

LA ESCRITURA COMO MODO DE ACCESIÓN DE MUEBLE A MUEBLE DEL DERECHO ROMANO AL CÓDIGO CIVIL

EMMA RODRÍGUEZ DÍAZ
Universidad de Oviedo

La escritura viene calificada por la doctrina como una de las formas de accesión de mueble a mueble conocida ya por el Derecho Romano¹. La adquisición por accesión existe cuando alguna cosa accesoria está unida o incorporada a otra principal. Consecuencia de la unión es que la accesoria pierde su individualidad y es absorbida por la principal, de la que formará parte integrante. El efecto jurídico es que el propietario de la cosa principal lo será del todo². Las condiciones que supeditan la adquisición son, en líneas generales, la existencia de la cosa accesoria y la principal; la cosa principal debe ser un cuerpo homogéneo o una *universitas rerum cohaerentium*³ y que la adición haya sido consecuencia del azar o de la voluntad de uno de los dueños.

¹ SQUITTI, B., «La proprietà nel mondo romano», Enciclopedia Giuridica Italiana, XIII-4a, 1894, p. 152. Entendemos por «accessio» un modo originario de adquisición de la propiedad, independientemente de otros usos del término que, por otra parte, también suelen llevar en su significado la idea de acrecimiento, añadido o incorporación en general. Sobre el tema *vid.* FORCELLINI, A., v. «Accessio», *Totius Latinitatis Lexicon*, I, Prati, 1858, pp. 39-40; *Thesaurus Linguae Latinae*, v. «Accessio», vol. I, 1900, Lipsiae, pp. 284-87; DU CANGE, D., v. «Accessio», *Glossarium mediae et infimae latinitatis, tomus primus*, Nachdruck der Ausgabe von 1883-87, Graz, 1954; BRANCA, G., v. «Accessio», *ED*, I, 1958, p. 261; DAREMBERG, Ch., y SAGLIO, E., v. «Accessio», por Baudry, F. en *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, I, 1.^a part., Graz, 1969, pp. 7-18; HEUMAN, H., y SECKEL, E., v. «Accessio», *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, 1971, p. 7; SANFILIPPO, C., «Accessione. Diritto romano», *NNDI*, I, Torino, 1981 (risL), pp. 129-30; LONGO, C., *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto*, rist., Milano, 1946, p. 106. En este breve estudio partimos de la clasificación entre modos originarios y derivativos adoptada por la mayoría de la romanística, a sabiendas que no se trata de una opinión unánime, *vid.* DE FRANCISCI, P., *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova, 1924, pp. 84-102. Tampoco entramos en la discusión acerca de la naturaleza jurídica del instituto, ni tratamos los problemas generales que afectan a sus requisitos. Para ambos temas nos remitimos a la abundante doctrina que menciona SANFILIPPO, «Accessione. Diritto romano», 129.

² D. 41,1,26 *pr.* (*Paul., XIV, ad Sab.*); D. 6,1,23,4 (*Paul., XXI, ad ed.*).

³ No una *universitas rerum distantium*: D. 41,3,30 *pr.* (*Pomp., XXX, ad Sab.*); D. 6,1,23,5 (*Paul., XXI, ad ed.*).

Emma Rodríguez Díaz

Estos requisitos se cumplen cuando los textos romanos hablan del régimen de la *scriptura* como cesión del escrito en el pergamino o papel de otro a favor de éste. Las cuestiones que resolvieron los jurisconsultos en torno al tema fueron determinar la categoría de las cosas unidas y cómo y cuándo es posible la reclamación: Iniciamos nuestro comentario con el fragmento de Gayo en *Inst. 2,77*:

«Eadem ratione probatum est, quad in chartulis sive membranís meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis sive membranís cedunt. Itaque si ego eos libros easue membranás petam nec impensam scripturae solvam, per exceptionem doli mali summoveri potero.»

El jurista dictamina que el autor de un escrito en papel ajeno, aun con letras de oro, no se hace su dueño, pues la titularidad del conjunto será del propietario de la *charta*⁴ o del pergamino. Como *dominus* podrá reclamarlo pagando las impensas al escribiente, quien podrá interponer la *exceptio doli*. Gayo está considerando accesorio el escrito y principal el soporte material en que aquél se contiene. La consecuencia jurídica es la apropiación de lo redactado por el dueño del papel. El jurisconsulto no explica el porqué de su decisión, no obstante, el texto comienza diciendo: «eadem ratione probatum est». Gayo trae a colación la *scriptura* tras reconocer en el fragmento 76 la excepción de dolo para proteger el derecho a ser indemnizado de los gastos en otros supuestos de accesión de mueble a inmueble, la *inaedificatio* y la *satio*. Gayo en el párrafo 77 utiliza el siguiente silogismo: Lo accesorio cede a lo principal y habrá de ser indemnizado (*Gai Inst. 2.76*, introducido por «eadem ratione»); puesto que «in chartulis sive membranís meis aliquis scripsent meum esse quia litterae chartalis sive membranís cedunt», la conclusión es que «si ego eos libros easue membranás petam nec impensam scripturae solvam, per exceptionem doli mali summoveri potero»⁵. Sin embargo, creemos que la equiparación

⁴ Se utiliza la expresión «charta» como significante de «papel» —cf. BERGER, A., v. «Litterae», *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, p. 566—, así consta en los siguientes párrafos de Ulpiano: D. 32,52 pr. (*XXIV. ad Sab.*): «Librorum appellatione continentur omnia volumina, sive in charta sive in membrana sint sive in quamvis alia materia [...]»; D. 32,52,4 (id.): «Quod tamen Cassias de membranís parís scripsit, verum est: nam nec chartae purae debentur libris legatis nec chartis legatis libri debebantur [...]»; D. 32,52,6 (id.): «Chartis legatis neque papyrus ad chartas paratum neque chartae nondum perfectae continebantur»; D. 32,76 (*II. ad ed.*): «Chartis legatis nemo dicet scriptas et libros iam factos legato cedere. hoc idem et in tabulis est.» Notorio resulta el empleo de la palabra *charta* en contraposición a *liber*, lo que nos permite referir aquélla en el sentido de materia sobre la que se escribe, del mismo modo que se habla de «membrana» para indicar otra sustancia, e independientemente de la denominación del conjunto. No obstante, el propio Ulpiano era consciente del uso genérico de *charta* con el significado de libro, D. 32,52,4 (*XXIV. ad Sab.*): «in usu plerique libros chartas appellant», el cual ya en tiempos del jurista tenía un uso generalizado, *vid.* CAVALLO, G., «Le tavolette come supporto della scrittura: qualche testimonianza indiretta», *Les tablettes à écrire de l'antiquité à l'époque moderne*, Berplos-Turnhout, 1992, pp. 97-101.

⁵ SOLAZZI, S., «Glosse a Gaio», *Scritti di diritto romano*, Napoli, 1972, p. 345, considera un glosema la parte final del párrafo [*itaque... potero*], pues Gayo no debió utilizar *itaque* sino *sed* o *tamen*, a la par que considera una radicalización el uso de la *exceptio doli* para reclamar las *impensas scripturae*. Aunque es po-

La escritura como modo de adquisición de mueble a mueble del Derecho Romano al Código Civil

entre *scriptura* e *inaedificatio* y *satio* tiene carácter procesal. Su fundamento no es tanto establecer la razón que permita declarar la superioridad del papel como determinar el derecho del escritor a reclamar los gastos aunque, por supuesto, la traducción al plano sustantivo suponía la consideración de principal de la *charta* de modo similar a lo que ocurría con él *solo*⁶.

Gayo habla de «*aureis litteris*». La expresión por sí misma no parece bastante significativa de no ser porque viene precedida por la conjunción «*licet*» que nos advierte de la aclaración. La observación gayana está claramente encaminada a excluir cualquier discusión sobre el *pretium* de la *scriptura*. Lo escrito siempre es accesorio del papel o pergamino aunque se haya hecho de una materia costosa. Gayo está zanjando la cuestión con el recurso al noble metal: El papel es principal porque conserva su nombre y su individualidad; la escritura es accesorio porque lo completa, es lo que se une al papel⁷ y no influye su valor en la decisión, pues en nada afecta que sea más preciada.

También admite que el titular del papel lo reclame junto con lo accesorio. El jurista no alude a ninguna *actio* sino que utiliza el verbo *peto* con el significado de pedir o reclamar. No obstante, continúa su discurso favoreciendo al autor-poseedor del papel con una *exceptio doli* como medio para obtener una compensación por los gastos. Es obvio que Gayo se refería a una reclamación judicial. El reconocimiento del derecho a los gastos no viene enunciado como un principio de derecho sustantivo sino que hay una referencia explícita al procedimiento formulario tras la cual subyace el derecho.

De Gayo tenemos otro fragmento encuadrado en «De adquirendo rerum dominio»⁸. Se trata de D. 41,1,9,1 (*II. rerum quotid. sive aur.*): «*Litterae quoque licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea quae aedificantur aut seruntur. ideoque si in chartis membranisque tuis carmen vel historiam vel orationem scripsero, huius corporis non ego, sed tu dominus esse intelligeris. sed si a me petas tuos libros tuasve membranas nec inpesas scripturae solvere velis, potero me defendere per exceptionem doli mali, utique si bona fide eorum possessionem nactus sim.*»

La comparación entre ambos párrafos evidencia la ausencia de modificaciones. Simplemente se añade una aclaración acerca del contenido del escrito, pues Gayo men-

sible que la última parte sea posgayana, no cabe duda que el contenido corresponde al pensamiento clásico; en todo caso, no parece correcto calificarlo de «*conclusionem piu radicale l'essere evidentemente spuria*» porque, como comprobaremos, en sus dictámenes sí planteaba el resarcimiento de los gastos con el mismo medio cuando, contrariamente, el Epítome de Gayo, II, 1, 4-6, presumiblemente posclásico, nada dice sobre dicha *exceptio*. Tampoco cuestiona su clasicidad FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, 4.^a ed., Milano, 1953, p. 294, n. 3.

⁶ Nos ayudan a mantener esta afirmación la expresión inicial «*cadem ratione probatum est*» y la conclusión del párrafo, esto es, un ejemplo de reclamación de los papeles escritos.

⁷ Cf. LONGO, *Corso*, 113; RATTI, «*Rinascita della proprietà*», pp. 268-69.

⁸ Vid. LENEL, O., *Palingenesia*, I, Graz, 1960, *Gai rerum cottidianarum lib. II*, 491, col. 255.

Emma Rodríguez Díaz

ciona que ya se trate de «*carmen vel historiam vel orationem*»⁹, será del propietario del papel. El motivo debemos relacionarlo con las cuestiones que la regla pudo plantear en la práctica, pues desde la perspectiva de un particular no sería lo mismo escribir una *oratio* en *charta* ajena que un sencillo verso. El jurisconsulto es tan explícito que podemos afirmar sin duda alguna la irrelevancia del contenido de la redacción y, por eso, tampoco creemos que se tratara de *numerus clausus* sino de un mero elenco ejemplificativo.

