

LA TABULA PICTA Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

CARMEN LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho Romano, Universidad de Oviedo

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Romano carece de una teoría general de la accesión y de la especificación. Como ha puesto de relieve PEROZZI¹, también está falto de un nombre técnico para estos modos de adquisición. Las fuentes jurídico romanas se limitan a propugnar soluciones particulares a determinadas situaciones que tenían lugar. De esta forma se explican el gran número de casos contemplados por Gayo en Instituciones 2, 73 a 79 y en D. 41.1.9. Dichos supuestos no se enumeran a efectos ejemplificativos, sino como casos reales que se cuestionaban.

Las llamadas teorías generales sobre la accesión y la especificación fueron una construcción de los intérpretes del Derecho común, cuyos planteamientos han provocado grandes discusiones doctrinales en todos los tiempos.

En la *accessio* romana se comprenden una serie de casos muy diferentes en que se produce una adquisición o aumento de la propiedad, siendo tenidos en cuenta desde el punto de vista de su resultado y no en su forma o mecánica, es decir, se trata de una serie de fenómenos que fueron regulados de forma autónoma.

BRANCA² destaca diferentes significados de la palabra *accessio* en las fuentes: a) Situación de hecho en virtud de la cual una cosa accesoria se encuentra en posición subordinada respecto de otra a la cual puede estar o no estar unida materialmente, de manera que la primera de estas cosas sigue o puede seguir la suerte de la segunda; b) también se refiere a la realización de un hecho en virtud del cual una cosa, por su fuerza interna o por una aportación externa se completa —verbigracia el edificio con las tejas—,

¹ PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 192R8 p. 699, n. 1.

² BRANCA, G., *Voz "Accessio"*, ED. Vol. 1, Milán, 1958, pp. 261 y ss.

Carmen López-Rendo Rodríguez

se enriquece —por ejemplo el fundo con los frutos— o se engrandece —verbigracia el fundo con un pedazo de tierra—; o bien *c)* se refiere al hecho en cuanto produce la consecuencia jurídica de atribuir al propietario de la cosa lo que la enriquece, la completa o engrandece.

La unificación se inicia en el Medioevo³. En alguna compilación anterior a la Glosa —el *Brachilogus*— se empezó a hablar ya de la accesión y de la especificación⁴ como un modo de adquirir la propiedad. GORLA⁵ señala las fases de la evolución doctrinal:

a) La primera fase la sitúa en la Glosa, que comienza por agrupar en un solo concepto de accesión la adquisición por el propietario de los frutos, la adquisición por conjunción de cosas y los incrementos fluviales. Quedan fuera la *confusio*, la *inmixtio* y la *specificatio*, que siguen configuradas como modos de adquirir la propiedad independientes de la accesión.

b) Una segunda fase de la elaboración de la teoría se encuentra en los humanistas —Connano, Donellus, Vinnius, Voet—, quienes amplían la institución de la *accessio* e incluyen la *specificatio* y la *confusio*. Así VULTEIO⁶ hace una cuatripartición de los modos de adquirir la propiedad —ocupación, tradición, accesión y especificación— que puede reducirse, a su juicio, a una dicotomía: 1) *adprehensio*: ocupación y *traditio*, y 2) *accessio*: especificación y accesión en sentido estricto.

VINNIVS⁷ se refiere a la distinción entre accesión concreta y discreta. La doctrina de esta época encuentra una *ratio naturalis* lógica, en virtud de la cual todos estos supuestos son expresión de un principio único: *accessorium sequitur principale*. Este autor explica la adquisición como una consecuencia natural del derecho de propiedad.

POTHIER⁸ sigue las huellas de la escuela de derecho natural, las instituciones de Vinnius y los comentarios de Voet y afirma que la accesión es un modo de adquirir el dominio que es de derecho natural.

El tema de la pintura ha sido tratado en las fuentes junto a los otros casos de accesión y de especificación de forma autónoma. La carencia de una teoría general sobre la especificación y la accesión y de unos conceptos abstractos ha llevado a una abundante controversia doctrinal respecto a este modo de adquirir el dominio.

³ GORLA: «L'accessione nel diritto civile italiano», *Riv. Ital. per le Scienz. giur.*, 1931, pp. 87 y ss. BRANCA, G. V., *Accessio*, *op. cit.*, p. 265.

⁴ BONFANTE, P.: *Corso di diritto romano. La proprietà*, Vol II, Parte II, Milano, 1968, p. 156.

⁵ GORLA: «L'accessione nel diritto civile italiano», *op. cit.*, pp. 87 y ss.

⁶ Citado por GORLA, *Ibidem*, pp. 87 y ss.

⁷ VINNIUS, A., *In quatuor libros institutionum imperialium. Comentarius academicus et forensis*, T. I, Valencia, 1886.

⁸ POTHIER, J., *Les traités du droit français*, T. V, Bruxelles, 1831, p. 243. En *Le Pandette di Giustiniano* (Vol. V, Venezia, 1875, p. 428) sostiene: «L'accessione e un modo di acquistare il dominio per Gius delle Genti, in virtù della cosa nostra.»

Las teorías doctrinales elaboradas al respecto pueden agruparse en tres grandes grupos:

a) Los partidarios de la configuración de la *pictura* como un supuesto de especificación⁹.

BONFANTE¹⁰ afirma que, en el pensamiento de los proculeyanos, la pintura debía representar la creación de una nueva *species* mediante la tabla y los colores. SANFILIPPO¹¹ nota cómo los proculeyanos, al considerar la tabla como cosa accesoria, contravienen la regla de la accesión, en base a la cual, la tabla debe prevalecer sobre los colores; en realidad, los proculeyanos hacen ceder la tabla, no a los colores, sino a la *pictura*, derivando así la cuestión sobre el terreno de la especificación.

b) Los defensores de la inclusión de la *pictura* en el esquema de la accesión¹², entre los que se encuentra LONGO¹³, quien considera que las fuentes jurídicas no revelan la

⁹ Vid. CRESCENCIO, N. S., V. «Accessione» (*pictura*) en *Enc. Giur. Ital.*, I.1, 1884, n. 219. ARNO, C.: «Sculptura e pictura», *Annuario del 'Ist. di storia del dir. Rom.*, 17-18, 1927, pp. 33 y ss. PEROZZI, S.: *Istituzioni di diritto romano*, 2, Roma, 1928, p. 700, n. 2 reduciría *scriptura* y *pictura* a especificación, ya que con la tabla y los colores se haría el cuadro. En el mismo sentido BONFANTE, P.: *Istituzioni di diritto romano*, p. 252, n. 4. BONFANTE, P.: *Corso di diritto romano*, Vol II, *La proprietà*, Parte II, Milano, 1968, pp. 113 y ss. Sobre la especificación, vid. CALONGE MATELLANES, A., «Breve exégesis en materia de especificación», *Studi Grosso*, Vol. II, Torino, 1968, pp. 195 y ss., remitiéndome a la bibliografía citada en la nota 1 de este trabajo.

¹⁰ BONFANTE, P.: *Corso di diritto Romano*, op. cit., p. 112.

¹¹ SANFILIPPO, C., V. «Accessione (diritto romano)», *NNDI*, I.1, 1964, p. 132.

¹² RUDOLPH, C., *De accessione picturae*, Erlangen, 1756. MANCALIONI, F.: «Contributo alla storia ed alla teoria della rei vindicatio utilis», *SSA*, I, 1901, p. 36, n. 1. VON MAYR, R., «Vindicatio utilis», *SZ*, 26, 1905, p. 102. ARC, G., *Teoria della Proprietà (Parte Speciale)*, Napoli, 1908, p. 74 y ss. BORTOLUCCI, G., «Nota a Gaio, Inst. II.78», *BIDR*, 33-34, 1923-1925, p. 151; «Tabula picta», *Scritti Arnò*, Modena, 1928, p. 18. ARCHI, G. G., *L'Epitome Gai. Studio sul tardo diritto romano in Occidente*, Milano, 1937, pp. 243 y ss. JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, Trad. de la 2.ª ed. alemana por Leonardo Prieto Castro, Barcelona, 1937, p. 189. NARDI, E., «Un'osservazione in tema di *tabula picta*», *AG*, 121, 1939, p. 130, n. 6. GUARNERI CITATI, A., «La cosiddetta accessione separabile e i suoi effetti», *AUPA*, 14, 1943, pp. 361, 367 y ss. LONGO, C., *Corso di diritto romano. Le cose-La proprietà e i suoi modi d'acquisto*, Milano, 1946, p. 11, quien afirma que no conociendo los romanos la propiedad artística, la *pictura* es considerada bajo el aspecto de los elementos materiales que concurren en la formación del cuadro. Esto es, concebido como el resultado de la conjunción, no especificación —como aventura Bonfante— de dos cosas: a) la tabla —que no es concebida ni como materia prima ni como especie— y b) la imagen o *pictura*. MAGDALENA, P., «*Tabula picta*: ritorno a Jhering», *LABEO*, 13, 1967, p. 71. ARIAS RAMOS, J., y ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano I. Parte general. Derechos reales*, 15 ed., Madrid, 1979, pp. 236-237. LUCREZI, F., *La «Tabula picta» tra creatore e fruitore*, Napoli, 1984, pp. 41 y ss. BETANCOURT, F., *Derecho Romano clásico*, Sevilla, 1995, pp. 310-311. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e instituciones*, 11 ed., Barcelona, 1998, pp. 244 y ss. GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Derecho Privado Romano*, Valencia, 1999, p. 199. LOZANO CORBI, E., *Historia e Instituciones de Derecho romano*, Zaragoza, 1999, pp. 389-390.

¹³ LONGO, C., *Corso di diritto romano. Le cose-La proprietà e i suoi modi d'acquisto*, Milano, 1946, p. 114.

Carmen López-Rendo Rodríguez

idea de una transformación de materia prima, sino que más bien se trata de una unión o conjunción de la tabla y la imagen o *pictura*. Para este romanista, las diferencias que existen entre los juristas romanos derivan de la discusión surgida para determinar cuál es la cosa principal: la tabla o la imagen.

c) Los que sitúan a la *pictura* como un instituto de transición entre la accesión y la especificación¹⁴.

Comparto la opinión de LUCREZI¹⁵, quien afirma que la disputa en torno a la *tabula picta*, además de ser un problema de Derecho Romano, es también contemporáneamente un problema de historia social del arte y de conflicto de intereses entre «produttore e consumatore d'arte».

Este romanista, analizando la evolución jurídica en paralelismo con la realidad social, económica e histórica, destaca que en el siglo II d.C. todavía estaba en vigor el prejuicio aristocrático que conducía a apreciar el arte despreciando su creador. Quizás en la época de los Antoninos se había registrado una primera perturbación de la relación entre *artista e committente* y una primera discusión sobre la superioridad de este último. En la época de Gayo —continúa este autor— estaba en pleno vigor la producción esclavística y los pintores eran en su mayor parte de condición servil. Principal motor de la realización de *tabula picta* era el *servus pictor*, aquel símbolo negativo al que Gayo se refiere en D 6.1.28 que pesaba sobre la condición de los artistas de estado libre, impidiendo que las relaciones conflictivas entre *creatore e fruitore* de arte se resolvieran a favor del artífice. En la época de Constantino, los pintores empiezan a conseguir una serie de privilegios, concedidos por el poder imperial. No es posible que ya en el siglo II, se le atribuyera el mejor privilegio de todos, o sea, el reconocimiento de su derecho de autor sobre la pintura —*tabula picta*—. En el siglo precedente a la codificación justiniana, aparece una nueva concepción del arte y del artista que va a sustituir a una vieja cultura estética y a una vieja ideología de la creación y explotación artística.

Ante la ausencia de esta teoría general referente a la naturaleza jurídica de la *pictura* como modo de adquirir la propiedad y del problema de la *tabula picta*, prefiero analizar cada caso concreto que nos ofrece las fuentes para deducir en cada época y para cada jurista el significado que tiene el problema de la *tabula picta* como modo de adquisición del dominio, omitiendo el estudio y análisis de la situación jurídica que configura las re-

¹⁴ KASER, M., «Tabula picta», *TR*, 36, 1968, p. 35, afirma que Gayo no considera la *pictura* como un ejemplo de especificación, al colocarla entre los otros casos de *accessio* y da a entender que con 2. 79 ha iniciado un nuevo *Gedankengang*. Se trataría para este romanista de un *Misch-oder Übergangsfall zur Spezifikation*. VISKY, K.: «Sulla qualifica della pittura e della scultura nelle fonti del diritto romano», *Studi Grossa*, IV, 1971, pp. 340 y ss. Ha evidenciado que la admisión de la preeminencia de la *pictura* sobre la *tabula* representa la aceptación del criterio del mayor valor, como fundamento de la regulación de la cuestión de la propiedad, en contra de la opinión sabiniana anclada en la idea de la accesión. Este criterio implica una cualificación lógica de la pintura como nueva especie distinta de la tabla.

¹⁵ LUCREZI, F., *La Tabula Picta*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

laciones entre el dueño de la tabla y el pintor, así como las relaciones entre arte y derecho y el tránsito del pintor *servus* al pintor libre, al exceder del propósito de este trabajo ¹⁶.

2. EXÉGESIS DE LAS FUENTES JURÍDICAS DEL DERECHO ROMANO

Los textos jurídicos que facilitan testimonios en torno al tema de la propiedad sobre la *tabula picta* ¹⁷ y los efectos que produce la *pictura* como modo de adquirir la propiedad son los que se hallan en *Gai. 2.78; D. 41.1.9.2 Gai 2 rer Cott.; D. 6.1.23.3 Paul*,

¹⁶ Vid. LUCREZI, F., *La Tabula Picta*, *op. cit.*; y del mismo autor «Pictura alios nobilem», *INDEX*, 13, 1985, pp. 561 y ss.

¹⁷ La controvertida discusión sobre *Tabula picta* y el análisis de los textos jurídicos romanos ha sido realizada por los más ilustres nombres de la ciencia romanística. Entre la principal bibliografía, *vid.*: RUDOLPH, C., *De accessione picturae*, Erlangen, 1756; JHERING, R., «Übertragung der Reivindicatio auf Nichteigenthümer (Cession derselben, reiv. Utilis. Connossement)», en *Id. Gessammelte Ausätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Jena, 1881; DE CRESCENCIO, N. S. V., «Accessione (pictura)», en *Enc. Giur. Ital.*, 1.1., 1884, núm. 219; APPLETON, C., *Histoire de la propriété préto-rienne et de l'action Publicienne*, París, 1889, 2, pp. 86 y ss.; ERMAN, «Beiträge zur Publiciana I», *SZ*, 11, 1890, p. 217; SQUITTI, B., *La proprietà nel mondo romano*, Milano, 1894, pp. 152 y ss.; MANCALEONI, F., «Contributo alla storia ed alla teoria della reivindicatio utilis», *SSA*, 1, 1901; VON MAYR, R., «Vindicatio utilis», *SZ*, 26, 1905, pp. 100 y ss.; ARC, G., *Teoria della Proprietà (Parte Speciale)*, Napoli, 1908, pp. 74 y ss.; BORIOLUCCI, G., «Nota a Gaio, Inst. II. 78», *BIDR*, 33-34, 1923-1925, pp. 151 y ss.; BESELER, G., «Miscellen», *SZ*, 45, 1924, pp. 436 y 477; ARNÒ, C., «Sculptura e pictura», *Annuario dell' Ist. Di storia del dir. Rom.*, 17-18, 1927, p. 33 y ss.; BORIOLUZZI, G., «Tabula Picta», *Scritti Arnò*, Modena, 1928, pp. 14 y ss.; PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano*, 2, Roma, 1928; BESELER, G., «Romanistischen Studien», *SZ*, 50, 1930, p. 19; ARANGIO-RUIZ, V., «Societas re contracta ecommunitio incidens», *Studi Riccobono*, 4, Palermo, 1936, p. 394; ARTH, G. G., *L'Építome Gai. Studio sul tardo diritto romano in Occidente*, Milano, 1937, reimpr. Napoli, 1991, p. 235 y ss.; BIONDI, B., *La categoria romana delle «servitutes»*, Milano, 1938, p. 490; NARDI, E., «Un'osservazione in tema di tabula picta», *AG*, 121, 1939, p. 129 y ss.; GUARNERIO CECATI, A., «La cosiddetta accessione separabile e i suoi effetti», *AUPA*, 14, 1943, pp. 361, 367 y ss.; BRASIELLO, U., «Arti figurative e fonti di cognizione del diritto», *SDHI*, 10, 1944, pp. 206 y ss.; GROSSO, G., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Torino, 1944, pp. 278 y ss.; LONGO, C., *Corso di diritto romano. Le cose-La proprietà e i suoi modi d'acquisto*, Milano, 1946, pp. 114 y ss.; FERRINI, C., *Manuale di pandette*, Milano, 1953, p. 294 y ss.; MADDALENA, P., «Tabula picta: ritorno a Jhering», *LABEO*, 13, 1967, pp. 68 y ss.; ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1968, 14 ed., p. 192; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, Vol. II. *La Proprietà*, Parte II, Milano, 1968, pp. 111 y ss.; DI MARZO, S., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1968, pp. 227 y ss.; KASER, M., «Tabula picta», *TR*, 36, 1968, p. 31 y ss.; WATSON, A., *The law of property in the later roman republic*, Oxford, 1968; VISKY, K., «Sulla qualifica della pittura e della scultura nelle fonti del diritto romano», *Studi Grosso*, IV, 1971, pp. 333 y ss.; SOLAZZI, S., «Glosse a Gaio 2», *Scritti di diritto romano*, Napoli, 1972, pp. 346 y ss.; LUCREZI, F., *La «Tabula Picta» tra creatore e fruitore*, Napoli, 1984; WATKIN, T. G., «Tabula Picta: Images and icons», *SDIII*, 1984, pp. 383 y ss.; LUCREZI, F., «Pictura alios nobilem», *INDEX*, 13, 1985, pp. 561 y ss.; COPPOLA, G., «In tema di tabula picta», *Recensioni INDEX*, 16, 1988, pp. 401 y ss.; LUCREZI, F., *La Tabula Picta*, *op. cit.*, p. 50, afirma que la escuela pro-culeyana tiende a sopesar las consecuencias jurídicas del nacimiento de una nueva especie.

Carmen López-Rendo Rodríguez:

lib. XXI ad Ed.; Epit. Gai 2.1.4. I. 2.1.34; Theop. Inst. 2.1.34. Bas. 15.1.23; Bas. 50.1.8.2.

2.1. Período clásico

A) Exégesis de las Instituciones de Gayo 2.78

Comenzaré por examinar el primero de los textos jurídicos que nos transmite las Instituciones de Gayo, el cual es del siguiente tenor:

Gai. 2.78¹⁸:

«Sed si in tabula mea aliquis pinxerit ueluti¹⁹ imaginem, contra probatur: magis enim dicitur tabulam picturae cedere. cuius diuersitatis uix idonea ratio redditur; certe secundum hanc regulam²⁰ si me possidente petas imaginem tuam esse nec soluas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoueri; at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio aduersum²¹ te dari debeat²²; quo casu nisi soluam impensam picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere, utique at bonae fidei possessor fueris. illud palam est, quod siue tu subripueris²³ tabulam sine alius, competit mihi furti actio.»

Este jurista comienza el fragmento con el siguiente supuesto de hecho: si otro pinta una imagen en una tabla mía («si in tabula mea aliquis pinxerit ueluti imaginem»).

¹⁸ La doctrina se ha pronunciado sobre el tenor desconcertante del texto: PEROZZI, S., *Istituzioni*, *op. cit.*, p. 706, n. 1; NARDI, E., «Un'osservazione in tema di tabula picta», *op. cit.*, p. 129; KASER, M., «Tabula Picta», *op. cit.*, p. 41, alude en relación a este texto como un «groteskes Bild»; ARANGIO RUZZI, V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1968, p. 192, sostiene que dicho texto facilita un incomprensible «guazzabuglio»; SOLAZZI, S., «Glosse a Gajo», *op. cit.*, p. 348, pone de manifiesto que este texto da lugar a una «questione insolubile».

¹⁹ NARDI, E., «Un'osservazione in tema di tabula picta», *op. cit.*, p. 129, n. 4. Resalta que BIZOUKIDES, en su reciente edición de Gayo (Tessalonica, 1937) lee *velut*, en vez de *ueluti*. Nardi también reseña, en la nota 5 de la misma página, que la expresión «ueluti imagen» ha sido suprimida por POLLENAAR (Cfr. BIZOUKIDES, n. 163 al texto).

²⁰ SOLAZZI, S., «Glosse a Gajo», *op. cit.*, p. 351, destaca que *hanc regulam* hace pensar por antítesis en otra regla: *illam regulam*. ¿Cuál sería la regla opuesta? ¿Quizá la de los sabinianos representada en la edad de los Severos por Paulo (D. 6.1.23.3)? Este autor considera que *hanc regulam* puede ser el hilo conductor para la restitución del Gayo genuino. Su término antitético parece ser la regla aplicada en el 2.77 en la *scriptura* y en los otros párrafos precedentes en los otros casos de accesión. Con el 2.78 termina el discurso sobre los varios casos de accesión. Vid. ARNÓ, C., «Sculptura e pictura», *op. cit.*, pp. 33 y ss., quien defiende la tesis de que Gayo siempre habría sido fiel a la doctrina sabiniana.

²¹ NARDI, E., «Un'osservazione in tema di tabula picta», *op. cit.*, p. 130, n. 1. Mantiene que el término *aduersum* es la redacción que tiene el código veronés. Por el contrario, BIZOUKIDES utiliza *aduersus* como en I. 2.1.34.

²² NARDI, E., *Ibidem*, p. 130, n. 2. Dicha palabra difiere del veronés, en el que se lee *debet*.

²³ E. NARDI (*Ibidem*, p. 130, n. 3) considera que se trata de una corrección de POLLENAAR. Por el contrario, el veronés utilizaba *subripuisse*.

Es decir, se trata de buscar una solución para determinar a quien corresponde la propiedad de la —*tabula picta*—, esto es, del cuadro o de la obra una vez realizada la pintura, en el caso en que una persona, al que se refiere con la expresión «aliquis pinxerit», pinte una imagen²⁴ en una tabla (*tabula*²⁵) propiedad de otro.

El texto se sitúa detrás de lo manifestado para la *inaedificatio* (Gai. 2.73), la *implantatio* (Gai. 2.74), la *satio* (Gai. 2.75) y para la *scriptura* (Gai. 2.77). En este último, afirma que las letras ceden al papel o pergamino («litterae cartalis siue membranis cedant»).

Si se siguiera el criterio general utilizado en los párrafos precedentes, habría que concluir que la *tabula picta* correspondería al *dominus tabulae*, lo mismo que la escritura cede a la carta o al pergamino.

Gayo, a continuación y en contra de los principios antes mencionados —*contra probatur*²⁶—, afirma que en el caso de la *pictura* se dice prevalecer el criterio opuesto —*dicitur tabulam picturae*²⁷ *cedere*. Es decir, Gayo acepta la tesis jurisprudencial *pro pictore* que posteriormente será preferida por Justiniano, tal como se observa en I. 2.1.34²⁸. Según ella, el propietario de la *tabula picta* es el pintor. Este principio se excluye en el supuesto de las pinturas murales, ya que los inmuebles son considerados siempre la cosa principal²⁹.

²⁴ El término *imago* tiene diferentes significados en las fuentes jurídico-romanas. En el *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* (Tomo III/I, p. 389) se recogen los siguientes: I. = *effigies, pictura, simulacrum, statua*. II. = *Forma*. III. *Exemplum, imitatio, similitudo, species*. IV. = *Color*. En Gai. 2.78 se utiliza con el significado de *effigies, pictura, simulacrum, statua* en acusativo singular, tanto con el verbo *pingere* («aliquis pinxerit ueluti imaginem») como cuando se vuelve a referir a ella en «si me possidente petas imaginem tuam esse». KUIP, F., *Gai Institutionum. Commentarius secundus*, Jena, 1912, p. 28, n. 1, *innagem* en vez de *imaginem*. Respecto a *images* y *tabula picta*, vid. WATKIN, T. G., «*Tabula Picta: Images and icons*», *SDHI*, 1984, pp. 383 y ss.

²⁵ *Tabula* es utilizada en singular, a diferencia de D. 41.1.9.2 *Gai. lib. II. Rer. Cott. Sive aureorum*. En el que habla de *tabulas*.

²⁶ G. BORTOLUCCI («Note a Gaio, Inst. II.78», *op. cit.*, p. 154, n. 2) afirma: «Il contra probatur. Se con questa espressione Gaio vuol significare che la regola era accolta della maggioranza, bisogna restringere al suo tempo questo stato di cose. Paolo infatti riferisce a “quidam” l’opinione probata di Gaio. Cfr. D. 6.1.23.3.» MADDALENA, P., «*Tabula picta: ritorno a Jhering*», *LABEO*, 13, 1967, p. 71, n. 28., destaca que la expresión «*contra probatur, magis enim dicitur tabulam picturae cedere*», significa, en la semántica gayana, «no “superamento del contrasto” come a torto è stato ritenuto, ma il più largo seguito ottenuto da una tesi sulla’altra. Infatti la vittoria di un principio, come è stato ampiamente dimostrato». El autor cita a SOLAZZI, S., «*Studi sull’actio de peculio*», en *Scritti*, I, 1955, p. 168, n. 20; CASAVOLA, F., *Lex Cincia: Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960, p. 39: «[...] è espressa da *placuit*, mentre *probatum*, quando non ha il significato di *provare in giudizio* (Cfr. *Gai.* 1,29,32,41,67,68,69,71,73,74, 2, 142, 143; 3, 5,4,74,93,167,168) indica soltanto l’approvazione da parte di un giureconsulto o di una corrente giurisprudenziale per una tesi discussa (Cfr. *Gai.* 2.77, 18, 92; 3, 140,184,198).»

²⁷ Cfr. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, *op. cit.*, pp. 785-786, *picturae cedere (tabula)*.

²⁸ Vid. *infra*, pp. 63 y ss.

²⁹ BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, *op. cit.*, p. 112, en el que cita como apoyo un texto de Celso D. 6.1.38 y otro de Gayo recogido en D. 5.3.38.1. En el mismo sentido ORTOGAN, M., *Explicación histórica*

Carmen López-Rendo Rodríguez

La afirmación con la que Gayo parece abandonar la tesis de sus maestros —la escuela de los sabinianos— para adherirse a la tesis que defendía la escuela contraria —los proculeyanos—, así como la frase «*cuius diversitatis vix idonea ratio redditur*»³⁰, y los términos contradictorios que se observan siglos más tarde en el Epítome de Gayo 2.1.4 ha provocado en la doctrina romanística una abundante literatura sobre la autenticidad del texto y las posibles alteraciones que pueden deducirse³¹.

BESLER³² pone de relieve que pertenecen a un glosador, tanto «*et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest*» que se indica en *Gai.* 3.98, como «*cuius diversitatis vix idonea ratio redditur*» de *Gai.* 2.78. Igualmente propone suprimir la expresión «*secundum hanc regulam*».

PEROZZI³³ avanzó expresamente la duda de una glosa en Gayo desde «*certe*» a «*fueris*». El texto debería finalizar con la palabra «*cuius... redditur*», del mismo modo que acaba Gayo 3.98.

SOLAZZI³⁴ se adhiere a la opinión de Beseler, porque *diversitas* es espúrea, no sólo en el ámbito del *Vocabularium Iurispr. Rom.*, como ha puesto de relieve este autor, sino que también es el único texto de la época clásica en el que se encuentra esta palabra. Del mismo modo considera que es incorrecta la locución *petas imaginem tuam esse*³⁵. Si Gayo hubiera reproducido la palabra de la fórmula, habría utilizado *dicas* o *intendas*, en vez de *petas*. El recurso a la fórmula es tenaz como en 2.82, 51, 116 b. Igualmente considera el autor que el *adversus* se encuentra en veintinueve lugares de las Instituciones,

de las instituciones del emperador Justiniano, 4.ª ed., trad., por los Magistrados Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Tomo I, Madrid, 1877, p. 342. FERRINI, C., *Manuale di pandette*, Milano, 1953, p. 295.

³⁰ Esta frase se encuentra ausente en D. 41.1.9.2; IJ 2.1.34 y en la Paráfrasis griega de Teófilo en 2.1.3.4. Cfr. *infra* pp. 33, 63 y 81.

³¹ Vid. LUCREZI, F., *La Tabula picta*, *op. cit.*, pp. 250 y ss.

En contra de cualquier duda sobre la autenticidad del texto: KASER, M., «*Tabula Picta*», *op. cit.*, pp. 50 y ss., para quien Gayo, en tal texto, simplemente expondría la tesis dominante, no ocultando su personal desaprobación a la misma.

