

EL LEGADO DEL FUNDO Y EL PROBLEMA DE SUS INSTRUMENTOS SEGÚN D. 33.7.5.

Teresa Dicenta Moreno

SUMARIO: 1. Introducción. 2 Concepto romano de *instrumentum fundi* 3. Legado de *instrumentum fundi* 3.1 De *fundum cum instrumento* 3.2 De *fundum et instrumentum* 3.3. De *fundum instructum* 4. La cláusula o fórmula pertenencial 5. A modo de conclusiones

1. INTRODUCCIÓN¹

El problema de la relación pertenencial ha suscitado en doctrina no pocas dudas, algunas de las cuales, aún no resueltas. Una de las cuestiones más controvertidas se centra en averiguar si los romanos, aun conociendo la diferencia entre las cosas simples, las compuestas, las universalidades de cosas y distinguiendo, incluso en aquéllas, sus partes integrantes, elaboraron el concepto de pertenencia, tal y como hoy se entiende en nuestro moderno derecho privado². Esto, pacíficamente, permite admitir y asumir como punto de partida seguro, que junto a las cosas principales, el derecho romano conoció la existencia de otras accesorias vinculadas por una estrecha relación jurídica al estar puestas a su servicio, aun sin formar por ello, una unidad inseparable e inescindible con ellas.

Pese a lo hasta aquí expuesto, debemos reconocer que todavía hoy sigue viva la polémica, sobre si nuestra idea conceptual de “pertenencia” debe su origen al derecho romano, o si por el contrario, su origen es en realidad germánico, por lo que entonces, deberíamos admitir que su uso común, no se produce hasta bien entrado el

¹ Estas páginas, debidamente revisadas, formaron parte en su momento, del segundo ejercicio que defendí el 20 de marzo de 2003, ante la comisión presidida por el Profesor Dr D. Ricardo Panero Gutiérrez, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Barcelona, e integrada por los Profesores Dres. D. Justo García Sanchez, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo; D. Antonio Díaz Bautista, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Murcia; y D. Enrique Lozano Corbí Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Zaragoza y con la actuación, como secretaria, de Dña. María del Mar Canato Cabañero Profesora Titular de Escuela Universitaria de la Universidad de Alicante. Comisión que hubo de juzgar una plaza convocada a concurso de Profesor Titular de Escuela Universitaria vinculada al área de conocimiento de Derecho Romano de la Universidad de Barcelona, y que me fue adjudicada por unanimidad. Mi profundo agradecimiento a todos y cada uno de los miembros de dicha comisión, cuyas observaciones y sugerencias he procurado reflejar en el presente trabajo. Muy particularmente, expreso también mi sincera gratitud a la Profesora Patricia Mesanza Costa, hoy Profesora Titular interina de Escuela Universitaria y espléndida docente en la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de la Universidad de Barcelona, sin cuya ayuda y especialísima contribución, este trabajo no habría visto la luz.

² *Vid.* por todos BUTI, v. *Scorte*, ED, 41, 1989, pp. 790 y ss, y DIURNI, v. *Pertinence*, ED, 33, 1981, pp. 523 y ss.

periodo medieval³. De esta última opinión, participan entre otros autores: BONFANTE⁴, RASI⁵ y STEINWENTER⁶.

Frente a esta postura, otros autores como OPPIKOFFER⁷, sostienen que el derecho romano elaboró y conoció el concepto de pertenencia, aunque también reconocen de forma unánime, que su significado no coincide con exactitud, con el de nuestro derecho moderno, sobre todo si no se pretiere que también hoy es variable su concepto, según el particular derecho positivo del que se trate. Sin embargo, evitando en este momento entrar en la polémica doctrinal, sobre una debatida génesis de

3 ANDREOLI, *Le pertinenze*, Padova, 1936.

4 *Curso di diritto romano*, II, 1. La Proprietà. Roma, 1926-1928; reimpr. Milán, 1966-1968, en donde afirma, que es extraño a la fuentes romanas nuestro moderno concepto de pertenencia, puesto que, a su juicio, de aquéllas se desprende que los *iusprudentes* romanos sólo conocieron las partes integrantes y los *instrumenta fundi, domus, tabernae o navis*, a los que consideraron como cosas accesorias que guardaban una relación de dependencia con la cosa principal, al vincularse a su uso o servicio. Relación que por otra parte, no les impedía que pudieran mantener, materialmente, su propia identidad jurídica separada e independiente de aquélla, de la que se hacían depender. Así, BONFANTE funda su tesis en la afirmación de que en derecho romano clásico faltaron los presupuestos lógicos para admitir la existencia de lo que hoy entendemos por pertenencias, por no existir tampoco, ni siquiera en esta época, la distinción terminológica entre *res mobiles* y *res immobiles*, eclipsada, como es sabido, por la *res Mancipi* y la *res nec Mancipi*. Esta ausencia de un presupuesto, que a su juicio resulta básico en la actual concepción de las pertenencias, -o sea, la antítesis fundamental entre objetos de interés social y particular representada por la distinción entre muebles e inmuebles-, terminará por sustituir, en este sentido, a la de *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, lo que lleva a afirmar a BONFANTE, que nuestro moderno concepto de pertenencia fue recibido del derecho germánico.

Ello no obsta, para que, -apostillemos nosotros-, la distinción entre cosas susceptibles de desplazamiento o no, hubiera sido considerada bajo particulares aspectos en la época antigua, preclásica y obviamente, en la clásica. Así, resulta obligado recordar: 1º- las diferencias señaladas en orden a la usucapión, en XII Tablas, 6.3ª, respecto a los *fundi* y *las ceterae res*; 2º- el que Gayo en sus Instituciones, 2,42, habla también a este propósito de *res mobiles* y *de fundi et aedes*, lo que vuelve a reiterar en 2, 204; 3º- el que en edad prejustiniana, la posesión de inmuebles fuera defendida por el *interdictum uti possidetis* -D.43.17-, mientras que en materia de muebles se aplica el *utrubi* -D.43.31-. Y 4º- El que, en fin, sólo constituya hurto de sustracción de cosas muebles y el que la apropiación ilícita de inmuebles sea regulada, -en lo concerniente a su castigo o sanción-, con otras normas, son aspectos que no deben preterirse, y que no desvirtúan el que la expresión “*res immobiles*” sólo concierne a ser utilizada en su época postclásica, y hasta entonces, “*fundus*”, “*praedium*”, “*aedes*” ó “*res soli*”, hagan sus veces a la hora de contraponerse a la idea de “*res immobiles*” frente a la de “*res mobiles*”.

Por todo ello, para BONFANTE, hoy, pertenencia, comprende:

a) algunos objetos que para los romanos son partes, ya que representan elementos esenciales para la integridad de la cosa, aunque estén materialmente separados, y b) ciertas cosas accesorias, destinadas al servicio de la cosa principal útiles para su economía y ornamentación, pero no a las partes. Ej: *Instrumentum fundi e instrumentum domus*.

5 *Le pertinenze e le cose accessorie*, Padova, 1954, en donde RASI matiza, que el conjunto del fundo rústico, con sus partes y accesorios, fue considerado por los juristas romanos como una universalidad de cosas, lo que no impidió que entre aquéllas y éstos, los *instrumenta* disfrutaran de autonomía jurídica en relación al fundo al que servían; cuestión que, a juicio de RASI, se pone especialmente de relieve en el título del Digesto D. 33.7 *De instructo vel instrumento legato* y al que nos referiremos más adelante

6 *Fundus cum instrumento. Eine agrar-und rechtsgeschichtliche Studie*, Wien-Leipzig, 1942, donde STEINWENTER se ha dedicado ampliamente al estudio de la figura del *instrumentum fundi*. En ella mantiene que en la organización de la hacienda agrícola, el fundo era considerado por los romanos como una importantísima unidad económica, y que esta unidad, no sólo está compuesta por el referido fundo, sino también por su instrumento, y que la idea de unidad económica no sólo se apoyaba en el vínculo pertenencial -y objetivo-, de las distintas cosas que la componían, sino también, sobre la voluntad efectiva del *dominus*. Esta última vinculación de naturaleza subjetiva, como es sabido, no es aplicable hoy, en la relación jurídica que une las pertenencias a la cosa principal, lo que lleva a STEINWENTER a sostener el desconocimiento por parte de los romanos del concepto moderno de las pertenencias.

7 *Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung*, Tübingen, 1927.

cuya existencia sólo hemos querido dar noticia, por vía de síntesis, cabe establecer los dos siguientes presupuestos:

1º- Que aunque la actual romanística está de acuerdo en que los romanos conocieron las cosas accesorias, y en que designaron a los instrumentos del fundo como su mejor ejemplo, no lo está, en cambio, al precisar vincular el concreto origen conceptual de nuestras modernas pertenencias⁸.

Y 2º- Que aunque doctrinalmente parece pacífico que la relación jurídica existente entre la pertenencia y la cosa principal -a la que pertenece-, se debe únicamente a una razón económica basada en un vínculo objetivo; sin embargo, -y como vemos a continuación refiriéndonos al caso concreto del *instrumentum fundi*-, conviene matizar que el vínculo que une a éstos, como cosas accesorias con la principal, no es sólo económico u objetivo, sino que puede responder también, a un componente de naturaleza subjetiva: a saber, la voluntad de su dueño, -*dominus*-, que será quien en definitiva, determine el destino que desea darles en función de sus personales intereses⁹. En cualquier caso, dejando aquí simplemente apuntada la problemática sobre el origen romano o no, de las pertenencias, centraremos el objeto de nuestro estudio en el análisis de la figura romana de los instrumentos del fundo.

2. CONCEPTO ROMANO DE *INSTRUMENTUM FUNDI*

La contribución, en general, de la jurisprudencia del último siglo de la República y, en particular, de la escuela de Servio Sulpicio Rufo en la elaboración de la doctrina del *instrumentum fundi*, y así se ha destacado por la doctrina, fue decisiva¹⁰, lo cual también parece desprenderse del contenido de algunos de los textos de los que pasamos a dar noticia.

El primero de ellos es D. 33.7.8. pr que concibió el *instrumentum fundi* como aquel conjunto de cosas animadas o inanimadas, destinadas, establemente, por el *paterfamilias* para la conservación y explotación económica del fundo rústico.