Gayo reitera la *exceptio doli* a favor del autor-poseedor para ser compensado por los gastos; no obstante, ahora se especifica expresamente que es necesario «*bona fide possessionem nactus sim*» de papeles y pergaminos¹⁰. No se trata de una nueva disposición: la buena fe estaba incluida indirectamente en *Inst.* 2,77 porque a ella se refería el párrafo 76.

Juliano dispuso la regla sobre la cesión de la escritura a la *charta* que hemos analizado. Su *responsum* nos ha llegado por un fragmento de Ulpiano en D. 10,4,3,14: «*Interdum acquitas exhibitionis efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Iulianus tractat. servus, inquit, uxoris meae rationis meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. ait Iulianus, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum: nam cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est: sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri: in factum igitur mihi actionem competere.*»

El supuesto pretende delimitar si corresponde o no la *actio ad exhibendum* a favor de quien pretende conseguir la manifestación de sus razones hechas constar por su esposa en papel que posee un tercero. Ulpiano, siguiendo a Juliano, es claro en su respuesta: si el material pertenece al litigante podrá ejercitar la acción de exhibición, pues «*quia et vindicare eas possum*». En caso contrario, «*si charta mea non fuit*», dado que «*vindicare non possum*» tampoco «*ad exhibendum experiri*»; no obstante, y por causa de equidad, en esta ocasión podría interponer la *actio in factum*¹¹. No tiene el fragmento por asunto

⁹ Según la glosa de Acurcio se entiende por «*Carmen: Metrice*», por «*Historiam: Novi, & veteris estamenti idem dica in fabula, vel romantia, vel quolibet libro prosaico*» y por «*Orationem: Ad Deum, vel ad populum, vel ad principem*» en *Institutionum sive Primorum totius Iurisprudentiae elementorum. Libri Quatuor. DN. IUSTINIANI SACEATISSIMI Principi auctoritate iussuq compositi, Commentariis Accursii, & multorum insuper aliorum doctorum hominum schollis atque observationibus illustrati, Venetiis, 1581, Institutionum Imperial, Lib. II, De rerum divisione, Tit. I.*

¹⁰ Impensas que abarcan según ARNDTS, C. L., *Trattato delle Pandette*, Prima versione italiana di F. SERAFINI, Vol. I, Parte seconda, Bologna, 1872, p. 266. las útiles y necesarias, esto es, las que son indispensables para la conservación de la cosa y las que, sin ser necesarias, sí aumentan su valor, como dijo MAYNZ, C., *Cours de Droit Romain*, Quatrième édition, tome premier, Bruxelles, 1876, p. 452.

¹¹ Hace una interpretación literal del texto SQUITTI, «*La proprietà nel mondo romano*», 152, pero no lo aplica a la *scriptura* sino a la accesión de mueble a mueble en general. Sobre la relación entre la *actio ad exhibendum* y la *rei vindicatio*, vid. RATTI, U., «*Rinascita della proprietà in tema di accessione*», *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, I, Milano, 1930, pp. 273-76. En cuanto a la *actio in factum*, MAYNZ (*Cours de Droit Romain*, pp. 722-23) decía que esta acción probablemente no era otra cosa que la

La escritura como modo de accesión de mueble a mueble del Derecho Romano al Código Civil

principal saber si es dueño de las *rationes* el propietario del papel. Es más, ésta constituye una solución que se da por supuesta y no se cuestiona. El eje del párrafo es la interposición de la *actio ad exhibendum* la cual, y a tenor de la respuesta, sólo depende de la legitimidad para el ejercicio de la *rei vindicatio*¹².

Finalmente, mencionamos un texto de Paulo en D. 6,1,23,3 (*Paul., 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: sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.»

El fragmento trata la escritura junto con la pintura como modos de adquirir la propiedad por accesión. La disposición reproduce el sentir de los juristas que hemos tratado, por eso basta ahora¹³ con resaltar el interés de Paulo en justificar la accesión de la escritura a la *charta*. La accesión del escrito, según el parecer del jurista, no es tanto por la superioridad de éste como por la funcionalidad de la cosa principal; y ello en razón de la interpretación analógica del argumento que justifica la posición sabiniana de la accesión en el caso de la *tabula picta*: Al igual que la *pictura* cede a la tabla porque es necesario que así sea¹⁴, pues «sine illa esse non potest», también la *scriptura* será del dueño del papel en la medida que no puede existir sin el soporte material en que plasmarse¹⁵.

reivindicación útil que existía en materia de especificación y en n. 11 nos remite a D. 6.1.23.5 párrafo que la concede respecto de la *ferruminatio*. Sin embargo, la romanística no presta demasiada atención a esta acción en la medida que en ambos textos suele considerarse interpolada: respecto de la *ferruminatio* nos remitimos al *Index Interpolationum*; en cuanto a D. 10,4,3,14: Vid. BESELER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Erstes Heft, Tübingen, 1910, pp. 34-35. [*Interdum... tractat.*] al igual que [*inquit,*] e [*in factum... competere*]. Krueger sólo estimó interpolado [*competere*] en *Corpus Iuris Civilis*, vol. 1, *Institutiones recognovit* P. Krueger. *Digesta recognovit* T. Mommsen, ed. 1970, apud Weidmannos.

¹² Vid. LENEZ, O., *Palingenesia*, II, Graz, 1960, *Ulpiani ad ed. lib. XXIV*, 719, col. 556-58.

¹³ No entramos en otras cuestiones que el fragmento plantea, fundamentalmente las derivadas de la ubicación sistemática del párrafo entre aquéllos que tratan el régimen de la *ferruminatio* y otros modos de accesión. Para su examen nos remitimos a LONGO, *Corso*, 112; DERNBURG, A., *Pandette*, Vol. I- Parte II. *Diritti reali*, prima traduzione dal tedesco sulla 6.^a ed. di F. B. CICALEA, Torino, 1907, p. 151, n. 7; ARI, G., *Teoria della Proprietà (parte speciale)*, Napoli, 1908, p. 74; y BRANCA, v. «Accessio», *ED*, 263, porque, en líneas generales, participamos de su planteamiento. A este respecto son bien significativas las palabras de RATTI («Rinascita della proprietà», I, Milano, 1930, p. 268), «la cosa che non retinet suam speciem diviene alia res [...] Dal fatto che la parte accessoria non retinet suam speciem deriva logicamente che non vi è se non una sola species (quella del tutto), e che quindi le singole parti del tutto sono contenute uno spirito».

¹⁴ «Sed necesse est ei rei cedi». Al margen de la superioridad material como regla general, Paulo prima la autonomía del papel para calificarlo de principal, pues sólo éste es capaz de subsistir por sí mismo sin el concurso de ninguna otra cosa. Cf. DURATÓN, M., *Corso di Diritto Civile secondo el codice francese*, 4.^a ed., Napoli, 1854, p. 334.

¹⁵ Autores del siglo pasado entendieron interpolada la última parte del fragmento [*necesse... non potest*], como BESELER, *Beiträge*, Drittes Heft, Tübingen, 1913, p. 132. Según P. BONFANTE (*Corso di Diritto Romano*, Vol. II, *La Proprietà*, 2.^a parte, rist. 1.^a ed., Milano, 1968, p. 104, n. 6), Paulo debió decir «*necesse est materiae speciem cedere quia sine illa esse non potest*», o bien «*necesse est materiae cedere id quod sine*

Emma Rodríguez Díaz

De los fragmentos comentados comprobamos que los juristas clásicos no se fijaron en el causante de la incorporación. Se limitaron a decir que el escritor hace la obra sobre materia ajena. El motivo está claro: sólo es posible que sea el tercero quien haga la redacción, pues si el autor es también dueño del papel es imposible hablar de accesión en cuanto modo de adquisición del dominio.

En definitiva, los jurisprudentes que cuestionaron la *scriptura*, Gayo, Juliano, Paulo y Ulpiano, siguen la misma dirección al delimitar la propiedad de lo escrito en papel ajeno. Esto viene a demostrar que la disparidad que primó en algunos modos de accesión, como la *pictura*, no se produjo en la escritura. Es significativo que Ulpiano, «che dovrebbe rappresentare la teoria proculciana», acuda a Juliano, «il rappresentante piu cospicuo della scuola sabiniana», y que junto con Paulo, «stoico e quasi certamente sabiniano», converjan en la misma línea¹⁶. La explicación la halla BONFANTE¹⁷ en la naturaleza de la *charta* que, como soporte, es a la vez la mayor *species* o la de más precio, como pretenden los sabinianos, y la *species* que supone la *qualitas* del todo, que defienden los proculcianos. De otra parte, queda expuesto con nitidez el principio determinante en la decisión y configurador del régimen clásico sobre la *scriptura*: «cum charta mea sit et quos scriptum est meum est». El ejercicio de la acción reivindicatoria corresponde al titular del papel y la reclamación incluye todo lo incorporado a él. Consecuencia de esta legitimación es también la posibilidad de pedir su exhibición previa frente al tercero poseedor mediante la acción correspondiente.

La regulación jurídica de la escritura en el derecho posclásico tardío no sufrió variaciones. La fuente que autoriza esta afirmación es el Epítome de Gayo¹⁸, fragmentos II,1,4 y 6. El párrafo 4 dice: «Quod et de chartis vel pergamenis, si in alienis scribat, licet aureis aut argenteis litteris, similiter eius est scriptura, cuius chartae aut pergamena fuerint.»

Los comentarios del redactor coinciden con los principios gayanos, si bien se introducen dos pequeñas novedades que en nada afectan a la decisión de fondo. De una parte, la mención de la plata como material empleado en la escritura además del oro que ya constaba en D. 41,1,9,1 y en las *Instituciones*, ambos de Gayo. Como en el fragmento clásico, la mención del oro o la plata ha de interpretarse a título de ejemplo en corroboración de la máxima. De otra, la sustitución de *membrana* por *pergamena*, los dos casos con el significado de pergamino.

illa esse non potest», esto es, aludiendo siempre a la relación entre *species* y *materia* para indicar la cesión de la primera a la última y no a la genérica *res*. Ni Mommsen ni Krueger lo consideran innovación justinianea pero sí alterado. El primero entiende que la lectura debió ser «necessarie ei rei cedit» y, el segundo, como Bonfante, opina que fue «necesse est materiae cedere», *vid. Corpus Iuris Civilis*, vol. I.

¹⁶ BONFANTE, *Corso*, pp. 100-2.

¹⁷ BONFANTE, *Corso*, p. 111.

¹⁸ ARCHI, G., *L'«Epítome Gai»*, *Studio sul tardo diritto romano in Occidente*, Napoli, 1991, pp. 7-76 y 235-50; *Epítome Gai*, traducción y notas de J. M. COMA FORT y J. D. RODRÍGUEZ MARTÍN, Madrid, 1996, pp. 8-9 y 34-7.

La escritura como modo de accesión de mueble a mueble del Derecho Romano al Código Civil

La redacción se completa con el párrafo 6, el cual sirve de colofón a la exposición desarrollada en los párrafos anteriores que recogen la casuística en materia de accesión y especificación. Asimismo, dice: «Sed in his omnibus superius comprehensis [...] illis, qui aliena praesumserint, hoc competit, ut expensas vel impedia, quae in his fecerint, a dominis, qui rem factam vindicant, recipere possint.» Por lo que nos interesa, el jurista permite el derecho al reembolso de los gastos que el escritor ha hecho cuando el dueño del libro o del pergamino lo reclame.