³² BESLER, SZ, 45, 1925, p. 477. En «*Romanistische Studien*», SZ, 50, 1930, p. 19, considera espúreo el uso de *vix* en Gayo 2. 78, por lo menos la proposición *cuius... redditur*. En contra, vid. MADDALENA, P., «*Tabula picta: ritorno a Jhering*», *LABEO*, 13, 1967, pp. 71 y ss.; SCAPINI, N., «*I riferimenti alla "ratio" nelle Istituzioni di Gaio*», en *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, *Atti del convegno torinese (4-5 maggio 1978) in onore di S. Romano*, Milano, 1981, p. 346, n. 63, defienden la genuinidad de dicha frase. LUCREZI, F., *La Tabula picta*, *op. cit.*, p. 258.

³³ S. PEROZZI (*Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, p. 706, n. 1) considera que: «*La glossa e cattiva, specialmente nei riguardi della procedura. Di qui le questioni insolubili.*» La opinión de Perozzi es combatida por BORTOLUCCI, G., «*Tabula Picta*», *Scritti Arno*, Modena, 1928, pp. 5 y ss.

³⁴ SOLAZZI, S., «*Glosse a Gaio 2*», *Scritti di diritto romano*, Napoli, 1972, p. 349. En la nota 246 destaca el autor que de diez constituciones del Código justiniano que utilizan la palabra *diversitas*, unas pertenecen a los siglos IV-VI y otra (10.II.4) al año 284.

³⁵ SOLAZZI, S., *AG*, 104, 1931, p. 15, n. 2.

pero *adversum* únicamente se utiliza en 2.78 y 4.23. Más en el segundo pasaje el *adversum* del texto veronés ha sido convertido por los editores en *adversus eum* y parece realmente que el pronombre no sea necesario. Es más que probable, concluye, que en 2.78 el *adversum* no sea gayano.

KNIEP³⁶ reputa un añadido postgayano la proposición final *illud palam...* al considerar que *palam est* es construido con *quod*, mientras en todos los otros lugares de las Instituciones (2.122; 3.18, 105; 4.55, 181) rige el infinitivo. *Subripueris* es una corrección de Polenaar³⁷, ya que el texto veronés escribe *subripuisse*. Este verbo es el que utiliza este autor en el texto latino. La mención de la *actio furti* también cree que ha sido añadida por un postgayano, lo mismo que en Gayo 2.79.

LUCREZI³⁸ facilita una nueva lectura del texto sin la expresión *magis*: «Sed si in tabula mea aliquis pinxerit veluti imaginem, contra probatur; dicitur enim tabulam picturae cedere. Cuius diuersitatis vix idonea ratio redditur: certe secundum hanc regulam si me possidente petas imaginem tuam esse nec solvas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoveri [...]».

Para el autor esta parte del discurso es clara y lógica y consiste en la simple exposición de una tesis no dividida: una tesis que un glosador, probablemente en el mismo período de la redacción del veronés, ha hecho aparecer en las Instituciones de Gayo, añadiendo el *magis*. Gayo —continúa este romanista— no acepta *haec regula*. Por el contrario, *hanc regulam* hace pensar antitéticamente en otra regla *illam regulam*. Considera que ha sido un amanuense, quien ha efectuado aquella tentativa de conciliación entre dos principios opuestos de los que es referencia el testimonio a la *actio utilis* y quien ha generado el barullo del que da testimonio ARANGIO RUIZ. Este amanuense ha introducido interpolaciones en época postclásica, en la que existe confusión, al estar en tránsito el principio *tabulam picturae cedere* e intentar compaginar la afirmación social del *pictor* con la memoria de siglos en la que había predominado el principio contrario: *pictura tabulae cedit* y en el que no existe el reconocimiento del derecho de propiedad intelectual.

Se compartan o no las opiniones doctrinales de estos romanistas referentes a las partes que se consideran glosadas del texto en examen, lo que parece indudable es que Gayo afirma que la *tabula picta* se hace propiedad del *pictor*, en virtud del principio *tabulam picturae cedit*, que es genuino. El problema que expone Gayo en el texto en examen considero que ha de reconducirse a determinar lo que este jurista observa como principal y como accesorio, es decir, la aplicación de esta regla desde el punto de vista de la adquisición, quedando la valoración del trabajo del pintor fuera del razonamiento que ofrece este jurista romano.

³⁶ KNIEP, F., *Gai institutionum. commentarius secundus*, I, p. 28, n. 6 y 7.

³⁷ Cfr. KNIEP, F., *ibidem*, p. 28, n. 7.

³⁸ LUCREZI, F., *La «tabula picta»*, *op. cit.*, pp. 259 y ss.

Carmen López-Rendo Rodríguez

A continuación, el jurisconsulto, para explicar el funcionamiento de este principio y sus consecuencias, señala dos supuestos que, a fin de efectuar la exégesis del texto, expongo a continuación divididos:

1. *Dominus tabulae* poseedor de la imagen propiedad del *pictor*. Cuando el pintor reclama al *dominus tabulae* poseedor una imagen —*imago*— propiedad del primero.

2. *Dominus tabulae* no poseedor de la *tabula picta*. Es decir, la *tabula picta* en este caso, es poseída por el pintor.

1. Al primero de los supuestos se refiere el pasaje desde «si me possidente petas imaginem tuam» hasta «summoueri». Refleja un caso particular en el que se entabla una reclamación judicial entre el pintor que reclama —*petas*— una imagen suya —*imaginem tuam*— al *dominus tabulae* poseedor de la misma, que se indica con un *me possidente*.

Si se aplica la regla que antes mencionó Gayo, en virtud de la cual *tabula picturae cedit*, el pintor se convierte en propietario de la *tabula picta* y como tal puede reclamar la misma de quien la tuviera en su poder. En este caso el poseedor es el *dominus tabulae* —ex-propietario de la tabla, quien será demandado por el pintor³⁹.

El texto de las Instituciones de Gayo omite de forma expresa la acción que se confiere al *pictor* —*non possessore*— para reclamar la *tabula picta* frente al *dominus tabulae* poseedor, aludiendo exclusivamente a —*petas*⁴⁰—, a diferencia de D. 41.1.9.2. *Gai. lib. II. Rer. Cott. sive aureorum*, en el que se menciona la *rectam vindicationem*, es decir, la acción reivindicatoria directa, siendo, en mi opinión, esta acción la que Gayo confiere al *pictor* frente al *dominus tabulae*, dado que al ser el único propietario de la *tabula picta* es la persona legitimada al ejercicio de la acción reivindicatoria.

Gayo exige como requisito para que prospere la reclamación del *pictor* propietario no poseedor frente al *dominus tabulae* poseedor, que el primero deba pagar al segundo el *pretium tabulae*⁴¹ confiriendo al *dominus tabulae* la *exceptio doli mali* para rechazar la reclamación del *pictor* si éste no pagaba el precio de la tabla —*poteris per exceptionem doli mali summoeri*.

Del juego de ambos mecanismos procesales se puede deducir que si el pintor paga el precio de la *tabula* se sigue quedando con la *tabula picta*; sin embargo, si no paga al *dominus tabulae* el *pretium tabulae*, podría llegar a perder la propiedad de la *tabula picta* que, según BORTOLUCCI⁴², pasaría al propietario de la tabla.

2. Examinaré ahora la segunda parte del fragmento, desde «at si tu possideas» hasta «furti actio». En ella el jurista refleja el supuesto contrario, en el que es el *pictor* quien

³⁹ Cfr. BORTOLUCCI, G., «Nota a Gaio Inst. II. 78», *op. cit.*, p. 154, quien menciona de forma expresa la acción reivindicatoria del pintor frente al *dominus tabulae*.

⁴⁰ Sobre *petere* = *agere*, BUSSELER, *SD*, III, 1937, p. 18, citado por SCHULZ, F., *Derecho Romano clásico*, *op. cit.*, p. 25, n. 41.

⁴¹ LUCREZI, F., *La tabula picta*, *op. cit.*, p. 89, n. 31, en donde se indica que el *pretium tabulae* se refiere al valor de la *nuda tabula*, no de la *tabula picta*.

⁴² BORTOLUCCI, G., «Nota a Gaio Inst. II. 78», *op. cit.*, p. 155.

posce la *tabula picta* y el *dominus tabulae* es un *non possessore*. La estricta aplicación de la regla *tabula picturae cedit* debería comportar sin más el rechazo de cualquier pretensión por parte del *dominus tabulae*, ex-propietario de la *nuda tabula*.

Pero ello parece no ser así, en tanto en cuanto Gayo confiere al *dominus tabulae* una *actio utilis* —*ut utilis mihi actio*⁴³— contra el pintor poseedor de la *tabula picta*.

Al igual que en la primera parte del fragmento, para que pueda prosperar esta *actio utilis* exige como requisito que el *dominus tabulae* pague al *pictor* —*impensam picturae*—⁴⁴, ya que si omite tal obligación, este último puede rechazar el ejercicio de la *actio* útil mediante una *exceptio doli mali*⁴⁵, siempre que sea poseedor de buena fe —*utique si bonae fidei possessor fueris*.

Para remarcar la exigencia de la buena fe, Gayo acude a la figura del *furtum* proporcionando al *dominus tabulae* la *actio furti*⁴⁶. Esta concesión de la *actio furti* se efectúa

⁴³ Sobre las acciones útiles, entre otros, *vid.* ALIBRANDI, «Delle azioni dirette e utili», *Opere* I, pp. 149 y ss. F. SCHULZ (*Derecho Romano clásico*, Barcelona, 1960, trad. de José Santa Cruz Teigeiro, p. 30 y ss.) destaca: «La *actio utilis* es la surgida a imitación de otra acción prometida en el edicto. La palabra *utilis* significa acomodada, esto es adaptada a un caso para el que no fuera prevista la acción originaria. *Vid.* CICERÓN, *De lege Agraria* s. 6.14. [...] La *actio utilis* es siempre una *actio honoraria* y tiene su expresión en una fórmula *in factum conceptae* Gayo, 4.34. [...] En nuestras fuentes *actio utilis* ha sido a menudo sustituida por *actio in factum* en los autores post-clásicos.» VALIÑO, E., *Actiones utiles*, Pamplona, 1974. SOTTY, R., *Recherche sur les «utiles actions»*, *La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1978. Sobre la sustancial diversidad entre la acción civil y la *actio utilis*, *vid.* GROSSO, G., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Torino, 1944, pp. 278 y ss. MADDALENA, P., «Tabula picta: ritorno a Jhering», *op. cit.*, pp. 72-73. En donde se pone de relieve que la acción civil tiene en la exposición gayana una *litis aestimatio* diferente a la de la acción útil. Si el que ejercita la acción reivindicatoria es el pintor, objeto del *petitum* es la *tabula picta*, considerada en su valor de obra de arte, y objeto de la eventual excepción es el *pretium tabulae*; mientras que si es el *dominus tabulae*, quien ejercita la *actio utilis*, objeto de la misma es la tabla y la excepción tiene por objeto el gasto de los colores. En el primer caso, continúa este romanista, en el que únicamente se tiene en consideración el valor de la obra pictórica, el valor de la *litis* es el valor de la *tabula picta* más el valor de la tabla, mientras que en el segundo el valor de la *litis* resulta del valor de la tabla aumentado por el coste de los colores. Resulta evidente para MADDALENA la diferencia sustancial entre ambas, ya que la acción civil mira a la *tabula picta*, mientras que la acción útil tiene por objeto la tabla o como mejor se verá el valor de la tabla.

⁴⁴ F. MANCALEONI («Contributo alla storia de alla teoría della *rei vindicatio utilis*», *SSA*, 1, 1901, p. 39, n. 2) ha observado que la expresión *impensa picturae* se traduce como gastos generados por la pintura y no valor de la obra; en este caso Gayo habría utilizado la expresión *pretium picturae*. G. BORTOLUCCI («Nota a Gaio Inst. II. 78», *op. cit.*, p. 155, n. 2) considera que dicha expresión se refiere a los gastos de la pintura, no al precio o valor de la misma. *Per contro pretium tabulae*.

⁴⁵ G. BORTOLUCCI («Nota a Gaio Inst. II. 78», p. 155) destaca la necesidad de distinguir el diferente desarrollo al que está preordenada la *exceptio doli* en la reivindicación del *pictor* y la que se concede para paralizar la *actio utilis* del *dominus tabulae*, ex propietario de la tabla. La primera va dirigida a conseguir por parte del dueño de la tabla el valor de la misma, mientras que en la segunda se persigue la obtención por parte del pintor de los gastos de la *pictura*.

⁴⁶ *Vid.* Gai. 3. 203: «Furti autem actio ei competit, cuius interest rem saluam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire.»

Carmen López-Rendo Rodríguez

a semejanza de lo manifestado en *Gai.* 2.79 para el propietario de la materia y de la sustancia, si bien, a diferencia de este último, *Gai.* 2.78 únicamente habla de *actio furti* y no de la *condictio furtiva*.

Este último requisito de la exigencia de la buena fe en la posesión del *pictor* viene a respetar un antiguo principio de Derecho Romano, que negaba la *exceptio doli* por parte de quien fuera poseedor de mala fe.

JHERING⁴⁷, a quien se debe una reconstrucción general del ordenamiento de las *rei vindicationes utiles*, ha creído resolver la contradicción del texto gayano, afirmando que la *actio utilis* concedida al *dominus tabulae* sería un medio procesal para obtener por vía indirecta el resarcimiento del valor de la tabla, sin que se le permitiera la obtención de la propiedad de la *tabula picta*. Para el romanista alemán se trataría de una *reivindicatio utilis ficticia*.

RICCOBONO⁴⁸ considera que desde el punto de vista del *ius civile* el pintor se convertiría en propietario por *accessio*; el pretor, sin embargo intervendría en ayuda del *do-*

⁴⁷ JHERING, R., *Gesammelte Ausfsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1, Jena, 1881, pp. 79 y ss.: «[...] funzionante "etwa durch die Fiction, als ob die Tafel nicht bemalt worden ware con eventuelle Function: nur ein Mittel, um dem Kläger auf indirectem Wege zu einer Geldbefriedigung zu verhelfen". Sólo en el caso que el demandado rehusare la "Geldbefriedigung", la acción realizaría su función eventual, esto es, la adjudicación judicial de la propiedad de la *tabula picta* al *dominus tabulae*.» Análogamente se pronuncian DE CRESCENZIO, N. S. V., «Accessione (pittura)», en *Enc. Giur. Ital.*, 1.1, 1884, p. 220. MANCALEONI, F., «Contributo alla storia de alla teoría della rei vindicatio utilis», *SSA*, 1, 1901, p. 39. GROSSO, G., *I problemi dei diritti reali nell' impostazione romana*, Torino, 1944, p. 278. MADDALENA, P., «Tabula picta: ritorno a Jhering», *LABEO*, 13, 1967, p. 74. Esta teoría ha sido aceptada también por BORTOLUCCI, G., «Nota a Gaio Inst II.78», *op. cit.*, pp. 157 y ss., quien ha clarificado que la *actio utilis* de 2.78 es la acción que correspondería al propietario de la tabla, si no hubiera perdido la propiedad de la tabla por el hecho de haberse incorporado la pintura: con esta acción útil al ex-propietario de la tabla, que paga los gastos de la pintura, se le habría reconocido la propiedad del cuadro. E. VALIÑO (*Actiones utiles*, Pamplona, 1974, pp. 226 y ss.) afirma que «cuando, en cambio, es el pintor quien posee la tabla, lo natural es que el ex-propietario de la misma reclame su valor mediante una *reivindicatio utilis*, contra el propietario actual [...]. Lo más probable es que la *reivindicatio utilis*, como acción de la que dispone el ex-propietario, sea una acción real dirigida a que el no-poseedor consiga del poseedor que le indemnice el valor de la tabla, lo que se hace posible mediante el juego de dicha acción y la excepción correspondiente, de la que también se ocupa Gayo 2, 78. La opinión de que la *reivindicatio utilis* es una fórmula ficticia se remonta ya a la Paráfrasis de Teófilo (2, 1,34), aunque es más difícil imaginar el tipo de ficción.» Este autor, estima correcta la fórmula que sugiere Kaser.

C. FERRINI (*Manuale di Pandette*, Milano, 1908, p. 381, n. 4.) considera que el pintor siempre puede quedarse con el cuadro, evitando la condena que seguiría a la *pronuntiatio*, mediante la restitución *arbitratu iudicis* del *pretium tabulae* al actor que habría ejercitado una *rei vindicatio utilis ficticia*. En contra, S. SOLAZZI («Glosse a Gaio», *op. cit.*, p. 353), quien, con fundamento en D 6.1.23.5, supone que el ex propietario de la tabla podría obtener el precio con una *actio in factum* por la que se podía resarcir la pérdida de la propiedad.

⁴⁸ RICCOBONO, S., «*Formulae ficticiae* a normal means of creating new law», *TR*, 9, 1929, pp. 44 y ss. F. LUCREZI (*La Tabula picta*, *op. cit.*, p. 89) considera que la reconstrucción que efectúa RICCOBONO está vacía de datos textuales. *Vid.* sus argumentos en contra indicados en las pp 89-90.

minus tabulae, a fin de mitigar las consecuencias de su irremediable pérdida de propiedad. Si el *dominus tabulae* posee la obra, el pintor podría obtenerla pagando el precio de la tabla (evitando así la *exceptio doli mali*); si posee la obra el pintor, el pretor asumirá el *dominium* del antiguo propietario, concediéndole una *actio utilis* que contiene la *fictio ac si dominus esset*. Por ello, si el pintor demandado con la *actio utilis* desea vender la obra, opondrá la *exceptio doli*, constriñendo al *dominus tabulae* a pagar el valor de la obra; si, por el contrario, prefiere quedarse con la obra artística producida, pagará simplemente la *litis aestimatio*. Así concluye RICCOBONO que la relación entre las dos partes se apoya sobre la base de la equidad y el *ius honorarium* habría desarrollado eficazmente su función de corrección del *ius civile*.

MANCALEONI⁴⁹ observa que la *actio utilis* de la que habla Gayo habría sido una simple acción personal *in factum* concedida al ex-propietario de la tabla para defender un derecho de crédito. Esta naturaleza de la *actio utilis* eliminaría —según este romanista— la contradicción lógica y jurídica entre la adquisición de la propiedad por parte del pintor y su sujeción a la acción del ex-propietario de la tabla, en cuanto esta acción no tendría naturaleza reipersecutoria, sino que simplemente implicaría una expectativa económica no contemplada por el *ius civile*.

Como apunta MADDALENA⁵⁰, la acción que se confiere al *dominus tabulae* toma en consideración sólo el valor de la tabla, excluyendo completamente el elemento del valor de la obra de arte. Destaca en esta materia un dilema: *a*) o se acepta que esta acción *utilis* fue concedida en la hipótesis que la *tabula picta* careciera de valor, o *b*) necesariamente ha de admitirse, no obstante su carácter de *actio in rem*, que va dirigida a la obtención del *pretium tabulae* y tutela un derecho de indemnización. Sustancialmente, una vez excluido que la *actio* pueda dirigirse a la obtención de una *tabula picta* que tuviera valor de obra de arte, al tener en consideración *impensae picturae* y no *pretium picturae*, queda sólo precisar si la acción va dirigida a conseguir una tabla a la que se han incorporado los colores, o al valor de la tabla. Para este romanista la calificación *utilis* referida a la acción, da a entender que se dirige a lograr el valor de la tabla, más que a la tutela de un derecho real.

KASER⁵¹ afirma que la *actio utilis* sería una acción ficticia con fundamento en la Paráfrasis de Teófilo 2.1.34. La fórmula de la misma la insinúa así:

⁴⁹ MANCALEONI, F., «Contributo alla storia de alla teoría della *reivindicatio utilis*», *op. cit.*, pp. 1 y ss. En el mismo sentido VON MAYR, R., «Vindicatio utilis», *SZ*, 26, 1905, pp. 100 y ss. DEVILLA, V., «L'optio servi e il diritto di scelta nei legati», *SSA*, 2, 11, 1933, p. 301. En contra *vid.* F. LUCREZI (*La Tabula picta*, *op. cit.*, p. 87), quien destaca que la idea de una acción personal dirigida al solo *pretium tabulae* choca frontalmente con la afirmación que Gayo reflejada en 2.78. BORTOLUCCI, G., «Nota a Gaio Inst II.78», *op. cit.*, p. 157. NARDI, E., «Un'osservazione in tema di *tabula picta*», *op. cit.*, pp. 133-134. KASER, M., «*Tabula picta*», *op. cit.*, pp. 44 y ss.

⁵⁰ MADDALENA, P., «*Tabula picta*: ritorno a Jhering», *LABEO*, 13, 1967, pp. 73-74.

⁵¹ KASER, M., «*Tabula Picta*», *op. cit.*, pp. 45 y ss.

Carmen López-Rendo Rodríguez

«Si in tabula qua de re agitur a No.No. (o en el caso que no sea el demandado quien tiene la *tabula picta* a LUCIO TICIO) *pictum non esset, tum si pareret eam tabulam ex iure Quritium Ai. Ai. esse [...].*»

Dado el carácter pecuniario de la condena a la *intentio* ficticia habría seguido, según su pensamiento, una *condemnatio* del tipo «*quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao.Ao. c.s.n.p.a.*».

Este romanista destaca⁵² que la *actio utilis*, siendo *in rem*, era ejercitable también contra terceros poseedores. Aun cuando postula que sigue el esquema procesal de las acciones *in rem*, pone de relieve que se diferencia de ella, en cuanto se dirige no a la restitución de la cosa, sino más bien del valor económico, que se limitaría al precio de la tabla, por medio de la *exceptio doli* concedida al demandado, en el caso que el *dominus tabulae* no le hubiera pagado los *impensa picturae*. De tal forma que el valor de la tabla se reclamaría reduciendo de la misma el trabajo artístico pagado por el actor para evitar la *exceptio doli*. Por ello concluye que la *actio utilis* sería un simple *pressionsmittel* dirigido a obtener para el actor un resarcimiento económico equivalente a la estimación de aquella tabla de la que ha sido desposeído.

En mi opinión, las divergencias que se observan en el texto de Gayo y en los textos posteriores que hablan de la *tabula picta*, derivan del conflicto surgido entre las dos grandes corrientes jurisprudenciales⁵³, representadas por las escuelas de los sabinianos y proculyanos, a la hora de determinar cuál ha de considerarse la cosa principal y cuál la accesoria. Es decir, ha de entenderse como principal la tabla o la imagen —en terminología de Gayo 2.78—, ya que, si por un lado se aplica en sentido estricto el principio que está en la base de la accesión y que se sigue en los textos precedentes de Gayo 2, 74 a 77, podría afirmarse que la tabla es la cosa principal⁵⁴. Pero, por otro lado, si se sigue el criterio de la *qualitas*, esto es, del valor superior, habría que considerar la pintura como cosa principal al asumir un mayor valor respecto a la tabla. En esta época en el que el motor de la *tabula picta* era el *servus pictor*⁵⁵, los términos de la controversia han de reconducirse a este terreno, dado que en el Derecho Romano durante muchos siglos se evidencia con total claridad la ausencia del derecho de autor o derecho de la propiedad artística de los pintores.

Puede mantenerse que en la época de Gayo, la jurisprudencia venía utilizando dos criterios diversos en materia de *tabula picta* y que este jurista opta por aceptar la regla

⁵² KASER, M., *Ibidem*, pp. 49-50.

⁵³ Sobre las dos grandes corrientes de la jurisprudencia romana. ARNÓ, C., «Le due grandi correnti della giurisprudenza romana», Modena, 1926, pp. 1 y ss. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981. SCACCIETTI, M. G., «Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani», *Studi Biscardi*, V, Milano, 1984, pp. 369 y ss.

⁵⁴ *Vid.* D. 41.1.9.2, *infra* p. 33.

⁵⁵ LUCREZI, F., *La tabula picta, op. cit.*, pp. 183 y ss.

tabula picturae cedit, destacando la dificultad sistemática que encuentra para encuadrar entre los casos de accesión un caso particular como es el de la pintura, a caballo entre la accesión y especificación. Quizá por ello, este jurisconsulto lo trata en las instituciones, al final de todos los supuestos en los que se refiere según terminología moderna a la figura de la *accessio* y antes de iniciar los casos que la doctrina va a calificar como supuestos de especificación.

Si se compara el texto de las Instituciones de Gayo 2.77 en el que establece en materia de escritura el criterio propio de la accesión, según el cual, las letras ceden al papel o pergamino y el que nos transmite Gayo 2.78, puede destacarse que en ambos pasajes recurre al verbo *cedere* («*litterae cartulis sine membranibus cedunt*» [Gai. 2. 77]; «*dicitur tabulam picturae cedere*»). En Gai. 2.77, a diferencia de Gai. 2.78, no utiliza el verbo *dicitur*, sino que directamente como fundamento indica «*quia litterae cartulis siue membranibus cedunt*», comenzando el texto con la expresión «*eadem ratione probatum est*», para enfatizar que el criterio que sostiene en el caso de la *scriptura* ha sido admitido por la misma razón que los anteriores expresados en Gai. 2. 73-76.

En materia de *pictura*, Gai. 2.78 comienza el texto con un *pero (sed)* y alude a *contra probatur*, destacando la dificultad que encuentra para explicar la diferencia entre el criterio que admite para el caso de la pintura y los que ha mantenido en los casos anteriores.

Tanto Gai. 2.77 como Gai. 2.78, al hablar de los medios procesales que se confieren al dueño del papel o pergamino y al dueño de la pintura, a quienes en término de accesión se podrían reconducir a dueño de la cosa principal, utilizan el verbo *peto* para referirse a la acción que puede ejercitar el dueño de la cosa principal no poseedor frente al dueño de la cosa accesoria poseedor. En Gai. 2.77, al considerar cosa principal a los libros o membranas, la acción se confiere al dueño del papel o pergamino frente al que escribió en dicha materia. En la hipótesis de la pintura, en la primera parte del ejemplo que emplea para demostrar la aplicación de la regla antes mencionada, la acción se le concede al *pictor* no poseedor frente al *dominus tabulae*, al observar la pintura como cosa principal, frente a la tabla, que sería la cosa accesoria.

En ambos supuestos, *scriptura* y *pictura*, condiciona la prosperabilidad de la acción al requisito de que el dueño de la cosa principal pague los gastos que haya realizado el propietario de la cosa accesoria, es decir, en el caso de la escritura el dueño del papel o pergamino ha de abonar los gastos de la escritura, mientras que en el caso de la pintura el obligado es el pintor quien ha de abonar el *pretium tabulae*. De tal forma que si el propietario de la cosa principal no abona estos gastos, el dueño de la cosa accesoria dispone de la *exceptio doli mali* para oponerse a la pretensión del actor: Gai. 2.77: «*per exceptionem doli mali summoueri potero*». Gai. 2.78: «*poteris per exceptionem doli mali summoueri*». Así, esta *exceptio* se confiere en el caso de la escritura al que escribió en el papel o pergamino y en la primera parte de Gai. 2.78 al *dominus tabulae*.

Carmen López-Rendo Rodríguez

Hasta aquí puede observarse que el funcionamiento de la reglas sostenidas en uno u otro caso son similares; aunque partan de principios contrarios, el problema parece residir en la segunda parte del texto, en la que se habla de una *actio utilis*.

Esta acción se concede al dueño de la cosa accesoria —*dominus tabulae*— no poseedor, quien al haber perdido la propiedad de la tabla, no podría ejercitar la acción directa, ni tampoco podría excepcionar nada al no encontrarse en la posición de poseedor. En definitiva esta acción parece haber sido introducida en el texto de Gayo, con la finalidad de tutelar la expectativa del propietario de la cosa accesoria no poseedor para que actuara el derecho a la indemnización, que, de otro modo, no podría conseguir.

Para Gayo la aplicación del principio *tabula picturae cedit* tiene las siguientes consecuencias jurídicas desde el punto de vista procesal que reflejan que este jurista romano adopta soluciones a caballo entre las manifestadas en los casos precedentes, que han sido calificadas como *accessión* y las que la doctrina ha estimado como supuestos de especificación recogidos en *Gai. 2.79*:

DOMINUS TABULAE POSEEDOR DE TABULA PICTA		DOMINUS TABULAE NO POSEEDOR DE TABULA PICTA	
<i>PICTOR</i>	<i>PETERE</i> (= acción) contra <i>dominum tabulae</i> . (<i>Reivindicatio</i>)	<i>DOMINUS TABULAE</i>	* <i>ACTIO UTILIS</i> contra <i>pictorem</i> poseedor de <i>tabula picta</i> . * <i>ACTIO FURTHI</i> contra el que hurtó la tabla
<i>DOMINUS TABULAE</i>	<i>Exceptio doli mali</i> , si <i>pictor</i> no le ha abonado <i>pretium tabulae</i>	<i>PICTOR</i>	<i>Exceptio doli mali</i> si <i>dominus tabulae</i> no le ha abonado <i>impensa picturae</i> , siempre que sea poseedor de buena fe

B) Exégesis de D. 41,1,9,2 (*Gai. lib. II rer. cott sive aureorum*)

Una vez analizada la posición de Gayo en instituciones 2.78, a efectos sistemáticos voy a continuar con el estudio del texto del mismo jurista, que se recoge en sus comentarios referidos en el libro *II rerum cottidianarum sive aureorum*⁵⁶, al reproducir sustancialmente el contenido de *Gai. 2.78*, con algunas modificaciones.