D. 33.7.8.pr. Ulp. libro 20 ad Sabinum

In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi, cogendi conservandi gratia parata sunt, Sabinus libris ad Vitellium evidenter enumerat: quaerendi, veluti homines, qui agrum colunt, et qui eos exercent, praepositae sunt his, quorum in numero sunt villici, et monitores, praeterea boves domiti et pecora stercoreandi causa parata, vasaque utilia culturae, quae sunt aratra, ligones, sarculi, falces putatoriae, bidentes, et si qua similia dici possunt; cogendi, quemadmodum torcularia, corbes, falcesque messorie, falces foenariae, quali vindemiatorii exceptoriique, in quibus uvae comportantur, conservandi, quasi dolia, licet defossa non sint, et cupae.

Sin embargo en el propio Digesto se manifiesta que existió también entre los juristas romanos otra acepción más antigua de *instrumentum fundi*, que estuvo aun pre-

8 GELPI, *Instrumentum. Contributo alla teoria delle pertinenze*, Studi senesi, vol. I, 98, 1986, (serie III, 35) pp. 48 y ss.

9 Precisamente, sobre esta última matización se apoyan los autores alineados junto a BONFANTE, para distinguir con claridad, entre la concepción romana de instrumento y nuestra moderna pertenencia.

10 Vid. por todos LIGIOS, *Interpretazione giuridica e realtà económica dell' instrumentum fundi tra il I secolo A.C. e il III secolo D.C.*, Napoli, 1996, pp. 5 y ss.

sente en esta época, -esto es, durante el último siglo de la República-, y que fue defendida por Alfeno Varo, discípulo de Servio Sulpicio Rufo. Así se desprende de otro texto atribuido también a Ulpiano, D. 33.7.12.2, cuya completa *inscriptio*, -libro 20 ad *Sabinum*-, coincide con la del fragmento al que nos hemos referido antes, D.33.7.8.pr., y en el que ahora Alfeno Varo, circunscribe la aplicación de la expresión *instrumentum fundi* sólo a las cosas inanimadas, excluyendo, por tanto, a los esclavos y animales.

D. 33.7.12.2. *Ulp. libro 20 ad Sabinum*

Alfenus autem, si quosdam ex hominibus aliis legaverit, ceteros, qui in fundo fuerunt, non contineri instrumento ait, quia nihil animalis instrumenti esse opinabatur; quod non est verum, constat enim, eos, qui agri gratia ibi sunt, instrumento contineri.

A juicio de GILBERTI¹¹, esta configuración de Alfeno, excluyente de esclavos y animales en el término *instrumenti*, respondería a una época histórica en que unos y otros, ni eran bienes fácilmente sustituibles, ni imprescindibles en el trabajo agrícola. En la misma línea ASTOLFI¹² añade, que la concepción restringida de Alfeno Varo es fruto del momento en el que la economía se sustentaba sobre la pequeña propiedad agrícola y en la explotación directa del fundo por parte del propietario y su familia. Así las cosas, estaríamos todos de acuerdo en admitir que no son éstos, ni por el número de esclavos, ni por la extensión de los fundos, los parámetros propios de la economía agraria romana del siglo I a.C., por lo que nos parece cuanto menos interesante, destacar la vigencia de esta restringida manifestación “varoniana” y, a nuestro juicio, disonante con la realidad social y económica del último siglo de la República romana.

Pero volvamos a las fuentes jurídicas, y de nuevo a D.33.7.8.pr., en el que en una línea más acorde con la realidad económica y social del momento histórico, se actualiza el concepto de *instrumentum fundi*, superando el defendido por Alfeno Varo. Este texto, con el que iniciamos nuestro periplo exegético, suministra un enclave cronológico preciso al referir la opinión de un jurista y el lugar donde la emite: a saber, Sabino, en sus libros de comentarios a Vitelio, -posible amigo de quien da nombre a la Escuela de los Sabinianos-, y que debemos situar en época de Tiberio. Este texto de Ulpiano, -calificado hoy por la romanística como el que contiene la más completa definición de *instrumentum fundi*¹³-, considera como tales las cosas que fueron destinadas para obtener, recoger y conservar los frutos del fundo. Como vimos, de sus propios términos extraemos la superación de aquellos estrechos límites “varonianos” al decirnos que: *In instrumento fundi ea esse quae fructus quaerendi, cogendi conservandi gratia, parata sunt(...)*.

A nuestro juicio, esta definición, asentada en el triple fin reseñado, resulta ilustrada con un buen número de ejemplos en el propio fragmento, -*Sabinus libris ad Vitellium evidenter enumerat: quaerendi*-, por lo que de su lectura se observa, que entre los instrumentos del fundo se contarán, no sólo las cosas inanimadas, sino también los seres animados, es decir, los esclavos y animales que se encuentren inmersos en el proceso económico productivo de un fundo. Así, en el fragmento se detalla: *...veluti homines, qui agrum colunt, et qui eos exercent, praepositivae sunt his, quorum in numero sunt villici, et monitores, praeterea boves domiti, et pecora stercorandi causa parata, vasaque utilia culturae quae sunt aratra, ligones, sarculi, falces putatoriae, bidentes, et si qua similia dici possunt (...)*. Resulta necesario mencionar, que el cambio operado en la delimitación

11 *Servus quasi colonus. Forme non tradizionali di organizzazione del lavoro nella società romana*, Napoli, 1981, p.82.

12 *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, Padova, 1969, vol.II, pp.60 y ss.

13 LIGIOS, *Interpretazione...cit.*, pp. 44 y ss.

del contenido de los instrumentos del fundo entre la acepción restringida de Alfeno Varo y ésta más amplia, atribuida a la Escuela Serviana, deben situarse ligados a los profundos cambios sociales y económicos que se producen, sobre todo, a partir de la Primera Guerra Púnica durante el periodo comprendido entre el 264 al 241 a. C.

Detengámonos sobre ello y recordemos al respecto, dos datos sobradamente conocidos y que pueden servir de fundamento para avalar, que las Guerras Púnicas, -y en lo que aquí nos interesa-, van a comportar una ruptura entre dos épocas, poniendo de relieve, un destacado aumento del número de esclavos utilizados, y por lo común, la extensión de los fundos en los que se aplicaban. En síntesis, y siguiendo con lo conocido, Roma se convierte en la gran potencia del Mediterráneo occidental y comienza la expansión de su territorio, por lo que superada su arcaica etapa campesina, surge en la *civitas* romana, una nueva clase de negociantes, integrada por comerciantes, contratistas de obras públicas y suministros, banqueros, etc..¹⁴. Por todo ello, el cambio de mentalidad entre los juristas romanos, respecto a la ampliación del concepto de *instrumentum fundi* debe vincularse, como comenta ASTOLFI, al aumento sustancial de la extensión media de la hacienda agrícola, que se logra cuando fueron superadas las concepciones propias de aquella época primitiva, basada sobre la pequeña propiedad¹⁵. Por otra parte, resulta evidente que la aparición de los grandes latifundios, hizo que se admitiera, sin dudas, que el *instrumentum fundi* comprende, no sólo los utensilios de labranza, sino también los esclavos y animales, puesto que a partir de este momento, aquéllos y éstos, constituyen elementos imprescindibles en la explotación agraria del fundo¹⁶. De este modo, podemos concluir afirmando que la labor de la referida escuela, contribuyó de manera decisiva a la adecuación del concepto de *instrumentum fundi* a las nuevas exigencias de la economía agrícola romana, adaptándose a un sistema cada vez más centrado y orientado en el *latifundus*. Tal fue lo difundido de esta nueva concepción, que es opinión generalizada en doctrina que se puede considerar plenamente consolidada en el siglo I d.C. en la mentalidad de los juristas de la época, quedando como un mero residuo histórico la que defendió Alfeno Varo¹⁷. En definitiva cabe afirmar, que los juristas de la escuela serviana terminaron por plasmar en los textos, la consideración de que el fundo rústico y sus instrumentos, junto a los edificios en él levantados y los cultivos que de él se extraen, son componentes de un amplio complejo de producción, dirigido

14 *Vid.*, por todos y como síntesis KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte*, 8ªed., Köln- Graz, 1980, (trad. española de la 4ª ed. alemana, (1969), por J. Miquel, 9ª ed. Barcelona, 1985, reimpr., 1994), pp. 42 y ss.

15 *Studi sull' oggetto dei legati...*cit., p. 62.

16 A la proliferación del latifundio, debe añadirse la circunstancia, de que el número de esclavos especializados que cultivaban la tierra era tal, que fue preciso que algunos de ellos, e incluso gran parte de la hacienda agrícola, en general, fuera destinada a la conservación y mantenimiento del propio *instrumentum*, y en especial, de los esclavos y animales que lo podían integrar, generándose entonces una nueva categoría, que pasó a denominarse *instrumentum instrumenti* y se encuentra recogida en D.33.7.12.pr. del que nos ocuparemos más adelante en el texto del trabajo a donde nos remitimos, no sin ya anticipar, que el texto no deja lugar a dudas de que junto a los aperos de labranza, los animales y los esclavos que cultivan la tierra, deben incluirse, también, en el cada vez más amplio concepto de *instrumentum fundi*, las cosas consumibles destinadas a su mantenimiento, nueva aportación según el propio texto de la Escuela Serviana.

17 Esta nueva dimensión del *instrumentum fundi*, hizo que ya antes Varrón, fiel a la escuela serviana, desarrollara una minuciosa y detallada sistematización de los diferentes objetos que participaban, de una u otra manera, en el proceso económico productivo de un fundo y que debían incluirse en su amplio y plural concepto. Por vía de síntesis, Varrón distingue una primera categoría denominada *Instrumentum mutum*, en la que incluían las cosas materiales imprescindibles para el cultivo del fundo como pudieron ser los aperos de labranza y otros utensilios agrícolas. En una segunda categoría incluyó los denominados *instrumentum semivocale*, entre los que se cuentan los animales de tiro y carga. En una tercera y última categoría que llama *instrumentum vocale*, incluye a todos los trabajadores de la tierra, independientemente de su posible jerarquía, especialidad y función particular en el complejo engranaje de la producción del fundo. Sobre el concepto varroniano de *instrumentum fundi*, *vid.* por todos LIGIOS, *Interpretazione...*cit.,pp. 89 y ss.

al logro de un mismo objetivo: la explotación agrícola y la obtención de su máximo rendimiento económico que redunde en beneficio del patrimonio familiar, afirmación que conlleva dos importantes consecuencias:

A- En primer lugar, que la relación jurídica que une a cada uno de los componentes del conjunto de la hacienda agrícola reviste una naturaleza objetiva, en el sentido de que todos ellos contribuyen, en mayor o menor medida, a proporcionar un beneficio económico.