El comentario guarda silencio sobre la acción a interponer y acerca de la buena fe que los textos clásicos exigían para la reclamación de las impensas. En cuanto a la primera hicimos notar al comentar los fragmentos de Gayo cómo el derecho a los gastos sufragados por el escritor se exponía desde la perspectiva procesal, al referir la *exceptio doli* como medio judicial. El *Epitome Gai*, por el contrario, prescinde de alusiones procedimentales y sienta directamente el derecho, lo cual evidencia el paso del plano jurídico procesal al sustantivo. Por lo que afecta a la segunda, la imprecisión pone en tela de juicio la importante prerrogativa que primó en la etapa anterior, pues la redacción no permite saber hasta qué punto el comentarista la sobreentendió o bien su intención fue la de ampliarla al escritor de mala fe. Ni siquiera la doctrina romanista se decanta indubitablemente por una u otra alternativa¹⁹.

Finalmente, y respecto del régimen justinianeo, tenemos el siguiente pasaje de IJ. 2,1,33: «Litterae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac si solo cedere solent ea quae inaedificantur aut inseruntur: ideoque si in chartis membranisque tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, huius corporis non Titius, sed tu dominus esse iudicaris. sed si a Titio petas tuos libros tuasque membranas esse nec impensas scripturae solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si bona fide earum chartarum membranarumve possessionem nactus est.»

Es fácil comprobar la similitud entre este texto y el de Gayo en D. 41,1,9,1²⁰. La redacción es prácticamente idéntica y todo lo dicho entonces vale para el régimen justinianeo: lo escrito en libros o pergaminos ajenos será del dueño de éstos²¹ y podrá su

¹⁹ Vid. ARCHI, L. «*Epitome Gai*», pp. 248-50.

²⁰ De hecho algún autor, vid. ACCARIAS, C., *Précis de Droit Romain contenant avec l'exposé des principes généraux, le texte, la traduction et l'explication des Institutes de Justinien*, I, 3.ª ed., París, 1882, p. 618, interpreta a la par ambos fragmentos.

²¹ ACURSIO interpreta el verbo *petas* del texto como «directa in rem» en *Institutionum sive Primorum totius Iurisprudentiae elementorum. Commentariis Accursii, Institutionum Imperial. Lib. II. De rerum divisione. Tit. I*. En cambio GOTHOFREDUS dispuso que podría indicar una «rei vindicatione, aut ad exhibendum» en *Corpus Iuris Civilis Romani, in quo Institutiones, Digesta ad codicem Florentinum emendata, Codex item et Novellae. Cum notis integris Dionysii Gothofredi, quibus accesserunt Francisci Modii et aliae aliorum jectorum celeberrimorum, quas inseruit editionis suae Simon van Leeuwen. Editio nova, Tomus primus. Coloniae Munatiana, 1756. Institutionum Lib. II. Tit. I. De rerum divisione, et acquirendo ipsarum dominio. § 33 (43.); al igual que en *Corpus Iuris Civilis in IV. partes distinctum. Eruditissimis Dionysii Gothofredi I. C. Clarissimi notis illustratum*, Lugduni, 1662, *Institutionum Lib. II. Tit. I. De rerum divisione, et acquirendo ipsarum dominio. § 33.**

Emma Rodríguez Díaz

autor reclamar los gastos mediante la interposición de la *exceptio doli*. Sólo cabe contar como diferencia el empleo de una tercera persona, Ticio, como escritor en vez del nombre *ego* que utiliza Gayo.

Nos hacemos eco, a modo de conclusión final, de las palabras de ORTOLÁN cuando decía «es inútil observar que no se trata aquí —en referencia a IJ. 2,1,33— de la propiedad de la obra literaria, considerada en sí misma, sino sólo de la propiedad de la escritura»²². Es evidente que el Derecho Romano desconoció el concepto de obra literaria desde la perspectiva espiritual de la composición. Los textos estudian el escrito siempre desde el plano material y por ello la romanística estima que fue aquél un ámbito ignorado y no protegido por la jurisprudencia²³, aunque algún autor atribuye la propiedad incorpórea de lo escrito a su autor en la medida que los romanos sólo regularon el aspecto material²⁴.

La concepción que primó en Derecho Romano se dejó sentir en la Glosa. Sabemos que aquélla planteó la cesión de la escritura a la *charta*, fundamentalmente por la comparación con la *pictura*. Reproducimos las palabras que en este sentido encontramos en la anotación a la «bona fide» de D. 41,1,9,1²⁵ «si dominus tabulae vendicet a pictore possidente, poterit pictor possidens eū repellere offerendo ei pretium tabulae, etiam si vellet illo ei efferre pretium picturae: & sic in alijs dicas. Item quae est ratio diversitatis in pictis & in scriptis? Respon. forte quia scriptores antiqui temporis non erant adeo cari, sicut sunt hodie unde cum parui pretij esset scriptura, cedebat chartae quae f. charta charior erat e contrario pictores & fuerunt & sunt cari & tabula, vilis pretij est & fuit: un cedit picturae, secundum Ioannem sed cum hodie sit scriptura pretiosior, quam charta, idem potest, quod in pictura dici secundum Azo».

Bártolo DE SAXOFERRATO²⁶ comentaba que no puede decirse que una cosa sea parte de otra sino cuando de hecho se produjo la adición, de modo que la parte cede al con-

²² ORTOLÁN, M., *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, 4.^a ed. rev. y aum. traducida por F. PÉREZ DE ANAYA y M. PÉREZ RIVAS, t. I, Madrid, 1877.

²³ BONAFANTE, CORSO, III, OURLIAC, P., y MALAFOSSE, J. de, *Derecho Romano y francés histórico*, trad. al español y anotaciones de M. FAIRÉN, t. II, Barcelona, p. 508. Sentido en que se decanta la doctrina más reciente, por ejemplo ORTEGA, A., *La propiedad y los modos de adquirirla en Derecho Romano y en el Código Civil*, Granada, 1991, p. 121.

²⁴ CAREY MILLER, D. L., «Property», *A Companion to Justinian's Institutes*, Ithaca-New York, 1998, p. 61. Sólo es posible hacer la aserción si partimos de la regulación actual que atiende a ambos planos de la obra literaria. Si nuestro legislador estima propietario por accesión al dueño del papel sin más, se sobrecienta por exclusión que el *copyright* es del autor. Pero el juriconsulto romano ignora lo que va más allá de lo tangible, lo cual impide afirmar la idea anterior toda vez que supone atribuir al Derecho Romano una teoría totalmente ajena.

²⁵ *Pandectarum seu Digestorum Iuris Civilis, Quibus Iurisprudencia ex veteribus Jurisconsultis desumpta, libris L. continentur. Tomus Tertius, quod Digestum Novum vulgo appellant. Cum Accursii Commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editho postrema, Venetiis, 1581, Digestorum Lib. VII. De acquirendo rerum domi. Tit. I.*

²⁶ *Bartoli a Saxoferrato, Lucernae iuris omnia, quae extant, Opera. Tomus Primus, Sexta editio, Venetiis, 1590, Bart. ad lib. Sextum Digest. De rei vindicatione. Lex XXIII; id. Omnium Iuris Interpretum Ante-*

La escritura como modo de accesión de mueble a mueble del Derecho Romano al Código Civil

junto. El vínculo al que se refiere el posglosador es el punto de partida en el estudio de la accesión que sólo existirá cuando haya una cosa principal y otra accesoria unidas sólidamente. La cuestión es saber qué es principal o accesorio para determinar a quién beneficia la extensión automática de la propiedad del objeto principal al añadido, según el principio romano «accessio cedat principali». El jurista explica que para la Glosa se produce la cesión de lo menor a lo mayor. El criterio aplicable es la superioridad material. El problema residía en determinar la accesión en supuestos donde no existía una supremacía evidente entre las cosas unidas. Para estos casos seguían el criterio de la preponderancia económica, esto es, la parte menos valiosa cedía a la de mayor precio²⁷. Esta concepción ya había sido propugnada por Justiniano respecto de la *pictura* cuando en IJ. 2,1,34 decía «ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere»²⁸. Este parece ser el criterio distintivo aplicado por la Glosa que entendía que la escritura cedía a la materia porque era más barata que ésta, frente a la pintura que siempre sería más cara²⁹. Aceptar la valoración de la escritura para saber cuál es principal o accesorio supone también que la *charta* ceda a la redacción cuando ésta *praevalens in pretiositate*. Son muy significativas las palabras de BALDO en el mismo sentido: «Si id quod scriptura vilis cedit charte, & tabula picturae. h. d. No. hic opin. de scriptura, an cedat charte. ergo si volo vindicare librum, non oportet probare de dominio chartarum, si scriptura sit praevalens in pretiositate, sed sufficit, q probem me fecisse librum scribi. Alii dicunt contrarium, & facit hic mentionem Odo. de pandecta, q est Pisis, & de char. eius»³⁰. La tasación de la escritura determinó el régimen de la accesión

signani Commentaria. Tomus Quintus, In Primam Digesti Novi Partem, Venetiis, 1590, Bart. ad lib. XII. Digest De acq. rer. dom. Lex IX. Ley reproducida en Bartholus de Saxoferrato, Commentaria cum additionibus Thomae Diplovatati aliorumque excellentissimorum doctorum, una cum amplissimo Repertorio noviter elucubrato per dictum Clarissimum Doctorem dominum Thomam Diplomatum, Tom. V, curavit G. Polara, Roma, 1996, De acquirendo rerum dominio.

²⁷ *Bartoli a Saxoferrato, Lucernae iuris omnia. Lex XXIII.* «Unum tamen glos. dicit hic, scilicet quando factum adingitur facto, ita quod neutrum est accessio alterius, q minus cedit maiori, sed si neutrum est maius, accedit pretiosiori». La Glosa, en los supuestos en que no era posible saber cuál cosa era mayor, acudía a su valor para fijar la principal y accesoria. Ambas reglas habían sido conjugadas por CASSIO, quien, al comentar una unión por *ferraminatio*, sabía cuál accedía según «pro portione rei aestimandum vel pro pretio cuiusque partis», pero si «neutra alteri accessioni» habría que ver si la unión pertenece a ambos dueños como una masa confusa o al que las soldó. Por el contrario, PRÓCULO y PEGASO se decantaron por la primera opción: D. 41,1,27,2 (*Pomp., XXX. ad Sab.*).

²⁸ Resulta curioso comprobar cómo el concepto de *vilissima tabula*, que bien podía extenderse a la *scriptura* se predicó sólo de la *pictura*. J. IGLESIAS (*Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 11. ed., Barcelona, 1998, p. 246) decía que el diferente tratamiento que los juristas concedieron a la obra pictórica y a la literaria puede encontrarse en que ésta no se unimisma con la materia en que se plasma mientras la segunda se adhiere a la tabla para existir en y con ella.