⁵⁶ LUCREZI, F., *La Tabula picta*, op. cit., pp. 267 y ss., en la que pone de manifiesto que de la incierta fecha de los Aurea, todos generalmente sostienen que es una obra pseudo-gaiana, es difícil establecer cuándo

D. 41.1.9.2 (*Gai., lib. II rer.cott. sive aureorum*):

«Sed non uti litterae chartis membranisque cedant, ita solent picturae tabulis cedere, sed ex diverso placuit tabulas picturae cedere. utique tamen conveniens est domino tabularum adversus eum qui pinxerit, si is tabulas possidetat, utilem actionem dari, qui ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exsolvat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio: utique si bona fide possessor fuerit qui solverit⁵⁷. adversus dominum vero tabularum ei qui pinxerit <rectam>⁵⁸ vindicationem competere dicimus, ut tamen pretium tabularum inferat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio⁵⁹».

El texto de Gayo se encuentra en «de adquirendo rerum dominio»⁶⁰. Después de reflejar los principios que rigen en materia de *inaedificatio, implantatio, satio y scrip-*

se insertó en ella la controvertida declaración de la victoria del artista, si con ocasión de la redacción del *Corpus Iuris Civilis* o en época precedente. En las notas 109, 110 y 111 el autor cita los trabajos más significativos que tratan sobre el problema de *Res cottidianae*, a los que me remito.

⁵⁷ Vid. GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano. Primera parte. Digesto*, Tomo III, Barcelona, 1897, p. 303, n. 5, en la que indica que en Hal Vul. figura *qui pinxerit*, en lugar de *qui solverit*. La misma utilización de *qui pinxerit* se observa en el texto utilizado por los glosadores en *Pandectarum sev digestorum iuris civilis*, Tomo III. *Quod digestum novum vulgo appellant*, Venetiis MDLXXXI, p. 255, indicando la glosa, a propósito de esta expresión: In p. Fl. qui solucrit. Sed no recte meo iudicio.

⁵⁸ El término *rectam* ha sido considerado interpolado por MANCALEONI, F., «Contributo alla storia de alla teoría della "rei vindicatio utilis"», *op. cit.*, pp. 21, 44 y ss.; VON MAYR, R., «Vindicatio utilis», *SZ*, 26, 1905, pp. 100 y ss.; BORTOLUCCI, G., «Nota a Gaio, Inst. II.78», *BIDR*, 33-34, 1923-1925, p. 154, n. 1; LANGE, H., *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstraditio. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien herausgegeben von der Leipziger Juristen Fakultät. Heft 53*, Leipzig, 1930, p. 16; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, 2.2, *op. cit.*, p. 93, n. 2, e *Istituzioni di diritto romano*, 9.ª ed., Milano, 1932, p. 255, n. 1, exceptio < - >. En contra de la opinión de Mancaleoni de considerar interpolado el término *rectam* se pronuncia NARDI, E., «Un 'osservazione in tema di tabula picta», *op. cit.*, p. 133, n. 3; DI MARZO, S., «I libri rerum cottidianarum sive aureorum», *BIDR*, 1948, p. 38, n. 66. También KASER, M., «Tabula Picta», *op. cit.*, p. 45, n. 42; VISKY, K., «Sulla qualifica della pittura e della scultura nelle fonti del diritto romano». *Studi Grosso*, IV, p. 341, n. 24; LUCREZI, F., *La Tabula picta*, *op. cit.*, p. 269, quien considera ser más verosímil que el texto de los *Aurea* sobre *tabula picta* hubiera llegado a la mesa de Triboniano en la formulación que conocemos (comprensiva del *rectam* que no pudo ciertamente resaltar Gayo, si él nunca pensó en alguna *actio utilis* para contraponer a la *recta vindicatio*). I. GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo de Derecho Civil Romano*, *op. cit.*, p. 303, n. 6) indica que en Vulg. aparece *directam* en vez de *rectam*. La misma utilización de *directam vindicationem* se observa en el texto sobre el que trabajan los glosadores: *Pandectarum sev digestorum iuris civilis*, Tomo III, *Quod digestum novum vulgo appellant*, Venetiis MDLXXXI, p. 255, indicando: *Directam*: In P. Fl. figura *recta vindicatione*.

⁵⁹ El texto se encuentra interpolado. Vid. LEVY, E-RABEL, E., *Index Interpolationum*, III, p. 163. S. PERROZZI (*Istituzioni*, *op. cit.*, p. 706, n. 1) considera interpolado desde *utique* hasta el final: «Si ha da utique un'itp. conformata sulla glossa in discorso». También en *Rendiconti del R. Istituto Lombardo di scienze e lettere*, 23, Milano, 1890, p. 8; LENEL, O., *Das edictum perpetuum*, Leipzig, 1927, p. 186, n. 8. E. NARDI («Un osservazione in tema di tabula picta», *op. cit.*, p. 135, n. 4) destaca que si se admite la glosa en Gai. Inst. II, 78, ha de aceptarse que análogas alteraciones se han producido en el correspondiente fragmento de *res cottidianae* insertado en D. 41, I, 9, 2. y remite a lo manifestado en p. 132, n. 4.

⁶⁰ Cfr. LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis*, I, Graz, 1960. *Gai rerum cottidianarum*, II, 491. Col. 255.

Carmen López-Rendo Rodríguez

tura, trata de la *pictura*. Es decir, sigue la misma sistemática que utilizo en las instituciones.

Comienza su exposición con un *sed non* y una referencia a la regla que rige en materia de escritura —*litterae chartis membranisque cedunt*—, indicando cómo si la misma se aplicara a la *pictura*, el principio que debía prevalecer era el inverso al que refleja en el fragmento, esto es —*ita solent picturae tabulis cedere*—, lo que evidencia que Gayo sigue sosteniendo la tesis jurisprudencial que atribuye la propiedad de la *tabula picta* al pintor⁶¹. Esta defensa de la tesis *pro pictore*, se efectúa en los mismos términos que ya hemos visto en las Instituciones de Gayo 2.78, en el sentido de considerar la pintura como cosa principal y las tablas como cosa accesoria. El problema se analiza desde el punto de vista materialístico y no desde el punto de vista del derecho personal o moral del autor, que fue totalmente desconocido para el Derecho Romano.

El pasaje, al igual que veíamos en *Gai.* 2.78, continúa con la diferente tutela procesal que otorga al pintor y al dueño de las tablas, si bien altera la exposición que transmitía las instituciones de Gayo, comenzando por el dueño de las tablas y finalizando por la del pintor.

NARDI⁶² explica la inversión que se observa en el texto, analizando primero la *actio utilis* y posteriormente la directa acudiendo a la desconfianza sobre la solvencia de los pintores. Este hecho debió de inducir a los juristas a conceder como útil la reivindicación al propietario de la tabla, cuando no le hubiera sido pagado el precio de la misma. La adquisición de la propiedad por parte del pintor era una norma absoluta, pero en la práctica se condicionaba al resarcimiento. Esto puede explicar —continúa el autor— cómo las *Res cottidianae* (D. 41.1.9.2), quizás porque la insolvencia de los artistas era más frecuente que el pago, hablan antes de la *actio utilis* y después de la *directa*, diciendo de aquella *tamen* (es decir, no obstante el principio afirmado sobre la propiedad del cuadro, lo que quiere significar que el jurista sabía bien que en rigor la acción no debería admitirse) *conveniens est* (es decir, aconseja la acción una razón de utilidad práctica), y de la segunda *ei qui pinxerit rectam vindicationem competere dicimus, ut tamen pretium tabularum inferat*.

A los únicos efectos de la mejor comprensión de la exégesis del texto, voy a tratar por separado ambos supuestos:

1. A las consecuencias jurídicas de la aplicación del principio *tabulae picturae cedere* y tutela procesal que confiere al dueño de las tablas se refiere el fragmento desde «utique tamen *conveniens est domino tabularum adversus*» hasta «utique si bona fide possessor fuerit qui solverit».

⁶¹ Sobre el momento histórico en que se la doctrina considera que aparece dicho principio, *vid.* LU-CREZA, F., *La tabula picta*, *op. cit.*, pp. 250 y ss.

⁶² *Id.* NARDI, E., «Un'osservazione in tema di tabula picta», *op. cit.*, p. 142.

Gayo en D. 41.1.9.2. analiza el supuesto genérico de la tutela procesal que ha de otorgarse al dueño de las tablas no poseedor frente al pintor poseedor de buena fe de la *tabula picta*. La estricta aplicación de la regla *tabula picturae cedit*, tendría como consecuencia inmediata el rechazo de cualquier pretensión por parte del ex-propietario de las simples tablas.

Mas ello no es así, ya que Gayo, al igual que se observa en las Instituciones, otorga al dueño de las tablas una *actio utilis*⁶³ contra el pintor poseedor de buena fe de la *tabula picta*. El fundamento de la concesión de esta acción útil lo sitúa este jurista en razones de conveniencia —*utique tamen conveniens est*⁶⁴.

Análogamente a lo que hemos visto en *Gai. 2.78* para que pueda prosperar eficazmente esta acción exige que el dueño de las tablas pague al pintor la *impensa picturae*⁶⁵, ya que si no cumple esta obligación, le perjudicará la excepción de dolo malo —*alioquin nocebit ei doli mali exceptio*— si fuera poseedor de buena fe, aquel a quien le pagare. El requisito de la exigencia de la buena fe del pintor poseedor para que éste pueda oponer la *exceptio doli mali* es reflejo del antiguo principio de Derecho Romano que negaba esta excepción al poseedor de mala fe, que igualmente se observa en D. 41.1.9.1. en lo referente a la *scriptura*.

En este pasaje ya queda perfectamente delimitada la legitimación activa y pasiva de la *actio utilis*. Activamente se confiere al dueño de las tablas no poseedor y la misma se ejercita contra el pintor poseedor de la *tabula picta*.

A diferencia de *Gai. 2.78*, se omite la referencia a la *actio furti* que se otorgaba al *dominus tabulae*.

⁶³ SOLAZZI, S., «Glosse a Gaio», *op. cit.*, p. 353, indica que D. 41.1.9.2 no garantiza la existencia de una *actio utilis in personam* en el tiempo de Gayo. «Il compilatore delle *res cottidianae* potrebbe avere usato un'edizione delle istituzioni simile a quella che ci è stata tramandata dal codice veronese e averne desunto sia la *recta vindicatio* sia l'*utilis actio*». Vid. La Glossa Magna de Accursio y otros: *Pandectarum sev digestorum iuris civilis*, Tomo III, Quod digestum novvm valgo appellant. Venetiis MDLXXXI, p. 255 dice en la glosa 1) al texto de D. 41.1.9.2 que esta acción útil ha de interpretarse en el sentido de entender la misma como una *acción in rem*.

⁶⁴ A diferencia de *Gai. 2.78*, cuyo fundamento se situaba en *consequens est*, vid. DONELLUS, H., *Commentariorum iuris civilis. Libri viginti octo. Pars prima*, Neapoli, MDCCLXIII, p. 244: 6. «Actio utilis datur domino tabulae in rem, iuxta Cajium, & Justinianum, qui adseverant, Paulli sententiam esse recipiendam, adserentis, picturam tabulae cedere». En p. 245 explica: «[...] ut dicant, utique tamen conveniens & consequens esse, ut domino tabulae adversus eum, qui pinxit, utilis actio detur, nempe in rem: hanc enim opponunt directae vindicationi, quam dant pictori: & praeterea illam utilem dari volunt tabulam persequenti adversus possidentem, & domino tabulae: quae omnia in nullam aliam actionem, quam eam, quae in rem est, cadunt, l. actionum, ff. de oblig. & act. Volunt ergo eum, qui tabulae dominus fuisset, etiam nunc tabulae dominum manere [...]»

⁶⁵ En las instituciones y en *Res cott.* Gayo utiliza el sustantivo *impensa* en acusativo singular: «*impensam picturae solvere*» (Gayo 2.78 y 2. 77) e «*impensam picturae exsolvere*». Vid. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, Tomo III-1, *op. cit.*, pp. 410-411.

Carmen López-Rendo Rodríguez

2. A continuación analizaré la segunda parte del texto que se extiende desde «adversus dominum vero tabularum ei qui pinxerit» hasta «alioquin nocebit ei doli mali exceptio». En ella se refiere a la aplicación del principio en el supuesto contrario, esto es, el del pintor contra el dueño de las tablas. Según dicho principio, el dueño de la *tabula picta* sería el pintor, dado que las tablas ceden a la pintura.

D. 41.1.9.2 confiere al pintor la *vindicatio*⁶⁶ *directa* contra el dueño de las tablas. En este texto de forma expresa se hace referencia a esta acción, a diferencia de *Gai.* 2.78, en cuyo fragmento únicamente se utilizaba el verbo *petere*, habiendo sido la doctrina quien ha matizado que la acción a la que *Gai.* 2.78 se refería era la acción reivindicatoria.

En el mismo sentido que hemos visto en las Instituciones de Gayo, para que prospere la *reivindicatio directa*, se exige como requisito que el pintor pague el precio de las tablas. El texto habla de *pretium tabularum*⁶⁷, a diferencia de la *impensa picturae*, que exige como requisito para el ejercicio de la *actio utilis* por parte del dueño de las tablas. En el caso que el pintor no abonara al dueño de las tablas el precio de las mismas, éste se vería perjudicado con la excepción de dolo malo —*alioquin nocebit ei doli mali exceptio*.

LUCREZI⁶⁸ ha destacado cómo el acento, en tal texto, parece caer de forma significativa sobre los dos *sed*, sobre la negación del *ita... ut* y sobre el *ex diverso*. Considera que el contenido en la práctica es el mismo de *Gai.* 2.78, mas con algunas variaciones de cierto interés. Entre éstas señala: *a*) la omisión de la declaración de reprobación (*cuius diversitatis... redditur*) que leíamos en los *Commentarii*, *b*) la ausencia de la *actio furti*, *c*) la inversión de los dos casos: primero viene la *actio utilis* del *dominus tabulae*, después la acción de *is qui pinxerit*, *d*) la tabla y la pintura se utilizan en plural, *e*) la variación más significativa se encuentra en la expresa definición de la *actio* (simple *petitio* en *Gai.* 2.78) del pintor como *recta vindicatio*: cualificando la *reivindicatio* como *recta* (=directa), o *sca civilis*, se pone de relieve la diferencia entre la situación jurídica del artista y la del ex-propietario de la tabla, del cual se subraya el *utiliter agere* y por tanto la carencia de una acción *iure civili*.

Además de las diferencias señaladas con gran acierto por LUCREZI, de la comparación de ambos pasajes pueden observarse las siguientes matizaciones:

1. En *Gai.* 2.78 el jurista comenzaba su exposición acudiendo a un concreto supuesto de hecho que enunciaba en primera persona —*sed si in tabula mea aliquis pinxerit veluti imaginem*—, lo que no hace en D. 41.1.9.2, en el que sin enunciar el supuesto de hecho acude directamente a reflejar la regla general que, en términos genéricos, rige en materia de *pictura*.

⁶⁶ Sobre la etimología de la *vindicatio*, vid. BETTI, E., *La Vindicatio romana primitiva*, op. cit., p. 4, n. 1.

⁶⁷ D. 41.1.9.2. se expresa en plural a diferencia de *Gai.* 2.78 que refiere *pretium tabulae*.

⁶⁸ LUCREZI, F., *La tabula picta*, op. cit., pp. 64 y ss.

2. *Gai.* 2.78 utiliza un genérico *contra probatur*, sin explicar cuál era el principio contrario. En cambio en D. 41.1.9.2. Gayo comienza su exposición aclarando que el principio contrario al que se refiere con la expresión —*ex diverso placuit*— es la que se utiliza en materia de *scriptura*, que enuncia de forma expresa antes de indicar cuál es la solución que se va a dar en materia de *pictura*, y así inicia el párrafo con un «sed non⁶⁹ uti litterae chartis membranisque cedunt, ita solent picturae tabulis cedere, sed ex diverso placuit tabulas picturae cedere».

3. En lo que se refiere al principio general, según el cual la tabla cede a la pintura, se observa en todo el texto además de la utilización de los términos *tabulas* y *picturae* en plural, mientras que en *Gai.* 2.78 se expresaban en singular, la omisión en todo el fragmento de la palabra *imago* y la sustitución por el significado de *pictura*.

4. D. 41.1.9.2 omite cualquier mención al *magis enim dicitur* que puntualiza *Gai.* 2.78, así como a la falta de explicación en modo satisfactorio de tal diferente criterio —*cuius diversitatis uix idonea ratio redditur*— y —*certe secundum hanc regulam*— en la que *Gai.* 2.78 fundamenta las soluciones que arbitra en los dos casos que explica a continuación.

5. D. 41.1.9.2. acude al criterio de la conveniencia —*utique tamen conveniens est*— para fundamentar la tutela procesal —*actio utilis*— que otorga al dueño de la tabla, a diferencia de *Gai.* 2.78 que utiliza la justificación de la consecuencia —*consequens est*.

Al igual que realiza al exponer la aplicación del principio en relación con la tutela procesal que proporciona al pintor, D.41.1.9.2 se expresa en términos generales delimitando la legitimación activa y pasiva de la *actio utilis* que confiere al dueño de la tabla —*domino tabularum adversus eum qui pinxerit, si is tabulas possiderat, utilem actionem dari*—. De tal forma que la *actio utilis* se atribuye —*dari*— al dueño de las tablas, y se ejercitará contra el que las hubicra pintado, si éste poseía las tablas. *Gai.* 2.78 continúa expresando este supuesto en primera y segunda persona, aludiendo a un «tu» que posee y a un «me», a quien se confiere la acción útil.

D. 41.1.9.2. de forma similar a *Gai.* 2.78⁷⁰ exige al dueño de las tablas que pague la *impensa picturae* para que prospere la *actio utilis*, si bien los términos utilizados —*qui ita efficaciter experiri poteri, si picturae impensam exsolvat*— parecen configurar la misma como un requisito indispensable para que la reclamación sea eficaz⁷¹.

D. 41.1.9.2. lo mismo que *Gai.* 2.78 ofrece al pintor como medio de defensa procesal la *exceptio doli mali*. Las diferencias en la exposición de la *exceptio doli mali* se

⁶⁹ A diferencia de *Gai.* 2.78 que empieza con un *sed si*.

⁷⁰ *Gai.* 2.78 expresa «quod casu nisi solvam impensam picturae».

⁷¹ Cfr. DONELLUSS, H., *Commentariorum Iuris civilis, op. cit.*, p. 245, en donde dice este humanista: «[...] Primum dant Cajus & Justinianus directam actionem in rem ei, qui pinxit, adversus dominum tabulae: sed hac conditione, si solvat pretium tabulae. d. Si quis aliena illic unde si, Instit. de rer. divis. d. l. qua ratione. sed non uti in fin. de adquir. rer. domin.

Carmen López-Rendo Rodríguez

observan en los verbos empleados: *Gai.* 2.78 menciona *poteris me per exceptionem repellere*, mientras que D. 41.1.9.2 habla de *alioquin nocebit ei doli mali exceptio*. Idéntica expresión que la utilizada para el efecto que produce la *exceptio doli mali* opuesta por el dueño de la tabla. Es decir, *Gai.* 2.78 alude a que el pintor podrá rechazar la reclamación que efectúa el dueño de la tabla con la excepción de *dolo malo*, mientras que D. 41.1.9.2 da por sentado que de otra suerte le perjudicará la excepción de *dolo malo*.

Gayo, tanto en este texto del comentario recogido en el *lib. II rerum cottidianarum sive aurearum* como en Instituciones 2.78, exige para que el pintor pueda rechazar la acción útil ejercitada por el dueño de la tabla por medio de la *exceptio doli mali*, que sea poseedor de buena fe.

En D. 41.1.9.2 se omite toda referencia a la *actio furti* que Gayo 2.78 confiere al dueño de la tabla⁷².

6. Desde el punto de vista de la tutela procesal que proporciona al pintor, D. 41.1.9.2, la analiza en segundo lugar, invirtiendo el tratamiento que otorgaba a esta cuestión las Instituciones de Gayo, en las que se examinaba como primer supuesto de aplicación de la regla que rige en materia de *pictura*. D. 41.1.9.2, expone la misma en términos generales («*adversus dominum vero tabularum ei, qui pinxerit, rectam vindicationem competere dicimus*»), prescindiendo del supuesto concreto que analizaba *Gai.* 2.78 en primera y segunda persona («*si me possidente petas imaginem tuam*). Es decir, determina la legitimación activa y pasiva de la acción, respectivamente, con los términos —*qui pinxerit*— y —*adversus dominum tabularum*—. A diferencia del texto que llega hasta nosotros por medio de las Instituciones de Gayo 2.78, de forma expresa habla de la acción que corresponde al pintor como *rectam vindicationem*. Utiliza el verbo *competere* en vez de *petere*. En D. 41.1.9.2, se omite la condición de poseedor de la *tabula picta* que ha de tener el dueño de la tabla contra el que se ejercita la *recta reivindicatio* y que de

⁷² No obstante la dicción del texto de D. 41.1.9.2. La Glosa Magna de Accursio, *Pandectarum seu digestorum iuris civilis*, Tomo III, *Quod digestam novum valgo appellant*, Venetiis, MDLXXXI, p. 255, interpreta la expresión *actio utilis* en la 1) como *in rem* y a continuación indica que la *actio furti* la tiene contra el que los sustrajo, quien quiera que sea. En apoyo argumenta el texto de las instituciones de Justiniano, *VI Instit. Eo. Si quis in aliena*. Se cuestiona también lo que ocurre si ambos accionan al tiempo contra un tercero poseedor de la *tabula picta*, cada uno respectivamente el pintor con su acción directa y el pintor con su acción útil. Responde que se prefiere al pintor que tiene la acción directa. En contra, cfr. DONELLUS, H., *Commentariorum iuris civilis, op. cit.*, p. 246. 18, quien utiliza como criterio de prioridad el que primero obtenga la ocupación o la sentencia. En contra del razonamiento utilizado por DONELLO, *vid.* VINNUS, A., *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus et forensis, op. cit.*, p. 207. «*Licet D. Donellus lib. 4. comm. Cap. 36. contra disputet, neutrumque alteri velit praeserri, sed occupantis meliorem esse conditionem; in eo errans quod existimat utilem in rem actionem in specie proposita ejusdem esse efficaciae cuius est directa contra mentem Imperatoris & Jurisconsulti, quos manifestum est sicut tabulam picturae cedere volunt ita etiam pictorem quam dominum tabulae, actionem directam quam utilem potiore esse voluisse*».

forma explícita se indica en *Gai.* 2.78 con la expresión «si me possidente petas imaginem tuam».

D. 41.1.9.2, análogamente a *Gai.* 2.78, exige al pintor que pague el *pretium tabularum* para que prospere la *recta vindicatio*, si bien los términos utilizados («ut tamen pretium tabularum inferat»⁷³) parecen configurar la misma como un requisito indispensable para la eficaz prosperabilidad de la misma.

D. 41.1.9.2 ofrece al dueño de la tabla como medio de defensa procesal la *exceptio doli mali*, de modo similar a *Gai.* 2.78. Las diferencias en la aplicación de la *exceptio doli mali* se observan en los verbos empleados: *Gai.* 2.78 alude a «poteris per exceptionem doli mali», mientras que D. 41.1.9.2 habla de «alioquin nocebit ei doli mali exceptio». Es decir, Gayo 2.78 determina que el dueño de la tabla podrá rechazar la reclamación con la excepción de dolo malo, mientras que D. 41.1.9.2 da por sentado que de otra suerte le perjudicará la excepción de dolo malo.

Como conclusión de D. 41.1.9.2. *Gai., lib. II Rer. cott. sive aureorum* podemos afirmar que la aplicación del principio *las tablas ceden a la pintura* tiene las siguientes consecuencias jurídicas desde el punto de vista procesal:

DOMINUS TABULAE POSEEDOR DE TABULA PICTA		DOMINUS TABULAE NO POSEEDOR DE TABULA PICTA	
<i>PICTOR</i>	<i>RECTA VINDICATIO</i> contra <i>dominum tabulae</i>	<i>DOMINUS TABULAE</i>	* <i>ACTIO UTILIS</i> contra <i>pictorem</i> poseedor de <i>tabula picta</i>
<i>DOMINUS TABULAE</i>	<i>Exceptio doli mali</i> , si <i>pictor</i> no le ha abonado <i>pretium tabulae</i>	<i>PICTOR</i>	<i>Exceptio doli mali</i> si <i>dominus tabulae</i> no le ha abonado <i>impensa picturae</i>

C) Exégesis de D. 6. 1. 23. 3 (*Paul., lib. XXI ad Ed.*)

Posición contraria a la que hasta ahora nos ha venido facilitando Gayo, la encontramos medio siglo después, en el siguiente fragmento de Paulo que realiza en sus comentarios al libro XXI al edicto y que se encuentra en el Digesto en el título que se refiere a *De rei vindicatione*⁷⁴.

⁷³ *Gai.* 2.78 no utiliza ni los términos *ut tamen*, ni el verbo *infero*. Únicamente indica «esse nec solvas pretium tabulae».

⁷⁴ Cfr. LENEL, O., *Palingenesia Iuris civilis*, I, Graz, 1960. *Pauli ad. ed. lib. XXI*, 328. Col. 1004-1005.

Carmen López-Rendo Rodríguez

D. 6.1.23.3 (*Paul., lib. XXI ad Ed.*)

«Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae: nec necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest»⁷⁵.

Paulo, comienza sus comentarios al edicto, Libro XXI (D. 6.1.23.pr)⁷⁶ dentro del que se inserta este pasaje, indicando que la acción real compete —*in rem actio competit*— a aquel que adquirió el dominio o por derecho de gentes, o por derecho civil.

En el texto precedente a la pintura, que nos transmite D. 6.1.23.2 destaca el supuesto en que alguien añadiera una cosa ajena a una cosa suya —*si quis rei suae alienam rem ita adiecerit*—, de tal suerte que se hiciera parte de ella —*ut pars eius fieret*—, facilitando varios ejemplos. En este caso, afirma este jurista, Severo que se hace dueño de toda la cosa —*dominum eius totius rei effici*⁷⁷—, éstas son sus palabras:

D. 6.1.23.2. (*Paul. Lib. XXI ad Ed.*)

«Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem, dominum eius totius rei effici vereque statuam suam dicturum est scyphum plerique recte dicunt.»

LUCREZI⁷⁸ observa que Paulo declara adherirse a la opinión sostenida (según el *recte*), en tema de *coniunctio*, por la mayoría (*plerique*), que se identifica con la tesis sostenida por los sabinianos. La lógica jurídica del *plerique* se aplica, según Paulo, también

⁷⁵ El texto se encuentra interpolado. Vid. LEVY, F-RABIEL, E., *Index Interpolationum*, I, *op. cit.*, p. 84. G. BESELER (*Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 132) considera interpolado desde «necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest». P. KRUEGER y Th. MOMMSEN (*Corpus Iuris civilis*, Vol I, *Op. cit.*, p. 122), proponen corregir dicha frase en el sentido siguiente: (1) «necessarie ei rei cedit. Mo., necesse est materiae cedere Kr». I. GARCÍA DEL CORRAL (Cuerpo de Derecho Civil Romano, T. I, *op. cit.*, p. 472, n. 1), en lugar de *cedi* indica *cedere id*, Hal. BONFANTE, P., *op. cit.*, p. 104, n. 6.: «Necesse est materiae speciem cedere». DE MARTINO, F., *op. cit.*, p. 305, n. 27: «Necesse est [rei] <materiae> cedi». GUARNERI-CITATI, *op. cit.*, p. 368: «sed cum necesse est materiae cedi id quod sine illa esse non potest». G. BORTOLUCCI («Nota a Gaio, Inst. II. 78», *op. cit.*, p. 159) cree interpolado el *propter pretium picturae*, ya que Paulo, refiriéndose con la expresión *quidam* a los juristas que seguían la regla *iuris* aceptada por Gayo, no podía decir *pretium picturae*, porque los adversarios, respecto a la obra del pintor, únicamente tenían en cuenta *impensa picturae*. F. LUCREZI (*La tabula picta*, *op. cit.*, p. 66, n. 125) señala las reconstrucciones del texto efectuadas por la doctrina.

