

**SERVIDUMBRES A FAVOR O A  
CARGO DE EDIFICIOS FUTUROS.  
PAUL. 15 *ad ed.* D. 8.6.18.2.**

En nuestros días no es raro en el tráfico inmobiliario que las empresas constructoras constituyan servidumbres a favor (o a cargo) de edificios futuros (de luces, vistas, alturas, conducciones eléctricas, gas, telecomunicaciones, etc.) Sin las complejidades actuales derivadas de los progresos de la industria que exigen el mejor aprovechamiento económico de los fondos, esta misma necesidad a escala de los conocimientos del Mundo Antiguo fue tenida en cuenta por la jurisprudencia romana que la admitió desde tiempos de Sabino, con lo que lo podemos remontar a Quinto Mucio, o sea, desde principios del s. I a.C., la posibilidad de establecer servidumbres a favor o en contra de edificios futuros.

Al estudiar el problema en derecho romano no trato de hacer ‘Historisierung’,

sino siguiendo a Gallo<sup>1</sup> estudiar el derecho romano liberándolo de las raíces ideológicas justinianas (absolutismo imperial, negación de la libre actividad interpretativa de juristas y jueces reservándose la exclusivamente el emperador) tratando de destacar su adecuación a la realidad y a las exigencias humanas. Bretone, considerado contrario a la ‘Historisierung’, que desde el punto de vista neopandectista entiende que ha ejercitado y ejercita sobre el derecho romano y su espíritu un «influsso distruttivo», trata de restaurar el nexo – que se ha interrumpido y debilitado con las codificaciones de los Estados nacionales modernos – entre historia del derecho y dogmática, comparación jurídica y derecho europeo; todo esto en una

---

<sup>1</sup> F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010, 6. En una copiosa producción científica Gallo trata de recuperar «la eredità perduta del diritto romano», que desde tiempos justinianos hasta nuestros días abandonó la famosa definición del derecho de Celso: «*ius est ars boni et aequi*»; cfr. F. GALLO, *La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione della scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, en *TSDP*, III, 2010, 49 ss. ([www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)).

template dai giuristi classici. Pomponio (36 *ad Sab.* D. 8.2.23.1) ci fa pensare che esse rimontano quanto meno a Quino Mucio e il problema viene impostato soprattutto da Paolo (15 *ad ed.* D. 8.6.18.2), il quale solleva una serie di questioni, specialmente in materia di *usucapio libertatis* in connessione con i delicati problemi derivati dalla *lex Scribonia* e con la nuova concezione delle servitù come *res incorporales*.

ARMANDO TORRENT

Catedrático de Derecho Romano

Universidad Madrid ‘Rey Juan Carlos’.

E-mail: [armando.torrent@urjc.es](mailto:armando.torrent@urjc.es)

**ABSTRACT**

La existencia de servidumbres a favor o a cargo de edificios futuros podría hacer pensar en una contradicción, dado que la constitución de una servidumbre exige la existencia actual y efectiva de los fondos dominante y sirviente, y esto no se da en aquellas *iura praediorum urbanorum*. Pero la realidad económica es innegable, imponiendo tales servidumbres contempladas por los juristas clásicos (Pomp. 36 *ad Sab.* D. 8.2.23.1) que permite pensar que se remontan cuando menos a Quinto Mucio, y sobre todo por Paulo (15 *ad ed.* D. 8.6.18.2) que plantea muchos puntos interrogativos, especialmente en materia de *usucapio libertatis* en conexión con los deicados problemas derivados de la *lex Scribonia* y la nueva concepción de las servidumbres como *res incorporales*.

L'esistenza di *servitutes* a favore o a carico di edifici futuri potrebbe far pensare ad una contraddizione, poiché la costituzione di una servitù esige la esistenza attuale ed effettiva dei fondi, dominante e servente, e ciò non si verifica nel caso dei *iura praediorum urbanorum*. Ma la realtà economica è innegabile e impone la sua considerazione e tali servitù erano con-

perspectiva organicista de derivación savigniana<sup>2</sup>.

No puedo estar de acuerdo con Bretonne cuando señala que para el romanista actual (neopandectista) lo que cuenta es el núcleo «storico-scolastico» de la romanística, «conta solo ciò che è servito e serve al nostro presente e al nostro futuro». Esta posición me parece un reduccionismo exagerado que limita en gran medida la función del romanista. Desde luego no pienso estudiar de esta manera las servidumbres a favor de edificios futuros, sino tratar de analizar el pensamiento de los juristas romanos sobre el tema y sus «percorsi logici» en las soluciones ofrecidas, tema que tiene tantas dificultades como la interpretación del art. 1029 del Código civil italiano que regula nuestro tema<sup>3</sup>.

A priori, desde un punto de vista teórico no deja de tener dificultad concebir una servidumbre predial del tipo que estudiamos en cuanto las servidumbres significan un

<sup>2</sup> M. BRETONNE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, 2004, 245.

<sup>3</sup> Cfr. G. GROSSO, *Servitù a favore di un edificio futuro e prescrizione estintiva*, en *Giurisprudenza italiana*, XCIX, 1947 = *Scritti storico giuridici*, II, Torino, 2001, 458.

situación jurídica objetiva actual que relaciona dos fundos en la que los respectivos titulares, uno «*ius suum deminuit, alterius auxit*» (Ulp. 52 *ad ed.* D. 39.1.5.9), aumento y disminución que han de verse desde un punto de vista económico y no en el sentido de equivalencia<sup>4</sup>; en este punto podría verse una cierta analogía entre legados y servidumbres en cuanto que si el legado fue visto por los juristas romanos como *delibatio hereditatis*, también las servidumbres suponen una *delibatio* económica para el titular del fundo sirviente, y desde la óptica que nos interesa, *delibatio* jurídica en cuanto limita las facultades del propietario sirviente que le sería lícito ejercitar sin la existencia de la servidumbre.

