

***SUMPTUS FUNERIS: RESPONSABILIDAD POR
LOS GASTOS Y DEUDAS DE FUNERAL***

EVA MARÍA POLO ARÉVALO
Elche - España

SUMPTUS FUNERIS: RESPONSABILIDAD POR LOS GASTOS Y DEUDAS DE FUNERAL

SUMARIO.- I. Introducción. II. Sumptus funeris: regla general de suo expedit mortuos funerari. 1. Sucesión ab intestato. 2. Sucesión tamentaria.- III. Responsabilidad en caso de carencia o insuficiencia de patrimonio hereditario o dotal.- IV. Funeral realizado por un tercero: límites de la responsabilidad por los gastos realizados.-

I. INTRODUCCIÓN.-

Una de las consecuencias más importantes que se producían en el momento de la adquisición de la herencia era la *successio* del *heres*¹, término con el que los juristas clásicos designaban la sustitución del difunto por el heredero, que pasaba a situarse en la posición jurídica que ocupaba aquél en el momento anterior a su fallecimiento².

¹ En la terminología jurídica romana, la palabra *successio* no tenía atribuido un significado técnico; hacía referencia a una categoría general que podía indicar bien la sustitución de una persona en la posición de otra sin que mediara la voluntad de las mismas, bien la adquisición de la titularidad de una cuota ideal o un conjunto de relaciones patrimoniales activas y pasivas o bien la adquisición de una titularidad singular. Este último supuesto es el que se conoce como sucesión a título particular –legatario, donatario, etc...—, contrapuesto por los juristas modernos a la titularidad universal, citada en segundo lugar y que comprendería, entre otros supuestos, la sucesión del heredero al *de cuius*. En el derecho romano arcaico, el concepto de sucesión surge como exigencia de la práctica jurídica para la creación de un mecanismo que impidiera la extinción de las relaciones jurídicas de un sujeto que dejaba de existir. En la sucesión *mortis causa*, el sujeto que quedaba investido con el título de *heres*, se situaba en la posición del *de cuius*, adquiriendo todos los derechos y obligaciones de las que era titular el difunto y que eran susceptibles de transmisión, concepto que permanece durante el derecho clásico. La noción de *successio* cambia por completo en derecho justiniano, conceptuándose como una *successio in universitatem*, esto es, como la transferencia de todo un patrimonio considerado como *universitas*. Respecto a la evolución del concepto de *successio*, vid. BONFANTE, “*Il concetto dottrinale dell’eredità nel diritto romano e vigente*”, en *Scritti giuridici varii*, I, Familia e successioni, Torino, 1.916, p. 152; IDEM, “*La formazione scolastica della dottrina dell’”universitas”*”, en *Scritti giuridici varii*, I, Familia e successioni, Torino, 1.916, p. 250; LONGO, “*L’origine della successione a titolo particolare*”, en *BIDR*, XIV, pp. 127 y ss.; SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, vol. I, 1.932, pp. 1 y ss.; ALBANESE, “*La successione ereditaria in diritto romano antico*”, en *Annali Palermo*, 1.950, pp. 127 y ss.

² El fenómeno de la *successio* acontecía tanto si la adquisición de la herencia se realizaba *ipso iure* si se trataba de herederos *necesarii* como si mediaba aceptación, en caso de *heres extranei* o *voluntarii*. Respecto a la aceptación de la herencia, vid. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte seconda, Napoli, 1.902, pp. 30 y ss.; LÉVY-BRUHL, “*Etude sur la cretio*”, en *Nouv. Rev.* [...]

Entre los efectos que provocaba la *successio*³, uno de los más importantes era la denominada responsabilidad *ultra vires hereditatis*⁴ del heredero por las obligaciones y deudas que había contraído el difunto. En virtud de ese principio, el *heres* debía responder frente a los acreedores del *de cuius* por las deudas existentes a la fecha del fallecimiento o que surgieran después pero que tuvieran su causa en un momento anterior a la defunción, no sólo con el activo de la masa hereditaria sino también con sus propios bienes⁵ e, incluso, con su persona⁶. La responsabilidad del heredero se extendía, además, al pago de los alimentos necesarios para el manteni-

[...] Hist. de droit, XXXVIII, 1.914, pp. 153 y ss.; SOLAZZI, “*I modi di accettazione dell’eredità*”, en *Studii Pavía*, V, 1.919, pp. 1 y ss.; DULCKEIT, *Erblasserwille bei Antretung der Erbschaft*, Weimar, 1.934; LA ROSA, “*Accettazione ed acquisto dell’eredità materna attraverso il Teodosiano*”, en *Annali Catania*, IV, 1.950, pp. 372 y ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI, Le Successioni, parte generale*, Milano, 1.974, pp. 182 y ss.

³ Fundamentalmente son dos los efectos que produce la *successio*: por un lado, la confusión de patrimonios del difunto y del heredero, que a su vez causaba la extinción de las deudas y créditos que ambos mantenían entre sí y, por otro lado, la responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero por las deudas que el *de cuius* tenía pendientes, incluso en el caso de que se tratara de una *hereditas damnosa* en la que el pasivo superara el activo de la masa hereditaria. Para evitar los efectos de la confusión de patrimonios surgieron diversos remedios tanto a favor del heredero como a favor de los acreedores, como el *beneficium inventarii* y el *ius deliberandi*, para los primeros, y la *postulatio suspecti heredis* o la *separatio bonorum* para los segundos. Respecto a la *separatio bonorum*, vid. entre muchos otros, SOLAZZI, “*Del diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell’erede*”, en *BIDR*, XI, 1.898, pp. 248 y ss.; FERRINI, “*Note intorno alla “Separatio bonorum”*”, en *BIDR*, XIII, 1.901, pp.32 y ss.; ANKUM, “*La classicité de la separatio bonorum de l’heres necessarius en droit romain*”, en *Studi Grosso*, II, pp. 565 y ss.; y sobre todo BONFANTE, “*Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell’erede nel diritto romano e nel diritto civile*”, en *Scritti giuridici varii, I, Famiglia e successioni*, Torino, 1.916 y bibliografía allí citada, así como la reciente monografía de LOPEZ BARAJAS, “*Separatio bonorum*”, Granada, 1.995.

⁴ Respecto al origen de la *successio ultra vires* del heredero en los débitos del difunto se ha originado una amplia polémica doctrinal, que divide a los autores que sostienen la intransmisibilidad de los débitos en el antiguo derecho romano y los que consideran que ya en las XII Tablas estaba reconocida la obligación ilimitada del pago de las deudas del *de cuius*. En torno a esta polémica, vid. el extenso estudio realizado por KOROSEK, *Die Erbenhaftung nach römischem Recht Verlag von Theodor Weicher, Leipzig*, 1.927, donde se recopila y expone toda la doctrina existente hasta ese momento acerca de la exclusión de la responsabilidad *ultra vires* por los débitos en la antigua *hereditas* romana. En contra de la teoría de la intransmisibilidad originaria de los débitos, vid. igualmente, BONFANTE, “*Sulla transmissibilità ereditaria delle obbligazioni nell’antico diritto romano*”, en *Archivio Giuridico*, XVI (vol. C dell’intera collezione), 1.928, pp. 9 y ss.; IDEM, *Corso di Diritto Romano, VI, Le successioni, op. cit.*, pp. 197 y ss., donde mantiene la existencia de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* en el antiguo derecho romano. En el mismo sentido, FADDA, *Concetti fondamentali di diritto ereditario romano, parte seconda, op. cit.*, p. 326.

⁵ La responsabilidad del heredero con su propio patrimonio no se encuentra recogida expresamente en las fuentes, pero según BONFANTE (*Corso di Diritto Romano, VI, Le successioni, op. cit.*, pp. 426 y 427) “*risulta con evidenza da testimonianze implicite o enunciazioni emesse come postulati naturali*”. En opinión de este autor, la declaración que ULPIANO realiza en D. 29, 2, 8.- (*ULPIANUS libro VII ad Sabinum*).- *...plus quam manifestum est...*, tras establecer que la herencia obliga a favor de las deudas aunque no sea solvente, “*significa que siamo in presenza di uno de quei principii organici degli istituti, che rappresentano l’essenza originaria di essi*” y mantiene, por tanto, que “*nelle XII Tavole non solo è riconosciuto l’obbligo illimitato al pagamento dei debiti, ma già comincia la reazione e si dispongono dei remedia per alleviarne l’onere nel caso di coeredità mediante la divisione ipso iure tra i varii coeredi*”.

⁶ ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho Romano, II, Obligaciones, Familia y Sucesiones*, Madrid, 1.981, p. 858. En el mismo sentido, IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1.982, p. 636.

miento de la viuda embarazada y el *nasciturus*⁷, al pago de los legados y fideicomisos, al pago de los gastos por sepelio y funeral y al pago de los impuestos sucesorios. No obstante, la responsabilidad del heredero respecto a estos últimos gastos era distinta, puesto que no le alcanzaba *ultra vires hereditatis*⁸.

Respecto al pago de los legados, si bien es cierto que antiguamente el testador podía repartir toda la herencia en legados⁹ dejando vacía de contenido la institución de heredero, también es cierto que la responsabilidad de éste no se extendía más allá del activo hereditario. A pesar de que la responsabilidad no era *ultra vires*, surgieron en época clásica, para poner fin a la extendida práctica de repartir la herencia en legados¹⁰, diversas disposiciones¹¹; entre ellas destaca la *lex Falcidia*¹², que ordenaba que el testador solo pudiera disponer de tres cuartas partes de la herencia como máximo en concepto de legado, quedando la cuarta parte, denominada *quarta*

⁷ D. 37, 9, 1, 19.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- *Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus foetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet; et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum, potum, vestitum, tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti, et pro dignitate eius atque mulieris.* También se incluyen, en virtud de D. 37, 9, 4, los gastos de habitación si el difunto no tenía casa y los necesarios para alimentar a los esclavos que la viuda requiriera para su servicio. Vid. también D. 37, 9, 9, en relación con la deducción como deuda de la herencia el gasto efectuado para alimentos del *nasciturus*. Esta deuda se extiende por D. 37, 10, 5, 3 a los alimentos *ex Carboniano* edicto.

⁸ FADDA, *Concetti fondamentali di diritto ereditario romano, parte seconda, op. cit.*, p. 323. En contra, BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI, Le successioni, op. cit.*, pp. 428 y 429.

⁹ GAYO II, 224.- *Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere uidebatur, qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis: VTI LEGASSIT SUAE REI, ITA IVS ESTO. Quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur.*

¹⁰ A finales de la República, la libertad de legar llegó a ocasionar graves problemas por la falta de incentivos que suponía para el heredero aceptar una herencia repartida en legados y que, por tanto, había quedado reducida a cargas y deudas. La falta de aceptación de las herencias ocasionaba la invalidez de los testamentos, arrastrando consigo los legados que contenían, incumpliendo la voluntad del difunto en orden a tales liberalidades. Por otra parte, con el principio de la libertad de legar, también el patrimonio familiar corría el riesgo de perderse por completo, al posibilitarse que los legados fueran establecidos a favor de personas extrañas a la familia.

¹¹ Dos son las leyes que surgieron con esta finalidad y que tendieron a limitar la capacidad para disponer en concepto de legados o a restringir la capacidad de quién los recibía: por un lado, la *lex Furia testamentaria* fijó la cantidad de mil ases como la cuantía máxima que cualquier persona podía recibir por legado, con la salvedad de algunos parientes; por otro lado, la *lex Voconia*, prohibió que un legatario pudiera recibir más que lo que recibía el heredero. Para paliar los inconvenientes que surgieron en la práctica por la aplicación de estas dos leyes, se dictó la *lex Falcidia*, que pasó al derecho justinianeo, y que probablemente no de forma consciente vino a limitar la responsabilidad que tenía el heredero respecto al pago de los legados.

¹² I. 2, 22, pr.- (De Lege Falcidia).- *Superest ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Quum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippe ea lege ita cautum esset: "uti legassit suae rei, ita ius esto"), visum est hac legandi licentiam coartare; idque ipsorum testatorum gratia provisum est ob id, quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et quum super hoc tam lex Furia quam lex Voconia latae sunt. Quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissime lata est lex Falcidia, qua cauetur, ne plus legare liceret, quam dodrantem totorum bonorum, id est, ut, sive unus heres institutus esset sive plures, apud eum eosve pars quarta.*

Falcidia, siempre reservada al heredero¹³. Por lo tanto, los legados que excedieran de los tres cuartos de la herencia, quedaban reducidos *ipso iure* si ello era posible, debiendo el legatario indemnizar al heredero en caso contrario¹⁴. La regulación de la *lex Falcidia* se extiende a los fideicomisos a través del *senatusconsultum Pegasianum*, aplicando la misma limitación que permitía al heredero retener la cuarta parte de la herencia, denominada esta vez *quarta Pegasiana*.

Por lo que se refiere a la tasa sucesoria¹⁵ que debía pagar el heredero, tampoco ésta podría superar el activo de la masa hereditaria, toda vez que se calculaba siempre proporcionalmente al valor de la herencia, encontrándose además exentas del pago algunas herencias, bien por la cuantía o bien por las personas que las recibían¹⁶.

El hecho de que, respecto a estos últimos pagos, la responsabilidad del heredero se encontrara limitada, ha llevado a algunos autores¹⁷ a efectuar una distinción entre dos grandes grupos de deudas y cargas de la herencia en función de las cuales la responsabilidad del heredero variaba. Así, respecto a las obligaciones que había contraído el difunto y que existían antes de haberse producido la *successio*, denominadas deudas propiamente dichas, regía el principio de responsabilidad ilimitada o *ultra vires hereditatis*. En cuanto al segundo grupo de obligaciones, es decir, las que debido a su naturaleza surgen por el hecho mismo de la sucesión o encuentran su causa en el propio fallecimiento del *de cuius*, el heredero no respondía ilimitadamente, no estando vigente, por tanto, el principio de responsabilidad *ultra vires hereditatis*. Los defensores de esta corriente concretan estas obligaciones fundamentalmente en el pago de legados y fideicomisos, deudas por los gastos de funeral y sepelio y, en derecho clásico, el pago del impuesto o tasa sucesoria.

¹³ Sobre la *lex Falcidia*, vid. PAMPALONI, “Rapporti giuridici condizionali e legge Falcidia”, en *BIDR*, 21, 1.909, pp. 180 y ss.; VASALLI, “Falcidiae stipulatio”, en *BIDR*, XXVI, 1.913, pp. 52 y ss.; SCHWARZ, “Die Reschtswirkungen der *lex Falcidia*”, en *ZSS*, LXIII, 1.943, pp. 1 y ss.; IDEM, “War die *lex Falcidia* eine *lex perfecta*?”, en *SDHI*, 17, 1.951, pp. 224 y ss.; BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia de legatis*, Napoli, 1.948; IDEM, “In tema di *lex Falcidia*”, en *IURA*, III, 1.952, pp. 229 y ss.

¹⁴ Vid. D. 35, 2 y D. 35, 3, 1 y D. 39, 6, 17.

¹⁵ El impuesto de sucesión fué establecido por Augusto en el siglo VI d.C. ante la debilidad por la que pasaban las finanzas estatales en esos momentos, debido principalmente a los gastos para el sostenimiento de un ejército profesional y, sobre todo, a las largas guerras civiles en las que se encontraba inmerso el mundo romano de esa época. Nace este tributo a cargo de los *cives* romanos y con una fuerte oposición por parte del Senado. Ante la imposibilidad que tenía Augusto de incrementar los impuestos provinciales y no pudiendo aumentar el impuesto sobre los bienes de consumo que gravaba al pueblo, el emperador propone la creación de un tributo de carácter general a cargo de los *cives* que gravara las transmisiones *mortis causa*. Tras diversas modificaciones en la cuota del impuesto, finalmente fue abolido en derecho justinianeo. A este respecto vid. C. 6, 33, 3, *pr.*- (*Imp. IUSTINIANUS A. IULIANO P. P.*)- *...vicesima hereditatis ex nostra recessit republica, antiquitatis nihilominus et aliis omnibus, quae circa repletionem vel interpretationem eiusdem edicti promulgata sunt...* (vid. voz “*tributti succesori*”, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XLV, p. 166).

¹⁶ Se encontraban exentos del pago del tributo las herencias inferiores a cien mil sextercios y las que recibían los pobres, es decir, las personas que sobrevivían con menos de cincuenta áureos. El impuesto de sucesión ascendía al 5% de la masa hereditaria en tiempos de *Augusto*, incrementándose con *Caracalla* al 10% , sufriendo sucesivas modificaciones con Nerja y Trajano (voz “*tributti succesori*”, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XLV, p. 166).

¹⁷ FADDA, *Concetti fondamentali di diritto ereditario romano, parte seconda, op. cit.*, pp. 323 y ss., seguido por IMPALLOMENI, “*Successioni (diritto romano)*”, en *NNDI.*, *op. cit.*, pp. 708 y ss.

