

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES
EN LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA Y EN LAS MODERNAS
CODIFICACIONES**

**OBSERVATIONS ON PREDIAL SERVITUDE IN THE ROMAN
LAW TRADITION AND IN THE MODERN CODIFICATIONS**

Fabiana Tuccillo
Università degli Studi di Napoli Federico II

§ 1. *Características de los iura praediorum en el derecho romano y en los derechos actuales (de la tradición romanística)*. Las concepciones elaboradas por la Pandectística, que son en muchos países la base del derecho actual y de las codificaciones, pueden entenderse por completo sólo considerando su relieve histórico, esto es, delineando su proceso evolutivo desde los orígenes. Esto aclara la finalidad de estas páginas, que tratan de describir las fases históricas de las instituciones en su devenir concreto y de identificarlas conceptualmente, como premisa para comprender la continuidad entre derecho romano y derecho actual. El derecho romano comprende, de hecho, una evolución de siglos, y puede entenderse únicamente a la luz de una valoración que aclare el génesis de los modos de constitución y de extinción de las *servitutes* y la transformación de las mismas con respecto a los presupuestos sociales, económicos e ideológicos de cada una de sus épocas. Ciertamente, la reconstrucción histórica de conjunto que se ofrece no será exhaustiva en comparación con las grandes transformaciones jurídicas y sociales acontecidas en el largo período de desarrollo desde la fundación de Roma hasta Justiniano.

Puesto que los códigos retoman los principios derivados de una experiencia de siglos que parte del derecho romano, es evidente que sólo el estudio de éste permite comprender el derecho actual, su crisis y las perspectivas de futuro.

El término servidumbre deriva de la imagen de servir un fundo a otro: del inmueble ajeno se obtiene un beneficio para el propio inmueble. Por tanto, se crea un vínculo de dependencia jurídica entre los fundos, para la utilidad de uno de los dos. Cuando la utilidad se ha establecido a favor de un inmueble, toma el nombre de fundo dominante; reservándose el nombre de fundo sirviente para designar el inmueble que está gravado con la servidumbre. De hecho, se incide en el aspecto económico del fenómeno y no sobre el estrictamente jurídico, es decir, sobre la necesidad de que un *praedium* (fundo dominante) obtenga una ventaja objetiva de otro fundo (fundo sirviente). El carácter económico de la servidumbre se deduce de sus orígenes como en el caso de la expresión del *mancipium*, también relativo al fundo *in agro Romano*, destinado a la explotación económica de la tierra.

Ya desde el Código de Napoleón la servidumbre se describe como una carga impuesta sobre una heredad para el uso y utilidad de una finca perteneciente a otro propietario (art. 637)¹. Además, se establece que la creación de la servidumbre conlleve beneficio al fundo y a su uso y en ningún caso a la persona, de hecho, según el art. 686, es lícito a los propietarios establecer sobre sus fincas o en favor de las mismas, las servidumbres que tengan por conveniente siempre que el gravamen no se imponga a la persona ni en favor de ella,

¹ Art. 637 Código de Napoleón: «Une charge imposée sur un heritage pour l'usage et l'utilité d'un heritage appartenant à un autre propriétaire».

sino solamente en una finca con relación a otra y con tal de que estas cargas no contengan nada contrario al orden público². El Código Napoleónico ejerció una influencia muy profunda sobre el código civil italiano de la primera mitad del siglo XIX, el código civil italiano de 1865 y la mayor parte del código civil italiano de 1942. El art. 531 del código civil italiano de 1865³ y luego el art. 1027 del código civil italiano de 1942⁴ definir la servidumbre como el peso impuesto sobre un fondo para el uso y la utilidad de un fondo perteneciente a un propietario distinto. La experiencia del Código de Napoleón influye también en el art. 530 del código civil español que reza: «La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre, se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente».

² Art. 686: «Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés les servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public».

³ Art. 531: «La servitù consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario».

⁴ Art. 1027: «La servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario».

Las características de los *iura praediorum* son las siguientes: la tipicidad⁵, según la cual puede constituirse un *ius in re aliena* que brinde una *utilitas* objetiva, es decir, que desempeñe una precisa función económica, compatible con la naturaleza de la *res*; por ello ya en la edad clásica y también en la edad post-clásica los *iura praediorum* se individualizaban según la específica ventaja a satisfacer y no cabía materializar todas las servidumbres prediales que se quisieran inventar⁶.

Por el contrario, en el código civil italiano de 1942, el contenido del derecho de servidumbre no está prefijado en términos uniformes por la ley, la cual se limita a identificar dos sectores de servidumbre de contenido típico – servidumbre coactiva y algunas servidumbres en materia de aguas – dejando

⁵ Sobre la tipicidad vid. G. GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, en *SDHI*. 3 (1937) 288 s. [= *Scritti storico giuridici II. Diritto privato cose e diritti reali* (Torino 2001) 209 s.]; ID., *Le servitù prediali nel diritto romano* (Torino 1969) 115.

⁶ Sin embargo, en una importante monografía del 1999, MARIA FLORIANA CURSI, «*Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*» (Napoli 1999) *passim*, se ocupó del llamado *modus servitutis*, dejando entender que este elemento que las partes podían libremente incluir en el acto constitutivo podía coexistir sin ningún tipo de conflicto con un sistema típico de servidumbres. El *modus* ejercía tanto un papel correctivo del tipo de servidumbre, como también propulsor en el proceso de constitución de nuevas figuras que respondieran a las nuevas exigencias sociales. Pero sobre este punto volveré más adelante con un ejemplo concreto.

a la autonomía privada la labor de constituir servidumbres de contenido atípico, sobre la base de una libre valoración de los intereses que se consideran más relevantes y de los sacrificios a los cuales hay que hacer frente. En materia de servidumbres existió el principio *nemini res sua servit*⁷. En este sentido, es clara la sentencia de Paulo (D. 8.2.26 [15 *ad Sab.*]), que afirma expresamente que: *nulli enim res sua servit* (nadie puede tener

⁷ Para una profundización del principio *nemini res sua servit* si v J. LATREILLE, *De la destination du père de famille* (Paris 1885) 19 ss.; S. PEROZZI, *Fructus servitutis esse non potest*, in *BIDR.* 6 (1894) 1 ss. [= *Scritti giuridici II. Servitù e obbligazioni*, cur. U. BRASIELLO (Milano 1948) 167 ss.]; ID., *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, in *RISG.* 23/2 (1897) 5 [= *Scritti giuridici II cit.* 201 s.]; C. LONGO, *La categoria delle «servitutes» nel diritto romano classico*, in *BIDR.* 11 (1898) 314 s.; B. BRUGI, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Tradotto e arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia*, dir. F. SERAFINI, P. COGLIOLO, C. FADDA VIII (Milano 1900) 101 ss., 335 s. nt. h; V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, in *AG.* 82 (1911) 456 ss.; G. BESELER, *Miscellanea. Nemini sua res deberi potest*, in *ZSS.* 45 (1925) 233 s.; B. BIONDI, *La categoria romana delle «servitutes»* (Milano 1938) 307 ss.; ID., *Le servitù prediali nel diritto romano. Corso di lezioni*² (Milano 1954, rist. 1969) 104 ss.; S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali* (Napoli 1947) 14, 119 ss.; ID., *Specie ed estinzione delle servitù prediali* (Napoli 1948) 135 ss.; ID., *Sul principio 'Nemini res sua servit'*, in *SDHI.* 18 (1952) 223 ss. [= *Scritti di diritto romano VI* (Napoli 1972) 634 ss.]; G. GROSSO, *Le servitù prediali cit.* 89; A. VALIÑO, *La Facultad de hipotecar en el condominio romano*, in *Labeo* 48 (2002) 79 nt. 35, A. BURDESE, *Le servitù prediali* (Padova 2007) 14.