La constitución de las servidumbres para dar solución al mejor aprovechamiento y necesidades de los fundos, exige la existencia contemporánea y efectiva de éstos, y de ahí la aparente contradicción en las servidumbres que tratamos, pues en el momento de su constitución no existe uno de los fundos, algo que – como veremos – ha llevado a pensar a algunos (sobre todo civilistas) que se

<sup>4</sup> B. BIONDI, *Struttura giuridica delle servitù*, en *Scritti in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953 = *Scritti giuridici*, IV, Milano, 1965, 105.

grava el edificio futuro; en definitiva éste es un problema de calificación o de valoración de la *utilitas* de la servidumbre, que es lo que llevan a Grosso / Dejana<sup>59</sup> a cualificar el contenido de la servidumbre en relación a la utilidad. Valorando la servidumbre como poder inmediato sobre el fundo, poder que se realiza en los derechos reales mediante exclusión de los demás en el ejercicio del derecho que se trate, esta situación *erga omnes* tiene un valor efectivo aunque su ejercicio no pueda actuarse inmediatamente. La ventaja que proporciona la *servitus tigni immittendi*, la *servitus altius non tollendi*, o los diversos *iura aquarum* y *stillicidiorum* propios de las servidumbres urbanas, antaño como hogaño aumentan el valor de los bienes inmuebles y sirven a la utilidad de los fundos que es uno de los principios esenciales de las servidumbres, tanto que se trate de servidumbres positivas como negativas. Y esto lo vieron bien los juristas romanos cuando en sus elaboraciones doctrinales admitieron la constitución de servidumbres a favor o a cargo de edificios futuros.

<sup>59</sup> G. GROSSO-G. DEIANA, *Le servitù*, cit., 141.

Que en derecho romano se trata de la constitución de una servidumbre no hay duda, como tampoco hay duda que se extingue por *usucapio libertatis*. Pero ¿cómo va a usucapir el titular sirviente si no ha construido el edificio? Evidentemente no puede poseer como libre algo que no existe, y esto es lo que dice Paul. D. 8.6.18.2: «*aedificatum non habueris ... non potest usucepisse vicinus tuus libertatem aedium suarum*». La construcción del edificio no se pone como condición, sino que su inexistencia impide una facultad que pudiera ejercitar el propietario del fundo si éste estuviera acabado y apto para prestar el servicio convenido. Por eso tampoco prescribe la servidumbre para el titular dominante mientras no esté construido su edificio: «*non ideo magis servitutem amittes*».

No cabe duda que en las servidumbres *de quae loquimur* el edificio asume una función preponderante en que los servicios a prestar son determinantes para la utilidad y mejor rentabilidad económica del fundo dominante. La servidumbre constituida para obtener una ventaja futura aumenta el valor económico del fundo dominante, y ya tiene un valor real en sí misma: si se transfiere a un tercero el fundo dominante vale más con la servidumbre que

constituyen inicialmente como una relación obligatoria que se transforma en real cuando se construya el edificio.

Que hablemos de edificio futuro ya nos sitúa claramente en el campo de los *iura praediorum urbanorum*; en realidad los textos se refieren principalmente a las *servitutes altius non tollendi* y *servitus tigni immitendi*, pero también hay alguno que se refiere a los *iura aquarum*. Paulo cita una *quaestio* presentada por Labeón admitiendo la posibilidad de constituir una servidumbre para «*aquam quaerere et inventam ducere*» en casos de *aedificium nondum aedificatum*<sup>5</sup>. Podemos dejar por sentado que en el s. I a.C. ya se conocía esta servidumbre, y que en la época clásica era admitida por sabinianos y proculeyanos:

Pomp. 36 *ad Sab.* D. 8.2.23.1: *Futuro quoque aedificio, quo nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest.*

---

<sup>5</sup> Paul. 49 *ad ed.* D. 8.3.10: *Labeo ait talem servitutem constitui posse, ut aquam quaerere et inventam ducere liceat: nam si liceat nondum aedificato aedificio servitutem constituere,...*

En esta sede me voy a fijar especialmente en un texto de Paulo que Fabiana Tuccillo<sup>6</sup> que es la última que se ha ocupado de la constitución y extinción de las servidumbres prediales, afronta desde el prisma – siempre polémico entre los romanistas – de la *usucapio libertatis*, figura muy conexas con las servidumbres a estudiar en cuanto si no alza su edificio el propietario gravado o beneficiado, plantea el problema de la liberación de la carga mediante la técnica de la *usucapio libertatis*.

Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.6.18.2: *Si, cum ius haberes immitendi, vicinus statuto tempore aedificatum non habuerit ideo nec tu immitere poteris, non ideo magis servitutem amittes, quia non potest videri usucapisse vicinus tuus libertatem aedium suarum, qui ius tuum non inerpellavit.*

<sup>6</sup> F. TUCCILLO, *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù in diritto romano*, ‘Usus’, ‘scientia’, ‘patientia’, Napoli, 2010, 172 ss. Vid. a propósito de este libro A. TORRENT, *Una nueva revisión de la constitución y extinción de las servidumbres*, en *Index*, XXXIX, 2011, 455 ss.