A la tesis del establecimiento de la responsabilidad del heredero según las deudas que se trate, se opone BONFANTE¹⁸ que sostiene la vigencia de la responsabilidad ilimitada del heredero como regla general aplicable a la sucesión. No obstante, el autor reconoce la existencia de supuestos en los que la responsabilidad del heredero se encuentra limitada, pero entiende que tales casos son excepcionales, viniendo precedidos siempre de normas especiales, como la *lex Falcidia* o el *senadoconsulto Pegasiano*, que derogan el principio general de la responsabilidad *ultra vires hereditatis*.

BONFANTE reduce a dos los supuestos específicos de responsabilidad limitada: el pago de los legados y fideicomisos y el pago del impuesto hereditario. Respecto al primer caso, sostiene la vigencia originaria de la responsabilidad ilimitada que perdura hasta la promulgación de la *lex Falcidia*; en cuanto al pago del impuesto que grava la sucesión, la responsabilidad limitada del heredero es consecuencia inevitable de la naturaleza proporcional que le caracteriza. Por tanto, según BONFANTE, las limitaciones a la responsabilidad del heredero siempre vienen impuestas por normas especiales que derogan en casos específicos el principio de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* que actúa como principio general en la *successio* del heredero.

Dentro de la polémica referida anteriormente, se enmarca la discusión existente en torno a la responsabilidad del heredero por los gastos de sepelio y funeral. FADDA¹⁹ sostiene que tales gastos constituyen una deuda que nace por el hecho del fallecimiento y, por tanto, quedan integrados en la categoría de gastos que tienen su origen en la sucesión. Así, el heredero no responde ilimitadamente por tales deudas, salvo en el supuesto de que sea él mismo quién se haya encargado del funeral, habiendo concluido personalmente los contratos. A esta tesis se opone BONFANTE²⁰ para quién el heredero si tiene una responsabilidad ilimitada respecto los gastos de sepelio, rigiendo el principio general de la responsabilidad *ultra vires hereditatis*²¹.

Sin embargo, las cuestiones que se plantean en torno a los gastos de funeral van más allá de las dudas que puedan surgir acerca del límite de la responsabilidad del heredero. En efecto, existe una característica que diferencia las deudas por sepelio de otras deudas hereditarias, tales como el pago de legados, la tasa sucesoria, etc..., y es que la responsabilidad de sufragar las deudas de funeral no siempre recae sobre el heredero: la persona responsable no será la misma si la sucesión es testamentaria que si es *ab intestato*; si el fallecido es un *sui iuris*, un *alieni iuris*, una mujer casada provista de dote o emancipada que tuviera patrimonio propio. En todos estos casos, la responsabilidad por las deudas del sepelio ni es la misma ni recae sobre la misma persona, como se verá a continuación.

¹⁸ BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI, Le successioni, op. cit.*, pp. 423 y ss.

¹⁹ FADDA, *Concetti fondamentali di diritto ereditario romano, parte seconda, op. cit.*, pp. 334 y ss.

²⁰ BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI, Le successioni, op. cit.*, pp. 423 y ss.

²¹ Para BONFANTE (*Corso di Diritto Romano, VI, Le successioni, op. cit.*, pp. 423 y ss.) es precisamente este grupo de débitos lo que rompe la tesis sostenida por FADDA, puesto que, según él, la responsabilidad por gastos de sepelio y funeral, no obstante nacer con el hecho de la sucesión, se extiende *ultra vires hereditatis*.

II. *SUMPTUS FUNERIS*: REGLA GENERAL DE *SUO EXPEDIT MORTUOS FUNERARI*.-

La regla general recogida en D. 11, 7, 14, 1, *de suo expedit mortuos funerari*, justifica que las deudas de funeral se configuren en las fuentes como deudas de la herencia privilegiadas frente al resto del pasivo existente; en consecuencia, *semper ex hereditate deducitur*²², ostentando preferencia de cobro: *quae etiam omne creditum solet praecedere*²³.

Las deudas de sepelio gravarán la totalidad del activo hereditario, esto es, sin que se hayan deducido previamente los legados ordenados por el testador, el precio de las manumisiones o las deudas que hubiere contraído el difunto en vida: *non deductis legatis, nec pretiis manumissorum, nec aere alieno deducto*²⁴. No obstante, si el heredero utiliza un legado para costear el funeral del testador y existen otros bienes en la herencia, el legatario podrá obtener una compensación equivalente al importe del legado²⁵.

²² No en vano en D. 11, 7, 1 se establece que quién realiza algún gasto de funeral *cum defuncto contrahere creditur, non cum herede*, dando a entender que tales gastos se deberán siempre deducir del patrimonio dejado por el difunto, esto es, de la herencia o de la dote en caso de mujer casada.

²³ D. 11, 7, 45.- (*MAECIANUS libro VIII. Fideicomissorum*).- *Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, quum bona solvendo non sint*. A este respecto, el orden de preferencia de los bienes hereditarios establecido por el pretor para hacer frente al funeral se encuentra en D. 11, 7, 12, 6.- (*ULPIANUS, libro XXV ad Edictum*).- *Praetor, vel Magistratus municipalis ad funus sumptus decernere debet, si quidem est pecunia in hereditate, ex pecunia; si non est, distrahere debet ea, quae tempore peritura sunt, quorum retentio onerat hereditatem; si minus, si quid auri argentique fuerit, distrahi, aut pignori iubebit, ut pecunia expediatur*. En primer lugar, el pretor dispondrá del dinero de la herencia; en caso de que no exista dinero, procederá a la venta de los bienes percederos *quorum retentio onerat hereditatem*; subsidiariamente, ordenará la venta o empeño de los objetos de valor para que con el dinero se haga frente a los gastos de funeral. Si no existen bienes de ningún tipo, según D. 11, 7, 14, 13, el magistrado puede ordenar que se obtenga dinero reclamando los créditos hereditarios, *si facile exigi possit*.

²⁴ D. 11, 7, 24.- (*ULPIANUS libro XXV ad Edictum*).- *Iulianus scribit, non deductis legatis*; D. 11, 7, 25.- (*PAULUS libro XXVII ad Edictum*).- *nec pretiis manumissorum*; D. 11, 7, 26.- (*POMPONIUS libro XV ad Sabinum*).- *nec aere alieno deducto*.

²⁵ A este respecto se encuentran varios casos en las fuentes, donde consta que si el heredero consume en los funerales una cosa legada, el legatario tendrá contra él la *actio funeraria* útil para obtener una indemnización por la pérdida de su legado. D. 11, 7, 46, *pr.*- (*SCAEVOLA libro II. Quaestionum*).- *Si plura praedia quis habuit, et omnium usumfructum separatim legaverit, poterit in unum inferri; et electio erit heredis, et gratificationi locus; sed fructuario utilem actionem in heredem dandam ad id recipiendum, quod propter eam electionem minutus est ususfructus*. El fragmento expone el caso de un testador que deja varios fundos en herencia, legando el usufructo de los mismos a distintas personas. Se establece que si el heredero entierra al testador en uno de los fundos, el usufructuario no se podrá oponer pero tendrá concedida la acción útil contra el heredero por la disminución de valor sufrido en su usufructo a causa de la elección. Otro supuesto en el que el legado se consume en el funeral del testador se encuentra recogido en D. 11, 7, 46, 2; se trata de un caso en el que los vestidos del testador que han sido objeto de legado se gastan en el sepelio por el heredero, concediéndose también al legatario la acción útil.- D. 11, 7, 46, 2.- (*SCAEVOLA libro II. Quaestionum*).- *Ei, cui vestimenta legantur, si in funus erogata sint, utilem actionem in heredem dandam placuit, et privilegium funerarium*. Ahora bien, si el heredero no cuenta con otros bienes en la herencia para afrontar el sepelio el legatario no obtendrá indemnización por la pérdida de su legado porque se prefiere que *de suo testatorem funerari, quam aliquos legata consequi*; así se recoge en D. 11, 7, 14, 1 al tratar el caso de un colono que deja en herencia tan sólo los *invecta et illata* y en su testamento los lega a un tercero; se concluye que el funeral debe ser sufragado con los útiles de labranza, dando incluso preferencia al sepelio frente al pago de la renta que el difunto adeudara: D. 11, 7, 14, 1.- (*ULPIANUS, libro XXV ad Edictum*).- *...Sed et si res legatae sint a testatore, de cuius funere agitur, nec sit, unde funeretur, ad eas quoque manum mittere oportet; satius est enim, de suo testatorem funerari, quam aliquos legata consequi... Legatarium tamen legato carere non oportet, si potest indemnisi ab herede praestari; quod si non potest, melius est legatarium non lucrari, quam emptorem damno affici*.

La regla *de suo expedit mortuos funerari* también tiene aplicación si el fallecimiento es el de una mujer provista de dote. En efecto, D. 11, 7, 16 alude a la costumbre de que las mujeres fueran enterradas con sus bienes dotales: *aequissimum enim visum est veteribus, mulieris quasi de patrimoniis suis, ita de dotibus funerari*²⁶; en consecuencia, *impensa enim funeris aes alienum dotis est*²⁷.

Si las deudas de funeral se configuran como deudas que gravan la dote, la responsabilidad por tales gastos deberá recaer sobre la persona que tiene en su poder los bienes dotales. Este principio tiene la consideración de *ius publicum*, siendo obligado su cumplimiento y no teniendo efectos frente a terceros los posibles pactos que hubieren existido entre el constituyente de la dote y el marido para exonerarse de responsabilidad:

D. 11, 7, 20, pr.- (*ULPIANUS libro XXV ad Edictum*).- *Neratius quaerit, si is, qui dotem dederat pro muliere, stipulatus est duas partes dotis reddi, tertiam apud maritum remanere, pactus sit, ne quid maritus in funus conferret, an funeraria maritus teneatur? Et ait, si quidem ipse stipulator mulierem funeravit, locum esse pacto, et inutilem ei funerariam forme; si vero alius funeravit, posse eum maritum convenire, quia pacto hoc publicum ius infringi non possit...*

El fragmento refleja un caso en el que el constituyente de la dote y el marido acordaron mediante *stipulatio* que, si el matrimonio se disolvía, dos partes de los bienes revirtirían de nuevo a aquél, quedando la tercera parte definitivamente en poder del marido. Además, se estipuló que, si la disolución del matrimonio se debía al fallecimiento de la mujer, el marido no estaba obligado a contribuir al entierro. Surge la cuestión acerca de si el marido deberá responder de los gastos de entierro si es demandado con la *actio funeraria*. La respuesta varía según la persona que ejercite la acción: si es el estipulante el que llevó a cabo el entierro, prevalece el pacto y el marido no deberá responder frente a él de ningún gasto; por el contrario, si el demandante es un tercero, el pacto no le afecta al ser ésta materia de *ius publicum* y el marido quedará obligado a pagar los gastos.

Concluyendo, puesto que las deudas de sepelio aparecen configuradas como deudas de la herencia o de la dote, se puede afirmar, en general, que la obligación de llevar a cabo el sepelio del *de cuius* recaerá sobre la persona que tenga en su poder los bienes hereditarios o dotales; A este respecto, los obligados no serán los mismos si la sucesión es *ab intestato* que si es testamentaria:

²⁶ D. 11, 7, 16.- (*ULPIANUS libro XXV ad Edictum*).- *...aequissimum enim visum est veteribus, mulieris quasi de patrimoniis suis, ita de dotibus funerari...* Esta norma general puede encontrarse implícitamente formulada en los textos que se refieren al funeral y entierro de la mujer. A este respecto, vid. Paul. Sent. I, 21, 11; D. 11, 7, 20, 1; D. 11, 7, 22; 23; D. 11, 7, 28; D. 11, 7, 29, 1; D. 11, 7, 30; D. 11, 7, 32, 1 y D. 11, 7, 46, 1.

²⁷ D. 11, 7, 18.- (*IULIANUS libro X Digestorum*).- *impensa enim funeris aes alienum dotis est*. Vid. también D. 11, 7, 19.- (*ULPIANUS libro XV ad Sabinum*).- *ideoque etiam dos sentire hoc aes alienum debet*.

1. SUCESIÓN AB INTESTATO:

Si el *de cuius* tenía patrimonio propio, sus herederos deberán soportar los gastos de funeral, según el orden en que sucedan:

D. 11, 7, 12, 4.- (*ULPIANUS libro XXV ad Edictum*).- ...*si nemo scriptus est, legitimos, vel cognatos, quosque suo ordine, quo succedunt*

La posición que el causante ostente en la familia nada tiene que ver: tanto si es un *sui iuris* como un *alieni iuris* los responsables de efectuar el sepelio serán los herederos. En este sentido, D. 11, 7, 31 recoge el caso de un *filiusfamilias* militar que *habeat castrense peculium*²⁸ disponiendo que *successores eius ante teneri*²⁹.

Aunque los textos no lo expresen, a nuestro juicio cabe afirmar que en caso de concesión de *bonorum possessio*, la obligación de dar sepultura al difunto recaería sobre el *bonorum possessor*. Ello se puede deducir de D. 11, 7, 14, 17 cuando menciona que se puede ejercitar la *actio funeraria* contra aquellos *ad quos funus pertinet*, incluyendo entre ellos al *bonorum possessor*:

D. 11, 7, 14, 17.- (*ULPIANUS libro XXV ad Edictum*).- *Datur autem haec actio adversus eos, ad quos funus pertinet, utputa adversus heredem bonorumve possessorem cetosque successores.*

DE FRANCISCI³⁰, no obstante, sostiene que en derecho clásico el único obligado a cumplir con el funeral del difunto era el heredero —civil o testamentario—. Según el autor, en su origen, el *heres* no era otro que el nuevo jefe de familia que subentraba en la posición del difunto, siendo natural que recayera sobre él la obliga-

²⁸ El peculio castrense estaba formado por los bienes que el *filius* adquiría en el ejercicio de su profesión como soldado. Posteriormente, fue ampliándose el concepto, comprendiendo no sólo las adquisiciones *in castris*, sino también las donaciones del pater al hijo por su entrada en el ejército, donaciones de la mujer al marido militar, la herencia de la mujer o la herencia de compañeros soldados. A este respecto, vid. FITTING, *Das castrense peculium*, Halle, 1.871; ALBERTARIO, “*Appunti sul peculio castrense*”, en *Studi di diritto romano*, I, p. 137 y ss.; ARCHI, “*In tema di peculio quasi castrense*”, en *Studi Besta*, I, p. 117 y ss.; GUARINO, “*L’oggetto del “castrense peculium”*”, en *BIDR*, XLVIII, 1.941, pp. 41 y ss.; DAUBE, “*Actions between “paterfamilias” and “filiusfamilias” with “peculium castrense”*”, en *Studi Albertario*, I, p. 433 y ss.; LA ROSA, *I peculii speciali in diritto romano*, Milano, 1.953; IDEM, “*Ancora in tema di “peculium castrense”*”, en *Studi de Francisci*, II, p. 393; LEHMAN, “*Das “peculium castrense” der “palatini”*”, en *LABEO*, XXIII, 1.977, pp. 49 y ss.

²⁹ D. 11, 7, 31.- (*ULPIANUS libro XXV ad Edictum*).- *Si filiusfamilias miles sit, et habeat castrense peculium, puto, successores eius ante teneri...* DE FRANCISCI (“*La legittimazione passiva nell’actio funeraria*”, en *Annali Perugia*, XXXII, 1.920, p. 311), sostiene que el término “*successores*” fue introducido por los compiladores sustituyendo el originario de “*heredes scripti*”, más adecuado para el derecho clásico. El autor mantiene que la posibilidad de que el militar tuviera herederos legítimos sólo existió en derecho justiniano, ya que en derecho clásico, si el militar fallecía sin haber otorgado testamento, el peculio castrense pasaba directamente a manos del *paterfamilias*, sin abrirse sucesión *ab intestato*: “*in quest’ultimo caso per diritto classico il peculio si devoveva al padre iure peculii, e in ogni modo il padre era tenuto ai funerali; nel primo caso, tenuto doveva essere l’erede testamentario. Ma il nostro frammento parla invece di una responsabilità generica dei successores dopo dei quali è tenuto il padre. Ora tuttocì è giustiniano. Ulpiano doveva distinguere il caso del testamento da quello della morte senza testamento, nel quale non poteva esservi successione e il peculio passava al padre iure peculii*”.

³⁰ DE FRANCISCI, “*La legittimazione passiva nell’actio funeraria*”, *op. cit.*, p. 291 a 308.

ción de celebrar los ritos funerarios que formaban parte de la religión doméstica³¹. Una de las partes más importantes del ritual de purificación de la casa familiar y del culto privado a los *sacra* era el *funus ducere*, esto es, el deber de dar sepultura al predecesor, que sin duda debía recaer sobre el sucesor. Posteriormente, con la fusión entre *hereditas* y *bonorum possessio*, así como el predominio del aspecto patrimonial sobre el familiar en la nueva concepción de la herencia, el *bonorum possessor* pasa a asumir jurídicamente una posición similar a la del *heres*, considerándose a éste también como una persona a la que *funus pertinet*.