servidumbre sobre cosa propia)⁸. Este principio ha sido recogido por el legislador italiano en 1942 cuyo art. 1027 c.c., como ya hemos visto anteriormente, define la servidumbre como el peso gravamen impuesto sobre un fondo en beneficio de otro perteneciente a un propietario distinto. La consecuencia es la siguiente: si la propiedad de dos fundos confluye en la titularidad del mismo sujeto la servidumbre se extingue por confusión. La servidumbre se extingue cuando la propiedad del fondo dominante y la del fondo sirviente se reúnen en una sola persona⁹.

Ya en el Código de Napoleón, en el cual se inspiran los códigos del siglo XIX, estaba prevista la extinción de la servidumbre en el caso de reunión de fondo dominante y

⁸ En este sentido son claras las sentencias también de Ulpiano (D. 8.4.10 [10 *ad Sab.*]), que corrobora: *quia nemo ipse sibi servitutem debet* (... nadie se debe una servidumbre a sí mismo); de Africano (D. 8.3.33.1 [9 *quaest.*]), *nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest* (ningún predio puede ser sirviente de sí mismo ni puede constituirse usufructo de una servidumbre); y de Juliano (D. 8.3.31 [2 *ex Minic.*]) que a tal propósito menciona: *ipsa sibi servire non potuissent* (debido a que al haber pasado a ser los dos predios de un mismo dueño) no habría podido tener entre ellos la servidumbre.

⁹ Art. 1072: «La servitù si estingue quando in una sola persona si riunisce la proprietà del fondo dominante con quella del fondo servente».

serviente en la misma persona¹⁰. La confusión, también está prevista en el código español como una de las causas de extinción de la servidumbre¹¹.

Otro principio fundamental en la experiencia romana para la válida constitución de una servidumbre era el de la necesaria vecindad territorial entre el fundo dominante y el sirviente: *praedia vicina esse debent*; la vecindad debe ser tal que permita la subordinación de un fundo a otro. Hoy la historiografía ha redimensionado este elemento a falta de una explícita norma en este sentido, por lo tanto ha excluido su carácter imprescindible, sustituyéndolo por el principio de una necesaria conexión entre los dos fundos en función de la utilidad¹² de uno de ellos. El fundo sirviente se debe destinar a la *utilitas*, es decir, a proporcionar una ventaja más o menos relevante, objetiva, al fundo dominante. La *utilitas* se podía considerar también como una simple *amoenitas*, es decir como

¹⁰ Art. 705 del Código de Napoleón: «Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due et celui qui la doit sont réunis dans la même main».

¹¹ Art. 546 del código español: «Las servidumbres se extinguen: 1. Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente».

¹² Al respecto vid. por último C. MÖLLER, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB* (Göttingen 2010) 302 ss.

algo agradable (pienso en la *servitus ne prospectui officiat* que comportaba la obligación para el propietario del fundo sirviente de abstenerse de cualquier actividad que pudiera hacer menos agradable la vista al propietario del fundo dominante). Esta ventaja, expresamente prevista en el derecho romano, constituye el contenido de la servidumbre regulada por el legislador italiano de 1865 y de 1942, que establece una expresa disposición al respecto: en el art. 616 del código de 1865 leemos que los propietarios pueden decidir sobre sus fondos o para el beneficio de ellos cualquier servidumbre, a condición de que sólo se impone a un fondo y para el beneficio de otro fondo, y no es de ninguna manera contraria al público¹³; el art. 1028 c.c. italiano da una noción de *utilitas* que se puede entender como una mayor comodidad o amenidad del fundo dominante¹⁴. En el código civil español se menciona la *utilitas* únicamente para las servidumbres legales: el artículo 549, de hecho, establece que «Las servidumbres impuestas por la ley tienen por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares».

¹³ Art. 616 del código de 1865 «I proprietari possono stabilire sopra i loro fondi od a beneficio di essi qualunque servitù, purché sia solamente imposta ad un fondo e a vantaggio di un altro fondo, e non sia in alcun modo contraria all'ordine pubblico».

¹⁴ Art. 1028: «L'utilità può consistere anche nella maggiore comodità o amenità del fondo dominante».

Otro principio fundamental de la servidumbre es: *servitus in faciendo consistere nequit*¹⁵. El derecho grava el fundo mismo, el propietario del fundo sirviente sólo debe tener un comportamiento de tolerancia, paciencia, un *patis* del ejercicio de un específico *ius habendi* o *faciendi* del propietario del fundo dominante, o debe abstenerse de completar una actividad, *non facere*.

En el art. 1030 c.c. italiano de 1942¹⁶ se lee que el propietario del fundo sirviente no está obligado a cumplir ningún acto para posibilitar el ejercicio de la servidumbre por parte del titular, excepto en el caso que la ley o el título digan lo contrario.

¹⁵ Vid. al respecto, con detalle, BURZIO, *La servitus oneris ferendi ed il principio «servitus in faciendo consistere nequit»*. (Contributo allo studio degli oneri reali), in AG. 54 (1895) 551; P. BONFANTE, *La regola servitus in faciendo consistere nequit*, in *Studi in onore A. Ascoli* (Messina 1931) 179 ss.; A. TORRENT, *Estudios sobre la servitus oneris ferendi II. Cargas reales*, in *Estudios en memoria de B. Reimundo II* (Burgos 2000) 537 ss.; ID., *Estudios sobre la servitus oneris ferendi III. Obligationes propter rem*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca VIII* (Napoli 2001) 197 ss.; ID., *Estudios sobre la servitus oneris ferendi I*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per per G. Broggin* (Milano 2002) 417 ss.; S. MASUELLI, *La refectio nelle servitù prediali* (Napoli 2009) y R. BASILE, *Servitus onersi ferendi. Aspetti essenziali* (Napoli 2012).

¹⁶ Art. 1030: «Il proprietario del fondo servente non è tenuto a compiere alcun atto per rendere possibile l'esercizio della servitù da parte del titolare, salvo che la legge o il titolo disponga diversamente».

En el mismo sentido puede leerse el art. 543 del código español: «El dueño del predio dominante podrá hacer, a su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa. Deberá elegir para ello el tiempo y la forma conveniente a fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del predio sirviente».