²⁹ *Bartoli a Saxoferrato, Omnium Iuris Interpretum. Lex IX.* «et gl. dicit rone, qa scriptura erat vilis, charta cara, sed tabulla vilis, pictura cara.»

³⁰ *Baldi Ubaldi Perusini Iurisconsulti Omnium suae tempestatis celeberrimi, ingenio acutissimi, sensuque profundissimi, In primam Digesti Veteris Partem Commentaria, Venetiis, 1577, Bald. ad lib. sextum Digest. De rei vindicatione, lex XXIII.*

Emma Rodríguez Díaz

para los glosadores que trataron de uniformar aquélla y la *pictura*; así BARTOLO en *Lucernae iuris omnia. Lex XXIII* reproducía el pensamiento de la *Glosa*: «semper scriptura trahit as se chartam, quia pretiosior, sicut pictura trahit ad se tabulam», que también le concedió una *vindicatio directa*³¹. El principio fue también generalizado y transcrito por ACURSIO cuando leemos «Scriptura quantumvis pretiosa cedit suppositae chartae: tabula tamen picturae suppositae cedit»³². Sin embargo, no debió ser un planteamiento unánime. Los tratados de glosadores como AZÓN³³ o PLACENTINO³⁴ reproducen los textos romanos. BALDO reconocía la existencia de posiciones contrarias («Alii dicunt contrarium, & facit hic mentionem Odo. de pandecta, q est Pisis, & de char. eius»³⁵) y BARTOLO admitía la contradicción con las *Institutiones* para las que «littera cedit chartae»³⁶. En su opinión, que la *tabulam picturae cedere* y la *littera cedit chartae* no se debe, como defendió RAYNERIUS, a que la *tabula reduci ad pristinam formam potest, charta nequaquam*, sino a que *tota charta non occupatur sicut tabula* mientras la pintura sí ocupa toda

³¹ Bartoli a Saxoferrato, *Omnium Iuris Interpretum. Lex IX*. «Vide gl. q. incipit, directa vindicationem».

³² *Institutionum sive Primorum totius Iurisprudentiae elementorum. Commentariis Accursii, Institutionum Imperial. Lib. II. De rerum divisione. Tit. I*.

³³ *Summa Azonis, Locuples Iuris Civilis Thesaurus. Venetiis, 1572. De rerum divisione, acquisitione*. «Haec eade species accessionis p humanae naturae sollicitudine pot assignari in literis. Literae. n. licet sint aureae, perinde chartis, membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea, q inaedificantur, aut inserunt. Ideoq; si in chartis membranisque tuis carmen, vel historia, vel orationem Titus scripserit, nuius corporis no Titius, sed tu dominus esse videtis. Sed si a Titio petas libros tuos tuasua membranas, nec impensam scriptura solvere paratus sis: poteris Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si bona fide harum chartarum possessionem est nactus».

³⁴ *Placentini Iurisconsulti vetustissimi In summam Institutionum sive elementorum D. Iustiniani sacratiss. principis, nunc denuo recogniti, libri III. Eiusdem de varietate Actionum libri VI., 1536, Placentinus in lib. secundum institut.*

³⁵ Vid. n. 32.

³⁶ A este propósito y en referencia a BARTOLO se decía en *Pandectarum seu Digestorum Iuris Civilis, Quibus Iurisprudentia ex veteribus Iurisconsultis desumpta, libris L. continentur. Tomus Tertius, quod Digestum Novum vulgo appellant. Cum Accursii Commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema, Venetiis, 1581, Digestorum Lib. XII. De acquirendo rerum domi. Tit. I*. «Scriptura cedit chartae, tabula vero cedit picturae quoad dominium directum: secus quoad utile. h.d. Bartol.» Se reitera esta afirmación en el comentario a D. 41,1,9,1 de *Digestorum seu Pandectarum libri quinquaginta, Ex Florentinis hac manuali forma fidelissime rapraesentati, cum locorum aliquot in archetypo Pifano, mancorum & vacuorum replezione, multisque aliis ab me in lucem nuquam editis, quae praefactione ad Lectorem huic tomo praefixa enumerantur, Lugduni, 1581, tomus sextus*. «Scriptura cedit chartae, tabula vero picturae, quoad dominium directum, non quoad utile. Bartol.» La razón de por qué los jurisconsultos aplicaron distinto criterio entre la *scriptura* y la *pictura* es, según BARTOLO, que «scriptura non occupat totum, sicut pictura occupat totam tabulam, q in scriptura non est, quae non occupat totam chartam» en *Omnium Iuris Interpretum. Lex IX*, y en *Lucernae iuris omnia. Lex XXIII*. Ningún nuevo comentario se añade en *Institutionum DN. Iustiniani Sacratissimi Principis PP. A. Libri III. Ex manuscriptorum librorum, & Digestorum collatione castigati: Et novis (sic enim vocant) summaris, perpetuisque notis illustrati, Ludovico Russardo I. C. antecessore in celeberrima Biturigum schola, auctore. Tomus Primus, Antuerpiae, 1567, Instit. Lib. II. Tit. I. De rerum divisione*.

la tabla ³⁷. Estas divergencias fueron destacadas tiempo después por GOTHOFREDUS, quien, además de los ya mencionados, añade la posición de ALBERICUS DE ROSATAE, para el que «in scriptura pretium non spectatur, quod difficulter a charta segregari potest, o de Angelus, que se decantaba por la qualitas multo pretiosior superat substantiam» ³⁸.

La *Glosa* protege al escritor que ha perdido la posesión de la *charta* por una *actio in factum* ³⁹ para cobrar las *impensas* ⁴⁰. Explica BARTOLO que «qui vindicat totum, repellitur exceptione, nisi restituatur pretium partis adiunctae» ⁴¹. Entendemos el *pretium scripturae* como equivalente al pago de las impensas que mencionan los textos romanos, sin incluir lo que hoy día entendemos por precio o valor de la obra. Del pago de las impensas y no del *pretium scripturae* hablaba CORVINI ⁴² cuando se preguntaba «Quid iuris circa scripturam? Idem etiam iuris est in scriptura, ut literae, quamvis aureae, chartae cedant; quae si in aliena charta scriptae sint bona fide, dominus chartae, eam repetens, impensas scripturae solvere debeat». Por otra parte, la *exceptio* a que se refiere BARTOLO se denegará si se trata de un poseedor de mala fe, lo mismo que la *actio in factum*, opinión compartida con la *Glosa*: «Glo. tenet, quod sic, si bonae fidei possessor immiscuit, secus si mala fidei, quia tunc sibi denegaretur exceptio, & actio in factum» ⁴³. Podemos ase-

³⁷ Bartoli a Saxoferrato, *Lucernae iuris omnia. Lex XXIII. y Omnium Iuris Interpretum. Lex IX.*

³⁸ *Corpus Iuris Civilis Romani, in quo Institutiones, Digesta ad codicem Florentinum emendata, Codex item et Novellae. Cum notis integris Dionysii Gothofredi, quibus accesserunt Francisci Modii et aliae aliorum jctorum celeberrimorum, quas inseruit editionis suae Simon van Leeuwen. Editio nova, Tomus primus, Coloniae Munatiana, 1756, Institutionum Lib. II. Tit. I. De rerum divisione, et acquirendo ipsarum dominio. § 34. 49.* Y también en *Corpus Iuris Civilis Quo Ius universum Iustinianicum comprehenditur: Pandectis, ad Florentinum archetypum expressis: Codice, cum optimis quibusque editionibus collato; cum notis integris Dionysii Gothofredi I. C., Coloniae Allobrogum, 1624, Institutionum Lib. I. Tit. I. § 34.*

³⁹ Bartoli a Saxoferrato, *Omnium Iuris Interpretum. Lex IX.* «Procedo ulterius, pone cp q scripsit in charta, cadit a possessione: an pt expensas repetere. Et gl. dt. cp sic actione in factu.»

⁴⁰ Lo que no ocurre en Derecho Romano. Sobre la *actio in factum*, vid. n. 13.

⁴¹ Bartoli a Saxoferrato, *Lucernae iuris omnia. Lex XXIII.* En el mismo sentido: *Pandectarum seu Digestum Vetus Iuris Civilis. Tomus Primus. Cum Pandectis Florentinis, Commentariis Accursii, & multorum insuper aliorum Iurisconsultorum tam veterum, quam neotericorum, praecipue autem Antonii Persii Philosophiae, & V. I. D. Scholiis, atque observationibus illustratus, Venetiis, 1581, Digestorum. Lib. VI. De rei vindicatione. Tit. I.*

⁴² JOHANNIS ARN. CORVINI J. C., *Enchiridium; seu intituciones Imperiales, insertis latioribus materiis, theorice & practice digestae, & explicatae, Ludovicum Elzevirium, 1644.*

⁴³ También en la anotación a la «bona fide» de II. 2,1,33 en *Institutionum sive Primorum totius Iurisprudentiae elementorum. Libri Quatuor. DN. Iustiniani Sacratissimi Principis autoritate iussuq compositi, Commentariis Accursii, & multorum insuper aliorum doctorum hominum scholiis atque observationibus illustratus, Venetiis, 1581, Institutionum Imperial. Lib. II. De rerum divisione. Tit. I.*, se preguntaba qué puede hacer el escritor que pierde la posesión del libro. La respuesta consistía en la concesión de una *actio in factum* si era de buena fe y, de lo contrario, se le negaba la acción al igual que ocurría con la *exceptio doli*. Cuestionaba si la regla no cambiaba en caso que la escritura fuera más valiosa que la carta y la solución era contundente: mientras AZÓN decía que sí, él mantenía que no. Salvo este último inciso, que debió ser un comentario de algún jurisconsulto, sabemos que el resto pertenece a la *Glosa* de ACURSIO como consta también en la anotación a la «bona fide» de D. 41,1,9,1 en *Pandectarum seu Digestorum Iuris Civilis, Quibus*

Emma Rodríguez Díez:

verar que la influencia de la doctrina romana en las escuelas de glosadores y posglosadores también se dejó sentir en Oriente en el siglo XIV, según consta en el *Hexabiblos*⁴⁴: «Membranas aut chartas meas accipiens aliquis iis quid inscripsit et librum inde fecit. Et hic exemplo soli imposita cedunt subiectis, licet quam maxime aureae sint litterae inscriptae, et ego libri fio dominus.»

Los humanistas, en general, siguen las decisiones de los juriconsultos romanos⁴⁵. ZASIVS⁴⁶, al comentar qué cosas podían ser reivindicadas, explicaba que, en suma, podía serlo toda *res* que por especificación hacemos nuestra. Esto ocurría cuando la parte mayor atrae a la menor o la cosa valiosa absorbe a la *ignobile*. Los ejemplos que emplea son el brazo que se incorpora a la estatua y las letras escritas en papel ajeno, & *pluribus similibus exepilis*. El dueño de la cosa accesoria podía reclamar su *pretium* por la excepción de dolo y, sólo en caso que no pudieran separarse, cabría la interposición de una *actio in factum* también para el propietario de lo añadido, lo que ocurre en la *ferraminatio*.

