

REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS INTERESES MORATORIOS EN EL FIDEICOMISO Y EN LOS LEGADOS DURANTE ÉPOCA CLÁSICA.

*María Salazar Revuelta.
Becaria del PFPDeI. Universidad de Jaén.*

1. PRELIMINAR.

De entrada, para delimitar el tema objeto de estudio, he considerado oportuno hacer unas consideraciones genéricas en torno a las diferentes formas de reclamación de las *usurae*, en general, para terminar centrándome en los intereses moratorios, cuyo análisis en el marco de los fideicomisos y los legados constituye la cuestión de fondo de esta comunicación. Así pues, como es sabido, desde el punto de vista jurídico, los intereses pueden ser debidos a diversas causas. Por un lado, a través de su inclusión en las relaciones convencionales (*contractus o pactum*) y, por otro, nacidos *ex mora*, mediante diferentes causas predeterminadas por el ordenamiento jurídico. De todas estas modalidades, las *usurae* que son insertables y exigibles en un *iudicium bonae fidei*, tienen la misma consideración que las emanadas de la celebración de una *stipulatio usurarum*, es decir, origen legal, en la misma línea que la voluntad de las partes lo es en relación a los intereses convencionales (*usurae in obligatione*). Esta configuración se deduce de la lectura del fragmento atribuido a Papiniano en Dig.16,3,24 e, igualmente, de otros textos: Dig.17,2,60 *pr.* y Dig.17,1,10,8, pertenecientes a Pomponio y Ulpiano respectivamente.

La Jurisprudencia -cuyos testimonios más antiguos se remontan a Labeón (Dig.17,1,10,8; Dig.17,2,60 *pr.*)- y la Cancillería Imperial, a través de diferentes Constituciones, enuncian una serie de principios en materia de intereses que se imponen dentro de la práctica procesal por medio del *officium iudicis*. Ahora bien, la *bona fides* y la *aequitas* constituirán los instrumentos por los que el *iudex*, condenará al obligado al pago de los intereses *ex mora* o *ante moram*.

Podemos deducir que, a partir de la época clásica, en caso de mora del deudor, en todas las relaciones de las cuales puede derivar un *iudicium bonae fidei*, nos encontramos ante *usurae* determinadas *officio iudicis*, en base a los poderes discrecionales de los jueces, propios en estos particulares tipos de procesos (Cod.4,32,2).

Asimismo, las *usurae ex mora* son reconocidas en el ámbito de la *cognitio extra ordinem*, en el supuesto de retraso en el cumplimiento de un fideicomiso¹ o bien de una *pollicitatio* (Dig.50,12,1 *pr.*). Pero no sólo se pueden exigir intereses *ex mora*, por medio de *iudicia bonae fidei*, sino que -como tendremos ocasión de constatar- también pueden ser exigibles a través de la *actio ex testamento* para el legado *sinendi modo*² o la *actio familiae erciscundae*, ejercitable por un coheredero

1. La particularidad de la sanción *extra ordinem* del vínculo obligatorio nacido del fideicomiso implicaba, como ha puesto de manifiesto G. Grosso, *I legati nel diritto romano. Parte generale*. (Torino 1962) 392, 'la possibilità di raggiungere ben altri risultati che non la procedura ordinaria, per la esplicazione diretta dell'*officium* del magistrato, la costrizione all'adempimento, la possibilità di aderenza agli effetti voluti...'

2. Por lo que se refiere a este tipo de legado, son de obligada consulta: K.F. Knip, *Gai institutionum commentarius secundus*. (Jena 1912-1913); C. Ferrini, 'Ricerche sul *legatum sinendi modo*', *Opere* 4 (Milano 1930) 207 ss; V. De Villa, *La liberatio legata nel diritto classico e giustiniano*. (Milano 1939); M. Kaser, 'Das

(Dig.10,2,18,3)³.

2. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA RECLAMACIÓN *EX MORA* DE INTERESES Y FRUTOS EN LOS FIDEICOMISOS.

En relación a los intereses debidos por el fiduciario al fideicomisario se considera clave, en *sede materiae*, el texto gayano recogido en *Instituta* 2,280:

Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debet; legatorum uero usurae non debentur, idque rescripto diui Hadriani significatur. Scio tamen Iuliano placuisse in eo legato quod sinendi modo relinquitur, idem iuris esse quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis optinere uideo.

El jurista nos recuerda que, a través de un *rescriptum diui Hadriani*, el emperador declara que el fiduciario debe al fideicomisario las *usurae* y los frutos provocados por la mora en el cumplimiento del fideicomiso⁴. Sin embargo, añade que en el caso de los legados, las *usurae* no se deben; aunque, con posterioridad, afirma que, según Juliano, en el *legato quod sinendi modo* se aplica el mismo principio que en los fideicomisos, concluyendo: *quam sententiam et his temporibus magis optinere uideo*, es decir, el jurista opina que esta regla es la que prevalecía en su tiempo.

De una lectura inicial de este texto llama la atención, en la frase: *legatorum uero usurae non debentur*, la ausencia de una referencia específica a los frutos, habiendo una cierta unanimidad en la doctrina⁵, con respecto a que la expresión *ex fructus* se habría caído de la redacción original de las Instituciones, donde probablemente estaría insertada junto al sustantivo *usurae*⁶.