B- Que sin embargo, -y ésta sería la segunda consecuencia-, sólo en la relación jurídica que media entre las cosas principales y accesorias se advierte la incorporación, junto al criterio anterior, de un segundo criterio de naturaleza subjetiva, que va a ser decisivo para diferenciar sustancialmente el concepto de parte y el de cosa accesoria: nos referimos a la voluntad del *dominus* respecto al destino de las cosas accesorias. Así, y en lo que respecta al caso del *instrumentum fundi*, un objeto se considerará incluido en esta categoría conceptual, no sólo si está inmerso en el proceso económico productivo del fundo, -criterio objetivo-, sino también, si el *paterfamilias*, como propietario titular del conjunto de la explotación agrícola, ha decidido destinarlo de forma permanente y estable, a su cultivo o conservación – criterio subjetivo-. A nuestro juicio pues, la conjunción de ambos criterios -objetivo y subjetivo-, van a resultar fundamentales a la hora de precisar la postura que mantuvieron los juristas de la escuela serviana sobre el *instrumentum fundi*, y que encuentra su refrendo en algunos textos del Digesto, como son D.33.7.8.pr. ya examinado, y D.33.7.12.pr. Ambos textos pertenecen a Ulpiano, y según la *inscriptio* que en ellos figura, no sólo corresponden a una misma obra, *ad Sabinum*, sino, dentro de ella, a un mismo libro, al vigésimo. En D.33.7.8.pr., como vimos, parece hablar el propio Sabino, -*Sabinus libris ad Vitellium evidenter enumerat*- describiendo y detallando el contenido del *instrumentum fundi*, -*In instrumento fundi ea esse*- y en D.33.7.12.pr., como veremos, habla Ulpiano, aunque refiriéndose al coincidente pensamiento de Servio, según testimonio de sus discípulos, -*auditores eius referunt*-. Recordemos mínimamente, algunos aspectos que aquí interesan de uno y de otro texto:

De D.33.7.8. pr se puede deducir con facilidad, por un lado, la vigencia de aquél criterio objetivo, que a juicio de Sabino, determina lo que debe entenderse por *instrumentum fundi*: esto es, su participación en la actividad agrícola productiva del fundo, ya sea en la obtención de frutos, ya sea en su recolección ó conservación -*quae fructus quaerendi, cogendi conservandi gratia parata sunt*-; y por otro lado, la inclusión como tales *instrumentum fundi*, de: a) los aperos de labranza, -*vasaque utilia culturae, quae sunt aratra, ligones, sarculi, falces putatoriae, bidentes, et si qua similia dici possunt; cogendi, quemadmodum torcularia, corbes, falcesque messorie, falces foenariae, quali vindemiatorii exceptoriique, in quibus uvae comportantur; conservandi, quasi dolia, licet defossa non sint, et cupae*-; b) los animales de tiro y carga, -*praeterea boves domiti et pecora stercorandi causa parata*-; y c) los trabajadores que cultivan la tierra, -*veluti homines, qui agrum colunt, et qui eos exercent, praepositive sunt his, quorum in numero sunt villici, et monitores*-.

La lectura de D.33.7.12.pr nos lleva a observar que la existencia de aquél primer criterio objetivo, no será por sí mismo suficiente para la determinación del carácter de *instrumentum fundi*, siendo necesario además, la concurrencia de un segundo criterio de naturaleza subjetiva como es la voluntad del *paterfamilias*:

D.33.7.12.pr. Ulp. libro 20 ad Sabinum

Quaesitum est, an frumentum quod cibariis cultorum paratum foret, instrumento cederet. Et plurimis non placet, quia consumeretur, quippe instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus exerceri nequiret possessio; accedit eo, quod cibari victus magis quam colendi causa pararentur. Sed

ego puto, et frumentum, et vinum ad cibaria paratum instrumento contineri; et ita Servium respondisse auditores eius referunt. Item nonnullis visum est, frumentum, quod serendi causa sepositum est, instrumenti contineri; puto, quia et instar culturae esset, et ita consumitur, ut semper reponeretur; sed causa seminis nihil a cibariis differt.

Como se desprende del texto, es el *paterfamilias*, como *dominus* y propietario del conjunto de la hacienda agrícola, quien decidirá darles a las cosas uno u otro destino, determinando así, su inclusión o no, en el término *instrumentum fundi*. A nuestro juicio, la reiterada conjugación del verbo *parare*, -destinar-, en este texto, así parece, terminológicamente, avalarlo. Por todo ello, la importancia de saber conjugar ambos criterios, -nos recuerda GELPI¹⁸-, no es banal, puesto que en ciertas situaciones que parecieron dudosas a la hora de incluir o no un bien en la categoría de *instrumentum fundi*, el solo criterio de la utilidad objetiva va a resultar insuficiente para la resolución del problema, siendo en tal caso necesario, determinar si concurre también el criterio subjetivo¹⁹.

En definitiva, se pone de manifiesto, que en los textos se suceden dos criterios diferentes y complementarios en orden a la determinación de los bienes comprendidos en el *instrumentum fundi*: uno primero, necesario pero no suficiente, como es la objetiva utilidad económica que éstos bienes prestan al fundo; y otro segundo y subjetivo, como es la voluntad del *dominus* que va a decidir su destino con carácter estable, al servicio del fundo considerado como cosa principal²⁰.

3. LEGADO DE *INSTRUMENTUM FUNDI*

Una vez que hemos procurado delimitar el concepto romano de *instrumentum fundi*, el tema que, a nuestro juicio, más interés despierta, es tratar de dilucidar la suerte jurídica que correría este *instrumentum*, en caso de transmitirse la titularidad del fundo al que está vinculado, siempre y cuando, como es obvio, nada diga al respecto el transmitente. En otras palabras, y aún a riesgo de incurrir en reiteración, se trata de interpretar el destino que correspondería al *instrumentum fundi*, cuando este *fundus*, -cosa principal a la que prestan servicio y a la que están unidos-, sea transmitido y nada se diga, explícitamente, respecto a su suerte.

Partamos de una premisa unánimemente aceptada en doctrina: el que en términos generales, la transmisión del fundo no tiene porqué contener tácitamente su *instrumentum*, porque si bien en teoría, lo accesorio sigue a lo principal, también en teoría, lo accesorio puede ser susceptible de una utilización separada, y por tanto, tener un destino ó régimen jurídico independiente del que se atribuya a la cosa principal. Esta afir-

18 *Instrumentum*. ...cit., pp. 49 y ss.

19 A modo de ejemplo, en el supuesto planteado en *D.28.5.35.3, Ulp. libro 4 disputationem* voluntad del *dominus* resultará imprescindible para saber con certeza qué instrumentos están vinculados al fundo itálico y cuales están puestos al servicio del fundo provincial. Según se observa en este fragmento del texto, la circunstancia de que el dueño envíe a un esclavo a un fundo, pero sin la manifiesta intención de mantenerlo de una forma estable en él, implicará que, por su parte, no ha existido un acto de voluntad que lo destine permanentemente al fundo referido, y por lo tanto, no será causa determinante para que sea incluido en su instrumento:...*Agasonem enim missum in villam a patrefamilias non pertinere ad fundi legatum Mucius ait, quia non idcirco illo erat immissus, ut ibi esset (.....) responsum est, eum ad villae legatum non pertinere.* Por ello deducimos, que la falta de la expresa voluntad del dueño de destinar establemente una determinada cosa a un fundo, va a implicar que la misma no debe ser considerada como instrumento del fundo en el que está situada, al parecer, provisionalmente.

20 LIGIOS, *Interpretazione*...cit, p.54.

mación se refleja clara y reiteradamente en los textos, sobre todo en los casos de compraventa y legado del fundo, sin embargo, siendo más rica la casuística en los supuestos de legado, a ésta hemos preferido circunscribirnos.

Un primer testimonio respecto a la naturaleza de cosa accesorias del *instrumentum fundi*, lo suministra D.33.7.21 de Pomponio, en su libro primero de los fideicomisos, en donde trata de un supuesto de legado de un fundo con expresa exclusión de sus instrumentos y al que pasamos a referirnos:

D. 33.7.21 Pomp. libro 1 Fideicommissorum

Cum fundus sine instrumento legatus sit, dolia, molae olivariae, et prelum, et quaecumque infixae inaedificataeque sunt, fundo legato continentur; nulla autem ex his rebus; quae moveri possunt paucis exceptis, fundi appellatione continentur. De molis tum quaeri solet, cum ita affixae, itave inaedificatae sint, ut partes aedificiorum esse videantur.

A nuestro juicio, puede deducirse de este texto, que al contrario de lo que ocurre con las partes integrantes del fundo, los *instrumenta*, considerados como cosas accesorias, pueden gozar de autonomía jurídica respecto a la principal, y así, en su caso, excluirse del legado del fundo al que suponemos, prestan servicio. Para ello, baste recordar cómo inicia el texto Pomponio: ...*Cum fundus sine instrumento legatus sit...*

Estamos de acuerdo con ASTOLFI,²¹ que este texto, al admitir el legado de un fundo *sine instrumento*, muestra que fue posible -jurídicamente-, separar el destino de la cosa principal del de la accesorias; sin embargo, también coincidimos con él, en advertir que debemos tener presente, por un lado, que en la casuística romana es el único caso en el que se da tal separación, y por otro, que la práctica demuestra que, existió una creciente voluntad por parte de los terratenientes romanos, de no separar el fundo de sus instrumentos, si es que no quería exponerse con ello, a facilitar cuantiosas y previsibles pérdidas económicas. A pesar de la advertencia de este autor, no nos cabe duda de que el texto analizado muestra al *instrumentum fundi* como una cosa accesorias, y, en modo alguno, como una parte integrante de él, caso en el que por razones obvias, no se cuestionaría su hipotética separación al existir un cambio o cesión en su titularidad, por lo que se destaca en el texto, que sin embargo, en el caso de las muelas para las aceitunas -*molae olivariae*-, existe esa característica de “fijeza”, “estabilidad”, ó “permanencia” -*affixae inaedificatae sint*- que las considera partes del edificio -*partes aedificiorum esse videantur*-.

A tenor de lo expuesto, nos preguntamos si la posibilidad reflejada en D.33.7.21 de separar el destino del fundo del de sus *instrumenta*, conlleva la exigencia de una declaración expresa del disponente, respecto a la suerte que deben correr éstos últimos, si se lega el fundo al que prestan servicio.