Otros principios son los de la posibilidad de la relación: el ejercicio de la servidumbre tiene que ser materialmente posible; y el de la perpetuidad de la causa: permanencia de la razón de ser de la servidumbre y por lo tanto de su ejercicio. En un famoso pasaje de Paulo D. 8.2.28 (15 *ad Sab.*)¹⁷ en donde se dice

¹⁷ Este texto se ha discutido ampliamente en el seno de la historiografía: si v. G. PICCINELLI, *Sobre la doctrina de la perdurabilidad de la causa en las servidumbres prediales. Studi intorno alle leggi 28 D. 8,2 de servit. praed. urb. e L. 2 D. 8,4 comm. praed.*, in AG. 33 (1884) 372 ss.; S. PEROZZI, *Perpetua causa nelle servitù prediali romane*, in RISG. 14 (1893) 175 ss. [= *Scritti giuridici II* cit. 85 ss.]; G. BESELER, *Romanistische studien*, in RHD. 10 (1930) 224, que propone la siguiente restitución *<omnes servitutes praediorum urbanorum perpetuas causas habere debent>*; esta conclusión le gusta a V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ (Napoli 1960, rist. 1998) 235; pero como observa SOLAZZI (*Requisiti* cit. 49 nt. 125 e 174 s.), si los compiladores hubieran encontrado al principio del texto esa proposición y hubieran querido extender a todas las servidumbres se habrían contentado con casar 'urbanorum'. Cfr. C. FERRINI, *Sulla «perpetua causa» nelle servitù prediali romane*, en AG. 50 (1893) 391 [= *Opere di C. Ferrini IV. Studi vari di diritto romano e moderno (sui diritti reali e di successione)* (Milano 1930) 148]; B. BRUGI, en F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette VIII* cit. 45 ss.; G. GROSSO,

expresamente que *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*, el término *perpetuam* se tiene que entender todo el tiempo, sin límites de tiempo, en el pasado y en el futuro, como la perdurabilidad de una situación o la continuidad de una acción (por ejemplo la servidumbre de un acueducto se podía constituir sobre los cursos de agua viva o de agua perenne).

También la inalienabilidad del derecho: la servidumbre es un derecho inherente al fondo, es una *qualitas* objetiva, por lo cual no cabe la enajenación de la servidumbre separada del fondo; y la indivisibilidad: la *servitus* es una *qualitas fundi* que surgía y se extinguía por completo. Si el fondo dominante o el fondo sirviente se dividían, la servidumbre se conservaba entera. Este principio se menciona expresamente sólo en el código español: «Las servidumbres son indivisibles. Si el predio sirviente se divide entre dos o más, la servidumbre no se

L'evoluzione storica cit. 288 s. [= *Scritti storico giuridici II* cit. 209 s.]; ID., *Le servitù prediali* cit. 115; S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione* cit. 21 s.; A. PALMA, *Le derivazioni di acqua «ex castello»*, in *Index* 15 (1987) 443 s., en el ámbito de una problemática más amplia del encuadramiento dogmático de los derechos de derivación del agua *per rotam* y *da castellum*; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Appunti sulla 'quasi possessio iuris' nell'opera dei giuristi medievali*, in *BIDR.* 80 (1977) 79 nt. 19 [= *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano* (Roma 1999) 250 nt. 19]; V. GIUFFRÉ, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'* (Napoli 1992) 191 s.; F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani I. La struttura giuridica* (Napoli 2012) 17 ss.

modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda» (art. 535).

Si es el predio dominante el que se divide entre dos o más, cada partícipe puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera.

§ 2. *Servidumbres urbanas y rústicas: la constitución por el destino del padre de familia del derecho romano a las codificaciones.* Los tipos de servidumbres prediales más antiguas (relacionadas con el ámbito de la agricultura) son: el *iter*, el *actus*, la *via* y el *aquaeductus*. Estas servidumbres se habrían configurado como *res Mancipi*¹⁸, identificadas con la porción de fundo sobre la cual

¹⁸ Gai 2.14a. ... *Mancipi sunt* <.... *servitutes praediorum rusticorum* >. La interpretación de este texto ha interesado a muchos estudiosos por diversos aspectos problemáticos, como la exhaustividad del listado de las *res Mancipi*: P. BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana ('Res Mancipi' e 'res nec Mancipi')*, in *Scritti giuridici varii II. Proprietà e servitù* (Torino 1918). 104 ss., F. GALLO, *Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi* (Torino 1958) *passim*, G. ASTUTI, s.v. «Cosa (storia)», in *ED. XI* (Milano 1962) 14, U. ROBBE, *La successio e la distinzione fra successio in ius e successio in locum I* (Milano 1965) 49 s. nt. 37, G. NICOSIA, *Animalia quae collo dorsove domantur*, in *Iura* 18 (1967) 92 nt. 139 [= *Silloge. Scritti 1956-1996 I* (Catania 1998) 245 ss.], B. BIONDI, s.v. «*Res Mancipi e nec Mancipi*», in *NNDI. XV* (Torino 1968) 568, A. GUARINO, *Elefanti che imbarazzano*, in *Inezie di giureconsulti* (Napoli 1978) 45 ss. [= *Pagine di Diritto Romano II* (Napoli 1993) 308 ss.]; o la no exhaustividad: PH.E. HUSCHKE, *Die Verfassung des Königs Servius Tullius* (Heidelberg 1848) 245 ss.; A. RUDORFF, *Gromatische Institutionen*, in *Die Schriften der römischen Feldmesser II* (Berlin 1852, rist.

se pasaba o se conducía el agua y cuyo uso se identificaba con la noción de propiedad de una porción del fundo.

A las cuatro figuras antiguas de servidumbres rústicas, porque respondían a las necesidades agrícolas, y encuadradas entre las *res mancipi* se añadieron la *servitus aquae haustus, pecoris ad aquam adpulsus, pecoris pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae* y *cretae eximendae*. Desde el s. II a.C. se reconocen otras figuras de servidumbres que responden a las exigencias de la construcción en las ciudades, las llamadas servidumbres urbanas: por ejemplo, *servitus fumi immittendi, altius non tollendi*¹⁹, *stillicidii e fluminis* como derecho de verter gota a gota *stillatim* o por medio de un conducto las aguas de la lluvia; *cloacae, tigni immittendi, oneris ferendi, ne luminibus officiatur* y *ne prospectui officiatur* como derecho de impedir al propietario vecino la construcción de cualquier obra que disminuya la luz o que prive de la vista al fundo dominante. Estas servidumbres tienen un contenido por el cual es imposible reconducirlas al esquema del *dominium*; esto conlleva la superación de la

an. Hildesheim 1967) 303 s.; P. COGLIOLO, in G. PADELLETTI, *Storia del diritto romano. Manuale ad uso delle scuole* (Firenze 1886) 223 ss. nt. m; A. SICARI, *A proposito di «et» e della sua valenza disgiuntiva-alternativa*, in *Fides, humanitas, ius. Studii in onore di L. Labruna VII*, cur. C. CASCIONE, C. MASI DORIA (Napoli 2007) 5139.