Por otro lado, Gayo nos refiere, en el texto, la opinión imperial, negando las usuras moratorias en el legado y la posibilidad afirmativa en los fideicomisos, introduciendo, mediante la referencia de la opinión de Juliano, un planteamiento excepcional por medio del cual el autor nos pone en guardia sobre la duda que le asalta sobre el principio general.

Ahora bien, en primer lugar, ¿qué razones o motivos explican que en el supuesto de un fideicomiso puedan exigirse las *usurae post moram*?. Esta cuestión comienza a tener respuesta, a mi modo de ver, cuando se conecta con la evolución histórica del fenómeno por el cual los fideicomisos en el

legatum sinendi modo in der Geschichte des römischen Vermächtnisrecht', ZSS 67 (1950) 320 ss; N. Bammate, 'Le titre pro legato', RIDA 1 (1948) 27-39; Idem, *Origine et nature du legs sinendi modo*. (Paris-Lausanne 1947), esta última obra recensada por B. Biondi en SDHI 15 (1949) 273-80 [= *Scritti Giuridici* 3 (Milano 1965) 613-20] y por Lemosse en RHD 29 (1949) 591 s.; M.J. García Garrido, 'La concepción clásica del legado *sinendi modo* y su probable estructura originaria', AHDE 29 (1959) 575 ss (= *Studi in onore di E. Betti* 3 (Milano 1962) 231 ss); Pezzana, 'Sull'origine e sulla struttura classica del legato *sinendi modo*', *Studi in onore di E. Volterra* 3 (Milano 1971) 183 ss. Vid., asimismo, la bibliografía contenida en A. Pezzana, *Contributi allo studio del legato «sinendi modo»*. (Milano 1958) 1 s., nota 1.

3. Tal y como expresa R. Vigneron, *Auferre aut deponere. De l'origine de la procedure des offres reelles suivies de consignation*. (Liège 1979) 55 s., 'La première manifestation de ces intérêts moratoires se trouve, à notre connaissance, dans une citation de Labeon relative au contrat de société. Mais la règle s'étendra aux autres *iudicia bonae fidei*, et dans la suite elle sera même d'application en matière de fidéicomis, de legs *sinendi modo* et d'actions *incertae ex stipulatu*'.

4. Sobre el controvertido texto de las Instituciones de Gayo 2,280, vid. G. Cervencia, 'A proposito de Gai 2,163 e 2,280', *Gaio nel suo tempo, Atti del Simposio romanistico Vincenzo Arangio-Ruiz* (Napoli 1966) 25-31; Idem, *Contributo allo studio delle usurae cosiddette legali nel diritto romano*. (Milano 1969) 170-83; Asimismo, Giodice-Sabatelli, 'Un rescritto di Adriano. Legati e fedecommesi', *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*. (Napoli 1984) 2131-45.

5. Vid., a este respecto, A. Pezzana, *Contributi allo studio* 100 s.

6. En torno a esta cuestión resulta de gran interés el importante estudio de E. Volterra, 'Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali ricostruzioni segnalate dalla critica nelle fonti pregiustiniane occidentali', *RSDI* 8 (1935) 129 ss.

periodo clásico vienen a ser asimilados a los negocios de buena fe⁷. De ahí que no resulte extraño que las *usurae ex mora*, concedidas y reconocidas a través de las *actiones bonae fidei*, vengan extendidas al fideicomiso⁸. De manera que, históricamente, a la luz de las fuentes de que disponemos, podemos resaltar la existencia del derecho del fideicomisario a los intereses moratorios ya desde época de los Severos; lo que, posteriormente, viene reafirmado en el Derecho postclásico y se consolida en época justiniana⁹.

Por el contrario, si analizamos el texto del Epítome de Gayo 2,7,8 (*Praetera et in hoc alia fideicommissa et legatorum condicio est, quia fideicommissa, si tardius, quam scriptum sit, soluta fuerint, usurae et fructus debentur: legatorum uero usurae non debentur, sed ex mora solutionis, si per damnationem relicta fuerint, duplicantur.*), deducimos con cierta claridad el clasicismo del principio dirigido a negar las *usurae* y los *fructus ex mora* en la *actio ex testamento*. Tampoco se menciona la decisión de Adriano y, ni siquiera, se hace referencia a la interpretación que hace Juliano para el legado *sinendi modo*. En una línea análoga, las Sentencias de Paulo 3,8,4, que equiparan los legados y fideicomisos, no hacen especial mención, por lo que se refiere a los intereses y a los frutos moratorios, de la noticia del rescripto adriano ni de la *sententia Iuliani*¹⁰.

En este sentido, entiendo que uno de los problemas que se suscita en especial, en materia de legados, es que a diferencia de la *actio* que surge de un fideicomiso, la *actio ex testamento* concedida al legatario es una acción de naturaleza ordinaria y no de buena fe. Por el contrario, la extensión de los intereses moratorios en favor del legatario *sinendi modo* viene justificada, por la doctrina¹¹, por el hecho de que la *intentio* de la *actio ex testamento* es, con relación a este tipo de legado, de naturaleza incierta. De manera que la indeterminación de la pretensión del actor, permite al *iudex* computar en la sentencia, a favor del legatario *sinendi modo*, también los intereses que surgen *ex mora*¹². Esta situación es semejante al fideicomiso que genera una obligación, otorgando al favorecido un crédito por un *incertum*, cuya estimación se lleva a cabo conforme a los principios que rigen en materia de *bonae fidei iudicia*. A este respecto, una consecuencia que podemos deducir es que, ya en época clásica, la responsabilidad derivada del fideicomiso, como ocurría en los *bonae fidei iudicia*, no se observa solamente en los casos de dolo, sino que también se extiende a los supuestos de culpa¹³.

