

SOBRE LA SUPUESTA CONSTITUCION TACITA DE LAS SERVIDUMBRES EN LAS FUENTES JURIDICAS ROMANAS

Si suponemos el caso de dos fundos pertenecientes al mismo propietario y que uno de los fundos hubiese sido destinado al servicio del otro en un determinado sentido, el estado de hecho así creado, por el cual un fundo se sujeta a la utilidad del otro, no cesa por el hecho de que uno de los dos fundos sea adquirido por otra persona, sino que asume, en el momento de esa separación, ya por acto *inter vivos* o por disposición *mortis causa*, la figura jurídica de una servidumbre. En tal hipótesis se concreta la llamada "destinación del padre de familia". A este modo de constitución tácito se refieren tradicionalmente los autores¹, salvo aquellos que excepcionalmente se limitan a una negativa de principio, en virtud de la cual sostienen que no se puede imponer servidumbre en cosa propia².

Modernamente, al considerar el problema de la constitución de las servidumbres por destinación del padre de familia desde un

1. Entre otros WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, II (Torino, 1902), 292; SALA CONTARINI: *La destinazione del padre di famiglia*, Giordanti, 1895 (citado por RICCOBONO, op. cit. infra., p. 380); WEIGERT: *Beitrag zur Lehre der stillschweigendem Servitutsbestellung*, Cassel, 1887 (citado por WINDSCHEID, op. cit., p. 292 n. 13).

2. MACHELARD: *Examen critique des distinctions admises en droit romain et droit français en ce qui concerne les servitudes féodales*, Paris, 1868, p. 122; MAYNZ: *Cours de droit romain*, I (Bruselas, 1876), 805 y 851; DEMOLOMBE: *Des servitudes ou services fonciers*, XII (Paris, 1882), 306; DESTRAIS: *De la propriété et des servitudes en droit romain*, Paris, 1885, páginas 278, 283 y 394; FAUGUERE: *De la destination du père de famille*, Thèse Université de Paris, 1912, p. 4; RIZZI: *Tratado de Derecho privado romano*, Buenos Aires, 1936, p. 329.

punto de vista crítico, la mayoría de los autores, a partir de SIMONCELLI³, lo consideran como exclusivamente justiniano, excepto aquellos que creen que la solución justiniana tuvo un precedente en el Derecho clásico⁴.

Por nuestra parte, sostenemos, por un lado, con PEROZZI⁵ y SOLAZZI⁶, que era ignorada en el Derecho justiniano la constitución de las servidumbres por destinación del padre de familia, aunque se hallasen ya los gérmenes no desenvueltos todavía de la institución, y, por otra, con RUGGIERO⁷ y BUSSI⁸, que tal modo de constitución y adquisición de las servidumbres es una creación del Derecho común.

Creemos, pues, que la destinación como modo general tácito de constitución de las servidumbres no fué concebido hasta BARTOLO. En el Derecho romano tan sólo, según vamos a ver y deducir del cotejo de los textos, es posible señalar una línea interna, que, conforme va desarrollándose, va predisponiendo las cosas hasta desembocar posteriormente en la destinación. Pueden encontrarse cier-

3. SIMONCELLI: *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo delle servitù prediali*. *Scritti giuridici*, I (Roma, 1938), 1; RICCIBONÒ: *La destinazione del padre di famiglia*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche* XXI (1896) 380; BONFANTE: *Instituciones de Derecho Romano*, trad. esp., Madrid, 1929, pág. 342 n. 1; PACCHIONI: *Manual de Derecho romano*, trad. esp., Valladolid, 1942, p. 415; CAMÚ: *Curso de Derecho romano*, III (abana, 1941), 129; DI MARZO: *Istituzioni di diritto romano*, Miláno, 1945, p. 229; BIONDI: *Istituzioni di diritto romano*, Miláno, 1946, p. 218; véase también del mismo autor: *Passo necessario*, *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, I (Milano 1939), 267; *Corso di diritto romano. Le servitù prediali*, Milán, 1942; ARANGIO RUIZ: *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1947.

4. DECLAREUIL: *Roma y la organización del Derecho*, trad. esp., Madrid, 1928, p. 224; GROSSO: *In tema de costituzione tacita di servitù*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto romano*, 1934, p. 328; véase también, del mismo autor, el estudio en *Studia et documenta historiac et iuris*, V (1939), 484.

5. PEROZZI: *Istituzioni di diritto romano*, I (Roma, 1925), 773.

6. SOLAZZI: *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, p. 181.

7. RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., I (Madrid, 1929), 717.

8. BUSSI: *La formazione dei dogmi di diritto nel diritto comune*, Padova, 1937, p. 115.

tos precedentes en el Derecho justiniano para algunos supuestos especiales que veremos, aunque sobre los mismos no se puede aceptar que los juriconsultos romanos constituyesen y admitiesen este modo adquisitivo de las servidumbres y, mucho menos, una doctrina general.

Para los juriconsultos clásicos, una vez eliminada la usucapición de las servidumbres en virtud de la *lex Scribonia*, no cabía otra forma de constitución de las servidumbres que la declaración explícita (*nominatim*) por *in iure cessio*, legado, *adjudicatio*, *mancipatio* en caso de servidumbres rústicas sobre fundos itálicos, etc., y también por *deductio*. Cualquier estado de servicio entre los dos fundos que no hubiese nacido por alguno de los modos expresados no tenía eficacia jurídica. La necesidad de una declaración *nominatim*, expresa, aparece recogida en los siguientes textos: 1) D. 8, 2, 30 (Paulus l. 15 ad Sab.). *Si quis aedes, quae suis aedibus servirent, cum emisset traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est, et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est: alioquin liberae veniunt.* 2) D. 18, 1, 66 pr. (Pomponius l. 31 ad Quintum Mucium.) *In vendendo fundo quaedam etiam si non dicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut usus fructus eius, quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum prestatu iri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum.* 3) D. 8, 4, 10 (Ulpianus l. 10 ab Sab.) *Quidquid ventitor servitutis nomine sibi recipere vult, nominatim recipi oportet: nam illa generalis receptio quibus est servitus utique est ad extraneos pertinet, ipsi nihil prospicit venditori ad iura eius conservanda: nulla enim habuit, quia nemo ipse sibi servitatem debet: quin immo et si debita fuit servitus, deinde dominium rei servientis pervenit ad me, consequenter dicitur extinguí servitatem.*

De los textos expuestos, y algunos más⁹, se colige claramente

9. La declaración expresa se advierte también en D. 39,2,47. donde se dice: *servitute oneris porticus servandae imposita, vendidisse*: confróntese, asimismo, D. 33,7,27 5 donde se trata de la necesidad de declarar expresamente las accesiones de la cosa dada en legado; véanse, además D. 8,4,7, pr. D. 8,2,17,3 y D. 8,2,17,4; e incluso es necesario nombrar la clase de servidumbre: D. 8,3,23 pr. y D. 18,33.

que quedaba excluido el modo tácito de constitución de las servidumbres.

Lo que en el Derecho justiniano parece favorecer la admisión de este modo adquisitivo es la liberación de las formas solemnes. A pesar de esa caída del formalismo, no se reconoce el modo tácito como tal modo de constitución de las servidumbres, por más que las interpolaciones introducidas en algunos textos hayan favorecido la construcción que más tarde habrán de hacer los glosadores.

Antes de entrar en un examen particular de los textos, conviene saber la razón del plan a seguir en su estudio. El que no se produzca un modo tácito de constitución de las servidumbres, no quiere decir que en el Derecho romano no hayan surgido situaciones que, sin entrañar este modo tácito, han ambientado su posterior constitución. Los supuestos de los textos aquí comentados son hipótesis en cierto modo similares a la situación de hecho de la destinación, donde se llega y obtiene el mismo resultado en muchos casos, aunque con solución diferente. Por eso, en su estudio, dentro de la trayectoria que seguimos, analizamos aquellos supuestos en que una servidumbre anteriormente existente desaparece por alguna causa (confusión, reposo, etc.) y posteriormente resulta exigible, bien porque se trata de una falsa extinción, bien de una restauración legalmente exigible. En otros casos, la ampliación legal del ejercicio de una servidumbre convencional previamente constituida o el caso excepcional del *iter ad sepulchrum*. Las servidumbres originadas de la disposición de un testador nos acercan más a los supuestos de la destinación del padre de familia. De la conservación de la *forma agrorum* mantenida por el testador, se pasa a la admisión de la *voluntas testatoris*. El paso que hay que dar de estas soluciones a la destinación es muy pequeño; es obra de los glosadores y postglosadores, jurisconsultos orfebres del Derecho, artífices y creadores de una espléndida floración jurídica.

I. SUPUESTO DE UNA APARENTE EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

El fenómeno de la aparente extinción se da en los siguientes textos: 1) D. 8. 3. 31 (Iulianus l. 2 ex Minicio). *Tria praedia continua trium dominorum adiecta erant: imi praedii dominus ex sum-*

mo fundo imo fundo servitutem aquae quaesierat et per medium fundum domino concedente in suum agrum ducebat postea idem summum fundum emit: deinde in unum fundum, in quem aquam induxerat, vendidit. Quaesitum est, num imus fundus id ius aquae amisisset, quia, cum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi servire non potuissent. Negavit amisisse servitutem, quia praedium, per quod aqua ducebatur, alterius fuisset et quemadmodum servitus summo fundo, ut in unum fundum aqua veniret, imponi aliter non potuisset, quam ut per medium quoque fundum duceretur, sit eadem servitus eiusdem fundi amitti aliter non posset, nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desisset aut omnium tria simul praedia unius domini facta essent.

El texto se refiere a la discusión tenida sobre un caso práctico por Minicio con uno de sus maestros (Cassio, Sabino?). Juliano supone tres heredades pertenecientes a diferentes propietarios que se hallan contiguas en forma de plano inclinado. El propietario del fondo más bajo, que llamaremos C, adquiere un derecho de traída de agua concedido por el propietario del fondo más elevado A, y él trata igualmente con el dueño del fondo intermedio B, para que pueda pasar su conducción. El propietario de C, adquiere el fondo A, más él, después, enajena el fondo C, reteniendo el fondo A. La cuestión es saber si el comprador tiene derecho a exigir el mantenimiento de la traída.

Si analizamos el texto detenidamente, hemos de ver pronto que no se trata del modo de constitución tácito por destinación del padre de familia, como pretende, entre los autores modernos, SALA CONTARINI¹⁰.

El fenómeno de extinción que parece producirse al reunir en una misma mano el fondo dominante y el fondo sirviente, no es más que aparente, ya que queda un fondo intermedio, en el cual la servidumbre vive¹¹. No se produce una extinción total de la servidumbre ni tan siquiera una extinción parcial¹². Es fácil compren-

10. SALA CONTARINI, cit. por RICCOBONO, p. 385.

11. Refuerzan esta tesis en las fuentes los textos del D. 8,6,15 y D. 8 47,1.

12. Véase la no extinción de la servidumbre por confusión parcial, en D. 8,6,15.

der que no se lleve a cabo esta extinción parcial: por una de las notas más vigorosas de la servidumbre, cual es su indivisibilidad. La servidumbre tiene un carácter unitario—*una est servitus*—y, como consecuencia, no se puede lograr una extinción parcial de ella, ya que o se extingue o continúa para subsistir entera—*aut tota amittatur aut tota retineatur*¹³.

No se puede aducir aquí un resurgimiento de la servidumbre y mucho menos un modo tácito de constitución, dado que la servidumbre nunca murió y siempre subsistió; por tanto, no puede decirse que haya constitución de servidumbre por voluntad presunta en este supuesto, sino un estado de impedimento o paralización, de reposo de este derecho¹⁴.