¹⁹ Vid. A. TORRENT, *Servitus altius non tollendi con edificio intermedio libre de cargas. Ulp. 17 ad Ed. D. 8,5,6 pr.*, in *Quaderni lupiensi di storia e diritto* 2 (2012) 79 ss.

originaria configuración de las primitivas servidumbres en términos de propiedad, *res mancipi*, y a la configuración de las servidumbres como autónomos derechos reales limitados al goce y disfrute, denominados *iura in re aliena*. En la explicación presente en el segundo libro del Comentario gayano las *res corporales* e *incorporales*²⁰ son diferentes en razón de ser tangibles o no y las *res incorporales* se caracterizan también por otro importante elemento '*quae in iure consistunt*'. Entre las *res*

²⁰ La distinción entre *res corporales* e *incorporales* viene recogida con alguna variación en los *Digesta* (1.8.1.1 [Gai. 2 inst.]. *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. ... incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae. ... Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur*), Gai ep. 2.1.2, 3 (*Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae non in corpore, sed in iure consistunt, sicut est hereditas et obligationes de diversis contractibus scriptae ... 3. Incorporalia etiam sunt iura praediorum urbanorum vel rusticorum*) e nelle *Institutiones* (2.2.1-2. *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. ... Incorporales autem sunt quae tangi non possunt. qualia sunt ea quae in iure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. ... Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae et servitutes vocantur*). Sulle *res incorporales* si v. da ultimo, G. TURELLI, *Res incorporales e beni immateriali: categorie affini, ma non congruenti*, in TSDP. 5 (2012) 1 ss.; ID., *Res incorporales' e 'beni immateriali': categorie affini, ma non congruenti*, in «Afferrare ... l'inafferrabile». I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento. Atti della giornata di studi storici e giuridici. Brescia, 11 maggio 2012, cur. E. FUSAR POLI, A. SCIUMÈ (Milano 2013) 71 ss.; G. NICOSIA, *Possessio e res incorporales*, in AUPA. 56 (2013) 275 ss.

incorporales están presentes las servidumbres prediales. Paulo en D. 8.1.14 pr. (Paul. 15 *ad Sab.*)²¹, dice que las servidumbres rústicas, sin embargo son incorporales, y por eso no se pueden usucapir: así las servidumbres urbanas (*Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt,...* *Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur*).

También en el código civil francés, el art. 687 c.c. distingue entre servidumbres urbanas y rústicas²²: las servidumbres se establecen para el uso de los edificios o de los terrenos. Las primeras se denominan urbanas, tanto si los edificios están en la ciudad como si están en el campo. Las segundas se denominan rústicas.

Para que una servidumbre fuera reconocida por el *ius civile* era necesario que los dos fundos estuvieran en suelo italico y que la servidumbre fuera *iure constituta*, es decir, constituida a través de una de las formas preestablecidas por el *ius civile*. Las formas eran: *mancipatio, in iure cessio, deductio servitutis, legatum per vindicationem, adiudicatio, usucapio, pactio et stipulatio, quasi traditio*. Nos detendremos en el siguiente argumento, el destino

²¹ Sobre problemas textuales remito a mis *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. Usus, scientia, patientia* (Napoli 2009) 69 ss.

²² Art. 687 del Código de Napoleón: «Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre. Celles de la première espèce s'appellent urbaines, soit que les bâtimens auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne. Celles de la seconde espèce se nomment rurales».

del padre de familia²³. El curso del tiempo, acompañado de la *scientia* y *patientia* del propietario del fundo sirviente, está en la

²³ Parte de la historiografía niega que el destino del padre de familia sea una institución del derecho romano: así B. BRUGI, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali. Esame dei principi riguardanti il passo necessario in relazione al concetto di servitù prediale nel diritto classico*, in AG. 27 (1881) 232 s., ID., *L'ambitus e il paries communis nella storia e nel sistema de diritto romano*, in RISG. 4 (1887) 389, juzga tal institución ignota al derecho justinianeo, aunque aparezcan algunos vestigios. En la misma dirección V. SIMONCELLI, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo di servitù prediale* (in *Il Filangieri* 8 [1883] 268 ss., a continuación, completamente reconstruido en una nueva edición [Napoli 1886] ahora in *Scritti giuridici I* [Roma 1938] 1 ss.; BURZIO, *La servitus oneris ferendi ed il principio «servitus in faciendo consistere nequit»*. (Contributo allo studio degli oneri reali), in AG. 54 (1895) 551; S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in BIDR. 8 (1895) 247; L. COVIELLO, *Le servitù prediali. Lezioni dell'anno 1925-1926*, cur. G. STOLFI (Napoli 1926) 307; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano I²* [Roma 1928, rist. 2002] 773; B. BIONDI, *La categoria romana cit.* 450 ss.; ID., *Le servitù prediali²* cit. 286 ss.; L. BARASSI, *I diritti reali limitati. In particolare l'usufrutto e le servitù* (Milano 1947) 258 s.; J. BONET CORREA CALDERÓN, *Sobre la supuesta constitución tacita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas*, in AHDE. 19 (1948-49) 304 ss.; F. MESSINEO, *Le servitù (art. 1027-1099 c.c.)* (Milano 1949) 134 s.; G. LONGO, *Corso di diritto romano I* cit. 292; F. LAMBERTI, *Nominatim imponenda servitus*, in *Labeo* 42 (1996) 37 ss.; A. LÓPEZ PEDREIRA, *Constitución de servidumbres por destinación del padre de familia: antecedentes del artículo 541 del Código Civil Español*, in *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M.^a Reimundo Yanes I* (Burgos 2000) 523; M.G. ZOZ, *La costituzione tacita delle servitù nell'esperienza giuridica romana* (Milano 2001) 167, y S. RANDAZZO, «*Servitus 'iure' imposita*». «*Destinazione del padre di famiglia*» e costituzione «*ipso iure*» della servitù, in *Rivista di diritto*

base de la institución del destino del padre de familia, comprendida entre las formas de constitución de las servidumbres. Esta forma de constitución operaba cuando la propiedad de dos fundos pertenecientes a un único propietario venía enajenada y permanecía entre las partes del fundo un estado de subordinación de uno respecto del otro, correspondiente al contenido de una servidumbre. El estado de cosas existente entre los dos fundos del cual emanaba un

romano 2 (2002) 302 ss. Según la doctrina minoritaria el destino se habría incluido entre los modos de constitución de la servidumbre durante la época giustiniana: J. LATREILLE, *De la destination* cit. 38 s.; S. RICCOBONO, *La destinazione del padre di famiglia. Se per diritto romano sia ritenuta efficace a costituire servitù prediali. (A proposito di un recente lavoro dell'avv. G. Sala Contarini)*, in *RISG.* 21 (1896) 400 ss., han sostenido la validez de semejante modo constitutivo para la época giustiniana. Gran parte de la historiografía se ha adherido a esta reconstrucción: G. PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*³ (Torino 1935) 387; S. SOLAZZI, *Requisiti* cit. 13 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰ (Torino 1946, rist. Milano 1987) 344; R. ASTOLFI, *Un caso di costituzione tacita di servitù in età classica*, in *SDHI.* 23 (1957) 345 ss.; G. CRIFÒ, s.v. «*Destinazione del padre di famiglia (Dir. rom. e interm.)*», in *ED.* XII (Milano 1964) 308 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ cit. 246; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'* (Napoli 1992) 223 (si bien no excluye del todo la posibilidad de que este modo de constitución fuera ya conocido en el periodo clásico); A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² (Napoli 2001) 720. Para una reflexión sobre la estructura y creación de esta institución remito a F. TUCCILLO, *Studi su costituzione ed estinzione* cit. 189 ss.