La tesis de DE FRANCISCI presupone la aceptación de la teoría de la herencia sostenida por BONFANTE³² como continuación de la familia: la *hereditas* es concebida como la sucesión del *heres* en la soberanía familiar y los elementos extra-patrimoniales como el culto a los *sacra familiaria*, el *ius sepulchri*, el *hospitium* o el patronato también forman parte de la sucesión. De ahí que DE FRANCISCI haga recaer el deber de dar sepultura al predecesor únicamente sobre el heredero.

No obstante, se debe advertir que la teoría de BONFANTE no ha sido únicamente aceptada; algunos autores³³ la han criticado, poniendo de manifiesto lo poco que casa esta tesis con la realidad histórica en la que era frecuente que existieran una pluralidad de herederos, el contraste de la misma con instituciones como el *consortium erto non cito* o con las XII Tablas, donde consta que a la muerte del *paterfamilias* los *filiifamilias* pasaban a ser *sui iuris*. Esta corriente doctrinal mantiene una teoría realista de la herencia, entendiendo que en su origen las ideas de propiedad se sobreponían a los lazos familiares y, por tanto, la sucesión hereditaria se configuraba como la transmisión de un patrimonio; prueba de ello es que los bienes podían ir a parar incluso a manos de un extraño.

³¹ DE FRANCISCI (*“Legittimazione passiva nell’azione funeraria”*, op. cit., p. 306 y ss.) sostiene que los pueblos de la antigüedad fundaban el deber de sepultar los cadáveres en las creencias religiosas conectadas estrechamente con la idea de que las almas insepultas no descansaban en paz, estando condenadas a vagar por la tierra sin reposo. Para evitar al difunto ese destino era necesario realizar su sepelio y por eso cualquiera que encontrara un cadáver insepulto tenía la obligación de enterrarle para que su alma descansara. Concluye el autor que “il dovere di seppellire e di procurare o facilitare il seppellimento incombe a tutti, e non solo per far cosa grata al defunto, ma per evitare i pericoli che la mancata sepoltura può produrre ai privati e alla società. Ma accanto a questo obbligo generale esistono altri e ben stretti doveri religiosi per talune persone che col defunto si trovano congiunti da rapporti famigliari; queste persone non pare abbiano, per ciò che riguarda il seppellimento, un dovere più stretto di qualunque estraneo, ma la consuetudine sociale e religiosa vuole che esse prendano parte a speciali cerimonie e che tengano una condotta particolare appunto per i vincoli che le legano al defunto”.

³² BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, VI, *Le successioni*, op. cit., pp. 91 a 125. Le siguen en su teoría SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, vol I, Nápoli, 1.933, p. 158; LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1.930, pp. 7 y ss; IGLESIAS, *Derecho Romano*, op. cit., p. 617.

³³ PEROZZI, “*Problemi di origini*”, en *Studi Scialoja*, II, pp. 167 y ss.; LENEL, *Zur Geschichte der heredis institutio*, Oxford, 1.913, pp. 15 y ss.; KOROSEK, *Die Erbenhaftung nach römisches Recht*, Leipzig, 1.927, pp. 24 y ss.; RABEL, “*Die Erbrechtslehre Bonfante’s*”, en *ZSS*, L, 1.930, pp. 295 y ss.; WLASSAK, *Studien zum altröm. Erb und Vermächtnissrecht*, Viena, 1.933; AMBROSINO, “*In iure cessio hereditatis*”, en *SDHI*, XI, 1.945, pp. 62 y ss.; ALBANESE, “*La successione ereditaria in diritto romano antico*”, en *Annali Palermo*, XX, 1.949, pp. 127 y ss.; JÖRS-KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, Berlín, 1.949, pp. 307 y ss.; BIONDI, “*Obietto dell’antica “hereditas”*”, en *IURA*, I, 1.950, pp. 150 y ss.; VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato...*, op. cit., pp. 692 y 693; LENEL, “*Essays in legal History*”, en *LABEO*, XII, 1.966, pp. 558 y ss.

Con independencia de las controversias existentes en torno al origen de la sucesión romana, a nuestro juicio el *bonorum possessor* deberá ser el responsable de sufragar el sepelio del causante no sólo porque se puede deducir de las fuentes, sino también porque las deudas de funeral constituyen deudas de la herencia debiendo hacer frente a las mismas la persona que posea los bienes hereditarios. A mayor abundamiento, durante el tiempo de posesión de los bienes, el *bonorum possessor* es quién actúa a todos los efectos como heredero, ostentando idéntica posición jurídica; por ello, si disfruta de los bienes y derechos del patrimonio hereditario, entendemos que también deberá soportar las deudas que lo graven.

La obligación del *bonorum possessor* le compete aunque posteriormente deba restituir la herencia; ahora bien, en este caso podrá retener los gastos previa rendición de cuentas. Si no hubiere efectuado la retención, según D. 11, 7, 32, se le reconoce la *actio funeraria utilis* para que pueda recuperar el desembolso³⁴:

D. 11, 7, 32.- (PAULUS libro XXVII ad Edictum).- *Si possessor hereditatis funus fecerit, deinde victus in restitutione non duxerit, quod impenderit, utilem esse ei funerariam.*

Resulta muy probable, como sostiene DE FRANCISCI³⁵, que en derecho clásico el *bonorum possessor* tan sólo tuviera reconocido un derecho de retención sobre los bienes hereditarios y no la posibilidad de ejercitar la *actio funeraria utilis*, siendo la última parte del fragmento una interpolación. En efecto, la *actio funeraria*³⁶ se concedía a quién *funus facerit* sabiendo que no era una tarea de su incumbencia; en el caso del *bonorum possessor*, dado que su posición era equiparable a la del heredero civil, le correspondía la obligación de dar sepultura al *de cuius*; en consecuencia, cuando realizaba el funeral lo hacía como una obligación suya, faltando el elemento del *alienum negotium gerens*³⁷, quedando vetada la posibilidad de utilizar la

³⁴ La regla por la cual responde de los gastos de la herencia el que tenga en su poder la misma, pudiendo repetir tales gastos si finalmente se ve obligado a restituirla, quiebra en el caso de que un heredero sea declarado indigno y pierda la herencia, ya que en ese supuesto, el heredero debe soportar los gastos como castigo. D. 11, 7, 33.- (ULPIANUS libro LXVIII ad Edictum).- *Si quis fuit heres, deinde hereditas ablata sit ei quasi indigno, magis est, ut penes eum iura sepulcrorum remaneant.*

³⁵ DE FRANCISCI, "La legittimazione attiva nell'azione funeraria", en *Il Filiangieri*, XL, 1.915, pp. 21 y 22.

³⁶ DIETZEL, *De actione funeraria*, Leipzig, 1.906; DE FRANCISCI, "La legittimazione attiva nell'azione funeraria", *op. cit.*, pp. 14 y ss.; IDEM, "La legittimazione passiva nell'azione funeraria", *op. cit.*, pp. 277 y ss.; DONATUTI, "Actio funeraria", en *SDHI*, VIII, 1.942, pp. 48 y ss.; CENDERELLI, "Gestione d'affari ed editto de "sumptibus funerum": punti di contatto ed elementi di differenziazione", en *Studi Biscardi*, I, 1.982, pp. 265 y ss.

³⁷ Tampoco se reconocía legitimación activa a la persona que llevara a cabo el funeral de un difunto en la errónea creencia de que era su heredero: D. 11, 7, 14, 11.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *si quis, dum se heredem putat, patremfamilias funeraverit, funeraria actione uti non poterit, qua non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens; et ita Trebatius et Proculus putat; puto tamen et si ex causa dandam actionem funerariam.* La contradicción existente entre la parte inicial del fragmento y la parte *in fine* muestra con claridad la diferencia entre el derecho clásico y el justiniano. En el primero, se requería la concurrencia del elemento subjetivo, el *animus alienum negotii gerendi*; de ahí que en el caso de que la persona diera sepultura al difunto en la errónea creencia de que era su heredero, *funeraria actione uti non poterit*. En derecho justiniano, sin embargo, si se reconoce la *actio funeraria*, aunque no de forma genérica sino sólo *ex causa*, seguramente para paliar la injusticia y el injusto enriquecimiento del verdadero *heres*.

actio funeraria. Los compiladores, sin embargo, introdujeron el reconocimiento de la *actio funeraria* útil³⁸, probablemente teniendo en cuenta criterios equitativos y con el fin de compensar al *bonorum possessor* que no había ejercitado su derecho de retención.

Los gastos de funeral tienen un tratamiento específico en caso de fallecimiento de una mujer provista de dote. Se ha indicado anteriormente que la norma general expresada en las fuentes consistía en que las mujeres se enterraran a costa de sus bienes dotales; en consecuencia, la obligación de llevar a cabo el sepelio recaerá sobre la persona *qui morte mulieris dotem lucratur, sive pater sive maritus*³⁹.

La responsabilidad dependía de si la dote se debía restituir al *paterfamilias* o, por el contrario, quedaba en poder del marido⁴⁰; si el marido no tenía obligación de restituir la dote, parece claro que el entierro le incumbiría sólo a él⁴¹, puesto que era el único que se lucraba⁴²; En caso contrario, esto es, si la dote fuera profecticia y hubiera lugar a su restitución, la obligación recaería sobre el *paterfamilias*:

³⁸ Sostiene DE FRANCISCI (“*La legittimazione attiva nell’azione funeraria*”, *op. cit.*, p. 21), que el reconocimiento de la *actio funeraria* a favor del *bonorum possessor* se efectúa por los compiladores de una forma ambigua, no quedando claro si lo que se concede es la acción directa o la útil. No obstante, esto último no tenía ninguna relevancia práctica en derecho justiniano, ya que ambas acciones se encontraban equiparadas.

³⁹ D. 11, 7, 16.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- ...*qui morte mulieris dotem lucratur, in funus conferre debere, sive pater mulieris est, sive maritus.*

⁴⁰ Originariamente, la dote siempre quedaba en poder del marido, ya que éste adquiriría los bienes de forma definitiva en el momento de contraer matrimonio. Sin embargo, la proliferación de divorcios puso de relieve la injusticia que suponía para la mujer la pérdida de los bienes dotales en favor del marido, ya que aquella no podría aportar bien alguno a unas posibles segundas nupcias, aparte de carecer de cualquier derecho hereditario sobre ellos. De ahí que en la práctica se impusieran soluciones para obligar al marido a la devolución de la dote en caso de divorcio: el medio más utilizado fue la celebración de una *stipulatio*, mediante la cual el marido se obligaba a restituir la dote a la mujer o al constituyente, de modo parcial o íntegramente, pudiendo exigir dicha restitución mediante la *actio ex stipulatu*. Probablemente a finales de la República se crea una acción específica para lograr la devolución de la dote, aunque no hubiera mediado estipulación del marido: la *actio rei uxoriae* nació para exigir la devolución de la dote en caso de disolución por divorcio, extendiéndose después a la disolución por fallecimiento de la mujer. A este respecto, vid. ARNO, “*Il nuovo regime dotale serviano*”, en *Studi Bonfante*, I, pp. 81 y ss.; WOLFF, “*Zur Stellung der Frau im Klassischen römischen Dotalrecht*”, en *ZSS*, XLIII, 1.933, pp. 297 y ss.; DUMONT, “*Les revenus de la dot en droit romanin*”, en *Revue Historique de droit français et étranger*, XXII, 1.943, pp. 1 y ss.; SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Colonia-Viena, 1.969, pp. 1 y ss.

⁴¹ Sin embargo, el primer marido de una mujer divorciada y casada en segundas nupcias, aunque se hubiera lucrado con la dote, no respondía por los gastos del entierro y funeral. Y ello porque, como observa DONATUTI (“*Actio funeraria*”, *op. cit.*, p. 66), no puede considerarse dote el patrimonio que se encuentra en manos del primer marido en el momento de la muerte de la mujer. D. 11, 7, 29.- (GAIUS libro XIX ad Edictum provinciale).- *Si mulier post divortium alii nupta decesserit, non putat Fulcinius, priorem maritum, licet lucri dotem faciat, funeris impensam praestare.*

⁴² El principio se encuentra claramente reflejado en D. 23, 3, 78, pr.- (TRYPHONINUS libro XI Disputationum).- *Quum in fundo mariti habens mulier usumfructum dotis causa eum marito dedit, quamvis ab ea usufructus decesserit, maritus tamen non usumfructum habet sed suo fundo quasi dominus utitur, consecutus per dotem plenam fundi proprietatem, non separatam usufructu; nec est, quod non utendo maritus amittat. Divortio autem facto constituet in eodem fundo usumfructum mulieri. Quodsi in matrimonio decesserit uxor, nihil emolumenti ob dotem habere videtur maritus, qua, etsi uxorem eam non duxisset, furctuariae morte finitus usufructus ad proprietatem rediret; ideoque nec in funus confert mulieris.* El texto plantea el supuesto de una mujer que dió en dote al marido el usufructo que ella tenía sobre el fundo propiedad de él y, por tanto, siendo el marido propietario del fundo con la dote adquiere la plena [...]

D. 11, 7, 20, *pr.*, *in fine*- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).-
 ...*Quid tamen, si quis dotem hac lege dederit pro muliere, ut ad ipsum rediret, si in matrimonio mortua esset, aut quoquo modo solut matrimonio, nunquid hic in funus non conferat? Sed quum dos morte mulieris ad eum pervenerit, potest dici, conferre eum.*

No obstante, mientras el marido no restituya la dote, la obligación del sepelio le sigue correspondiendo a él, si bien en el momento de la restitución *ex dote retinere potest*⁴³. Si el marido incumple su obligación y es el *paterfamilias* quién lleva a cabo el entierro, no tiene reconocida la *actio funeraria* pero podrá recuperar el gasto mediante la *actio rei uxoriae* o *actio de dote*⁴⁴.

Si la mujer deja otros bienes en herencia además de la dote, los gastos se deducirán proporcionalmente de ambos patrimonios⁴⁵; en consecuencia, la responsabilidad de afrontar los gastos de sepelio será compartida entre los herederos y el marido *pro portione dotis, quam lucratus est*⁴⁶ o, en caso de dote profecticia que se deba restituir, el *paterfamilias pro portione dotis, quam recipit*:

D. 11, 7, 30, 1.- *Sed emancipata in matrimonio decedat, collatos heredes bonorumve possessores, et patrem pro portione dotis, quam recipit, et virum pro portione dotis, quam lucratus est.*

[...] propiedad sobre él. Aunque el matrimonio se disuelva por muerte de la mujer, el marido permanecerá como pleno propietario del fundo —cosa que no hubiera ocurrido en el caso de disolución por divorcio, en que el marido hubiera vuelto a ser nudo propietario—. Sin embargo, el hecho de que el marido no pierda la plena propiedad del fundo no puede ser entendido como un beneficio o lucro dotal, puesto que el usufructo se hubiera extinguido igualmente con la muerte de la mujer usufructuaria y la consolidación del dominio hubiera devenido en el caso de usufructo no dotal. Por ello, se entiende que el marido no ha tenido ningún lucro proveniente de la dote de la mujer y, por tanto, no deberá sufragar los gastos que con ocasión de su sepelio se produzcan. Vid. a este respecto, DONATUTI, “*Actio funeraria*”, op. cit., p. 67 y DE FRANCISCI, “*La legittimazione passiva nell’azione funeraria*”, op. cit., pp. 320 y ss.

⁴³ *Paul. sent.* I, 21, 11.- *Maritus id, quod in funus uxoris impendit, ex dote retinere potest*

⁴⁴ D. 11, 7, 30.- (POMPONIIUS libro XV ad Edictum provinciale).- *Contra quoque, quod pater in funus filiae impendit..., ipse actione de dote a marito recipit.*

⁴⁵ D. 11, 7, 27, *pr.*- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *sic prorrata et maritum, et heredem conferre in funus oportet*; D. 11, 7, 22.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *Celsus scribit, quotiens mulier decedit, ex dote, quae penes virum remanet, et ceteris mulieris bonis pro portione funeranda est*; D. 11, 7, 23.- (PAULUS libro XXVII ad Edictum).- *veluti si in dotem centum sint, in hereditate ducenta, duas partes heres, unam vir conferet.* Vid. también la decisión contenida en D. 11, 7, 46, 1, donde referido a una mujer emancipada que deja herencia y dote, siendo el marido beneficiado único, es enterrada por el heredero en uno de los fundos de la herencia; el texto posibilita al heredero para que pueda obtener del marido la cantidad que le corresponde abonar, teniendo en cuenta el valor del fundo. D. 11, 7, 46, 1.- (SCAEVOLA libro II Quaestionum).- *Si heres mulieris inferat mortuam in hereditarium fundum, a marito, qui debet in funus conferre, pro aestimatione loci consequatur.*

⁴⁶ Si el marido, además de ganar la dote, es heredero de la mujer, la contribución a los gastos de sepelio no se deducirá todo sobre la cuota hereditaria, sino que se debe computar el importe que le corresponda entregar de los bienes dotales. D. 35, 2, 6.- (VENULEIUS libro XIII Stipulationum).- *Si vir uxori heres extiterit, et in funus eius impenderit, non videbitur totum quasi heres impendere, sed deducto eo, quod quasi dotis nomine, quam lucrificat conferre debuerit.* Por otro lado, si marido y mujer mueren al mismo tiempo, el heredero del marido deberá también hacer frente a los gastos de sepelio por la dote heredada: D. 11, 7, 32, 1.- (PAULUS libro XXVII ad Edictum).- *Si eodem momento temporis vir et uxor decesserit, Labeo ait, in heredem viri pro portione dotis dandam hanc actionem, quoniam id ipsum dotis nomine ad eum pervenit.*

En resumen, en todos los casos citados de sucesión *ab intestato* en el que el causante dejaba patrimonio propio, cabe efectuar una distinción entre el responsable inmediato de llevar a cabo el sepelio y el responsable último o persona sobre la que recaerá la obligación de afrontar los gastos. Aunque el responsable en último término sea aquél que obtenga los bienes hereditarios o dotales, habrá un responsable inmediato: éste será la persona que tenga en su poder la herencia o dote en el momento del fallecimiento. Esta obligación se tendrá que cumplir independientemente de que el patrimonio deba restituirse posteriormente, si bien en este caso se podrán detraer los gastos efectuados, puesto que siempre deberán gravar la herencia o la dote.