⁷⁶ D. 6, 1,23 pr. *Paulus libro XXI ad edictum*: «In rem actio competit ei, qui aut iure gentium aut iure civili dominium adquisiit».

⁷⁷ Vid. CUJACIUS, J., *Opera*, Tomo VII, 1839, pp. 454-455. «[...] In rebus quae propriam speciem et qualitatem habent, id quod additur, toti cedere id est, non eo minus totum ejus esse cuius fuit ante: speciem ad se per praeventiam, ut hic ait Paulus trahere minorem partem [...]».

⁷⁸ LUCREZI, J., *La tabula picta*, *op. cit.*, p. 66.

al caso de la *tabula picta*, no obstante *quidam* habían sostenido lo contrario, *propter pretium picturae*. Para este romanista en el pasaje de Paulo, se observa un espíritu polémico contra la posición de *quidam*. La misma apertura con *sed... et* parece remarcar con vigor la convicción que, en tema de accesión, no existe espacio para excepciones. Advierte que están en un error aquellos que se dejan guiar por consideraciones económicas (*pretium picturae*), olvidando que la pintura sin la tabla *esse non potest* por ello *necesse est* que ceda (*statim*) a la materia.

Paulo comienza su exposición con un *sed et*, adoptando el mismo principio tanto para el caso de la escritura como para el de la pintura. Y así considera que lo que se escribe en *charta mea*, o se pinta en tabla —*aut in tabula pingitur*—, al punto se hace mío —*statim meum fit*—. Es decir la propiedad de la *tabula picta* corresponde al dueño de la tabla. Paulo no establece un enunciado general del principio *pictura tabulae cedit*, a diferencia de Gayo, en cuyos textos, tanto de las Instituciones como de D.41.1.9.2, precisamente se menciona esta regla, simplemente se limita a aplicarla, transmitiendo los efectos de su utilización, esto es, la adquisición del dominio de la *tabula picta* por parte del propietario de la tabla.

Dicho efecto, que convierte en propietario de la *tabula picta* al dueño de la tabla, lo sostiene reconociendo incluso que algunos —*quidam*— hayan opinado lo contrario *propter pretium picturae*.

Como fundamento de la atribución de la propiedad de la *tabula picta* al dueño de la tabla, acude a la consideración de necesario —*sed necesse est*— que ceda a la cosa aquello que sin ella no puede existir —*ei rei cedi quod sine illa esse non potest*.

En D.6.1.23.3 se omite toda referencia a los instrumentos procesales que, en el caso específico de la pintura se concedían al pintor y al dueño de la tabla, a diferencia de *Gai.* 2.78 y D. 41.1.9.2, tanto en lo que afecta a la acción reivindicatoria del pintor, como a la *actio utilis* del dueño de la tabla, como a la *exceptio doli mali*, y a la *actio furti*.

Ello obliga a examinar este fragmento en consonancia con el párrafo siguiente del jurista Severo en sus comentarios al libro XXI al edicto, recogido en D. 6.1.23.4, cuyos términos son los siguientes:

«In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eum rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare.»

El pasaje no se refiere de forma exclusiva a la pintura, sino que contiene en términos generales los instrumentos procesales que confiere al dueño de cosa principal y al de la cosa accesoria.

El jurista comienza su exposición con una regla general que extrae como consecuencia de lo establecido en los párrafos precedentes, según la cual en todos estos casos en que una cosa mía atrae hacia sí por su superioridad la cosa ajena —*in omnibus igitur*

Carmen López-Rendo Rodríguez

*istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit*⁷⁹— y la hace mía —*meum-que efficit*— si yo vindicara esta cosa —*si eam rem vindicem*⁸⁰, seré obligado por la excepción de dolo malo a dar el precio de aquello que se hubiere anexionado —*per exceptionem doli mali cogar pretium eius, quad accesserit, dare*.

Es decir, al dueño de la cosa principal le atribuye la propiedad del todo y en virtud de ello, es el que está legitimado al ejercicio de la acción reivindicatoria. No obstante lo anterior, el jurista reconoce a favor del dueño de la cosa accesoria un derecho a ser indemnizado en el precio de aquello que se hubiere anexionado, que puede defender mediante la *exceptio doli mali*.

Si se observa dicho texto y se compara con la tesis contraria defendida por Gayo en *Gai.* 2.78 y D.41.1.9.2, vemos que Paulo omite la concesión de una *actio utilis* conferida al dueño de la cosa accesoria. Nada menciona de una *actio furti*; únicamente se refiere a la acción real vindicatoria que puede ejercitar el dueño de la cosa principal y a la *exceptio doli mali*, que puede oponer el dueño de la cosa accesoria para rechazar la *reivindicatio*.

En mi opinión y teniendo en cuenta la interpretación conjunta de los textos antes mencionados puede concluirse que Paulo trata del problema de la *pictura* en términos de accesión, de ahí que en D. 6.1.23.2 hable de *si quis rei suae alienam rem ita adiecerit*; en D. 6.1.23.3 *sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest*; en D. 6.1.23.4 *mea res per praevalentiam alienam rem trahit, meamque efficit*.

Paulo en D. 6.1.23.3 refleja las dos posiciones jurisprudenciales que existían en materia de accesión para determinar cuál de las dos cosas debía considerarse principal y cuál accesoria: a) la de los sabinianos que daba prevalencia al criterio de la *maior species* y b) la de los proculeyanos que acudían al criterio de la *qualitas*⁸¹.

Este jurisconsulto opta por defender la posición de los sabinianos en esta materia presentando como fundamento de la distinción la *maior species*, de ahí que acuda para explicar su opinión a «*sed necesse est ei rei cedi, quad sine illa esse non potest*». Y en D.

⁷⁹ S. SOLAZZI («Glosse a Gaio», *op. cit.*, p. 353) reputa espúrea la frase desde *ideoque* hasta *necessaria est*. Lo considera un glosema que revelaría que la pérdida de la propiedad al menos en cualquier caso de accesión vendría resarcida con una *actio in factum*. La glosa, *Pandectarum sev digestum vetvs iuris civilis. Tomvs primvs. Venetiis, MDLXXXI. p. 544*, interpreta la expresión *in omnibus* en los siguientes términos: «h) S. talibus: vel plurale pro singulari casu: vt sic ad picturam non referatur secundum Io. Vel dic vt statua & charta, secundum Azo». En la edición de la glosa de *Accursio, Digestum vetvs D. Iustiniani, sacratissimi principis, Iuris. Lvgydni. MDXIX p. g*) indica: «Scilicet talibus: vel plurale pro singulari casu: vt sic ad picturam non referatur secundum Ioan. Vel dicit vt statua & charta, secundam Azo».

⁸⁰ VOET, J., «Commentariorum ad Pandectas. Libri quinquaginta», T. II, Venetiis, 1787, p. 136, comentando el Libro VI, Tit. I, define: «vindicare, in genere, est jus in re sibi afferere; et vindicationes dictae omnes in rem actiones.»

⁸¹ Cfr. D. 34.2.19.13, D. 41.1.26.pr; D. 34.2.29.1.

6.1.23.4 utilice al criterio de la prevalencia⁸² («in quibus mea res per prevalentiam alienam rem trahit, meumque efficit»). No obstante, es consciente que existe otra corriente jurisprudencial, a la que se refiere con el *quidam*, que establece lo contrario, esto es, la *tabula picta* pertenece al pintor, fundamentándose en el *pretium picturae*⁸³, es decir en la *qualitas* de la que habla D. 41.1.26.pr. Aplicando dichos principios al caso de la pintura, Paulo considera cosa principal a la tabla, en tanto en cuanto sin tabla no podría existir la pintura. La pintura es para este jurista romano la cosa accesoria.

Del análisis de la posición de ambos juristas, Gayo y Paulo, expresadas en *Gai.* 2.78, D. 41.1.9.2 y D. 6.1.23.3-4 puede concluirse que en la época clásica en materia del *dominium* de la *tabula picta*, el principio común a ambos juristas viene determinado por considerar que la cosa accesoria cede a la cosa principal, de tal forma que el propietario de la cosa principal se convierte en el propietario de la *tabula picta*. La discrepancia radica en el criterio que utilizan para determinar el carácter de principal o de accesorio en el caso de la tabla y de la pintura, ya que Gayo considera cosa principal la pintura, mientras que Paulo es partidario de la tabla, sobre la base de que sin ella no puede existir lo pintado.

En esta época y de todos los textos, en los que cada uno de los juristas sostiene su opinión pero hace referencia a la opinión contraria, parece ser que pudieran afirmarse la coexistencia de dos líneas jurisprudenciales diversas: a) la de los proculyanos, que acuden al criterio de la *qualitas* y que toman como fundamento lo que Paulo denomina —*pretium picturae*—, en virtud de la cual la propiedad de la *tabula picta* pertenecerá al pintor. Tesis que defiende Gayo en Instituciones 2.78 y D. 41.1.9.2. b) la de los sabinianos, que adopta la teoría materialista de acudir al mayor valor —*maior species*—. Tesis que sostiene Paulo en D. 6.1.23.2,3, 4.

Se adopte una u otra solución, la misma siempre ha de quedar circunscrita al punto de vista materialístico y no a vislumbrar en dicha polémica los atisbos de un reconocimiento de un derecho de autor o de propiedad intelectual del autor sobre su obra, que no fue reconocido en el Derecho Romano Clásico a favor del artista o del pintor.

⁸² La glosa *Pandectarvm sev digestvm vetvs iuris civilis. Tomvs primvs. Venetiis, MDLXXXI.*, p. 544, realiza la siguiente interpretación sobre la expresión *per prevalentiam* «i) *Per praevalentiam. Partis, vel etiam pretij: vt. j. de acquir. rer. dom. l. quicquid. si. & no. s. prox. In gemma autem annulo iniuncta distingue. quid cuius causa ornandi adiungatur: vt. j. de vsu. cap. l. rerum mistura. in quid ergo & dixi. j. Ad exhi. l. gemma. & j. De auro & arg. lega. l. & si non sint. Perueniamus*». En la edición de la Glosa *Digestvm Vetvs. D. Iustiniani, sacratissimi principis, iuris. Lvgdvni, MDXLIX*, p. 425. h) *Per praevalentiam. partis, vel etia pretij: vt. j. de acquir. reru do. l. quicquid. si & no. s. prox. In gemma aute annulo in iuncta distingue. quid cuius causa ornandi adiugatur: vt. j. de vsu. cap. l. rerum mistura. in. quid ergo & dixi. j. ad exhi. l. gema. & j. de auro & arg. lega. l. & si non sint. perueniamus*».

⁸³ Paulo utiliza esta expresión. Por el contrario, Gayo tanto en 2.78 como en D. 41.1.9.2. ha mencionado siempre el término *impensa* para referirse a la pintura, mientras que la palabra *pretiam* se usaba para indicar el valor de la tabla.

Carmen López-Rendo Rodríguez

2.2. Período postclásico

En esta etapa, el texto que trata de la *tabula picta* que estamos analizando se encuentra en el *Epítome*⁸⁴ de Gayo, cuyo tenor es el siguiente:

Epit. Gai 2.1.4⁸⁵

«Item regulariter constitutum est, ut superposita inferioribus cedant: id est ut, si quis in solo nostro, sine nostro permissu, domum aedificauerit, ad eum cuius terra est, domus aedificata pertineat: uel si aliquis in agro nostro arbores aut uineas uel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedat; uel si aliquis in agro nostro arbores aut uineas uel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedat; uel si messem in campo seminauerit, omnia haec, quae in terram alienam iactantur domino terrae acquirantur. Quod et de chartis uel pergamenis, si in alienis scribat, licet aureis aut argenteis litteris, similiter eius est scriptura, cuius chartae aut pergamina fuerint. Quod et de tabula, hoc est si aliquis in tabula mea picturam fecerit, obseruatur, quia statutum est, ut tabulae pictura cedat.»

El pasaje se inicia con la referencia a la regla general que va a regir la atribución del dominio en los supuestos que la doctrina posterior ha englobado dentro de la figura de la accesión, para posteriormente enumerar los supuestos que se refieren a la *inaedificatio*, la *plantatio*, la *satio*, la *scriptura* y la *pictura*.

El *Epítome* de Gayo destaca que de forma idéntica, se establece normalmente que lo superpuesto ceda ante lo que está debajo («item regulariter constitutam est, ut superposita inferioribus cedant»).

Este principio se encuentra ausente en *Gai.* 2.73-78 y en D. 41.1.9.2, en los que trata de esta materia en términos casuísticos, sin que se observe una regla semejante.

⁸⁴ El *Epítome* de Gayo ha llegado hasta nosotros a través de la compilación de *leges e iura* que promulgó Alarico II y que fue publicada en el año 506 d.C bajo el nombre de *Lex Romana Wisigothorum*. Uno de los aspectos más discutidos es el de la época de su redacción, si fue redactado por los propios compiladores de la *Lex Romana Wisigothorum* o fue una obra elaborada sobre las instituciones de Gayo antes de su compilación. Vid. ALBERTARIO, E., *Sulla "Epitome Gai"*, Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano, I, Pavia, 1934, pp. 502 y ss. ARCHI, G. G., *L'Epitome Gai. Studio sul tardo diritto romano in Occidente*, Milano, 1937. Existe una reimpresión realizada en Nápoles, 1991, con nota preliminar de CANNATA, C. A., y LOKIN, J. H. A., «Quelques remarques sur l'epitome visigothique de Gaius», *IR*, 1984, pp. 255 y ss. CORTESE, E., «In margine alla ristampa di G. G. Archi l'Epitome Gai», *SDHI*, 1991, pp. 445 y ss. GUARINO, A., «La vita fugge e non s'arresta un'ora», *INDEX*, 21, 1993, pp. 387 y ss. VACCA, L., «Archi e L'Epitome Gai», *INDEX*, 21, 1993, pp. 391 y ss. ARCHI, G. G., «Io e l'Epitome», *INDEX*, 21, 1993, pp. 405 y ss.

⁸⁵ Este pasaje y su contradicción con *Gai.* 2.78 y con D. 41.1.9.2 en materia de *pictura* ha generado una discusión doctrinal referente al pensamiento de este autor. Omíto el análisis pormenorizado de las mismas al exceder del contenido del presente trabajo. Vid. ARNÒ, C., «Sculptura e pictura», *Annuario dell 'Ist. Di storia del dir. Rom.*, 17-18, 1927, pp. 33 y ss. BORTOLUCCI, G., «Tabula picta», *Scr. Arnò, op. cit.*, p. 19. ARCHI, G. G., *L'Epitome Gai. Studio sul tardo diritto romano in Occidente, op. cit.*, pp. 240 y ss. MADDALENA, P., «Tabula picta ritorno a Jhering», *op. cit.*, p. 71. KASER, M., «Tabula», *op. cit.*, p. 38. LUCREZI, F., *La Tabula picta, op. cit.*, pp. 91 y ss. y 273 y ss.

ARCHI⁸⁶, a propósito de este enunciado indica que el maestro postclásico da un principio normativo que encuentra su fundamento, no ya en la *naturalis ratio*, sino en una práctica inveterada, que guía la solución de las cuestiones de fondo de los casos singulares.

En base a ese criterio, *Epit. Gai.* 2.1.4., como último supuesto de los ejemplos destacados, trata del caso de una tabla —*quod et de tabula*—, esto es, si alguien ha realizado una pintura en una tabla mía («si aliquis in tabula mea picturam fecerit»), sucede que la pintura cede a la tabla («obseruatur, quia statutum est, ut tabulae pictura cedat»).

Las diferencias de fondo y de forma entre el pensamiento de Gayo reflejado en *Gai.* 2.78 y D. 41.1.9.2., y el que se recoge en este fragmento son evidentes:

1. En esta época postclásica proclama la prevalencia del principio que atribuye la propiedad de la *tabula picta* al dueño de la tabla, que nos informaba Paulo en D. 6.1.23.3, frente al que en el período clásico había sostenido Gayo en sus otras obras, en virtud del cual la propiedad de la *tabula picta* venía atribuida al pintor. Es decir, opta por reflejar la tesis sabiniana.

2. *Gai.* 2.78 viene redactado en primera persona, relatando un supuesto de hecho y no una disposición general. Por el contrario, *Epit. Gai.* 2.1.4 prescinde del supuesto de hecho y toma como punto de partida una regla general o principio normativo, en virtud del cual adoptará la misma solución referente a la adquisición del dominio en los supuestos que analiza a continuación: *aedificatio*, *plantatio*, *satio*, *scriptura* y *pictura*.

3. En el *Epítome* de Gayo se utiliza idéntica solución para el caso de la pintura y de la escritura: la *tabula picta* pertenece al dueño de la tabla, del mismo modo que la escritura pertenece a aquel de quien sean los papiros o los pergaminos, de ahí que omita cualquier referencia a un *contra probatur* y a la falta de explicación en modo satisfactorio de tal diferente criterio a que aludía en *Gai.* 2.78, ya que en las Instituciones de este jurista se adoptaba diferente conclusión para el caso de la pintura y de la escritura.

4. En el *Epítome* de Gayo se emplea el término *pictura*, en vez de la expresión *imago* que mencionaba *Gai.* 2.78.

5. En el *Epítome* de Gayo, como fundamento de esta solución en virtud de la cual *tabulae pictura cedat*, refiere «obseruatur, quia statutum est». Es decir, la práctica inveterada, el fundamento normativo y no la razón *iure naturali* a la que acudía en *Gai.* 2.73 en materia de *aedificatio* y que sirve de base a los casos siguientes de *plantatio* (*Gai.* 2.74), *satio* (*Gai.* 2.75), *scriptura* (*Gai.* 2.77).

6. El fragmento del *Epit. Gai.* silencia la controversia que, en época clásica, existían entre las dos corrientes jurisprudenciales imperantes, totalmente superada en el siglo V y que en I. 2.1.34 pone de manifiesto Justiniano.

⁸⁶ ARCHI, G. G., *L'Epítome Gai.*, op. cit., p. 237.

Carmen López-Rendo Rodríguez.

Epit. Gai. 2.1.6, en su coherencia con el enunciado de principios normativos en esta materia, después de referirse a los casos que la doctrina posterior ha incluido dentro de la especificación, consagra el derecho que tienen todos los que hayan colocado o construido algo en terreno ajeno o hayan hecho algo de lo citado a poder recuperar las cosas construidas y desembolsos que han realizado en ellas. Estos son los términos en que se expresa el maestro postclásico:

Epit. Gai. 2.1.6:

«Sed in his omnibus superius comprehensis quicumque in terra aliena aliquid posuerit aut aedificauerit aut horum, quae dicta sunt, aliquid fecerit, illis, qui aliena praesumserint, hoc competit, ut expensas uel impendia, quae in his facerint, a dominis, qui rem factam uindicant, recipere possint.»

En este pasaje se observa la omisión a cualquier referencia a la tutela procesal que se confería al dueño de la tabla y al pintor, a diferencia de *Gai.* 2.78 y D. 41.1.9.2. Se silencia tanto la *vindicatio* que se concedía al pintor, como la *actio utilis* que se otorgaba al dueño de la tabla y la *actio furti* que *Gai.* 2.78 permitía ejercitar a este último, en el caso de que le hubiera sido sustraída la tabla.

En mi opinión, todo ello pone de manifiesto cómo en esta época postclásica sin fisuras parece ser que en materia de adquisición del dominio de la *tabula picta*, la misma se atribuía al dueño de la tabla y no al pintor, en virtud del principio normativo según el cual lo superpuesto cede a lo que está debajo y por ello la solución era idéntica en todos los supuestos enumerados de *inaedificatio*, *plantatio*, *satio*, *scriptura* y *pictura*. El principio y la aplicación del mismo a la *tabula picta* venía expresado en términos sustantivos y no procesales, como se observaba en *Gai.* 2.78. y D. 41.1.9.2, de ahí la omisión de los mecanismos procesales que el ordenamiento jurídico clásico concedía al dueño de la cosa accesoria y al dueño de la cosa principal.

2.3. Derecho justiniano y bizantino

A) *Período justiniano*

En esta etapa tenemos un texto especialmente significativo que nos transmite las *Instituciones* de Justiniano (2.1.34), en el que se aparta de los principios defendidos por Paulo en los comentarios al libro XXI al edicto y que se recoge en D. 6.1.23.3 y los que se observan en el Epítome de *Gai* 21.4, en virtud de los cuales la *tabula picta* se convertía en propiedad del dueño de la tabla y no del pintor, para defender personalmente la tesis contraria, que proclama Gayo tanto en *Instituciones* 2.78 como en D. 41.1.9.2.

A diferencia de las *Instituciones* de Gayo⁸⁷, Justiniano en sus *instituciones*, previamente en I. 2.1.25 y siguientes, analiza los casos, que la doctrina posterior ha incluido

⁸⁷ *Vid. supra*, pp. 11 y ss.

dentro del concepto de especificación, para a continuación explicar los supuestos que se refieren a la *inaedificatio* (I. 2.1.29-30), *plantatio* (I. 2.1.31), *satio* (I. 2.1.32), *scriptura* (I. 2.1.33) y *pictura* (I. 2.1.34).

Estos son los términos en que I. 2.1.34, trata la disciplina de la *tabula picta*:

«Si quis in aliena tabula pinxerit, <quidam putant> tabulam picturae cedere: <aliis> videtur picturam, qualiscumque sit, tabulae cedere. sed nobis videtur melius esse tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. unde si a domino tabulae imaginem possidente is qui pinxit eum pctat nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali summoveri: at si is qui pinxit possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur, quo casu, si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. illud enim palam est, quod, sive is qui pinxit subripuit tabulas sive alius, competit domino tabularum furti actio.»

A los fines de efectuar la exégesis del texto creo conveniente realizar una división del mismo en las siguientes partes: A. Principio justinianeo que se adopta en materia de *tabula picta* y el fundamento personal de esta solución. B. Consecuencias y efectos de la aplicación de dicho principio.

A. Principio justinianeo en materia de *tabula picta* y fundamento personal de esta solución. A ello se refiere el pasaje desde «Si quis in aliena tabula pinxerit» hasta «in accessionem vilissimae tabulae cedere».

Justiniano comienza su exposición con el supuesto de que alguno hubiera pintado en tabla de otro («si quis in aliena tabula pinxerit»⁸⁸). Si comparamos los términos con los utilizados por Gai. 2.78 en sus *Institutiones* podemos afirmar que la hipótesis de ambos fragmentos es la misma. Los dos analizan el supuesto de incorporación por una persona de la pintura a la tabla que es propiedad de otro, si bien se observan las siguientes diferencias, que evidencian que dicho texto no fue una copia literal en esta parte del contenido de las *Institutiones* de Gayo:

A. Se silencia la conjunción *sed*, con la que inicia Gayo el tratamiento del problema después de haber expuesto los supuestos anteriores de *inaedificatio*, *implantatio*, *satio*, *scriptura*.

⁸⁸ PLACENTINUS, «Summa Institutionum», en *Corpus glossatorum juris civilis*, I. M. VIOLA (*Augustae taurinorum*, 1973, pp. 25 y 26) defiende la aplicación del principio tanto en caso de buena o mala fe del pintor. La Glosa de ACCURSIO (*Institutionum sive primorum totius Iurisprudenciae elementorum*, Libri Quatuor, Venetiis, MDLXXXI, p. 94) considera que *pinxerit* se refiere sólo a la buena fe, en contra de la opinión de Placentino, quien sostiene la aplicación en ambos supuestos, esto es, tanto en caso de buena o mala fe: g) *Pinxerit. Siue bona fide, siue mala fide, secundum Pla. nos contra, quia bona fide: ut j. eod. Ibi, utique & c.* En el mismo sentido, DONELLUS, H., *Commentariorum iuris civilis, op. cit.*, p. 246.

Carmen López-Rendo Rodríguez

B. Se sustituye el *aliquis* empleado por *Gai. 2.78*⁸⁹ por el *quis* y se refiere a *in aliena tabula*, en vez de a *in tabula mea* utilizado por Gayo en 2.78 y en *Epi. Gai. 2.1.4*. El redactor de las *Instituciones* de Justiniano prefirió expresar el supuesto de hecho en tercera persona en vez de en primera persona, en que se escriben las *Instituciones* de Gayo. La forma expuesta es semejante a la utilizada por Teófilo en la Paráfrasis griega⁹⁰ 2.1.34, por lo que no sería extraño que el texto de I. 2.1.34, hubiera sido redactado por Teófilo, profesor de derecho, que junto con Doroteo y Triboniano formaron la comisión a la que Justiniano encargó la elaboración de las *Instituciones*.

C. Se omite en esta parte el término *imago*, al que se refería *Gai. 2.78*, adoptando únicamente el verbo *pinxerit*.

No obstante esta omisión en esta parte del fragmento, el sustantivo *imago* es utilizado por el redactor de las *Instituciones* de Justiniano en líneas posteriores, cuando copia casi literalmente el contenido del texto de las *Instituciones* de Gayo 2.78, al referirse a la aplicación del principio de la *tabula picturae cedit* y a sus consecuencias desde el punto de vista procesal, en el supuesto que el propietario de la tabla fuera el poseedor de la imagen, permitiendo la reclamación de la misma al pintor. Ello, en mi opinión, evidencia que el redactor de las *Instituciones* de Justiniano tuvo dos alternativas: a) Copiar literalmente el texto de *Gai. 2.78* lo mismo que efectuó en líneas posteriores, o b) omitirlo, al poder plantearle algún problema a la hora de establecer la solución definitiva en la materia, a fin de compaginarla con las reivindicaciones que empezaban a surgir en esa época.

Me inclino a pensar que en este lugar del pasaje el autor de I. 2.1.34 prefirió silenciar deliberadamente dicho término y ello por cuanto no es la única modificación y variación que efectúa el escritor respecto del texto de *Gai. 2.78*, conforme se ha observado con el *sed*, con el *in aliena tabula* y, se verá posteriormente, al omitir del mismo modo el *contra probatur*, el *magis enim dicitur tabulam picturae cedere* y el *cuius diuersitatis vix idonea ratio redditur*, que tantas preocupaciones han dado a los intérpretes y a la doctrina romanista.

Una vez establecida la hipótesis a analizar, el redactor de las *Instituciones* de Justiniano desea poner de relieve que, en esta materia las soluciones no eran pacíficas, agrupando las discusiones en dos corrientes: A) Los que opinan que la tabla cede a la pintura, a quien se refiere con el «quidam». B) Y otros a quien parece que la pintura, cualquiera que sea, cede a la tabla, a los que menciona con «alii». Con el término *qualiscumque*, resalta que el principio en virtud del cual la pintura cede a la tabla, se venía defendiendo sin fisuras, aun cuando la pintura tuviera un precio muy superior y se considerara muy noble⁹¹. Por medio del mismo venía a reproducir idéntico criterio que se propugnaba en el caso de la escritura.

⁸⁹ Y por el *Epi. Gai. 2.1.34*: «Si aliquis in tabula mea picturam fecerit». Cfr. *supra*, pp. 56-57.

⁹⁰ Vid. *infra*, p. 81.

⁹¹ Cfr. VINNIUS, A., *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, T. I, Valencia, 1786, p. 206.

Esta parte del texto ha provocado una gran discusión doctrinal en lo referente a la interpretación de *quidam* y *aliis*⁹², es decir, si con estas expresiones querían referirse a la existencia de un conflicto jurisprudencial entre la escuela de los sabinianos y de los proculeyanos en materia de *tabula picta*.

Comparto la corriente mayoritaria de la doctrina romanista, que identifica a los *quidam* con la escuela proculeyana, defensores del principio progresista que en este conflicto resolvía a favor del pintor, de tal forma que al ceder la tabla a la pintura el propietario de la *tabula picta* era el pintor; y a los *aliis*, con los que seguían la tesis contraria defendida por la escuela sabiniana.

Del testimonio de las fuentes analizadas hasta el momento creo que es evidente la existencia de una discrepancia en materia de *tabula picta* entre dos corrientes jurisprudenciales, que no se refiere sólo a la opinión de Gayo y a la de Paulo. Basta observar cómo esa controversia ya se vislumbra en *Gai.* 2.78, en D. 41.1.9.2, en D. 6.1.23.3, en el que también existe una alusión a los *quidam* y a los *aliis* y cómo el problema se remonta a Labeón y Sabino, a los que acude Paulo en sus comentarios al edicto, libro VII, que se encuentra en D. 50.16.14.pr⁹³ y evidencia que estos jurisconsultos romanos estimaban que si una cosa hubiera sido devuelta alterada, por ejemplo, tazas rozadas o un cuadro con la pintura raída, se considera que falta la cosa, porque el precio de tales cosas no está en su materia sino en la hechura.