Entre los autores modernos existen diversas opiniones sobre este fragmento del Digesto. MOMMSEN suprime del texto *adiecta* y *omnium*¹⁵; SIMONCELLI¹⁶, trae a colación la opinión de DEMOLOMBE (Cód. civ. 6, 339, núm. 806) el cual quedó dudoso delante de esta ley, así como la opinión de POTHIER, que dijo exactamente que la servidumbre no se extingue por la reunión de uno de aquellos fundos con el dominante; también la de LATREILLE, quien opina que la Ley 31 del D. 8, 3 es el primer signo de vida que da la destinación del padre de familia en el Derecho romano. A la regla comentada por POTHIER él opone D. 8, 6, 15, de donde deduce la tácita constitución de la servidumbre.

El mismo fenómeno se produce en:

2) D. 8,3,20,2 (Pomponius l. 33 ad Sab.) *Si fundo Seiano confinis fons fuerit, ex quo fonte per fundum Seianum aquam iure ducebam, meo factò fundo Seiano manet servitus.*

Según el texto, existe una fuente y un fundo ajeno llamado Seyano por el cual se pasaba para conducir agua a mi fundo. Hecho mío ese fundo Seyano, permanece la servidumbre.

13. D. 8318. Cfr. RICCOBONO: *Studi critici sulle fonti del Diritto romano*, en *Bulletino*, 7,8,9 (1894-1896), 240: en el mismo sentido SIMONCELLI, p. 10; véanse también: D. 868,1 y D. 8323,3.

14. En el mismo sentido, SETALOA: *Negocios jurídicos*, trad. esp., Sevilla, 1942, p. 9.

15. MOMMSEN: *sub leg.*

16. SIMONCELLI, p. 8.

La conclusión que da el texto es exacta. Aparentemente parece extinguirse la servidumbre, para quien usaba de ella, al reunirse en su misma mano el fundo dominante con el fundo sirviente. La razón de su no extinción está en que la fuente es colindante del fundo Seyano y radica sobre un tercer predio que no es de su propiedad y sobre el cual gravita la servidumbre. No hay aquí la confusión de los predios necesaria para que la servidumbre se extinga en virtud del principio *nemini res sua servit*¹⁷, pues sería razonable si el fundo donde está enclavada la fuente viniese a pertenecerle, cosa que en el supuesto no ocurre.

El fenómeno de paralización o reposo lo vemos confirmado en:

3) D. 8,1,8,1 (Paulus l. 15 ad Plautium.) *Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterat.*

4) D. 8,2,30,1 (Paulus l. 15 ad Sab.) *Si partem praedii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet pro parte servitus retinetur itaque si praedia mea praediis tuis serviant et tuorum partem mihi et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus. Item usus fructus in alterutris praediis acquisitus non interrumpit servitutem.*

Los textos se refieren al caso en que el propietario del fundo dominante adquiriera una parte del fundo sirviente o que el propietario del sirviente adquiriera una parte del fundo dominante¹⁸. Entonces, como el texto señala, no se extingue la servidumbre, ya que puede conservarse por cuotas, aunque no adquirirse. La confusión no se opera, puesto que existe cierta parte del predio de propiedad ajena y, en virtud del principio de indivisibilidad de las servidum-

17. SOLAZZI, op. cit., p. 13 opina que el principio *nemini res sua servi* es una fórmula bizantina; en cambio, son auténticas *nillum praedium ipsuin sibi servire potest* y *cum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi serviret non potuissent*, de D. 8,3,31.

18. Conviene distinguir otros supuestos, como hace D. 8,3,27: 1.º Si el fundo dominante y el sirviente están en copropiedad indivisa (entonces se extingue la servidumbre); 2.º Si el fundo sirviente es común y los dominantes de propiedad exclusiva (permanece la servidumbre). El primer supuesto viene confirmado por D. 8,3,34, y ambos por D. 8,6,6,1.

bres, pervive. Al final del texto, se extiende la misma regla al caso de la adquisición de un usufructo por el propietario de un fundo sobre el otro. Algún autor moderno, como HARTMANN¹⁹, cree que la situación jurídica resultante es la de una participación en un derecho de servidumbre sobre cosa propia. Para nosotros no supone la constitución de un derecho de servidumbre sobre cosa propia; se trata más bien de un supuesto de aparente o falsa extinción de la servidumbre procedente de su carácter indivisible; al no poder dividirse por partes, la servidumbre se mantiene. Lo que sí tendría valor es ver qué interés entraña para una adquisición posterior por otro propietario del fundo, si permanece o no la servidumbre. Para este caso se diría que la servidumbre no se constituía de nuevo puesto que no se había extinguido, sino que había subsistido al poder conservarse por partes.

Aunque el usufructo no es una servidumbre en el Derecho romano clásico, traemos a colación, por la similitud del fenómeno de aparente confusión y extinción, el siguiente texto:

5) D. 7.1.57 pr. (Papinianus l. 7. responsorum.) *Dominus fructuario praedium quod ei per usum fructum serviebat, legavit, idque praedium aliquamdiu possessum legatarius restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est: mansisse fructus ius integrum ex post facto apparuit.*

Cuando el usufructuario ha adquirido la propiedad mediante un legado, y, posteriormente, se impugna por un legitimario que interpone la *querela inofficiosi testamenti*, se dice, no obstante, que permaneció ileso el derecho de usufructo.

A pesar de haberse reunido en el aparente dominio la propiedad y el usufructo, no se realizó su confusión porque por los efectos retroactivos de la *querela* aquella propiedad jamás la había adquirido el legatario. Siempre había existido (*mansisse*) para el heredero y, por lo tanto, no puede haberla tenido nunca el usufructuario, una vez caído el testamento. Resulta que permanece ileso el derecho de usufructo y no hubo más que una aparente confusión y extinción.

19. HARTMANN: *Jahrb. f. Dogmat.* XVII p. 92 (citado por VENEZIAN: *Usufructo, uso y habitación*, II [Madrid, 1929], 636, n. 2).

2. SERVIDUMBRES ORIGINADAS POR UNA NECESIDAD DE HECHO

a) *Iter ad sepulchrum*

Desde los comentaristas del Derecho común hasta los pandectistas han reconocido en D. 11,7,12 pr. la admisión en el Derecho romano del paso necesario como una servidumbre o una limitación legal del dominio²⁰. Actualmente, al iniciarse la crítica histórica, se ha podido demostrar cómo no era posible esta imposición coactiva del paso en el Derecho clásico y que el *iter ad sepulchrum* era una excepción que no podía extenderse a otros casos. El fragmento dice así:

1) D. 11,7,12 pr. (Ulpianus l. 25 ad edictum.) *Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat et a vicino ire prohibeatur, imperator Antonius cum patre rescripsit iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere, ut, quotiens non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur praeses etiam compellere debet iusto pretio iter ei praestari, ita tamen, ut iudex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum.*

El fragmento contempla el supuesto de un sepulcro enclavado, al que el titular no tiene acceso. Un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Caracalla concede el paso para el sepulcro, exigible, según aclara Ulpiano, mediante una acción especial, de cognición oficial (*extra ordinem interpelletur*), contra el propietario del fundo que no deja pasar al que tiene el sepulcro enclavado en él. La concesión del paso (*iter praestare*) va acompañada del pago de su justo precio. El juez, además, deberá procurar el menor detrimento posible al propietario del fundo.

SCIALOJA²¹ y BIONDI²² observan cómo en el texto hay dos con-

20. BIONDI: *Passo necessario*, en *Studio di storia e diritto in onore di Enrico Besta* I, 284.

21. SCIALOJA: *Teoría de la propiedad*, I 332.

22. BIONDI, op. cit., p. 285.

cepciones: una demanda de concesión precaria²³ en la primera parte y una imposición de servidumbre legal en la segunda. "Es difícil suponer, dice BIONDI (pág. 285), que Ulpiano hubiese alterado el rescripto, mucho más cuando el jurista reconocía explícitamente que el rescripto no otorgaba ninguna acción". También cree que estas observaciones demuestran que no todo el texto pudo pertenecer al Ulpiano y permiten establecer los límites y el alcance de las interpolaciones.

FABRO²⁴ reveló la interpolación de la última proposición *ita tamen* porque *haec coactio per praetorem ipsum fiat non per iudicem datum et pedaneum*. PEROZZI²⁵ admite que sea justiniano todo lo referente a la intervención del *praeses*, y ALBERTARIO²⁶ que sea interpolado desde *non tamen* al final; asimismo lo creen GUARNERI CITATI²⁷, BONFANTE²⁸ y SOLAZZI²⁹. Según BIONDI (pág. 285) es imposible creer en una gran interpolación del texto, ya que no es verosímil que sea de los compiladores la mención del *praeses* junto a aquella otra del *iudex*.

Esta misma concepción del *iter ad sepulchrum*, no como verdadera servidumbre, sino como deber de permitir el paso a precario por parte del propietario del fundo en que se halla enclavado el sepulcro parece reflejarse en Paulo:

23. La idea del precario, que supone revocabilidad parece esencialmente contradictoria con la de la *servitus* que implica perpetuidad; de ahí que no se pueda hablar propiamente de servidumbre en precario. Sobre las discusiones de los autores acerca del tema vid. SCIALOJA: *Sopra il precarium nel diritto romano. Studi giuridici*, I (Roma, 1933), 13 y 14, n. 4.

24. FABRO: *Rationalia*, ad h. l. (citado por BIONDI, p. 285); igualmente KRUEGER y SCIALOJA en sus respectivas ediciones del Digesto.

25. PEROZZI, op. cit. II 636, cree que la frase *iter praestare* hay que interpretarla en el sentido de concesión de un derecho.

26. ALBERTARIO: *Sul frammento de formula Fabiana*, en *Studi di diritto romano*, V (1937), 610 n. 1.

27. GUARNERI CITATI: *Obbl. indic.* I 182, n. 3 (*Ann. Pal.* 9, 1921); cfr. *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur. Editionem a Ludovico Mitteis inchoatam ab illius vigis doctis perfectam. Curaverunt Ernestus Levy, Ernestus Rabel*, Tomus I, Weimar 1929; Tomus II, Weimar 1931; Tomus III Weimar. 1935; Supplementum I, Weimar, 1929.

28. BONFANTE: *Ist.*, 308, n. 1.

29. SOLAZZI, en *Bullettino*, 31 (1921), 75, n. 1.

2) D. 8,6,4 (Paulus l. 27 ad edictum.) *Iter sepulchro debitum non utendo nunquam amittitur*. Vemos que habla de *iter sepulchro debitum*. El mismo hecho de que ese *iter* no se extinga por el *non usus* señala ya una diferencia respecto de las verdaderas servidumbres.

El paso al sepulcro viene a ser una necesidad inherente, derivada de su constitución y establecimiento. Es un accesorio implícito que hace posible su ejercicio³⁰.