Detengámonos en ello y partamos de algo pacífico en materia de derecho sucesorio, como es que en la labor interpretativa de un testamento, debe respetarse escrupulosamente, la expresión de la libre voluntad del causante, manifestada en las distintas cláusulas de aquél. Así, refiriéndonos al caso específico del legado del fundo, precisemos:

1º- Que habrá que atenerse a lo dispuesto por el *de cuius*, para determinar el destino de sus *instrumenta*, y 2º- que sólo en el supuesto en que el testador nada diga al respecto, entonces entrará en juego la labor hermenéutica del *iurisprudens*, que tratará de averiguar cual fue la voluntad del disponente respecto a la suerte de los *instrumenta*; cuestión, por otra parte nada banal, si recordamos los intereses económicos

21 *Studi sull' oggetto dei legati...*cit., p. 55.

pujantes, -como hemos tenido ocasión de poner de relieve antes-, que presidieron las relaciones en su conjunto de la hacienda agrícola romana.

Ello nos obliga, de nuevo, a volver al análisis de los textos, y en especial al de *D.33.10.14 de Callistrat. libro 3 cognitionibus*

Fundo legato, instrumentum eius non aliter legato cedit, nisi specialiter id expressum sit; nam et domo legata neque instrumentum eius, neque supellex aliter legato cedit, quam si id ipsum nominatim expressum a testatore fuerit.

Dos son las cuestiones que *ab initio* nos sugiere la lectura de este fragmento:

1º- Que por la referencia que hace el jurista a un supuesto genérico de legado de un fundo:....*Fundo legato...* parece recogerse en él, una norma interpretativa, y 2º- que en dicha norma de interpretación, *Callistrato* no permite albergar duda alguna, y así, en caso de legarse un fundo, -*fundo legato*-, para determinar la inclusión en él - *legato cedit*-, de sus instrumentos, -*instrumentum eius*-, se precisa una declaración expresa por parte del disponente en tal sentido -*non aliter legato cedit, nisi specialiter id expressum sit*-. *Callistrato* esgrime como argumentación, que así ocurre en el legado de una casa - *et domo legata*-, pues, -*nam*-, y según la literalidad del texto-, ni su instrumento, -*neque instrumentum eius*-, ni el mobiliario o ajuar, -*neque supellex*-, ceden al legado, de otro modo que -*aliter legato cedit quam*-, si esto mismo -*si id ipsum*-, fuera nominativamente expresado por el testador, -*nominatim expressum a testatore fuerit*-.

En suma, y creemos que en perfecta coherencia con la naturaleza de cosa accesoría atribuida a los *instrumenta* en *D.33.7.21* de *Pomponio*, su necesaria mención para incorporarlos al legado del fundo, confirma, que si el testador no los incluye expresamente, -*nisi specialiter expressum sit*-, éstos no van a quedar tácitamente comprendidos en el legado, y por tanto, unidos al fundo, siendo posible entonces, que a unos y a otros -al fundo y a sus instrumentos-, les correspondan destinos independientes. Sin embargo, la siempre rica y variada casuística del derecho romano, nos demuestra su reticencia a verse sujeta a normas generales de aplicación. De tal manera, que por un lado, si recordamos las palabras de *ASTOLFI*²², cuando comentaba a propósito de *Pomponio D.33.7.21*, la singularidad del texto, por ser el único existente de legado de un fundo en el que su instrumento quedaba excluido, y a ello añadimos, por otro lado, las palabras de *STEINWENTER*²³, al incidir en la frecuencia con la que se consideró, por lo común, la hacienda agrícola, como unidad inseparable, todo ello nos lleva a advertir, que aquella norma general que podía contenerse en *D.33.10.14*, y que parecía obligar a la mención expresa de los instrumentos, puede encontrar en la práctica, no pocos matices y distinciones que nos obligan, desde ahora, a acogerla con cautela.

Por este motivo, nos parece, no ya conveniente, sino necesario, retornar al examen de la práctica testamentaria romana reflejada en los textos que inciden sobre este punto concreto, y proceder a un detenido análisis de *D.33.7.5.*, *libro 1 pizanor a Paulo epitomatorum*, texto atribuido a *Labeón*, que resulta de gran interés para dar respuesta a éste y algunos otros interrogantes con él relacionados:

Si cui fundum et instrumentum eius legare vis, nihil interest, quodmodo leges: "fundum cum instrumento", an "fundum et instrumentum", an "fundum instructum". Paulus: imo contra, nam inter ea legata hoc interest, quod si fundo alienato mortuus fuerit, qui ita legavit, ex hac scriptura: "fundum cum instrumento", nihil erit legatum, ex ceteris poterit instrumentum esse legatum.

²² *Studi sull' oggetti dei legato....cit.*, p. 55.

²³ *Fundus cum instrumento....cit.*, Wien-Leipzig, 1942, p. 32.

En una primera parte del fragmento, Labeón nos dice que existen tres formas diferenciadas para constituir el legado de un fundo y sus instrumentos, aunque en el fondo, parece que en principio no comporten en cuanto a sus efectos, diferencia alguna: Si quieres legar a alguien ...*Si cui legare vis...* un fundo y su instrumento... *fundum et instrumentum eius...*, nada importa ...*nihil interest...*, de qué modo lo legues...*quodmodo leges...* -y ofreciendo a continuación tres posibles formas de hacerlo, continua: el fundo con sus aperos "*fundum cum instrumento*", el fundo y su instrumento: "*fundum et instrumentum*" ó el fundo provisto: "*fundum instructum*".

Sin embargo, en lo que podríamos considerar como una segunda parte del texto, parece que existe cierta disconformidad entre Labeón y Paulo, al plantearse el supuesto de la enajenación del fundo tras haberse constituido un legado sobre él. Paulo afirma, que en tal caso, la utilización de una u otra fórmula hará variar sustancialmente su contenido, ó si se prefiere, la determinación de qué bienes va a poder reclamar para sí el legatario, tras la eventual enajenación del fundo legado. Paulo, nos dice, textualmente, que ante la ya referida equiparación labeoniana, ...*imo contra*, antes por el contrario, *nam inter ea legata* entre estos legados, *hoc interest*, hay esta diferencia: *quod si* ...que si...*fundo alienato...* enajenado el fundo...*mortuus fuerit*, hubiera muerto...*qui ita legavit...* quien así legó y se utilizó en la constitución del legado la fórmula *fundum cum instrumento*, enajenado el fundo, el legatario nada podrá reclamar para sí, pues con esta fórmula: *ex hac scriptura*:...fundo con instrumento: "*fundum cum instrumento*", nada se habrá legado: *nihil erit legatum...* Si se utilizaron, en cambio, para la constitución del legado las demás fórmulas *fundum et instrumentum* y *fundum instructum*, recordamos nosotros-, el legatario podrá reclamar para sí los instrumentos, pues:... *ex ceteris poterit instrumentum esse legatum...*

Examinemos con más detalle el contenido de este texto, a fin de procurar precisar el verdadero alcance de sus palabras, e intentar justificar en su caso, las diferentes consecuencias que al parecer, según el jurista, conlleva la enajenación del fundo legado en uno u otro supuesto.

Así, y siguiendo el mismo orden referido en D.33.7.5., empezaremos por el primer supuesto en él mencionado:

3.1. De *fundum cum instrumento*

Si el testador utilizó la preposición *CUM* en la constitución del legado, como nexo de unión entre el fundo y su instrumento, a nuestro juicio, no cabe duda de que con ella quiso unir deliberadamente el destino de uno y otro. Por tanto, el resultado es que el disponente, como sucedía en la mayoría de los casos, consideró que ambos, fundo e instrumento, formaba una unidad inescindible y en todo caso, éste debería acompañar a aquél. Dicho esto, no debe extrañarnos, que Paulo diga en el texto, que el legatario no pueda reclamar nada para sí, al haber considerado el propio testador, que el fundo con su instrumento formaban un conjunto indisoluble. La consecuencia directa de esta interpretación de la voluntad del *de cuius* es, que en la enajenación del fundo, -*fundo alienato*-, se deba entender también incluidos los instrumentos, y por tanto, quede el legado vacío de contenido, ya que a través de esta fórmula:...*ex hac scriptura*: "*fundum cum instrumento*", ...nada se habrá legado...*nihil erit legatum*.

A nuestro juicio, la interpretación dada a esta parte del texto, guarda una estrecha relación con lo indicado también por Paulo en D.33.7.1.1. libro 4 ad Sabinum al decir:

Fundo cum instrumento legato et alienato instrumentum non vindicabitur ex sententia defuncti.

En este fragmento, de nuevo se indica que la utilización de la cláusula *fundum cum instrumento* al constituir el legado, conduce, según Paulo, a concluir que la enajenación del fundo, lleva consigo también la enajenación de su instrumento, dejando pues -reiteramos-, vacío de contenido al legado, ya que: *...fundum cum instrumento legato et alienato instrumentum non vindicabitur*²⁴... En definitiva, tanto en D.33.7.1.1. como en D.33.7.5., Paulo mantiene que no son idénticas las consecuencias jurídicas, según la utilización de cualquiera de las tres fórmulas referidas al constituir el legado. Así, según su parecer, si se utilizó la cláusula *fundum cum instrumento*, con ella queda claro que la voluntad del testador es la de mantener inseparable la unidad de la hacienda agrícola: el fundo y sus instrumentos, y que el legante quiere que éstos, - *instrumenta*-, acompañen -*cum*-, a aquél - *fundus*-, en todo caso. Obvio es recordar, que para expresar la compañía, tanto de personas como de cosas materiales que uno lleva, trae, o tiene, -y que en cierto modo le acompañan-, en latín es necesario reforzar el caso ablativo con la preposición *cum*. Como vemos, así resulta del texto de Paulo "*fundum cum instrumento*". Sin embargo, tras la anterior afirmación, conviene tener presente que el considerar a la hacienda agrícola como un todo inescindible, y pese a la constatada voluntad del *de cuius* en este sentido, ello no va a impedir, -por otra parte, al menos en el plano teórico-, que en atención a la naturaleza de cosa accesorias del instrumento, éste pueda gozar de autonomía jurídica respecto al fundo.

En este sentido, sigamos con el análisis de otro texto, ahora D.33.7.1.pr.

D.33.7.1.pr Paul. libro 3 ad Sabinum.

Sive cum instrumento fundus legatus est, sive instructus, duo legata intelliguntur.