El redactor de las *Instituciones* de Justiniano parece ser consciente de la oscuridad que presenta el texto de las instituciones de Gayo 2.78 en este punto al utilizar los términos «contra probatur, magis enim dicitur tabulam picturae cedere, cuius diversitatis uix idonea ratio redditur», y de su contradicción con el texto del *Epit. Gai.* 2.1.4, así

⁹² GOTTFREDEDUS, D., *Corpus Iuris Civilis. Coloniae MDCXXIV. Institutionum Lib. II. Tit. III. p. 19*, indica que con *quidam* se refiere a Gayo, tal como se observa en D. 41.1.9.2. *de adq. re. dom.* y el *aliis* se corresponde con Paulo en D.6.23.3. *De rei vind. 1 Gayo juniori, 2 Inst. I.* NOODT, G., *Opera omnia, op. cit.*: «Sabiniani qui, considerato picturae pretio, credebant ridiculum esse, manum Apellis vel Parthasii, in accessionem vilissimae tabulae cedere. Sed Paulus sta. a parte Proculi: necesse, inquit, esse, picturam cedere tabulae: quod sine illa esse non potest». H. ERMAN, H. («Beiträge zur Publiciana», 2, *SZ.* 13, 1892, pp. 218 y ss.) afirma que los *Quidam* de IJ 2.1.34 debieron ser los sabinianos, ya que Gayo «wohl aus Schultradition». No obstante, en la nota 2 de su trabajo indica que si se considerase la pintura como una forma de especificación los *quidam* serían los proculeyanos. F. LUCREZZI (*La tabula picta, op. cit.*, pp. 34-35) estima legítimo identificar, según una reconstrucción ya hipotizada por una parte de la doctrina, remitiendo a GUARINO, que en las *Instituciones* de Justiniano los *quidam* —*pro pintor*— serían los proculeyanos y los *alii* —*pro dominus tabulae*—, los Sabinianos. En apoyo de su tesis refiere el texto inmediatamente posterior de Gayo 2.79, en el que utiliza los *quidam* y los *alii*, para resaltar los diferentes criterios que se venían aplicando en materia de especificación.

⁹³ D. 50.16.14 pr. (*Paul., lib. VII ad ed.*): «Labeo et Sabinus existimant, si vestimentum scissum reddatur vel res corrupta reddita sit, veluti scyphi collisi aut tabula rasa pictura, videri rem abesse, quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum. item si dominus rem, quae furto sibi aberat, ignorans emerit, recte dicitur res abesse, etiamsi postea id ita esse scierit, quia videtur res ei abesse, cui pretium abest.»

Carmen López-Rendo Rodríguez

como la diferente posición que defendía Paulo. Todo ello y quizás la realidad histórica, social que se producía en aquella época, le conduce a apartarse del tenor literal de las instituciones de Gayo, y optar por reflejar las diferentes soluciones que en la práctica se venían aplicando, para posteriormente sentar la solución personal que le parece mejor en ese momento para resolver la situación que se planteaba en la época, a la que se refiere con la expresión «sed nobis videtur melius esse».

Al derecho justinianco, de las dos soluciones antes mencionadas, le parece mejor decantarse por la que afirma que la tabla⁹⁴ cede a la pintura. El fundamento de esta opción no se hallaba en razones *iure naturali*, ni en el *quia statutum est*, al que se refiere el *Epit. Gai* 2.1.4, ni en el *magis enim dicitur* (*Gai.* 2.78), ni en el *necesse est* de D. 6.1.9.2. La justificación la encuentran los redactores de las *Instituciones* de Justiniano en que les parece mejor («sed nobis videtur melius esse»). Pues es ridículo («ridiculum est enim») que una pintura de Apeles o de Parrasio ceda por accesión a una miserabilísima tabla («in accesionem vilissimae tabulae cedere»).

Todo este fragmento está ausente de las fuentes jurídico romanas precedentes que hemos examinado hasta el momento, lo que lleva a cuestionarse la razón por la que el redactor de las *Instituciones* de Justiniano, para apoyar la defensa de su solución, acude a la obra de dos grandes artistas de la Grecia clásica, cual son Apeles y Parrasio⁹⁵ y califica a la tabla como *vilissima*. En términos estrictos de accesión esta justificación puede traducirse en el sentido de que para Justiniano debía prevalecer la pintura sobre la tabla, porque ésta tenía la consideración de *vilissima* y, por tanto, de cosa accesorio, mientras que la pintura sería la cosa principal, en virtud de su *qualitas* superior. La referencia a estos artistas, así como la conclusión adoptada es idéntica a la que se observa en la *Paráfrasis* de Teófilo, lo que me inclina a pensar que este texto de las *Instituciones* de Justiniano pudo ser redactado por Teófilo.

Ahora bien, esto no es la única conclusión que extraigo del pasaje en examen, ya que en mi opinión, con la referencia a *melius esse*, al *ridiculum est* y el recuerdo a estos grandes artistas de la Grecia clásica, quizá quisiera poner de relieve una realidad histórica que estaba teniendo lugar en esa época y que tendía a resaltar el importante crédito que em-

⁹⁴ La Glosa Magna de ACCURSIO, *op. cit.*, p. 94, se pregunta si en el término tabla puede incluirse el mármol. Respondiendo en términos negativos: h) *Tabulam. Quid si in marmore? Resp. cóntra seruari forte. arg. tamen contra. j. de test. pen.* GOTHOFREDUS, D., *Corpus Juris civilis Romani in quo Institutiones, Digesta, ad Codicem Florentinum emendata, Coloniae Munatianae, 1756. Institutionum Lib. II, Tit. I*, p. 18: «45. Quid, si in marmore? Si solae litterae, cedunt marmor; si forma hominis insculpta, marmor cedit formae.»

⁹⁵ La Glosa Magna de ACCURSIO, *op. cit.*, p. 94, que en la letra k) indica que Apellis y Parrasio son los nombres propios de pintores. K) *Apellis. V. Parrhasij propria nomina pictorú.* GOTHOFREDUS, D., *Corpus Juris civilis Romani in quo institutiones, Digesta, ad Codicem Florentinum emendata, Coloniae Munatianae, 1756. Institutionum Lib. II, Tit. I*, p. 18, en el que en relación con Apeles indica: «50. Hic non Judaeus, ut censet Jo. Faber: sed Graecus, ex Coe insula: unde Coe Ovid. 4. De Ponto». Sobre Parrasio añade: «51. Hic Ephesius fuit de quo v. Plin. 35. C.10». CUJACIUS, J., *Opera, op. cit.*, p. 766 remite a las instituciones de Teófilo.

pezaban a tener algunos autores y la necesidad de proteger sus intereses personales y su dignidad, en cuanto la *pictura* obra de arte, se insertaba en la tabla de otro, que era de inferior valor.

En Roma no existió una propiedad ordinaria sobre el objeto y una propiedad intelectual sobre lo contenido en ese objeto, por ello sólo podía existir un único propietario y las diversas soluciones que se dan en las diferentes épocas tienen como denominador común el hecho de que concluyen con un único propietario: el propietario de la tabla o el propietario de la pintura. Solamente mediante la consideración de la *pictura* como cosa principal y la tabla como cosa accesoria podía otorgarse protección a los pintores, en los conflictos que surgieran con el dueño de la tabla, y reconocerse su dignidad, dado que el Derecho Romano carece de la idea de un derecho especial sobre las producciones del espíritu.

B. Consecuencias y efectos de la aplicación del principio «tabula picturae cedit»

El redactor de las *Instituciones* de Justiniano, a diferencia del fragmento precedente, en esta parte, fue fiel al texto de las *Instituciones* de Gayo contenido en 2.78, transcribiendo el mismo en idénticos términos y, a diferencia del Epítome de Gayo 2.1.4 en el que se contempla el problema desde el punto de vista sustantivo, vuelve a retomar la visión del mismo desde el punto de vista procesal, es decir, atendiendo a los instrumentos procesales que el ordenamiento jurídico concede al dueño de la tabla y al pintor. Quizás la disparidad más significativa pueda observarse en la forma en que empieza a explicar las consecuencias que tiene la aplicación del principio *tabula picturae cedit*, al sustituir la expresión que utilizaba *Gai.* 2.78 («certe secundum hanc regulam»), por *unde*, con la que parece indicar, que la solución de lo que va a exponer a continuación se deriva de su propia conclusión y no de ninguna regla preestablecida. El resto de las diferencias que se atisban son de estilo y vienen impuestas por la redacción del mismo, no en primera persona como efectuaba Gayo, sino en términos generales de identificar el «yo» y el «tú» de *Gai.* 2.78, respectivamente, por el *dominus tabulae* y por el *is qui pinxit*, sin que afecte al fondo del asunto, que permanece inalterado.

En el mismo sentido que *Gai.* 2. 78, y prosiguiendo igual orden sin que se produzca la inversión que veíamos en D. 41.1.9.2, en el Derecho justinianeo se vuelven a señalar los dos supuestos de *Gai.* 2.78: 1. El del *dominus tabulae* poseedor de la imagen propiedad del pintor, *is qui pinxit*. 2 *Dominus tabulae* no poseedor de la *tabula picta*.

1. Al primero, se refiere el fragmento desde «si a domino tabulae imaginem possidente is qui pinxit eam petat nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali summoverti».

Análogamente a *Gai.* 2.78, refleja la hipótesis de una reclamación judicial que entabla el pintor —*is qui pinxit*— contra el dueño de la tabla que posee la imagen del pintor. El fragmento emplea prácticamente los mismos términos: el sustantivo *imago*, el verbo

Carmen López-Rendo Rodríguez.

peto y el *possidente*⁹⁶ y, al igual que *Gai. 2. 78*, omite de forma expresa la acción que se confiere al pintor, a diferencia de *Gai, lib. II Rer. cott. sive aureorum*, en el que hemos visto cómo el jurista se refería a esta acción con la expresión *recta vindicatio*. No obstante este silencio, viendo el contenido de *D. 41.1.9.2* y la interpretación que efectúa de este texto la glosa⁹⁷, y los humanistas⁹⁸, ha de entenderse que con la expresión *eum petat* se está refiriendo a la *directa rei vindicatione*.

Las modificaciones del fragmento se circunscriben a la identificación del legitimado activamente como el *is, qui pinxit* y pasivamente contra el *dominus tabulae*.

En idéntica forma que *Gai. 2.78*, para que prospere la reclamación judicial del pintor, exige que éste pague al dueño de la tabla el *pretium tabulae*, confiriendo a éste último como instrumento de defensa por el que puede rechazar la reclamación del pintor si éste no pagaba el precio de la tabla la *exceptio doli mali: poterit per exceptionem doli mali summoverti*⁹⁹.

2. La segunda hipótesis referente al *dominus tabulae* no poseedor viene analizada desde «at si is qui pinxit possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur, quo casu, si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli

⁹⁶ Respecto a la buena fe del que pinta en cosa ajena, aunque nada se diga referente a si el poseedor ha de ser de buena o mala fe, ha de sobreentenderse que el texto se aplica en el caso del poseedor de buena fe, ya que el que pinta de mala fe, en tabla ajena, carece de acción real contra el dueño de la tabla. Cfr. La Glosa de ACCURSIO: *Institutionum sive primorum totius Iurisprudentiae elementorum*. Libri Quatuor. Venetiis, MDLXXXI, p. 94. DONELLUS, H., *Commentariorum iuris civilis. op. cit.*, p. 246.

En contra de esta opinión reflejada en la glosa de Accursio, *vid.* PLACENTINUS, «Summa Institutionum», en *Corpus glossatorum juris civilis*, I. VIOLA, M., *Augustae taurinorum*, 1973, pp. 25 y 26, quien defiende la aplicación del principio tanto en caso de buena o mala fe del pintor.

⁹⁷ La Glosa Magna de ACCURSIO, *op. cit.*, p. 94: «I) Eam petat. Scilicet directa rei vindicatione: vt. ss. de acquir. rer. Domin. I. Qua. ratione. Sed no, vt literae. secundum Azonem».

⁹⁸ CUIACIUS, J., *Opera ad parisiensem Fabrotianam Editionem*, Tomo II, Notae et scholia in lib. II, 1836, pp. 752 y 766 * 68: «Eam petat. Pictor directam vindicationem habet». Fundamentándose en *L. Qua ratione 9.2 de adq. rer. dom. (D. 41.19.2)*. H. DONELLUS (*Commentariorum iuris civilis, op. cit.*, pp. 245-246) atribuye al pintor contra el dueño de la tabla *directam actionem in rem*, y reconoce a favor del dueño de la tabla una acción útil real, condicionando ambas al requisito del pago del *pretium tabulae*, en el primer caso, y de la *impensa picturae* en el segundo. Donello aclara que el reconocimiento de las dos acciones reales no implica que por medio de ellas se convirtieran en propietarios ambos de las cosas, sino que uno adquiriría la tabla con la pintura y el otro su estimación, bien de la tabla o bien de la pintura. En el mismo sentido, *vid.* VINNIUS, A., *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, T. I, *op. cit.*, p. 206: «Ex sententia Justiniani & Gaji competit ei qui pinxit adversus dominum tabulae recta vindicatio». En el siglo XVIII, NOODT, G., *Opera Omnia, op. cit.*, reconoce la acción directa al pintor y al útil al dueño de la tabla: «[...] verum media obtinuit sententia existimantium, utriusque dandam esse actionem: pictori directam: domino utilem. nomini Gajus 1.9.3. D. De adq. rer. dom. & ex eo Justinianus 34. Inst. H. I. ipse tamen Gajus aliter lib. 2. Inst. tit. I.»

⁹⁹ La identidad de ambas construcciones es evidente, variando únicamente la persona del verbo. *Gai. 2.78*: «poteris per exceptionem doli muli summoverti». I. 2.1.34: «poterit per exceptionem doli muli summoverti».

mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod, sive is qui pinxit subripuit tabulae sive alius, competit domino tabularum furti actio».

De la misma forma que *Gai.* 2.78 empleando —*at si*—, destaca el supuesto contrario, esto es, es el pintor quien posee la *tabula picta* y el *dominus tabulae* es un no poseedor. La estricta aplicación del principio enunciado *tabula picturae cedit*, tendría como consecuencia la falta de tutela judicial por parte del *dominus tabulae*, al no ser ya propietario de la *nuda tabula* por haber pasado, en virtud de la accesión, a propiedad del pintor.

Pero ello tampoco es así para el Derecho justinianeo que, utilizando la misma expresión de *Gai.* 2.78, sostiene —*consequens est*¹⁰⁰— que se dé al dueño de la tabla una acción útil contra el pintor. La naturaleza de esta acción útil sigue sin aclararla el redactor de las *Institutiones*, quien prefirió copiar literalmente el texto, silenciando si la misma era una acción real, personal, ficticia o de cualquiera otra naturaleza.

La Paráfrasis de Teófilo, la glosa, los comentaristas posteriores, el derecho de pandectas y los romanistas posteriores¹⁰¹ han interpretado esta acción útil, como una *actio utilis in rem*, es decir, como una acción *in rem* no directa.

¹⁰⁰ A diferencia de D. 41.1.9.2, en el que se acude al criterio de la conveniencia («utique tamen conveniens est»). *Supra*, pp. 33 y ss. VINNIUS, A., *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius*, op. cit., p. 207, impugna la expresión *consequens est*, diciendo que estas disposiciones, lejos de proceder de las anteriores, son excepciones de ella. ORTOLÁN, M., *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, 4.ª ed., Trad. por los magistrados Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Tomo I, Madrid, 1877, p. 342. «La palabra *consequens* en el texto recae sólo sobre la circunstancia *si possideat*, siendo el sentido éste. Si el pintor posee, se sigue esta circunstancia, etc.»

¹⁰¹ Cfr. *Theop. Par.* 2.1.34, *infra* y la Glosa Magna de ACCURSIO, op. cit., p. 94. M.) *Vtili actio. In rem non directa: quia desijt dns esse. & sic est mirabile, q. nō dominus a domino vindicat. sic contingit alias in Publiciana in quibusdā casibus. vt no j. de actio. Aliae.* En la edición de la Glosa de ACCURSIO: *Institutionum D. Justiniani sacratissimi Imperatoris libri quatuor*, Lygdvni. MDL. *Institutionum imper.* Lib. II, p. 64, el texto es del siguiente tenor: «x) Vtilis actio in re non directa: quia desijt domin'esse & sic est mirabile, quōd non dominus à domino vindicat, sic contingit alias in Publiciana in quibusda casibus, vt non j. de actio. Aliae.» Este criterio de la glosa ha sido seguido por VOET, J., *Commentariorum ad Pandectas*, op. cit., p. 147: «[...] utilem tamen rei vindicationem exercere possunt, veluti illi, quos utiles dominos apellamus, quales [...] Domini quoque tabulae, cui alius picturam imposuit, si quis in aliena 34, inst. de ref. divis.» DERNBURG, A., *Pandette*, Vol. I-Parte II, *Diritti reali*, 6.ª ed., Trad. it. di Francesco Bernardino Cicala, Torino, 1907, p. 152, n. 8. ARNDTS, L., *Trattato delle pandette*, Vol. I, Bologna, 1872, p. 267, d): «Nei quadri il proprietario della tavola o della tela ha una utilis rei vindicatio, contro il pittore che la possiede; ma costui, se possedeva in buona fede, può opporre alla sua volta l'exceptio doli, seppure il rivendicante non fosse pronto a pagare il valore del dipinto». GLÜCK, F., *Commentario alle pandette*, traducción por Silvio Perozzi, Milano, 1903, Libro XXI, p. 304: «Certo non v'ha dubbio che al proprietario della tavola è sempre attribuita la rei vindicatio utilis contro il pittore.» C. FERRINI (*Manuale di Pandette*, 4.ª ed., Milano, 1953, p. 295) cree que si el cuadro está en manos del pintor, el antiguo propietario de la tela puede intentar una *re vindicatio utilis*, que configura ficticia: «Si tabula picta non esset, tum si pareret eam tabulam A.i.A.i esse.» Después de la *pronuntiatio* el pintor podría evitar la condena, restituyendo *arbitratu iudicis* el *pretium tabulae*.

Carmen López-Rendo Rodríguez

Análogamente a la primera parte del fragmento, que contempla la reclamación judicial del pintor contra el dueño de la tabla, poseedor de la *tabula picta*, para que pueda prosperar esta *actio utilis* exige que el dueño de la *tabula* pague al pintor la *impensa picturae*, confiriendo al pintor que no haya sido indemnizado con *impensa picturae*, la posibilidad de rechazar la *actio utilis* del dueño de la tabla mediante la *exceptio doli mali*, siempre que sea poseedor de buena fe ¹⁰². Lo mismo que *Gai* 2.78 para remarcar la exigencia de la buena fe, acude a la figura del *furtum*, confiriendo al *dominus tabulae* la *actio furti* ¹⁰³.

Esta *actio furti* se confiere al dueño de la tabla contra el pintor —*is qui pinxit*—, si sustrajo las tablas antes de realizar la pintura —*surrripuit*—, es decir, cuando todavía se consideraba *nuda tabula* ¹⁰⁴ y contra un tercero, después de creada la pintura.

La glosa y los humanistas que han interpretado el texto de I. 2.1.34 se han preguntado qué solución habría que adoptar en el supuesto que la *tabula picta* estuviera en posesión de un tercero, si al mismo tiempo el pintor ejercita la *actio directa in rem* y el dueño de la tabla la *actio utilis*.

En este sentido se han postulado dos criterios: a) el de la prevalencia de la acción directa frente a la acción útil defendido por la glosa y por los comentaristas posteriores ¹⁰⁵, b) el de criterio de la preferencia en la ocupación defendido por DONELO ¹⁰⁶.

¹⁰² Exigencia de la buena fe que también se observaba en D. 41.1.9.2.

¹⁰³ *Actio furti* que había desaparecido en D. 41.1.9.2. y vuelve a resurgir en el derecho justiniano, tanto en dicho texto como en I. 2.1.26, en el que la que fue dueño de la púrpura que incorpora a un vestido ajeno, se le concede la *actio furti* y la *condictio furtiva* contra el que se la sustrajo.

¹⁰⁴ Me apoyo para ello en la interpretación que realiza la glosa de ACCURSIO, *op. cit.*, p. 94, del verbo *surrripuit* y del término *alius*. O) *Surrripuit. Ante quàm pingeret. P) Alius. Post picturam*. A propósito de la interpretación de la expresión *dominum tabularum* en la letra q) también sobreentendiendo que esta *actio furti* se confiere al pintor contra un extraño, según Azón. A continuación le parece que también se le puede conceder al pintor contra el dueño de la tabla si le fue sustraída una vez pintada, fundamentando su opinión en *ut infra de obligatio. quae ex delict. nascuntur. Aliquando*.

¹⁰⁵ Cfr. *La Glosa: Pandectarum sev digestorum iuris civilis. Tomo III. Quod digestum novvm vulgo appellant*. Venetiis MDLXXXI, p. 255. Se cuestiona también lo que ocurre si ambos accionan al tiempo contra un tercero poseedor de la *tabula picta*, respectivamente el pintor con su acción directa y el pintor con su acción útil. Responde que se prefiere al pintor que tiene la acción directa. VINNIUS, A., *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus et forensis, op. cit.*, p. 207. Vid. LAUTERBACH, W. A., *Collegium pandectarum theoretico-practicum*, T. III, Tubinguae, 1784, p. 187: «sin tertius tabulam possideat, & dominus tabulae & pictor pretium tabulae offerat, pictor praevaleret: quia recta i.e. directa actio ipsi competit».

¹⁰⁶ DONELLUS, H., *Commentariorum iuris civilis, op. cit.*, p. 246. 18) utiliza como criterio de prioridad el que primero obtenga la ocupación o la sentencia. En contra del razonamiento utilizado por Donello, se pronuncia VINNIUS, A., *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus et forensis, op. cit.*, p. 207, quien considera que el planteamiento de Donello va en contra de la mente del emperador justiniano y de los jurisconsultos, quienes manifiestan que así como quieren que la tabla ceda a la pintura, así desean que prevalezca la acción directa del pintor frente a la útil del dueño de la tabla.

A modo de síntesis, puede concluirse que en el Derecho Justiniano en materia de *tabula picta* rige el principio según el cual la tabla cede a la pintura, dado que para Justiniano la pintura es la cosa principal, al ser la de valor superior, mientras que la tabla sería la cosa accesoria, al ser de inferior valor —*vilissima*—, de tal forma que el pintor será el propietario de la *tabula picta*. Este principio es elegido y defendido por Justiniano al ajustarse mejor a las circunstancias de la época, en las que, con el reclamo a la figura de Apeles y Parrasio se deja traslucir la necesidad de proteger a los pintores, y más en concreto su dignidad, ya que para el Derecho justinianeo era totalmente desconocido un derecho especial sobre las propiedades del espíritu, independiente del derecho sobre el objeto.

La aplicación del principio elegido por Justiniano en materia de *tabula picta* tiene las siguientes consecuencias jurídicas desde el punto de vista de la protección procesal que se otorga al dueño de la tabla y al pintor, las cuales sintetizo en el siguiente cuadro:

DOMINUS TABULAE POSEEDOR DE TABULA PICTA		DOMINUS TABULAE NO POSEEDOR DE TABULA PICTA	
<i>PICTOR</i>	PETERE (= acción) contra <i>dominum tabulae</i> . (<i>Reivindicatio</i>)	<i>DOMINUS TABULAE</i>	* <i>ACTIO UTILIS</i> contra <i>pictorem</i> poseedor de <i>tabula picta</i> . * <i>ACTIO FURTI</i> contra el que hurtó la tabla
<i>DOMINUS TABULAE</i>	<i>Exceptio doli mali</i> , si <i>pictor</i> no le ha abonado <i>pretium tabulae</i>	<i>PICTOR</i>	<i>Exceptio doli mali</i> si <i>dominus tabulae</i> no le ha abonado <i>impensa picturae</i> , siempre que sea poseedor de buena fe

2.4. Fuentes bizantinas

Una vez examinado el tratamiento que se ha dado en el *Corpus Iuris Civilis* a esta institución, y a fin de intentar comprender cabalmente su evolución, he considerado preciso examinar los testimonios de las fuentes postclásicas bizantinas contenidas en la paráfrasis de *Theophilus*¹⁰⁷, en *Bas.* 15.1.23 y en un escolio que comenta el texto de los Basílicos 15.1.23 (= D. 6.1.23)¹⁰⁸ y *Bas.* 50.1.8.2.

¹⁰⁷ *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa*. Instruxit E. C. FERRINI (Berlín, 1897) (Aalen, 1967), de donde he tomado el texto griego y la traducción latina que realiza FERRINI.

¹⁰⁸ La obra que se ha utilizado para el estudio de las fuentes postclásicas bizantinas ha sido la obra de los Basílicos realizada por SCHELFEMA Y HOIJWERDA, 1953, quienes separaron el texto de los Basílicos y la

Carmen López-Rendo Rodríguez

*Theop. Paraph. Graec. 2.1.34*¹⁰⁹

Λαβὼν τις ἄλλοτρίαν σανίδα ἐζωγράφησε καὶ εἰχόνα χατεύασεν. τίος ἐστὶν ἢ εἰχὼν, ἐζητήθη. καὶ οἱ μὲν λέγουσι τὸν ζωγράφον γίνεσθαι δεσπότην τῆς σανίδος καὶ τὴν σανίδα εἶξιν τῇ γραφῇ, ἕτεροι δὲ τὸν τῆς σανίδος δεσπότην τῆς γραφῆς γίνεσθαι χύριόν φασιν, ὅποιαδήποτε εἴη γραφή. ὁ δὲ ἡμέτερος βασιλεὺς τὴν προτέρον μᾶλλον ἐδέξατο γνώμην καὶ τὸν ζωγραφήσαντα τῆς εἰχόνος γίνεσθαι βούλεται δεσπότην. χαταγέλαστον γὰρ ἐνόμισεν εἶναι τὴν Ἀπέλλου ζωγραφίαν ἢ Παρρασίου υπεῖχειν τῇ εὐτελεστάτῃ σανίδι. οὐδὲν εἰ ὁ τῆς σανίδος δεσπότης ἐν χατοχῇ γέγονε τῆς εἰχόνος, δὲ ζωγραφήσας ἔλθῃ χινῶν χατ' αὐτοῦ τὴν in rem μὴ χαταβαλὼν τὸ τῆς σανίδος τίμημα, διὰ τῆς τοῦ δόλου παραγραφῆς ἐχβλήσεται. εἰ δὲ ὁ ζωγραφήσας νέμεται τὴν εἰχόνα, τότε ὁ τῆς σανίδος δεσπότης directam μὲν in rem ἔχειν οὐ δύναται, ἐξέπεσε γὰρ τῆς δεσποτείας τῆς γραφῆς ἐπιτεθείσης, δίδοται δὲ αὐτῷ utilia in rem, ἵνα χινῶν οὕτω λέγῃ· ὥσανεὶ ὑπῆρχον δεσπότης. τῇ δὲ εἰρημένη utilia in rem χρώμενος, εἰ μὴ παρὰσχῃ τὰ περὶ τὴν ζωγραφίαν γενόμενα δαπανήματα τῷ bona fide ζωγραφήσαντι, ἐξωθείται διὰ τῆς τοῦ δόλου παραγραφῆς. καὶ ταῦτα μὲν τετραχταίσιτα δσον ἐπὶ τῇ δεσποτεία τῆς εἰχόνος· ἐχεῖνο γὰρ τῶν ὁμολογημένων ἐστὶν, ὅτι εἴτε ὁ ζωγραφήσας ἐχλεψε τὴν σανίδα, εἴτε ἕτερός τις, δίδοται τῷ δεσπότη ἢ furti χατὰ τοῦ χλέπτου.

LUCREZI¹¹⁰, con gran acierto, pone de relieve las siguientes diferencias que observa con el fragmento original:

cadena de escolios. Dicho método de trabajo fue criticado por BERGER en TR 23, 1954, pp. 183 y ss. Sobre el derecho bizantino, entre otros, *vid.* GÓMEZ ROYO, E., *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas*, Valencia, 1992, nota preliminar pp. 15 y ss., en cuyas notas se cita a Zachariae von Lingenthal: «Aus und zu den Quellen des römischen Rechts». SZ. 8, 1887). El mismo autor, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, Aalen, 1955, reimpr. de la 3.ª ed. de 1892. SCHMINK: *Studien zu mittelbyzantinischen Rechtsbüchern*, Frankfurt, 1896. PUELLER, «Basilicorum Libri LX, series A VIII und IV», en SZ. 106, 1989, pp. 872 y ss. GÓMEZ ROYO, E., «Introducción al derecho bizantino», *Seminarios complutenses de derecho romano*, VIII, 1996, Madrid, 1997, pp. 140-207; sobre el origen, estructura y valor de la compilación, la obra de GÓMEZ ROYO, E., «Los Basilicos: origen, estructura y valor de la compilación», *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu*, Valencia, 1989.