La aproximación a un verdadero derecho de servidumbre, sin embargo, resultaba inevitable. En el texto de Ulpiano en que se refiere el rescripto de Severo y Caracalla, hemos visto que se dice expresamente cómo no existía una *actio* ordinaria (*civilis*) para exigir el *iter*. Sin embargo, en otro texto de Ulpiano (D. 11,7,10) se da una acción (*agere potest*) en el caso de tener que exigir el *iter* al comprador adquirente del fundo cuando no se exceptuó expresamente el *iter*³¹; en el caso se presume que se hizo tal deducción en el contrato de compraventa. De todos modos, no se nos dice de qué acción se trata, con lo que no se nos aclara si ese *iter* se concibe como verdadera servidumbre³². Por el contrario, en otro texto

30. V. El mismo carácter en el caso de legado de usufructo: *infra* 4 a.

31. D. 19,1,53,1 presenta frente a D. 11,7,10 no la excepción del *iter*, sino del sepulcro. La falta de reserva del sepulcro es estimada como imprevisión, ya que de tal reserva dependía el tener el *iter ad sepulchrum*, sin el cual éste resultaba inutilizable. El que, exceptuado el sepulcro, se sobreentendiese también reservado el paso para llegar hasta él, depende, según BIONDI (p. 283), de una interpretación de voluntad y no de una consideración de carácter religioso. Frente a él, PEROZZI: *Istituzioni di Diritto romano*. I (Firenze, 1906) 397, cree que la decisión se inspira en un sentimiento religioso; igualmente SCIALOJA: *Teoria della proprietà nel Diritto romano*. I (Roma 1933), 332; FERRINI, *Pandecte* p. 464 dice que el *iter ad sepulchrum* contiene diversos presupuestos y diversas funciones: "aunque no tenemos otros pasajes que lo prueben en las fuentes jurídicas" (cit. por BIONDI, p. 268). Creemos que en un principio, el *iter ad sepulchrum* tuviese un fundamento religioso aunque la concesión, por su naturaleza precaria, tuviese que apoyarse en una orden de carácter administrativo; véase también MERKEL: *Ueber die sogenannten Sepulcrampullen*, en *Festgabe Ihering* (1892), sep. 12

32. BIONDI (p. 283), entiende que los efectos no son de carácter real, sino obligatorios, por nacer de la venta.

de Ulpiano (D. 8,5,1), sin duda interpolado³³, se dice ya claramente *viam ad sepulchrum possumus vindicare*, con lo que ya se nos muestra paladinamente la naturaleza de la servidumbre legal del *iter ad sepulchrum*³⁴.

b) *Ampliación legal del ejercicio de una servidumbre convencional previamente constituida*

Existen ciertos supuestos en los que se ha querido ver una constitución tácita, cuando no son más que ampliaciones legales del ejercicio de una servidumbre convencional previamente constituida. Así: 1) D. 8,4, 11,1 (Pomponius l. 33 ad Sab.) *Si prope tuum fundum ius est mihi aquam rivo ducere, tacita haec iura sequuntur, ut reficere mihi rivum liceat, ut ad're, qua proxime possum, ad reficiendum cum ego fabrique mei, item ut spatium relinquat mihi dominus fundi, qua dextra et sinistra ad rivum adeam et quo terram limum lapidem harenam calcem iacere possim.*

2) D. 8,3,3,3 (Ulpianus l. 80 ad Editum.) *Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum et, ut ait Neratius libro tertio membranarum, sive ei ius hauriendi et adeundi cessum sit, utrumque habebit, sive tantum hauriendi, inesse et aditum sive tantum adeundi ad fontem, inesse et haustum. Haec de haustu ex fonte privato ad flumen autem publicum idem Neratius eodem libro scribit iter debere cedi, haustum non oportere, et si quis tantum haustum cesserit, nihil cum agere.*

3) D. 43,20,3,5 (Pomponius l. 34 ad Sab.) *Is, qui aquae cottidianae ius habet, vel fistulam in rivo ponere vel aliud quodlibet facere potest, dummodo ne fundum domino aut aquagium rivalibus deterius faciat.*

Los tres textos hacen resaltar los provechos que tácitamente adquirir el que tiene derecho a conducir agua por un cauce. Su apariencia lleva en sí el derecho de reparación, de que se pueda llegar hasta él, de que pueda desalojar la tierra, el limo, la piedra, la are-

33. ARANGIO RUIZ: *Ist.*^o (1947), 182, n. 1.

34. BIONDI: *Passo necessario*, p. 290, cree también que en el Derecho justinianeo se transforman en otros tantos casos de constitución legal de servidumbres las hipótesis de paso necesario, entre ellas el *iter ad sepulchrum*.

na y la cal a un lado del fundo. En el 2) se entiende que quien cede el derecho a sacar agua cede asimismo el derecho de pasar y viceversa. En el 3), igualmente, se puede hacer todo lo que sea necesario para la reparación u otra cosa necesaria para el aprovechamiento del agua.

Los textos suponen una ampliación legal, en el sentido de que la jurisprudencia—considerada como fuente del Derecho—da un mayor ámbito al contenido de la servidumbre. Viene a ser una interpretación amplia del derecho de servidumbre de conducción de agua y de los restantes servicios.

Los textos ponen en relieve lo trascendente de la apariencia de un estado de hecho. La sola apariencia de un servicio (cauce, paso, usufructo, etc.) lleva en sí, tácitamente (independiente del derecho de constitución), una serie de derechos que posibilitan y al mismo tiempo amplían el disfrute y mejor uso de las cosas. Hay, como si dijéramos, unas pretensiones derivadas de la forma y disposición de los fundos. Pero, como puede observarse, aún estamos muy lejos de la destinación del padre de familia. No se trata de la constitución de un derecho de servidumbre, sino de una ampliación legal tácita de una servidumbre convencional previamente constituida.

Otro supuesto lo vemos en:

4) D. 18,04,1 (Paulus l. 4^a epitomarum Alfeni Digestorum.)
In lege fundi aquam accessuram dixit: quaerebatur, an etiam iter aquae accessisset. Respondit sibi videri id actum esse, et ideo iter quoque venditorem tradere oportere.

El texto, como los anteriores, supone una ampliación legal del ejercicio de una servidumbre convencional previamente constituida. No obstante, en este fragmento, la ampliación legal se funda aquí en una presunta voluntad del mancipante y no en una interpretación amplia del derecho de servidumbre. Según GUARNERI CITATI³⁵ el *id actum esse* es clásico. BESELER³⁶ considera interpolado el texto en su cláusula final (*et ideo-fin*).

35. GUARNERI CITATI: *Di un criterio postclassico per la determinazione della res iudicata*, en *Bulletino*, 33 (1923), 219. n. 1.

36. BESELER, *Z. S. S.* 45 (1925), 466.

3. RESTAURACIÓN LEGALMENTE EXIGIBLE DE UNA SERVIDUMBRE EXTINGUIDA POR CONFUSIÓN

a) Casos de constitución legalmente exigible a favor o en contra de un legatario

Los supuestos que aparecen recogidos en los fragmentos que vamos a examinar proceden de la especial estructura y juego de la adquisición hereditaria romana. La adición de la herencia producía una confusión de derechos entre los del *de cuius* y su heredero, que, no obstante, en ciertos casos, había que salvar por un interés digno de protección. Tal ocurre en las hipótesis que vamos a ver sobre las servidumbres preexistentes y cuya extinción perjudica a un legatario o a un heredero que resultan propietarios del antiguo fundo dominante. Así: 1) D. 30, 116, 4 (Florentinus l. II institutionum.) *Fundus legalis talis dari debet, qualis relictus est. Itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit sive ei fundus heredis, licet confusione domini servitus extincta sit, pristinum ius restituendum est. Et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petendi ei legatum exceptio doli mali opponetur: si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest.*

Este fragmento afirma la constitución legalmente exigida de una servidumbre anteriormente existente. Se dice que el fundo legado debe ser dado tal cual se dejó. El supuesto se extiende a dos casos: si el fundo legado es sirviente de uno del heredero o si es dominante frente a uno del mismo heredero. En el primer caso, si el legatario no accede a restablecer la servidumbre, se le opondrá, al pedir el legado, la excepción de dolo malo. En el segundo caso, la obligación de constituir nuevamente una servidumbre que se había extinguido por confusión, al adirse la herencia, es exigida por una *actio ex testamento*, que el legatario tiene si el heredero se niega a restaurar la servidumbre.

Otro caso tenemos en: 2) D. 8,1,18 (Paulus l. 31 quaestionum Papiniani notat.) *In omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est doli exceptione, nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.*

Según el texto, la servidumbre que existe a favor de un fundo hereditario sobre un fundo del heredero que se confunde por el efecto de la adición de la herencia, debe ser restaurada nuevamente en el caso de que se produzca una nueva separación de propiedades. Para ello dispone el heredero de una *exceptio doli* contra el legatario, de suerte que éste, para poder reclamar su derecho, necesitará reconstruir previamente dicha servidumbre. No se trata, pues, de que no se opere el efecto de la confusión, sino de que la norma actuada por el Pretor impone al nuevo propietario del antiguo fundo sirviente la obligación de reconstruir la servidumbre.

3) D. 30.70.1 (Gaius l. 80 ad edictum provinciale.) *Nam et si fundus, qui meo fundo serviebat, tibi legatus fuerit, non aliter a me tibi praestari debeat, quam ut pristinam servitutem recipiam.*

Vuelve a insistir el texto en la primera hipótesis del fragmento 1): En el caso de haberse legado un fundo que prestaba servidumbre a otro del heredero. Se dice que no debe ser entregado por el heredero mientras no recobre la antigua servidumbre.

b) *Casos de constitución legalmente exigible en pro o en contra del comprador de la herencia*

1) D. 8.4.9 (Pomponius l. 10 ad Sab.) *Si ei, cuius praedium mihi serviebat, heres exstiti et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet, quia id agitur, ut quasi tu heres videaris exstitisse.*

En este caso³⁷, el estado de hecho no es causado por la voluntad del testador, sino directamente por un acto voluntario del heredero, cual es la venta de la herencia. En el caso de venta de herencia, que podía aplicarse también para la restitución de la herencia a un fideicomisario universal, el comprador ocupaba, hasta cierto punto, la posición del heredero, y de ese modo se le podía exigir la restauración de una servidumbre sobre un fundo hereditario a favor de un fundo del vendedor, como si no se hubiese debido operar la confusión. Para exigir la nueva constitución de la servidumbre dispone

37. Para SIMONCELLI, op. cit., p. 23 esta disposición es idéntica a D. 30.70.1.

el vendedor de la *actio ex vendito* como se indica en el siguiente texto:

2) D. 18,4,2,19 (Ulpianus l. 49 ad Sab.) *Et si servitutes amisit heres institutus adita hereditate, ex vendito poterit experiri adversus emptorem, ut servitutes ei restituantur.*

Si el heredero, instituida la herencia, perdió las servidumbres, podrá ejercitar la acción de venta contra el comprador, para que se le restituyan las servidumbres.

c) *Casos de constitución legalmente exigible a favor o en contra de la mujer, a la devolución del fundo dotal*

1) D. 23,5,7 pr. (Iulianus l. 16 digestorum.) *Si maritus fundum Titii servientem dotali praedio adquisierit, servitus confunditur et hoc casu maritus litis aestimationem praestabit: quod si maritus solvendo non erit, utiles actiones adversus Titium mulieri ad restaurandam servitutem dantur.*

2) D. 23,5,7.1 (Idem) *Sed cum uxor fundum cui praedia viri servitutem debebant in dotem dat, fundus ad maritum pervenit amissa servitute et ideo non potest videri per maritum ius fundi deterius factum. Quid argo est? Officio de dote iudicantis continebitur, ut reintegrata servitute iubeat fundum mulieri vel heredi eius reddi.*

Se recogen aquí dos supuestos de reintegración de la servidumbre que se había confundido. El primer supuesto se refiere al caso en que al adquirir el marido un fundo que era sirviente de un predio dotal, hubo una confusión de la servidumbre. Habiendo devuelto el fundo a su primitivo dueño, se dice que el marido tendrá que indemnizar por la pérdida ocasionada: si el marido no fuese solvente, se le dan a la mujer, contra el dueño primitivo, las acciones útiles para restablecer la servidumbre. En este caso, la concesión de las acciones útiles para exigir la reconstrucción de la servidumbre parece proceder de una interpretación probablemente prejustiniana, lo mismo que en 2), donde se dice que, cuando se da en dote un fundo al que debían servidumbre predios del marido, se extingue la servidumbre por confusión, pero que en las atribuciones del que juzga sobre la restitución de la dote estará comprendi-

do el mandar que se devuelva el fundo a la mujer o a su heredero, reintegrada la servidumbre ³⁸.