Vemos que ZASIVS incluye la *scriptura* dentro de la *specificatio*, pero no establece el concreto régimen de aquélla sino en relación con otras formas de lo que nosotros llama-

Jurisprudentia ex veteribus jurisconsultis desumpta, libris L. continentur. Tomus Tertius, quod Digestum Novum vulgo appellant. Cum Accursii Commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema, Venetiis, 1581, Digestorum, Lib. XII. De acquirendo rerum domi. Tit. I.

⁴⁴ HARMENOPOLI, C., *Manuale legum sive hexabiblos cum appendicibus et legibus agrariis*, illust. E. Heimbach, Lipsiae, 1851, *De possessione et dominio, Lib. II. Tit. I.*

⁴⁵ Así CUIACIUS hace una transcripción de las *Institutiones* de JUSTINIANO: *Jacobi Cujacii J. C. praesantissimi, Opera Omnia in decem tomos distributa. Quibus continentur tam Priora, sive quae ipse superstes edi curavit; quam Posteriora, sive quae post obitum ejus edita sunt; jam a Carolo Annibale Fabroto J. C. disposita*, Neapoli, 1758, col. 70. D §. XXXIII. «Litterae quoque licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedant, ac solo cedere solent ea, quae inaedificantur, aut inseruntur: ideoque si in chartis, membranisque tuis carmen, vel historiam, vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impensas scripturae solvere paratus sis: poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est». También Gothofredus en varias obras abraza el Derecho Romano: *Corpus Juris Civilis Romani, in quo Institutiones, Digesta ad codicem Florentinum emendata, Codex item et Novellae. Cum notis integris Dionysii Gothofredi, quibus accesserunt Francisci Modii et aliae aliorum jectorum celeberrimorum, quas inseruit editionis suae Simon van Leeuwen. Editio nova, Tomus primus, Coloniae Munatiana, 1756, Institutionum Lib. II. Tit. I. § 33; Digestorum Lib. VI. Tit. I. § 23; Digestorum Lib. X. Tit. IV. § 3; Digestorum Lib. XLI. Tit. I. § 9. También en *Corpus juris Civilis in IV. partes distinctum. Eruditissimis Dionysii Gothofredi J. C. Clarissimi notis illustratum*, Lugduni, 1662, *Institutionum Lib. II. Tit. I. § 33; Digestorum Lib. VI. Tit. I. § 93; Digestorum Lib. X. Tit. IV. § 3; Digestorum Lib. XLI. Tit. I. § 9. E igualmente incluimos *Corpus Juris Civilis Quo Ius universum Iustinianeum comprehenditur: Pandectis, ad Florentinum archetypum expressis: Codice, cum optimis quibusque editionibus collato; cum notis integris Dionysii Gothofredi J. C., Coloniae Allobrogum, 1624, Institutionum Lib. II. Tit. I. § 34; Digestorum Lib. VI. Tit. I. § 23; Digestorum Lib. X. Tit. IV. § 3; Digestorum Lib. XLI. Tit. I. § 9.***

⁴⁶ Udarici Zasiü, *Iureconsulti clarissimi Operum Omnium, Tomus primus. Commentaria, seu Lecturas eiusdem in titulos primae Pandectarum partis (quod vulgo Digestum vetus vocant)*, Lugduni, 1550, col. 150. 6.

La escritura como modo de accesión de mueble a mueble del Derecho Romano al Código Civil

mos accesión. Además distingue dos principios de accesoriedad, la superioridad material y la valía, pero no explica cuál de los dos prima en la escritura. Admite el cobro del *pretium* por el que entendemos se corresponde con el valor de la cosa inferior y no de la obra. Finalmente, la *actio in factum*, que los juristas romanos y la *Glosa* ampliaban a la escritura, ZASUS la limita a la *ferruminatio*. La mención únicamente de este modo de accesión no nos conduce a creer que sólo fue posible en la *ferruminatio* en la medida que líneas atrás sienta la regla «quod si separari alterum ab altero non posset».

Según DONELLUS⁴⁷ la cesión de la escritura a la *charta* es consecuencia de su superioridad «quoniam literae sine ea materia esse non possunt». La supremacía del papel es comparable a la del suelo respecto de lo plantado en él. No obstante, cuando un sujeto planta en su tierra semillas o árboles ajenos se convierte en su dueño, lo cual no es posible admitir «ut sic dicatur ea scriptura chartae cedere», pues se necesita que quien haga el escrito sea un tercero. Si se verifica de este modo, el autor «solum exceptionem doli relinqui videmus possidenti, ut per retentionem rei impensam scriptura consequatur; idque, si bona fide ut in re sua scripserat». En caso que hubiera perdido la posesión de la *charta* «scriptura sua perierit, quia nullam eo nomine actionem habeat». No puede vindicar el total de una cosa que no le pertenece; tampoco «potest ad exhibendam agere, ut separatur, quia separari non potest». A diferencia de la *Glosa*, no le concede una *actio in factum* porque el escrito «ipse sibi facto suo scripturam admittit, dum chartae adjicit, & dominus chartae scripturam a charta sua accipit, ut in fatis, de quibus in l. si quis sciens, C. de rei vindicat.»

Es más notoria la disparidad de opiniones en la doctrina iusnaturalista donde no es difícil encontrar tratados que nada comentan sobre la escritura o la pintura⁴⁸ a la par que las más variadas disertaciones sobre ellas. Al segundo grupo pertenece NOODT. El autor expone el problema de la accesión a partir de la reivindicación. Señala que asiste el derecho a reivindicar una cosa cuando nos pertenece por derecho civil o de gentes, pero a la vez cuestiona qué procede cuando se trata de una *res alterius*. Inicia su explicación con un ejemplo: el fragmento de Paulo de D. 6,1,23,2. Si el brazo se incorpora a la estatua y se hace parte de ella, Ticio adquiere el dominio de toda la estatua: «atque ita plerosque sensisse. Cum ait, plerosque, accipe Proculianos: quorum sequens fuit definitio. In quibus propria qualitas spectaretur, si quid adderetur, id toti cedere, velati accessionis jure.» Esta definición es para NOODT igual a la de PRÓCULO en D. 41,1,26,1 y «est vero causa praevalentia: quam indicat Paulus» en el párrafo 23,4. La «praevalentia» de la cosa principal sobre la accesoria supone la atracción de ésta hacia aquélla y la extinción del

⁴⁷ Hugonis Donelli J.C. *Celeberrimi norici quondam professoris Commentariorum Juris Civilis Libri Vigintiocto in quibus Jus Civile universum singulari artificio, atque doctrina explicatur, Pars Prima*, Neapoli. 1763, *Donelli Commentar. De Jure Civili Cum Hilligero Lib. IV. Cap. XXXV*.

⁴⁸ Como Hugonis Grotii, *Florum sparsio ad ius Justinianeum*, Amstelodami, 1643, en su comentario *ad institutionum librum secundum, De rerum divisione & acquirendo ipsarum dominio*, aunque el autor sí comenta otras formas de adquisición de la propiedad: frutos, ocupación, confusión, conmixción.

Emma Rodríguez Díaz:

dominio por su dueño y la transmisión al propietario de la principal⁴⁹. Es la misma «*praevallentia*» que le permite justificar la posición de Paulo en D. 6,1,23,2 y aplicarla al párrafo 3 sobre la *scriptura*. En definitiva, la accesión faculta el ejercicio de la *rei vindictio* al propietario del conjunto. Por su parte, el *ex dominus* de la cosa accesoria tiene derecho al *pretium ejus quod accessit* cuando se reclame *per exceptionem doli mali*⁵⁰.

En cambio WOLFF⁵¹ admite la copropiedad *pro rata* del *corpus* cuando un tercero escribe o pinta en *tabula* ajena, pues no debe parecer absurdo el dominio de otro *vel pro millesima* o incluso por *millionesima parte*. Tal comunidad de bienes no queda limitada a los supuestos de *scriptura* y *pictura*, sino *si duobus vel pluribus conjunctim in re indivisa pro rata dominium competit*, así tal *communio* la extiende a la especificación, la confusión, la conmixción, la *ferruminatio*, la *adplumbatura*, la *aedificatio*, la *plantatio* y a la *satio*⁵².

Según LAUTERBACH⁵³, puesto que lo escrito en papel o pergamino ajeno cede porque sin él no puede existir, el dueño del papel se hará dueño de lo escrito incluso en el supuesto que las letras fueran de oro y más valiosas que el soporte. En este caso, el escritor que poseyó de buena fe el papel o el pergamino puede oponer una *exceptio* con el fin de retener la posesión y conseguir el pago de las impensas de las escrituras. No dice nada acerca de la *actio ad exhibendum*, lo cual nos permite creer que no fue prevista, como ya afirmaba DONELLO⁵⁴, quien la orientaba a la consecución pretendida por el escritor de la separación de la escritura: «*exhibendum agere, ut separetur, quia separari non potest*». En caso de que no pudiera hacerlo, suponemos por haber perdido la posesión, le compete una *actio in factum* con el mismo fin. No obstante, el jurista admite una excepción: si se tratase de un *chirographum*, un inventario, unas cuentas o de las meditaciones de un sabio redactadas por él en materia ajena⁵⁵, el juez actuará con equidad y frente a la re-

⁴⁹ Se trata de un concepto conocido perfectamente por la *Glosa*, citamos a título ejemplificativo la transcripción de D. 6,1,23,3, que encontramos en *Digestorum seu Pandectarum libri quinquaginta, Ex Florentinis hac manuali forma fidelissime rapraesentati, cum locorum aliquot in archetypo Pifano, mancorum & vacuorum repletione, multisque aliis ab nte in lucem nuquam editis, quae praefactione ad Lectorem huic tomo praefixa enumerantur*, Lugduni, 1581, *tomus secundus*, cuando dice «*in omnibus igitur istis in quibus mea res per praevallentiam alienam rem trahit meumque efficit*».

⁵⁰ *G. Noodt, Opera omnia, ab ipso recognita, aucta, emendata, multis in locis, atque in duos tomos distributa. Quorum Prior*, Lugduni Batavorum, 1724.

⁵¹ *Christiano L. B. de Wolff, Institutiones Juris Naturae et Gentium In quibus ex ipsa Homini Natura continuo nexu omnes obligationes et jura omnia deducuntur*, Venetiis, 1761, P. II. C. II. *De modo originario acquirendi rerum dominium*, § 239, «*si quis in chartis vel membranis tuis carmen, historiam, orationem scripserit, vel in tabula tua pinxerit, corpus pro rata commune erit*».

⁵² § 254.

⁵³ *Wolffgangi Adami Lauterbachii, Collegium Pandectarum Theoretico-practicum, tomus III, editio secta emendatior*, Tubingae, 1784, *Lib. XXI. Tit. I. De Acquirendo rerum Dominio*.

⁵⁴ *Hugonis Donelli, Commentariorum Juris Civilis Libri Viginti octo, Pars Prima, Neapoli, 1763, Lib. IV. Cap. XXXV*.