vínculo de hecho a cargo de uno y con ventaja para el otro, se transformaba en *servitus* solo en el momento de la separación de los fundos y, por tanto, de la escisión de la titularidad, cuando el propietario conscientemente (*scientia del dominus*) enajenaba mediante un acto de venta, de donación o de disposición *mortis causa* uno de los *fundi*, conservando la propiedad del otro, la *scientia* estaba acompañada por la *patientia*, en otras palabras, por la falta de una voluntad contraria manifestada con una cláusula adecuada. El 'destino' se podría traducir en la voluntad del *dominus* de dar un preciso 'destino' a los fundos más allá de la contingencia del sometimiento de hecho, que es también capaz de prolongarse en el momento en el que los fundos dejan de pertenecerle.

Sin embargo, la jurisprudencia clásica, fiel al principio tradicional por el cual cualquier tipo de servidumbre debe provenir de constitución *nominatim*, llega a algunas conclusiones audaces que proporcionarán el pretexto para posteriores elaboraciones. Es suficiente leer el célebre dictamen de Juliano, después utilizado por Bártolo para exponer su teoría sobre el destino del padre de familia, donde parece que se admite una constitución tácita:

D. 33.3.1 (Iul. 1 *ex Min.*) [L. 845]. *Qui duas tabernas coniunctas habebat, eas singulas duobus legavit: quaesitum est, si quid 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'.

En el siguiente caso un propietario que tenía dos locales entre ellos unidos y los legó a dos personas diferentes: en la *taberna* superior se había construido una edificación (*quid inaedificatum*) que se apoya en la inferior, se preguntaba si en la posición del local superior se contenía una *servitus oneris ferendi* a cargo del local de abajo. El sujeto de *respondit*, quizás Sabino, cuyos dictámenes son compilados por Minicio, serían positivos: *servitutem impositam videri*. Juliano señala que esto es discutible: solo en el caso de que la *servitus (oneris ferendi)* se haya impuesto expresamente (*nominatim haec servitus imposita est*) o no se haya legado de manera explícita 'doy y lego mi local tal como se encuentra actualmente' (*uti nunc est*).

El valor peculiar de este caso es claro: la configuración particular de los locales, por la cual la del local inferior tiene un gravamen de servicio a favor del superior, siendo tan evidente esta circunstancia que no se puede concebir su existencia sin la servidumbre. Por lo tanto, se plantea la cuestión de si el acto de disposición de las dos *tabernae* construidas de esa manera se tiene que interpretar como contenido de la imposición de la *servitus*.

El legislador italiano del 1942 dispone que las servidumbres pueden estar constituidas por contrato o por

testamento (art. 1058 c.c.), abandonando de este modo la terminología de los códigos derogados que mencionaban el 'título'²⁴ entre las formas habituales de constitución de las servidumbres. El art. 1062 c.c.²⁵ dispone que las servidumbres no aparentes (cuando no se hacen obras visibles y permanentes destinadas a esta función) no pueden conseguirse por usucapión o por destino del padre de familia.

§ 3. *La extinción a través de non usus y usucapio libertatis.*

Entre los modos de extinción de los derechos reales parciales: *remissio servitutis*²⁶, *confusio*, prescripción total del fundo

²⁴ También en el Código de Napoleón el art. 693 dispone que el destino del padre de familia referido a las servidumbres continuas y aparentes equivale a título («la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes»). En el art. 629 del código civil italiano de 1865 lee: «Le servitù continue ed apparenti si stabiliscono in forza di un titolo, o colla prescrizione di trent'anni, o per la destinazione del padre di famiglia».

²⁵ Art. 1062: «La destinazione del padre di famiglia ha luogo quando consta, mediante qualunque genere di prova, che due fondi, attualmente divisi, sono stati posseduti dallo stesso proprietario, e che questi ha posto o lasciato le cose nello stato dal quale risulta la servitù. Se i due fondi cessarono di appartenere allo stesso proprietario senza alcuna disposizione relativa alla servitù, questa si intende stabilita attivamente e passivamente a favore e sopra ciascuno dei fondi separati».

²⁶ Si se supone que la renuncia pudiera tener un significado preciso, seguramente no fue ideada por los juristas clásicos como figura jurídica autónoma. La literatura moderna suele encuadrar la *remissio servitutis*

dominante o sirviente, *mutatio praediorum*, *non usus* y *usucapio libertatis*.

Los romanos conocían dos tipos de formas para la extinción por inactividad del titular: el *non usus* que se refería a las servidumbres rústicas y al usufructo y la *usucapio libertatis* típica de las servidumbres urbanas. La relación entre *non usus* y *usucapio libertatis* ha sido objeto de un amplio debate en la romanística contemporánea. En Italia, personalidades importantes en la investigación histórico-jurídica (nombres como Grosso, Branca y Biondi) se han ocupado de esta cuestión, con interesantes estudios muy significativos sobre el problema de la génesis, del fundamento y del campo de aplicación de los modos de extinción de las servidumbres.

En las decisiones de la jurisprudencia clásica se percibe una profunda incertidumbre sobre los principios que los regulaban. A grandes rasgos puede decirse que el no uso consistía en la inactividad del titular y el término se calculaba desde el primer momento en el cual el titular no ejercía las facultades pertenecientes al usufructo o a las servidumbres. Las únicas

entre los modos de extinción de la servidumbre, hipotizando que se realizase mediante *in iure cessio* modelada según *actio negatoria*. V. A. TREVES, *Sulla estinzione delle servitù per rinuncia*, in *Labeo* 2 (1956) 222 ss.; A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»* (Milano 1992) 114 ss., con un nuevo examen de las principales posiciones historiográficas respecto a F. TUCCILLO, *Sulla remissio servitutis*, en *Index* 39 (2011) 465 ss.

excepciones a la prescripción general eran la *habitatio* (D. 7.8.10 pr. [Ulp. 17 *ad Sab.*]) y las *operae* (D. 33.2.2 [Pap. 17 *quaest.*]) que no podían extinguirse por no uso; y en el campo de las servidumbres, para el *iter ad sepulchrum* (D. 8.6.4 [Paul. 27 *ad ed.*]), probablemente por razones de carácter religioso.

Para las servidumbres de ejercicio continuo el tiempo de la prescripción se calculaba desde el día y el momento en el que el propietario del fundo dominante debería haber llevado a cabo el acto de ejercicio, por ejemplo sacar el agua, y no lo hizo. Cuando el *ius*, por su naturaleza, debía realizarse en tiempos alternos o en períodos no continuados, es decir, cuando era a intervalos, la prescripción se calculaba desde el día en el que habría podido ejecutarlo y no lo hizo. En este tipo de servidumbre obviamente no se contaban ni los años ni los meses en los cuales se impedía el ejercicio de la *servitus*.