Tampoco es convincente la teoría de la condición<sup>56</sup>: servidumbre sujeta a la condición de construcción del edificio, ni incluso admitiendo que en el intervalo hasta la terminación del edificio la relación tenga eficacia real como piensan Grosso y Dejana<sup>57</sup>. La respuesta de Biondi<sup>58</sup> que niega la teoría condicional es persuasiva: si hasta la construcción del edificio la relación no es servidumbre, no se explica que pueda tener efectos reales, y su lógica es impecable: «se non vogliamo presentare costruzioni giuridiche assurde, al fine di attribuire efficacia all’atto con cui le parti hanno inteso costituire, ed attualmente, una servitù, rispettando nello stesso tempo lo schema legale dell’istituto, bisogna rifarsi a quella impostazione che i giuristi romani davano senza arzigogoli od acrobazie dommatiche, degni di miglior causa».

<sup>56</sup> Vid sobre los efectos *ex nunc* o *ex tunc* de la constitución condicionada de la servidumbre, G. BRANCA, *Servitù prediali*, en *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Roma-Bologna, 1951, 334 ss., tema en el que no entraré por ser relativamente periférico en esta sede.

<sup>57</sup> G. GROSSO-G. DEIANA, *Le servitù prediali*<sup>2</sup>, Torino, 1955, 137 ss.

<sup>58</sup> B. BIONDI, *Servitù*, cit., 237-238.

*serviente* que no edifica no puede ejercitar la *usucapio libertatis* porque no existe ningún objeto de posesión liberatoria, de lo que se deduce que una vez constituida la servidumbre comienza a desplegar efectos reales negativos porque no está construido el edificio, y Paulo es consecuente: la servidumbre existe, es lícita, y despliega efectos reales desde el primer momento. Solazzi<sup>54</sup> vió muy claro el tema al decir que sería absurdo que el propietario del fundo *serviente* se viera liberado de la servidumbre simplemente no edificando el muro en la *servitus tigni immitendi*; solo podría hacerlo impidiendo el ejercicio de la servidumbre con actos obstativos (*obturare foramen*), y siempre que el titular activo *ius suum non interpellavit*. Al respecto ya había dicho Elvers<sup>55</sup> que para neutralizar el derecho de los respectivos titulares era necesario un acto obstativo decisivo, siendo indiferente que este acto dejara o no huellas duraderas físicas en la cosa.

<sup>54</sup> S. SOLAZZI, *Specie*, cit., 64.

<sup>55</sup> R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1856, 363.

En general este texto no ha sufrido graves críticas. Guarneri Citati<sup>7</sup> entiende, y es perfectamente lógico, que «*statuto tempore*» debe ser sustituido por «*biennio*», que por tanto sería un glosema que permite explicar la discordancia entre *habueris-poteris*, tesis compartida por Pringsheim<sup>8</sup> que además sospecha que desde *quia-fin* apunta a un edificio inexistente. Mayores dudas le suscita a Solazzi<sup>9</sup> que considera muy remanejado todo el texto. Para Beseler<sup>10</sup> «*ideoque nec tu immitere poteris*» sería una glosa, como también «*aedium suarum*» que reconstruye integrando después de «*aedium <quae nondum extractae erant>*»<sup>11</sup>, reconstrucción no aceptada por Grosso<sup>12</sup> que considera el texto ampliamente remanejado entendiendo que su tenor originario debía referirse a otra hipótesis, citando a título de ejemplo el caso que el propietario del fundo dominante no

<sup>7</sup> A. GUARNERI CITATI, *Contributo alla dottrina della mora*, en *AUPA*, XI, 1923, 183.

<sup>8</sup> F. PRINGSHEIM, *Miszellen*, en *ZSS*, XLV, 1925, 411.

<sup>9</sup> S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, 83.

<sup>10</sup> G. von BESELER, *Miszellen*, en *ZSS*, XLVII, 1927, 461.

<sup>11</sup> G. GROSSO, *Costituzione di servitù a favore o a carico di un edificio futuro*, en *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1934, 51 ss. = *Scritti*, II, cit., 48 ss.

<sup>12</sup> G. GROSSO, *Costituzione*, cit., 47-48.

hubiese construido en el bienio sucesivo a la constitución de la servidumbre, para lo que sería suficiente conjeturar que el trozo «*vicinus statuto tempore aedificatum non habueris ideoque nec ne inmittere poteris*» fuese sustituido por un originario «*biennio aedificatum non habueris*»; incluso – dice Grosso – se podría pensar en la hipótesis de ruina del edificio sirviente, pudiendo entrecruzarse otras cuestiones como la antítesis con la *servitus oneris ferendi*<sup>13</sup> que obligaba al propietario sirviente a efectuar *de propria fortuna la refectio parietis*, mientras que esta obligación no existía en la *servitus tigni immitendi*, y en general en todas las servidumbres cuya limitación para el propietario sirviente consistía en un *pati* y la ventaja para el titular dominante en un *ius in prohibendo*.