⁵⁵ La referencia a las *meditationes*, las *rationes* o a un *inventarium* habían sido ya consideradas por D. Hotomannus según *Arnoldi Vinnii I. C., In quator libros Institutionum Imperialium Commentarius Aca-*

La escritura como modo de accesión de mueble a mueble del Derecho Romano al Código Civil

clamación del dueño del papel, el poseedor-escritor podrá interponer la *exceptio doli* para obtener su *justum pretium* o bien otra *bonam chartam* que debe prestar el dueño vindicante del papel para ser absuelto. En caso que sea éste quien lo posea, se concede al escritor una *actio in factum* con el fin de lograr un pago estimatorio igual que si se le restituyera con la escritura.

HEINECCIUS⁵⁶ aseveraba que, en comparación con los problemas de la *inaedificatio*, que dispone en el párrafo inmediatamente anterior, considera más sencilla la cuestión de la *scriptura & pictura* que «in tabulam & chartam numquam cadet: consequens est, ut scripturae tunc charta, & picturae tabula cedere debeat, si scribens pingensque earum aestimatione praestare velit». HEINECCIUS declara que se trata de una posición defendida por los jurisconsultos romanos⁵⁷ respecto de la pintura pero no de la escritura⁵⁸ y declara lo injusto de la solución diciendo «quasi magis serendum sit, scripturam viri docti cedere in accessionem vilissimae chartae, quam Apellis aut Parrhasii absolutissimum opus cedere in accessionem vilissimae tabulae». La cesión sólo es posible si se realiza seriamente porque «nec scriptura, nec pictura adfectionem admittat, veluti si quis chartae meae res nugatorias inscripserit, vel in tabula mea cucurbitas pinxerit», si bien el escritor o el pintor inepto «ad pretium chartae tabulaeve praestandum tenebitur».

El comentario de PUFENDORF⁵⁹ a la *scriptura* estaba más cerca de la especificación que de la *inaedificatio*. Disponía que los jurisconsultos romanos extendieron los principios de la *inaedificatio* a lo escrito en *chartae & membranae* de modo que lo redactado en papel ajeno de buena fe le correspondía al dueño de aquéllas a cambio *recepta scriptionis mercede*. Para explicar la diversa naturaleza entre la *scriptura* y la edificación⁶⁰ dice que «cum regulariter pluris sit scriptura» es más equitativo «ut alter recepto chartae pretio sit contentus». La explicación reside en que la *charta*, cuando se escribe en ella, en cierto modo se consume y perece: «Adeoque scripturam ab aedificatione diversae esse

demicus et Forensis, Editio nova in usum Hispaniae Iuventutis adornata, tomus primus, Valentiae, 1786, Lib. II, Tit. I. De Rerum Divisione, et Acquir. Ipsarum &c.

⁵⁶ Joh. Gottlieb Heineccii, *Operum ad Universam iuris prudentiam philosopham et litteras humaniores, Tomus primus, Genevae, 1744, Jur. nat. et gent. Lib. I. Cap. IX. De officiis erga alios hyp.*, pensamiento reiterado en *Elementa Juris Naturae et Gentium castigationibus ex catholicorum doctrina, et juris Historia aucta, Matriti, 1776, § CCLXII.*

⁵⁷ *Justi Henningri Boehmeri, Introductio in Ius Digestorum sensum pariter ac usum hodie singularum doctrinarum succincte exhibens, Pars altera, XII. ed., 1773, Lib. XLI. Tit. I. De acquir. rerum dominio.*

⁵⁸ HEINECCIO, J., *Recitaciones de Derecho Romano*, traducidas y anotadas por un profesor de Jurisprudencia, tomo primero, Madrid, 1842, pp. 244-46.

⁵⁹ *Samuel. A. Pufendorf, De Iure Naturae et Gentium. Libri octo. cum integris commentariis virorum clarissimorum Io. Nic. Hertii, atque Io. Barbeyraci, accedit Eris Scandica, Tomus primus, Francofurti et Lipsiae, 1759, Lib. II, Cap. VII. De Acquisitionibus Accessionum, §VII.*

⁶⁰ Lo absurdo de la comparación había sido ya dispuesto por Hotomanno, jurista al que se remite Pufendorf en la obra mencionada en la nota anterior y por Arnoldi VINTI J. C., *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Comentarium Academicum, & Forensis, Tomus Primus, Venetiis, 1747, Lib. II. Tit. I. De Rerum Divisione, et Acquir. Ipsar.*

Emma Rodríguez Díaz

naturae.» De este modo, sólo es posible decir que la *charta pura sit* cuando persiste íntegra su esencia tal que sobre ella pueda escribirse. Por el contrario, cuando está escrita *in libris, epistolae, commentarii nomen transit*. Y hasta tal punto el propietario de la *charta conscripta* pierde su dominio que no importará el contenido del escrito, pues lo realmente relevante es que tal *charta* ha dejado de ser íntegra y tendrá derecho al precio «cum alia eundem aequum usum praebere possit».

Los pandectistas siguen los principios romanos⁶¹. Así, VOET defiende la teoría romana de accesión del manuscrito y la compara con la *implantatio*. Explica que si el autor fuera poseedor del papel escrito puede acudir a la *exceptio doli* para el que el reivindicante haga frente a las impensas. Si hubiera perdido la posesión de la *charta* tiene frente a su dueño la *actio in factum ad exhibitionem* y lo fundamenta en razones de equidad⁶².

El punto de partida de los juristas para determinar si la escritura cede al papel o viceversa, la fijación del criterio que distinga la cosa principal de la accesoria, también lo fue para los pandectistas. Las palabras de DERNBURG y HAIMBERGER SON muy significativas cuando, al referir la incorporación en cosas muebles, señalan que la cosa principal es la que constituye la base física de la cosa total, de este modo la materia colorante sigue a la lana, la gema sigue al oro sobre el que se inserta y la escritura sigue a la carta. Diferente criterio siguió POTHIER⁶³, que considera la escritura como una forma de accesión en que la cosa principal es aquella que puede subsistir separadamente sin la otra que, por el contrario, no puede y será accesoria. Además de las edificaciones y de las plantas, árboles y semillas, está la escritura la cual es accesoria porque no puede existir separadamente del papel, criterio típicamente romano. También es curioso que tanto HAIMBERGER como POTHIER consideran la regla de la *pictura* como una disposición romana de carácter excepcional que contradice la regla general.

Nos sorprende que la Pandectística se mantuviera fiel a los principios romanos, máxime cuando en el siglo pasado proliferaban las imprentas y se legislaba el derecho de

⁶¹ Vid. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, pp. 264-66; DERNBURG, *Pandette*, p. 150; HAIMBERGER, A., *Il diritto romano privato e puro*, versione italiana dall'originale tedesco del dottore C. Bosio, 3.ª ed., 1861, pp. 138-39.

⁶² *Johannis Voet, Commentarius ad Pandectas. In quo praeter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus etiam hodiernum, & praecipuae Fori Quaestiones excutuntur. Tomus secundus*, Coloniae Allobrogum, 1769, lib. XLI. Tit. I *de acquirendo rerum dominio*. «Implantatio porro satisque non multum dissimilis est scriptura seu literae, quae in aliena charta scriptae, chartae cedunt, licet aureae sint, & carmen vel Historiam vel orationem scribentis contineant: ut tamen dominum chartas membranasve cum literis petentem, nec paratum solvere impensas scripturae, repellere possit exceptioe doli & retentione qui earum possessionem bona fide nactus fuerat, atque insuper, si possessionem amiserit, actionem in factum adversus ipsum chartae dominum ad exhibitionem ejus movere queat, aequitate exhibitionis efficiente, ut, quamvis ex rigore juris ad exhibendam agi non possit, in factum tamen actio detur, quo possit inde describi, quod scriptum est».

⁶³ POTHIER, R. G., *Le Pandette di Giustiniano*, vol. V, versione italiana per cura di A. Bazzarini, Venezia, 1835, pp. 429-33; id. *Les Traites du Droit Français*, nouvelle édition, t. V, Bruxelles, 1831, pp. 247-48.

La escritura como modo de adquisición de mueble a mueble del Derecho Romano al Código Civil

autor. La ausencia de crítica al principio romano «*scriptura cedit chartae*» por los estudiosos que hemos tratado contrasta con el sentir de algunos juristas españoles del XIX sabedores de las consecuencias que suponía defender aquel criterio. Expresaban su indignación en términos de incoherencia, tal como había hecho HEINECCIUS, cuando comentaban nuestra legislación de Partidas: «Y con notable inconsecuencia, según fundamentalmente observan nuestros más célebres juristas; pues, habiéndose adaptado por las leyes romanas el razonado principio de que, de dos cosas unidas, siempre la más preciosa se considerase como principal, y habiéndose hecho aplicación de este principio á la pintura hecha en tabla ó lienzo ageno que, segun la l. 9. §. 2. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 34. *Instit. de rer. divi.*, se adquiere para el pintor, y no para el dueño del lienzo ó tabla, por igual motivo debió concederse al autor de un escrito el dominio ó propiedad de la obra de su ingenio y no al dueño del papel ó pergamino que representa el accesorio, y sin embargo se estableció lo contrario en d. l. 9. §. 1. y §. 33. *Instit. d. tit.* En la presente ley de Partida y en la prox. sig. se prohibió esa inconsecuencia de los romanos, y en las varias leyes recientemente publicadas sobre propiedad literaria tampoco se ha cuidado de corregirla: de suerte que aun hoy día, dado caso que con buena fe se imprimiese por cuenta de un autor una obra de ingenio en papel que aquel creyese propio y fuese ageno, podría el dueño del papel reivindicar legalmente la propiedad de dicha obra, ó á lo menos de la edicion que en su papel se hubiese tirado»⁶⁴.

Ciertamente de los códigos españoles sólo hallamos en las Partidas referencia a la *scriptura* como modo de adquisición⁶⁵. Concretamente es la Part. III, Tít. XXVIII, *De las cosas en que ome puede aver señorío, e como lo puede ganar, lex 36*: «Escriviendo algund ome en pergamino ageno alund libro de versos, o de otra cosa qualquier, este libro atal deve ser de aquel cuyo era el pergamino en que lo escriviere. Pero si aquel que lo escribió, ovo buena fe en escribiendolo, cuydando que era suyo el pergamino, o que avía derecho de lo fazer; si el libro quiere aver aquel cuyo es el pergamino, deve pagar al otro, por la escritura que y escribió, aquello que entendieren omes sabidores, que meresce porrende. Mas si oviesse mala fe en escribiendolo, sabiendo que el pergamino era ageno, estonce pierde el la escritura e es tenuto dar el libro a aquel cuyo era el pergamino; fuera

⁶⁴ SANJONTS Y BARBA, I.; MARTÍ DE FIXALA, R., y FERRER Y SUBIRANA, J., *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López, vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentario y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado*, Barcelona, 1844, p. 766. (138).

⁶⁵ Nada dicen el *Codex Visigothorum*, el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, las Leyes de Estilo, el Fuero Real de España, el Ordenamiento de Alcalá, la Nueva y la Novísima Recopilaciones. Tampoco encontramos referencias en los fueros consultados: Los Fueros de Sepúlveda, el Fuero de Béjar, el Fuero de Coria, el Fuero de Plasencia o el Fuero de Madrid entre otros, aunque en alguno sí se regula la *inaedificatio* y la *implantatio* como ocurre en el Fuero de Brihuega: «Qui sembrare heredad agena. Tod ome que sembrare heredad agena, o pusiese vinna en heredad agena, o fiziere casa en solar ageno, si no gelo padiere provar que suio es: iure el otro con ij. bezinos que no lo fizo en lo suio, et finques con ello», *El Fuero de Brihuega*, por J. CATALINA GARCÍA, Madrid, 1887.