Evitando de forma plenamente consciente, aludir, aquí y ahora a la fórmula *fundus instructus* que en este fragmento se recoge, -y que será tratada más adelante-, nos centraremos en destacar la utilización del verbo *intelliguntur*, que a nuestro modo de ver, resulta del mayor interés en el análisis del texto. Este significante, *intelliguntur*, -verbo de entendimiento, sujeto impersonal, forma pasiva y que, en su traducción literal al castellano, significa comprenderse, entenderse-, a nuestro juicio, pone de manifiesto en D.33.7.1. pr., que pese a haberse constituido en un único legado, el del fundo con su instrumento: -*Sive cum instrumento fundus legatus est, sive instructus*-, hay que interpretar ó entender -*intelliguntur*-, que existen, en realidad, dos legados: - *...duo legata*... Es decir, que comunmente se entiende que fundo e instrumento, conservan cada uno de ellos su autonomía jurídica propia, aunque en la disposición testamentaria, la voluntad del *de cuius* haya sido la de legarlos de forma conjunta.

En definitiva, esta interpretación del texto, nos lleva a vislumbrar que en la mente del testador podría prevalecer una orientación de las cláusulas testamentarias, presidida por un criterio de marcado matiz económico, y dirigida a tratar de salvaguardar la unidad inescindible del proceso productivo del fundo, del que era titular y responsable de su impulso. Sin embargo, también parece que en él, Paulo nos quiera recordar la necesidad, -o cuando menos, conveniencia-, de tener presente una posible interpretación estrictamente jurídica del mismo. Así, a través del término *intelliguntur*, tendríamos que admitir que fundo, e instrumento pueden gozar de un régimen jurídico independiente, en armonía con la naturaleza de cosa accesorias atribuida a los instrumentos.

24 Conviene, destacar que en D. 33.7.1.1., a diferencia de D.33.7.5., y como tratando de justificar sus propias palabras, Paulo avanza un poco más y fundamenta la interpretación que da a la fórmula *fundum cum instrumento*, matizando el motivo por el que el instrumento no se podrá reclamar. La razón es pues, según el jurista, por no ser ésta la voluntad del difunto, -*non vindicabitur ex sententia defuncti*-, y precisamente por ello, -nos atrevemos a subrayar-, no puede esgrimirse como tal y tomarse como base de algo que el testamento no contempla: el instrumento con sustantividad y autonomía propia.

3.2. De *fundum et instrumentum*

Como avanzábamos al inicio, continuemos con el examen del segundo supuesto recogido en D.33.7.5. es decir, el del legado en cuya constitución se utilizó la fórmula *FUNDUM ET INSTRUMENTUM*.

Bajo un prisma terminológico, en este supuesto se aprecia, *prima facie*, una semejanza y una diferencia respecto al analizado anteriormente. La semejanza, resulta evidente y se comprueba al observar que ambas fórmulas *FUNDUM CUM INSTRUMENTO* y *FUNDUM ET INSTRUMENTUM* presentan una pareja estructura gramatical en la que aparecen unos mismos significantes, *FUNDUS* e *INSTRUMENTUM*, aunque este último término, en distintos casos.

Esta similitud en el texto, nos lleva a advertir, que también ambas guardan coherencia con lo referido en D.33.10.14. de Callistrato, en el que se precisaba la necesidad de hacer mención expresa de los instrumentos, si se quería vincularlos al destino del fundo legado y al que se encuentran unidos y prestan servicio. A este respecto, también en ambos casos, la genérica mención de los términos *INSTRUMENTUM* e *INSTRUMENTO*, puede considerarse como el formal cumplimiento de la exigencia anterior, pues parafraseando al propio Callistrato en el fragmento de referencia, *...id ipsum nominatim a testatore fecerit.....* también ocurriría con un genérico, *instrumentum eius*.

Pese a todo lo dicho, existe una notable diferencia entre la fórmula que estamos analizando y la anterior, que se aprecia fácil y formalmente: la utilización de la preposición *ET* entre la palabra *FUNDUM* y la palabra *INSTRUMENTUM*, y que, a nuestro juicio parece indicar que el ánimo del disponente admitía la posibilidad de que ambos pudieran separarse. La consecuencia lógica de esta afirmación se contiene en el propio D.33.7.5. atribuido a Labeón, en el que Paulo nos dice que tras la enajenación del fundo legado, si se utilizó la fórmula *fundum cum instrumento*, el legatario no va a poder reclamar para sí los instrumentos, pero sí los podría reclamar, en el caso de utilizar las otras dos fórmulas, pues en virtud de éstas, se habrá legado el instrumento a pesar de la enajenación del fundo: *...ex ceteris poterit instrumentum esse legatum...* Así deducimos, que con la cláusula *fundum et instrumentum* equiparada en D. 33.7.5 a la de *fundus instructus*, el testador no considera al *fundus et eius instrumenti* como unidad inescindible, por lo que permite, con posterioridad, que se separen uno y otro²⁵.

3.3. De *fundum instructum*.

Pasemos al examen del tercer supuesto, y a nuestro juicio el más controvertido de D.33.7.5: *FUNDUM INSTRUCTUM*. El texto refiere que si se enajena el fundo que había sido legado bajo la cláusula *fundum instructum*, ocurriría igual que lo indicado con la fórmula anteriormente analizada *fundum et instrumentum*, y lo contrario a lo que sucede con la de *fundum cum instrumento*. En definitiva, tras la enajenación del fundo,

²⁵ Recordemos otros aspectos de carácter jurídico y económico relativos al tema que nos ocupa: como vimos, la opción de separar el fundo de su instrumento, fue posible jurídicamente, por la naturaleza de cosa accesorio atribuida al instrumento. Sin embargo, no debemos olvidar las palabras de ASTOLFI en *Studi sull' oggetto dei legati...* cit., p. 55, que con referencia a un *fundus sine instrumento legato* del que daba noticia Pomponio en D.33.7.21., recordaba ser éste el único supuesto que testimonian las fuentes en el que el testador separó expresamente el destino del fundo del de sus instrumentos. Con este recuerdo queremos simplemente destacar, que va a ser de nuevo la práctica testamentaria, la que va a demostrar que esta posibilidad teórica no se haga efectiva con frecuencia, tal vez, por no interesar, económicamente, al propio disponente, el cual, preferiría mantener intacto el conjunto de la hacienda agrícola, sin que se viera alterado su proceso económico de producción.

parece que podría haberse legado también su instrumento: *...ex ceteris poterit instrumentum esse legatum...* lo que equivale en otras palabras a decir, que en este caso el legatario podría reclamarlo para sí.

La cuestión que nos plantea, *a priori* este supuesto, es la del motivo que lleva a Paulo a equiparar las consecuencias jurídicas de la enajenación del fundo legado, tanto si se utilizó para su constitución la cláusula *fundum et instrumentum* como si se utilizó la de *fundum instructum*. En otras palabras, el saber por qué razón Paulo considera, que si el *de cuius* había utilizado la fórmula *fundum instructum*, su voluntad era precisamente la de permitir la separación del fundo y los instrumentos²⁶. Esta interpretación, - que a nuestro entender, está en armonía con lo dispuesto por Callistrato en D.33.10.14. -, sin embargo, en el caso del empleo de la cláusula *fundum instructum*, no deja traslucir, con la misma claridad, cual fue la verdadera voluntad del disponente respecto al destino de los referidos instrumentos, por lo que para una mejor comprensión de este fragmento, traemos a colación el texto que a nuestro modo de ver, resulta el más ilustrativo para la resolución de la cuestión que nos ocupa. Se trata de D. 33.7.12.27. en el que Ulpiano describe, precisamente, el contenido de un legado de *fundum instructum*. Sin embargo, la extensión del texto parece aconsejar dividirlo en dos partes, anticipando, antes de proceder a su comentario más detenido, que:

A- En la primera parte, se plantea la pregunta de si tiene un contenido más amplio el legado de un fundo constituido con la fórmula *fundus cum instrumento*, que con la de *fundus instructus*; Ulpiano, a continuación, invoca la autoridad de Sabino, y citando la fuente en donde la emite, concluye que, cada día, se consolida más la opinión de aquél. B- En la segunda parte del texto, de carácter más particular, se intenta precisar en concreto, en qué es más amplio un legado que otro, invocándose para ello, no ya la autoridad de Sabino, sino también la de Casio. El texto dice así:

D.33.7.12.27 Ulp. libro 20 ad Sabinum

Sed si fundus non sit cum instrumento legatus, sed ita, ut instructus sit, quaesitum est, an plus contineatur, quam si cum instrumento legatus esset. Et Sabinus libris ad Vitellium scribit, fatendum esse, plus esse, cum instructus fundus legetur, quam si cum instrumento; quam sententiam quotidie increscere et invalescere videmus. Quanto igitur hoc legatum uberius est, videndum est; et Sabinus definit, et Cassium apud Vitellium notat: omnia, quae eo collocata sunt,

²⁶ A nuestro entender resulta imprescindible precisar, en general, el significado ó significados del significante *instructum* en caso de una eventual polisemia de éste, y matizar su valor a la luz de los textos jurídicos -a juicio de la doctrina más característicos-, que resultan ser D.33.7.12.27 y 35, de Ulpiano, *libro 20 ad Sabinum*. Sólo de este modo, creemos estar en condiciones de dar a las palabras de Paulo su verdadero alcance, y haber tratado de averiguar cual fue la verdadera voluntad del testador al utilizar la fórmula *fundum instructum* en el contexto que nos ocupa, evitando lo que de proceder de otra forma, comportaría una visión parcial y probablemente errónea de su contenido. Así pues, a tenor de las mínimas precisiones metodológicas expuestas, en síntesis, cabe recordar:

1º- Que *instructus*, es palabra compuesta del prefijo *in* y de *struo*, y significante verbal que presenta, como principales significados, -sin que esta enumeración comporte exhaustividad-, los de: edificar, construir, ordenar, disponer, preparar, proveer, aportar, suministrar y, también en ciertos contextos, se traduce por enseñar o instruir, o sea, proveer de conocimientos a otro.

2º- Que gramaticalmente, *instructus* presenta los valores de sustantivo y adjetivo. El primero, neutro -*instructum*-, y el segundo con tres géneros y las correspondientes terminaciones -*us, a, um*-.