Vemos por tanto que el texto paulino trata un tema de gran importancia práctica además de plantear muchos interrogantes con diversas

<sup>13</sup> Cfr. A. TORRENT, *Estudios sobre la ‘servitus oneris ferendi’*. I. *Utilitas, tipicidad*, en ‘*Cunabula iuris*’. *Studi storici giuridici per G. Broggin*, Milano, 2002, 419 ss.; II. *Cargas reales*, en *Estudios de derecho romano en memoria de B.M. Reimundo*, Burgos, 2000, 537 ss; III. ‘*Obligaciones propter rem*’, en ‘*Iuris Vincula*’. *Studi in onore di M. Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, 197 ss.

Grosso (desde el punto de vista civilístico), no hay contradicción entre decir que no surge la servidumbre antes de la construcción, y decir que su constitución está condicionada, es decir subordinada a la *condicio iuris* de la construcción, pero los romanos «*ci hanno insegna*to con una logica spietata» que *pendente condicione* no existe la relación *sub condicione*. Biondi se pregunta acertadamente: cómo y cuando se verificaría la supuesta transformación?; dado que la construcción no surge en un solo instante ¿cómo precisar en qué momento se produce la transformación? ¿Basta que la construcción haya sido iniciada? ¿A medio hacer? ¿Cuando se acabe totalmente?, y yo planteo una pregunta esencial: ¿Cuándo se podrá decir que el edificio esté construido a los efectos del ejercicio de la servidumbre?.

De seguirse la teoría conversionista habría que fijar el momento de transformación de la relación obligatoria en derecho real, con los importantes y distintos efectos que tiene cada una de estas relaciones. En el texto analizado da la impresión que Paulo está pensando no en argumentos de sistemática jurídica creadora o legitimadora, sino que lo alega para señalar un efecto real importante: *el titular*

ejercicio, no tiene la expectativa de ejercer por tanto un derecho real que no tiene sustento material, por lo que teóricamente cabe la construcción de la conversión de una relación obligatoria en derecho real, explicación nada convincente porque una cosa es el efecto obligatorio y otra muy distinta son los efectos reales.

Esta doctrina por así llamarla conversionista, ha sido enunciada por algún civilista (Messineo<sup>51</sup>) referida al Código civil italiano de 1942, y su doctrina como tal enunciación dogmática en mi opinión teóricamente puede aplicarse al análisis de los textos romanos sobre la materia aunque sea para rechazarla. La tesis conversionista ha sido negada contundentemente, y con razón, por Biondi<sup>52</sup>. Com ayor cautela dice Grosso<sup>53</sup>: «questo effetto obbligatorio che a un certo punto si trasforma in reale, io non ce lo so vedere», porque simplemente quiere decir que el acto con eficacia real está sometido a condición, y por tanto sometido a una *condicio iuris*. Según

<sup>51</sup> F. MESSINEO, *Le servitù prediali*, Milano, 1949, 26 ss.

<sup>52</sup> B. BIONDI, *Servitù a carico di un edificio futuro*, en *Giurisprudenza italiana*, 1934 = *Scritti*, IV, cit., 236.

<sup>53</sup> G. GROSSO, *Servitù a favore di un edificio futuro*, en *Scritti*, II, cit., 602.

soluciones en el campo de la reflexión jurídica. A primera vista trata de la *usucapio libertatis*<sup>14</sup> de una *servitus tigni immitendi* que probablemente es la servidumbre urbana más antigua surgida de la necesidad de introducir una viga en la pared del vecino para mantener el edificio propio. El texto plantea la relación entre *non usus* (evidente porque el vecino no había edificado la pared para sostener la viga ajena) y la *usucapio libertatis*; éste fue el tema sobre el que se centraron los comisarios justinianos planteando las relaciones entre *non usus* y *usucapio libertatis* como modos de extinción de las servidumbres en conexión con el *cursus temporis*: dos años desde las XII Tab.VI.3<sup>15</sup> a la época postclásica (*PS* 1.17.1), mientras que Justiniano C. 6.34.13 (a. 531) estableció diez años *inter praesentes* (con los problemas derivados de la *scientia* y *patientia servitutis*) y veinte *inter absentes*. De todas formas, como es sabido, el *usus servitutis* fue ejercitado como *modus acquirendi* hasta la

<sup>14</sup> Vid. sobre el tema con lit. F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 97 ss., que ofrece las líneas generales de una teoría de la *usucapio libertatis*.

<sup>15</sup> Vid. sobre este versículo tan laboriosamente tratado por la doctrina, F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 1-30.

prohibición de la *lex Scribonia*<sup>16</sup>, dato que confirma

Paul. 54 *ad ed.* D. 41.3.4.28: *Libertatem servitutium usucapio posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute, itaque si, cum tibi servitutem deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.*

Descontado el ejemplo – desde luego oportuno – de la *servitus altius tollendi*, éste es el único texto clásico que menciona la *lex Scribonia*, y en el que está subyacente la nueva concepción de las servidumbres como *iura in re aliena*, que desde las XII Tab. venían siendo consideradas *res corporales* y por tanto usucapibles hasta la *lex Scribonia*. Partiendo de estas premisas creo que debe desecharse la tesis de Longo<sup>17</sup> que el concepto de *servitus* que aparece en los clásicos está interpolado, no siendo otra cosa que una superestructura propia de la dogmática bizantino-justiniana

<sup>16</sup> Vid. la vastísima lit. sobre la *lex Scribonia* en F. TUCILLO, *Studi*, cit., 1-2, nt. 1.

<sup>17</sup> C. LONGO, *La categoria delle 'servitutes' nel diritto romano classico*, en *BIDR*, XI, 1898, 281 ss.