2. SUCESION TESTAMENTARIA:

El régimen jurídico de los gastos de funeral y la responsabilidad de llevarlo a cabo variaba en función de que el testador hubiera designado la persona a quién le confiaba la tarea de realizar su sepelio o, por el contrario, no hubiera establecido nada al respecto:

A. Si el testador no hubiera determinado la persona a la que confiaba el encargo de realizar su funeral, según D. 11, 7, 12, 4, incumbirá la tarea de darle sepultura la persona instituida heredera:

D. 11, 7, 12, 4.- ...*Sin autem de hac re defunctus non cavet, nec ulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit...*

A pesar de que el texto no lo mencione, a nuestro juicio la obligación del *heres* tendría una salvedad: en caso de que exista una solicitud ante el pretor de *bonorum possessio contra tabulas*⁴⁷ y ésta fuera concedida, entendemos que el *bonorum possessor* será el responsable. Ello se deduce de D. 11, 7, 15 en el que se recoge la obligación del patrono en un caso de concesión *bonorum possessio contra tabulas* respecto de la herencia de un liberto⁴⁸; obligación que podría extenderse por analogía a los demás casos de concesión de *bonorum possessio contra tabulas*. Además, como ya se ha indicado, en la sucesión *ab intestato*, el responsable de llevar a cabo el funeral del *de cuius* es el *bonorum possessor*, por lo que, si la sucesión es testamentaria, también resulta lógico que la obligación del *funus ducere* pese sobre el mismo⁴⁹.

B. La designación de una persona en el testamento podía alterar el orden general de los obligados a llevar a cabo el funeral del difunto; por ello, si el testador nombraba expresamente a una persona para que realizara su funeral, según D. 11, 7, 12, 4 el responsable de sufragar los gastos será la persona designada, siempre y cuando el *de cuius* le hubiere dejado una cantidad suficiente para tal fin:

⁴⁷ Podían solicitar la *bonorum possessio contra tabulas* los *liberi* que hubieran sido preteridos en el testamento, siempre en el plazo de un año a partir del momento de la delación, ya que en caso contrario, el testamento quedaba convalidado y los instituidos pasarían a ser los herederos definitivos del *de cuius*. A este respecto vid. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, VI, *Le successioni*, op. cit., pp. 17 y ss.; BIONDI, *Diritto ereditario, parte generale*, Milano, 1.954, pp. 120 y ss. y VOICI, *Diritto ereditario romano, parte speciale*, Milano, 1.963, pp. 130 y ss.

⁴⁸ D. 11, 7, 15.- (POMPONIUS libro V ad Sabinum).- *Funeris impensam et patronus, qui bonorum possessionem petit contra tabulas, praestat.*

⁴⁹ A nuestro juicio, también en este caso el *bonorum possessor* podrá ejercitar el derecho de retención de los gastos si posteriormente debe restituir la herencia; igualmente, en derecho justinianeo, tendrá reconocida la *actio funeraria* útil recogida en D. 11, 7, 32.

D. 11, 7, 12, 4.- (*ULPIANUS libro XXV ad Edictum*).- *Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit; sed si non ille fecit, nullam esse huius rei poenam, nisi aliquid pro hoc emolumentum ei relictum est; tunc enim, si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur*⁵⁰.

Por lo tanto, la naturaleza de la obligación y la responsabilidad del designado en testamento variará en función de que el testador le hubiere dejado o no alguna cantidad para hacer frente a los gastos del funeral que se le ha encomendado:

Si el testamento no contiene legado de dinero suficiente para sufragar los gastos del funeral del *de cuius*, la obligación de realizar el encargo no tendrá carácter jurídico sino moral⁵¹, en cuanto que la persona designada conocía el deseo expresado por el testador. Al no existir deber jurídico tampoco se podrá compeler al designado a realizar el entierro ni, mucho menos, imponer pena o sanción alguna por traicionar la voluntad del *de cuius*.

Ahora bien, cabe preguntarse qué ocurrirá si, a pesar de la carencia de obligación jurídica, finalmente la persona designada en testamento sufraga el funeral y entierro del difunto y quiere recuperar el desembolso efectuado. Podría pensarse que el designado en testamento estaría facultado para solicitar al heredero el reembolso de los gastos con la *actio mandati*, puesto que está cumpliendo un mandato testamentario⁵². Sin embargo, a nuestro entender, más que un mandato, la configuración jurídica del encargo testamentario tendría la naturaleza de un fideicomiso, ya que el testador confía únicamente en la *fides* de la persona designada para que lleve a cabo su entierro. No obstante, aunque pudiera entenderse que existe un mandato, hay que tener en cuenta que no es el heredero quien le ha encomendado la realización del sepelio, sino que su mandato viene efectuado por el propio *de cuius* en el testamento, por lo que resulta probable que no pudiera dirigir la acción contra el heredero. Además, no estando admitido en derecho clásico la figura del *mandatum*

⁵⁰ DE FRANCISCI (“*La legittimazione passiva nell’actio funeraria*”, op. cit., p. 288) sostiene que el fragmento, en su parte *in fine*, se encuentra interpolado, proponiendo su supresión. El autor fundamenta su conclusión en la opinión de ALBERTARIO (“*La costruzione “nisi-tunc enim” e altre somiglianti*”, en *Il Filiangieri*, XI-XII, 1.911, p. 15), quién ya había manifestando que la construcción “*nisi-tunc enim*” de la segunda parte del texto aparece con el estilo que utilizaban los compiladores. Además, ALBERTARIO también pone de relieve la carencia de elegancia sintáctica con la que se usan las locuciones “*pro hoc*” y “*ab hoc*” y lo superflua que resulta toda la afirmación contenida en la parte final que no guarda relación con lo anterior. Por ello DE FRANCISCI concluye que es “*propenso a sopprimere quest’ultima parte e a cancelare nella frase che immediatamente precede la parola emolumentum, la quale imporrebbe la lettura aliquod dell’Aloandro in luogo dell’aliquid, che rileva l’intrusione di quel sostantivo*”.

⁵¹ Este encargo tiene las características de un fideicomiso, ya que el testador remite a la *fides* de la persona que lleve a cabo todos los actos necesarios para concluir su funeral y entierro. En relación con la fuerza obligatoria de los fideicomisos, vid. GENZMER, “*La gènesis du fidèicommiss comme institution juridique*”, en *Revue historique de droit français et étranger*, XL, 1.962, pp. 319 y ss. c IMPALLOMENEI, “*Prospettive in tema di fedecommiss*”, en *Conf. Triestem*, III, 1.967, pp. 277 y ss.

⁵² Se concede la *actio mandati*, y no la *actio funeraria*, cuando la persona ha enterrado a un difunto por mandato de otro, para recuperar el gasto efectuado. En ese sentido se pronuncia D. 11, 7, 14, 15.- (*ULPIANUS libro XXV ad Edictum*).- *Qui mandatu alterius funeravit, non habet funerariam actionem, sed is scilicet, qui mandavit funerandum, sive solvit ei, cui mandavit, sive debet.... Contra si quis mandatu heredis funeravit, non posse eum funeraria agere. Labeo scribit, quia habet mandati actione.*

*post mortem*⁵³ o encargo que debía realizarse después del fallecimiento del mandante⁵⁴, es bastante posible que, al menos para esta época⁵⁵, el designado en testamento para ocuparse de los funerales no pudiera valerse de esta acción para recuperar el gasto efectuado.

Se debe analizar a continuación si el encargado podría repetir los gastos por medio de otro tipo de acciones, tales como la *actio negotiorum gestorum*⁵⁶ o la *actio funeraria*. A este respecto, se encuentra en las fuentes un texto que, si bien contempla un caso muy particular, resulta significativo:

D. 11, 7, 14, 13.- ... *et quid, si testator quidem funus mihi mandavit, heres prohibet, ego tamen nihilominus funeravi? Nonne aequum est, mihi funerariam competere? Et generaliter puto, iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, quum hoc ei actionis natura indulget.*

Se parte del supuesto de designación de una persona en testamento para llevar a cabo un funeral en el que, a pesar no recibir dinero alguno para hacer frente al encargo y encontrar oposición del heredero, cumple con el funeral del *de cuius*. No

⁵³ Respecto al *mandatum post mortem*, vid. BONFANTE, “Mandato post mortem”, en *Scritti di diritto romano*, III, pp. 262 y ss.; RAPIE, “D. 46, 3, 108”, en *Studi Arangio-Ruiz*, IV, pp. 263 y ss.; IDEM, *L’acte juridique “post mortem” en droit romain: validité et fonction*, Milano, 1.955; VAN OVEN, “Gaius, 3, 158: Mandatum post mortem mandantis”, LABEO, XLVIII, pp. 528 y ss.

⁵⁴ GAYO III, 158.- *Item si quis <quid> post mortem meam faciendum <mihi> mandat, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.* Sin embargo, en derecho justiniano, tal y como se contiene en C. 4, 11, 1, fueron admitidas todas las formas de contratación *post mortem*. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1.949, pp. 109 y ss. En contra de esta opinión, admite, entre otros, la existencia del mandato *post mortem mandatoris*, SANFILIPPO, “Mandatum post mortem”, en *Studi Solazzi*, pp. 554 y ss.; WATSON, *Contract of mandate in Roman law*, Oxford, 1.961, pp. 133 y ss.

⁵⁵ C. 8, 38 (37), 11.- (*Imp. IUSTINIANUS A. MENNAE P.P.*).- *Scrupulosam inquisitionem, utrum post mortem, an quum morietur, vel pridie quam morietur, stipulatus sit aliquis, vel in testamento legati vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes, omnia, quae vel in quocunque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi post mortem, vel pridie quam moreretur, scripta esse noscuntur nihilominus pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus.* Admitidos en derecho justiniano no sólo los fideicomisos testamentarios sino todas las disposiciones testamentarias que surtieran efecto después de la muerte del testador, el que ha realizado los gastos de entierro cumpliendo un mandato efectuado en testamento, podría exigir el reembolso puesto que constituirían deudas de la herencia. Por el mismo motivo el designado testamentario tendrá una obligación jurídica de realizar todos los actos y gestiones necesarias para llevar a la práctica el funeral del testador, pudiendo ser compelido a ello por el pretor a través del procedimiento *extraordinem*.

⁵⁶ WLASSAK, *Zur Geschichte der “negotiorum gestio”*, Jena, 1.879; PARTSCH, “Studien zur “negotiorum gestio””, en *Sitzungsberichte Akademie Heidelberg*, 1.913, pp. 1 y ss.; RICCOBONO, “La gestione degli affari altrui e l’azione di arricchimento del diritto moderno”, en *Rivista di diritto commerciale*, XV, 1.917, pp. 369 y ss.; BOSSOWSKI, “Ancora sulla “negotiorum gestio””. *Studio rivolto a integrare le trattazioni di Partsch, Riccobono, Lyskowski e Frese*”, en *BIDR*, XXXVII, 1.929, pp. 129 y ss.; HAYMANN, “Die Haftung des “negotiorum gestor” wegen Verschuldens im Klassischen und justinianischen Recht”, en *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, II, 1.993, pp. 451 y ss.; PACCHIONI, *Trattato della gestione d’affaire altrui*, Padua, 1.935; SAHCERS, “Die Haftung des auftragslosen Geschäftsführers”, en *SDHI*, IV, 1.938, pp. 309 y ss.; KRELLER, “Das Edikt “de negotiis gestis” in der Klassical Praxis”, en *ZSS*, LIX, 1.939, pp. 390 y ss.; MORELLI, *Die Geschäftsführung im Klassical römischen Recht*, Colonia-Graz, 1.968; RABEL, “Negotium alienum” und “animus”, en *Studi Bonfante*, IV, pp. 281 y ss.

cabe duda de que el elemento central del texto es la prohibición del heredero, pero lo que ahora interesa es la pregunta que se realiza en el texto respecto a si el designado testamentario tiene concedida la *actio funeraria* para obtener el reembolso de los gastos de entierro; la respuesta es afirmativa y se basa en motivos de equidad que aconsejan la concesión de la acción.

A nuestro juicio, del texto se pueden extraer dos consecuencias: la primera, que la concesión de la *actio funeraria* cierra la posibilidad de que el designado en testamento pueda actuar con la *actio negotiorum gestorum*, dada la especialidad de la primera⁵⁷. En efecto, la *actio funeraria* es la acción creada por el pretor específicamente para reclamar los gastos de entierro y funeral⁵⁸, por lo que el reconocimiento de legitimación activa al designado en testamento está excluyendo implícitamente la utilización de otra acción más genérica, como la *actio negotiorum gestorum*, para obtener el reembolso de sus gastos. La segunda consecuencia es que, si el elemento central de D. 11, 7, 14, 13 radica en el hecho de que el encargo se cumpla por el

⁵⁷ Uno de los puntos más discutidos doctrinalmente respecto de la *actio funeraria* es si constituye o no una derivación de la *actio negotiorum gestorum*, dada la analogía entre los supuestos de hecho que sirven de base a ambas acciones. Autores como KARLOWA, *Römsische Rechtsgeschichte*, vol. II, Leipzig, 1.885-1.901, p. 1.307; FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1.953, p. 716, GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, París, 1.929, p. 665; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. II, *op. cit.*, p. 318 o PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*, Torino, 1.935, p. 274, opinan que ambas acciones son análogas y que, por tanto, el edicto “*de sumptibus funerum*” tuvo que ser necesariamente anterior al de “*de negotis gestis*”, porque habría sido absurdo que el pretor creara la *actio funeraria* existiendo ya la *actio negotiorum gestorum contraria*. Como se ha dicho, la base de ambas acciones se encuentra en la gestión espontánea de un negocio que, a pesar de que incumbe a otros, es asumida por un tercero, pero consciente de que se trata de un asunto que no es de su incumbencia. Igualmente, la situación originaria de D. 11, 7, 1 en un comentario a la gestión de negocios ajenos, así como el tratamiento que los juristas otorgaban a los dos institutos, ponen de manifiesto sin duda que eran dos figuras bastante parecidas entre sí. Sin embargo, otros autores como WLASSAK, *Zur Geschichte der “negotiorum gestio”*, *op. cit.*, pp. 62 y ss. o COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazione giustiniane*, Torino, 1.925, p. 376, entienden que la *actio funeraria* constituye una derivación de la *actio negotiorum gestorum* originaria, configurándose como una especie de la misma. A estas posturas se ha opuesto DONATUTI (“*Actio funeraria*”, *op. cit.*, p. 49), sosteniendo que la *actio funeraria* no puede constituir una clase de *actio negotiorum gestorum*, puesto que faltan elementos fundamentales de esta última, tales como el *dominus negotii* o la *utiliter gestum*. Respecto a la carencia del *dominus negotii* en la *actio funeraria*, el autor sostiene que, en la hipótesis considerada normal, esto es, aquella en la que el difunto fuera *sui iuris* y hubiera sido enterrado antes de que el heredero adquiriera la herencia, “*il suo funerale non può considerarsi il negotium di alcuno*”, porque, continúa diciendo, “*è il defunto stesso, ossia un ente che giuridicamente non è persona*”. Respecto al segundo requisito, es decir, que el negocio sea útil para el *dominus* o al menos quede ratificado posteriormente por el mismo, el autor entiende que en la *actio funeraria* no se exige: “*in verità, se nell’actio negotiorum gestorum il presupposto dell’utiliter gestum è giustificato dallo scopo dell’editto, un simile presupposto non avrebbe senso per l’azione funeraria, per cui la deroga al principio “culpa est immiscere se rei non pertinenti” è giustificato dalla necessità pubblica “ne insepulta cadavera iacerent”. Ma anche non tenere conto di questa considerazione, il requisito dell’utiliter gestum nell’actio funeraria risulta escluso da alcune decisioni delle fonti*”. De ahí que el autor concluya que la *actio funeraria* no constituye una derivación ni una especie de *actio negotiorum gestorum*, puesto que viene configurada en las fuentes como una acción autónoma, con su supuesto de hecho concreto que le sirve de base y sus requisitos específicos, distintos a los exigidos a la *actio negotiorum gestorum*.