4) SERVIDUMBRES DEDUCIDAS DE LA DISPOSICIÓN DEL TESTADOR

a) *Casos de derecho de luz y de paso a favor de un legatario de usufructo*

Hasta ahora hemos visto una serie de supuestos en los cuales la restauración de la servidumbre era exigida cuando se había extinguido por confusión, al reunirse en una misma propiedad el fundo dominante y el fundo sirviente. Los efectos absolutos de la adición de la herencia eran salvados en la práctica por la concesión de excepciones y de acciones personales que el Pretor ponía a disposición de los que indirectamente tenían que sufrir tales efectos. La reintegración de la servidumbre, no obstante el fenómeno de la adición, se estableció en virtud de su existencia anterior y en favor de una solución de equidad.

Con las servidumbres deducidas de una disposición del testador, nos acercamos más a aquellas situaciones de hecho en las que posteriormente se produce la constitución de una servidumbre por destinación del padre de familia o signo aparente.

Examinemos varios supuestos de legado de usufructo, donde se concede. 1) D. 7.1.30 (Paulus l. 3 ad Sab.) *Si is, qui binas aedes habeat aliarum usum fructum legaverit, posse heredem Marcellus scribit alteras altius tollendo obscurare luminibus, quoniam habitari potest etiam obscuratis aedibus; quod usque adeo temperandum est, ut non in totum aedes obscurantur, sed modicum lumen, quod habitantibus sufficit, habeant.*

Cuando se lega el usufructo de una finca, el heredero puede construir más alto en la finca vecina, según se afirma en este fragmento, puesto, que, naturalmente, no puede existir una servidumbre sobre otra finca que pertenece al mismo heredero. Según RICCOBONO ³⁹, el

³⁸. Solución ésta que también, según BIONDI y GUARNERI CITATI, es bizantina; V. Index.

³⁹. RICCOBONO, en *Riv. ital.*, 21, 395; *Riv. di dir. civ.*, 3, 53; *Arch. giur.*, 76, 464; igualmente, BESELER, 2, 6.

texto, en su parte final (desde *quod usque*), es de origen bizantino; se impone allí una limitación a favor del usufructuario, en virtud de la cual, la finca que él disfruta no puede ser totalmente cegada. La razón de la solución clásica está en la posibilidad del disfrute por parte del usufructuario, a pesar de la elevación del edificio vecino por parte del heredero: *quoniam habitari potest etiam obscuratis aedibus*.

2) D. 8,2,10 (Marcellus l. 4 digestorum.) *Gaurus Marcello: binas aedes habeo, alteras tibi lego, heres aedes alteras altius tollit et luminibus tuis officit: quid cum illo agere potest et an interesse putes, suas aedes altius tollat an hereditarias et de illo quaero, an per alienas aedes accessum heres ad eam rem quae legatur praestare debet, sicut solet quaeri, cum usus fructus loci legatus est ad quem locum accedi nisi per alienum non potest. Marcellus respondit: qui binas aedes habebat, si alteras legavit, non dubium est, quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium. Idem dicendum est, si alteri aedes, alteri aliarum usum fructum legaverit. Non autem semper simile est itineris argumentum, quia sine accessu nullum est fructus legatum, habitare autem potest et aedibus obscuratis ceterum usu fructu loci legato etiam accessus dandus est, quia et haustu relicto iter quoque ad hauriendum praestaretur sed ita officiere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione.*

El texto se refiere a los accesorios necesarios para el caso en que se legue unas casas o el usufructo de las mismas y también para el caso en que se legue el usufructo de algún lugar. Las respuestas son las siguientes: si el que tenía dos casas legó una, no hay duda de que, levantando más alto la otra, pueda el heredero quitar las luces a la casa legada; lo mismo se ha de decir si alguno hubiera legado una casa y a otro el usufructo de otras. La solución cambia para el segundo supuesto y así se contesta que no siempre es semejante al argumento de la servidumbre de paso, porque sin entrada es nulo el legado de usufructo (solución también dada en D. 7,6,1,1); en cambio, uno puede habitar en las casas oscuras. Por eso se considera que el paso (*iter*) se incluye implícitamente en toda constitución de usufructo sea *mortis causa* sea *inter vivos*. Así

io confirma Fr. Vat. 54, donde se dice: "Del mismo modo que cuando se lega el usufructo de una finca sin servidumbre se debe también el paso por las fincas del testador, asimismo cuando se cede *in iure*, escribe Neracio que también se incluye el paso"⁴⁰.

Este mismo criterio justifica, en supuestos negativos, ciertos derechos a favor del legatario de usufructo, como vamos a examinar en los siguientes casos:

3) D. 7.6.1 pr. (Ulpianus l. 18 ad Sab.) *Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro octavo apud Iulianum Iabeonis et Nervae sententiam probat existimantium servitutem quidem cum vindicare non posse, verum usum fructuum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiatur cum ire et agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui.*

4) D. 7.6.1.1 (Idem). *Usus fructus legatus adimniculis eget, sine quibus uti frui quis non potest: et ideo si usus fructus legetur, necesse est tamen ut sequatur eum aditus, usque adeo, ut, si quis usum fructum loci legat ita, ne heres cogatur viam praestare inutiliter hoc adiectum videatur: item si usu fructu legato iter ademptum sit, inutilis est ademptio, quia semper sequitur usum fructum.*

5) D. 7.6.1.2 (Idem). *Sed si usus fructus sit legatus, ad quem aditus non est per hereditarium fundum, ex testamento utique agendo fructuaris consequetur, ut cum aditu sibi praestetur usus fructus.*

6) D. 7.6.1.3 (Idem). *Utrum autem aditus tantum et iter an vero et via debeatur fructuario legato ei usu fructu, Pomponius libro quinto dubitat: et recte putat, prout usu fructus perceptio desiderat, hoc ei praestandum.*

7) D. 7.6.1.4 (Idem). *Sed an et alias utilitates et servitutes ei heres praestare debeat, puta luminium et aquarum, an vero non. Et puto eas solas praestare compellendum sine quibus omnino uti non potest: sed si cum aliquo incommodo utatur, non esse praestandas.*

El disfrute racional del usufructo legado podía exigir el ejercicio de facultades anejas al mismo, tales como poder llegar, hasta los fundos, y así poder realizar el cultivo, obtener los frutos, realizar su transporte, etc. Las facultades que hacen posible el derecho de

40. Cfr. p. 42.

usufructo son nombradas en las fuentes como adminículos que no vienen a ser más que elementos integrantes del propio derecho de usufructo.

La similitud con otras situaciones de hecho (especialmente la servidumbre de paso en estos casos de legado de usufructo) hace necesaria una clara y perfecta distinción y delimitación de ambas situaciones.

En la época clásica el ejercicio de estos adminículos que lleva inherente el usufructo se deriva de una necesidad objetiva del derecho de usufructo. En la época postclásica el ejercicio de los adminículos procede ya, no de la condición objetiva, sino de un doble elemento: la *voluntas testatoris* y la *forma agrorum*. Así parece insinuarse especialmente en D. 7,6,1 y en las interpolaciones de los demás textos.

El 1) nos demuestra que no debe confundirse los adminículos del derecho de usufructo (en este caso el paso para poder usufructuar), con el derecho de servidumbre. La concesión del paso opera aquí como elemento necesario del derecho de usufructo, independientemente un derecho de servidumbre anteriormente constituido. Así lo sobrentiende el texto, en su parte final, cuando dice que negar las facultades de paso o conducción implican negar el usufructo mismo.

Para su ejercicio, no deberá invocarse el derecho de servidumbre, puesto que constituiría un contrasentido el ejercerse sobre cosas propias, y además, al mismo tiempo, tan sólo tendría vigencia para el usufructuario, y vendría a ser así un derecho temporal. Por eso la razón es clara de que se vindique, no el derecho de servidumbre, sino el derecho de usufructo.

En el mismo sentido se vuelve a expresar Ulpiano en el libro 17 de los Comentarios, el Edicto (D. 7,6,5,1). El texto secunda el razonamiento y apoya la tesis anterior, no sólo para el caso en que la acción se entable contra el propietario del fundo en usufructo y del fundo vecino en cuestión, sino también contra el propietario distinto del fundo vecino, que debe una servidumbre al fundo en usufructo.

En el 4) vemos que, legado un usufructo, él sólo se basta para abarcar los adminículos sin necesidad de apoyarse en otro derecho

anteriormente existente. Como el derecho de usufructo supone percibir unos beneficios, para obtenerlos es necesario usar de las facultades accesorias de este derecho (en este supuesto el paso). Ellas no son más que el mismo ejercicio del derecho de usufructo. Así, como en 3) se diferenciaba especialmente del derecho de servidumbre, con cuyo contenido se identificaba, por lo que se refería al ejercicio del paso o conducción; aquí, no sólo se afirma la sustantividad propia del usufructo, sino que se aclara y determina en qué consiste su contenido de hecho específico.

Una vez determinado el contenido del derecho de usufructo, en el 6) se señala el alcance y extensión de los adminículos. Su ejercicio es más limitado que el de un derecho de servidumbre, y el uso más moderado, según las condiciones y necesidades del usufructo. Al dudar Pomponio si al usufructuario a quien se haya legado un usufructo se le debe tan sólo la entrada y el paso o también el camino, responde Ulpiano confirmando la respuesta de Pomponio, que se le ha de dar según lo que requiera la percepción propia del usufructo. El mismo carácter restrictivo del adminículo se ve en la respuesta dada por Marcelo en D. 8,2,10 para el anterior y otros supuestos. Se proclama así la necesidad del paso para realizar el usufructo dando una razón de analogía con los casos de ampliación legal de la servidumbre (v.4.b). Del mismo modo se concede en Fr. Vat. 54: *Sicut legato usu fructu loci sine servitute iter quoque per loca testatoris debetur ita in iure cesso iter quoque contineri Neratius scribit*⁴¹. El fragmento, para el caso de legado, hace extensivo el supuesto a la *in iure cessio* además de los casos que estudiamos para el usufructo. Para SOLAZZI (p. 182), *debetur* y *contineri* son sinónimos. En este supuesto, como podemos observar, para el legado de usufructo al heredero se le constriñe con la obligación de dejar pasar al usufructuario a través de los *loca testatoris*; para la *in iure cessio* el concedente es vinculado a la misma obligación. No se puede pensar que la *cessio* del usufructo comprenda también la *servitus itineris*, porque un lugar de propiedad del concedente no podía tener un derecho de servidumbre sobre otro lugar del mismo propietario.

41. Cfr. p. 36.

Un contenido restringido del adminículo se encuentra en la expresión de Marcelo (D. 8,2,10), al decir que "puede el heredero quitar las luces de la casa legada, pero se concede perjudicar a las luces y oscurecer las casas legadas de modo que no se les prive en absoluto de luz, sino que se les deje tanta cuanto basta a los habitantes para un moderado uso durante el día". Es decir, que cuando se levanta una casa legada vecina de otra cuyo usufructo se ha legado también, el disfrute de luces se restringe al mínimo imprescindible para poder vivir en esta última. En igual sentido y para el mismo caso, como ya vimos, responde Paulo en sus Comentarios a Sabino (D. 7,1,30), diciendo: "que ha de moderarse de suerte que las casas no sean privadas totalmente de luz, sino que tengan mediana luz, que baste para los que la habiten". Igualmente se restringe el alcance de las utilidades y servidumbres que pudieran prestarles. En el 7) se dice que el heredero ha de ser compelido a prestar sólo aquellas sin las que absolutamente no puede usar, pero que si usara con alguna incomodidad, no han de ser prestadas.