Indudablemente tales servidumbres tienen un valor jurídico y económico, pero antes de la construcción del edificio cabe preguntarse si verdaderamente existe una situación jurídica, y si existe cuales sean sus efectos. Si el fundo dominante fuera el edificio futuro podría pensarse que la servidumbre no es válida por inexistencia total del fundo que aún no se construido, y lo mismo podría decirse si el edificio futuro fuera el sirviente, porque la constitución de la servidumbre no tiene sustrato material, pero atendiendo al principio de conservación de los actos jurídicos caben dos soluciones: la teoría que llamo conversionista, y la teoría de la condición.

Según la primera la constitución de la servidumbre se instrumenta como una relación obligatoria que se transforma en derecho real cuando se construya el edificio, y a esta solución podría dar pie la afirmación de Paulo de que el titular sirviente no puede ejercitar la *usucapio libertatis* porque no existe nada que pueda poseerse como libre precisamente porque el titular dominante aún no ha alzado su edificio, con lo que podría interpretarse que ningún titular puede ejercitar su facultad adquisitiva para recuperar la *libertas fundi* porque no existe el objeto de su

servidumbre la ventaja económica esperada, recayendo también desde ese momento en el titular sirviente la carga de soportar la servidumbre, pero esto no ocurre en las servidumbres sobre edificios futuros, y el primer problema a afrontar es determinar en base a qué criterios se puede decir constituida una servidumbre a favor (o a cargo) de un edificio futuro que no existe, que por tanto no proporciona una *utilitas* inmediata, y precisamente por su carácter futuro no se sabe si llegará a proporcionarla. Este tipo de servidumbres podían constituirse en Roma (Pomp. D. 8.2.23.1) aparentemente sin mayores problemas; pero el *quid* precisamente está en la futuribilidad. Por supuesto que la constitución de esta servidumbre implica asegurar a un fundo una ventaja futura que atiende al destino particular que proporciona al fundo dominante, con lo cual, y como ocurre por lo general en todas las servidumbres, ésta se extingue por *non usus* del titular dominante, o por obstrucciones impeditivas del titular sirviente ante la inacción del dominante *statuto tempore* que no ejercita los interdictos correspondientes para hacer cesar la obstrucción a su derecho.

que basó en la amplia categoría de las *servitutes* todos los derechos reales sobre cosa ajena, tanto los *iura praediorum* como las llamadas *servitutes personarum*, aunque desde luego hay algún texto clásico (Jul. 34 *dig.* D. 30.86.4) que utiliza el término *servitus* en sentido impropio referido a la *superficie* como en su día advirtió Brugi<sup>18</sup>.

Es así<sup>19</sup> que hasta la *lex Scribonia* la *usucapio servitutis* había tenido su *ratio* justificativa tanto en términos de valoración jurídica como sobre el plano económico, en cuanto el sendero o el acueducto – elementos indispensables en la economía agraria – venían concebidos como extensiones o incluso partes integrantes del fundo, y en definitiva como propiedad del vecino dominante de la faja de terreno que atravesaba (a pie, a caballo, en carro según los diversos tipos de servidumbre), o la que utilizaba para la conducción de agua, servidumbre que debía adquirir con los mismos modos adquisitivos con que se adquirirían los fundos. Ésta puede decirse que es hoy la doctrina dominante sobre el origen

<sup>18</sup> B. BRUGI en F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VIII, Milano, 1900, 3, nt. 6.

<sup>19</sup> F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 15.

de las servidumbres desde que la expuso Voigt<sup>20</sup> en 1874. El progreso de la ciencia jurídica al concebir las *servitutes* como *iura in re aliena* impedía adquirir los fundos por el *usus*. De todos modos los fundos urbanos (la vivienda habitual diríamos hoy) al menos hasta la época de Cicerón no se entendía configurada como entidad jurídica autónoma<sup>21</sup>, lo que tiene sus consecuencias en la configuración clásica de la *servitus tigni immitendi* y en general en los *iura parietum* y *iura stillicidiorum*. Es así que en época de Ulpiano (16 *ad ed.* D. 41.3.10.1) los *iura praediorum urbanorum* podían adquirirse por *usucapio* adquiriendo la propiedad del fundo dominante, lo que a su vez indica la desconexión entre la propiedad del *aedes* y las servidumbres, y a la inversa, el fundo podía quedar exonerado de la carga que lo gravaba mediante *usucapio libertatis*.

<sup>20</sup> M. VOIGT, *Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik*, en *Berichten über die Verhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Classe*, XXVI, 1874, 159 ss.

<sup>21</sup> F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 21.

dominante pierde su derecho si el sirviente hubiera elevado su edificio, o tapiado el hueco (*obturare foramen*) del que el dominante había sacado la viga<sup>49</sup> si no reclama (ejercita la protección interdictal); pero no si si el sirviente *nihil novum fecerit*. No voy a seguir con el análisis de este texto solventemente afrontado por Tuccillo en que habría que ponderar las conductas activas y pasivas de ambos titulares<sup>50</sup>; lo he aportado porque creo que en la parte que trata de los modos extintivos de las servidumbres urbanas tiene mucho que ver con lo tratado en D. 8.6.18.2.

En general en todos los edificios sobre los que recaían servidumbres tanto del lado activo como pasivo, existían y podían proporcionar al fundo dominante inmediatamente de la constitución de la

<sup>49</sup> Si el *tignum* hubiese sido retirado del fundo sirviente obviamente se extinguía *post biennium* la *servitus tigni immitendi*.