¹⁰⁹ La traducción del texto al latín que efectúa FERRINI, C., *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa*, *op. cit.*, p. 112, es del siguiente tenor: «Aliena quis usus tabula, pinxit et imaginem confecit. quaesitum est cuius tabula picta esset. et quidam aiebant pictorem tabulae fieri dominum, tabulamque picturae cedere; alii autem dominum tabulae etiam picturae fieri proprietarium, qualiscumque pictura esse. princeps autem noster priorem praetulit sententiam, pictoremque dominum tabulae pictae fieri iussit. ridiculum enim putavit Apellis uel Parrhasii picturam ullissimae cedere tabulae. ideo si dominus tabulae imaginem possideat, pictor autem ad vindicandum agat nec tabulae pretiam solvat per doli mali exceptionem repelletur. at si is qui pinxit imaginem possideat, dominus tabulae directa in rem actione experiri nequit, dominio enim eius cecidit, cum picta fuerit; utilis tamen in rem actio ei datur, quam intendens dicat: quasi dominus essem. qua utili actione in rem usus nisi soluat picturae impensam ei qui bona fide pinxit, repelletur per doli exceptionem. et haec de imaginis proprietate tractata sunt. illud enim palam est, quod, siue is qui pinxit subripuit tabulam siue alius, competit domino furti actio in eum qui subripuit.»

¹¹⁰ LUCREZI, E., *La Tabula Picta*, *op. cit.*, p. 72.

a) La aparición en la *Paráfrasis* de un sujeto preciso, del que proviene el conocido parecer según el cual hacer ceder la pintura a la materia sería ridículo: el ἡμετερος βασιλευς. Es él quien prefiere explícitamente e impone la solución proculeyana y es él quien desprecia como ridícula la sabiniana,

b) la segunda diferencia se refiere a la acción útil, que en la versión de Teófilo se concede *in rem* y que funciona como una acción ficticia. Al referirse a *ego, dominus tabulae*.

Si comparamos el texto de Teófilo con el de I. 2.1.34, además de las diferencias apuntadas por LUCREZI, que comparto plenamente, pueden resaltarse las siguientes analogías y diferencias:

A. Teófilo, lo mismo que I. 2.1.34, parte del supuesto de que alguien pinte en tabla ajena, si bien no habla sólo de pintar, sino también de *imaginem confecit*.

B. Análogamente se refiere a las diferentes soluciones existentes sobre la *tabula picta* entre los *quidam* y los *alii*, empleando prácticamente los mismos términos.

C. Se adopta la solución en virtud de la cual la tabla cede a la pintura, porque así lo quiere e impone el *Basileus*, argumentando que sería ridículo que una pintura de Apelis y Parrasio cediera a una vilísima tabla.

Las expresiones son idénticas a las de I. 2.1.34, separándose en este fragmento totalmente del texto de las *Instituciones* de Gayo 2.78.

D. Las consecuencias jurídicas de la aplicación de este principio, así como los instrumentos procesales que se otorgan al dueño de la tabla y al pintor son similares a los que se observan en I. 2.1.34. Así:

1. Al pintor no poseedor se le concede la posibilidad de accionar con una *vindicatio* contra el *dominus tabulae* poseedor de la *tabula picta*. Aquí, a diferencia de I. 2.1.34 y de *Gai* 2.78, sustituye el verbo *petere* por una expresa *vindicatio*, cuya prosperabilidad condiciona al pago del *pretium tabulae* al dueño de la tabla, so pena que, de no abonar dicho *pretium*, pueda ser rechazado con la *exceptio doli mali*.

2. Si es el pintor quien posee la *tabula picta*, expresamente manifiesta Teófilo que al dueño de la tabla no le corresponde ninguna acción real directa —*directa in rem actione experiri nequit*—, ya que su dominio cedió a la pintura. No obstante, se le otorga una *actio utilis in rem*. Naturaleza real de esta acción que, es la primera vez que aparece de forma expresa en las fuentes jurídico romanas. Para que prospere el ejercicio de la misma exige que el dueño de la tabla abone al pintor *picturae impensam*, so pena que, de no hacerlo, se repela dicha acción con la *exceptio doli mali*. A semejanza de *Gai* 2.78 e I. 2.1.34, concede al *dominus tabulae* la *actio furti*.

Al tratamiento de la acción reivindicatoria y su posible encaje en el supuesto de accesión de una cosa mueble a mueble se refiere *Bas.* 15.1.23¹¹¹, cuyo paralelo es el texto que nos transmite D. 6.1.23.

¹¹¹ Cfr. SCHELTEMA-HOLWERDA, *Basilicorum Libri LX*, Series B, Volumen III, 1957, p. 89f.

Como se infiere del Digesto, el texto de basílicos es una traducción conocida como *katà pódas*, es decir, *ad pedem litterae*, y, a su vez, abreviada, porque en el siglo IX, cuando se materializó la compilación, se

Carmen López-Rendo Rodríguez

Si a una cosa mía incorporo una cosa ajena, la tesis que sostiene la compilación siguiendo a D. 6.1.23.2 es «que la totalidad se hace mía». Pero a continuación y a colación de alguna opinión difundida, en lo que afecta a la pintura, precisa que para estos casos no cabría hablar de adquisición automática de la propiedad sobre la obra pintada. La *ratio dicendi* se basa en el *pretium picturae*.

BORTOLUCCI¹¹², puso de manifiesto la existencia de un escolio a B. 15.1.23, en el que comentando el texto de Paulo contenido en D. 6.1.23.3. se afirma que en caso de la *tabula picta* sobre un lienzo, considerado particularmentepreciado, no cede la pintura a la tabla, como decía Paulo, sino la tabla a la pintura.

Estos son los términos en que se expresa el escoliasta:

Εἶχει γὰρ τῆ σανίδι ἡ γραφή. Εἰ δὲ ἐν σινδόνι ἐστὶν ἡ γραφή, τότε εἶχει τῆ γραφῆ ἡ σανίς, μάλιστα ὅτε ἐν σινδόνι γραφῆ τιμὰ ἐστὶν. Οὕτω νοήσας φεύγει τὴν ἐκ τῶν Ἰνστιτούτων ἐναντιότητα.

El escoliasta añade, que atender a este criterio del mayor o menor valor de la pintura, permite evitar y solucionar las contradicciones presentes en las *Institutiones*.

La opinión de Gayo que nos transmite D. 41.1.9.2, según la cual las tablas ceden a la pintura, así como los instrumentos procesales reconocidos se repiten en *Bas.* 50.1.8.2¹¹³. El texto griego es un epitome del Digesto.

Del contenido de las fuentes jurídico romanas examinadas en su conjunto y de la yuxtaposición de ambas opiniones que se observa en las *Institutiones* de Gayo 2.78 y que señala las 1. 2.1.34 al referirse a *quidam* y *alii*, puede destacarse una discrepancia entre los juristas romanos en materia de *tabula picta*:

a) Los que defienden la oportunidad del principio *tabula picturae cedere*, que se proclama en *Institutiones* de Gayo 2.78, D. 41.1.9.2. *Gai* 2. *Rer. Cott*; 1. 2.1.34. *Theop. Paraph. Graec.* 2.1.34, *Bas.* 50.1.8.2. Posición jurisprudencial en favor del pictor.

b) Aquellos que propugnan el principio contrario de la prevalencia de la tabla sobre la pintura —*tabulae pictura cedat*—, D. 6.1.23. *Paulus lib. XXI ad Edictum* y *Epit. Gai* 2.1.4, *Bas.* 15.1.23. La razón de este principio, según explica Paulo, se encuentra en que el pintor no puede pintar sin ella —*sec necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest*—. La fundamentación que utiliza Paulo en D. 6.1.23.3 es la misma que los sabinianos defienden, para justificar el *dominium* del propietario de la materia especificada en

hizo sobre los escritos de los maestros del siglo VI, más interesados por la recta interlección del texto y abiertamente desinteresados del estilo casuístico que primaba en los clásicos. Vid. GÓMEZ ROYO, E., «Introducción al derecho bizantino», *op. cit.*, pp. 170 y ss.

¹¹² BORTOLUCCI, G., «Nota a Gaio, Inst. II.78», *op. cit.*, p. 160.

¹¹³ Cfr. SCHELTEMA-VAN DE WAL, *Basilicorum Libri LX*, Series A, Volumen VI, 1969, p. 2321.

D. 47.1.7.7¹¹⁴ apelando a la *naturalis iuris ratio*. Posición jurisprudencial en favor del *dominus tabulae*.

En el seno de la jurisprudencia clásica, lo mismo que se ha revelado en materia de especificación¹¹⁵, la disciplina que se ocupa de la accesión, también existe disputa entre los sabinianos y los proculeyanos:

1) Los sabinianos —más tradicionalistas y materialistas— sostienen que la cosa principal debía de ser la de *maior pars, maior portio rei, maior species*, es decir, la cosa de mayor tamaño o mayor volumen y así se recoge en D. 34.2.19.13. *Ulp. XX ad Sabinum* —*ei enim cedit, cuius maior est species*¹¹⁶—. Esta tesis va ligada a la fuerza atractiva del *dominium* material¹¹⁷.

2) Los proculeyanos —más aperturistas y progresistas— consideraban principal la cosa que en la unión conserva su primitiva *qualitas* y la imprime al todo que resulta de la accesión. Y así se destaca en D. 41.1.26.Pr. «Paulus libro quarto decimo ad Sabinum [...] in quibus propria qualitas exspectaretur, si quid additum erit, toto cedit [...]»¹¹⁸. Esto es, parece ser que dan prevalencia al valor, a la forma frente a la materia y en D. 34.2.29.1.

¹¹⁴ D. 41.1.7.7. *Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum*: «Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit: veluti [...]» *Vid.* PEROZZI, S., *Istituzioni*, *op. cit.*, pp. 508 y ss.

¹¹⁵ PEROZZI, S., «Se la relazione sulle opinioni dei sabiniani e dei proculiani in D. 41.1.7.7 sia di Gaio», *Scritti giuridici*, Milano, 1948, pp. 255 y ss. (= en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo (Storia del diritto)*, serie II, Vol. 23, 1890).

¹¹⁶ D. 34.2.19.13. *Ulpianus libro vicesimo ad sabinum*: «Perreniamus et ad gemmas inclusas argento auroque. et ait Sabinus auro argentove cedere: ei enim cedit, cuius maior est species, quod recte expressit: semper enim cum quaerimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cuius rei ormandae causa adhibetur, ut accessio cedat principali. cedent igitur gemmae, fialis vel lancibus inclusae, auro argentove.» También *vid.* D.6.1.23-5. *Paul. Lib. XXI ad ed.*, en donde se habla de *maior pars*, y D.41.1.27-2 *Pom. Lib. XXXIV ad sabinum*, que alude a *maior portio rei*.

¹¹⁷ LUCREZI, F., *La Tabula picta*, *op. cit.*, p. 50.

¹¹⁸ D. 41.1.26.Pr. *Paulus libro quarto decimo ad sabinum*: «Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret. Proculus indicat hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas exspectaretur, si quid additum erit, toto cedit, ut statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcram, navi tabula, aedificio cementum, total enim eius sunt, cuius ante fuerant.» Este texto como todos los demás que se recogen en el presente artículo están literalmente transcritos de la edición MOMMSEN, Th., y KRUEGER, P., *Corpus Iuris Civilis*, Vol. I, *Institutiones, Digesta*, Alemania, 1970. Este texto figura en el *Principium* de D.41. 1.26, mientras que en la edición de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Tomo III, Barcelona, 1897, se ha separado del Pr. y figura como párrafo 1. Existen otras variaciones en el texto latino, entre otras, ha de destacarse la siguiente alteración: *qualitas rei spectaretur*, así como —*toti cedit*— en vez de *toto cedit* de la edición de Mommsen.

Carmen López-Rendo Rodríguez

Esta controversia jurisprudencial ha tenido y continúa teniendo su reflejo e influencia en todas las etapas históricas de la evolución jurídica desde Roma hasta nuestros días, teniendo fiel reflejo de la misma nuestro Código Civil en los artículos 375 y ss.¹¹⁹

3. RECEPCIÓN HASTA EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL VIGENTE

Dentro de este apartado, procederé al estudio del tratamiento que de la adquisición de la propiedad de la *tabula picta* se ha efectuado en el Derecho de la Recepción, en el Derecho patrio, en el movimiento codificador que culminó con su plasmación en la regulación que se observa en el Código Civil español.

Mi propósito no consiste en realizar una exposición exhaustiva, sino en presentar las posturas de las figuras más representativas en la materia en la escuela de los glosadores, comentaristas o consiliatores, humanistas, iusnaturalismo racionalista y en el derecho de pandectas que permitan apreciar en su conjunto la evolución histórica de esta institución y la Recepción del Derecho Romano en la regulación vigente de nuestro Código Civil español.

3.1. Glosadores y comentaristas

La concepción que primó en el Derecho justiniano también se reflejó en la Glosa y en los comentaristas de los siglos XIII a XIV.

Conocemos por Bartolo DE SASSOFERRATO¹²⁰ que la glosa seguía el criterio de que la parte cede al todo, cuando se hubiera producido la unión. Y una vez producida la unión, «*neutrum est accessio alterius, q, minus cedit maiori, sed si neutrum est maius, accedit pretiosiori. [...] Oppo. Quod pictura non cedit tabulis*».

La opinión que prevalece en la glosa¹²¹ es la de la importancia económica, esto es, el criterio de la *qualitas*, entendido como mayor valor, de tal forma que se entenderá cosa principal la que sea de mayor valor. Los glosadores, en su deseo de unificar el criterio

¹¹⁹ *Infra*, pp. 125 y ss.

¹²⁰ Bartolo DE SASSOFERRATO, *Lycernae Iuris omnia, quae extant, opera, Tomus Primus, In primam Digesti Veteris Partem*. Venetiis, 1590, p. 171.

¹²¹ ACCURSUS, *Pandectarum seu digestum vetus Iuris civilis, Tomus Primus, Cum pandectis florentinis*. Venetiis, MDLXXXI, p. 544. La opinión de la glosa se manifiesta al comentar la expresión *sed necesse est, g) del texto de Paulo*. Idem. en *Institutionum. Libri quatuor d. Iustiniani sacratissimi Principis auctoritate iussuq. compositi*. Venetiis, MDLXXXI, p. 94 en el comentario que se realiza a *Institutionum imperial. Lib. II*, al analizar el verbo *cedere i)*. Y el verbo *imposuit n)*. Así como también vuelven a reproducirse las opiniones de la glosa en esta materia al interpretar D.XLI. *De acquirendo rerum dominio*. Dentro de la expresión *directam vindicationem, n)*, *op. cit.*, p. 255.

que ha de regir para los casos de escritura y pintura, sostienen «scriptura quantumuis pretiosa cedit suppositae chartae: tabula tamen picturae superimpositae cedit»¹²². El fundamento de su argumento lo encuentran en el criterio personal del redactor de las instituciones de Justiniano 2.1.34. Por ello sostienen que el pintor se convierte en propietario de la *tabula picta*, al ser la *pictura* la que tiene un valor económico superior a la tabla. Para los glosadores, los pintores fueron y son caros y la tabla es y fue vil, por ello cedía a la pintura («pictores & fuerunt & sunt ari, & tabula vilis pretii est & fuit; vn cedit picturae») ¹²³.

Como consecuencia de la aplicación de dicho principio mantienen, con apoyo en los textos jurídicos romanos, que el pintor en cuanto tal propietario de la *tabula picta* puede ejercitar la acción reivindicatoria directa ¹²⁴, condicionando la prosperabilidad de la misma a que el pintor abone al dueño de la *tabula pretium tabulae*.

Del mismo modo que Gayo y Justiniano conceden al dueño de la tabla no poseedor una *actio utilis* que califican *in rem* no directa ¹²⁵, exigiendo como requisito que el dueño de la tabla abone al pintor —*pretium picturae*—, a quien se le confiere la *exceptio doli mali* para rechazar la pretensión del dueño de la tabla.

También la glosa se hace eco de la *actio furti*, en el supuesto de tablas sustraídas ¹²⁶. En el caso que el dueño de la tabla y el pintor ejercitaran simultáneamente contra el tercero poseedor la *actio utilis* y la directa, respectivamente, se sostiene que prevalece la acción directa del pintor frente a la útil del dueño de la tabla ¹²⁷.

El criterio que adoptan los comentaristas Bártolo y Baldo es el de determinar que la parte cede al todo.

BARTOLO ¹²⁸ en sus comentarios al libro *Sextum Digest. De rei vindicatione*, afirma que la parte cede al todo («pars cedit toti, & liquidum cedit arido, si ei vniatur»). Es de-

¹²² ACCURSIUS, *Institutionum Libri quatuor d. Iustiniani*, op. cit., p. 93, y en *Pandectarum seu digestum vetus iuris civilis. Tomus Tertius. Cvm pandectis florentinis*. Venetiis, MDLXXXI, p. 254.

¹²³ ACCURSIUS, *Pandectarum seu digestum vetus iuris civilis. Tomus Tertius*, op. cit., p. 255. Al interpretar la expresión *directam vindicationem*, m).

¹²⁴ ACCURSIUS, *Institutionum Libri quatuor d. Iustiniani*, op. cit., p. 94, al interpretar la expresión *eam petat de ij. 2.1.34 l) scilicet directa rei vindicatione*. Idem, ACCURSIUS, *Pandectarum seu digestum vetus iuris civilis. Tomus Tertius. Cvm pandectis florentinis*. Venetiis, MDLXXXI, p. 253 y en la página 255 expresión *directam vindicationem*, m). Vid. PLACENTINO, *Summa Institutionum*, op. cit., pp. 25-26.

¹²⁵ ACCURSIUS, *Institutionum Libri quatuor d. Iustiniani sacratissimi Principis autoritate iussuq. compositi*. Venetiis, MDLXXXI, p. 94, glosa m) *Vtili actio. In rem actio non directa [...]*. ACCURSIUS, *Pandectarum seu digestum vetus iuris civilis. Tomus Tertius. Cvm pandectis florentinis*. Venetiis, MDLXXXI, p. 253 y en la página 255, expresión *directam vindicationem l) Vtilem in rem [...]*.

¹²⁶ ACCURSIUS, *Pandectarum seu digestum vetus iuris civilis. Tomus Tertius*, op. cit., p. 255, expresión *utilem in rem l)*.

¹²⁷ ACCURSIUS, *Pandectarum seu digestum vetus iuris civilis. Tomus Tertius*, op. cit., p. 255, glosa a *vtilem in rem l)*.

¹²⁸ BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Lacernae Iuris omnia, quae extant, opera. Tomus Primus. In primum Digesti Veteris Partem*, op. cit., pp. 171-172. «Vnde non potest dici q. Vna sit pars alterius. sed quando factu

Carmen López-Rendo Rodríguez

cir, para este autor no puede sostenerse que una cosa sea parte de otra, sino cuando se ha producido la unión. El problema radica en determinar qué ha de entenderse por cosa principal y accesoria.

BALDO, en su explicación a *De rei vindicatione. Lex XXIII*, precisa que la parte menor cede al todo, que es considerado como la parte mayor¹²⁹.

BARTOLO DE SASSOFERRATO¹³⁰ trata del problema de la *tabula picta*, al estudiar las reglas que rigen en materia de escritura *Literae* en *Digesto. de acq. re. dom. Lex IX*, realizando sus comentarios en íntima comparación entre estos dos modos de adquirir el dominio. Establece como regla general que la tabla cede a la pintura, pero no de la misma forma la carta cede a la escritura («*tabula quare cedit picturae, sed non charta scripturae*»), tal como se dejaba sentir en el Derecho Romano. La diferencia de tratamiento entre ambas la explica en el sentido de considerar que la escritura no ocupa la totalidad, mientras que la pintura sí ocupa toda la tabla¹³¹.

BARTOLO se remite a la glosa para afirmar que el principio *tabula picturae cedit* implica que el pintor tiene la acción reivindicatoria directa y el dueño de la tabla la *actio utilis in rem*, si bien en ambos casos cada uno de ellos debería abonar al otro el precio de la tabla o el de la pintura, confiriendo como instrumento de defensa para el caso de que no se cumpliera dicha obligación la *exceptio doli mali*.

En caso de ejercicio simultáneo de ambas contra un tercero poseedor que tuviera la *tabula picta* se dice que prefiere la directa remitiéndose a la glosa en el comentario que realiza a *utilem actionem dari*¹³².

De la interpretación efectuada por la glosa y las figuras más representativas de la escuela de los comentaristas, puede afirmarse que la influencia de la doctrina romana en el tratamiento de la *tabula picta* se advierte en ambas escuelas.

adiungitur facto ut hic, id, quod est pars, cedit ei quod est totum, seu ei, quod tenet locum totius.» Este criterio también se sostiene en la glosa según Bartolo.

¹²⁹ BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Lycerne Iuris omnia, quae extant, opera. Tomus Primus. In primam Digesti Veteris Partem. Venetiis, 1590*, p. 172: «Differentiam inter literam, & picturam dixi in d. Irae. Nam scriptura non occupat totum, sicut pictura occupat totam tabulam, q in scriptura non est, quae non occupat totam chartam.» BALDO VBALDI PERUSINI, *Iurisconsulti. In primam Digesti veteris partem Commentaria. Venetiis, MDLXXVII*, p. 307: «Si quis rei.: Pars minor cedit toto, seu parti maiori.» Este miembro de la escuela de los comentaristas a continuación destaca tres criterios que sirven para determinar qué ha de entenderse por parte y por todo. «Totum & pars dicuntur tribus modis».

¹³⁰ BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani Commentaria, Tomus Quintus, In primam Digesti Noui partem, Venetiis, 1590*, p. 71.

¹³¹ BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani Commentaria, Tomus Quintus, In Primam Digesti Noui partem. Venetiis, 1590*, p. 71. *Idem. En Lycerne Iuris omnia, quae extant, opera, Tomus Primus, In Primam Digesti Veteris Partem. Venetiis, 1590*, p. 172.

¹³² BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani Commentaria, Tomus Quintus, In primam Digesti Noui partem, Venetiis, 1590*, p. 71. *Vid.* Glosa: *Pandectarum sev digestorum iuris civilis, op. cit.*, p. 255 glosa al término *utilem*.

3.2. Humanismo e *iusnaturalismo* racionalista

Entre los autores destacados de los siglos XVI a XVIII, que han tratado de la materia, se encuentran CUIACIUS (1552-1590), DONELLUS (1527-1591) GOTHOFREDUS (1549-1622), VINNIUS (1558-1657), HEINNECIUS (1681-1741), GROCIO (1583-1645), PUFENDORF (1632-1694), WOLFF (1679-1754) y NOODT (1647-1725).

Las opiniones pueden agruparse en dos corrientes, al igual que ya hemos visto en los juristas romanos y una tercera iniciada por GROCIO y WOLFF, para culminar con la opinión del holandés NOODT.

a) Los defensores del principio *pictura cedit tabulae*, en virtud del cual la propiedad de la *tabula picta* corresponde al dueño de la tabla. Su fundamento lo sitúan en el principio general, defendido por Paulo D. 6.1.23.3 y por los comentaristas, en virtud del cual la parte cede al todo, es decir, no el todo a la menor parte, ya que en las cosas todas tienen su propia especie y calidad. El pensamiento de esta corriente viene formulado por el humanista francés CUIACIUS¹³³, quien sostiene que la parte cede al todo, porque la especie atrae hacia sí la mayor parte por prevalencia, como dice Paulo en D. 6.1.23.3. Aplicando dicho principio a la escritura y a la pintura, defiende que así como la carta cede a la escritura ajena, así a mi tabla cede la pintura ajena, al ser el parecer mayoritario y califica a este pensamiento como el propio de la escuela proculeyana, contra el que disienten los sabinianos, quienes al tomar como base el precio de la pintura, por razones de equidad sostienen que la tabla ha de ceder a la pintura; para ello se apoya en la interpretación que otorga al verbo *placuit* en D. 41.1.9, que significa agarrar, prevalecer, conservar.

Esta argumentación, conduciría a probar a CUIACIUS que la sentencia de los proculeyanos sería la que establece que no tanto la escritura cedería a la tabla, sino que la pintura aunque fuera muy valiosa cedería a la tabla, de tal forma que si el pintor poseía la *tabula picta*, se concedería al dueño de la tabla la acción reivindicatoria directa, si bien debía abonar al pintor *impensam picturae*, so pena de que fuera rechazada con la *exceptio doli mali*. Por el contrario, según la regla defendida por los sabinianos, el *dominus tabulae* no podría ejercitar la acción reivindicatoria directa, sino que únicamente dispondría de una acción útil (I. 2.1.34).

Se adhiere a esta línea de opinión, VINNIUS¹³⁴, quien escribe en la primera mitad del siglo XVII. En su comentario sobre las *Instituciones* de Justiniano, en el Libro II, Título I. *De rerum divisione, et adquir. ipsarum & c.* considera a la pintura —*Quinta & postrema hujus generis species est pictura, quae & ipsa ex eadem ratione tabulae cui imposita est cedit*—. Regla que permanece invariable, sin que el valor de la pintura modi-

¹³³ CUIACIUS, J., *Opera, Tomus septimus*, Prati, 1839, pp. 453 y ss.

¹³⁴ VINNIUS, A., *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus et forensis, Tomus primus*, Valentiae, 1786, p. 206.

Carmen López Rendo Rodríguez

fique el criterio de la accesión. Adopta la opinión sostenida por Paulo (D. 6.1.23.3), en virtud de la cual la pintura cede a la tabla, y por ello la propiedad de la *tabula picta* corresponderá al dueño de la tabla, rechazando los argumentos de Justiniano (I. 2.1.34).

Se cuestiona si es necesario para que se apliquen estos principios que rigen en materia de *tabula picta*, que el pintor que pinta en la tabla de otro tenga buena fe. En el caso de un pintor de mala fe considera que se le denegará la *exceptio doli mali*, careciendo de todo derecho sobre el precio de la *tabula picta*, lo mismo que ocurría en la *inaedificatio*, a quien conocía que estaba edificando en suelo ajeno.

b) Los defensores del principio contrario *tabula picturae cedit*, que aceptaba *Gai.* 2.78 y D. 41.1.9.2 y que fue elegido por Justiniano I. 2.1.34, en virtud del cual la propiedad de la *tabula picta* se atribuye al pintor. La opinión y argumentos en favor de esta postura se observan con gran profundidad en el francés DONELLUS¹³⁵, quien al analizar tanto el pensamiento de Paulo (D. 6.1.23.3.), según el cual la pintura cede a la tabla, como el de Gayo (D. 41.1.9.2), confirmado por Justiniano (I. 2.1.34) que se pronuncia en el sentido opuesto, opta por aceptar la opinión de Gayo y Justiniano y considera que ambas no son entre sí contrarias.

Como consecuencia de la aplicación del principio, en virtud del cual la propiedad de la *tabula picta* corresponde al pintor, reconoce una acción real tanto al dueño de la tabla, como al pintor que pinta de buena fe en tabla ajena, si bien al pintor le reconoce la *directa vindicatio* y al dueño de la tabla la *actio utilis*, con la obligación en ambos casos de abonar el *pretium* de la tabla al dueño de ésta y el de la pintura al pintor. En este último supuesto la estimación —según Donellus— será no sólo del gasto, sino del valor de la obra de arte. A ambos les asegura la tutela procesal mediante la *exceptio doli mali*.

Este humanista pone de relieve que la tutela procesal que se otorga al pintor ha de entenderse en el caso de que el pintor pinte de buena fe en tabla ajena («illud notandum est, sic ei, qui pinxit, hac parte juris consuli, si bona fide pinxerit in aliena tabula, dum suam putat»¹³⁶); de ello se deriva, que quien pinta conociendo que la tabla es ajena, ha de aplicarse lo mismo que se ha dicho para el que conoce que edifica en suelo ajeno. De tal forma que el que pinta de mala fe, carece de cualquier *actio in rem* contra el *dominus tabulae* y tampoco podrá pretender valerse de la *exceptio doli mali*, por la que se tutelaba su derecho al precio de la obra.

En la misma forma que en el Derecho Romano reconoce la posibilidad de ejercitar la *actio furti* y la *condictio furtiva* tanto contra un tercero como contra el pintor, que conocía que la misma era ajena antes de pintarla.

En caso de ejercicio simultáneo por sus respectivos titulares de la *directa vindicatio* y de la *actio utilis* contra un tercer poseedor que tuviera la *tabula picta*, DONELLUS, en

¹³⁵ DONELLUS, H., *Commentariorum iuris civilis, libri vingintiocto, Pars prima*, Neapoli, MDCCLXIII, p. 246.