En el 5) se dice "que si se hubiera legado un usufructo, para el que no hay entrada por un fundo de herencia, ciertamente que, reclamado *ex testamento*, conseguirá el usufructuario que se le dé el usufructo con entrada". Como hemos visto, para el desarrollo y ejercicio del derecho de usufructo son necesarios los adminículos o derechos accesorios. En este texto⁴² se nos presenta el caso de un fundo que no tiene entrada por otro de la herencia, es decir, que se encontraría el derecho de usufructo paralizado y sin eficacia por faltarle el elemento imprescindible para su disfrute. Entonces se le concede una acción personal *ex testamento*, por la cual se reclama el usufructo, que comprende también todos sus adminículos. Por eso el texto dice que se le dará el usufructo con entrada. Aunque la entrada pueda deberse por un fundo de herencia, en el caso de que se legue el usufructo de dos fundos a diferentes personas (D. 30.44,9), un legatario no deberá el paso para el otro sino que estará obligado el heredero a comprar el paso y a cedérselo. Es decir, que el heredero proporcionará el paso en virtud del legado de usu-

42. Véase para una reconstrucción arbitraria del supuesto texto original: BESELER, en Z. S. S., 45 (1925), 460.

fructo. en donde se entiende que el testador también daría el paso, de lo contrario no podría dar una cosa o conceder un derecho que el no tuviera.

En el mismo sentido se confirma esta solución para un supuesto igual, aunque con variantes, en:

8) D. 33,2,15, 1 (Marcellus l. 13 digestorum). *Qui duos fundos habebat, unum legavit et alterius fundi usum fructum alii legavit: quaero, si fructuarius ad fundum aliunde viam non habeat quam per illum fundum qui legatus est, an fructuario servitus debeatur. Respondit: quemadmodum si in hereditate esset fundus, per quem fructuario potest praestari via, secundum voluntatem defuncti videtur id exigere ab herede, ita et in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius ius transeundi usufructuario praestet, ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore optinuerit, sive donec usus fructus permanet sive dum ad suam proprietatem redierit.*

El establecimiento de la servidumbre nace aquí de haber creado el testador un legado de usufructo sobre una finca que no tenía acceso más que por otra legada del mismo testador. Se razona diciendo que se establece una servidumbre de la misma manera que, si en la herencia hubiese un fundo, por el que se puede dar vía al usufructuario, se obligaría al heredero a que la diese, según la voluntad del testador.

La razón es lógica, pues si el testador concede un derecho de usufructo y pudo dar camino para realizarlo, aunque no haya dicho nada, se entiende también concedido, pues quien puede dar lo más puede dar lo menos. En este caso, se dice en D. 33,2,15, 1: "no se le ha de entregar el fundo al legatario sin que conceda servidumbre de vía al usufructuario, para que de este modo se observe en los predios lo mismo que se observaba viviendo el testador y subsistirá la servidumbre mientras dure el usufructo". Como podemos ver, es doble la razón aquí aportada: una, procedente del estado de hecho creado por el derecho de usufructo concedido; otra, derivada de la destinación dada por el testador, o sea, del modo que él usaba y observaba, lo que nos indica que el texto está retocado aunque la solución de fondo es clásica, pues se exige del legatario, en este caso, la concesión del paso y no se considera constituida una

servidumbre. Como ya hemos confirmado en otros textos, este *ius transeundi* no es tal servidumbre, sino tan sólo una simple facultad de dejar pasar, un derecho accesorio (D. 7,6,1, 1), que se extingue con el mismo derecho de usufructo.

La solución dada por Marcelo al principio del texto es clásica, aunque difiere de la dada por Ulpiano en D. 30,44,9, y confirmada en D. 7,6,1, 2. Allí tiene que ser el heredero el que conceda la servidumbre y no el legatario, como aquí se dice. La diferencia procede, según GROSSO⁴³, de que Marcelo presenta un caso de legado *per vindicationem* y Ulpiano, en cambio, *per damnationem*. El D. 7,6,1, 2 habla de *agere ex testamento*. El D. 30,44,9 sigue a un pasaje (el párr. 8) donde se habla evidentemente del legado *per damnationem*; y revela tal nexo de lenguaje con el párrafo precedente que también el mismo debe ser referido al mismo tipo de legado; por lo demás, nos parece significativo el *sed heres cogitur redimere aditum et praestare*⁴⁴. “Que el D. 33,2,15, 1 se refiere, por el contrario, a un legado de usufructo *per vindicationem* me parece deducirse—dice GROSSO—de múltiples elementos y de todo el tenor del pasaje; frente al otro se nota el *praestare ius transeundi usufructuario*, que hace pensar precisamente en un legado de usufructo *per vindicationem*.” Además, observa⁴⁵ cómo el texto demuestra el principio romano de que el legado de usufructo trae consigo también indiscutiblemente el pasaje necesario para que se pueda *uti frui* y que esta *forma* dada por el testador sé conservada convirtiéndose en una tácita constitución de la servidumbre (o al menos como deber de constituir), y perdura aún después de extinguido el usufructo. Lo considera interpolado: en la época justinianea cree que fué admitida, o por lo menos se tuvo en el ánimo, una tácita constitución de la servidumbre. CIAPESSONI⁴⁶ elimina *ut*

43. GROSSO, en *Studia e documenta*, 5 (1939), 485.

44. Cfr. GAYO, II, 201.

45. GROSSO: *Costituzione tacita*, p. 328.

46. CIAPESSONI: *Servitius personae et usus personae*, en el volumen *Per il XIV Centenario della Codificazione giustiniana*, publicado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Pavia, 1934 (cit. por SOLAZZI, p. 187, n. 23).

*haec... optinuerit sive y sive... redieri*⁴⁷. BIONDI⁴⁸ propone *dum usus fructus permanet* en lugar del *sive donec... redierit*. Y BONFANTE⁴⁹ conjetura *an fructuario via debetur*.

Concluimos que no es congruente derivar de este texto una constitución tácita de servidumbre, puesto que el derecho que se concede es tan sólo el paso necesario para que se pueda realizar el usufructo, el cual es de carácter temporal y accesorio del mismo derecho de usufructo, lo que pugna frente al derecho real de servidumbre.

Así como en los textos que hemos examinado se ha concretado en qué consiste el paso necesario para ejercer el derecho de usufructo y se le ha distinguido como una categoría especial, denominada adminículo del propio derecho de usufructo o bien como una simple facultad derivada de ese derecho, en D. 8,5,2, 2 se enuncia claramente la diferencia que existe entre aquél y la servidumbre.

9) D. 8,5,2, 2 (Ulpianus l. 17 ad edictum). *Recte Neratius scribit, si medii loci usus fructus legetur, iter quoque sequi per ea scilicet loca fundi, per quae qui usum fructum cessit constitueret quatenus est ad fruendum necessarium: namque sciendum est iter, quod fruendi gratia fructuario praestatur, non esse servitutem, neque enim potest soli fructuario servitus deberi: sed si fundo debeatur, et ipse fructuarius ea utetur.*

Aquí volvemos a contemplar, en el caso de legar el usufructo de un predio, la concesión del paso necesario para su disfrute. Se dice que el paso que se presta al usufructuario para que usufructúe no es servidumbre. La razón de la distinción es clara: no podía haber una servidumbre entre fundos pertenecientes a una misma propiedad o, como dice el texto, "porque no puede deberse servidumbre sólo al usufructuario".

La facultad que tiene el legatario para poder realizar el derecho de usufructo (facultad de pasar, de conducir o de hacer acue-

47. SOLAZZI, p. 187.

48. BIONDI: *Servitutes*, p. 226, y en *Studi Besta*, I, p. 276: cfr., LENEL: *Pal.*, I, 161.

49. BONFANTE: *Corso*, III, p. 115, según cita SOLAZZI (p. 187, n. 23); a la misma opinión se adhiere. FREZZA, en *Studi economico-giuridici di Gagliari*, 22, p. 102 n. 30.

ducto) viene también reconocida como independencia de cualquier derecho de servidumbre y reclamada por una *actio incerti* en:

10) D. 33.2.1 (Paulus, l. 3 ad Sab.). *Nec usus nec usus fructus itineris actus viae aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest: nec erit utile ex senatus consulto, quo caveatur, ut omnium quae in bonis sint usus fructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit; sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi agendi ducendi facultatem praestet aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut, si accesserit legatarius vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restituatur.*

Según el texto, no se puede legar ni el uso ni el usufructo de la servidumbre de paso, de conducción, de vía o de acueducto, porque no puede haber servidumbre sobre servidumbre⁵⁰. Pero habrá contra el heredero la acción de cosa incierta, para que le conceda el legatario, mientras viviere, la facultad de pasar, de conducir o de hacer acueducto. La solución dada en su parte final, "o para que se constituya esta servidumbre con la caución de que sea restituida si falleciere el legatario o hubiere sido *capitis diminuido* por causa mayor", cabe dudar de todos modos que sea clásica, dado que las servidumbres son siempre perpetuas y no temporales.

Aunque aquí no se diga, tampoco es una verdadera servidumbre cuando el Pretor la establece expresamente, sino un derecho a pasar. Concretamente se observa en D. 8.3.36 y D. 8.3.37 cuando la servidumbre nace de pactos o estipulaciones. Entonces, no constituye un derecho real, sino una relación obligacional, personal, en la cual era necesario un ejercicio o uso que posteriormente la convertiría en un derecho real⁵¹. Para otro supuesto (D. 7.1.19 pr.),

50. Esta regla es propuesta en D. 33.2.1; expone SOLAZZI, p. 17, que, según la opinión dominante en este texto la palabra *servitus* sea interpolada en vez de *fructus*, o más probablemente, de *usus fructus*, y que la interpolación sea debida al deseo de los justinianos de incluir el usufructo en la categoría de las servidumbres: para él es una posición banal.

51. BIONDI: *Istituzioni di Diritto romano*, Milano (1946), 216; a propósito de la categoría de las servidumbres cfr. PEROZZI: *I modi pretori di acquisto della servitus*, en *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 23 (1897), 3 y 167; H. KRUEGER: *Die praetorische Servitut*, Münster, 1911; ALBERTARIO: *La protezione pretoria delle servitù romane*, en *Studi*, 2. 477; RABEL: *Zu den*

de una estipulación o declaración de última voluntad con una condición, se concluye una obligación de no hacer, pero nunca una servidumbre.

Es de advertir que el texto que comentamos (D. 8,5,2. 2) también nos señala el ámbito y modo de constitución de los adminículos. Se circunscriben a aquellos sitios del fundo por los que lo constituiría el que cedió el usufructo. En la frase parece insinuarse la destinación del padre de familia por la forma de expresión usada: una voluntad del testador extensiva a la situación de hecho por él creada. La razón es la misma que se da en D. 33,2,15. 1, anteriormente visto, de que se concede por el heredero el paso necesario para el usufructo de modo que se observe en los predios el mismo régimen que se observaba viviendo el testador.

Una hipótesis inversa presenta:

II) D. 8,2,41 pr. (Scaevola. l. 1 responsorum). *Olympico habitationem et horreum, quod in eà domo erat, quoad vivere, legavit: iuxta eandem domum hortus et cenaculum, quod Olympico legatum non est, fuerunt: ad hortum autem et cenaculum semper per domum, cuius habitatio relicta erat, aditus fuit: quacsitum est, an Olympicus aditum praestare deberet. Respondi servitatem quidem non esse, sed heredem transire per domum ad ea quae commemorata sunt posse, dum non noceat legatario.*

Deducimos que la casa con el hórreo, la huerta y el cenador están enclavados dentro de una finca que no tenía otra salida que a través de la casa. Al dividirse la finca, perteneciendo a Olímpico el usufructo de la casa y el hórreo y al heredero la plena propiedad de la huerta y el cenador, se dice que no hay servidumbre, pero que el heredero puede pasar.