⁵⁸ DONATUTI (“*Actio funeraria*”, *op. cit.*, p. 53) se muestra en contra de los autores que entienden que una vez que la herencia ha sido aceptada, la acción que compete al tercero que ha hecho frente a los funerales es la *actio negotiorum gestorum*, puesto que el negocio lo está realizando a favor del heredero. DONATUTI sostiene que tal tesis está en contradicción con las fuentes, citando diversos textos como D. 11, 7, 14, 16 ó los fragmentos 16, 21 y 31 de D. 11, 7, donde se encuentra concedida la *actio funeraria* en casos en que ya se había aceptado.

designado a pesar de la voluntad en contra expresada por el heredero, cabe deducir que, no mediando prohibición del heredero, el designado podría actuar con la *actio funeraria* sin problema alguno para obtener el reembolso de los gastos. Por lo tanto, parece claro que será la *actio funeraria* la que tendrá reconocida el designado testamentario para obtener el reembolso de sus gastos.

Puede sorprender, no obstante, que se conceda al designado en testamento la *actio funeraria* ya que uno de los requisitos que debían concurrir para que se concediera esta acción consistía en que la persona llevara a cabo el entierro del causante de forma espontánea, esto es, sin mediar mandato⁵⁹. La nota de espontaneidad, en principio, no concurriría en el designado testamentario, puesto que éste actúa en cumplimiento de un encargo efectuado en el testamento por el *de cuius*. Con independencia de las discusiones doctrinales que existen en torno a la exigencia de este requisito⁶⁰ la falta de espontaneidad en este caso, a nuestro juicio, es más aparente que real, puesto que no se debe olvidar que el encargado no tiene deber jurídico de cumplir con el encargo ni, por tanto, obligación de llevarlo a cabo; así pues, en caso de querer realizar el sepelio del difunto, a nuestro entender, si actuaría espontáneamente, más bien movido por el deseo moral de que el cadáver no quedara insepulto que por cumplir con el encargo encomendado; de ahí que no existiera inconveniente alguno para reconocerle la *actio funeraria* contra el heredero.

Cuando el testador designa a la persona que desea que se encargue del entierro, pero a la vez le lega una cantidad suficiente para hacer frente a los gastos derivados del mismo, se origina una verdadera obligación y, por tanto, la persona designada responderá en caso de incumplimiento del encargo:

⁵⁹ En la *negotiorum gestio*, el requisito del *animus*, esto es, la intención de actuar para otra persona, se encuentra muy discutido doctrinalmente debido a las contradicciones en que incurren las fuentes. Parece admitirse la teoría de RICCOBONO (“*Dal diritto romano classico al diritto moderno*”, en *Annali Palermo*, III, 1.917, pp. 221 y ss.) respecto a que sólo en derecho justinianeo se exigió el requisito del *animus* en el gestor. Los juristas clásicos parece que se conformarían con el hecho de que la gestión se hubiere efectuado, sin tener en cuenta el *animus*. Por ello, no es ilógico que en el tema de los gastos funerarios se planteara con qué intención llevaba a cabo el funeral la persona que había sido designada en testamento para tal fin. En este caso, como en el de la *negotiorum gestio*, podría plantearse la duda respecto a la concurrencia o no del requisito del *animus*, esto es, si la persona realiza el funeral con la conciencia de actuar para otro o si lo lleva a cabo para cumplir con un encargo que le incumbía a él. La cuestión resulta importante puesto que la *actio funeraria* se concedía al tercero que enterraba un cadáver *alienum*, sabiendo que actuaba para cumplir una obligación que incumbía a otra persona.

⁶⁰ La mayor parte de la Doctrina (GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., pp. 665; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. II, op. cit., p. 318; DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1.968, p. 383, entre otros) no realizan distinción entre el derecho clásico y el justinianeo, requiriendo que el tercero que hubiere efectuado los gastos del entierro fuera una tercera persona que hubiera actuado espontáneamente, sin mediar mandato. En contra se muestra DONATUTI, “*Actio funeraria*”, op. cit., pp. 55 y ss., para quién tal requisito se exige en derecho clásico y no en el justinianeo. El autor basa su conclusión en D. 11, 7, 14, 15, donde se refleja el caso de un pupilo que, sin la *auctoritas* de su tutor efectúa el mandato de llevar a cabo el funeral de un difunto a una tercera persona, quedando el mandante sin poder actuar contra el pupilo mandante con la *actio mandati*. La solución que figura en el texto es conceder la *actio funeraria utilis*, siendo esta equiparada en el justinianeo a la acción directa, según DONATUTI, en virtud de lo dispuesto en D. 3, 5, 46, 1, concluyendo, “*ne deriva che per questo diritto, como si diceva, l’actio funeraria spetta, non ostante chi aveva speso pei funerali l’avesse fatto perchè tenuto da mandato. Ma per quel che riguarda il diritto classico, l’actio utilis concessa nelle ipotesi suddette, prova che l’azione funeraria directa non soccorreva quando quei funerali fossero avvenuti necessitate, per un obbligo contratto in seguito a mandato ricevuto*”.

D. 11, 7, 14, 2.- (*ULPIANUS libro XXV ad Edictum*).- *Si cui funeris sui curam testator mandaverit, et ille accepta pecunia funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit; credo tamen, et extra ordinem eum a Praetore compellendum funus ducere.*

A nuestro juicio, parece lógico pensar que la obligación del tercero designado surge cuando el legado se haga efectivo y el designado testamentario tenga en su poder la suma legada. En efecto, mientras no reciba el dinero para sufragar los gastos del entierro, se estaría ante la figura del caso anterior, donde tan sólo existía una obligación moral del designado: éste conoce la voluntad del difunto y puede libremente llevar a cabo su funeral o no. Sin embargo, a partir del momento en que el designado adquiere el legado, surge la obligación de cumplir el encargo efectuado y su responsabilidad por incumplimiento, que, según D. 11, 7, 14, 2, podrá exigirse de dos formas:

- A) En primer lugar, mediante la *actio doli*⁶¹. A nuestro juicio, se encuentran legitimados activamente el *bonorum possessor* o el heredero, puesto que son éstos quienes han sufrido el “engaño” del encargado de realizar el funeral, al apropiarse del dinero legado y no cumplir la carga impuesta por el testador. Por lo tanto, el designado debería devolver la suma legada a la herencia respondiendo, además, de los daños y perjuicios que hubiera causado⁶².

Sin embargo, en el supuesto de que sea una tercera persona la que hubiera realizado el funeral, entendemos que no podría accionar contra el encargado directamente con la *actio doli*; en primer lugar, porque aquél no habría sufrido ningún engaño por parte del designado testamentario y, en segundo lugar, porque tiene concedida la *actio funeraria* para obtener el reembolso de sus gastos y ello le vetaría para poder ejercitar la *actio doli* que, por ser subsidiaria, sólo puede utilizarse a falta de otros remedios jurídicos. Por lo tanto, el tercero debería dirigir la *actio funeraria* contra el heredero o poseedor de los bienes para recuperar el dinero gastado y tendrían que ser éstos quiénes, posteriormente, pudieran ejercitar la *actio doli* contra el designado testamentario⁶³.

⁶¹ La *actio doli* era una acción infamante y subsidiaria que no podía ser utilizada en caso de que existiera otro recurso jurídico a ejercitar D. 4, 3, 1, 1.- (*ULPIANUS libro XI ad Edictum*).- *Verba autem Edicti talia sunt: QUAE DOLO MALO FACTA ESSE DICENTUR, SI DE HIS REBUS ALIA ACTIO NON ERIT, ET IUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, IUDICIUM DABO*”. Respecto de esta acción, Vid. ALBANESE, “La sussidiarietà dell’ “actio de dolo”, en *Annali Palermo*, XXVIII, 1.961, pp. 1 y ss.; LONGO, “Sul regime giustiniano dell’ “actio de dolo”, en *Studi Zingali*, III, 1.965, pp. 459 y ss.; CARCATERA, “Dolus bonus/dolus malus”, *esegesi di D. 4, 3, 1, 2-3*”, *Nápoli*, 1.970; WACKE, “Sul concetto di “dolus” nell’ “actio de dolo”, en *IURA*, XXVIII, 1.977, pp. 10 y ss.

⁶² DE FRANCISCI (“*La legittimazione passiva nell’azione funeraria*”, *op. cit.*, p. 289) sostiene que con el reconocimiento de la *actio doli* Mela viene a colmar una laguna del sistema, puesto que, según él, en un principio el designado testamentario *nullam esse huius rei poenam*. No podemos compartir la opinión de DE FRANCISCI en cuanto a que el designado no tuviera obligación jurídica, puesto que las fuentes indican lo contrario en el caso de que el testador le hubiera legado una cantidad de dinero para hacer frente al sepelio.

⁶³ DE FRANCISCI (“*La legittimazione passiva nell’azione funeraria*”, *op. cit.*, p. 290) parece conceder legitimación pasiva al designado testamentario frente al tercero que lleva a cabo el funeral: “*secondo l’opinione di Mela, si potrà intentare contro di lui un’actio doli, o far luogo all’intervento straordinario del magistrato invocato da Ulpiano. Ma, qualunque sia stato il contegno del designato, se i funerali sono stati eseguiti da altri, egli sarà il legittimato passivamente nell’azione promossa da colui, che in sua vece ha provveduto al funus. Ciò risulta chiaramente e indubbiamente dall’ordine secondo il quale si svolge il commento di Ulpiano alla clausola edittale*”.

B) Mediante el procedimiento *extra ordinem* podría el pretor compeler al designado para que cumpliera la obligación de realizar el funeral y entierro; este procedimiento aparece en el texto expresado como opinión de ULPIANO. En este caso, también entendemos que legitimados para exigir el cumplimiento podrán serlo el *bonorum possessor* o el heredero, únicos que pueden entregar el legado a la persona designada para que éste cumpla con la voluntad del testador.

La doctrina, ante el silencio de las fuentes, ha discutido la posibilidad de que la responsabilidad del designado testamentario pueda exigirse mediante la *actio funeraria*. Algunos autores⁶⁴ no han admitido esa posibilidad porque entienden que legitimado pasivamente con esta acción sólo podían estarlo las personas que tuvieran en su poder la herencia. En contra se muestran otros autores⁶⁵, que sostienen que, originariamente, a los efectos de legitimación pasiva en la *actio funeraria*, se habría atendido a la relación que unía al difunto con la persona demandada, pudiendo ser demandada la persona encargada en testamento; sólo en épocas posteriores se legitimó pasivamente a las personas que tenían en su poder la herencia, puesto que sobre ésta pesaban las deudas contraídas en el entierro y funeral del causante.

A nuestro juicio, resulta más coherente la primera posición que sostiene que el designado testamentario no está legitimado pasivamente en la *actio funeraria*. En efecto, es cierto que podían ser demandados con la *actio funeraria* personas que no tuvieran en su poder el patrimonio del difunto⁶⁶, pero hay que advertir que éstas eran personas cuyo vínculo con él justificaba que se les pudiera exigir los gastos del funeral y entierro del difunto: ese vínculo consistía en que el fallecido hubiera estado sometido a su *potestas* en el momento del fallecimiento.

El designado testamentario no tenía que coincidir con la persona que ejercía la *potestas* sobre el difunto; podía incluso ser un tercero que ni siquiera fuera familiar de aquél. El sólo hecho de ser designado en testamento, a nuestro entender, no parece que sea vínculo suficiente para justificar la legitimación pasiva de éste en la *actio funeraria*. Además, como ya se ha indicado, resulta muy significativo que el heredero no tenga reconocida la *actio funeraria* contra el designado testamentario para resarcirse de los gastos de funeral; sólo podía obtener tales gastos mediante la *actio doli*, que únicamente se concedía si no existía otro medio jurídico para alcanzar tal fin. De haber podido el heredero exigir responsabilidades mediante la *actio funeraria*, que es la acción específica para ello, no habría necesidad de reconocer la *actio doli*.

⁶⁴ DONATUTI, "Actio funeraria", *op. cit.*, p. 64; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1.957, p. 497.

⁶⁵ PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*, *op. cit.*, p. 375; COSTA, *Storia del diritto romano...*, *op. cit.*, p. 377; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, *op. cit.*, p. 318; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1.949, p. 360; DE FRANCISCI, "La legittimazione passiva nell'azione funeraria", *op. cit.*, p. 290.

⁶⁶ Es el caso de D. 11, 7, 30, que permite que el *pater familias* sea demandado con la *actio funeraria* y deba afrontar los gastos del entierro de una *filia familias*, aunque la dote todavía no se halle en su poder. También pueden resultar demandados sin estar en posesión de la herencia el *paterfamilias* si fallece un *filius* carente de patrimonio o el patrono en caso de muerte de un esclavo suyo. Vid. D. 11, 7, 21 y D. 11, 7, 31, 1.

Tampoco se menciona en las fuentes la posibilidad de ejercitar la acción de enriquecimiento injusto contra el designado por el lucro obtenido en caso de que no realice el sepelio⁶⁷. A nuestro juicio, sería lógico que se concediera la acción a los herederos o poseedores de la herencia, bien en caso de que no pudieran utilizar la *actio doli*, bien si quedara algún remanente que no pudiera ser reclamado con dicha acción.

Examinado el tratamiento de la responsabilidad que las fuentes dispensan al designado testamentario, cabe preguntarse que ocurrirá en el caso de que exista sobrante tras realizar el funeral. El caso se encuentra resuelto en D. 31, 88 (90), 1: la cantidad que hubiere sobrado tras haber sufragado los gastos de sepelio deberá ser reintegrada a la herencia:

D. 31, 88 (90), 1.- (SCAEVOLA libro III. *Responsorum*).- “*A te peto, titi, fideique tuae committo, uti curam condendi corporis mei suscipias, et pro hoc tot aureos e medio praecipito*”; *quae-ro, an, si Lucius Titius minus, quam decem aureos erogaverit, reliqua summa heredibus proficiat. Respondi, secundum ea, quae proponerentur, heredum commodo proficere.*

La obligación impuesta al designado testamentario de devolver el sobrante ha suscitado dudas en cuanto a su configuración jurídica como un legado modal o como fideicomiso a favor del heredero⁶⁸. A nuestro juicio parece más adecuada la postura de FADDA⁶⁹, quién sostiene que nos encontramos ante un caso de legado modal, en el que la carga impuesta al legatario, esto es, realizar el sepelio del testador, absorbe cualquier ventaja económica para aquél⁷⁰. Teniendo en cuenta la naturaleza del legado y su configuración como *datum ob causam*, la obligación de devolver el sobrante al heredero resulta inevitable: una vez que se ha cumplido con la carga impuesta por el testador, nada justifica la permanencia del dinero en manos del legatario⁷¹.

⁶⁷ D. 4, 3, 28.- (GAIUS libro IV ad Edictum provinciale).- ...*Cui conveniens est, ut et in ipso, qui dolo commiserit, in id, quod locupletior esset, perpetuo danda sit in factum actio.*

⁶⁸ FERRINI (*Teoria generale dei legati e dei fideicommissi*, Milano, 1.889, p. 64), recurre a la figura del fideicomiso a cargo de Ticio y a favor del heredero para explicar el hecho de que el sobrante no revierta en beneficio de aquél. FADDA (*Concetti fondamentali di diritto ereditario...*, parte prima, op. cit., p. 81), entiende que se trata de un legado sujeto a modo, en el que la disposición de dinero tiene como fin exclusivo la ejecución del modo y por ello no existe razón alguna para que el sobrante lucre al legatario: “*Gli è come un datum ob causam, che non ha ragione di rimanere presso il legatario se non in quanto sussiste la causa, ed entro i limiti di essa*”. Sin embargo, DE FRANCISCI (“*La legittimazione passiva nell’azione funeraria*”, op. cit., p. 290), sin embargo, opina que se trata de una donación *mortis causa*.

⁶⁹ FADDA, *Concetti fondamentali di diritto ereditario...*, parte prima, op. cit., p. 81.

⁷⁰ La posibilidad de ordenar legados donde la imposición de una carga absorba el valor de éste, no suponiendo un enriquecimiento del legatario, parece que fue admitida en derecho clásico, si bien es cierto que la discusión doctrinal en cuanto a si la liberalidad del legatario es o no un elemento esencial en los legados no se encuentra resuelta, por la confusión entre legados y fideicomisos que aparece en las fuentes. A tal respecto, vid. FADDA, *Concetti fondamentali di diritto ereditario*, op. cit., parte prima, pp. 81 y 82; MESSINA, *L’elemento della liberalità*, Palermo, 1.914; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. FADDA e BENSÀ, Torino, 1.925, pp. 623 y ss.; BETTI, “*Legato e liberalità*”, en *Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile*, IX, 1.955, pp. 632 y ss.; GROSSO, *I legati nel diritto romano, Parte generale*, Torino, 1.962.