3. CUESTIONES DE ÍNDOLE FORMAL EN GAYO 2,280. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA NATURALEZA DEL *RESCRIPTUM HADRIANI*.

Siguiendo con el análisis del texto gayano, un estudio más en profundidad del mismo nos permitirá sacar algunas ideas en torno a la época histórica en que viene a regularse el problema de los intereses moratorios en el fideicomiso y en los legados, aspecto éste que constituye uno de los puntos más polémicos y, por tanto, interesantes de la presente comunicación. Como plantea Giodice-Sabatelli¹⁴, ningún elemento a primera vista nos permite dar una fecha segura con respecto al acto del *princeps*, ni tampoco reconstruir el supuesto concreto que lo ha provocado, siendo difícil definir técnicamente el tipo de intervención, ya sea *epistula* o *subscriptio* a un *libellus*. Desde esta perspectiva, no parece

7. Un estudio exhaustivo de los fideicomisos en época clásica es el realizado por P. Lemerrier, 'Quelques remarques sur les origines du fidéicommiss et sur le fidéicommiss d'hérédité à l'époque classique', *RHD* 14 (1935) 433-68 y 623-61. Vid., igualmente, G. Impallomeni, 'Prospettive in tema di fedecommisso', *Conferenze Romanistiche* 2 (Milano 1967) 277-335; M. Abellán, *Los fideicomisos a través de la literatura específica de los juristas romanos*. (Madrid 1982); A. Murillo Villar, *El fideicomiso de residuo en Derecho romano*. (Valladolid 1989), especialmente 19-47.

8. Vid. CERVENCA, *Contributo allo studio delle usurae* 172.

9. Cf. *Pauli Sententiae* 3,8,4; *Scol. Bas.*, 23,3,34 (Hb.11,172=Schelt. B. IV. 1679); Dig.31,87,1; Dig.40,5,26,1; Cod.6,47,1; Cod.6,47,2,2.

10. Vid. Giodice-Sabatelli, 'Un rescripto...', 2.132 nota 2; G. Cervenca, *Contributo allo studio delle usurae* 181.

11. G. Cervenca, *Contributo allo studio delle usurae* 174.

12. Vid. A. Pezanna, *Contributi allo studio* 100 ss; M. Kaser, 'Das legatum sinendi modo...' 346 ss.

13. Vid. Gayo 2,278; Dig.32,8 pr.

14. Vid. Giodice-Sabatelli, 'Un rescripto...' 2.132-33.

aventurado suponer que muchas de las dificultades que surgen a la hora de la interpretación de Gayo 2,280 procedan, por un lado, del carácter isagógico y abreviado que tiene una obra como son las Instituciones, a lo que hemos de añadir que las referencias que hace el jurista tienen una naturaleza evidentemente histórica¹⁵. El mismo discurso gayano justifica que el jurista enuncie un principio general sobre los efectos de la mora en los fideicomisos, introduciendo posteriormente una pausa y reanudando la exposición con la atribución, a un *rescriptum Hadriani*, de la regla para los legados.

No puede obviarse que en Gayo 2,280 nos encontramos con el único texto de la literatura jurídica en que se enuncia, por medio de evocaciones históricas, las diferentes consecuencias que la *mora solutionis* produce según se trate de un fideicomiso o de un legado¹⁶.

Una de las cuestiones que hemos señalado anteriormente como controvertida se refiere al tipo de constitución imperial que da origen a la regulación de la problemática de los intereses moratorios. El uso del término *rescriptum* no es todo lo expresivo como para indicarnos que se refiera a una *epistula* o a una *subscriptio* a un *libellus*, incluso su uso lingüístico en el marco de las Instituciones gayanas es bastante incierto. Sólomente se habla de *subscriptio* una vez (Gayo 1,94) y unas siete veces se utiliza, en el marco de las Instituciones, el sustantivo *epistula* (Gayo 1,5; 1,96; 1,102; 3,121; 3,121a; 3,122)¹⁷. Además, el análisis del contenido de los textos referidos no es de gran ayuda para poder reconstruir el tipo de *Constitutio* empleado por el emperador.

Resulta muy complejo dilucidar si el jurista Gayo se refiere a respuestas del *princeps* dirigidas a los particulares por oficio «a *libellis*» o a través de *epistula* como respuesta dada a funcionarios y magistrados, manuscritas por el emperador y tramitadas por la oficina «ab *epistulis*». A veces nos encontramos, incluso, con que el uso del término *rescriptum* se hace por parte del jurista de una forma impropia o genérica¹⁸, teniendo en cuenta el empleo indiscriminado que suelen hacer los autores pre y postadrianeos de expresiones asumidas por la Cancillería imperial para designar actos referidos al proceso de producción del derecho realizado por el *princeps*¹⁹.