¹³⁶ DONELLUS, H., *Commentariorum iuris civilis, libri vingintiocto, Pars prima, op. cit.*, p. 246.

contra de ACCURSIO adopta el criterio «melior erit conditio occupantis, idest, ejus, qui prior ad sententiam pervenerit»¹³⁷.

Dentro de esta segunda corriente de pensamiento, puede situarse la postura del alemán HEINNECIUS¹³⁸, quien configura la accesión como modo de adquirir el dominio originario y dentro de ella distingue la accesión natural, la industrial y la mixta. La pintura la encuadra dentro de la accesión industrial y la denomina adjunctio¹³⁹.

En materia de escritura y pintura sostiene el principio de que la tabla cede a la pintura («ut scripturae tunc charta& picturae tabula cedere debeat, si scribens pingensque earum aestimationem praestare velit»). El fundamento de su opinión lo sitúa en los jurisconsultos romanos¹⁴⁰, quienes defendían este criterio para la pintura, pero no para la escritura. La justificación del derecho a la indemnización que tiene el dueño de la cosa accesoria lo encuentra este autor en la equidad, que impide a una persona lucrarse haciendo daño a otro¹⁴¹. Últimamente, reconoce HEINNECIUS¹⁴²: «se da al que escribe y al dueño de la tabla una acción *in factum* contra el dueño del papel y contra el pintor, siempre que tenga buena fe; L. 23. 5. D. *De rei vind*; pero si tiene mala fe, se concede acción de hurto y condición furtiva, o acción contra la cosa 34. Inst., L. 9. 2. D. *De adquir. rer. dom.*»

PUFENDORF¹⁴³ dentro del capítulo dedicado a la accesión, y tras exponer su pensamiento en relación con la escritura, en el punto VIII destaca que los mismos jurisconsultos

¹³⁷ DONELLUS, H., *Commentariorum iuris civilis, libri vingintiocto, Pars prima, op. cit.*, p. 246.

¹³⁸ HEINNECIUS, J. G., *Operum ad universam iuris prudentiam philosopham et litteras humaniores*, Tomus Primus, Genevae, 1744, pp. 108 y ss. Sobre el pensamiento y figura de Heinecio, *vid.* WIEACKER, F., *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Madrid, 1957, pp. 290-292. En la página 291 se indica: «El conjunto de su obra retorna a la jurisprudencia humanística europea, que experimenta en ella un florecimiento tardío de una inminente ciencia histórica del Derecho en Alemania. Vista desde su repercusión posterior se juntan nuevamente en ella la jurisprudencia humanística y el derecho racionalista como la más nueva concepción de la teoría del Derecho europeo, que desde Grocio, solo en Francia habían permanecidos unidos, especialmente en la grande y viva figura de Juan Domat [...]. Una sola generación después de Stryk muestra ya parejamente a importantes prácticos como Leyser, y a humanistas, como Heinecio, dentro del sector del Derecho racional». Asimismo *Vid.* CANNATA, C. A., y GAMBARO, A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, 4.ª ed., II, Torino, p. 203.

¹³⁹ HEINNECIUS, J. G., *Operum ad universam iuris prudentiam philosopham et litteras humaniores*, Tomus Primus, Genevae, 1744, p. 113.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 115.

¹⁴¹ HEINNECIUS, J. G., *Elementi del diritto civile romano secondo l'ordine delle pandette*, Napoli, 1844, p. 344.

¹⁴² HEINNECIUS, J. G., *Recitaciones del derecho romano*, traducidas y anotadas por un profesor de jurisprudencia, Madrid, 1842, p. 246.; HEINNECIUS, J. G., *Elementi del diritto civile romano, op. cit.*, p. 345: «3º Contro quello di mala fe si da l'azione di furto e la condizione furtiva, o l'azione utile (34. Inst. De rer. Divis. L. 9.2. h. t.)»

¹⁴³ PUFENDORF, S., *De jure naturae et gentium*, Tom. I, ed. G. Mascoivius, Frankfurt und Leipzig, 1759, p. 572; *De jure naturae et gentium*, Libri Octo, vol. II, the translation of the edition of 1688 by C. H. OLDFATHER and W. A. OLDFATHER, Oxford, 1934, pp. 589-590.

Carmen López-Rendo Rodríguez

tos romanos estuvieron más acertados en sus soluciones sobre la pintura. Considera que es común, que la tabla ceda a la pintura, puesto que lo pintado regularmente es de más valor que la tabla y además es perfectamente posible que una persona pueda quedarse sin la tabla cuando le ha sido abonado su valor. No obstante esta regla, resalta que razones de equidad conducirán a adoptar la decisión opuesta en los siguientes supuestos:

a) Si algún pintor vulgar, cuya habilidad no se extiende más allá que a imitar a un árbol de ciprés se dedica a cubrir un fondo precioso con algo que mejor sería que fuera borrado, o si se dedica a tallar algo en una placa de oro o plata o en una gema.

b) O también, si un hombre pinta un poco en la pared de otro y, en base a esta regla, el pintor descara reclamar la propiedad de la casa y de la pintura.

c) A continuación examinaré la opinión novedosa en materia de *tabula picta* que aparece en GROCIO y WOLFF.

GROCIO¹⁴⁴ clasificó los modos de adquirir la propiedad en originarios y derivativos, a diferencia de los comentaristas y glosadores, que aluden a una adquisición *iure civili* o *iure naturali*. Esa distinción ha sido acogida por la doctrina posterior que se ocupó de su amplia difusión en el siglo XVIII. Respecto a la accesión y a la especificación como modos de adquirir, es singular la referencia que hace a los textos jurídicos romanos, destacando entre las causas de adquirir que enumera Paulo, que parece muy natural, «si algo hicimos nosotros para que la cosa fuese en la naturaleza».

En este caso Grocio, con fundamento en la titularidad de la materia, puesto que afirma que «naturalmente nada se hace sino de materia anteriormente existente», aporta las siguientes soluciones:

- «a) si la materia fuese nuestra, continuará el dominio por la introducción de la especie;
- b) si de nadie, esta adquisición pertenecerá al género de ocupación;
- c) si ajena, ya se verá abajo que, naturalmente, no se adquiere ella por nosotros solos.»

En el tomo II de su obra¹⁴⁵, analiza esta última hipótesis, comenzando el párrafo XIX con las siguientes palabras: «Si alguno hubiere hecho la especie de ajena materia.» A continuación expone las dos opiniones contrapuestas que existían en el Derecho Romano entre los sabinianos y los proculeyanos, la media sentencia que se adoptó finalmente y la desaprobación de Connano, quien defiende el criterio de la *qualitas*: «Si hay más precio en la obra o en la materia, para que lo que es más aquello con su prevalencia arrastre a sí lo que vale menos; y esto por el argumento de aquellas cosas que fueron enseñadas por los jurisconsultos romanos acerca de la accesión.»

¹⁴⁴ GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, Tomo I, Madrid, 1925, pp. 313-315, y Tomo II, pp. 137-139. Vid. WIEACKER, F., *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, op. cit., pp. 250 y ss.

¹⁴⁵ GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, Tomo II, op. cit., p. 137.

GROCIO, atendiendo a la verdad natural, postula la llamada comunidad a proporción de lo que cada uno tenga. Éstas son sus palabras ¹⁴⁶: «[...] así confundidas las materias se induce la comunidad a proporción de lo que cada uno tenga, lo cual agradó también a los jurisconsultos romanos, porque la cosa no podía tener naturalmente otra salida, así constando las cosas de materia y de especie como de partes suyas, si de uno es la materia y de otro la especie, síguese naturalmente que la cosa se hace común a proporción de aquella cantidad que de cada uno es. Pues la especie es aparte de la substancia, no toda la substancia; lo cual vio Ulpiano, cuando dijo que mudada la forma, casi desaparecía la substancia.»

Respecto a la adquisición de la cosa menor para la mayor, en cuyo fundamento se apoyó Connano, este autor indica ¹⁴⁷: «[...] es natural de hecho, no de derecho; y así, el que es dueño del solar en su vigésima parte, queda tan dueño como el que tiene las otras diez y nueve. Por lo cual, lo que de la accesión o constituyó la ley romana por la prevalencia en ciertos casos, o puede constituirse también en otros, esto no es natural, sino civil, para transigir más cómodamente los negocios; pero no lo repugna la naturaleza, porque la ley tiene derecho de dar dominio. Apenas hay controversia alguna de derecho en la cual haya tantas sentencias y errores discrepantes. Pues ¿quién concederá que si se mezclaran oro y bronce no se pueden separar el uno del otro, lo que escribió Ulpiano; o que por la soldadura se hace confusión, como dice Paulo; o que una es la razón de la escritura y otra la de la pintura, para que la tabla ceda a ésta, pero, en cambio, aquella a la tabla?»

WOLFF ¹⁴⁸ en el compendio que elabora para el uso de las escuelas, otorga tratamiento conjunto a la pintura y la escritura. Y en relación con esta disciplina defiende la copropiedad del *corpus pro rata*, si un tercero escribe o pinta en tabla ajena, pues no debe parecer absurdo el dominio de otro *vel pro millesima* o incluso por *millionesima parte*.

NOODT ¹⁴⁹ en sus *Opera Omnia*, expone lo referente a la *tabula picta* partiendo del texto de Paulo contenido en D. 6.1.23.2 a propósito de la acción reivindicatoria. En materia de accesión indica: «in quibus propria qualitas spectaretur, si quis adderetur, id toti cedere, veluti accessionis jure.»

La *prevalentia*, en la que se apoya el autor, de la cosa principal sobre la accesorial supone la atracción de ésta hacia aquélla, la extinción del dominio por su dueño y la transmisión al propietario de la cosa principal y ello explica la concesión de la acción reivin-

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 137-138.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 138-139.

¹⁴⁸ WOLFF, C. L. B., *Institutiones Juris Naturae et Gentium in quibus ex ipsa Homini Natura continuo nexu omnes obligationes et jura omnia deducuntur*, Venetiis, 1761, P. II, CII. *De modo originario acquirendi rerum dominium* 239, p. 85.

¹⁴⁹ NOODT, G: *Opera Omnia ab ipso recognita, acuta, emendata, multis in locis, atque in duos tomos distributa*, Lugduni Batavorum, 1724.

Carmen López-Rendo Rodríguez

dicatoria al propietario del todo y la obligación de abonar el *pretium* de la cosa accesoría, cuya tutela procesal se efectúa por medio de la *exceptio doli mali*.

Tras sentar esta regla general y aplicarla en materia de escritura, reconoce que existe una opinión contraria en el caso de la pintura, señalando las diferencias existentes entre los juristas romanos en este campo sobre la base del criterio de distinción utilizado para determinar la cosa principal y la accesoría: a) los defensores del *pretium picturae*, b) los defensores del principio de Paulo, puesto que sin la tabla la pintura no puede existir. NOODT, en esta materia sostiene «quad in pictura obtinuit, singulare jus est».

3.3. Derecho de Pandectas

Siguiendo la evolución histórica, examinaré los criterios que en la materia rigen en el Derecho de pandectas, analizando las opiniones de algunas de las figuras más significativas.

Antes de examinar el pensamiento de los autores más relevantes de esta corriente, he creído conveniente a efectos expositivos recoger el criterio de POTHIER, LAUTERBACH y HAIMBERGER.

POTHIER¹⁵⁰ señala que algunos habían pensado diferente que para la escritura, debido al valor de la pintura misma. La califica como una regla excepcional. Mas una cosa debía ser accesoría de otra, cuando la primera no podía existir sin la accesoría. Así la pintura ordinariamente no es accesoría de la tabla, como la letra lo es de la carta o pergamino, sino más bien se decidió al contrario que la tabla fuese accesoría de la pintura.

En análoga forma que los juristas romanos reconoce la *actio utilis* que ha de concederse al dueño de la tabla contra el pintor que posee la tabla de su propiedad, por la que él podría recuperar la tabla pagando la pintura, so pena de que éste pudiera oponerle la *exceptio doli mali*, si era poseedor de buena fe.

¹⁵⁰ POTHIER, J., *Le Pandette di Giustiniano*, Vol. V, Versión italiana per cura di A. BAZZARINI, Venezia, 1835, p. 432. A efectos expositivos se incluye la opinión de este autor francés en este apartado, puesto que puede considerarse un eslabón entre la doctrina racionalista y la sistemática que va a representar luego la doctrina pandectista. Sobre Pothier (1699-1772) y su obra, *vid.* DE CURZON, «L'enseignement du droit français dans les Universités de France aux XVII et XVIII siècles», en *Nouvelle RHD*, 43, 1919, pp. 267 y ss. DUNOYER, L.H., *Blackstone et Pothier*, Paris, 1927. WIEACKER, F., *Historia del derecho privado de la edad moderna*, *op. cit.*, p. 314: «Al gran Donellus le siguió en el siglo XVII Juan Domat (1625-1692) y, en el XVIII, Roberto José Pothier (1699-1772), cuyos trabajos de Derecho Civil, especialmente *Les Digestes*, han servido de fundamento para el sistema y, especialmente, para la dogmática del Derecho de obligaciones del *Code civil* sobre todo en la última fase de la codificación. Sobre él ha influido, más que nada en cuanto a la idea sistemática, el Derecho racionalista, que, como teoría general del Derecho, en un terreno científicamente tan asegurado, tenía menos interés que en Alemania». CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1979, pp. 365 y ss.

También postula la *actio reivindicatoria* directa que se concede al pintor contra el dueño de la tabla que posee la *tabula picta*, a quien deberá indemnizar de los gastos de la tabla, so pena de que éste pueda rechazar el ejercicio de la acción reivindicatoria mediante la *exceptio doli mali*.

LAUTERBACH¹⁵¹ sostiene, contra las reglas del derecho natural, que la tabla cede a la pintura —*propter ratione Juris Civilis*, con apoyo en D. 41.1.9.2 e I. 2.1.34. El tenor literal de dicha regla lo amplía para aplicarla, no sólo en los casos de Apeles y Parrasio que citan en el ejemplo I. 2.1.34, sino también en los supuestos de pintores de inferior valía, en los que era necesario proteger la dignidad y excelencia de su arte, ya que eran muchos en Roma los pintores que vivían de su honor. Solían ser profesores de pintura ingenuos que vivían de la hospitalidad y que no eran inmunes a los gastos. Como consecuencia de la aplicación del principio *tabula picturae cedit* concede al dueño de la cosa nueva la *vindicatio*, quien para ejercitarla debía abonar el precio de la tabla al dueño de la misma, so pena de que pudiera verse rechazada mediante la *exceptio doli mali* conferida al dueño de la tabla. Si era el pintor el que la poseía, se le concedía al dueño de la tabla una *utilis vindicatio*. Si un tercero poseía la tabla y el dueño de la tabla y el pintor ejercitaban sus acciones simultáneamente, tendrá preferencia la del pintor, al ser directa.

HAIMBERGER¹⁵² conceptúa la pintura como un modo de *adjunctio* y por ello, en esta especie de accesión, el propietario de la cosa principal se convierte siempre en propietario de la cosa accesoría. Destaca tres criterios para determinar cuál es la cosa principal y cuál la accesoría.

A la pintura y a la escritura aplica el siguiente: «Si una cosa no puede subsistir, sin la otra, la que constituye la base de la otra debe reputarse principal, así la escritura se considera accesoría de la carta y la pintura debería ceder a la materia sobre la que se pinta, si Justiniano no hubiera dicho lo contrario.»

DERNBURG¹⁵³ parte del principio de que la propiedad del todo pertenece al dueño de la cosa principal. Como cosa principal se considera la que constituye la base física de la cosa total.

En materia de pintura considera que los cuadros están sujetos a un derecho especial. La imagen pintada sobre una tabla de otro no accede al propietario de la tabla, como sería la regla general. El cuadro se convierte en propiedad del pintor, si éste fuera de buena fe. Se fundamenta para ello en D. 41.1.9.2 y en I. 2.1.34.

ARNOTS¹⁵⁴ acude a los juristas romanos para resaltar que la disposición que regía en favor de la pintura era considerada como una verdadera excepción a la naturaleza de las cosas.

¹⁵¹ LAUTERBACH, W. A., *Collegium Pandectarum theoretico-practicum*, Tomus Tertis, Tubingae, 1784, pp. 186-187.

¹⁵² HAIMBERGER, A., *Il diritto Romano privato e puro*, 3.ª ed., Trad. it., 1861, pp. 138-139.

¹⁵³ DERNBURG, A., *Pandette*, vol. I, *Diritti reali*, op. cit., p. 152.

¹⁵⁴ ARNOTS, L., *Trattato delle Pandette*, trad. Filippo Serafini, Vol. I, Sologna, 1872, pp. 266-267.

Carmen López-Rendo Rodríguez

A semejanza del Derecho Romano reconoce al propietario de la tabla o de la tela una *utilis rei vindicatio* contra el pintor que la posee. Si era poseedor de buena fe, el pintor podía oponer, a su voluntad, la *exceptio doli* si el actor no le hubiera pagado el valor de la pintura y puede también privar de todo efecto a aquella acción recompensado al propietario del valor de la tela, dado que ni posee la cosa, ni podría utilizar la *directa vindicatio*.

GLÜCK¹⁵⁵ indica que la razón por la que la propiedad de la *tabula picta* se atribuye al pintor, se encuentra en la posible desproporción existente entre el valor de la tabla y el de la pintura.

Esta atribución de la propiedad al pintor tiene una contrapartida que se sitúa en el derecho al resarcimiento que se reconoce al dueño de la tabla, ya que no debía lucrarse de la tabla. Este deber de resarcimiento va inseparablemente unido a la propiedad y forma la base de la *actio utilis* concedida sin límites.

3.4. Derecho patrio

La búsqueda de noticias sobre la adquisición del dominio de la *tabula picta* es infructuosa en los fueros municipales, quizás porque su regulación no entró a valorar aspectos de derecho privado, que se regirían por las costumbres. Idéntico silencio se observa en el Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Ordenamiento de Alcalá, Ordenamiento de Montalvo, Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación.

En las Partidas¹⁵⁶, en el nuevo ambiente de la recepción, se analiza la materia en la Tercera Partida, Título XXVIII, que trata *De las cosas en que ome puede aver señorío, e como lo puede ganar*, y en concreto en la Ley XXXVII: *Si ome pinta en tabla agena alguna cosa, cuyo deue ser el señorío*¹⁵⁷. El contenido de la regulación de esta disciplina es el siguiente:

«Pintando algund ome en tabla, o en viga agena, alguna ymagen, o otra cosa qualquier; si ouo buena fe, en pintandola, cuydando que aquello en que lo pintaua era suyo, e que lo podia fazer con derecho; estonce el pintor gana el señorío de la tabla, o de la cosa en que lo pinto y, e es suya, tambien como aquello que pinta y. Pero tenuto es, de dar a aquel cuya

¹⁵⁵ GLÜCK, F., *Commentario alle pandette*, tradotta de annotata da Silvio Perozzi, Milano, 1905, p. 304.

¹⁵⁶ LÓPEZ DE TOVAR, G., *Las Siete Partidas del muy noble rey Don Alfonso El Sabio, glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M.*, Madrid, 1844.

¹⁵⁷ ZURITA CUENCA, R., «Títulos de las Partidas y del Corpus Iuris Civilis», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, julio, 1985, p. 136. Los paralelos en el *Corpus Iuris Civilis* de la Partida III, Título XXVIII, los sitúa el autor en los siguientes: *Inst. II, I. De rerum divisione; Dig. I, I, VIII...-De divisione rerum et qualitate; Dig. VI, XLII.-De acquirendo rerum dominio*. Este autor indica que en el título XXVIII, procede de los lugares citados del Derecho Romano.

era la tabla, tanto quanto valia, por ella. Mas si ouo mala fe en pintandolo, sabiendo que era agena aquella cosa en que lo pintaua para sí; estonce pierde la pintura, e deuc ser de aquel cuya era la cosa en que la pinto. Ca semeja, que pues que el sabia que la tabla era agena, que queria dar a aquel cuya era, aquello que pintaua y. E esso mismo dezimos que seria, si alguno deburasse, o entallasse para si en piedra, o en madero ageno. Ca si lo fiziesse por mandado de aquel caya era la madera, el señorío de lo que assi fuesse pintado, o entallado, seria de aquel que lo mandara fazer. Pero deuele dar su precio, por el trabajo que lleuo en pintarlo, o entallarlo.»

En la doctrina de la época moderna y siglo XIX, la pintura se encuadraba dentro de lo que se denominaba *accessión industrial* y como un supuesto de *conjunctio*. De gran importancia son las opiniones de SALA, DOMINGO DE MORATÒ, DE GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN y ESCRICHÉ, que expongo a continuación:

El jurisconsulto español Don Juan SALA ¹⁵⁸ cataloga la pintura como «quinta et postrema huius generis species, quae et ipsa ex eadem ratione tabulae, cui imposita est, cedit», sin que dicho criterio general pueda modificarse atendiendo al valor de la pintura, de tal forma que aunque tuviera mucho valor debía ceder a la tabla. En apoyo de su opinión recurre al texto de Paulo (D. 6.1.23.3). No le parece que la expresión de I. 2.1.34, en la que se evoca la obra de Apelles y Parrasio, fuera la mente de Justiniano.

DOMINGO DE MORATÒ ¹⁵⁹, distingue dentro de la *accessión* tres tipos: la natural, la industrial y la mixta. Entre estas últimas incluye la *adjunción*, la *especificación*, la *siembra* y la *plantación*. La pintura la explica como un supuesto de *conjunctio*. Destaca las siguientes reglas que rigen en las *accessiones*:

- a) lo accesorio sigue a lo principal,
- b) hay que indemnizar al dueño de la cosa accesoría en cuanto éste sea conocido,
- c) y además en las industriales y mixtas es indispensable la buena fe en el que ha realizado la *accessión*, so pena de considerarse el acto como una donación a favor del dueño de la otra cosa unida. El fundamento de esta doctrina lo encuentra en el Derecho Romano.

GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN ¹⁶⁰, encuadran la pintura dentro de la *adjunción* y estiman que es una excepción a la regla general que rige en la materia de *accessión*, en beneficio de la pintura, a la que por su excelencia cede el lienzo o la tabla, habiendo buena fe, pues de lo contrario se pierde lo pintado. No obstante esta cesión, recuerdan que deberá satisfacerse el valor de los materiales a su dueño.

¹⁵⁸ SALA, J., *Institutiones Romano-Hispanae ad usum Tirorum hispanorum ordinatae*, Tomo I, 5.ª ed., Madrid, 1830, pp. 210 y ss.

¹⁵⁹ DOMINGO DE MORATÒ, D. R., *El Derecho Civil español con las correspondencias del Romano tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Institutiones y del Digesto romano Hispano por Juan Sala*, Valladolid, 1868, pp. 292 y ss.

¹⁶⁰ GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho Civil y Penal de España precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, Madrid, 1877, pp. 577 y ss.

Carmen López-Rendo Rodríguez

ESCRICHE¹⁶¹ se pronuncia en el mismo sentido que los autores anteriores, al considerar a la pintura como un supuesto de conjunción, entendida ésta como especie de accesión industrial y aludiendo de forma expresa a la excepción que las partidas realizaron en lo que respecta a las reglas que han de aplicarse en el caso de la pintura, por la excelencia del arte. Este autor comparando el caso de la escritura y la pintura, destaca que «en la pintura la ley mira a la tabla o lienzo como accesorio, siendo concebido lo pintado como principal, de manera que se adjudica lo pintado al pintor en caso de buena fe y al dueño de la tabla o lienzo en caso de mala, ley 37, tít. 28, Part. 3».

Situada por la doctrina la accesión como una accesión industrial, creo conveniente proceder a realizar un breve examen del contenido de la partida que se ocupa de la adquisición del dominio de la *tabula picta*.

La Ley XXXVII, del Título XXVIII, de la Partida III, contempla el supuesto en que algún hombre pinte alguna imagen o cualquier otra cosa en tabla o en viga ajena, como aclara Gregorio LÓPEZ, en una parte de la viga («Pintando¹⁶² algund ome en tabula, o en viga agena, alguna ymagen, o otra cosa qualquier»). Seguidamente dispone dos soluciones diferentes, según la buena o mala fe del pintor. Es decir, el criterio de la buena o mala fe del pintor va a ser el determinante para que se adopte una u otra solución de las facilitadas por P. 3.28.37.

a) A la buena fe del pintor se refiere el texto desde «si ono buena fe, en pintandola, si ouo buena fe, en pintandola» hasta «Pero tenuto es. de dar a aquel cuya era la tabla, tanto quanto valia, por ella».

Antes de facilitar la solución que rige en la materia, sostiene que existe buena fe («cuydando que aquello en que lo pintaua era suyo, e que lo podia fazer con derecho»). A continuación indica que el pintor gana el señorío de la tabla («estonce el pintor gana el señorío de la tabla, o de la cosa en que lo pinto y, e es suya, tambien como aquello que pinta»); ahora bien, está obligado a abonar al dueño de la tabla el valor de la misma.

Como afirma GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ¹⁶³, la Ley Alfonsina rinde igual homenaje al arte sin citar nombres propios, a diferencia de I. 21.34, en el que se evocaban a Apeles y Parrasio, lo cual evita algunas dudas tratadas por los intérpretes.

En mi opinión, esta solución adoptada por el legislador Alfonsino refleja la influencia del precedente romano que postulaba Gayo en sus instituciones 2.78 y en los co-

¹⁶¹ ESCRICHE, J.; GALINDO Y DE VERA, L., y VICENTE Y CARAVANTES, J., *Escriche, diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1874; nueva ed. reform. y considerablemente aumentada, pp. 168 y ss.

¹⁶² Cfr. *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo real de Indias de S.M.*, Tomo II, Madrid, 1789, p. 389. Gregorio LÓPEZ concuerda el término pintando con L. *Qua ratione 9. sed ex diverso. ff. De acquir. Rer. Dominium. & si quis in aliena. 34. Inst. De rer. divis.*

¹⁶³ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, T. II, Madrid, 1863, p. 95.

mentarios a *Rerum cottidianarum* en D. 41.19.2 y que posteriormente fue confirmada y elegida por el Derecho justiniano, en virtud de la cual *tabula picturae cedit*¹⁶⁴.

b) La mala fe del pintor y sus consecuencias se exponen desde «Mas si ouo mala fe en pintandolo, sabiendo que era agena aquella cosa en que lo pintaua para si; estonce pierde la pintura, e deue ser de aquel cuya era la cosa en que la pinto».

Si hubo mala fe en el pintor, impera el principio contrario, en virtud del cual la pintura cede a la tabla, de tal forma que la pintura se hace del propietario de la tabla y así dice la partida («estonce pierde la pintura, e deue ser de aquel cuya era la cosa en que la pinto»). El fundamento de la inversión de este principio, en virtud del cual se acoge la solución defendida por Paulo en D. 6.1.23.3, parece ser que se encuentra en que se presume que quiso hacer un obsequio con aquello que pintaba («ca semeja, que pues que el sabia que la tabla era agena, que queria dar a aquel cuya era, aquello que pintaua»).

Esta presunción, al carecer de otras pruebas, es considerada insostenible por GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ¹⁶⁵, quien destaca que éste es el defecto de esta segunda parte.

En mi opinión, quizás fue introducida por el legislador Alfonsino por las influencias sufridas por el pensamiento de los glosadores, dado que en la glosa a *Digestorum Liber XXI a proposito de D. 41.1.9.2* y de la expresión *Vtique si bona fide* para el caso de la escritura, indica que en el caso de mala fe ha de entenderse lo trabajado como si se donase¹⁶⁶.

Determinado el principio general, el legislador Alfonsino extiende el ámbito de aplicación del precepto a dos supuestos nuevos:

a) El de aquella persona que dibujase o entallase para sí en piedra o en madera ajena «Eso mismo dezimos que seria, si alguno debuxasse, o entallasse para si en piedra, o en madero ageno»). Esta ampliación de la norma a estos supuestos vendría a eliminar la opinión contraria sostenida por la glosa, tal como ha puesto de manifiesto Gregorio LÓPEZ en la glosa a este texto de las partidas¹⁶⁷.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 63 y ss.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 95.

¹⁶⁶ Cfr. la Glosa de Accursio y otros, *op. cit.*, p. 255, letra i).

¹⁶⁷ Cfr. *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo real de Indias de S.M.*, Tomo II, Madrid, 1789, p. 389, a propósito de la expresión en piedra o madera ajena, los mismos vienen a eliminar la opinión contraria de la glosa: «Reprobat opinionem Glos. Super verbo tabulam, in dicto si quis in aliena, quae sub dubio fortè dicebat, non habere locum., quod ibi dicitur in scriptura facta in marmore, & idem dicebat in dicto sed ex diverso, subdens argumentum esse in contrarium ius penult. Institi. De testament.» ESCRICHE, *Diccionario*, *op. cit.*, p. 170, indica: «Cómo quiera que sea, no habrá tribunal que deje de adjudicar tanto la escritura u obra literaria manuscrita ó impresa como el cuadro o retrato a los que las hicieron o mandaron hacer, con la obligación de pagar el papel, del lienzo o de la materia cualquiera que fuere, a su respectivo propietario, o de darle otro tanto de la misma cálida. Bien que si la pintura se hubiese ejecutado sobre pared, bóveda, vidriera, claraboya u otro objeto reputado inmueble por accesión es claro que entonces habria de ceder a la cosa en que existiese.»