<sup>50</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 461, nt. 23, dice comentando D. 8.2.6 que indica de modo clarísimo el rigor con que se requiere para las servidumbres urbanas un comportamiento contrario del propietario del fundo sirviente, y que los ejemplos gayanos confirman que tal acto contrario no se postula en cuanto necesario para impedir el ejercicio de hecho de la servidumbre.

*urbanas et rusticas*». Aclara Tuccillo<sup>47</sup> que mientras las servidumbres rústicas se extinguían por inercia del titular del derecho que omitía ejercitar durante un cierto tiempo las facultades comprendidas en la *servitus*, las urbanas que consistían en una abstención se extinguían cuando el propietario del fundo dominante hubiese tolerado que el *fundus serviens* fuese poseído en una posición contraria al *ius*, lo que ya había dicho Cuiacio<sup>48</sup>: las *servitutes praediorum urbanorum* no se extinguían por el no uso sino *usucapione libertatis*.

Parecen muy alambicadas las hipótesis gayanas de *servitutes urbanae*: si el propietario del fundo dominante tiene a su favor una *servitus altius non tollendi* o *ne luminibus officiat*, y el titular sirviente eleva su edificio, o quita las luces, o cierra las ventanas *statuto tempore* sin oposición del titular dominante, éste pierde su derecho; y no es que lo pierda por *non usus* sino que es necesario además que el titular sirviente esté poseyendo su edificio como libre de cargas, con lo que se extingue la servidumbre por *usucapio libertatis*. El titular

<sup>47</sup> F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 119.

<sup>48</sup> CUIACIUS, ‘*Titulus I de servitutibus. Liber VIII Digestorum*’, en ‘*Opera omnia*’, cit., IV.1, 416.

En el citado texto de Ulpiano se desconecta la *usucapio* adquisitiva de la servidumbre; se puede adquirir la servidumbre solamente si se adquiere por *usucapio* el edificio, que en los *iura praediorum urbanorum* ocupa un lugar destacadísimo; por eso Lenel<sup>22</sup> a propósito de este texto considera «*ausnahmensweise*» una accesión de la servidumbre al edificio. Es significativa al respecto la posición de la Glosa, gl. *possint ad D.* 41.3.10.1: «*non quod tunc usucapiuntur, sed usucapto aedificio cui debeat servitus, servitutum habeat*»<sup>23</sup>. Vemos en Paul. D. 41.3.4.28(29) que es posible usucapir la libertad de la servidumbre porque la *lex Scribonia* solamente abolió la *usucapio* como *modus adquirendi*, y no la que eliminando la servidumbre restituye al fundo su estado de libertad; la inacción del titular dominante durante los plazos legales extingue la servidumbre y el fundo recobra la libertad de cargas, situación igualmente aplicable a las servidumbres rústicas y a las urbanas a pesar de su distinto desarrollo

<sup>22</sup> O. LENEL, *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts*, Stuttgart, 1878 = *Gesammelte Schriften*, hrsg. O. Behrens und F.M. d’Ippolito, I, Napoli, 1990, 183.

<sup>23</sup> Cfr. F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 48 ss.

histórico y la distinta visión de su función económica<sup>24</sup>.

De todos modos la prohibición de *usucapio servitutis* de la *lex Scribonia* sigue siendo polémica; en primer lugar no hay acuerdo sobre su fundamento, porque si Pothier<sup>25</sup> la entendió promulgada por ser contraria la

<sup>24</sup> Vid. sobre la distinción servidumbres rústicas-urbanas, C. ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane. Contributo alla teoria delle servitù prediali*, Torino, 1895, 5 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. III. *Diritti reali*, Milano, 1932, reed. 1972, 45 ss.; ID., *Note in tema di servitù*, en *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, Palermo, 1936, 155 ss.; L. BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milano, 1947, 188 ss.; S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948, 1 ss.; G. GROSSO, *Appunti storici e 'de iure condendo' sulla distinzione tra servitù rustiche e urbane*, en *Riv. dir. agr.*, XVII, 1938, 174 ss. = *Scritti*, II, cit., 304 ss.; ID., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, 167 ss.; B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*<sup>2</sup>, Milano, 1954, reed. 1969, 200 ss.; G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967, 181 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, 272 ss.; R. MENTXAKA, 'Praedia rustica-praedia urbana', en *RIDA*, XXXIII, 1986, 149 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 468; A. CORBINO, *La distinzione delle servitù in rustiche e urbane nel diritto romano*, en *Scritti in onore di A. Falzea*, IV, Milano, 1991, 211 ss.

<sup>25</sup> R.G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, trad. ital. de A. Bazzarini, Venezia, 1835.

tiene. Tuccillo<sup>43</sup> cita acertadamente este texto para corroborar su hipótesis que no había una estructura unitaria en los dos modos de extinción de las servidumbres: *non usus*<sup>44</sup> y *usucapio libertatis*, en relación además con la distinción entre *iura praediorum rusticorum* y *urbanorum*. La aplicación del *non usus* a las servidumbres urbanas desde este punto de vista parece requerir el *plus* de la *usucapio libertatis*, que según Branca<sup>45</sup> tenía importancia «quale prima e decisa esigenza di superamento dell'antitesi fra non uso ed *usucapio*, fra *iura praediorum urbanorum* e *iura praediorum rusticorum*». Es significativo que Fabro<sup>46</sup> hubiese perfilado la distinción entre ambos *iura praediorum* con sus particulares modos extintivos partiendo de este texto: «ubi Gaius aliam ex hoc differentiam infert inter servitutes

<sup>43</sup> F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 102.