Sin embargo, llegados a este punto, considero que el intentar esclarecer, de una forma fehaciente, el tipo de norma imperial que vino a regular los intereses en el fideicomiso y en el legado, es una cuestión puramente estilística y formal que no debe distraer nuestra atención sobre el aspecto sustancial del texto gayano, el cual desemboca en el principal problema interpretativo de la noticia de

15. Sobre el valor histórico de la obra de Gayo, vid. C.A. Maschi, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica*. (Milano 1966); J. Macqueron, 'Storia del diritto ed arcaismo in Gaio', *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico Vincenzo Arangio-Ruiz* (Napoli 1966) 76-82. Cf., también, R. Quadrato, *Les Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvi*. (Napoli 1979); M. Kaser, 'La classicità di Gaio', *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico Vincenzo Arangio-Ruiz* (Napoli 1966) 42-54.

16. No olvidemos que Gayo se ocupa de la exposición sistemática de los legados en el segundo comentario de sus *Instituta*, en los párrafos 191-245. Por el contrario la cuestión de los fideicomisos comprende, dentro del mismo comentario, los párrafos 246-289. En toda la exposición subyace el empeño clasificatorio de los *genera legatorum* según el esquema divisio-partitio (Gayo 2,192) o también las diferentes *species legatorum* (Gayo 2,193; 2,201; 2,209; 2,216) e incluso el mismo procedimiento ejemplificativo, se observa a través de las diferencias y conexiones entre legados y fideicomisos (Gayo 2,268; 2,284). A este respecto, *vid.*, en general, Lantella, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano*. (Torino 1975); F. Schulz, *History of Roman Legal Science*. (Oxford 1946); J. Iglesias, 'La construcción sistemática general', *Estudios. Historia de Roma, Derecho Romano, Derecho moderno* (Madrid 1968) 125; Villey, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*. (Paris 1945) 34ss; R. Herrera Bravo, 'Orígenes romanos de la sistemática del Derecho civil contemporáneo', *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 1 (1983) 11-26.

17. *Vid.* Giodice-Sabatelli, 'Un rescritto...' 2.133 nota 5.

18. Los *rescripta* resultan muy similares a las *epistulae* aunque se afianzan en época de Adriano, teniendo una especial transcendencia en la evolución del Derecho privado en los siglos II y III d. C. *Vid.* T. Honore, *Emperors and Lawyers* (London 1981); F. Gallo, 'Sul potere normativo imperiale', *SDHI* 48 (1983) 413 ss; J. Gaudemet, 'L'empereur interprète du droit', *Festschrift E. Rabel* 2 (Tubinga 1954) 175 ss. De gran importancia: G. Gualandi, *Legislazione imperiale e Giurisprudenza*. (Milano 1963) y, recientemente, G.G. Archi, 'Sulla cosiddetta massimazione delle costituzioni imperiali', *Estudios de Derecho romano en honor de A. D'ors* 1 (Pamplona 1987) 119 ss.

19. En relación con este enjundioso problema, *vid.* Samper, 'Rescriptos preadrianeos', *Estudios jurídicos en homenaje al profesor U. Álvarez Suárez* (Madrid 1978) 465-86.

carácter histórico que el jurista nos introduce precedida del verbo *scio* seguido del acusativo con el infinitivo.

4. CONTROVERSIA RELATIVA AL CARÁCTER GENUINO DE GAYO 2,280. DIFERENTES OPINIONES DOCTRINALES A RAÍZ DE LA INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO *SCIO*.

Destaca sin duda, en el texto, el término *scio*, que viene a abrir un nuevo tratamiento en materia de *usurae ex mora* con relación a los legados, lo que supone una innovación con respecto al derecho hasta entonces vigente. Se trata de un planteamiento novedoso, que encierra la opinión de Juliano que prevalece sobre el derecho de la Cancillería imperial y por el cual en el legado *sinendi modo* el beneficiario puede reclamar intereses *idem iuris esse quod fideicommissis*.

La cuestión que se plantea, en un principio, es si el tratamiento excepcional, del que da cuenta el jurista Gayo, pertenece a la época clásica o, por el contrario, se trata de un glosema introducido a partir de la equiparación de los fideicomisos y los legados. Con todo, previamente, no debemos de olvidar que el texto recoge una intervención del emperador Adriano y una opinión del jurista Salvio Juliano, además de que el jurista Gayo escribe su obra en una época no muy distanciada del periodo clásico.

La doctrina en contra a la pertenencia del texto a época clásica se encuentra encabezada por Solazzi²⁰, para quien los textos gayanos introducidos por el verbo *scio* son glosemas postclásicos, muy en especial aquéllos que vienen seguidos del acusativo con el infinitivo. Los motivos en los que se basa semejante afirmación descansan en argumentos sustanciales y formales, entre éstos últimos el autor denuncia que la construcción *scio tamen...* no puede ser atribuida a Gayo, de la misma forma que considera como no genuino el término *scio* en el texto de las Instituciones 2,163²¹.

Por su parte, Bammate²² considera que el verbo *scio* sería en Gayo, de por sí, sospechoso, siendo insólito en este jurisconsulto el uso de la primera persona del singular, pues habitualmente, en las Instituciones, utiliza la primera persona del plural.