Y 3º- Que actuando como adjetivo, que es la función que aquí más nos interesa, puede referirse a personas o a cosas, y dentro de éstas, -y seguimos circunscribiendo su ámbito para nuestra finalidad-, aplicarse con mayor frecuencia a la *domus* y al *fundus*, de los que se dirá, respectivamente, que aquella está amueblada, y que éste está provisto, o lo que es igual, equipado con sus instrumentos, útiles o utensilios.

ut instructor esset paterfamilias, instructo, inquit, continebuntur, id est, quae ibi habuit, ut instructor esset. Hoc ergo legato non agri tantum instrumentum, sed et proprium suum instrumentum reliquisse videtur.

De la lectura del texto cabe deducir:

1º- Que el conjunto del fundo con sus instrumentos, es decir, la unidad de la hacienda agrícola considerada como un todo por el propio testador, compone lo que se denomina en las cláusulas testamentarias, *fundum instructum*.

2º- Que para lograr tal configuración, a la unidad de naturaleza rústica, integrada por el fundo y sus *instrumenta*, debe añadirse otro componente tan imprescindible como nuevo, en una cada vez más compleja concepción de la hacienda agrícola romana: los denominados instrumentos del *paterfamilias*. En este sentido, baste recordar el final del texto que, en cierto modo, actúa de conclusión y en donde se precisa, que: ... *Hoc ergo legato non tantum agri instrumentum, sed et proprium suum instrumentum reliquisse.*

Y 3º- que la diferencia que el propio texto acentúa, entre el legado del *fundum cum instrumento* y el legado de un *fundum instructum*, calificando al segundo, como más lucrativo *-uberius-*, que el primero, es por contener éste, además del conjunto de la hacienda agrícola, precisamente, los instrumentos del *paterfamilias*. A este respecto, y a nuestro juicio, el intento de confeccionar una relación exhaustiva de todos estos objetos resultaría pretencioso en teoría, y poco útil en la práctica, pues en suma, como resume Ulpiano, son: ...*omnia quae eo collocata sunt, ut instructor esset... id est, quae ibi habuit ut instructor esset. ...*²⁷.

Pese a todo ello, si no se considerara suficientemente ilustrativa la lectura de D.33.7.12.27 y la remisión genérica a esa decena de textos que suministra el propio Ulpiano para destacar la diferencia sustancial entre el contenido del legado *fundum cum instrumento* y el legado *fundum instructum*, cabría prestar especial atención a D.33.7.12.35. en el que, de nuevo, se describe el contenido de este fundo, y en nuestra opinión, actúa de síntesis:

D.33.7.12.35 Ulp. libro 20 ad Sabinum

Neratius quoque libro quarto Epistolarum Rufino respondit, instructo fundo legato cedere et supellectilem, et vina, et mancipia, non solum ad cultum custodiamve villae, sed etiam, quae ipsi patrifamilias in ministerio ibi essent.

Por otra parte, el examen de la doctrina nos advierte de una necesaria localización en el tiempo, para tratar de comprender, -o si se prefiere, descifrar-, qué se entendió por *fundum instructum*, y por tanto, qué quiso dar a entender el testador con su utilización. A tal respecto, se suele asumir como pacífico, que empieza a utilizarse esta fórmula para legar, en los siglos II y III a.C., momento en que se supera la noción de pequeña propiedad agrícola y explotación directa del fundo por parte de su propietario, circunstancias una y otra a las que ya antes hemos aludido, y en las que hemos recor-

²⁷ En aras a una mayor claridad, recordaremos que en D.33.7.12 textos del 28 al 38, por lo común Ulpiano, y a veces invocando el parecer de otros juristas como Celso, Papiniano y Neracio, nos facilita una relación pormenorizada de los instrumentos del *paterfamilias* entre los que se pueden encontrar objetos tan variados como por un lado, y refiriéndose a las cosas: el menaje *-supellex-*, las mesas, *-mensae-*, incluso de marfil *- quoque eboreae-*, los vasos *- vitrae-*, también de oro y plata, *- et aurum et argentum-*, los vinos *-vina-*, y cualquier otro utensilio *- et quidquid alium utensilium*. Por otro lado, y refiriéndose a las personas, indica: los camareros *- supellectuarios-*, y demás esclavos de este género *- et ceteros hoc genus servos-*, las esclavas contubernales *- uxores-*, e hijos nacidos de esclavos, *-et natos servorum-* y en fin, volviendo a las cosas, también se incluye entre los instrumentos del *paterfamilias*, la biblioteca y los libros *- et bibliotheca et libros*.

dado que el primitivo *fundus* termina por convertirse en *latisfundus*, explotado en la mayor parte de los casos, amén de animales de tiro y carga y con la ayuda de un gran número de esclavos.

En este momento, argumenta ASTOLFI, si la extensión de los fundos hubiera sido más reducida, aquellos que los cultivaban hubieran podido también, atender al servicio de la casa dominical, sin embargo al existir grandes extensiones de tierra en manos de sus dueños, terratenientes, hace que estos esclavos no lo puedan hacer como antes, siendo preciso que el *paterfamilias* lleve consigo a los que le atienden en la ciudad, así como todos aquellos objetos que hicieran su estancia en el campo, más agradable y acorde a una elevada posición social y económica y que, en su conjunto, -políticamente, con Augusto-, llegó a constituir el *ordo senatorius*, y con anterioridad a él, simplemente el grupo de los mejores -*optimi*-, o como gusta denominarse en doctrina, la aristocracia de la tierra. Si además se tiene en cuenta, continua ASTOLFI²⁸, que este *paterfamilias*, solía vivir en ciudad, y sólo de manera ocasional, residía en el campo, resulta lógico también, pensar que en este caso, cuando lo hacía, fuera acompañado de todo su séquito, de lo que resulta, en definitiva, que a partir de ese momento nadie ponía en tela de juicio, que en la mención *fundum instructum*, deberá entenderse incluido, además del fundo y los instrumentos rústicos vinculados, -en este sentido estricto-, a su explotación agrícola, el *instrumentum patrisfamilias*, es decir, aquellas otras cosas que siendo de su uso y disfrute personal, solían acompañarle, habitualmente, en sus estancias en el campo.

A juicio de LIGIOS²⁹, la frecuencia con la que esta fórmula -*fundus instructus*-, es utilizada desde la existencia de estos grandes latifundios, debe buscarse, sencillamente, en el sentido pragmático al que los romanos nos tienen acostumbrados, ya que en ella, con la mención de una sola palabra, *instructus*, -provisto, en castellano-, al acompañar a *fundus*, se incluye en el legado de éste, el de todos sus instrumentos y en definitiva, tanto los pertenecientes al propio fundo, como los pertenecientes al *paterfamilias*, y que éste hubiera incorporado a la hacienda agrícola.

En definitiva, concluyamos, por vía de síntesis, con las siguientes matizaciones:

1º- Que todavía algunos juristas exigían la mención individualizada -*nominatim*-, de cada uno de los instrumentos que deben entenderse incluidos en el legado, -como se indicaba en D.33.10.14. de *Callistrato*-.

2º- Que estamos de acuerdo con LIGIOS, que en la práctica testamentaria romana, -y en su valor jurisprudencial, añadiríamos- la sola mención de la palabra *instructus*, se interpretaba, comunmente, en un sentido genérico, es decir, en el de que con ella se incluiría la cesión conjunta del legado del fundo y sus instrumentos, sin tener que concretar ni detallar estos últimos.

Y 3º- que sin embargo, y pese a lo dicho anteriormente, para la inclusión en el legado de un *fundus instructus* de los instrumentos del *paterfamilias*, sí se precisa la enumeración pormenorizada del testador, de aquellos objetos concretos y determinados que desease unir al legado del fundo y sus instrumentos, es decir de aquella unidad de naturaleza agrícola.

Confirmando esta postura, detengámonos en D.33.10.14. de *Callistrato*, según el cual, como vimos: ... *Fundo legato instrumentum eius non aliter legato cedit, nisi specialiiter id expressum sit*. A nuestro juicio, el tenor de este texto de nuevo pone de relieve

28 *Studi sull'oggetto dei legati...* cit., p. 65.

29 *Interpretazione...* cit., p. 51.

ve que el contenido de la fórmula *fundum instructum*, implica que en ella quedan comprendidos el fundo y sus instrumentos en una misma unidad agrícola con carácter inescindible, pero no los instrumentos del *paterfamilias*, que todavía deberán detallarse de modo expreso por el testador, si quiere que queden comprendidos en el legado. La interpretación que nosotros extraemos del texto, encuentra también su refrendo en otros dos: el primero es un fragmento del libro 3 de las Respuestas de Scaevola, en concreto en D. 33.7.20.pr.:

D.33.7.20.pr Scaev. libro 3 responsorum

Seiae ex parte heredi institutae, si heres erit, fundos per praeceptionem dederat instructos cum suis villicis et reliquis colonorum et codicillis ita scripsit: "postae mihi venit in mentem, Seia fundos, quos reliqui, ita ut sunt instructi rustico instrumento, supellectile, pecore, et villicis, cum reliquis colonorum et apotheca habere volo". Quaesitum est, an etiam ea, quae patrisfamilias usus quotidiani causa in fundis fuerunt, legato contineretur. Respondit, testamento quidem, ut proponeretur, Seiae insuper fundum legatum, verum non amplius deberi, quam in codicillis, quos sane post oblivionem testamentariae scripturae fecisset, instructi appellatione contineri velle se, manifeste ostendisset.

Como vemos en él, a propósito de un prelegado de un fundo provisto, se pregunta, si en la mención "*instructus*", deben entenderse incluidos los instrumentos del *paterfamilias*; y así, omitiéndose cualquier duda respecto al destino de los instrumentos rústicos de los que no se cuestiona su unión al destino del fundo, el jurista responde que sólo se comprenderán en el legado aquéllos que expresa y concretamente se hubieran detallado en el codicilo hecho con posterioridad al testamento.

Examinemos también D.33.7.18.13, que recoge otro supuesto similar, en el que para entenderse incluidos los instrumentos del *paterfamilias* en el legado de una casa de campo provista, éstos deberán enumerarse detalladamente:

D.33.7.18.13 Paul. libro 2 ad Vitellium

Quidam cum ita legasset "villam meam ita ut ipse possedi cum supellectile, mensis, mancipiis, quae ibi deputabuntur, urbanis et rusticis, vinis, quae in diem mortis meae ibi erunt, et decem aureis". Et quaereretur cum in diem mortis ibi libros, vitreamina, et vesticulam habuerit, an eadem omnia legato cederent, quoniam quaedam enumerasset. Scaevola respondit, specialiter expressa, quae legato cederent.

