (Leipzig 1931) p. 21, considera el párrafo *si priusquam ... aedificasset* "eine überflüssige und ärgerlich ungenaue Tatbestandswiederholung".

traria non è da escludere». Para Nardi, se trata aquí, no de una retención sino de una *deductio*, pues piensa que Ticia, como usufructuaria de la mitad del fundo, tiene derecho a percibir la mitad de los frutos producidos, y, por ello, también a hacerse cargo de la mitad de las impensas. Esta explicación de Nardi, ciertamente inatacable desde el punto de vista de la lógica, tiene, sin embargo, un defecto fundamental que la invalida, y es que el texto dice expresamente que la reparación de la *villa* se llevó a cabo antes de constituirse el usufructo (*prius quam usum fructum praestaretur*), por lo que no puede hablarse de una *deductio* de los frutos para abonar las impensas, pues Ticia no es todavía partícipe en el disfrute común con Mevio, y no se plantea, por tanto, el tema de repartir los frutos, como pretende Nardi, sino que el texto, conservándolo en su tenor actual, se refiere a una *retentio*, por parte de Mevio, de la constitución del usufructo, como medio coactivo para obligar a Ticia a que abone las impensas necesarias, que sí podemos considerar serían de la mitad, pues, aunque el derecho de usufructo de una mitad pueda valer menos que el derecho del propietario (que no es temporal como aquél), la previsión de un futuro disfrute a medias podía justificar una contribución a medias en las impensas necesarias para tal disfrute común.

Nuestro texto, con la excepción de Nardi, ha atraído poco la atención de los romanistas, que, como hemos ido viendo, se han fijado preferentemente en cuestiones de detalle, para criticar alguna expresión, o analizar cuestiones formales<sup>15</sup>. Grosso<sup>16</sup>, en cambio, aunque brevemente, trata de explicar la peculiaridad de que el *dominus* retenga el usufructo, hasta que la usufructuaria le abone la mitad de los gastos realizados en la construcción de la *villa*, no sólo por la razón de que se trataba de un usufructo de la mitad, como pensó Elvers<sup>17</sup>, sino más bien porque «la elasticità del fedecommeso permette più facilmente di equilibrare l'interesse del *dominus*, come quello del fedecommissario di usufrutto». Esta explicación no acaba de satisfacer, pues no aclara de qué modo se podrían exigir las impensas.

En resumen, la razón en que se basa este *responsum* de Scaevola es que el propietario puede retener el usufructo de la mitad del fundo objeto del fideicomiso, como único modo de cobrar de la usufructuaria las impensas necesarias, que no deberán exigirse por la *exceptio doli*, sino que pueden hacerse valer, por ministerio del juez, en el curso de

15. A esta tendencia responde el comentario de ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest* (Cambridge, 1884) p. 217 ss., que se detiene en el análisis de algunas expresiones de D.7,1,50, sin entrar a fondo en la *ratio iuris* del texto.

16. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano* (Turín, 1958) p. 167 n. 2.

17. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre* (Marburg, 1856) p. 507 ss. (cit. por Grosso).

la acción del fideicomiso. Si no hace uso de la retención y constituye el usufructo, se queda entonces sin medio de exigir nada.

El comentario de este *responsum* pone de manifiesto también la validez de un principio metodológico que creemos debe ser mantenido, a saber: que es necesario adoptar una actitud de independencia crítica al plantearse un determinado problema textual<sup>18</sup>; es decir, que hay que estudiar los textos directamente en las fuentes para poder criticarlos, y sólo después recurrir a las opiniones y censuras de otros autores que puedan haberse ocupado del mismo texto. En nuestro caso, como hemos visto, seguir de entrada los pasos de otros autores nos hubiera conducido a pasar por alto, una vez más, el verdadero sentido de este *responsum* de Escévola.

TERESA GIMÉNEZ-CANDELA

*Departamento de Derecho Romano*  
*Facultad de Derecho*  
*Universidad de Valencia*

5

---

18. A este respecto, vid. X. D'ORS, *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho Romano* (Santiago de Compostela, 1981) p. 69 s.