Emma Rodríguez Díaz.

ende, si lo oviesse escrito por precio conocido: ca entonces tanto le deve dar por el, quanto le prometio.»

Las Partidas receptionan las disposiciones de los juristas romanos. Para una mejor explicación el texto se divide en dos apartados. El primero, desde el principio hasta «[...] escriviere», sienta la regla general: si alguien escribe en pergamino ajeno un libro de versos o de cualquier otra cosa, el libro corresponde al dueño del pergamino⁶⁶. Benito GUTIÉRREZ engloba la *scriptura* en la accesión en cosas muebles verificada por *adjunción*, que es distinta de la *especificación* y de la *conmición*⁶⁷. Para nuestro jurista la regla que rige para la adjunción⁶⁸ en sus formas generales está recogida en la *lex* inmediatamente anterior, la *lex* 35, que dispone el régimen de la funcionalidad, *sic et simpliciter*, «se toma por principal lo que no necesita de un objeto extraño para existir, aunque el pie unido al vaso ó cualquiera otra parte añadida á la estatua, fuese cosa de más valor, sería siempre un accesorio»⁶⁹.

La primera cuestión comentada por Gregorio LÓPEZ era la alusión al término «libro». Decía que para que hubiera lugar a la aplicación de esta ley debía tratarse de un libro verdadero. Al igual que no importa el contenido, pues la disposición expresamente señala que pueden ser versos o cualquier otra cosa, tampoco es relevante que el libro esté formado de pergaminos, idea que adopta de FABER⁷⁰. La regla general implica una derogación de los principios que habían sido discutidos por la *Glosa* y que, como en su momento afirmamos, no llegaron a fructificar una solución unánime. A este respecto G. LÓPEZ decía que la regla tenía lugar independientemente de la mayor valía de la escritura y nos remite a la *Glosa*⁷¹.

En la segunda parte la Partida admite que quien obrara de buena fe tiene derecho a recibir por su escrito lo que hubieran determinado los peritos. La buena fe se concreta en

⁶⁶ *Elementos del Derecho Civil y Penal de España precedidos de una reseña histórica de la legislación española por los doctores Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán*, 12.ª ed., Madrid, 1877, pp. 76-78.

⁶⁷ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, t. II, Madrid, 1863, pp. 90-2. Cf. MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, p. 722.

⁶⁸ La adjunción fue definida por DOMINGO DE MORATÓ (*El Derecho Civil español*, t. I, p. 294) como la accesión que tiene lugar cuando por la industria humana una cosa ajena se une a otra propia; por su parte, CASTÁN, J. (*Derecho Civil español, común y foral*, t. II, vol. I, 14.ª ed., Madrid, 1992, pp. 370-71) caracteriza la adjunción por ser la unión de cosas que se distinguen, pero no pueden separarse.

⁶⁹ GUTIÉRREZ, *Códigos*, p. 93.

⁷⁰ *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono, glosadas por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de las Indias de S. M.*, Tomo II, Madrid, 1789, Tercera Partida, Título XXVIII, *lex* 36, (2) *De versos. Nota hoc verbum (libro) ut procedat, quod hic dicitur. & in dicto §. litterae, L. qua ratione, etiam si scribatur in libro redacto ex pergamenis: quod nota propter ea quae notat Joann. Fab. in §. si quis in aliena, ad fin. instit. de rer. divis.*

⁷¹ (3) *El pergamino. Sive scriptura sit pretiosior, sive non, secundum Gloss. in dicto in §. litterae, instit. de rer. divis. quae approbatur hic.*

La escritura como modo de accesión de mueble a mueble del Derecho Romano al Código Civil

haber hecho uso el escritor de la adecuada diligencia que le permita creer que el pergamino es suyo y está legitimado para emplearlo de soporte. Por otra parte, la obtención de la *aestimatio* depende de la retención de la posesión, porque la *lex* la reconoce a partir de la reclamación del dueño de los pergaminos. A este propósito se preguntaba G. LÓPEZ si tendría derecho al precio de la escritura el autor que ha perdido la *possessio*. El comentarista no ofrece ninguna respuesta salvo la remisión a la *Glosa*⁷².

En caso que no hubiera buena fe, pues sabe que el pergamino no es suyo, pierde todo derecho al resarcimiento, debiendo restituirlo a su dueño. En este caso, G. LÓPEZ también nos remite a la *Glosa*⁷³.

Es indiscutible que las Partidas receptionan el Derecho Romano, tanto por la letra de la *lex* como por los comentarios que mereció de G. LÓPEZ, quien realizó la exégesis en conformidad con los principios romanos. El resumen de G. LÓPEZ a la *lex* 36 es como sigue: «Scriptura cedit chartae: sed scriptori propter bonam fidem quam habuit, credens chartam, seu pergamenum suum esse, tenetur dominus chartae ad scripturae aestimationem; si autem mala fide, non tenetur: sed si p retio convento scripsit, servabitur conventio. Hoc dicit.»

La novedad que introducen las Partidas respecto de los textos de los jurisconsultos es la parte que dispone la obligación de dar el precio si éste hubiera sido pactado. La legislación del Rey Sabio enlaza la *scriptura*, como forma de accesión para la adquisición de la propiedad, con el vínculo surgido entre escribiente y dueño del papel a consecuencia de un acuerdo. El nexo negocial origina el compromiso entre las partes de redactar el texto y pagar un *pretium*. La *lex* 36 explica que el vínculo deriva de una convención, pero no señala si es un *pactum nudum* o el *consensus* de un contrato típico como la *locatio conductio*. Su estudio sería interesante, pero el salto de los derechos reales a los de crédito nos impide en este momento una mayor exposición. En cualquier caso, ya sea una cosa u otra, la *conventio* excluye que tal *pretium* sea consecuencia del derecho del escribiente sobre su obra y sí más bien la contraprestación por un trabajo o servicio prestado.

Una redacción bastante similar a la de Partidas es incorporada por SALA en sus comentarios sobre la *scriptura*. Difiere en dos cosas básicas: la ausencia de comentario sobre la *conventio* en el *pretium* y la llamada a la equidad cuando lo escrito interesa mucho al autor o fuera secreto. Entonces aquél podría quedarse con la escritura pagando al

⁷² (4) *Deve pagar. Et si scriptor cecidit a possessione, an competat sibi actio ad repetendum pretium scripturae? Vide Gloss. in dicta L. qua ratione, §. litterae, & ibi per Alberic.* Aparte de Alberici nos remitimos a la *actio in factum* que a este respecto otorgaba BARTOLO remitiéndose también a la *Glosa*, *vid.* nn. 41 y 42.

⁷³ *Pierde. Ita tenet Gloss. in §. litterae, dicta L. qua ratione.* Al igual que BARTOLO a SAXOFERRATO, *Lucernae iuris omnia. Lex XXIII.* «Glo. tenet, quod sic, si bonae fidei possessor immiscuit, secus si mala fidei, quia tunc sibi denegaretur exceptio, & actio in factum.»

Emma Rodríguez Díaz

dueño del pergamino su estimación, aunque el jurista reconoce que «no hallamos ley que lo apoye ó ponga el caso»⁷⁴.

La crítica a la regulación romana de la *scriptura* a propósito del estudio de las Partidas, además de las opiniones antes recogidas, fue compartida por Benito GUTIÉRREZ. A diferencia de HAIMBERGER y POTHIER, consideró la regulación de la *pictura* como la ordenada por la lógica y la coherencia, mientras la escritura seguía cauces distintos y defectuosos. Sin embargo, la extrañeza deriva de un planteamiento diferente. Los pandectistas estudian la *scriptura* como accesión e inciden en determinar las reglas que permiten establecer qué cosa es accesoria y ha de seguir el dominio de la principal. Benito GUTIÉRREZ lo hace desde la visión de la *scriptura* como la plasmación material de las ideas que nada tienen que ver con el papel y su dueño⁷⁵.

El Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851⁷⁶ analiza la *scriptura* en el capítulo V «Del derecho de accesión respecto de los bienes muebles», del título II «De la propiedad», del Libro II «De la división de las cosas y de la propiedad». Tras declarar el principio de la accesión, dispone en el art. 417: «Se reputa principal entre dos cosas incorporadas aquella á que se ha unido otra por adorno ó para su uso ó perfeccion.» El presente precepto establece el criterio que determina cuando, habiendo tenido lugar la accesión entre dos objetos muebles, una cosa es principal y la otra accesoria. Una *res* cede a otra cuando se incorpora para adornarla, servirla o perfeccionarla. Continúa el criterio de cosa principal por la función que cumple respecto de la accesoria al igual que las Partidas. El problema es saber qué ocurre con la accesión de cosas donde no es posible determinar la principal por los criterios del presente precepto.

Leemos en el art. 418: «Si de dos cosas incorporadas una á otra no puede determinarse cual 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 volumen.»

El precepto viene a constituir la excepción a la regla general sentada en el artículo anterior. A su vez dispone dos criterios, el valor y el tamaño, para conceptuar una de las cosas accedidas como principal. No son normas alternativas, como dijo CASSIO a propósito de la *ferruminatio* en D. 41,1,27,2, sino que habrá de atenderse primero a la *qualitas* y, si es idéntica, a la *quantitas*. El Proyecto de GARCÍA GOYENA reconoce a la inversa los principios de la *Glosa* que, como hemos visto, establecía como principal la cosa mayor, salvo que fueran iguales, entonces otorgaba aquel carácter a la de más valor.

⁷⁴ SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España*. t. I, Valencia, 1803, Libro II, Título I. De la división de las cosas, pp. 110-1. El jurista hace acopio de la doctrina romana en *Institutiones Romano-Hispanae ad usum tirorum hispanorum ordinatae*, edición quinta, t. I, Matriti, 1830, *Lib. II. Tit. I. De rerum divisio, et acquir. ipsarum dominio. Textus. De scriptura. 33*.

⁷⁵ GUTIÉRREZ, *Códigos*, p. 94.

⁷⁶ *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Por el Excmo. Sr. D. Florencio García Goyena*, I-II, Madrid, 1852, pp. 69-70.

La escritura como modo de accesión de mueble a mueble del Derecho Romano al Código Civil

Nos parece curioso comprobar cómo la problemática que ha envuelto a la jurisprudencia dedicada al estudio del régimen jurídico de la escritura ya desde el Derecho Romano ha hecho mella en el legislador moderno. Por ello el Proyecto incluye en el art. 418 un segundo apartado que dice: «En la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografiados, se estima por accesorio la tabla, el metal, la piedra ó lienzo, el papel ó pergamino.» Nada tiene que ver esta redacción con la de Partidas⁷⁷. GARCÍA GOYENA explica que los romanos sólo limitaban esta regla de accesión a la pintura «por la excelencia del arte y el grande aprecio en que la tenían» y él extiende esta misma razón al resto de los casos que enumera el artículo y, por tanto, a la escritura. Que GOYENA califique de ejemplos a estos supuestos significa que no han de considerarse *numerus clausus* sino modelos adquiridos de la tradición romanista.