Carmen López-Rendo Rodríguez

b) El de aquel individuo que pintara en la madera de otro, cuando ello lo hubiera realizado por mandato del dueño de la madera («Ca si lo fiziesse por mandado de aquel cuya era la madera, el señorío de lo que assi fuesse pintado, o entallado, seria de aquel que lo mandara fazer»), pero debe darle su precio por el trabajo que llevó pintarlo o entallarlo.

Comparto la opinión de GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ ¹⁶⁸, quien sostiene que el legislador ha estado poco feliz, ya que en esta última disposición claro es que el que da preparada la tabla para que le hagan una pintura se ha propuesto adquirir ambos objetos pagando el precio al autor, pero esto nada tiene que ver con la accesión.

Del examen efectuado ha de concluirse que los antecedentes de la regulación que utiliza las Partidas se encuentran directamente en el Derecho Romano, con ciertas modificaciones inspiradas en la glosa y en los comentaristas posteriores, al no adoptar una regla general para todos los supuestos de la adquisición del dominio de la *tabula picta*.

El legislador Alfonsino ha preferido conciliar las posturas de los juristas romanos: Gayo y Paulo, mediante el recurso a la buena fe del pintor, que había sido ya discutida entre los glosadores ¹⁶⁹ y que ha utilizado como criterio para unificar el tratamiento que otorga a la pintura y a la escritura, de la que trata en P. 3.28.36.

3.5. Recepción en el Código Civil vigente

En España el movimiento codificador arranca de 1812. La tarea se inicia con la elaboración de sucesivos proyectos, entre los que se puede citar el de 1821. El esquema del proyecto comprende, un título preliminar «De las Leyes», una primera parte «de los derechos y obligaciones individuales» y otra segunda parte «de la administración general del estado para hacer efectivos los derechos y obligaciones». Únicamente fueron impresos y publicados 476 artículos correspondientes al título preliminar y no toda la primera parte, al carecer del libro tercero. En la normativa que nos facilita el proyecto ningún artículo encontramos que regule de forma específica la adquisición de la propiedad de la *tabula picta* ¹⁷⁰.

El Proyecto de 1836, iniciado por Cambronero y finalizado por Ayuso, Tapia y Vizmanos, consta de un título preliminar y cuatro libros con 2.458 artículos. El Libro II se

¹⁶⁸ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales*, op. cit., p. 45.

¹⁶⁹ Vid. supra, n.º 86. Y la opinión de Placentino en su obra *In summam Institutionum*, op. cit., pp. 54-55.

¹⁷⁰ Vid. LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación Española. 4. Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, Vol. I y II, Madrid, 1979. Los preceptos que se van a citar en los textos articulados de los Proyectos han sido extraídos de esta obra. Para el Proyecto de 1851 he utilizado también la obra de GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, T. I-II, Ed. facsimilar, Barcelona, 1973. Respecto al Anteproyecto de Código Civil Español (1882-1889), he manejado también la obra de PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto de Código Civil español (1882/1888)*, Madrid, 1965.

titula: «De las diversas clases de bienes; del derecho de propiedad, y de las servidumbres». El Título II trata «Del derecho de propiedad y de los modos de adquirirla». En la Sección 2.ª (arts. 672-693) se habla de la accesión industrial y dentro de ella, la regulación referente a la pintura se encuentra en el artículo 687.

La regla general de la accesión, en virtud de la cual el propietario de la cosa principal adquiere la accesoria, bajo la condición de pagar al otro el valor de la cosa unida se encuentra así establecida en el artículo 684. Fiel reflejo de la máxima romana *pars cedit toti*.

En materia de la adquisición del dominio por medio de la pintura, el artículo 687 preceptúa: «Cuando de las cosas que se han unido no puede determinarse bien cuál es la accesoria, se reputará principal la que tenga mayor valor o volumen, si los valores fueran iguales. En los cuadros se considera como principal lo pintado y la tabla, cobre o lienzo como accesorio. En los escritos es accesorio el papel o pergamino.»

Para resolver qué ha de entenderse por cosa principal o accesoria, en aquellos supuestos en los que no se pueda determinar bien cuál es la accesoria, se utiliza el criterio del mayor valor o volumen, es decir, el criterio romano de la *qualitas*, o el *pretiosior* de los glosadores. Por si hubiera alguna duda, dicho artículo realiza una mención especial a la pintura y a la escritura, dejando bien claro que en los cuadros se considera principal lo pintado y la tabla, cobre o lienzo accesorio.

El Proyecto de Código Civil de 1851, se ocupa en el Libro II «De la división de las cosas y de la propiedad». El Título II trata «De la Propiedad». El Capítulo V se titula «Del derecho de accesión respecto a los bienes muebles». Dicho Capítulo se inicia con el artículo 416¹⁷¹, que se expresa en los siguientes términos:

«Cuando dos cosas muebles, pertenecientes á distintos dueños, se unen de tal manera que vienen á formar una sola, sin que intervenga mala fé, el propietario de la principal adquiere la accesoria indemnizando su valor al anterior.»

GARCÍA GOYENA¹⁷², en su obra *Comentarios al Código Civil* explica: «El caso del artículo es la *adjunctio* Romana que podía verificarse por la inclusión, adferraminación, intextura, escritura y pintura. El artículo prescinde de todos estos modos o medios; y supuesta, la buena fe, deja en su fuerza la regla general de derecho: lo accesorio sigue a lo prin-

¹⁷¹ GARCÍA GOYENA, F., *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 368. Sitúa los precedentes de este artículo en el derecho comparado en: artículo 566 del Código Francés, aun en el caso de ser separables las cosas, porque la separación envuelve siempre menoscabo de la una o las dos: 491 Napolitano, 477 Sardo, 513 de Luisiana. En el Derecho Romano, en D.6.1.23.2; D.41.1.26.1. En las Partidas en la Partida 3, Título 28, Ley 35, que dispone lo mismo, menos cuando la unión de las dos cosas se ha hecho con diversa materia, por ejemplo una mano de oro se ha unido a una estatua de oro con plomo; en tal caso cada cual retiene su propiedad.

¹⁷² GARCÍA GOYENA, F., *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 368.

Carmen López-Reudo Rodríguez

principal. Pero como nadie debe enriquecerse con detrimento de otro, el dueño de la cosa principal debe indemnizar al de la cosa accesoria.»

Efectivamente, en este artículo se refleja el criterio de los juristas romanos, así como el de los glosadores y comentaristas posteriores, en materia de accesión. En todos ellos la base era la misma, donde se producían las discrepancias era en el criterio adoptado para determinar cuál se consideraba la cosa principal y cuál la accesoria.

Para aclarar este problema, se redactan los artículos 417 y 418, cuyo contenido se expresa en los siguientes términos:

Art 417: «Se reputa principal entre dos cosas incorporadas aquella a que se ha unido otra por adorno o para su uso o perfección»¹⁷³.

Art. 418: «Si de dos cosas incorporadas una á otra no puede determinarse cuál sea la principal por la regla del artículo precedente, se reputará principal el objeto de mas valor; y entre dos objetos de igual valor, el de mayor volúmen.

En la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografiados, se estima por accesorio la tabla, el metal, la piedra o lienzo, el papel o pergamino»¹⁷⁴.

Recibido el Proyecto en el Ministerio de Gracia y Justicia, ante las reiteradas reclamaciones dirigidas a la Comisión, se resolvió por Real Orden de 12 de junio de 1851 demorar la publicación a fin de someterlo a información pública, sin que el texto llegara a ver la luz, si bien su contenido fue prácticamente transcrito de modo literal en el Anteproyecto de Código Civil (1882-1888): Artículos 377, 378, 379.

Entre el Anteproyecto y la primera edición oficial del Código Civil, en esta materia no se observan reformas tendentes a la supresión de artículos, ni tampoco se introducen otros diferentes de los que contiene el anteproyecto, ni existe constancia de observaciones efectuadas por vocales de la comisión, las únicas modificaciones se observan en el número del articulado.

En el Código Civil vigente¹⁷⁵ las reglas que rigen la adquisición del dominio de la *tabula picta* se encuentran, dentro del Libro II, Capítulo II, Sección Tercera: «Del derecho de accesión respecto a los bienes muebles», en los siguientes artículos:

¹⁷³ GARCÍA GOYENA, F., *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 369. Sitúa los precedentes de este artículo en el Derecho comparado en el artículo 567 Francés, 492 Napolitano, 478 Sardo y 514 de Luisiana. En el Derecho Romano: D. 34.2.19.13; I. 2.1.26 y 33.

¹⁷⁴ GARCÍA GOYENA, F., *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 369. Destaca que el primer párrafo es el 569 Francés, 480 Sardo, 494 Napolitano, 516 de Luisiana. Su precedente en el Derecho Romano lo sitúa en D. 41.1.27.2. El segundo párrafo, dice este autor es el 571 Francés, 518 de Luisiana, 481 Sardo y 469 Napolitano. El precedente en el Derecho Romano lo encuentra en las Instituciones de Justiniano 2.1.34: «ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere». Y en las Partidas en la Partida 3, Título 28, Ley 37.

¹⁷⁵ Vid. MIGUEL TRAVESIAS, M., «Ocupación, accesión y especificación», *RDP*, 1919, pp. 289 y ss. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, T. III, 5.ª ed., Madrid, 1920, pp. 269 y ss. MUCIUS

Artículo 375: «Cuando dos cosas muebles, pertenecientes a distintos dueños, se unen de tal manera que vienen a formar una sola sin que intervenga mala fe, el propietario de la principal, adquiere la accesoria, indemnizando su valor al anterior dueño»¹⁷⁶.

Artículo 376: «Se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquella a que se ha unido otra por adorno, o para su unión o perfección»¹⁷⁷.

Artículo 377: «Si no puede determinarse por la regla del artículo anterior cuál de las dos cosas incorporadas es la principal, se reputará tal el objeto de más valor, y entre objetos de igual valor, el de mayor volumen.

En la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerará accesoria la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino»¹⁷⁸.

MANRESA Y NAVARRO¹⁷⁹ sistematiza el desarrollo de la doctrina de la accesión en el Código Civil de la siguiente forma:

«1. Determinación del principio fundamental que rige la accesión: lo accesorio cede a lo principal. Declárase de un modo explícito, respecto de la adjunción o conjunción, en el

SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día*, Tomo VI, 5.ª ed., Madrid, 1949. DÍEZ-PICAZO, L., «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», *RCDI*, 1966, pp. 829 y ss. BONET BONET, F. V., «Observaciones sobre la accesión en nuestro derecho positivo», *RGLJ*, 1971, pp. 103 y ss. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español*, T. III, *Derechos reales*, Vol. 1, *Teoría general de los derechos reales*, Madrid, 1972, pp. 171 y ss. ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. ALHALADEJO, Tomo V, Vol. I, Madrid, 1990, pp. 438 y ss. LACRUZ BERDEJO, J. I., *Elementos de Derecho Civil*, Vol. I, Barcelona, 1990, pp. 175 y ss. TORRES LANA, J. A., y ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Dirección, coordinación, selección de jurisprudencia, índices y bibliografía*, José Luis Albácar López, Madrid, 1991. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, T. II, *Derecho de cosas*, Vol. I, *Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, 14 ed., revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO, Madrid, 1992, pp. 369 y ss.

¹⁷⁶ MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, T. III, Madrid, 1920, pp. 276-277 y ss. Análogamente a lo indicado por GARCÍA GOYENA en el articulado del Proyecto de 1851, sitúa los precedentes en el Derecho Romano en D. 41.1.26.1. En las Partidas: P. 3.28.36, en la que se hace referencia a la unión por escritura y P. 3.28.37 a la unión por pintura o dibujo. En el derecho comparado encuentra las concordancias con el artículo 566 del Código de Napoleón, 464 del italiano, 513 de de Luisiana, 902 del de Méjico, 699 del de Uruguay.

¹⁷⁷ MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, T. III, Madrid, 1920, p. 280, que sitúa el precedente de este artículo en D. 34.2.19.13 e I. 2.1.26.

¹⁷⁸ MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, T. III, Madrid, 1920, p. 283, pone de relieve que este artículo ha sintetizado en dos párrafos los antecedentes que el casuismo del Derecho Romano y de las Partidas le procuraba, redactando al efecto el párrafo segundo y formular, inspirándose en los códigos modernos, como el francés y el italiano, el principio complementario de la regla general del art. 376, redactando al efecto el párrafo primero. El precedente lo sitúa en I 2.1.34 y en P 3.28.36 y 37. En mi opinión, aceptando los mencionados por este civilista, el precedente también ha de remontarse a *Gai* 2.78 y D. 41.1.9.2.

¹⁷⁹ MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, T. III, Madrid, 1920, pp. 274 y ss.

Carmen López-Rendo Rodríguez

art. 375; de un modo implícito, respecto a la especificación en el artículo 383; no se aplica en los casos de mezcla o confusión, artículos 381 y 382.

2. Interpretación del principio para su aplicación: *a)* en la adjunción, los artículos 376 y 377; *b)* en la especificación el artículo 383.

3. Solución al conflicto por la distribución de las cosas: *a)* en la adjunción, el artículo 378; *b)* en la mezcla, conmixión o confusión, voluntaria o casual, los artículos 381 y 382.

4. Supuestos de la buena fe: *a)* en la adjunción, el artículo 375; *b)* en la mezcla o conmixión, los artículos 381 y 382, párrafo primero; *c)* en la especificación, el artículo 383, párrafos primero y segundo.

5. Supuestos de mala fe: *a)* en la adjunción: mala fe del dueño de lo accesorio, el artículo 379, párrafo primero; del de lo principal, el mismo artículo, párrafo segundo; de ambos, el mismo artículo, párrafo tercero; *b)* en la mezcla, el artículo 382, párrafo segundo; *c)* en la especificación, el artículo 383, párrafo tercero.»

El artículo 375 consagra un principio normativo aplicable a todos los casos de accesión o adjunción que se produzcan entre dos cosas muebles que pertenezcan a diferentes dueños, dentro de los cuales se incluye la pintura. Para que sea aplicable dicho artículo, es preciso que se cumplan los siguientes presupuestos:

1. Que se traten de dos cosas muebles ¹⁸⁰.
2. Que estas cosas muebles pertenezcan a distintos dueños ¹⁸¹.
3. Que la unión entre ambas se produzca de tal manera que formen una sola, es decir, cuando es imposible la separación sin detrimento de ellas ¹⁸².
4. Que la unión se produzca con buena fe, excluyéndose la aplicación en el caso de que medie mala fe ¹⁸³.

¹⁸⁰ Vid. MIGUEL TRAVIESAS, M., «Ocupación, accesión, especificación», *op. cit.*, p. 298. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, T. III, Madrid, 1920, p. 271. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español*, T. III, Derechos reales, Vol. I, *Teoría general de los derechos reales*, Madrid, 1972, pp. 171 y ss. ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, dirección, coordinación, selección de jurisprudencia, índices y bibliografía, José Luis ALBÁCAR LÓPEZ, Madrid, 1991. ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, p. 436. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Vol. I, Barcelona, pp. 175 y ss. BONET BONET, F. V., «Observaciones sobre la accesión en nuestro derecho positivo», *RGLJ*, 1971, pp. 120 y ss.

¹⁸¹ Vid. MIGUEL TRAVIESAS, M., «Ocupación, accesión, especificación», *op. cit.*, p. 298. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español*, *op. cit.*, p. 172. ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, dirección, coordinación, selección de jurisprudencia, índices y bibliografía, José Luis ALBÁCAR LÓPEZ, Madrid, 1991. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, T. III, Madrid, 1920, p. 277. ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, p. 436.

¹⁸² Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Vol. I, *Poseción y propiedad*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, p. 178. ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pp. 436-437.

¹⁸³ Vid. ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, p. 438, quien, siguiendo a ALBALADEJO, considera lógico que cuando intervenga buena fe por parte de los propietarios sean éstos los que regulen al amparo del artículo 1255 del Código Civil, el régimen a seguir para componer el conflicto de intere-

Cumplidos estos presupuestos, la solución que dispone el Código Civil es la siguiente: «El propietario de la principal adquiere la accesoria, indemnizando su valor al anterior dueño.» Esta solución es fiel reflejo de la recepción, que en nuestro derecho ha tenido el Derecho Romano, en el que todos los casos regulados en las fuentes en forma casuística se resolvían en virtud de este principio, que como norma ha sido transcrito en nuestro Código.

El derecho de indemnización que se reconoce al dueño de la cosa accesoria ha sido admitido siempre sin disputas, ni controversias desde el Derecho Romano hasta nuestros días, siendo tutelado procesalmente dicho derecho por medio de la *exceptio doli mali*, que conferían las fuentes al dueño de la cosa accesoria.

Para evitar los conflictos que desde el Derecho Romano hasta este momento se han venido produciendo a la hora de determinar la solución que ha de adoptarse para calificar una cosa como principal y otra como accesoria, y atribuir la propiedad del todo, el legislador español prefirió clarificar el problema, acudiendo a los siguientes criterios:

1. Regla general o preferente: se reputará principal aquella a que se ha unido otra por adorno o para su uso o perfección¹⁸⁴. Criterio finalista de ornamentación, servicio o perfección. En esta regla se está reflejando el criterio de Sabino que nos transmite D. 34.2.19.13¹⁸⁵. Es decir, habrá que mirar, considerando el nuevo objeto que resulta de la adjunción, cuál de las dos cosas incorporadas se configura como todo, siendo la otra una parte que viene por añadidura a adornarlo o a facilitar su uso, o a perfeccionarlo. Se sigue como criterio predominante el de la materia defendido en el Derecho Romano por los Sabinianos.

2. Regla excepcional o supletoria, aplicable en el supuesto que no pueda determinarse por la regla del artículo anterior, esto es, por el artículo 376. Se acudirá al criterio del mayor valor, esto es de la *qualitas*, que defendían los proculcyanos y que se utilizó también por los glosadores y comentaristas posteriores. Y para el caso de que ambos objetos fueran de igual valor, se considerará principal el de mayor volumen.

ses derivado de la adjunción o accesión mobiliaria, sin necesidad, si así lo estiman, de seguir las prescripciones del Código Civil. MIGUEL TRAVIESAS, M., «Ocupación, accesión, especificación», *op. cit.*, p. 298. Considera que el requisito de la buena fe no puede presentarse nunca en términos absolutos, dado el principio de que la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título, reconocido por el Código Civil español en su artículo 464. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español, op. cit.*, p. 172. DíEZ-PICAZO, L., «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», *RCDI*, 1966, p. 843, donde se refiere a la dificultad que presenta en la ciencia del derecho privado el concepto de la buena fe y las concepciones existentes.

¹⁸⁴ ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 441: «La idea de afectación o destino aparece como esencial para delimitar lo accesorio de lo principal. Destino con unas metas o fines: adornar servir o complementar la principal.»

¹⁸⁵ *Supra*, p. 87, l. 2.1.26: «Si tamen alienam purpuram quis interxuit suo vestimento, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento [...]»

Carmen López-Renlo Rodríguez

ALONSO PÉREZ¹⁸⁶ ha puesto de manifiesto que si la unión tiene lugar entre cosas del mismo valor, no hay accesión mobiliaria o conjunción, sino copropiedad o condominio, y habrá que aplicar las reglas de la comunidad previstas en el artículo 392 y ss. del Código Civil. Las cuotas ideales ocupan el puesto de las antiguas cosas singulares.

En el caso de la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerará accesoria la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino¹⁸⁷.

GARCÍA GOYENA, a propósito del comentario al artículo 418,2 amplía la regla que el Derecho Romano únicamente aplicaba a la pintura a todos los supuestos enumerados en el párrafo 2.º, y que han pasado literalmente a nuestro Código Civil, utilizando el mismo criterio del Derecho Romano, de la excelencia y aprecio del arte como fundamento de su extensión.

En el apartado final de este artículo, el Código Civil español recoge en materia de pintura el criterio de los juristas romanos, al dar preferencia a la pintura frente a la tabla¹⁸⁸.

En la doctrina civilista se ha entablado una discrepancia interpretativa en relación con las excepciones del artículo 377:

a. Un sector doctrinal encabezado por MANRESA Y NAVARRO¹⁸⁹ sostienen que el criterio general de la distinción es el de la materialidad recogido en el art. 376 y el art. 377 contempla dos excepciones independientes a la regla general del artículo 376:

a) Las que nacen de la imposibilidad de distinguir cuál de las dos cosas unidas es la principal y por tanto impiden la aplicación de la regla general.

b) Las segundas derivan de la modificación que el aprecio social efectúa a la naturaleza de las cosas, ya que *iure naturali* serían accesorias, pero *iure civili* atendiendo al sentir social han de reputarse principales. Estas excepciones que recogen en el art. 377,2 son consideradas por este autor como excepciones taxativamente especificadas, que han de interpretarse restrictivamente siendo imposible la aplicación analógica¹⁹⁰.

b. Otra corriente de pensamiento¹⁹¹ considera los supuestos del artículo 377 como excepciones complementarias, otorgando prioridad a la *qualitas* desde una perspectiva

¹⁸⁶ ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 437.

¹⁸⁷ J. L. LACRUZ BERDEJO, (Elementos de Derecho Civil, Vol. I, Posesión y propiedad, 3.ª ed., Barcelona, 1990, p. 178) postula que dicho precepto ha de entenderse como una presunción, ya que puede suceder que un mal artista realice una obra sin valor sobre un material noble, que entonces será lo principal. Este civilista estima que el precepto da aquí preferencia a la creación intelectual y artística sobre la materia que sirve de soporte a su expresión material. No se privilegia la tinta o los productos colorantes que van a formar un todo con el papel o tela, sino un contenido inmaterial valioso. El caso lo considera como especificación.

¹⁸⁸ *Supra*, pp. 11, 33, 63 y ss.

¹⁸⁹ MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, T. III, *op. cit.*, pp. 285-286.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 286.

¹⁹¹ ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo*, Tomo V, Vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1990, pp. 441: «En consecuencia, tanto el artículo 376 como el 377 ofrecen criterios o ideas directrices, pero como principios que son, no se imponen a la realidad práctica».

socioeconómica, relegando a un segundo plano el criterio de la principalidad del artículo 376, que se limita a facilitar un criterio claramente directriz y orientador, no debiendo atenderse al mismo cuando la cosa accesoria sea más valiosa y estimada socialmente que la principal¹⁹². Igualmente dicho criterio es orientador en el párrafo final del art. 377, siendo la enumeración recogida *ad exemplum*¹⁹³.

Sentado lo anterior, y aplicando el artículo 375, puede concluirse que se considerará propietario de la *tabula picta* al dueño de la pintura, regulando en estos preceptos el Código Civil el aspecto material del dominio en caso de conflicto entre propietario de la tabla y dueño de la pintura, puesto que los derechos de autor, así como lo que afecta a la esfera personal y moral del mismo por aplicación de los artículos 428 y 429 del CC son objeto de un tratamiento independiente, del que se ocupa la legislación especial al efecto, en la que se determinará las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En la actualidad, todo este derecho especial sobre las propiedad intelectual, como derecho independiente del derecho de propiedad sobre el objeto, se encuentra regulado en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, por el que se aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia¹⁹⁴.

cuando estén en contradicción con los criterios valorativos y socioeconómicos imperantes en el tráfico jurídico de cada sociedad.» Díez PICAZO, L., «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», *RCDI*, 1966, p. 847. Y el mismo autor en *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. II, *Derechos reales, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, Madrid, 1995, p. 133. BONET BONET, F. V., «Observaciones sobre la accesión en nuestro derecho positivo», *RGLJ*, 1971, pp. 121-122, considera: «Preferible haber recurrido, como ha hecho el Código Civil portugués de 25 de noviembre de 1966 en el artículo 1333, números 2 y 3, a que en los supuestos de que las cosas incorporadas tengan igual valor se proceda a una licitación entre los interesados y el que obtenga la cosa estará obligado al pago del precio a que se haya llegado, a la otra parte. En caso de no querer celebrar la licitación, se venderá la cosa y las partes se repartirán el producto obtenido. Del mismo modo considera que el último párrafo del artículo 377 contiene una enumeración enunciativa.»

¹⁹² ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo*, Tomo V, Vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1990, p. 441.

¹⁹³ J. L. LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil*, Vol. I, *Poseción y propiedad*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, p. 180) lo considera como una presunción: «Puede suceder que un mal artista realice una obra sin valor sobre una materia noble, que entonces será lo principal.» ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo*, Tomo V, Vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1990, p. 441.

¹⁹⁴ Nuestro Código Civil dedica el Título IV a algunas propiedades especiales: Arts. 428 y 429. Título que estaba ausente en el Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851. Sobre propiedad intelectual, dada la abundante literatura existente en la materia, a título orientativo *vid.*: ALBALADEJO, M., y BERCOVITZ, R., «Comentarios a los artículos 15 y 16 de la LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1989. AMAT LLARI, E., «El control del autor sobre el destino de su obra», *RCDI*, nov-dic. 1989. ANSORENA, L., *Tratado de la propiedad intelectual en España*, Madrid. ARRABAL, P., *Manual práctico de propiedad intelectual e industrial*, Barcelona, 1991. ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, trad. de E. VERDERA y L. SUAREZ-LLANOS, Barcelona, 1970. AZCÁRATE, G., *Ensayo sobre la historia de la propiedad intelectual*, 1880. BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual. Derecho de la competencia y disciplina de la competencia de steal*, 2.ª ed., Madrid, 1993. BERCO-

Carmen López-Rendo Rodríguez

La afirmación del principio *tabula picturae cedit* como regla que rige la materia de la adquisición del dominio, y la consideración de la pintura como cosa principal y la tabla como cosa accesorio, permite en nuestro Derecho actual, a diferencia del Derecho Romano, compatibilizar el derecho de propiedad ordinario sobre el objeto con la existencia de un derecho especial, independiente de propiedad intelectual regulado mediante una legislación especial al efecto que tiende a tutelar la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica del creador, de ahí que el artículo 1 de dicha Ley atribuya dicha propiedad al autor por el solo hecho de su creación y el artículo 3 declare que los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con: 1.º La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual [...].

VITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario al artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual*, dirigidos por él mismo, Madrid, 1989, pp. 21 y ss. *Comentario al artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual*, dirigidos por él mismo, Madrid, 1989, pp. 207 y ss. «Derecho de autor y destrucción de obra plástica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 9 de diciembre de 1985», *ADC*, 1986, p. 217 y ss. *Comentarios a los artículos 428 y 429 del CC*, Ministerio de Justicia, T. I, Madrid, 1993, pp. 1153 y ss. BONDÍA ROMÁN, E., «Propiedad privada y artículo 20.1.b) de la CE», en *El sistema económico de la Constitución Española*, T. I, Madrid, 1994, pp. 651 y ss. CABANELLAS, G., «La propiedad intelectual y la teoría de los derechos de propiedad», *RGD*, 1990-1991, pp. 229 y ss. CARBAJO GONZÁLEZ, J., «La nueva regulación en materia de propiedad intelectual», *ADC*, octubre 1989, pp. 2970 y ss. CHICO Y ORTIZ, J., «Principios y problemas de la propiedad intelectual», *RGLJ*, 1984-2, pp. 355 y ss. FERNÁNDEZ MOURILLO, M., «Legislación y propiedad intelectual», Madrid, 1930. GARCÍA MARTÍN, L., «La noción de explotación en las creaciones intelectuales», *RDP*, 1993, pp. 907 y ss. LÓPEZ QUIROGA, J., *La propiedad intelectual en España*, Madrid, 1918. MARCO MOLINA, J., «Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del derecho de autor», *ADC*, enero-marzo 1994, pp. 121 y ss. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentarios a los artículos 428 y 429 del CC*, Madrid, 1985, pp. 711 y ss. PÉREZ DE CASTRO, N., «El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho de autor respecto a la obra», *ADC*, 1987-1, pp. 217 y ss. ROGEL VIDE, C., *Comentarios a los artículos 428 y 429 del Código Civil*, T. V, Vol. 4-A, comentarios dirigidos por M. ALBALADEJO y Sílvia DÍAZ ALABART, Madrid, 1994, pp. 1 y ss. YZQUIERDO Y TOLSADA, M., «Evolución histórica del derecho de propiedad intelectual», *RGLJ*, 1988-1, pp. 515 y ss.