Anteriormente hemos visto que se concedía al usufructuario este derecho a que le dejen pasar, el cual integraba su derecho de usufructo con la categoría de adminículo. Ahora se nos presenta la hipótesis contraria, es al heredero a quien se le faculta para po-

sogenannten praetorischen Servituten, en *Mélanges Girard*, 2, 387; FREZZA: *Appunti esegetici in tema di modi praetori di costituzione di usufructo e delle servitù prediale*, en *Studi economico giuridici R. Università di Cagliari*, 22 (1934), 34; MASCHI: *Contributi allo studio delle servitù praetoria*, en *Bullettino*, 46 (1939), 274.

der pasar, facultad ésta, como dice el texto, que no constituye servidumbre⁵². Claramente se deduce que su admisión supondría afirmar un derecho real sobre cosa propia, lo que es un contrasentido e inadmisibles en el Derecho romano, máxime cuando el derecho de habitación es transitorio (*quoad vivere*). Con lo cual volvemos a ver afirmado y perfectamente delimitados el derecho de servidumbre y la simple facultad de dejar pasar. Si el heredero tiene derecho a pasar es en virtud del disfrute de su derecho de propiedad de la huerta y el cenador, y porque el testador de igual manera así lo usaba, según nos lo confirmaban los fragmentos del D. 33, 2, 15, 1 y D. 8,5,2, 2⁵³. Pero la facultad de poder pasar viene determinada aquí por un módulo referido en el texto a *non noccat*, expresivo en cuanto al alcance y límites de aquella facultad.

b) *Supuestos de copropiedad sobre elementos comunes de una edificación verticalmente dividida entre los legatarios*

1) D. 8, 2, 36 (Papinianus, l. 7 quaestionum). *Binas quis aedes habebat una contignatione tectas: utarsque diversis legavit dixi, quia magis placeat tignum posse duorum esse ita, ut certae partes cuiusque sint contignationis, ex regione cuiusque domini fore tigna nec ullam invicem habituros actionem ius non esse inmissum habere: nec interest, fure utrisque an sub condicione alteri aedes legatae sint.*

52. BONFANTE: *Corso*, p. 115, y GROSSO: *Costituzione tacita*, p. 331, lo creen interpolado; BIONDI: *Servitutes*, p. 241 (citado por SOLAZZI, p. 183), y en *Studi Besta*, I, p. 278, cree como probable que Scaevola declarase *nec heredem transirem...*, excluyendo explícitamente aquel pasaje en el que, en caso de necesidad, se permite pasar al usufructuario; en efecto en el caso de Olímpico *semper per domum... aditus fuit*, y se trataba, por lo tanto, de una inveterada y constante costumbre de mayor comodidad, no de necesidad; SOLAZZI, p. 183, no cree genuina la restricción *dum non noccat legatario*, la cual es superflua, si ha de significar que el heredero, con su pasaje, no debe causar al legatario otros daños y otras molestias que las que necesariamente él ocasiona. En nota 12 dice que verdaderamente el *dum...* expresa la misma preocupación que el interpolado *ita tamen, ut iudex etiam de opportunitate loci prospiciat ne vicinus magnum patiatum detrimentum* del D. 11, 7.12 pr.

53. V. in supra, págs. 45 y 50.

2) D. 8, 2, 37 (Iulianus, l. 7 digestorum). *Idemque esse et si duobus aedes cesscrit.*

Los textos recogen el supuesto de una persona que tenía dos casas cubiertas con el mismo techado y las legó a diversas personas. Se dice que las vigas de cada región han de ser de cada uno de los dueños y que no han de tener éstos recíprocamente ninguna acción para impedir que no estén empotradas las vigas. Y lo mismo si las casas se hubieran cedido a dos⁵⁴.

SIMONCELLI⁵⁵ recoge la opinión de ARNDTS⁵⁶ y PARDESSUS⁵⁷, que han visto en estos dos textos una constitución tácita de servidumbre. El primero dice que “una reserva hecha al transferirse la propiedad (sea por acto entre vivos, sea a causa de muerte) puede resultar también tácitamente, máxime cuando el propietario enajena uno de los dos fundos, con algún aparejo existente en aquel tiempo como gravamen de uno y en favor del otro”.

HERT⁵⁸ ve en la ley *Binae aedes* una constitución tácita de servidumbre, y la explica por el concepto de necesidad: “*Et tamen contignatione illa aedes illae carere minime potuisse videntur.*”

CUYACIO⁵⁹ comenta: “*Non videntur tigna immissa in aedes nostras, quae nostra sunt, sed quae aliena, et alienorum dumtaxat nomine, immittuntur aedes nostras, competit actio negatoria. Denique non competit haec actio ius non esse immittendi cum nihil sit immissum. Contignatio dividitur regionibus; est regio, quae pertinet ad aedes Primi, est regio quae pertinet et aedes Secundi, et pro regione contignationis tigna propria sunt. Sunt igitur communia pro diviso: si contignatio dividatur regionibus, et tigna igitur, nec teguntur aedes Primi tigno alieno, sed suo et contra: denique tigna sunt communia pro diviso, id est, pro regione contignationis: nec intelligitur quicquam esse immissum ex aedibus alienis in alias.*”

54. Probablemente Juliano hablaba de *in iure cessio*.

55. SIMONCELLI, p. 20.

56. ARNDTS, vol. I, parte II 3 p. 349 y n. 2 (citado por SIMONCELLI, p. 20).

57. PARDESSUS: *Delle servitù*, n. 88 (idem).

58. HERT: *Dissertatio de servitute facto constituta* (idem p. 19).

59. CUYACIO: *Opera omnia* (edición Nápoles, 1758), 4, 143 ad leg. 36 de ser. urb.

Para Cuyacio, como se ve, no es la presunción de voluntad la que juega, sino la situación del lugar.

Igual supuesto contempla:

3) D. 33.3.4 (Iavolenus, l. 9 epistularum). *Si is qui duas aedes habebat unas mihi, alteras tibi legavit et medius paries, quod utrasque aedes distinguat, intervenit, eo iure eum communem nobis esse existimo, quo, si paries tantum duobus nobis communiter esset legatus, ideoque neque me neque te agere ius non esse alteri ita immixtas habere: nam quod communiter socius habet, et in iure eum habere constitit: itaque de ea re arbiter communi dividendo sumendus est.*

Cuando uno tenía dos casas con una pared medianera y las legó a dos personas diversas, se considera que es común el derecho que tienen para apoyar las vigas. El servicio que aquí se establece es mutuo y las ventajas son las mismas que un socio tiene en la cosa común. En este fragmento y en los anteriores se trata, más que de servidumbres adquiridas a favor de cada casa, de las pertenencias relativas a la cosa común. Los textos recogen la idea y dan la misma solución que moderadamente se desarrolla en la legislación de casas por pisos.

c) *Servidumbre necesaria a consecuencia de la división de una propiedad por legado*

1) D. 30.81.3 (Iulianus, l. 32 digestorum). *Qui fundum ex cepto aedificio legat, appellatione aedificii aut superficiem significat aut solum quoque, cui aedificium superpositum est si de sola superficie exceperit, nihilo minus iure legati totus fundus vindicabitur, sed exceptione doli mali posita consequetur heres id, ut sibi habitare in villa liceat: in quo inerit, ut iter quoque et actum in ea habeat. Si vero solum quoque exceptum fuerit, fundus excepta villa vindicari debet et servitus ipso iure villae debetur, non secus ac si duorum fundorum dominus alterum legaverit ita, ut alteri serviret sed inclinandum est testatorem etiam de solo cogitasse, sine quo aedificium stare non potest.*

En el texto se dan dos soluciones para los casos en que se legue un fundo exceptuado el edificio, según se incluya o no el suelo o

área de terreno sobre el que descansa el edificio. En el caso de que se comprenda solamente el edificio, sin el suelo sobre que se apoya, la excepción de dolo malo permitirá al heredero habitar en la casa. El texto comprende, además, la facultad de paso y conducción para ella.

Es decir, que este derecho de paso o conducción que tiene el heredero no es una servidumbre; es simplemente el derecho de dejar pasar establecido por la caución exigida del legatario por el juego de la excepción de dolo malo. No hay, pues, una servidumbre propiamente dicha, sino esta facultad especial, un derecho personal.

En el segundo supuesto que contempla el texto, es decir, cuando se excluye el suelo sobre el que se sienta el edificio, el caso ya varía. La propiedad del fundo pertenece al legatario y el edificio con su suelo al heredero. Entonces se establece *ipso iure* la servidumbre necesaria para transitar y conducir en favor de la casa de campo.

En vista de la necesidad objetiva surgida y para su posible realización, resulta establecimiento de la servidumbre originada en virtud de una ficción, "como si, el dueño de los fundos hubiera legado uno de modo que le prestare servidumbre al otro". Vemos, además, cómo el predominio de la voluntad del testador, en cierto modo, vale como razón del establecimiento de la servidumbre al decir el texto "que el testador pensó también respecto al suelo, sin el cual no puede subsistir el edificio". El fragmento ha sido profusamente interpolado⁶⁰. Grosso⁶¹ cree, sin embargo, que la contraposición de las dos hipótesis diversas, dependientes de la interpretación del legado, es sustancialmente genuina. Se interesa por la segunda solución, donde ve una tácita constitución de la servidumbre reconocida *ipso iure* a favor del edificio exceptuado del legado del fundo en que se encontraba. Dice que el texto originario debía de contener la afirmación de una antítesis en la solución *non secus ac si duorum fundorum dominus alterum legaverit ita ut alteri serviret*, lo que hace pensar en una *fictio*. Se fingía que el dominus, legado el fundo *excepto aedificio*, le hubiese legado *ut*

60. SCLAZZI op. cit. p. 185, en el *sed inclinandum est* ve el sentir y el estilo de los glosadores.

61. Grosso: *Costituzione tacita*, p. 332.

*aedificio serviret*⁶². GROSSO ve una constitución tácita de servidumbre, resultante de la posición de los fundos aquí reconocida. Según él, parece probable en la hipótesis^o del legado *per vindicationem*. Si la servidumbre no se entendía constituida, el Pretor concedía, en vía útil, una tutela real de la relación (como si la servidumbre hubiese sido constituida) mediante un *actio ficticia*. Por el contrario, BONFANTE⁶³ tiene por bizantina la constitución legal de esta servidumbre, y considera interpolado el texto desde *et servitus ipso iure serviret* (quizás hasta *potest*). La conclusión de BONFANTE no placē a BIONDI porque *servitus villae debetur* introduciría una obligación en la constitución de la servidumbre, e interpretar de este modo la disposición testamentaria no era lícito a la jurisprudencia; el texto no tiene huella de semejante interpretación ni, por otra parte, se comprendería cómo de un legado *per vindicationem* se pudiese derivar una obligación⁶⁴. Más radical es LUSIGNANI⁶⁵, que elimina toda la cuestión del pasaje entre ambas hipótesis y reconoce que no son felices las tentativas para salvar el texto. Por su parte, ARANGIO RUIZ⁶⁶ enmienda el texto *in ea* por *ad eam*⁶⁷. Según BIONDI⁶⁸, la decisión se funda, no sobre la destinación del precedente propietario, sino sobre el estado de necesidad, pues dice que la destinación de por sí no determina alguna constitución de servidumbre, mientras que la necesidad supone constitución de servidumbre aun cuando no provenga de alguna destinación.

d) *El texto clave de la destinación del padre de familia*

1) D. 33. 3. 1 (Iulianus, l. 1 ex Minicio). *Qui duas tabernas coniunctas habebat, eas singulas duobus legavit: quacsitum est, si*

62. Véase también una reconstrucción crítica de BESELER, en *Z. S. S.*, 46 (1926), 274.

63. BONFANTE: *Instituciones de Derecho romano* (trad. esp., Madrid, 1929), p. 342.

64. BIONDI: *Servitudes*, p. 232, cit. por SOLAZZI, p. 184.

65. LUSIGNANI: *Filangieri*, 33 (1898) 380; cfr. *Index* (citado por BIONDI, en *Studi Besta*, p. 278).

66. ARANGIO RUIZ: *Studi in onore di B. Brugi*, p. 252.

67. Acepta esta crítica BIONDI, en *Studi Besta*, I, p. 279.

68. BIONDI, op. cit. nota anterior, p. 280.

qui ex superiore taberna in inferiorem inaedificatum esset, num inferior oneri ferundo in superioris tabernae loco contineretur. Respondit servitutem impositam videri. Iulianus notat: videamus, ne hoc ita verum sit, si aut nominatim haec servitus imposita est aut ita legatum datum est: "tabernam meam uti nunc est do lego".