⁷¹ Un caso parecido de legado modal, en el que la carga fideicomisaria impuesta al legatario absorbe toda la ventaja económica de éste, se encuentra en D. 35, 1, 40 (39), 5.- (JAVOLENUS libro II ex Posterioribus Labeonis).- *Thermus Minor, quorum arbitrato monumentum sibi fieri vellet, [...]*

Por lo tanto, parece claro que el designado en testamento no sólo tiene que cumplir con el encargo –jurídicamente exigible– de llevar a cabo el sepelio del testador, sino que, una vez efectuado, estará obligado a rendir cuentas al heredero, debiendo reintegrar a la herencia el sobrante, si lo hubiera.

III. RESPONSABILIDAD EN CASO DE CARENCIA O INSUFICIENCIA DE PATRIMONIO HEREDITARIO O DOTAL.

Se ha visto como la regla general de *suo expedit mortuos funerari* rige en todos los supuestos en los que el causante dejaba patrimonio propio: herencia, peculio o dote. Cabe preguntarse a continuación que ocurrirá en el caso de que el difunto carezca de patrimonio o tales bienes sean insuficientes para hacer frente a las deudas de sepelio.

En general, cabe afirmar que, si el causante era un *sui iuris*, serán los herederos quienes deban hacer frente a las deudas de funeral, como ocurriría con cualquier otra deuda hereditaria; si el fallecimiento era de un *alieni iuris*, responderá la persona *in cuius potestate fuerit*: el patrono que había ejercitado la *dominica potestas*⁷² sobre el esclavo y el *paterfamilias* al que estaban sometidos el *filiusfamilia* o *filiafamilia* sin emancipar⁷³. Ello resulta lógico si tenemos en cuenta que quién ejerce la *potestas sobre el alieni iuris* era el beneficiado por la actividad comercial que hubiera desplegado en vida⁷⁴; por lo tanto, es justo que a su muerte, se ocupe de llevar a cabo su entierro⁷⁵.

[...] *testamento scripserat, deinde ita legaverat: "Luciis, Publiis, Corneliis, ad monumentum meum aedificandum mille heres meus dato"; Trebatius respondit, pro eo habendum, ac si ita legatum esset, si satisdedissent, se ita id monumentum ex ea pecunia facturos. Labeo Trebatii sententiam probat, quia haec mens testantis fuisset, ut ea pecunia in monumentum consumeretur; idem et ego, el Proculus probamus.* La disposición modal constituye el fin exclusivo de la disposición del dinero, esto es, la atribución patrimonial del legatario trae su causa única en la ejecución total del modo, que en este caso lo constituye la realización de un monumento para el testador. En consecuencia, la suma legada debe ser íntegramente empleada en levantar el monumento.

⁷² En el supuesto de que el esclavo hubiere sido objeto de venta y falleciera sin culpa del vendedor cuando todavía no se hubiere realizado la entrega, el riesgo recae sobre el comprador y, por tanto, el vendedor podrá repetir los gastos ocasionados por el entierro del esclavo mediante la acción de venta. A este respecto, vid. D. 19, 1, 13, 22.- (*ULPIANUS libro XXXII ad Edictum*).- ...*Hoc amplius Labeo ait, et si quid in funus mortui servi impensam sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditorismortem obierit.*

⁷³ D. 15, 3, 19.- (*PAULUS libro IV. Quaestionum*).- ...*funus enim filii aes alienum patris est... negotium hoc, id est sepulturam et funus filii, patris esse aes alienum, non filii...* Vid. también *Paul. Sent. I, 21, 10.*

⁷⁴ Los derechos patrimoniales sólo podían ser titularidad del *paterfamilias*, ya que se consideraba incapaz al hijo para ser titular tanto de bienes como de derechos. D. 41, 1, 10, 1.- (*GAIUS libro II. Institutionum*).-...*qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest...* Vid. a este respecto VALIÑO, "La capacidad de las personas "in potestate" en Derecho romano", en *Revista de Derecho Notarial*, 47-48, 1.967, pp. 9 y ss.

⁷⁵ Además, puesto que el *alieni iuris* carece de patrimonio propio, el patrono o *paterfamilias* es quién tiene obligación de atender los gastos originados por su manutención; por ello, resulta lógico pensar que también deberá hacer frente a los gastos que se ocasionen con su entierro. Respecto a la obligación del *paterfamilias* de prestar alimentos a los hijos, vid. LANFRANCHI, "Ius exponendi" e obbligo alimentare nell diritto romano-classico", en *SDHI*, VI, 1.940, pp. 5 y ss.; TAUBENSCHLAG, "Die Alimentationspflicht im Rechte der Papyri", en *Studi Riccobono*, I, pp. 508 y ss.; DECLAREUIL, "Paternité et filiation légitimes. Contribution à l'histoire de la famille légale à Rome", en *Mélanges Girard*, I, pp. 333 y ss.; LONGO, "Sul diritto agli alimenti", en *Annali Macerata*, XVII, 1.948, pp. 215 y ss.

La responsabilidad del *pater familias* no era la misma si el *filius* carecía totalmente de patrimonio que si dejaba peculio; en el primer caso, era el único responsable mientras que en el segundo la responsabilidad era subsidiaria: *successores eius ante teneri, sic deinde ad patrem veniri*, quedando obligado sólo por el montante que no se pudo sufragar con el peculio.

Las fuentes no establecen nada respecto al caso de que la dote de una mujer casada *cum manu* no resultara suficiente para costear el funeral. No obstante, a nuestro juicio, resultaría lógico pensar que la obligación de realizar el sepelio recayera sobre el marido porque, al haber mediado *conventio in manu*, la mujer habría roto todos sus vínculos con su familia originaria, pasando a situarse bajo la *potestas* del marido *loco filiae*. Además, D. 11, 7, 28, *pr.* establece que si una mujer sin emancipar y casada *sine manu* fallece sin dote y el padre es insolvente la responsabilidad del funeral recaerá sobre el marido; por tanto, con mayor motivo responderá en caso de matrimonio *cum manu*, en el que la mujer está bajo su potestad marital.

La solución es distinta cuando la mujer está casada *sine manu* y no está emancipada, puesto que en este caso los vínculos con el *pater* no se han roto. Si no existe dote o ésta resulta insuficiente, será el *paterfamilias* quién deberá llevar a buen fin el entierro de la hija, al encontrarse ésta bajo su *patria potestas* y no bajo la del marido. Por el contrario, si la mujer está emancipada responderán los herederos. A este respecto D. 11, 7, 28 recoge un supuesto muy interesante en el que se plantea sobre quién recae la obligación de sepelio en el caso de una mujer casada *sine manu* que no deja ni herederos ni dote:

D. 11, 7, 28.- (POMPONIVS libro XV ad Sabinum).- *Quod si nulla dos esset... Atilicinus ait, aut heredes eius mulieris, puta emancipatae... Quodsi neque heredes habeant... maritum, in quantum facere potest, pro hoc conveniri, ne iniuria eius videretur, quondam uxorem eius insepultam relinqui.*

El texto concluye con una solución irregular: la responsabilidad corresponderá al marido *pro hoc conveniri, ne iniuria eius videretur, quondam uxorem eius insepultam relinqui*, si bien se le concede el *beneficium competentiae*, por lo que sólo podrá ser condenado *in quantum facere potest*.

DE FRANCISCI⁷⁶, seguido por DONATUTI⁷⁷, pone de manifiesto la contradicción existente entre el reconocimiento de legitimación pasiva al marido en la *actio funeraria* y los principios vigentes en derecho clásico, que permitía demandar al marido sólo si era heredero de la mujer, se encontraba en poder de la dote o había ejercitado la *potestas* sobre ella. Puesto que en este caso ninguno de los tres supuestos aludidos se daba, los autores citados sostienen que la última parte del texto se

⁷⁶ DE FRANCISCI, "La legittimazione passiva nell'actio funeraria", op. cit., p. 321.

⁷⁷ DONATUTI, "Actio funeraria", op. cit., p. 70.

encuentra interpolada⁷⁸, no siendo válida la conclusión que contiene el mismo para el derecho clásico, sino sólo para el justiniano.

A nuestro juicio, es cierto que el marido sólo podía ser demandado con la *actio funeraria* en los casos citados por DONATUTI y DE FRANCISCI como también es cierto que en esta ocasión el marido ni era heredero de la mujer, ni se encontraba en poder de la dote ni estaba ejercitando la *potestas* sobre ella, al no haber mediado en el matrimonio *conventio in manu*; pero aún así, a nuestro entender, la responsabilidad del marido sí podría tener cabida en esta época. En efecto, se debe tener en cuenta que en el texto se plantea un caso extremo: si se tratara de una *filiafamilias* sin emancipar, el *paterfamilias* sería el obligado; si se tratara de una mujer casada *cum manu*, el obligado sería el marido; pero en este supuesto, la mujer está emancipada y casada *sine manu*, por lo que nadie se encuentra ejercitando la *potestas* sobre ella en el momento del fallecimiento y, en principio, no recaería sobre ninguna persona la obligación de sepultarla. No obstante, no hay que olvidar que en el fragmento es un tercero el que lleva a cabo el sepelio y resultaría injusto que éste no pudiera recuperar el desembolso efectuado.

Por lo tanto, en este caso con características tan especiales —mujer emancipada, sin dote y sin herederos, que es enterrada por un tercero— no resulta ilógico pensar en el marido como el más indicado para responder frente al tercero, puesto que, al fin y al cabo, es la persona con el que la mujer tendría más vínculos en el momento del fallecimiento, ya que el padre habría roto cualquier lazo familiar en su día por el acto de la emancipación. Por ello, a nuestro juicio, el texto sí podría tener sentido en derecho clásico, al tratarse de un caso muy concreto, en el que razones de equidad y justicia prevalecen frente a los principios vigentes en ese derecho.

⁷⁸ Aparte de la consideración de que marido no podía ser demandado salvo que ganara la dote, fuera heredero de la mujer o se hubiera celebrado matrimonio *cum manu* DE FRANCISCI (“*La legittimazione passiva nell’actio funeraria*”, *op. cit.*, p. 321) basa su sospecha en cuanto a que el texto está interpolado en la falta de concordancia entre el principio del texto y su parte *in fine*: en la primera parte, se hace recaer la obligación de sepultar a la mujer en el *paterfamilias*, si la mujer era una *filiafamilias*, o en los herederos, si era emancipada, estableciendo una responsabilidad alternativa según los casos; sin embargo, en la parte *in fine*, el padre aparece como obligado subsidiario en caso de que la mujer estuviera emancipada y careciera de herederos; esto es, el padre de la mujer emancipada también estaría obligado a efectuar su funeral. Según DE FRANCISCI, esto último está en contra de los principios vigentes en derecho clásico, donde el *paterfamilias* sólo tenía obligación de hacer frente al funeral de la mujer en caso de que hubiera ejercido la *patria potestas* sobre ella en el momento del fallecimiento o el matrimonio se hubiera celebrado *sine manu*. Por otro lado, el autor considera que la motivación que se ofrece en el texto para justificar la legitimación pasiva del marido —*pro hoc conveniri, ne iniuria eius videretur, quondam uxorem eius insepultam relinqui*— carece de sentido: si un tercero ejercitara la *actio funeraria* contra el marido reclamando los gastos es porque la mujer ya ha sido enterrada. En nuestra opinión, sin embargo, sí cabría armonizar las dos partes del texto; en efecto, en la primera parte se fija el responsable del funeral en caso normal: el *pater* si es una *filiafamilias* y los herederos si está emancipada. La segunda parte del texto lo único que realiza es fijar la responsabilidad del marido en caso de que el *paterfamilias* no sea solvente o la emancipada no tenga herederos. Según DE FRANCISCI el fragmento establece la responsabilidad del *pater* también en el supuesto de que la hija se encuentre emancipada; sin embargo, entendemos que cuando el texto establece la responsabilidad del marido manifestando *neque heredes habeant, neque pater solvendo sit* se está refiriendo, respectivamente, al caso de la emancipada que no tiene herederos y a la *filiafamilias*, cuando el *pater* es insolvente, y no sólo a la primera, como sostiene DE FRANCISCI.

IV. FUNERAL REALIZADO POR UN TERCERO: LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS GASTOS REALIZADOS.-

Se ha visto que la persona obligada a llevar a cabo el funeral y entierro de un difunto no siempre es el heredero: el designado en testamento, el *paterfamilias* o el marido también pueden estar obligados según los casos. Si el funeral lo realizan las personas obligadas parece claro que responderán sin límite en cuanto a las deudas que se hayan contraído⁷⁹. Ahora bien, cabe preguntarse que ocurrirá si la persona obligada incumple y es un tercero quién se encarga de llevar a cabo el sepelio⁸⁰.

Es lógico pensar que el tercero pueda obtener el reembolso de los gastos que hubiera tenido en la ejecución del funeral. Y, en efecto, con esa finalidad y atendiendo a intereses públicos⁸¹, el pretor crea la *actio funeraria: actio in factum*⁸², subsidiaria⁸³, perpetua, transmisible a los herederos⁸⁴ y perteneciente al grupo de las *actiones in bonum et aequum conceptae*⁸⁵:

D. 11, 7, 12, 2.- (*ULPIANUS libro XXV ad Edictum*).- *Praetor ait: quod funeris causa sumptus factus erit, eius recipiendi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo.*

⁷⁹ Tal y como sostiene FADDA (*Diritto ereditario romano, parte seconda, op. cit.*, p. 335), refiriéndose a la responsabilidad del heredero, si es él quién se ocupa personalmente de llevar a cabo el funeral del *de cuius*, responderá ilimitadamente de todos los gastos que se hayan originado, puesto que ha sido él el que ha concluido los contratos y ha adquirido las deudas. Por lo tanto, el obligado responderá no sólo con los bienes dejados por el causante, sino con los suyos propios y los terceros tendrán derecho a exigir de él todas las deudas que se hayan originado.

⁸⁰ D. 11, 7, 4.- (*ULPIANUS libro XXV ad Edictum*).- *...plerumque enim defuncti ante sepeliuntur, quam quis heres iis extet...* Al parecer, lo común era que el heredero no realizara el sepelio, bien porque se llevaba a cabo antes de que el heredero hubiera adquirido tal posición, bien porque éste se encontrara ausente, bien porque no pareciera que el *delatus* había adido tácitamente la herencia.

⁸¹ D. 11, 7, 12, 3.- (*ULPIANUS libro XXV ad Edictum*).- *Hoc Edictum iusta ex causa propositum est, ut qui funeravit, persequatur id, quod impendit; sic enim fieri, ne insepulta corpora iacerent, neve quis de alieno funeretur.*

⁸² BUCKLAND, *A text-book of roman law, op. cit.*, p. 540; GARCIA GARRIDO, *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 254.

⁸³ Si la persona puede recuperar los gastos utilizando otro medio jurídico, no podrá utilizar la *actio funeraria*. En el supuesto de que existan varios coherederos y sea uno de ellos quién lleve a cabo el funeral del causante, en virtud de D. 11, 7, 14, 12, podrá ejercitar la *actio familiae erciscundae* para obtener el reembolso de los gastos que excedan de lo que a él le correspondía, deduciendo de las cuotas del resto de herederos los gastos proporcionalmente. Por otro lado, en caso de que no sea un coheredero, sino un tercero extraño quién lleve a cabo el funeral por mandato del heredero o de otra persona, la acción para obtener el reembolso de los gastos será la *actio mandati*, que podrá ejercitar contra el mandante como consta en D. 11, 7, 14, 15. Por otro lado, en caso de fallecimiento de una mujer que deja dote profecticia, el *paterfamilias* podrá obtener del marido el reembolso de los gastos de funeral mediante la *actio* de dote. En contra de la subsidiariedad de la *actio funeraria* en derecho clásico, vid. DONATUTI, “*Actio funeraria*”, *op. cit.*, pp. 49 a 52.

⁸⁴ DONATUTI, “*Actio funeraria*”, *op. cit.*, p. 50.

⁸⁵ La reconstrucción de la fórmula estudiada por LENEL (*Das Edictum Perpetuum, Leipzig, 1.927, reimpr. 1.956, pp. 223 a 225*) contiene una *intentio in ius aequum: Quod Aulus Agerius in funus Lucii Titti sumptum fecit, qua de re agitur, quantae pecuniae aequum iudici videbitur Numerium Negidium ei eo nomine condemnari, tantae pecuniae iudex Numerium Negidium Aulo Agerius condemna, si non paret absolvito.*

El edicto de *Sumptibus Funerum* concede la *actio funeraria* a todo aquél que lleve a cabo el sepelio de un cadáver *alienum* concurriendo el *animus alieni negotii gerendi*, esto es, sabiendo que es una obligación que incumbe a otra persona y con la intención de obtener posteriormente el reembolso de los gastos efectuados⁸⁶. Las personas que pueden ser demandadas con la *actio funeraria* se mencionan también en el edicto: el tercero podrá ejercitar la *actio funeraria* contra quiénes “*ea res pertinet*”.

Como señala DE FRANCISCI⁸⁷, la imprecisión con la que se pretende designar a los demandados es buscada conscientemente por el pretor para evitar posibles limitaciones. Se quiere dejar el desarrollo de esta materia a la labor jurisprudencial: los juristas deberán fijar las personas contra quiénes se podrá dirigir la *actio funeraria* en cada caso concreto, y en función de las circunstancias específicas que concurren⁸⁸.