Ambas normas fueron literalmente reproducidas por el Anteproyecto de Código Civil en sus preceptos 378 y 379, respectivamente, y sirvieron de precedentes al Código Civil español, en los artículos 376 y 377⁷⁸. La explicación general, por tanto, no difiere en ninguno de los supuestos regulados: son accesorias las cosas destinadas a adornar, servir y perfeccionar las principales. Si no es posible determinar la distinción por esta regla entonces seguimos los criterios supletorios de la valía y el volumen, ambos jerarquizados entre sí⁷⁹; en el caso de la escritura se considera principal al papel o pergamino.

Según Manresa⁸⁰, el art. 377 es el precepto que sienta dos grupos de excepciones a la regla general del 376. Las primeras nacen de la imposibilidad de aplicar la regla general porque no es posible distinguir cuál de las cosas unidas es la principal. Las segundas, estando claro cual es principal y accesorio, se originan del distinto aprecio social de las cosas accesorias ya que por su naturaleza, y según el art. 376, serían accesorias y en cambio el sentir social las considera principales. Por esta razón afirma del art. 377.2: «Asentando por adelantado, el criterio de mayor valor de aprecio social de las cosas incorporadas, los casos de adjunción, por pintura, escultura, escritura, impreso, grabado y litografiado, supeditando la cosa que naturalmente y al tenor del art. 376 sería principal a la accesorio: en su virtud, la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino,

⁷⁷ Los precedentes legislativos son enumerados por GOYENA. Son el art. 571 del CC francés, 518 de la Luisiana, 481 Sardo y 496 Napolitano. También incluye II. 2,1,34 y Partida III, XXVIII, *lex 37* pero en relación con la *pictura*.

⁷⁸ Art. 376: «Se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquella a que se ha unido otra por adorno o para su uso o perfección». Art. 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 dos objetos de igual valor, el de mayor volumen. En la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías se considerará accesorio la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino.»

⁷⁹ PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español*, t. III, vol. 1., nueva ed. actualizada en legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1972, pp. 172-73.

⁸⁰ MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. III, 5.ª ed., Madrid, 1920, pp. 279-86.

Emma Rodríguez Díaz:

son accesorios cuando ocurre adjunción por las causas indicadas»⁸¹. La particularidad del análisis le impide considerar los casos del art. 377.2 como *numerus apertus*.

Otro sector de la doctrina civilista⁸² no califica los supuestos del art. 377 como excepciones independientes sino complementarias. Lo que tratan es de restar importancia al criterio de la «principalidad» según el art. 376 y dar prioridad a la pauta del valor desde una perspectiva socioeconómica. Digamos que cosa principal no es la autosuficiente sino la considerada más valiosa, puesto que será catalogada principal por la sociedad.

Para esta corriente, si es accesorio lo que adorna o sirve a la cosa principal, en el primer grupo están el lienzo que sirvió de soporte al pintor, el marco que adorna un grabado o el brillante que refuerza el anillo. Pero se preguntan qué ocurre cuando el lienzo, el marco o el brillante son más valiosos que una obra mediocre o un anillo de latón. En estos supuestos, debido a su mayor valor, deberían ser reputados como cosas principales. El criterio de funcionalidad del art. 376 falla. Sin embargo, la doctrina estima que no se trata de un «desacierto del legislador»⁸³. Interpretan el art. 376 de modo extensivo: el precepto trata de fijar que lo accesorio es lo atraído y destinado a servir a lo principal. Si la cosa accesorio tiene una función económica o social subordinada a los fines de la principal, será el intérprete quien deberá determinar cuál de dos cosas muebles unidas es la principal y cuál no; pero si el objeto accesorio, según la normativa civil, es más valioso que el principal deberá prescindir del criterio de estos preceptos y seguir la opción más conveniente según las concepciones socioeconómicas del momento: «En consecuencia, tanto el artículo 376 como el 377 ofrecen criterios guías o ideas directrices, pero como principios que son, no se imponen en la realidad práctica cuando estén en contradicción con los criterios valorativos y socioeconómicos imperantes en el tráfico jurídico de cada sociedad»⁸⁴.

Aplicando los resultados de la interpretación de los artículos 376 y 377 a la escritura parece claro que la regla es la consideración del escrito como cosa principal del papel o pergamino; no obstante, si el valor de la obra es inferior al soporte material se invertirán los términos⁸⁵.

Es bien loable la defensa de esta posición, sobre todo porque aboga por una interpretación caso a caso no sujeta al rigor estricto de la ley y favorece no caer en las con-

⁸¹ Incluimos a CASTAN, *Derecho Civil español*, t. II, vol. I, p. 370. en esta posición pues considera el art. 377.2 como regla especial respecto del art. 376.

⁸² Defendido por ALONSO PÉREZ, M., «Artículo 377», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo*, tomo V, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1990, pp. 438-44, autor que sigue a ALBALADEJO.

⁸³ ALONSO PÉREZ, «Artículo 377», p. 440, como en su momento también hizo MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil*, t. III, pp. 281-82.

⁸⁴ ALONSO PÉREZ, «Artículo 377», p. 441. Sobre el criterio para saber qué clase de valor debía de tenerse en cuenta, si el pericial o el dispuesto por los dueños, *vid.* MUCIUS, S., *Código Civil comentado*, t. VI, 5.ª ed., Madrid, 1949, pp. 651-52; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil*, t. III, pp. 285-86.

⁸⁵ Cf. ALONSO PÉREZ, «Artículo 377», p. 441.

tradiciones a que nos puede conducir la práctica. Ya sea mantener que la escritura cede siempre al papel como decir que el papel habrá de ceder al escrito puede generar situaciones injustas o al menos sorprendentes. Sin embargo, al permitir que el intérprete acuda en cada caso al criterio valorativo estamos olvidando que el art. 377 impone taxativamente la subsidiariedad⁸⁶.

En lo que coinciden la mayoría de autores es en considerar los casos del art. 377.2. como de *numerus apertus*, lo que permite su aplicación a nuevas formas, como las cintas magnéticas, discos, películas, material informático⁸⁷.

En cuanto a la indemnización debemos remitirnos a los arts. 375, 379 y 380 del CC. Los preceptos hablan de cosa accesoria y principal y, en virtud de la prioridad a favor de la escritura del art. 377.2. consideramos como accesorio el papel o pergamino y como principal el escrito. Según el art. 375 el dueño de la cosa principal que hubiere actuado de buena fe adquiere la accesoria indemnizando su valor al anterior dueño. El propietario del papel deberá ser resarcido de su valía por el autor del escrito. Puesto que el *dominus* del papel lo es de la materia, el art. 380 le permite que siempre que tenga derecho a la indemnización, ésta pueda consistir en la entrega de otro tanto de la misma especie y valor o bien en el precio del papel empleado. Esto en el supuesto que el escritor hubiera actuado de buena fe.

Si el autor del escrito procedió de mala fe, el art. 379.2 permite optar al propietario del papel entre su valor o la separación, aunque para ello haya que destruir la principal. En ambos casos, además, habrá lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

En principio, no es posible remitirnos al art. 379.1 donde acoge el supuesto de indemnización si ha sido el dueño de la cosa accesoria el causante de la accesión, pues si es autor y dueño del papel no cabe hablar de accesión.

Por último, si el escribiente hubiera redactado a vista, ciencia y paciencia y sin oposición del dueño del papel, dice el art. 377.3 que se determinarán los derechos respectivos en la forma dispuesta para el caso de haber obrado de buena fe.

Nuestro CC se aparta del principio romano sobre la escritura que daba preferencia a la materia sobre la obra o creación. La legislación española prefiere el trabajo intelectual o artístico y considera secundario el soporte que lo contenga, por ello no queremos concluir nuestro comentario sin señalar que la escritura está también regulada desde el ámbito de la propiedad intelectual como propiedad especial. Aunque el Proyecto de GARCÍA

⁸⁶ Función secundaria ya puesta de manifiesto por Díez Pícazo, L., «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1966, pp. 846-47; y Díez Pícazo, L., y Gullón, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. II, Madrid, 1995, pp. 132-34.

⁸⁷ Lacruz, J. L., *Derechos Reales*, Vol. 1, *Posesión y propiedad*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, p. 180; Al-Bácer, J. L., y Torres, J. A., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1991, art. 377; Bonet Bonet, F. V., «Observaciones sobre la accesión en nuestro derecho positivo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 63, 1971, p. 122; Alonso Pérez, «Artículo 377», p. 443, n. 9.

Emma Rodríguez Díaz.

GOYENA no tiene un título específico sobre las propiedades especiales, a pesar de que en 1851 ya existía la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de junio de 1847, el Anteproyecto sí incluye por vez primera los arts. 433 y 434 sobre propiedad intelectual, a los que dedica con exclusividad la sección tercera del capítulo V, título IV «De algunas propiedades especiales», del Libro II «De la división de las cosas y de la propiedad». Nuestro CC le dedica el capítulo III «De la propiedad intelectual», dentro del Libro II «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones», Título IV «De algunas propiedades especiales». Son dos los preceptos que se refieren a ella: Los artículos 428 y 429, que desarrollan la Base 10.^a de la Ley de Bases del CC de 11 de mayo de 1888. El art. 429 declara la subsidiariedad del CC en el ámbito de la propiedad intelectual. Ésta estaba regulada por la mencionada ley de 1847, la posterior de 10 de enero de 1879 y la vigente Ley 22/1987, de 11 de noviembre, recientemente reformada por el R.D. 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia⁸⁸. Conocida la importancia de la propiedad intelectual sería, desde luego, interesante su estudio. No obstante, la amplitud de la normativa y el alcance de la bibliografía, impiden que podamos entrar en este momento en consideraciones mayores que, por otra parte, excederían de nuestro propósito inicial de estudiar la escritura en el ámbito de la accesión⁸⁹.

⁸⁸ Para su estudio comparativo nos remitimos a MARCO, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*, Madrid, 1995. Respecto de los antecedentes históricos de la propiedad intelectual, *vid.* ROGEL VIDE, C., «De la propiedad intelectual», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, t. V, vol. 4-A, Madrid, 1994, pp. 20 y ss.

⁸⁹ Basta ahora mencionar algunos de los trabajos más recientes: RODRÍGUEZ, J. M., y BONDÍA, F., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual: (Texto refundido, R. D. Leg. 1/1996, de 12 de abril)*, Madrid, 1997; BERCOVITZ, A., *Propiedad Intelectual en el GATT*, Buenos Aires, 1997; IGLESIAS, J. L., *Los derechos de propiedad intelectual en la organización mundial del comercio: El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio*, Madrid, 1997; GONZÁLEZ, A., *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual: De la reforma de 1987 al Código Penal de 1995*, Madrid, 1998; ROGEL, C., *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*, Barcelona, 1998; FERNÁNDEZ, E., *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*, Granada, 1998; BECERRA, M., *Derecho de la propiedad intelectual: una perspectiva trinacional*, México, 1998.