<sup>44</sup> C. MOELLER, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen, 2010, 343, parece poner en un mismo plano *usus* y *non usus*, lo que no me parece exactamente aplicable en las servidumbres a favor o en contra de edificios futuros.

<sup>45</sup> G. BRANCA, *Non uso e prescrizione*, en *Scritti in onore di C. Ferrini*, I, Milano, 1947, 177.

<sup>46</sup> FABRO, 'Coniecturarum iuris civilis libri viginti', Coloniae Allogrobum, 1630, 826.

*obtureris et per constitutum tempus ita habueris: alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet.*

Este texto<sup>41</sup> con los ejemplos que cita ofrece toda una teoría sobre los modos de mantener y extinguirse las *servitutes tigni immitendi* y *altius non tollendi* que son fundamentalmente las que citan las fuentes en materia de edificios futuros, y desde luego no me parece que Gayo, modesto jurista provincial, llegase a las sutilezas del texto; por ejemplo no me parece sea de atribución gayana la frase «*haec dissimilitudo est quod non omnimodo pereunt*», y no estoy de acuerdo con Tuccillo que declara que el texto no tiene graves dificultades interpretativas<sup>42</sup>, porque las

<sup>41</sup> Estudiado desde los mas diversos ángulos, desde la *servitus aquaeductus* hasta sus relaciones con los bienes patrimoniales: cfr. D. BONNEAU, *Les servitudes de l'eau dans la documentation papyrologique*, en 'Sodalitas'. *Studi in onore di A. Guarino*, V, Napoli, 1984, 2278; M. KASER, *Das 'legatum sinendi modo' in der Geschichte des römischen Vermächtnisrechts*, en *ZSS*, LXVII, 1950, 333, nt. 25; E. BUND, *Begriff und Einteilung der Servituten im römischen Recht*, en *ZSS*, LXXIII, 1956, 159; S. SOLAZZI, *Legato di servitù prediale allo schiavo*, en *SDHI*, XXIII, 1957, 303; A. RODGER, *Owners and Neighbours in Roman Law*, Oxford, 1972, 25; F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 122 ss.

<sup>42</sup> F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 123.

*usucapio servitutis* a los principios del *ius*, Dernburg<sup>26</sup> lo vió en la exigencia de evitar el riesgo que implicaba que situaciones de tolerancia del vecino o auténticas usurpaciones se convirtieran en *derechos*, y Franciosi<sup>27</sup> en la tutela de la propiedad en su función productiva sin traicionar el espíritu de la *usucapio* consistente en «far coincidere, anche nell'interesse della produzione, la titolarità con l'esercizio del diritto», o como diríamos en terminología española, dar certidumbre a situaciones jurídicas provisionales prolongadas en el tiempo.

Paulo en D. 41.3.4.38(29) plantea lo que puede decirse de algún modo un uso alternativo de la *usucapio*: prohibido para adquirir las servidumbres, lícito para extinguirlas por el propietario del fundo sirviente recuperando la libertad del fundo. A qué servidumbres se referiría la prohibición de la *lex Scribonia* es otro tema discutido a nivel doctrinal. La opinión mayoritaria<sup>28</sup>

<sup>26</sup> H. DERNBURG, *Pandekten*<sup>7</sup>, II, Berlin, 1902.

<sup>27</sup> G. FRANCIOSI, 'Usucapio pro herede', Napoli, 1965, 173.

<sup>28</sup> G. GROSSO, *Sulla genesi storica dell'estinzione delle servitù per 'non usus' e della 'usucapio libertatis'*, en *Foro italiano*, LXII, 1, 937 = *Scritti*, II, cit., 226; ID., *Le servitù predia-*

entiende que se aplicaría a las mas antiguas servidumbres rústicas (*via, iter, actus, aquaeductus*) precisamente por su carácter materialista<sup>29</sup> de carácter corporal: la propiedad de la faja de terreno o el *rivus* para llevar el agua, tesis que parece confirmada por un texto de las *PS*<sup>30</sup> que se suponen compiladas en época de Diocleciano (mas tarde reconocidas oficialmente por Constantino: C.Th. 1.4.2 de fecha incierta, acaso del a. 337) por un autor anónimo que se

---

*li*, cit., 682 ss.; B. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitutes'*, Milano, 1938, 653 ss.; ID., *Le servitù prediali*, cit., 33 ss.; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 4 ss.; A. BURDESE, *Considerazioni sulla configurazione arcaica delle servitù*, en *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1971, 499 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 271 ss.; A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, Milano, 1981, 5 ss.; M.F. CURSI, 'Modus servitutis'. *Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, 30 ss.; F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 62: «brano verosimilmente rimaneggiato e accorciato».

<sup>29</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., II, 453, entiende que la *lex Scribonia* se aplicaría *nominatim* a las figuras a las que *ab origine* se aplicaba la *usucapio: servitutetes itinerum y aquarum*.

<sup>30</sup> Cfr. A. TORRENT, voce 'Pauli Sententiae', en *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, 873-874.