Frente a estas posturas, otros autores como Biondi²³ y Riccobono²⁴ no dudan sobre la naturaleza genuina del texto. Aunque la mayor defensa en relación al carácter clásico del mismo la tenemos en Cervenca²⁵, quien disiente de los planteamientos anteriores, especialmente de Solazzi. Sus argumentaciones -a las cuales me adhiero- descansan en los siguientes postulados:

- En relación a la construcción *scio* con acusativo y con infinitivo, ésta no es ignorada por el lenguaje de la jurisprudencia clásica. Un análisis del VIR nos confirma que la construcción se encuentra, entre otros juristas, en Labeón (Dig.18,1,80,2), Pomponio (Dig.40,4,61), Papiniano (Dig.22,5,13 y Dig.22,5,14), Ulpiano (Dig.1,9,12 pr.).

Igualmente, *scio* seguido de acusativo con infinitivo se encuentra en un rescripto de Trajano, del cual nos da una referencia Pomponio en Dig.48,22,1: *Caput ex Rescripto Divi Traiani ad Didium Secundum: «Scio relegatorum bona avaritia superiorum temporum fisco vindicata...»*²⁶.

20. *Diritto ereditario romano* 2 (Napoli 1933) 270 ss. Del mismo autor, *vid.*, asimismo, 'Glosse a Gaio IV', *Scritti in onore di Contardo Ferrini* (Milano 1946) 193 ss; 'Glosse a Gaio III', *SDHI* 6 (1940) 342 ss.

21. Asimismo este autor considera extraño que Gayo haga una afirmación de carácter general: 'los intereses no son debidos', y después vuelva sobre sí mismo y rectifique al referirse al legado *sinendi modo* (S. Solazzi, *Diritto ereditario* 270 s). Argumento que rebate A. Pezzana, *Contributi allo studio* (cit. supra nota 2) 99, afirmando que 'il porre prima il principio generale e poi enunciare l'eccezione corrisponda al normale stile di qualsiasi libro di testo'.

22. *Origine et nature* (cit. supra nota 2) 69.

23. *Succezione testamentaria e donazioni* 2 (Milano 1955) 272,302,365.

24. 'Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano', *Annali Università di Palermo* 29 (1964) 321 ss y 400 ss.

25. *A proposito* (cit. supra nota 4) 27-29.

26. G. Cervenca, *Ibid.*, 27.

Por tanto, la citada expresión, considerada sospechosa por Solazzi, se encuentra tanto en el lenguaje de la Jurisprudencia, como de la Cancillería imperial en la época clásica.

- Por lo que se refiere al hecho extraño de que Gayo se exprese en primera persona del singular, cuando habitualmente se expresa en plural, no nos faltan ejemplos en los que el jurista también se expresa en primera persona del singular en el marco de las Instituciones. Así, por ejemplo, Gayo 1,55; 1,73; 3,76; 4,24.

Además, entiendo que a todo esto hay que añadir que el carácter clásico de lo contenido en el texto gayano, viene confirmado por el Epítome de Gayo 2,7,8:

Praeterea et in hoc alia fideicommissorum et legatorum condicio est, quia fideicommissa, si tardius, quam scriptum sit, soluta fuerint, usurae et fructus debentur: legatorum uero usurae non debentur, sed ex mora solutionis, si per damnationem relicta fuerint, duplicantur.

Si lo analizamos detenidamente se sigue reiterando la diferencia entre fideicomisos y legados, pues los intereses de los legados no se deben, a diferencia de los fideicomisos que, si se pagan más tarde del momento indicado en el testamento, se deben intereses y frutos; aunque, aquí, no se hace mención al planteamiento de Juliano en el supuesto del legado *sinendi modo*.

Sin embargo si, posteriormente, lo conectamos con el texto de las Sentencias de Paulo 3,8,4, donde legados y fideicomisos se equiparan de cara a exigir *usurae* moratorias, podemos extraer tres preconclusiones:

1ª.- Que el texto del Epítome refleja una regulación jurídica anterior a las Sentencias de Paulo.

2ª.- Que la tendencia a introducir las *usurae* en el campo de los legados, ignorada por el Epítome, es naturalmente posterior a la elaboración de la citada obra.

3ª.- Por último, incluso si admitieramos que *scio tamen* está manipulado, esta alteración se tendría que haber realizado muy tardíamente por un glosador que habría de tener bajo sus ojos un texto de Salvio Juliano que, previamente, debía de haber sido alterado²⁷.

En términos generales, considero que tanto desde el punto de vista formal, como desde la perspectiva sustancial, no hay dudas para sostener la naturaleza genuina del texto gayano.

Finalmente, en orden a dejar cerrados los interrogantes alrededor del término *scio*, hemos de despejar la incógnita suscitada en relación a lo extraño que podía resultar el uso de este verbo para referirse a la existencia de una Constitución imperial, cuando más bien se usa para hacer mención de discusiones jurisprudenciales²⁸.

En este punto, no puede obviarse, tal y como pone de manifiesto Cassavola²⁹ y apostilla Cervenca³⁰, que el jurista Gayo no siempre se encontraba bien informado sobre la legislación de Adriano, hecho éste que se desprende de un texto de las Instituciones 2,221:

...quae sententia dicitur diui Hadriani constitutione confirmata esse.