⁸⁶ Para que se conceda la *actio funeraria* y el tercero pueda obtener el reembolso de los gastos, deben concurrir una serie de requisitos: A) Que se trate de un cadáver *alienum*, esto es, que el funeral y entierro del causante no sea una carga que incumba a la persona que lo ha llevado a cabo. B) Que el entierro se realice de forma espontánea, es decir, que no se haya llevado a cabo por mandato del heredero o de un tercero. C) Que concorra el *animus alieni negotii gerendi*, esto es que no realice el funeral *pietatis causa*. E) Que el tercero no tenga otra acción con la que reclamar los gastos efectuados. F) Que los funerales se hayan efectuado antes de que el heredero adquiriera la herencia, puesto que de nos ser así, el tercero tendría la *actio negotiorum gestorum* y no la *actio funeraria*. Respecto a las discusiones existentes en torno a la exigencia o no de estos requisitos, vid. DONATUTI (“*Actio funeraria*”, *op. cit.*, pp. 53 y ss.) donde se exponen las distintas posiciones doctrinales que ha habido en torno a los requisitos exigidos para la concesión de la *actio funeraria*. Vid. también D. 11, 7, 12, 2; D. 11, 7, 12, 7 a 12 y D. 11, 7, 14, 15.

⁸⁷ DE FRANCISCI, “*La legittimazione passiva nell’azione funeraria*”, *op. cit.*, p. 286.

⁸⁸ DE FRANCISCI, (“*Legittimazione passiva nell’azione funeraria*”, *op. cit.*, p. 308 y ss.), sostiene que el único legitimado con la *actio funeraria* en un principio era el heredero, bien testamentario bien *ab intestato*, según la clase de herencia. Según el autor, el *heres* es el nuevo jefe de familia y como tal tiene la obligación religiosa de celebrar los ritos funerarios; el derecho no hace más que aplicar un principio fijado en las costumbres familiares, legitimando pasivamente en la *actio funeraria* al *heres*. Posteriormente, con la fusión entre la *hereditas* y la *bonorum possessio*, también se legitimará al *bonorum possessor*, pero no porque tenga en su poder la herencia, según DE FRANCISCI, sino porque es equiparado al heredero civil y, por tanto, tiene que cumplir con todos los deberes que incumben a éste, incluido el de dar sepultura al difunto. DE FRANCISCI también legitima pasivamente al designado en testamento frente al tercero que realice el funeral a que él está obligado. A nuestro juicio, el tercero podía recuperar el gasto ejercitando la *actio funeraria* contra las siguientes personas: A) El heredero —*ab intestato* o testamentario— o el *bonorum possessor*, si el fallecimiento era de un *sui iuris*: D. 11, 7, 14, 17.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *Datur autem haec actio adversus eos, ad quos funus pertinet, utputa adversus heredem bonorumve possessorem ceterosque successores*. B) Si el fallecimiento es de un *alieni iuris*, contra la persona *in cuius in potestate fuerit*: D. 11, 7, 31, 1.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *Qui servum alienum vel ancillam sepelivit, habet adversus dominum funerariam actionem*; D. 11, 7, 21.- (PAULUS libro XXVII ad Edictum).- *In patrem, cuius in potestate fuerit is, cuius funus factum erit, competit funeraria actio pro dignitate facultatibus*; Paul. Sent. I, 21, 10.- *Qui alienum mortuum sepelierit, si in funus eius aliquid impenderit, recipere id ab herede vel a patre vel a domino potest*. C) Contra el marido o *paterfamilias*, si se trataba de una mujer casada: D. 11, 7, 16.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *In eum, ad quem dotis nomine quid pervenerit, dat Praetor funerariam actionem...* En este caso, si el marido debía restituir la dote, *sed si nondum pater dotem recuperaverit, vir solus convenietur reputaturus patri*, aunque *reddita dote patrem obligatum habet*: D. 11, 7, 14, 17.- (PAPINIANUS libro III. Responsorum).- *sed si nondum pater dotem recuperaverit, vir solus convenietur reputaturus patri, quod eo nomine praestiterit*; D. 11, 7, 29, 1.- (GAIUS libro XIX ad Edictum provinciale).- *Is qui, filiamfamilias funeravit, antequam dos patri reddatur, cum marito recte agit; reddita dote patrem obligatorum habet. Utique autem, si cum marito actum fuerit, is eo minus patri mulieris restitutus est*; Respecto del marido le concede la posibilidad de responderá hasta el límite de sus posibilidades económicas, ya que tiene concedido el *beneficium competentiae*: D. 11, 7, 27, 2.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *Praetera maritum puto funeraria in id demum teneri, quod facere potest; id enim lucrari videtur, quod praestaret mulieri, si conveniretur*.

No obstante, la concesión de esta acción no significa que el tercero pudiera repetir los gastos del sepelio en todos los casos ni que pudiera recuperar la totalidad del dinero desembolsado. A este respecto las fuentes señalan una serie de límites:

- A) Sólo se pueden recuperar los gastos realizados *funeris causa*, esto es, *sine quo funus duci non possit*⁸⁹. A pesar de que en las fuentes no existe una enumeración taxativa de estos gastos, si se pueden citar diversos ejemplos que se mencionan en los textos y que son considerados gastos de sepelio:
- √ El pago efectuado para la adquisición⁹⁰, preparación o mejora⁹¹ del terreno en el que va a ser enterrado o inhumado el difunto.
 - √ Los gastos sufragados con ocasión del traslado del cuerpo⁹², si el difunto hubiera fallecido en un sitio alejado del lugar del entierro.
 - √ El pago de tasas o impuestos⁹³ que gravaran la adquisición del terreno para el sepelio, el traslado del cuerpo al lugar del entierro⁹⁴, etc...
 - √ También se recuperarían los gastos conceptuados como *corporis causa*, esto es, los originados con motivo de la conservación y preparación del cuerpo⁹⁵, vestido, custodia o depósito del mismo⁹⁶.
 - √ Igualmente, son considerados gastos de sepelio el realizado por la adquisición o mejora del sarcófago⁹⁷ y las construcciones levantadas que tengan como función la protección del sepulcro⁹⁸.

También recogen las fuentes algunos desembolsos que *sumtus funeris causa non esse*: no se podrán recuperar los gastos de última enfermedad⁹⁹, los

⁸⁹ D. 11, 7, 14, 3.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *Funeris causa sumtus factus videtur is demum, qui ideo fit, ut funus ducatur, sine quo funus duci non possit...*

⁹⁰ D. 11, 7, 37, pr.- (MACER libro I ad vicesimam hereditatum).- *Funeris sumtus accipitur...et pretium loci, in quo defunctus humatus est...*

⁹¹ D. 11, 7, 14, 3.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *...Sed et si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferretur, funeris causa videri impensum Labeo scribit, quia necessario locus paratur, in quo corpus conditur.*

⁹² D. 11, 7, 14, 4.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *Impensa peregre mortui, quae facta est, ut corpus perferretur, funeris est, licet nondum homo funeretur...* Vid. también D. 11, 7, 14, 3 y D. 11, 7, 37, pr.-

⁹³ D. 11, 7, 14, 3.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *...et si quae vectigalia sunt...*

⁹⁴ La tasa por traslado del cadáver aparece derogada en C. 3, 44, 15.- (Epítome graec. const. ex Bas.).- *In nullo quopiam loco vectigal ab aliqua persona pro corporibus ex uno in alium locum translatis praestetur.*

⁹⁵ D. 11, 7, 37, pr.- (MACER libro I ad vicesimam hereditatum).- *Funeris sumtus accipitur, quidquid corporis causa, veluti unguentorum, erogatum est...* Vid. también D. 15, 3, 7, 3.- (ULPIANUS libro XXIX ad Edictum).- *Illud plane verum est, quo Labeo scribit, si odores et unguenta servus emerit, et ad funus erogaverit, quod ad dominum suum pertinebat, videri in rem domini versum.*

⁹⁶ D. 11, 7, 14, 4.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *...Idemque, et si quid ad corpus custodiendum, vel etiam commendandum factum sit, vel si quid in marmor, vel vestem collocandam.*

⁹⁷ D. 11, 7, 14, 4 y D. 11, 7, 37, pr.

⁹⁸ Estos monumentos se encuentran definidos en un rescripto de Adriano contenido en D. 11, 7, 37, 1.- (MACER libro I ad vicesimam hereditatum).- *Monumentum autem sepulcri id esse, Divus Hadrianus rescripsit, quod monumenti, id est causa muniendi eius loci factum sit, in quo corpus impositum sit.*

⁹⁹ Los gastos que se hubieren tenido por causa de la enfermedad contraída antes de morir no son *funeris causa*, puesto que aparecen claramente separados de éstos en los textos. C. 3, 31, 4.- (Imp. ANTONINUS A. VITALIANO).- *In restituenta hereditate compensatio eius inducitur quod te in mortui infirmitatem inque sumtum funeris bona fide ex proprio tuo patrimonio erogasse probaveris.* En el mismo sentido, C. 3, 44, 3.- (Imp. ALEXANDER A. RIMO).- *Legatum a defuncto tibi relictum, et quod in funus vel mortuum eius erogasse te boni viri arbitrato probaveris, praeses provinciae solvi tibi iubebit.*

superfluos¹⁰⁰ o aquellos cuya única función sea adornar el cuerpo¹⁰¹ o el monumento *in quo corpus impositum sit*¹⁰².

- B) El funeral se deberá haber llevado a cabo adecuándose a la dignidad o facultades del difunto¹⁰³, a las circunstancias de tiempo y lugar y a la buena fé¹⁰⁴. Queda excluido cualquier gasto inmoderado que se hubiera realizado *sine causa*, esto es, que hubiera sobrepasado la dignidad de la persona fallecida¹⁰⁵: el obligado no responderá aún en el supuesto de que el propio testador hubiera ordenado el gasto: D. 11, 7, 14, 6 dispone que, en este caso, no se cumpla la voluntad del difunto¹⁰⁶:

D. 11, 7, 14, 6.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *Quid ergo, si ex voluntate testatoris impensum est? Sciendum est, nec voluntatem sequendam, si res egrediatur iustam sumtus rationem, pro modo autem facultatum sumtum fieri.*

Puesto que la *actio funeraria* pertenece al grupo de las *actiones in bonum et aequum conceptae* la reclamación de los gastos de funeral que el tercero dirija contra el obligado deberá atemperarse a las limitaciones indicadas. La fijación de los gastos que deben reembolsarse corresponde al Juez aplicando el criterio del *aequum et bonum*; por lo tanto, si el tercero ha sobrepasado los límites, realizando gastos excesivos o innecesarios, el Juez deberá reducir la condena en la medida que considere adecuada según su prudente arbitrio.

- C) El tercero no debía realizar el funeral *pietatis gratia*, ya que ésta excluía la posibilidad de ejercitar la *actio funeraria*. Actuar *pietatis gratia* significa, según D. 11, 7, 14, 7, llevar a cabo el sepelio *non hoc animo, quasi recepturus sumtum*:

D. 11, 7, 14, 7.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *Sed interdum is, qui sumtum in funus fecit, sumtum non recipit, si pietatis gratia fecit, non hoc animo, quasi recepturus sumtum, quem fecit; et ita Imperator noster rescripsit.*

¹⁰⁰ D. 11, 7, 37, 1.- (MACER libro I ad vicesimam hereditatum).- *...Itaque si amplum quid aedificari testator iusserit, veluti in circum porticationes, eos sumtus funeris causa non esse.*

¹⁰¹ D. 11, 7, 14, 5.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *Non autem oportet ornamenta cum corporibus condi, nec quid aliud huiusmodi, quod homines simpliciores faciunt.*

¹⁰² La tabla X de la ley de las XII Tablas ya disponía que no se añadiera oro al cadáver ni se utilizaran ungüentos de mirra o utilizar grandes coronas. Incluso disponía que se redujera la suntuosidad del duelo, se suprimieran los lamentos fúnebres y se prohibieran las plañideras de las mujeres en el funeral. Vid. Ciceron, *de legibus*, II, 2, .23, 59; II, 24, 60; II, 25, 64.

¹⁰³ D. 11, 7, 12, 5.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *Sumtus funeris arbitrantur pro facultatibus, vel dignitate defuncti.*

¹⁰⁴ D. 11, 7, 14, 6.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *...continet autem funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumtuuum. Aequum autem accipitur ex dignitate eius, qui funeratus est, ex causa, ex tempore, et ex bona fide...*

¹⁰⁵ D. 11, 7, 14, 6.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *...ut neque plus imputetur sumtus nomine, quam factum est, neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est; debet enim haberi ratio facultatum eius, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur.*

¹⁰⁶ D. 30, 113, 5.- (MARCIANUS libro VII Institutionum).- *Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam, veluti vestes, aut si qua alia supervacua ut in funus impendandur, non valere, Papinianus libro tertio Responsorum scribit.*

La *pietatis gratia* se refiere al *animus* o intención con la que realiza la gestión: proveer el funeral de un cadáver *alienum* no es suficiente, debe llevarse a cabo con el *animus alieni negotii gerendi*, esto es, sabiendo que se está obligado y, por tanto, con la pretensión de recuperar los gastos que se produzcan. La *pietas* nada tiene que ver con la humanidad, la caridad o el ánimo compasivo del tercero; tales motivaciones son compatibles con el ejercicio posterior de la *actio funeraria*:

D. 11, 7, 14, 7.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *Potest tamen distingui et misericordiae modus, ut in hoc fuerit misericors vel pius, qui funeravit, ut eum sepliret, ne insepultus iaceret, non etiam, ut suo sumtu fecerit; quod si iudici liqueat, non debet eum, qui convenitur, absolvere; qui is enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat? Oportebit igitur testari quem, quo animo funerat, ne postea patiatur questionem.*

El fragmento recoge un rescripto en el que se establece la necesidad de que el juez examine e indague acerca del *animus* de *qui funus fecit*: si lo realiza *pietatis gratia*, *sumtum non recipit*, ya que no lo ha llevado a cabo con intención de recobrar el gasto. Continúa el texto poniendo de manifiesto una afirmación evidente: toda persona que entierra un cadáver *alienum* lo efectúa por motivos piadosos, humanos o morales; sin embargo, pese a que esta *pietas* no es la que excluye el ejercicio de la *actio funeraria*, concluye que para evitar confusiones se hace necesario que el tercero atestigüe *quo animo funerat*.

Si la *pietas* a la que alude el texto no tiene repercusiones jurídicas, cabe preguntarse por qué razón se establece la necesidad de la *testatio* del *animus* y la posterior indagación del juez. La explicación la ha ofrecido DE FRANCISCI¹⁰⁷; como manifiesta el autor, la noción de *pietas* aparece bastante clara en derecho clásico pero, posteriormente, se oscurece por la influencia de la doctrina cristiana que entiende la *pietas* como un sentimiento de humanidad y misericordia. Esta concepción cristiana se confunde, según DE FRANCISCI, con la *pietas* que excluye la *actio funeraria* relativa a la intención de no repetir los gastos del sepelio y de ahí que se exija la *testatio* del *animus* para que no haya lugar a dudas acerca la intención con la que actúa el tercero.

A nuestro juicio, el cambio de concepción indicado no significa que en derecho justiniano se produzca una transformación de la noción de *pietas*: actuar *pietatis gratia* continua siendo jurídicamente llevar a cabo el entierro con la intención de no recuperar los gastos posteriormente. No obstante, ese cambio conceptual si trae consigo una inversión en la presunción inicial de la *pietatis gratia*: ahora se presume

¹⁰⁷ DE FRANCISCI, “La legittimazione passiva nell’actio funeraria”, op. cit., p. 14 y ss. El autor llega a la conclusión de que en derecho clásico el elemento subjetivo requerido en la *actio funeraria* está constituido por la persuasión del tercero de realizar un funeral que no le incumbe, presumiéndose que la persona no actúa *pietatis gratia*. Por lo tanto, la *actio funeraria* se concedería siempre, salvo los casos en que se probara la concurrencia de *pietatis causa*. Sin embargo, en el periodo justiniano, las concepciones cristianas respecto a que todo hombre tiene una tendencia natural derivada de Dios a actuar por piedad y misericordia con los demás, lleva a los compiladores a presuponer que cuando una persona entierra un cadáver lo realiza *pietatis causa*. La *pietas*, por tanto, siempre se presume y de ahí que se exija la *testatio* del *animus* y también que se ordene al Juez que indague acerca de la voluntad del tercero. Según DE FRANCISCI “per la considerazione che sempre si tratta di un atto di religiosa pietà, si viene a sotto porre l’essercizio dell’azione ad una serie di condizioni, la cui valutazione è lasciata all’arbitrio del giudice”.

siempre su existencia, puesto que se entiende que todos los hombres actúan movidos por piedad al enterrar un cadáver *alienum*. Esta inversión de la presunción obliga a tomar una serie de precauciones¹⁰⁸. A tal fin, en derecho justiniano se exigirá, en primer lugar, la *testatio*, esto es, que el tercero atestigüe el *animus* con el que realiza el entierro y, en segundo lugar, que el Juez indague acerca del *animus* con que se ha efectuado la gestión¹⁰⁹.