En definitiva, y en coherencia con D.33.10.14., a nuestro juicio, parece desprenderse de estos textos, que no existieron dudas en orden a la inclusión en el legado del fundo provisto de aquellos instrumentos de naturaleza rústica vinculados, directamente, a la explotación agrícola del fundo. Sin embargo, por lo que se refiere al destino de los instrumentos del *paterfamilias*, que permaneciesen en el fundo en el momento de su muerte, y que estuvieron destinados a hacerle más agradable la estancia en él, el testador debió mostrarse más explícito y enumerarlos expresamente, si es que deseaba incluirlos en el legado del fundo provisto.

4. LA CLÁUSULA O FÓRMULA PERTENENCIAL

Con el tiempo, -en concreto en la jurisprudencia de finales de la época clásica-, en la práctica se va haciendo cada vez más frecuente, la adopción de otras fórmulas tendentes a una mayor simplificación de las disposiciones testamentarias. En

este sentido, se observa cómo terminan por imponerse nuevos criterios de interpretación que tratando de salvaguardar, ante todo el rendimiento económico de la hacienda agrícola, lo harán también de la unidad del patrimonio familiar en su conjunto. Así, para constituir el legado de un *fundus instructus* los juristas romanos se “conformarán”, -en palabras de STEINWENTER³⁰-, con la sola mención en el testamento, de lo que hoy la moderna romanística ha denominado como cláusula -o fórmula- pertenencial, que dispensaba con su uso, de la exigencia formal de tener que enumerar, de modo exhaustivo y detallado, todos y cada uno de los objetos que podían incluirse en el instrumento del *paterfamilias*, y que el testador deseaba incluir en el legado. Con el simple empleo de estas frases paradigmáticas, -hoy diríamos, cláusulas de estilo-, el disponente adscribía los instrumentos del *paterfamilias* en su conjunto, a la común unidad de la hacienda agrícola, cuyo significado, además, de un claro contenido genérico, no ofrece duda alguna de que el testador quiso legar unidos al fundo rústico.

De esta manera, como argumenta LIGIOS³¹ de acuerdo con HORVAT³², en la mentalidad siempre pragmática de los romanos, su utilización evitaría de nuevo, la necesidad de tener que describir en interminables listados, un sinfín de objetos muy dispares que se encontraban en la hacienda agrícola durante la estancia del *paterfamilias* en ella. Así, en algunos textos, entre los que no puede omitirse uno del propio Alfeno³³, podemos ver ejemplos de estas cláusulas, la mayoría de ellos atribuidos a Cervidio Escévola, el cual, con su ya contrastado laconismo, analiza la *quaestio* planteada -*quaesitum est*-, y su respuesta -*respondit*-: con un simple y rotundo “*non deberi*”³⁴, “*non videri*”³⁵, “*non deberetur*”³⁶, “*possunt*”³⁷. Pese a que algunos autores como HORVAT³⁸, han criticado estas cláusulas y las han calificado de poco explícitas, y otros como MAS-

30 *Fundus cum...* cit., p. 37

31 *Interpretazione...*cit., p. 43

32 *Legatum fundi e servi*, Studi in onore di Edoardo Volterra, vol. 5, Milano, 1971, pp. 89-97.

33 D.33.7.16.2 *Alfen. libro 2 digestorum a Paulo epitomatorum. Quidam uxori fundum, uti instructus esset, in quo ipse habitabat, legavit, consultus de mulieribus lanificis, an instrumento continerentur. Respondit, non quidem esse instrumenti fundi, sed quoniam ipse paterfamilias, qui legasset, in eo fundo habitasset, dubitare non oportere, quin et ancillae, et ceterae res, quibus paterfamilias in eo fundo esset instructus, omnes legatae viderentur.*

34 D.33.7.20.1 *Scaev. libro 3 responsorum. Liberto suo quidam praedia legavit his verbis: "Seio, liberto meo, fundos illum et illum do et lego, ita ut instructi sunt, cum dotibus et reliquis colonorum, et saluarii cum contubernaliibus suis et filiis et filiabus". Quaesitum est, an Stichus servus, qui praedium unum his coluit, et reliquatus est amplam summam, ex causa fideicommissi Seio debeatur. Respondit, si non fide dominica, sed mercede, ut extranei coloni solent, fundum coluisset non deberi.*

35 D.33.7.20.3 *Scaev. libro 3 responsorum. Praedia ut instructa sunt, cum dotibus et reliquis colonorum et villicorum, et mancipiis et pecore omni legavit, et peculiis, et cum actore. Quaesitum est, an reliqua colonorum, qui finita conductione, interposita cautione, de colonia discesserant, ex verbis superscriptis legato cedant. Respondit, non videri de his reliquis, esse cogitatum.*

36 D.33.7.6. *Scaev. libro 16 digestorum. Nepoti legaverat, quae certa regione praedia habuerat, ut instructa sunt, cum vino, grano, Calendario et adiecerat haec verba: "quidquid erit, quum moriar, in illa regione, et quidquid in quacumque specie erit in illa regione, vel quod meum erit". viva testatrice unus ex debitoris condemnatus, vivente testatrice satis non fecit; quaesitum est, an, quod ex sententia iudicis deberetur, ad nepotem pertineret. Respondit nihil preponi, cur non deberetur.*

37 D. 33.7.27.4 *Scaev. libro 6 digestorum. Ita legatum est: "Septiciae, sorori meae, fundi paterni mei Seiani partem dari volo, sicut est, et alteram partem, ita ut in diem mortis fuerit". Quaesitum est, an ex verbis superscriptis asseres, et prela iam posita parataque, ut immitterentur aedificio item instrumentum urbanum et rusticum cum mancipiis, quae fundi causa erant, ad legatarios pertineant. Respondit: possunt haec verba, "sicut est", ad instructum referri.*

38 *Legatum ...*cit., p. 90.

CHI³⁹, incluso, las han tachado de abstractas e indefinidas, es admitido mayoritariamente en doctrina, que en ellas subyace la idea de que el testador quiso legar en su conjunto, la unidad de la hacienda agrícola. Por ello sobre su interpretación, STEINWENTER⁴⁰ advierte, que los juristas romanos entendieron que en los legados constituidos bajo fórmulas pertenenciales, los disponentes dieron a las cosas accesorias el mismo tratamiento jurídico que a las partes, de las que, -como sabemos-, no se discute su posible separación de la principal al no distinguirse esta relación entre ellas. Por este motivo, hoy, a las fórmulas mencionadas, se les ha dado la gráfica denominación de cláusulas pertenenciales y su contenido, en el fondo, va a contradecir la indiscutida aceptación “formal” en cuanto a la naturaleza jurídica de cosa accesoria que se otorga al instrumento del fundo⁴¹, y que ya fue corroborada en D.33.7.21. de Pomponio, como vimos. Para ello, baste recordar tres textos que ya hemos analizado, a saber: 1º- D.33.7.1.pr. de Paulo, en donde se recuerda que *fundus legatus sive cum instrumentum sive instructum duo legata intelliguntur*; 2º- D.33.7.21 de Pomponio relativo a un *fundus sine instrumentum legatus*, y 3º- D.33.10.14. de Callistrato según el cual : *fundo legato, instrumentum eius, non aliter legato cedit, nisi specialiter id expressum sit*.

Pese a todo ello, creemos que el uso de la fórmula pertenencial en las cláusulas testamentarias no contradice lo afirmado en el texto de Callistrato, pues a nuestro juicio, la necesidad en él reflejada de tener que mencionar expresamente a los instrumentos para incluirlos en el legado del fundo, se confirma en la propia cláusula pertenencial, si aceptamos que con ella, generalmente se entendió, que en la mente del *de cuius* se están incluyendo en el legado del fundo, los *instrumenta fundi* y los *instrumenta patrisfamiliae*. Así, en nuestra opinión, el texto de Callistrato en ningún caso debe interpretarse como si la falta de la mención individualizada y concreta de algún objeto, implicara que éste quede, inmediatamente, excluido del contenido del legado, precisamente, por haberse omitido su mención. Por ello mantenemos, que la utilización de las cláusulas pertenenciales, -hay que reconocer-, que contaría en su favor, con dos argumentos a nuestro juicio atractivos, pero en su contra, con un tercero difícilmente rebatible:

Así, a su favor mantenemos: 1º- que en su simplicidad, sería coherente con el espíritu práctico del jurista romano, manifestado sobre todo en materia de sucesiones⁴², y 2º- que con su adopción, se resolvería cualquier tipo de problemas “*quaestio voluntatis*”, a la hora de precisar si un determinado objeto, “pudiera, debiera o tuviera” que considerarse incluido en una proposición más amplia como en las llamadas cláusulas pertenenciales o, si se prefiere, en la simple locución, “*fundus instructus*”.

39 *Studi sull'interpretazione dei legati. Verba e voluntas*, Milano, 1938; *Volontà tipica e volontà individuale nei negozi mortis causa*, Scritti per la beatificazione di Contardo Ferrini, Milano, 1947, vol.I, pp. 317 y ss.

40 *Fundus cum...*cit., p.34

41 ASTOLFI en *Studi sull'oggetto dei legati...*cit., p.63, justifica que se haya prescindido del tratamiento jurídico que corresponde a las cosas accesorias y no las separe de las partes integrantes, argumentando que con ello se confirma la prevalencia del criterio económico en la interpretación de las disposiciones testamentarias en el tema que nos ocupa. Así, si bien reconoce que fue siendo ésta, la práctica habitual en las fuentes de la última jurisprudencia clásica, ello no impide que en algunos textos, todavía se dejara sentir la necesidad, por parte de ciertos *iurisprudentes*, de mantener, -o al menos recordar-, en el legado de un fundo y respecto a su *instrumentum*, criterios prevalentemente jurídicos de interpretación, precisando y concluyendo, que el *instrumentum*, precisamente por su naturaleza de cosa accesoria, no debe entenderse tácitamente incluido en el legado del fundo.

42 Permitásenos un leve *excursus* al venírnos a la mente, aunque su acento sea contrario - no omisión de algo, y sí inclusión de ello (dos caras, pues, anverso y reverso, de la misma moneda)-, como ejemplo, la inicial institución de heredero *ex re certa* en la que se tomaba como válido su simple inicio “*Titius heres esto*”, pretiriendo la ulterior especificación del “*fundo Corneliano*”. O en fin, en terminología actual, la *heredis institutio* sometida a condición suspensiva imposible, ilícita o inmoral, que se tendrá por no puesta.