Por consiguiente, al no encontrarse seguro en relación a la noticia histórica, de la que tiene referencias sólo por vía indirecta, se inclina por el uso del verbo *scio* como más correcto para expresar su inseguridad sobre el conocimiento de la Constitución.

27. G. Cervenca, *Ibid.*, 29 s.

28. D.28,5,35,1= *Scio quaesitum*.

29. 'Gaio nel suo tempo', *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico Vincenzo Arangio-Ruiz* (Napoli 1966) 4.

30. *A proposito* (cit. supra nota 4) 31.

5. TOMA DE POSICIÓN DESDE EL ANÁLISIS TEXTUAL: DIG. 22,1,14 PR.-1 Y DIG. 32,26.

Las consideraciones clásicas que venimos observando en materia de *usurae ex mora* con respecto a fideicomisos y legados, para cierto sector doctrinal, no sólo se fundamentan en criterios estilísticos o formales, sino que los planteamientos que expone Gayo, con respecto a la normativa adrianea, pueden tener una línea de continuidad con el pensamiento del jurista Neracio³¹. Si bien Cervencia³² considera, en un sentido muy distinto, que el rescripto adrianeo tiene un valor muy innovador y no observa la posible correlación entre el jurista y la Cancillería imperial, entendiendo las reglas jurídicas derivadas de ésta, en relación a la *usura ex mora*, como la fuente más antigua al respecto.

En mi opinión, no se puede hacer una valoración inicial sobre esta línea de continuidad histórica sin realizar, previamente, un análisis de las fuentes de que disponemos.

En primer lugar partiremos de Dig.22,1,14 pr-1 y Dig.32,26:

Dig.22,1,14 (*Paulus XIV Responsorum*): *Respondit Paulus, moram in solvendo fideicommisso factam, partus quoque ancillarum restituendos.*

1. *Heres rogatus erat, post mortem suam sine reditu hereditatem restituere; quaesitum est, an partus ancillarum etiam vivo herede nati restituendi essent propter verba testamenti, quibus de reditu solo deducendo testator sensit? Paulus respondit, ante diem fideicommissi cedentem partus ancillarum editos fideicommisso non contineri. Neratius libro primo ita refert, eum, qui similiter rogatus esset, ut mulierem restitueret, partum eius restituere cogendum non esse, nisi tunc editus esset, quum in fideicommisso restituendo moram fecisset; neque interesse existimo, an ancilla specialiter, an hereditas in fideicommisso sit.*

Dig. 32,26 (*Paulus II ad Neratium*): *Is, qui fideicommissum debet, post moram non tantum fructus, sed etiam omne damnum, quo affectus est fideicommissarius, praestare cogitur.*

Los dos textos tienen en común que pertenecen a los *Libri responsorum* y a los *Libri ad Neratium* del jurista Paulo. Uno se refiere a la cuestión del *partum ancillarum* y el otro a los frutos y al *omne damnum* en caso de mora en el cumplimiento de un fideicomiso.

En el primer texto, al principio, Paulo responde que habiéndose incurrido en mora, al pagarse un fideicomiso, se ha de restituir el *partum ancillarum*, por parte del heredero deudor. A continuación, en el párrafo primero, el jurista determina que los partos nacidos de las esclavas antes de llegar el día del fideicomiso (*ante diem fideicommissi cedentem*) no se comprenden en el mismo. El texto, por último, se cierra con el parecer de Neracio, del que se desprende, en un sentido contrario, que el *partum ancillarum* se entregará al fideicomisario si la esclava hubiere dado a luz, siempre que el heredero haya incurrido en mora a la hora de la restitución del fideicomiso.

El texto se puede considerar como genuino, ni siquiera debe entenderse interpolada la opinión de Neracio, puesto que la estructura completa del texto responde a una técnica expositiva, usual en los *Libri responsorum* de Paulo, donde este jurisconsulto cita respuestas de otros juristas con indicación del nombre del proponente³³. Por otra parte, hemos de advertir, en otras ocasiones, semejante proceder. Así en un texto del libro octavo *ad Plautium* de Paulo (Dig.35,1,43,3) y otro de Ulpiano, perteneciente al libro quinto *Disputationum* (Dig.36,1,22,3), nos encontramos que se expresan opi-

31. Vid. S. Riccobono, *Profilo storico* 282 ss, quien entiende que existe una línea de pensamiento jurisprudencial que parte de Neracio y que influye en disposiciones imperiales en materia de mora obligacional. En una línea muy semejante, vid. Giodice-Sabatelli, 'Un rescritto...' (cit. supra nota 4) 2.134-36.

32. *Contributo allo studio delle usurae* (cit. supra nota 4) 171.

33. Así lo mantienen: M. Kaser, 'Partus ancillae', ZSS 75 (1958) 162 ss; Giodice-Sabatelli, 'Un rescritto...' (cit. supra nota 4) 2.135.

niones de Neracio con referencia al libro primero de sus *Responsa*.

Por lo que respecta al segundo texto, la *inscriptio* de los compiladores recoge un texto de Paulo perteneciente a los *Libri ad Neratium*. Por tanto, hemos de entender que estos textos tienen un carácter genuino y que Gayo recogió, de forma abreviada, muchos de los principios que Neracio había imbuido al emperador Adriano. No en balde la sola presencia de este jurista en el *Consilium* del emperador Adriano, pudo propiciar la transfusión de muchas de sus ideas al pensamiento jurídico del emperador y, por consiguiente, la coincidencia de planteamientos entre ambos³⁴.