D) Al menos para el derecho justiniano, el tercero no debía llevar a cabo el sepelio en contra de la voluntad del obligado:

D. 11, 7, 14, 13.- *Idem Labeo ait, si prohibente herede funeraveris testatorem, ex causa competere tibi funerariam; quid enim, si filium testatoris heres eius prohibuit? Huic contradici potest: ergo pietatis gratia funerasti; sed pone me testatum, habiturum me funerariam actionem; de suo enim expedit mortuos funerari, et quid, si testator quidem funus mihi mandavit, heres prohibet, ego tamen nihilominus funeravi? Nonne aequum est, mihi funerariam competere? Et generaliter puto, iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, quum hoc ei et actionis natura indulget.*

En el fragmento se plantea la cuestión de si el tercero podría solicitar el reembolso de los gastos de funeral mediante la *actio funeraria* en caso de que lo llevara a cabo contra la prohibición del heredero o si, por el contrario, tendría vetada tal posi-

¹⁰⁸ Un supuesto en el que se pone de manifiesto la confusión que origina la nueva concepción de *pietas* y la exigencia de *testatio* en derecho justiniano es el contenido en D. 11, 7, 14, 8.- (*ULPIANUS libro XXV ad Edictum*).- *Plerique filii, quum parentes suos funerant, vel alii, qui heredes fieri possunt, licet ex hoc ipso neque pro herede geritio, neque aditio praesumitur, tamen, ne vel miscuisse necessarii, vel ceteri pro herede gessesse videantur, solent testari, pietatis gratia facere se sepulturam. Quid si supervacuuo fuerit factum? Ad illud se munire videntur, ne miscuisse se credantur, ad illud non, ut sumtum consequantur, quippe protestantur, pietatis gratia id se facere; plenius igitur eos testari oportet, ut et sumtum possint servare.* Según DE FRANCISCI (*“La legittimazione attiva nell’azione funeraria”*, op. cit. p. 17 y ss.), en el derecho clásico el entierro del *de cuius* no constituía un modo de aceptación *pro herede gestio*, tal y como se señala en D. 11, 7, 4 o D. 10, 2, 49, aunque debía ser normal la *testatio* recordada en D. 29, 2, 20, 1. Esta *testatio* era utilizada sólo por los *liberi quie necessarii existunt* para que no pudiera existir la duda de que su conducta no representaba una injerencia en la herencia y pudieran valerse del *beneficium abstinendi*. La extensión que se realiza en D. 11, 7, 14, 8 a otros herederos es una interpolación: *“in diritto classico solo i liberi, eredi necessarii, nel caso in cui avessero creduto bene provvedere al funerale del padre usavano mediante una testatio far constatare che essi compivano quell’atto pietatis gratia e ciò allo scopo di potersi valere del beneficium abstinendi: nessun’altra funzione poteva avere la testatio”*. Por ello DE FRANCISCI piensa que ULPIANO debía afirmar que quién hubiera hecho gastos para un funeral que no le incumbía podía actuar con la *actio funeraria* para obtener el reembolso de los mismos, salvo que los haya efectuado *pietatis gratia*. ULPIANO ponía como ejemplo el caso de un *filii heredeo necessarii*, que para conservar el ejercicio del *ius abstinendi* usaba la *testatio* para dejar clara su intención de que el funeral lo llevaba a cabo *pietatis gratia* y por ello no podría ejercitar la *actio funeraria*. Sin embargo, los bizantinos pensaban que los funerales siempre se llevaban a cabo *pietatis gratia* y por ello se exigía siempre la *testatio* del *animus*. La *testatio* no sirve solo a los *liberi quie necessarii existunt*, sino a todos aquellos *qui heredes fieri possunt*.

¹⁰⁹ D. 11, 7, 14, 7.- (*ULPIANUS libro XXV ad Edictum*).- *Sed interdum is, qui sumtum in funus fecit, sumtum non recipit, si pietatis gratia fecit, non hoc animo, quasi receptus sumtum, quem fecit; et ita Imperator noster rescripsit. Igitur aestimandum erit arbitro et perpendendum, quo animo sumtus factus sit, utrum negotium quis vel defuncti, vel heredis gerat, vel ipsius humanitas, an vero misericordiae vel pietatis tribuens, vel affectioni.*

bilidad debiendo soportar el coste del sepelio. Se hace referencia a dos casos concretos: uno el del hijo del testador y otro el del designado testamentario y en ambos supuestos se les reconoce la *actio funeraria* por razones de justicia y equidad.

No obstante, puede surgir la pregunta acerca si sólo se concederá la *actio funeraria* en estos casos o, por el contrario, cabrá su extensión a todos los supuestos en que un tercero lleve a cabo el sepelio del causante en contra de la voluntad del heredero. Sobre este punto ha habido diversas posiciones doctrinales. DONATUTI¹¹⁰ sostiene que los juristas clásicos habrían negado la concesión de la *actio funeraria* cuando hubiere mediado oposición del heredero, porque esa actuación hubiera supuesto una intromisión ilegítima en la esfera privada del heredero y, por tanto, todas las consecuencias debía soportarlas el tercero. DE FRANCISCI¹¹¹, sin embargo, opina que los juristas clásicos habrían admitido en todo caso la concesión de la acción, siempre y cuando concurrieran los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por ésta; por el contrario, los compiladores, para no contradecirse con la regulación de la *actio negotiorum gestorum* en caso de *prohibente domino*, habrían admitido la *actio funeraria* sólo *ex causa*. FADDA¹¹², sin distinguir entre derecho clásico y derecho justiniano, mantuvo con anterioridad a DE FRANCISCI que la concesión de la *actio funeraria* no se efectuaba como norma general establecida *a priori*, sino *ex causa*, esto es, cuando examinadas las circunstancias del caso concreto, parecía justo y equitativo que se restableciera al tercero los gastos a los que ha hecho frente en el funeral y entierro del *de cuius*¹¹³.

A nuestro juicio, parece más acertada la opinión de DE FRANCISCI, si tenemos en cuenta que en la regulación justiniana de la *actio negotiorum gestorum*, la prohibición de la gestión por parte del *dominus* originaba la denegación de esa acción. En efecto, en derecho clásico se sabe que los juristas discutieron acerca de la

¹¹⁰ DONATUTI, “*Actio funeraria*”, *op. cit.*, p. 75. En opinión de este autor “*la decisione per cui il seppellire, non ostante il divieto degli interessati, avrebbe costituito un’illecita intrusione nel campo dell’autonomia privata, non può, certo, considerarsi una novità giustiniana, estranea ai principi del diritto classico, tutt’altro; mentre l’altra parte, la decisione per cui può, sia pure ex causa, competere l’azione funeraria, come risulta del passo medesimo, è fondata sul presupposto che l’aequum bonum della formula non fosse soltanto un criterio per valutare la condanna ma, come nei iudicia bonae fidei, un criterio per stabilire la sussistenza, l’accoglimento della pretesa. E ciò non può attribuirsi alla giurisprudenza classica che teneva distinte le azioni in bonum et aequum conceptae da quelle bonae fidei*”.

¹¹¹ DE FRANCISCI, “*La legittimazione attiva nell’azione funeraria*”, *op. cit.*, p. 14.

¹¹² FADDA (*Concetti fondamentali di diritto ereditario, parte seconda, op. cit.*, p. 338), también entiende que existen suficientes indicios para considerar interpolado el final del fragmento de D. 11, 7, 14, 13: “*A parte l’antitesi rilevata fra essa e la prima parte del passo, osservo che gli indizi formali di interpolazione sono parecchi. Così il generaliter, nel senso in cui qui è adoperato, lo iustum iudicem, il comparativo solutius e altri che sarebbe lungo indicare...*”.

¹¹³ FADDA (*Concetti fondamentali di diritto ereditario, parte seconda, op. cit.*, p. 338) examina los casos en que se concede la *actio funeraria* pese a haber mediado prohibición del heredero contenidos en D. 11, 7, 14, 13 para llegar a la conclusión de que la *actio funeraria* se deniega como norma general en los casos en que hubiere mediado prohibición, salvo que razones de equidad aconsejen su concesión. En efecto, el autor sostiene que tanto en caso del hijo del causante como en el del encargado en testamento que lleven a cabo el funeral del padre o testador en contra de la voluntad del heredero se dan características especiales que hacen justa la concesión de la *actio funeraria* pero “*non ci è una norma generale, ma anzi dalla comparazione della proposizione iniziale cogli esempi si può trarre l’amaestramento che è racchiuso in queste parole del LENEL: che, cioè, l’a. funeraria viene rikusata quando il seppellimento abbia avuto luogo malgrado il divieto dell’erede, a meno che non le rendano ammissibile particolare ragioni di equità*”.

concesión o no de la *actio negotiorum gestorum* cuando mediaba la voluntad contraria del *dominus*¹¹⁴, pero no se puede afirmar con seguridad qué postura final mantuvieron. Sin embargo, en derecho justiniano la cuestión queda zanjada: se deniega la acción si existe prohibición del *dominus*, salvo que exista ratificación posterior.

En relación con la *actio funeraria* es lógico que también se planteara su concesión en caso de que el heredero hubiera prohibido la realización del sepelio al tercero. A este respecto, pese a que en derecho clásico pudiera haber estado discutida la concesión o no de la *actio funeraria*, lo cierto es que no existía motivo alguno para denegarla; incluso parece justo que tanto el designado testamentario que cumple con la voluntad del difunto como el hijo que lleva a cabo el entierro del padre, no tengan porque soportar unos gastos que no les corresponde asumir, máxime cuando ni siquiera tiene obligación jurídica de llevar a cabo dicho sepelio. Además, teniendo en cuenta que los gastos de funeral son deudas de la herencia, resultaría lógico que el designado testamentario o el hijo pudiera resarcirse de los mismos con la *actio funeraria*.

Esta conclusión que es válida para el derecho clásico, tropieza en derecho justiniano con el problema de la denegación de la *actio negotiorum gestorum* a quién llevara a cabo una gestión contra la voluntad expresa del *dominus*. Y como el supuesto de hecho que sirve de base a la *actio funeraria* era análogo al de la *actio negotiorum gestorum*, resulta lógico que se planteara la duda también en aquella¹¹⁵. No obstante, la solución final en el caso de la *actio funeraria* es distinta a la de la *actio negotiorum gestorum*, y ello porque como se dice en D. 11, 7, 14, 13, *in fine*, “*iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari*”, queriendo dejar claro

¹¹⁴ D. 17, 1, 40.- (PAULUS libro XI ad Edictum).- *Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere, quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.* Vid. también D. 3, 5, 8 (7), 3.- (ULPIANUS libro X ad Edictum).- *Iulianus libro tertio tractat: Si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non, an adversus eum, qui non prohibuit, habeam negotiorum gestorum actionem? Movetur eo, quodsi data fuerit adversus eum actio, necesse erit et eum pertingi, qui vetuit. Sed et illud esse iniquum, eum, qui non prohibuit, alieno facto liberari, quum, si mutuum pecuniam alteri ex sociis prohibente socio dedissem, utique eum obligarem. Et puto secundum Iulianum debere dici, superesse contra eum, qui non prohibuit, negotiorum gestorum actionem, ita tamen, ut is, qui prohibuit, ex nulla parte neque per socium, neque per ipsum aliquid damni sentiat.*

¹¹⁵ Según DONATUTI (“*Actio funeraria*”, *op. cit.*, p. 49), la concesión de la *actio funeraria* constituye “*un’eccezione al principio che culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*” junto con el reconocimiento de la *actio negotiorum gestorum* al gestor de negocios ajenos. Algunos autores, como KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. II, *op. cit.*, p. 1.307; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, pp. 665 y ss.; BUCKLAND, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1.921, p. 540 o PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. II, Roma, 1.929, p. 318, entre otros, sostienen que la *actio funeraria* es una subespecie de la *actio negotiorum gestorum*. Sin embargo, DONATUTI (“*Actio funeraria*”, *op. cit.*, pp. 80 y 81), oponiéndose a estas tesis, sostiene que la *actio funeraria* no es una clase de *actio negotiorum gestorum* porque “*l’actio funeraria non richiede, nè l’esistenza di un dominus negotii e neppure l’utiliter gestum*” que si son requeridas en la *actio negotiorum gestorum contraria*. Según el autor, en la hipótesis normal, esto es, cuando el difunto es un *sui iuris* y fuera enterrado en un momento anterior a la aceptación de la herencia, su funeral no puede más que considerarse como *negotium* del difunto, es decir, de un “*ente che giuridicamente non è persona*”. Sin embargo, DONATUTI reconoce que existe una cierta analogía entre ambas acciones, como el hecho de que la base de ambas se encuentre en “*la gestione spontanea di negozi che non incomberebbero al gestore e che questi si assume coll’animus alieni negotii gerendi*” y que “*di tale analogía i giuristi romani si mostrarono coscienti, se rilevarono estesi alla gestione funeraria alcuni aspetti dogmatici, propri della negotiorum gestio. Del resto, anche la collocazione originaria di D. 11, 7, 1, tratto dal libro 10 di Ulpiano ad edictum, ove questo giurista trattava della negotiorum gestio, è un indizio eloquente di quella coscienza*”.

que dado que, pese a las evidentes analogías entre una y otra acción, la regulación podía diferir. Como ya se ha indicado, la *actio funeraria* era una *actio in bonum et aequum concepta*¹¹⁶, por lo que, más que la prohibición del heredero, el magistrado debía atender a las circunstancias del caso concreto para, conforme a criterios de equidad, conceder o denegar la acción. Y es que el fundamento de la *actio funeraria* no sólo es el interés del *dominus*, como ocurre en la *actio negotiorum gestorum*, sino también los intereses públicos, sociales y religiosos mencionados en D. 11, 7, 43, de que ne “*insepulta corpora iacerent neve quis de alieno funeretur*”.

Por lo tanto, se habría considerado justo y equitativo conceder la *actio funeraria* en determinados casos en que se hubiera llevado a cabo el sepelio del *de cuius*, a pesar de que el heredero se lo hubiera prohibido. Estos casos son muy concretos y tienen características muy específicas como se puede apreciar en D. 11, 7, 14, 13: uno es el de la persona que ha sido designada en testamento para realizar el entierro del testador sin que éste le hubiera legado cantidad alguna para sufragar los gastos y otro es el del hijo que entierra su *paterfamilias*. Ninguno de los dos tienen obligación de realizar el funeral, ambos tienen una obligación natural¹¹⁷: el designado testamentario de cumplir el deseo del testador y el hijo de dar sepultura al *paterfamilias* como parte del culto a los *sacra familiares*¹¹⁸. Por ello, se entiende que aunque el heredero les prohíba llevar a cabo el sepelio es justo concederles la *actio funeraria* para que puedan recuperar los gastos. Pero ello no significa que se pueda extender la concesión de la *actio funeraria* a cualquier otro caso.

Concluyendo, si bien en derecho clásico no se puede afirmar con seguridad si se concedía o no la acción al tercero que actuaba en contra de la voluntad del heredero¹¹⁹, sería lógico pensar que si era concedida de forma genérica. Lo que parece también lógico, aunque no se encuentre expresado en las fuentes, es que en los casos en que la prohibición del heredero tuviere alguna causa objetiva y fundada, como en el supuesto de que él mismo hubiera adelantado pagos para el entierro o hubiere iniciado las gestiones para tal fin, el tercero que actuara contraviniendo tal voluntad, tendría que atenerse a las consecuencias, y soportar él mismo los gastos realizados. Sin embargo, en derecho justinianeo se reconocía la *actio funeraria* sólo *ex causa*, esto es, cuando se consideraba justo que se debía reembolsar los gastos al tercero.

¹¹⁶ D. 11, 7, 14, 6.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *Haec actio, quae funeraria dicitur, ex bono et aequo oritur...*

¹¹⁷ Algunos autores como IGLESIAS, *Derecho Romano...*, *op. cit.*, p. 411 y VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano, Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1.961, p. 631, consideran que la obligación del pago del funeral de un pariente pertenece al grupo de las denominadas “obligaciones naturales impropias”, fundadas en motivos de índole religioso-moral, de piedad o buenas costumbres.

¹¹⁸ *Festo, v. Everriator*.- *Everriatur vocatur, qui iure accepta hereditate iusta facere defuncto debet: qui si non fecerit, seu quid in ea re turbaverit, suo capite luat*. Vid. también Cicerón, *De legibus*, II, 22, 57.- *Itaque in eo, qui in nave nectus, deinde in mare proiectus esset decrevit P. Mucius familiam puram, quod os supra terram non extaret...*

¹¹⁹ No se le impondrá pena alguna al heredero que se oponga al cumplimiento de la voluntad del testador. D. 11, 7, 14, 14.- (ULPIANUS libro XXV ad Edictum).- *Divus autem Marcus rescripsit, eum heredem, qui prohibet funerari ab eo, quem testator elegit, non recte facere, poenam tamen in eum statutam non esse.*