De una cierta relevancia es un pasaje de Paulo que contempla el caso de *servitutes* por años o meses alternos para las cuales era necesario un periodo doble respecto al previsto para la prescripción (*duplicato constituto tempore amittitur*); y de servidumbres que, por el contrario, se ejercitaban en días y

horas alternas, para las que se cumplían las reglas generales (*statuto legibus tempore amittitur*):

D. 8.6.7 (Paul. 13 *ad Plaut.*) [L. 1191]. *Si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum vel uno mense, quaeritur quemadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus, quo cum uti non potest, non sit usus. Itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore amittitur. Idem et de itinere custoditur. Si vero alternis diebus aut die toto aut tantum nocte, statuto legibus tempore amittitur, quia una servitus est: nam et si alternis horis vel una hora cottidie servitutem habeat, Servius scribit perdere eum non utendo servitutem, quia id quod habet cottidianum sit.*

La extensión de los *intervalla dierum et horarum*²⁷ previstos para la conducción incidía tanto en la duración del término de la

²⁷ Sobre la posibilidad de constituir una servidumbre de acueducto a intervalos mensuales, anuales, después diarios hasta llegar a intervalos inferiores a un día, como en D. 8.6.7 (Paul. 13 *ad Plaut.*), cfr. S. SOLAZZI, 'Servitus divisa', en *SDHI*. 17 (1951) 257; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana* II (Milano 1976) 417 nt. 102; ID., *Uti hoc anno aquam duxisti id est alternis diebus*, in *Proprietà e diritti reali* (Roma 1999) 129 ss., y con una intervención un poco polémica: F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio*

longi temporis praescriptio como en la extinción por *non usus*. Por esa razón el jurista distingue diferentes intervalos de tiempo durante los cuales se podía ejercitar el *ius aquae ducendae*: por un lado, los periodos que superan el uso cotidiano, como en el caso de pasar agua sólo en verano o en un único mes (*vel aestate ducatur tantum vel uno mense*), o años o meses alternos (*si alternis annis vel mensibus*), intervalos para los cuales se produce un alargamiento del periodo normal de prescripción: *duplicato constituto tempore amittitur*; por el otro los *intervalla* que forman parte del uso cotidiano del *aquaeductus*, en días alternos, o durante todo el día o sólo por la noche (*alternis diebus aut die toto aut tantum nocte*) que determinan la extinción de la servidumbre según el término ordinario (*statuto legibus tempore amittitur*), porque es única, sin intervalos, es decir, que estén comprendidas en el *usus cottidianus*. En el caso de que uno disponga de la servidumbre en horas alternas o durante una

delle servitù prediali, en *Riv. dir. rom.* 2 (2002) 502 s.. Un amplio discurso sobre la prescripción por no uso de la *servitus intermissione temporis divisa* realizado por M.F. CURSI, «*Modus servitutis*» cit. 186 s. Vid. F. TUCCILLO, *Studi su costituzione ed estinzione* cit. 140 ss.; C. MÖLLER, *Die Servituten* cit. 252 s.

hora cada día (*alternis horis vel una hora cottidie*), según Servio, la servidumbre se pierde de todas formas con el no uso ya que se cuenta con el uso *cottidianus* de la *servitus*.

El código civil italiano de 1865 abrogado, siguiendo el modelo francés²⁸, había dispuesto que la prescripción se calculaba desde el día 'en que cesaba el uso' sin distinguir entre uso continuo y uso intermitente²⁹. El código vigente de 1942, por el contrario, recoge una interpretación consolidada en la praxis, según la cual en el intervalo entre el último ejercicio y el sucesivo la servidumbre no puede ser ejercida, y por lo tanto es necesario que dicho periodo no se contabilice para la prescripción. Si el fundamento del non uso es la inercia del titular, no se puede hablar de inercia durante el tiempo en el cual el derecho no puede ser ejercitado legalmente, por lo anteriormente dicho, el término cuenta desde el día en que la servidumbre podía ser ejercida y no lo ha sido³⁰. El art. 1073 c.c.

²⁸ Art. 706: «La servitude est éteinte par le non usage pendant trente ans».

²⁹ Art. 666: «La servitù è estinta quando non se ne usi per lo spazio di trent'anni».

³⁰ Art. 1073: «La servitù si estingue per prescrizione quando non se ne usa per venti anni. Il termine decorre dal giorno in cui si è cessato di esercitarla; ma, se si tratta di servitù negativa o di servitù per il cui esercizio non è necessario il fatto dell'uomo, il termine decorre dal giorno in cui si è verificato un fatto che ne ha impedito l'esercizio. ... Nelle

añade en el tercer apartado que «en las servidumbres que se ejercen a intervalos, el término se calcula desde el día en el que la servidumbre se habría podido ejercer y no se retomó el ejercicio».

La jurisprudencia romana no parece que siga una línea uniforme en los casos de uso cualitativo o cuantitativo diferente de las servidumbres en cuanto a la extinción por *non usus*. En algunas decisiones se lee que el ejercicio en tiempo diverso o con modalidades diferentes a las estipuladas, es decir, contrario al modus accedente e inherente a la servidumbre, determinaba la prescripción de la *servitus*:

D. 8.6.10.1 (Paul. 15 *ad Plaut.*) [L. 1214]. *Si is, qui nocturnam aquam habet, interdium per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit nocturnam servitutem, qua usus non est. Idem est in eo, qui certis horis aquae ductum habens aliis usus fuerit nec ulla parte earum horarum.*

La circunstancia descrita por Paulo contempla el caso en el cual quien tiene derecho a tomar agua de noche y, por el contrario, la recoge en las horas diurnas durante el espacio temporal exigido para la extinción. En este caso, la consecuencia es la pérdida de la servidumbre, que es nocturna, por no haberla usado. Esta misma situación se verifica respecto de

servitù che si esercitano a intervalli, il termine decorre dal giorno in cui la servitù si sarebbe potuta esercitare e non ne fu ripreso l'esercizio».

quien teniendo el derecho de acueducto sólo durante ciertas horas, lo usa en otras distintas y no en las horas concedidas.

En el caso propuesto se examina la cuestión relativa a la posibilidad de que el cumplimiento de más actos distintos o de un acto prolongado, por ejemplo el uso del agua solamente durante alguna de las horas concedidas, fuera suficiente para impedir la extinción del derecho por desuso. La solución presentada parece que excluya esta eventualidad, ya que el modo contribuía a identificar el contenido exacto de la servidumbre. El uso diverso desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo del debido, es decir, el uso del agua durante la noche en vez de en las horas diurnas, o en horas distintas de las concedidas, determinaba la extinción del derecho, por desuso (*non usus*) de la servidumbre según las formas previstas³¹.