De la primera parte del fragmento se deduce que hubo una constitución tácita de la servidumbre por el hecho de tener que soportar la *taberna* inferior la carga de la superior. La nota de Juliano, por el contrario, afirma que no puede haber constitución de la servidumbre como no sea establecida expresamente (*nominatim*) o bien diciendo que se lega en la situación en que se encuentran las cosas. Sin embargo, para Minicio y la tradición sabiniana se entendería constituida la servidumbre.

SIMONCELLI trae a colación y expone el interrogante que hace VAN WETTER⁶⁹ sobre este fragmento: ¿No es evidente que esta cláusula (*uti nunc est*) no tiene objeto cuando hay un signo aparente de servidumbre? Siendo este signo visible por las partes contrayentes, ¿no está claro que la casa viene enajenada en el estado en que se encuentra?

La ley 1, citada, debe ser restringida, y él concluye que a las servidumbres continuas y no aparentes: se trata probablemente de una servidumbre *tigni immittendi*. Igualmente la opinión de HERT⁷⁰, que se propone la objeción de esta ley y recurre también al principio de la necesidad: *Atqui hoc casu superioris tabernae legatum citra servitutem hanc legatario usui esse non posse videtur*.

Según RICCOBONO⁷¹, el texto está interpolado desde *num*. La constitución tácita que se da en el fragmento, para él, es bizantina. La corrección que hace MOMMSEN (*inferiorem esse*, en vez de *inferior*) no le persuade: en cambio, crea acertada la corrección de CUYACIO al escribir *legatō* por *loco*.

Según RICCOBONO⁷², el texto carece de motivación alguna para

69. VAN WETTER: *Droit civil en vigueur en Belgique, annoté d'après le Droit romain*, p. 90, a. 692-694 (cfr. SIMONCELLI, p. 18).

70. HERT, vol. I, t. III, p. 88 (cit. por SIMONCELLI, p. 19).

71. Véase el estudio de RICCOBONO sobre el libro de Juliano *ad Minicium*, en *Buletino*, 7, 226 y 8, 169.

72. RICCOBONO, p. 246; en este mismo sentido, BRONDI: *Servitudes*, p. 236.

admitir la destinación del padre de familia y está en contradicción con los principios generales de las servidumbres del Derecho clásico y con el sentir general de los juriconsultos romanos. SOLAZZI ⁷³ supone que la respuesta de Sabino era negativa ⁷⁴: *servitutem impositam (non) videri*, y Juliano lo corrigiese, escribiendo *videamus, nec hoc ita verum (non) sit...*

Recogemos el fragmento como el texto clave, ya que en los restantes no aparece tan claramente la constitución de la servidumbre de un modo tácito y por ser el que BARTOLO escogió para fundamentar la institución de la destinación del padre de familia.

Según podemos observar, en el presente texto se dan tres soluciones: La expuesta al principio del fragmento, según la cual hay una constitución tácita y la servidumbre se considera impuesta. La observación de Juliano, desdoblada en dos modos, *tabernam meam, uti nunc est, do lego*, es decir, una constitución expresa aunque implícita, y, por último, una constitución necesariamente expresa: *si aut nominatim haec servitus imposita est*. De acuerdo con la crítica de interpolaciones, creemos dudosa, como solución clásica, la del primer párrafo del fragmento. Dada la interpolación que sufre el texto, es imposible admitir la constitución tácita como modo apto para el nacimiento de la servidumbre. Del análisis de los textos del Digesto vimos que en la época clásica no fué posible una constitución de las servidumbres por el modo tácito; era imprescindible una razón de necesidad objetiva, fundada en la disposición de las cosas, es decir, una de las dos soluciones que da Juliano, constitución implícita, pero expresa.

e) *Otros casos en que aparece la destinación del padre de familia*

1) D. 8, 5, 20, pr. (Scaevola, l. 4 digestorum). *Testatrix fundo, quem legaverat, casas iunctas habuit: quaesitum est, si hae fundo non cederent eumque legatarius vindicasset, an iste fundus aliquam servitutem casis deberet aut, si ex fideicommissi causa eum sibi dari legatarius desideraret, heredes servitutem aliquam casis excipere deberent. Respondit deberi.*

73. SOLAZZI, p. 186.

74. En diverso sentido opina GROSSO: *Costituzione tacita*, p. 333.

Se plantea aquí la constitución de una servidumbre a favor de unas chozas instaladas en un fundo que se había legado. Se pregunta si debería acaso este fundo alguna servidumbre a las chozas, o si, deseando el legatario que por causa de fideicomiso se le diera aquél, deberían los herederos reservar alguna servidumbre a favor de las chozas. "Respondió que se debía."

El texto supone un paso más hacia nuestra institución al reconocer que, en el momento de la separación del dominio, se puede constituir una servidumbre por los herederos a favor de las chozas en virtud de una utilidad o necesidad ulterior o bien presente de las mismas.

Para GROSSO⁷⁵, el genérico *deberi*, sin especificación de las servidumbres, parece demostrar que la determinación de las servidumbres depende, en la intención de los justinianos, de aquel estado de servicio. RICCOBONO⁷⁶ corrige el texto para el derecho clásico, sustituyendo *non debene* a *deberi*. La cuestión era dada para dos hipótesis distintas: que *cum (fundum) legatarius vindicasset*, y que *ex fideicommissi eum sibi dari desideraret*. LENEL⁷⁷ sostiene que en vez de hablar de fideicomiso se dijese legado *per damnationem*. Según Grosso (p. 329), reconstruir el tenor originario es difícil, pero parece espontáneo pensar que hubiese la posibilidad de paralizar la acción—*vindicatio* o *actio ex testamento* o (*petitio fideicommissi*)—para obtener la constitución de la servidumbre, o al menos la realización de un subrogado de la servidumbre tutelada por el Pretor, o una garantía de ejercicio. SIMONCELLI (p. 23) sostiene que el *deberi servitutem* es bien diverso al *impositam videri*, ya que la servidumbre se debe no presumir impuesta, pero sí obligar a imponerla. Según él, lo confirma BARTOLO en la glosa del D. 33,3,1 al decir: "*Quaeris, utram a legatario debet praestari servitus heredi, et sine dubio debet praestari.*" Cita, además, SIMONCELLI la ley *Testarix fundo*, contraponiendo este caso del *posse agi ut imponatur* a los otros precedentes del *videri servitutem impositam*.

Es necesario aclarar, en este supuesto del D. 8,5,20 pr., para

75. GROSSO: *Costituzione tacita*, p. 329.

76. RICCOBONO: *Corso di diritto romano. Le servitù prediali*, III, p. 402.

77. LENEL. *Z. S. S.*, 39, 170

que no parezca extraño y contrario al principio *superficies solo cedit*, cómo fué posible la enajenación de la superficie y lo edificado en ella, dándoles un destino distinto. Observamos cómo en el caso planteado en el fragmento no son propiamente casas, edificaciones adheridas al suelo de una manera permanente y que constituyen partes integrantes del mismo, sino que son chozas, *casae*, a modo de pertenencias, susceptibles de separación⁷⁸. Lo que en la doctrina moderna llamaríamos inmuebles por destino (bienes muebles incorporados a un inmueble).

Otro supuesto lo tenemos en:

2) D. 8,4,8 (Pomponius, l. 8 ad Sab.). *Si, cum duas haberem insulas, duobus eodem momento tradidero, videndum est, an servitus alterutris imposita valeat, quia alienis quidem aedibus nec imponi nec acquiri servitus potest, sed ante traditionem peractam suis magis acquirit vel imponit is qui tradit ideoque valebit servitus.*

El supuesto presenta el caso de que, teniendo dos casas una persona y habiéndolas entregado a dos a un mismo tiempo, se pregunta si será válida la servidumbre impuesta a una de las dos.

Para los críticos, el fragmento, según ha llegado redactado hasta nosotros, no pudo ser escrito por Pomponio, sino que fué reformado por los compiladores para admitir e introducir la nueva manera tácita de adquisición de las servidumbres. Según RICCOBONO⁷⁹, evidentemente Pomponio negaba la posibilidad de la constitución de la servidumbre en el caso de que el propietario de las dos vecindades las transfiriese *eodem momento duobus*. La reforma introducida por la interpolación (desde *sed*) no obedeció a ninguna necesidad práctica, ni es tampoco elegante desde el punto de vista jurídico, ya que, si se admite la posibilidad de constituir una servidumbre en el momento en que los dos fundos se encuentran en la mano del mismo propietario, el principio *nemini res sua servit* quedaba así violado. Hasta tal punto llega el Derecho romano a no admitir la destinación del padre de familia, que razona el no poder constituir la servidumbre antes de la tradición por ser una creación

78. RICCOBONO: *Studi Brugi*, p. 193, dice que este concepto de la pertenencia se ignora completamente por la jurisprudencia clásica.

79. RICCOBONO: *La destinazione*, p. 181.

de ella en cosa propia, y después de la tradición, por ser cosas ajenas sobre las que es imposible tener el derecho de dominio y, por lo tanto, facultad de disposición (v. D. 8,4,6 pr.)⁸⁰. Para SIMONCELLI (p. 23), si la servidumbre no se podía establecer contemporáneamente por el propietario en el momento de la venta, igualmente a *maiori* no se podía presumir impuesta.

5) SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN

De las diversas hipótesis que presentan los fragmentos examinados hasta ahora no podemos concluir la existencia de la destinación ni en el Derecho clásico ni en el Derecho justiniano. La destinación como modo general de constitución de las servidumbres no aparece hasta BARTOLO. Ahora bien, la institución no carece de ciertos precedentes, y hay algunas insinuaciones en el Derecho justiniano. Así, observamos cómo en los textos interpolados admiten para algunos casos (según vimos en D. 33,3,1; D. 8,5,20 pr.; D. 8,4,8) la constitución de la servidumbre deducida de la disposición del testador y del estado en que aparecen dispuestas las fincas. Los precedentes, a su vez, de estas situaciones los tenemos también en el Derecho clásico, al entender comprendidos para el ejercicio de un derecho fundamental (*iter ad sepulchrum*, legado de usufructo, etc.) ciertas facultades (poder pasar, tener lugar, etc.) anejas a aquel derecho fundamental que las fuentes llaman *adminicula sine quibus uti frui quis non possit*⁸¹. La razón clásica se fundamenta aquí tan sólo en una necesidad objetiva para la realización de los servicios que los predios se prestan entre sí. En

80. Véase, en cambio, la posibilidad de imponer una servidumbre a favor de un fundo vendido cuando retiene el sirviente el vendedor en D. 8,3,36. Tal imposición debe hacerse indicando concretamente el tipo de servidumbre de que se trata, D. 8,4,7 pr., pues la declaración *uti optimus maximusque*, en la mancipación, indica la libertad de cargas, pero no la existencia de servidumbre (D. 50,16,169).