Una vez analizados estos textos, he de reafirmarme en el carácter clásico de la regulación de las *usurae ex mora* en el fideicomiso y en el *legado sinendi modo*, excluyendo las demás *species legatorum*.

Por consiguiente, la problemática de los intereses moratorios en el legado y en el fideicomiso exige -por lo que se refiere a la época clásica- no sólo partir de la distinción de una u otra figura, sino tener en cuenta los diferentes tipos de legados. Dicha diferenciación es un simple punto de partida que conlleva un proceso de equiparación, iniciado en época clásica tardía, hasta alcanzar su punto culminante con Justiniano (Dig.30,1,1: *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*). Es obvio que, a través de este proceso de unificación estaremos en condiciones de precisar hasta donde puede llegar la jurisprudencia clásica³⁵.

6. TRASCENDENCIA DE LA EQUIPARACIÓN POSTCLÁSICA DE LOS LEGADOS Y FIDEICOMISOS EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS *USURAE EX MORA*.

Partiendo de Biondi³⁶ el problema puede abordarse desde una doble perspectiva. Por un lado, según los frutos e intereses se consideren como objeto del legado y, por otro, sean responsabilidad del gravado con el legado.

Una de las primeras argumentaciones que justifica el hecho de que en el legado *per damnationem* no se generen intereses a la hora de su incumplimiento, viene dada por la propia estructura procesal de la fórmula, pues al igual que en el mutuo y en la *stipulatio* de una *certa pecunia*, en la *intentio* y en la *condemnatio* se indica una determinada cantidad de dinero, por lo que al *iudex* no le estaba permitido condenar a una cantidad mayor que la indicada. Este planteamiento no es de aplicación para el legado *sinendi modo*, en donde la *actio ex testamento*, al tener una fórmula con *intentio* incierta, permite la adjudicación de intereses. De ahí que la disparidad del fideicomiso, junto al legado *sinendi modo*, frente al legado *per damnationem*³⁷, tenga un fundamento exclusivamente procesal, dado que entre las respectivas obligaciones no existe diferencia para justificar la disparidad de régimen³⁸.

Sin embargo, un supuesto muy particular en donde los intereses derivan de un legado es el contenido en el siguiente texto de Ulpiano:

Dig.50,10,5 *pr.* (*Ulpianus libro singulari de officio Curatoris reipublicae*): *Si legatum vel fideicommissum fuerit ad opus relictum, usurae, quae, et quando incipiant deberi, Rescripto Divii Pii ita continetur: «Si quidem dies non sit ab his, qui statuas, vel imagines ponendas legaverunt, praefinitus, a Praeside provinciae tempus statuendum est; et nisi posuerint heredes, usuras leviores intra sex menses, si minus, semisses usuras reipublicae pendant. Si vero dies datus est, pecuniam deponant intra diem: si aut non invenire se statuas dixerint, aut loco controversiam fecerint, semisses protinus pendant.*

34. Igualmente, en un texto de Ulpiano (Dig.42,7,1,6) se ve, de nuevo, un planteamiento del jurista Neracio, trasladado a un rescripto de Adriano.

35. *Vid.* Cod.6,43,1; Inst.2,20,2-3.

36. *Vid.* B. Biondi, *Successione testamentaria* 368.

37. Una relación exhaustiva de las diferentes hipótesis doctrinales que explican la equiparación del legado *sinendi modo* a los fideicomisos, en contraposición a otros tipos de legados como el *per damnationem*, se encuentra en A. Pezzana, *Contributi allo studio* (cit. supra nt.2) 101 s.

38. *Vid.* R. Herrera Bravo, *Usurae. Problemática jurídica de los intereses en Derecho romano*. (Jaén 1997) 89 s.

En el texto se referencia un rescripto de Antonino Pio, en el cual se expresa un supuesto de un legado por el que se le impone al heredero realizar una obra pública y levantar en un sitio público *statuae vel imagines*, sin establecer el término en que la obra debe ser concluida. El rescripto establece que se ha de fijar el tiempo por el *praeses provinciae*; de manera que, transcurrido el tiempo sin que la obra se haya realizado, corren *usuras leviores*, dentro de los primeros seis meses y *usuras semisses*, después de los seis meses³⁹.

El objeto del legado (*facere*) impide que se trate de un legado *sinendi modo*. Por consiguiente, nos encontramos ante un supuesto excepcional, establecido por Antonino Pio, en oposición al principio general enunciado por Adriano y recogido en Gayo 2,280: «*legatorum usurae non debentur*». De conformidad con esta regla, cabe entender que el motivo por el cual se extienden los intereses a otro tipo de legado, estriba en el hecho de que el beneficiado por el legado sea una *res publica*, cuya competencia le permite incluso establecer, en caso de incumplimiento y mora, el *quantum* de los intereses devengados⁴⁰.

Otros dos textos son sumamente interesantes en relación a la posibilidad de exigir intereses legales en caso de legados, mucho más allá de lo establecido por la opinión de Juliano y del rescripto de Antonino Pio.