La tradición romanística no se ha abandonado en el nuevo código, que contempla la hipótesis de uso diverso en la medida y en el tiempo. El art. 670 del código de 1865 disponía que el ejercicio de la servidumbre en un tiempo diferente del determinado en la «convención» o de la posesión no impedía la prescripción³². En la reforma del código, la norma ha sido

³¹ Vid. A. TORRENT, *Plus agere. Exceso en el ejercicio convenido de 'iura praediorum'*. D. 8,6,11pr. (Marcelo 4 Dig.), in *Iura* 60 (2012) 53 ss.

³² Art. 670: «L'esercizio di una servitù in tempo diverso da quello determinato dalla convenzione o dal possesso non impedisce la prescrizione».

reproducida literalmente en el art. 1076, del código de 1942 aunque en lugar de convención se habla de título³³. Los intérpretes, siguiendo el modelo de las enseñanzas romanas, identifican en la diversidad de tiempo el ejercicio de una servidumbre diversa y así justifican la extinción por desuso. Por tanto, se trata de una diferencia cualitativa y no cuantitativa como en el art. 1075 c.c. italiano de 1942³⁴, que, por el contrario, consiente la conservación integral de la servidumbre ejercida de manera tal que obtenga una utilidad menor de la indicada en el título.

Debido a la dificultad a la hora de aplicar el no uso a las servidumbres urbanas, los juristas romanos admitieron que la posesión del fundo como libre durante el tiempo establecido por la ley para la usucapión determinaba la extinción del derecho por *usucapio libertatis*. El mecanismo que provocaba la *usucapio libertatis* estaba bastante articulado: exigía, por un lado, una actitud activa del propietario del edificio sirviente, que consistía en poseer *aedes* en modo contrapuesto con el contenido del *ius* de carácter continuativo, y por el otro lado una actitud pasiva, de tolerancia del titular del fundo dominante. Resulta esclarecedor a tal propósito el pasaje de Gayo, que con respecto a la *servitus altius non tollendi e tigni immittendi* comenta que la

³³ «L'esercizio di una servitù in un tempo diverso da quello determinato dal titolo o dal possesso non ne impedisce l'estinzione per prescrizione».

³⁴ Art. 1073: «La servitù esercitata in modo da trarne un'utilità minore di quella indicata dal titolo si conserva per intero».

servidumbre se extingue sólo en el momento en el que el propietario del fundo vecino cumpla actos *contra servitutem*, recuperando de esta forma la posesión de libertad del fundo.

D. 8.2.6 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) [L. 178]. *Haec autem iura similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul³⁵ libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiantur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris: alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet.*

Estos *iura*, comenta el jurista, se extinguen de un modo similar a los *iura praediorum rusticorum*, con el no uso durante un cierto tiempo: salvo con la diferencia de que no todos perecen en todos los casos en que no se usan, sino solamente si el vecino usucapiase al mismo tiempo la libertad: por ejemplo,

³⁵ Probablemente Gayo con la expresión *simul* se expresó la necesidad que los dos hechos se realizaran al mismo tiempo *non uti* y *usucapere libertatem*.

si tu edificio prestase al mío la servidumbre de no elevarse más allá de una cierta altura, y de no quitar luz a mi edificio y yo, durante el tiempo establecido, hubiese tenido mis ventanas clavadas u obstruidas, así yo pierdo mi derecho si durante ese tiempo tú hubieras levantado la altura de tu casa, pero si nada hubieras hecho yo conservo la servidumbre. Igualmente si tu casa está gravada con la servidumbre de apoyo de viga y yo hubiera retirado la viga, solamente pierdo mi derecho si tú hubieras cerrado el boquete que dejó la viga y así lo hubieras dejado durante el tiempo establecido, y si nada nuevo hubieras hecho, permanece íntegro mi derecho³⁶.

Creo que el jurista antonino estaba procediendo con una serie de ejemplos de servidumbres urbanas que podían extinguirse a través de la *usucapio libertatis* y no con el *non usus* y, por tanto, la de *altius non tollendi* y la de *ne luminibus officiatur* y después la de *tigni immittendi*. Los editores, incluido Mommsen³⁷, ponen una coma que disuelve en dos la servidumbre. Gayo expresa claramente la *dissimilitudo* entre los *iura praediorum rusticorum* y *urbanorum* en la extinción por *non usus*, solicitando para las servidumbres urbanas un *quid pluris*, que consiste en un comportamiento contrario del propietario del fundo sirviente, es decir, la construcción a una mayor altura en la *servitus altius non tollendi* o el cierre del agujero en el cual

³⁶ Para una lectura crítica de este pasaje vid. F. TUCCILLO, *Studi su costituzione ed estinzione* cit. 122 ss.; C. MÖELLER, *Die Servituten* cit. 333 ss.

³⁷ *Digesta Iustiniani Augusti* I (Berolini 1868) 253.

estaba la viga en la *servitus tigni immittendi*. Por lo tanto, no es suficiente que quien debe una servidumbre de no elevarse más allá de una cierta altura, y de no quitar luz al fundo dominante, tenga las ventanas clavadas u obstruidas, sino que es necesario para adquirir la *libertas fundi*, que intervenga un ejercicio contrario que impida al *dominus* que tenga luz en el caso que la quisiera de nuevo, y por tanto elevar la casa durante el tiempo necesario para la prescripción (*per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto*); o en la *servitus tigni immittendi*, obstruir el boquete (*si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris*) después de haber retirado el *tignum* (*exemero tignum*) del boquete donde estaba colocado y poseer el fundo en estas condiciones durante dos años (*et per constitutum tempus ita habueris*): solo con estas condiciones hará *amittere ius* al titular de la *servitus*.

Este régimen se debe, probablemente, a las diferentes condiciones y exigencias de las propiedades urbana y agraria: habría sido difícil identificar los comportamientos relativos, por ejemplo a la obturación del boquete cuando se retira una viga o a la altura excesiva del edificio en las servidumbres rústicas. Por eso, es imposible pretender la *usucapio libertatis* para este tipo de *iura*. La expresión que utiliza Gayo '*haec autem iura*', se refiere probablemente al comentario en el fragmento dos del título segundo en donde se mencionan las *species urbanae*, parece que constituye un indicio importante a favor de la hipótesis por la cual la *usucapio libertatis* se utilizaba para todas las

servidumbres urbanas y no solo para la *servitus altius non tollendi*, la *ne luminibus officiatur* y la de *tigni immittendi*. Para apoyar esta reconstrucción se puede tener en cuenta también el adverbio *veluti* usado para introducir no solo un listado taxativo de servidumbres sino más bien ejemplarizador.