81. GESTERDING (citado por SIMONCELLI, p. 6), al interpretar los textos, considera como servidumbre tácita el derecho a los adminículos. Según nuestra interpretación, los adminículos no son más que condiciones de ejercicio de un derecho fundamental que lo posibilitan; son ampliaciones necesarias que se conceden en vista de su realización y eficacia.

el Derecho justiniano ya varían las razones dadas para el establecimiento de estas facultades anejas a un derecho fundamental y para la admisión de ciertas situaciones de hecho que aparecen como servidumbres entre los fundos. En algunos textos el establecimiento de los servicios y de las servidumbres parece fundamentarse en la voluntad del testador, además de la forma o régimen de cultivo que él tenía dispuesta. Y es precisamente esta doble base y razón sobre la que se ha de operar más tarde la transformación, que, si bien en el Derecho justiniano se da como justificación para poder realizar el ejercicio del derecho concedido por el testador a un legatario, en los glosadores y postglosadores se construye como un modo general de constitución de las servidumbres, y se generaliza para cualquier servicio existente entre los fundos. La expresión "destinación del padre de familia" es una creación de BARTOLO, pues no aparece recogida en ninguna de las fuentes de conocimiento que tenemos del Derecho romano⁸². La denominación señala en cierto modo el origen y procedencia de la institución. La servidumbre nace de la coexistencia de dos fundos en una misma mano dentro de un patrimonio familiar. Las relaciones que establece el propietario mediante el ejercicio de su derecho de dominio obedecen a muy variados fines, desde los económicos hasta los de simple belleza.

Pero todas estas relaciones sobre los predios determinan estados de hecho que vinculan en cierto sentido a los bienes y los adscriben a una cierta *forma*; aquella apariencia y situación lograrán más tarde consideración jurídica. El problema comienza aquí: ¿Quién puede darles una relevancia suficiente para que adquieran una categoría jurídica? ¿De qué modo se ha de operar aquella transformación para su constitución?

La constitución de las servidumbres tenía que ser, como ya hemos visto, de un modo expreso (*nominatim*). En el Derecho clásico es general para la constitución de las servidumbres, tanto *inter vivos* como *mortis causa* (D. 18, 1, 66 pr.; D. 8, 4, 10)⁸³, la necesidad de una declaración expresa y que sea revestida de la forma

82. Cfr. los textos de la p. 9, n. 6.

83. V. los demás textos citados en el cap. 2.

correspondiente. Además, viene confirmado con el fenómeno de la confusión, el cual extingue la servidumbre y hace necesario, al separarse el dominio de los dos fundos, una nueva constitución. No obstante, aparecen en el Derecho romano casos de paso necesario, tales como el *iter ad sepulchrum* (v. 2 a) y ciertas ampliaciones legales del ejercicio de servidumbres convencionales previamente constituidas (v. 2 b). El que tiene un sepulcro familiar enclavado dentro de fincas ajenas se entiende—según hemos visto—que tiene el derecho o facultad de paso para llegar hasta él. El principio allí consagrado se ha considerado como una excepción dentro del régimen normal de constitución de las servidumbres.

Una razón de justicia y equidad permitió en el Derecho clásico para ciertos casos (v. 3, a, b y c) una restauración legalmente exigible de servidumbres extinguidas por confusión. La restauración de un estado de hecho aunque aquí esté fundada en derecho anteriormente existente, acabará por tener relevancia para situaciones precarias, en las que, no obstante su apariencia legítima, se puede establecer una presunción a su favor, y^o mucho más, en épocas en que el predominio de la voluntad ha de jugar un papel relevante.

En la sucesión hereditaria—de donde arranca el origen de nuestra institución—de la época clásica, si gravaba al fundo legado una servidumbre a favor del otro fundo del propio heredero, con la adición de la herencia se extinguía por confusión tal servidumbre y debía ser otra vez constituida en el momento de la nueva separación de los fundos⁸⁴. El simple estado de hecho mantenido por el propietario es del todo indiferente para el jurista clásico romano. Así se observa de una manera estricta cuando se trata de una *mancipatio*, como se ve en D. 8,4,7, 1. La obligación del heredero o del legatario consiste en constituir *ex novo* la servidumbre extinguida por la confusión. No obstante, el Derecho civil en la sucesión hereditaria estuvo siempre atento a la voluntad del testador en lo que refería a la disposición de sus bienes. Imponía al heredero recibir la cosa *cum sua condicione*, es decir, como se encontraba en el momento de la muerte del testador. El tes-

84. V. D. 8,4,9, D. 8,1,18, D. 30,116 4, D. 30 70,1 ya examinados.

tador algunas veces se refería expresamente a este estado de hecho, de donde se derivaba la constitución de un derecho, por ej., el legado de *habitatio* que vemos en D. 33,2,33 pr., de donde se deriva una obligación para el propietario (heredero o legatario).

Otras veces el estado de hecho sirve como regla de estimación del valor del legado, como, p. ej., cuando se lega la renta de un fundo y se estima en lo que el *paterfamilias* como arrendador solía obtener (D. 33,2,38).

La fuerza de este principio⁸⁵ hace referencia a un estado permanente de los fundos, en donde la apariencia juega un papel muy importante para el tráfico jurídico. La afirmación del principio de recibir la cosa *cum sua conditione* lleva en sí el germen de un reconocimiento de la voluntad del testador por la situación de hecho aparente que se manifiesta y permanece en las cosas⁸⁶. El problema para los jurisconsultos era simplemente de interpretación de la voluntad del testador. Si en la época clásica era necesaria una declaración expresa para la constitución, no obstante, dentro de la teoría de la interpretación se insinúa ya la idea de una vinculación sustantiva, según se desprende de la forma en que se hizo el legado y de una voluntad condicionada por las circunstancias reales de los predios⁸⁷.

85. La influencia de este principio se revela también cuando, contra los principios comunes, se reconoce una relación de accesoriadad; por ejemplo, cuando se detrae de la cosa legada una habitación sobre la misma que el propietario destinaba al uso de una contigua (D. 32,31).

86. Esta misma actitud de respeto al testador se puede ver en otras aplicaciones; por ejemplo, para determinar la medida del uso de productos accesorios del fundo, v. g.: "usar como lo hacía el padre de familia" (D. 7,9,7). "en la medida que hubiese disfrutado el padre de familia" (Fr. Vat., 70), "dar lo que en vida se daba" (D. 33,2,33 pr.). "según había acostumbrado el padre de familia" (D. 33,2,38), y, sobre todo, aunque no refiriéndose a las servidumbres, sino a los instrumentos para labrar los fundos, "si verdaderamente aparece a qué campo los había destinado preferentemente la voluntad del paterfamilias" (D. 33,7,12 14); cf. también D. 33,6,9,1 y D. 33,6,9,2.

87. Véase confirmada esta teoría para otros supuestos de pertenencias en ARTUR STEINWENTER: *Fundus cum instrumento. Eine agrar-und rechtsgeschichtliche Studie* (Akademie der Wissenschaften in Wien Philosophisch-historische. Sitzungsberichte 221. Band. I. Abhandlung), Wien-Leipzig, 1942; cfr. la recensión de ALVARO D'ORS, en *Emerita*. 12 (1944), 175.

Concediendo primeramente los jurisconsultos romanos acciones útiles para la constitución de tales servidumbres, se pasó luego al reconocimiento de la situación de hecho preexistente. La transformación de la solución se operará más tarde. En el Derecho clásico el jurisconsulto se limita a ciertos casos relativos al usufructo y argumenta la relación entre el fundo al que era legado el usufructo y un fundo *in hereditate*. En el Derecho justiniano aparecen ya corregidos los textos en lo que se refiere a la continuación del estado de servicio y a la justificación basada no en un derecho de propiedad o de usufructo, sino en el mismo derecho de servidumbre. El título habrá que buscarlo entonces en una forma tácita de la voluntad, ya que del silencio y sólo por los signos aparentes surge el supuesto que dará vida a la servidumbre.

El Derecho justiniano, liberándose de las formas solemnes parece insinuar esta constitución en virtud de la voluntad presunta del testador. Los fragmentos dicen: *Secundum voluntatem defuncti... ut haec forma in agris servetur quae vivo testatore optinuerit, sive donec usus fructus permanet sive dum ad suam proprietatem redierit* (D. 33,2,15, 1); *sed heredem transire per donum ad ea quae commemorata sunt posse, dum non noceat legatario* (D. 8, 2,41); *sed si voluntas contrahentium manifesta non sit, et hoc ius ad emptores transire* (D. 8,5,20, 1).

Una vez desaparecido el formalismo en el Derecho romano, debido a su universalización y conceptualismo, las formalidades jurídicas exigidas en ciertos casos se diluyeron, especialmente en aquellos supuestos más propicios (casi todos los casos de estados de hecho aparentes, posesión, servidumbres, etc.). Y más concretamente la desaparición del procedimiento *per formulas*, ya que en el sistema de la cognición oficial, desaparecidas las diferencias formales entre la *actio in personam* y la *actio in rem*, se facilita la conversión de lo que es exigencia de un "dejar pasar" o de un "constituir" una servidumbre en una verdadera acción real de servidumbre (confesoria). Desde entonces pudo ser viable el modo tácito de constitución de las servidumbres por destinación del padre de familia.

Según GROSSO⁸⁸, la constitución tácita fué obra del Pretor,

88. Grosso: *Costituzione tacita*. p. 335.

quien, guiado del intento de adecuar la consecuencia a la voluntad del disponente, quiso intervenir con medios de constrictión para imponer la constitución de la servidumbre o un subrogado de ella, o conceder una tutela útil mediante acción ficticia a la relación real de servidumbre. La necesidad de los predios, el estado de servicio impuesto por el precedente y único propietario eran elementos de los cuales, en el caso concreto, se podía deducir la voluntad que auxiliaba al Pretor. Para Grosso, los justinianos sustituyeron sin más los medios pretorios, proclamando la afirmación del efecto *ipso iure* para la constitución de la servidumbre. Además se da al estado de servicio establecido por el único propietario un reconocimiento más amplio, el valor de una presunción más general.

No es el estado de servicio dispuesto por el propietario entre los dos fundos suficiente por sí para dar vida a una servidumbre en el momento en que adviene la separación de ellos, pero sí cuando aquel estado presenta causa continua y permanente. Únicamente en este caso, la costumbre del propietario engendra la justa convicción de que él había querido sujetar de una manera perpetua un fundo al servicio del otro y que esta su voluntad daba vida a la servidumbre si en el momento de la separación de los fundos no se indica nada en contrario. Esto vale tanto para el acto por causa de muerte como para la enajenación entre vivos; en el primer caso es presumida la voluntad del testador; en el segundo hay allí un tácito consentimiento de las partes que intentan conservar aquel estado de cosas. De este modo es como viene consolidada y adquiere forma definitiva en la concepción de BARTOLO la "destinación del padre de familia" o, como preferimos llamar, "destinación del propietario". Para el estudio de la doctrina del Derecho intermedio y sus vicisitudes hasta las legislaciones modernas me remito a otro artículo de próxima publicación.

Concluyendo:

1.º En el Derecho romano clásico la constitución de las servidumbres ha de ser expresamente (*nominatim*).

2.º La nueva situación objetiva de los predios no es suficiente, en el Derecho clásico, para constituir una servidumbre. Los servicios necesarios para los casos de estricta necesidad vienen concedidos y resueltos adjetivamente a través del derecho fundamental

(el paso en el legado de usufructo de un predio, la luz en el caso del legado de casas, etc.).

3.º En el Derecho justiniano mediante la afirmación del principio de recibir la cosa *cum sua condicione*, por la actitud del respeto a la forma y uso de los campos, como lo hacia el padre de familia, y debido a la caída del formalismo, se crea un terreno favorable y adquiere importancia para algunos casos la interpretación de la voluntad del testador. En la conjunción de estos dos elementos predominantes (forma y voluntad del testador) parece apoyarse algún texto aislado para admitir aquel derecho de poder pasar, de poder disfrutar de igual modo que en el estado anterior. No obstante, la destinación, como tal modo constitutivo, no se reconoce ni admite.

4.º Los glosadores, y sobre todo los postglosadores, toman ya en consideración y fundamentan decididamente en la voluntad tácita del testador (derivada del estado de hecho con causa permanente y del silencio del testador) el hecho de la destinación del padre de familia mediante la aplicación del principio de interpretación de la voluntad. BARTOLO es el que generaliza el supuesto y concibe un modo general tácito de constitución de las servidumbres mediante la destinación del padre de familia.

JOSÉ BONET CORREA-CALDERÓN