Veamos los dos textos:

Dig.22,1,34 (*Ulpianus XV ad Edictum*): *Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari; et ita in legatis et fideicommissis, et in tutelae actione, et in ceteris iudiciis bonae fidei servatur. Hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus.*

D.30,39,1 (*Ulpianus XXI ad Sabinum*): *...in usurarum autem quantitate mos regionis erit sequendus. Iudex igitur usurarum modum aestimabit et statuet...*

En el primer texto, Ulpiano establece que los intereses tienen la consideración de frutos, tanto en los *iudicia bonae fidei*, en la tutela, en los fideicomisos y en los legados. En cuanto al segundo texto, que corresponde a un amplio fragmento referido a los legados, se afirma que el *iudex* deberá establecer el *quantum* de los intereses según la costumbre de la región (*mos regionis*).

Los dos textos nos hablan del tema de los intereses desde una perspectiva general, al referirse a los legados, sin hacer ningún tipo de distinción; lo cual puede inducirnos a creer que, en época de los Severos, se habría producido una equiparación entre fideicomisos, legados e *iudicia bonae fidei* en relación a los intereses.

La doctrina⁴¹, a partir de De Villa⁴², considera que ambos textos han sido alterados y que en la redacción originaria sólo se referirían al legado *sinendi modo*. Su mención expresa sería suprimida posteriormente, de manera que la fusión de todas las formas de legado se verificaría en época postclásica-justiniana. Dicha equiparación se encuentra reconocida, de una manera absoluta, en las Sentencias de Paulo 3,8,4:

39. Sobre los problemas exegéticos del texto, *vid.* G. Cervenca, *Contributo allo studio delle usurae* (cit. supra nota 4) 175 s. notas 301 s.

40. Por lo que respecta al *privilegium*, *vid.* la correspondiente voz en Melillo, *NNDI* 13 (1966) 977 ss; A. Berger, *Encyclopedic Dictionary Roman Law* (Philadelphia 1953) 651; L. Beauchet, *DS* 4.1 657-658; como también la voz 'privilegio' en De Bernardis, *NDI* 10 (1939) 508-12; Scarano Ussani, *EdD* 35 (1986) 705 ss. Igualmente, sobre el tema, *vid.* Legras, 'Privilegium en Droit public à la fin de la République romaine', *RHD* 32 (1908) 584-611; Ramadier, 'Étude sur la règle *privilegia ne inroganto*', *NRHD* 34 (1910) 599-609; J. Arias Ramos, 'Notas en torno al *privilegium*', *Revista Universidad de Madrid* (1943) 183 ss; *Cf.* con la bibliografía contenida en J. Iglesias, *Derecho romano. Historia e instituciones*. (Barcelona 1994) 96 s. notas 39-45.

41. Un análisis de la problemática doctrinal puede encontrarse en G. Cervenca, *Contributo allo studio delle usurae* (cit. supra nota 4) 178 notas 308 s.

42. *Le usurae ex pacto nel diritto romano* (Roma 1937) 116.

*Ex mora praestandorum fideicommissorum uel legatorum fructus et usurae peti possunt: mora autem fieri uidetur, cum postulanti non datur*⁴³.

De ahí que, posteriormente, Justiniano extienda la regla de la equiparación a todo tipo de legados⁴⁴. Aunque ya las Sentencias de Paulo declaraban, en términos generales, que los frutos y *usurae* se pueden reclamar *ex mora* en fideicomisos y legados, superando todas las diferencias entre los distintos tipos de legados⁴⁵, sin necesidad de recurrir a una *cautio* para exigir los intereses moratorios⁴⁶.

A partir de la época postclásica, tiene una total implantación la *cognitio extra ordinem*, que viene a sustituir al *ordo iudiciorum*, de forma que el *iudex* de la *cognitio* tiene una mayor libertad a la hora de la determinación de la *condemnatio*, en contraposición al juez del procedimiento anterior que se encontraba, por el contrario, más vinculado a la fórmula.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Por último, llegados a este momento de la exposición, creo poder concluir en lo siguiente: La *actio ex testamento*, en la *cognitio* postclásica, es un mecanismo procesal válido para exigir los intereses moratorios en cualquier tipo de legado y no exclusivamente en el legado *sinendi modo*. En definitiva, en época justiniana, se produce la completa equiparación entre legados y fideicomisos y, por lo que se refiere a los legados, los intereses empiezan a correr a partir de la mora del heredero; no existiendo, por tanto, indicios que confirmen que, en época clásica, se pudieran exigir intereses moratorios en materia de legados, con excepción sóloamente del legado *sinendi modo*, cuya semejanza, en este sentido, a los fideicomisos se infiere claramente de Gayo 2,280.

43. En Cod.2,41 (40),3 también se admite una responsabilidad *ex mora in fideicommissis et in legato*.

44. En época justiniana se transforma el sistema en relación a los legados de obras pías, en donde los frutos e intereses empiezan a correr desde la muerte del testador independientemente de la mora. (Nov.131,12).

45. En opinión de R. Astolfi, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano* 1 (Padova 1964) 33, 'Si può osservare che in età postclassica l'unificazione dei diversi *genera legatorum* era sostanzialmente già avvenuta...'

46. Sobre la introducción de una *cautio legatorum servandorum causa*, vid. Dig. 36,3,1,13.