El argumento contrario es, -de haber admitido -hipotéticamente- la anterior interpretación, que carecería de razón de ser la multiplicidad de supuestos de los que nos dan noticia las fuentes jurídicas, relativos a cosas que, no habiéndose, explícitamente, referido en el legado de un fundo, se duda si estaban -*quaesitum est*-, incluidas en él. En tales supuestos, a juicio de MASCHI⁴³, se deberá proceder a una minuciosa investigación para averiguar si el objeto del que se cuestiona su inclusión en el legado, tiene el carácter genérico de *instrumentum*, por encontrarse adscrito de forma estable y permanente al conjunto de la hacienda agrícola, y poder afirmar entonces, que se configuraba, por tanto, en el pensamiento del testador, lo cual, también lleva a destacar, con LIGIOS⁴⁴, que puesto que era tan amplio el número de objetos que el *paterfamilias* había llegado a acumular durante sus estancias, más o menos prolongadas, fuera del propio enclave urbano de la *civitas*, que es lógico que la casuística romana muestre gran número de textos, en los que se pregunta, y se trata de dilucidar, cual era la verdadera voluntad del causante respecto a los objetos concretos que se debían contener en el legado de un fundo rústico, y en el que figuraba una cláusula pertenencial.

Todo ello explicaría, en nuestra opinión, que en un intento de clarificar y simplificar esta labor hermenéutica, el propio Paulo en el libro segundo de sus comentarios a Vitelio, tratara de dar algunas reglas generales de interpretación de las cláusulas pertenenciales, en las que subyace la idea de unidad del fundo, de sus instrumentos y de los instrumentos del *paterfamilias*, inspirada en criterios de permanencia y estabilidad, debiéndose rechazar que fuera incluido en el legado, todo aquello que estuviere en el fundo por simple azar⁴⁵.

Sin embargo, pese a estos intentos clarificadores, debemos reconocer junto al sentir de la doctrina⁴⁶, que entrada ya la época postclásica, no se había acabado todavía con ciertas confusiones sobre el verdadero alcance que el *de cuius* quiso dar a las cláusulas pertenenciales en el testamento.

5. A MODO DE CONCLUSIONES

Llegados aquí, creemos estar en condiciones de volver de nuevo, al texto de Labeón, D.33.7.5., con el fin de procurar dar respuesta a los dos principales problemas que nos habíamos ido planteando:

El primero de carácter general y práctico, trata de precisar en el caso de un legado constituido con la fórmula *fundum instructum*, qué es lo que podrá reclamar el legatario tras la enajenación del fundo legado, frente al comprador de dicho fundo⁴⁷.

43 *Studi sull...*cit. p.319.

44 *Interpretazione...*cit, p.44.

45 Detengámonos en dos de los más destacados ejemplos de estas normas interpretativas:

1º- D.32.78.7. *Paul. libro 2 ad Vitellium. Rebus, quae in fundo sunt, legatis accedunt, etiam ea quae tunc non sunt, si esse solent; nec, quae casu ibi fuerunt, legata existimantur*; y. 2º- D.33.7.18.12. *Paul. libro 2 ad Vitellium. Sabinus: cui fundus, quaeque ibi sint legata sunt, ei fundus et omnia, quae in eo solita sunt esse, quaeque ibi maiore parte anni morari, et hi, qui in eum manendi causa recipere se consueverunt, legati videntur, at si qua consulto in fundo congesta contractave sunt, quo legatum cumlaretur, ea non videntur legata esse.*

46 *Studi sull...*cit., p. 319.

47 Recordemos que Paulo considera que el uso de dicha fórmula, al igual que en el caso del empleo de la fórmula *fundus et instrumentum*, y a diferencia de cuando se usa la de *fundo cum instrumento*, va a permitir que, tras la enajenación del fundo, el legatario pueda reclamar para sí los instrumentos: *...ex ceteris poterit instrumentum esse legatum.*

El segundo problema de carácter más particular y teórico, comporta el razonar el porqué pese a la anterior equiparación de “*fundus et instrumentus*”, y “*fundus instructus*”, en el primer caso jamás se dudó que ésta y no otra, era la voluntad de legante, y en cambio, en el segundo, se cuestionó cual fuera aquélla para el destino de los referidos instrumentos.

Detengámonos en esto y partamos de las siguientes premisas:

1ª- Que Paulo equipara, en el supuesto de enajenación del fundo legado, las hipótesis en que éste se hubiera constituido *et instrumentus* ó *instructus*.

2ª- Que una y otra fórmula comportan la idea de separación hasta el punto de que el propio Paulo nos dice: *duo legata intelliguntur*.

3ª- Que por el contrario, *instructus*, como significante, refleja como significado, más que idea de separación, idea de conjunto o unidad.

4ª- Que, precisamente por ello, parecería más adecuado la equiparación de la fórmula *fundus instructus*, con la de *fundus cum instrumento*.

Así, a nuestro juicio, y a tenor de todo lo expuesto sobre el contenido de la locución *fundus instructus*, las palabras de Paulo cobran sentido, si se interpreta que bajo el significante *instructus*, el jurista se está refiriendo, no al instrumento del fundo, sino al instrumento del *paterfamilias*, y con este significado tendría un valor apto para su equiparación a la fórmula *fundus et instrumentus*. En otras palabras, tras la enajenación del fundo, el comprador retendrá el fundo y el instrumento, -es decir, el conjunto de objetos vinculados directamente a su explotación-, pero el legatario, podrá reclamar los instrumentos del *paterfamilias*.

Este es, a nuestro juicio, el verdadero alcance de las palabras de Paulo y ésta es la explicación a su desacuerdo con Labeón en D.33.7.5.: coincidimos con Paulo en que no es indiferente constituir el legado bajo cualquiera de las tres fórmulas, pues sólo las de *fundus et instrumentum* y *fundus instructus* van a permitir al legatario que reclame el instrumento para sí :...*ex ceteris poterit instrumentum esse legatum*....Sin embargo, una y otra fórmula no se refieren a un mismo tipo de instrumento: mientras en la fórmula *fundus instructus* el legatario va a poder reclamar para sí los instrumentos del *paterfamilias*, -porque al igual que en la fórmula *fundus cum instrumento*, resulta claro que el testador ha considerado el conjunto de la hacienda agrícola como una unidad inseparable e inescindible-, con la fórmula *fundus et instrumentum*, el legatario podrá reclamar los instrumentos del fundo tras su enajenación, porque de ella se desprende, -*a contrario*-, que la voluntad del testador es permitir que ambos se pudieran separar. Por tanto, podemos concluir, que la fórmula *fundus et instrumentum* es la única que permite al legatario reclamar para sí los *instrumenta fundi*⁴⁸.

48 A nuestro juicio, distinto sería el supuesto en que el testador hubiera detallado qué objetos dentro del instrumento del *paterfamilias* deseaba incluir en el legado, (ó en su caso, hubiera utilizado la cláusula o fórmula pertenencial, -en la que sin género de dudas se considera como un todo el fundo, los instrumentos del fundo y los del *paterfamilias*), puesto que entonces, deberíamos admitir sin género de dudas, que también estos últimos, habrían sido enajenados junto al fundo, porque el propio testador, bien detallándolos, -como se indicaba en D.33.10.14.de *Callistrato*-, o bien con el uso de la fórmula pertenencial -que sabemos que implícitamente los incorporaba al legado-, habría manifestado su clara voluntad de integrarlos en la unidad de la hacienda agrícola. En tal caso, -hipotético, por otra parte- no cabe duda de que el legatario, tras la enajenación, no podría reclamar nada para sí. Sin embargo, como sabemos, no es éste el supuesto que se plantea en D.33.7.5., donde tan sólo se nos dice, por lo que aquí nos interesa, que en la constitución del legado, se utilizó la cláusula *fundus instructus*, silenciándose cuáles del los instrumentos del *paterfamilias* se unirían al legado, y sin mención de cláusula pertenencial alguna que los considerase unidos a la hacienda agrícola como un todo inescindible.

Así, a nuestro modo de ver, parece claro que el instrumento al que se refiere Paulo y que va a poder reclamar el legatario, no pueda ser otro que el del *paterfamilias*. En otras palabras: al enajenarse el fundo, resulta lógico pensar que aun sin mención individualizada del instrumento del fundo por el testador -sabemos que desde la generalización de esta fórmula, ya no era preciso-, éste, en su condición de elemento destacado en el proceso económico productivo, le acompañe, y sin embargo, que este destino no esté tan claro en el caso del instrumento del *paterfamilias*⁴⁹.

En definitiva, a nuestro juicio, el criterio que parece haber dado respuesta a nuestras preguntas no pueden ser más que de naturaleza económica sin preterir una imprescindible base terminológica⁵⁰. Se trata sencillamente de reflejar aquella idea que parece haber estado presente en la mente del testador romano al utilizar la fórmula *fundus instructus*: la de preservar la unidad -económicamente inescindible, aunque jurídicamente separable-, del fundo y su instrumento, teniendo siempre presente que éste instrumento, presta a aquél fundo, un servicio que contribuye de manera esencial en el proceso económico productivo de la hacienda agrícola, redundando en definitiva, en beneficio del patrimonio familiar.

49 Esta reflexión, se funda también en el hecho, de que dentro de aquel amplio concepto de *fundus instructus*, el instrumento del *paterfamilias* no guardaba relación económica alguna con el fundo, por no estar puesto a su servicio, lo que nos sirve a su vez de argumento para justificar que no puede ser considerado -jurídicamente-, accesorio del mismo. Como vimos, el instrumento del *paterfamilias*, está puesto al servicio de su dueño en cuanto encaminado a hacerle su estancia más agradable, por lo que, a nuestro juicio, no nos debe extrañar, que el legatario pueda retenerlo para sí, no siguiendo la misma suerte que el fundo y su instrumento.

50 Dentro del pluralismo metodológico y aún consciente de las limitaciones que el uso de su excesivo método filológico puede comportar, compartimos la afirmación de BIONDI de una terminología romana como primera dogmática jurídica, en *Arte y Ciencia del Derecho*, trad. de A. Latorre, Barcelona, 1953, pp.84-118. Una aplicación de aspectos puntuales bajo el prisma terminológico del desarrollo de estas ideas, puede verse en R. PANERO, *Capitis deminutio y Capite deminutus*, Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes, tomo II, Burgos, 2000, pp.177-186.