Para que pudiese operar el mecanismo de la *usucapio libertatis* en la *servitus tigni immittendi* era necesaria la obturación de los boquetes, de manera tal que impidiera la introducción del *tignum*, no bastaba con la inexistente construcción del muro. Según la famosa cita de Gayo, de hecho, cuando el *tignum* había sido *exemptum* la *servitus tigni immittendi* se extinguía a través de la *usucapio libertatis* con *obturare foramen et per biennium ita habere*. En el caso descrito, la servidumbre permanece porque no se puede hablar de *non usus* como un derecho que no se puede ejercitar, y no se pierde porque no se posee el fundo sirviente como libre, ya que falta el *aliquid novi*, en otras palabras, el acto contrario a la existencia de la servidumbre. Corbino subraya que para la *usucapio libertatis* era indispensable que el propietario realizara en el fundo sirviente una modificación del lugar que impidiera el ejercicio de la servidumbre y que aconteciera una *interpellatio* que interrumpiera el ejercicio del derecho ventajoso. El problema de la función y del impacto sobre el régimen jurídico de las servidumbres de la *lex Scribonia*³⁸, no dissociado de la cuestión

³⁸ Todavía hoy existe una notable incertidumbre sobre la datación, sobre el alcance práctico y sobre la eficacia de tal *lex*. Entre la numerosa

bibliografia vid. in particular: R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre* (Marburg 1856) 650 ss.; F. PICCINELLI, *Alcuni cenni sulla questione: se la usucapione e la prescrizione furono titoli d'acquisto delle servitù nel diritto romano*, in *Studi senesi nel circolo giuridico della R. Università* 2 (1885) 3-4 276; G. GROSSO, *Sulla genesi storica dell'estinzione delle servitù per 'non usus' e della 'usucapio libertatis'*, in *Foro It.* 62 (1937) IV/269 ss. [= *Scritti storico giuridici II. Diritto privato cose e diritti reali* (Torino 2001) 233 ss.]; ID., *Le servitù prediali* cit. 189 ss.; E. LEVY, *Usureceptio servitutis*, in *Studi in onore di E. Albertario II* (Milano 1953) 221 ss. [= *Gesammelte Schriften II* (Köln-Graz 1963) 154 s.]; B. BIONDI, *Le servitù prediali*² cit. 27 ss.; R. YARON, *Reflections on usucapio*, in *TR.* 35 (1967) 226 ss.; G. WESENER, *Zur Frage der Ersitzbarkeit des ususfructus*, in *Studi in onore di G. Grosso I* (Torino 1968) 211 ss.; C. ST. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia «de usucapione servitutium»*, in *RIDA.* 17 (1970) 329 ss.; J.M. RAINER, *Nochmals zu den Gründen und der Datierung der Lex Scribonia*, in *ZSS.* 104 (1987) 631 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ancora sulla lex Scribonia*, in *Index* 22 (1994) 211 ss.; ID., *Ai margini della proprietà fondiaria*² (Roma 1996) 97 ss.; ID., *Alle origini di un divieto legislativo: la lex Scribonia*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche in onore di F. Gallo I* (Napoli 1997) 79 ss.; ID., *La lex Scribonia e la usucapione delle res incorporales*, in *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano* (Roma 1999) 91 ss.; C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo. Derecho romano, derecho germánico, tradición romanística y furs de València* (Castelló 2002) 62 ss.; F. TUCCILLO, *Note minime sulla Lex Scribonia*, in *Histoire, Espaces et Marges de l'Antiquité, Hommages à M. Clavel-Lévêque IV* (Besançon 2005) 132 ss.; R. LA ROSA, *Nota minima su D. 8.3.30*, in *Fides, humanitas, ius. Studii in onore di L. Labruna IV*, cur. C. CASCIONE, C. MASI DORIA (Napoli 2007) 2773 ss., e ID., *Usus fructus. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica* (Napoli 2008) 164 ss.; C. MÖELLER, *Die Servituten* cit. 235 ss.

tratada hasta ahora, señala un momento de especial relevancia en la historia de los derechos reales y no interviene sobre la *usucapio libertatis*:

D. 41.3.4.(28)29 (Paul. 54 *ad ed.*) [L. 674]. *Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitute constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute.*

Se puede usucapir la liberación de las servidumbres, pues la ley Escibonia suprimió la usucapición constitutiva de una servidumbre, pero no la que procura la liberación por extinción de la misma. Probablemente el legislador no abolió la *usucapio libertatis* porque se pretendía favorecer la libertad de los fundos.

Esta institución parece que sea la única de la cual no hay vestigios en la codificación moderna. La antigua *usucapio libertatis* se alteraría en el derecho intermedio, pudiendo aplicarse a cualquier carga real, en el Code civil la *usucapio libertatis* obras limitadamente a los privilegios y a las hipotecas. Nada se decía con respecto al usufructo y a la servidumbre que se extinguían con el no uso durante treinta años. En el código civil italiano abrogado y en el que está en vigor no aparecen estas disposiciones y tampoco en el código francés la parte relativa a los privilegios; solamente con respecto a las hipotecas se ha admitido una prescripción con un límite de treinta años, actualmente de veinte.

En la época romana esta institución tenía su *ratio*, pero en la actualidad la situación ha cambiado. La ley no solo reconoce la prescripción general, sino que también establece en qué modo se concreta el no uso de las servidumbres negativas (art. 1073 c.c. segundo párrafo). Parece ser que la función sobre la cual se fundaba la romana *usucapio libertatis* ha decaído.

Dicho esto, se puede inferir que si el fundo sirviente ha sido poseído durante veinte años como libre, es decir que durante ese periodo de tiempo no se ha ejercido la servidumbre, se verifica la adquisición de la propiedad y al mismo tiempo extinción de la servidumbre por no uso. Por lo tanto, no se produce la compra del fundo como libre sino dos efectos jurídicos de contenido diverso: la adquisición de la propiedad por usucapión, por un lado, y la extinción de la servidumbre por no uso, por otro. De esto se deriva que si el fundo ha sido poseído durante veinte años, pero la servidumbre no ha sido ejercida por ejemplo durante dieciocho, la propiedad se adquiere pero la servidumbre no se extingue³⁹.

³⁹ Sobre la relación entre *non usus* y *usucapio libertatis* esto ver la ordenanza 10 de mayo-7 de noviembre de la Corte de Casación italiana, Sexta sección civil del 2016, n. 22561. Objeto del recurso por revocación es la ordenanza n. 1531 del 2015 de la Sexta sección civil con la cual se ha desestimado el recurso propuesto por los señores. G., S., M. contra la sentencia del Tribunal de apelación de Palermo n. 306 del 1 de marzo de 2012. El Tribunal Supremo italiano solamente había precisado que el no uso del derecho debía ser recalificado como forma de prescripción del derecho real y no como forma de '*usucapio libertatis*'. Añaden que el periodo de

La destinación del padre de familia, el *non usus* y la *usucapio libertatis* incluyen entre sus elementos constitutivos la inacción o el hecho negativo, por un lado, y la acción y el ejercicio del derecho de servidumbre, por otro. En estos supuestos, la inacción o la acción devienen hechos jurídicamente relevantes sólo al cabo de su continuidad por un cierto período de tiempo.

Por lo tanto, se puede decir que *tempus, scientia y patientia* son elementos en común de las instituciones relativas a la constitución y a la extinción de las servidumbres prediales estudiadas en estas páginas.

prescripción coincidiría con el primer acto de cesión y no se volvería a calcular con cada nuevo traspaso ya que el adquirente sucede en los derechos adquiridos por el anterior propietario. Evidenciándose que el inmueble G. había sido comprado en 1979 por el anterior propietario y el inmueble S. en agosto de 1980, de este modo se ha consumado la prescripción vicinal al principio de la causa en octubre de 2000.