Gayo había dicho que para que pudiera ejercitarse la *usucapio libertatis* en la *servitus tigni immitendi* se requería el tapiado de los huecos en los que el vecino introducía sus vigas, con lo que no era suficiente la falta de edificación del muro<sup>40</sup>, marcando diferencias a efectos de la extinción de la servidumbre entre *non usus y usucapio libertatis*:

Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 8.2.6: *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 simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiat, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatae habueris: alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immisi aedes tuae servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum,*

---

<sup>40</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 442 ss., cita (entre otros) este texto para confirmar su tesis de la fecha de la *lex Scribonia* en época anterior a Cicerón en que la *iusta causa* y la *bona fides* no desarrollaban aún una función decisiva a efectos de verificarse la *usucapio*.

*ad ed.* D. 6.2.11.1), que dan toda la impresión de referirse a una situación antigua anterior a la providencia scribonia, con lo que entramos en otro de los temas mas vidriosos de la romanística: la noción y efectos de la *iuris possessio*, que según Mannino<sup>39</sup> era una noción que solo llegaría a tener sentido técnico en época bizantina, por lo que en la época a la que se refieren estos textos suponía una concepción jurídica basada sobre el derecho de propiedad, no sobre la idea de *ius* (posibilidad garantizada por el derecho). Considero con estas explicaciones suficientemente expuesto el panorama de la ciencia jurídica romana en torno a los años finales del s. II d.C. y primeros decenios del III, para entrar a fondo en la problemática de las servidumbres a favor o a cargo de edificios futuros que tienen gran relación con la *usucapio*, en este caso especialmente con la *usucapio libertatis* (Paul. D. 8.6.18.2).

---

/Schweiz, 2003, 153; F. ZUCCOTTI, *Vivagni V. A proposito di un recente libro; Postilla – Per una storia della usucapione romana*, en *Riv. di dir. rom.*, V, 2005, 43 ([www.ledonline.it/rivistadirittoromano](http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano)).

<sup>39</sup> V. MANNINO, *La problematica del 'possessione dei diritti': fra diritto romano e 'soluzioni' codicistiche*, en *Fides*, 'Humanitas', 'Ius'. *Studi in onore di L. Labruna*, V, Napoli, 2007, 3167.

atuvo a diversos escritos paulinos<sup>31</sup>, o incluso teniendo en cuenta obras de otros juristas severianos<sup>32</sup>, o acaso habiendo sufrido varios remanejamientos posteriores<sup>33</sup>.

PS 1.7.1. *Viam iter actum aquae ductum, qui biennio usus non est, amississe videtur; nec enim ea usucapi possint, quae non utendo amittuntur.*

---

<sup>31</sup> G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, 99 ss; E. VOLTERRA, *Sull'uso delle 'Sententiae' di Paolo presso i compilatori del 'Breviarium' e presso i compilatori giustinianeus*, en *Scritti giuridici*, IV, Napoli, 1993, 141 ss., que entiende compuestas algún año mas tarde de la muerte de Paulo; G. SCHERILLO, *L'ordinamento delle 'Sententiae' di Paolo*, en *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Palermo, 1936, 41 ss. = *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, 85 ss.: la base fundamental serían los *libri ad edictum* de Paulo con extractos de otras obras sistemáticas como sus *libri ad Sabinum*; M.A. DE DOMINICIS, *Di alcuni testi occidentali delle 'Sententiae' riflettenti la prassi postclassica*, en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, 1953, 507 ss.

<sup>32</sup> M. LAURIA, *Ricerche su Pauli Sententiae libri*, en *AUM*, VI, 1930, 33 ss. = *Studii e ricordi*, Napoli, 1993, 150 ss.

<sup>33</sup> E. LEVY, *'Pauli Sententiae'. A Palingenesia of the Opening Titles as a Specimen of Research in West Roman Vulgar Law*, New York, 1945, 3 ss., que advierte diversas estratificaciones; le sigue J.A. GODDARD, *Palingenesia de PS 1,7: 'de integri restitutione'*, en *Estudios de derecho romano en honor de A d'Ors*, Pamplona, 1987, 89 ss.

Realmente este texto sigue fielmente la tradición clásica aunque acaso introduce alguna vulgarización como la equiparación *non usus-usucapio libertatis* (de alguna manera recordada por Cuyacio<sup>34</sup>: «*servitutes rusticorum praediorum non utendo amittuntur et ideo eorum libertas non usucapitur*»), e incluso recuerda la tradición republicana de la *usucapio* de las servidumbres mas antiguas prohibida por la *lex Scribonia*. Llegados a este punto cabe preguntarse si la *lex Scribonia* sólo se refería a las servidumbres rústicas que con la nueva concepción de las servidumbres eran *res incorporales* y por tanto inusucapibles (en contra Tuccillo<sup>35</sup>) que hizo decir a Cuyacio<sup>36</sup> «*rusticorum usucapioni ratio iuris obstat, urbanorum lex Scribonia*», lo que da un vuelco a la opinión tradicional: la *lex Scribonia* prohibió expresamente la *usucapio* de los *iura praediorum*

<sup>34</sup> CUIACIUS, 'Interpretationes', en 'Opera omnia', I, Paris, 1658, reed. Goldbach, 1996, 375.

<sup>35</sup> F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 64: «non convince l'idea che il divieto di usucapione disposto dalla *lex Scribonia* sia stato dettato dalla mutata concezione delle servitù rustiche».

<sup>36</sup> CUIACIUS, 'Ad titulum de usurpationibus et usucapionibus', en 'Opera omnia', cit., I, 1144, seguido por la mayoría doctrinal: vid. lit. en F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 64-65, nt. 193.

*urbanorum*; la *usucapio* de los *iura rusticorum* era simplemente ilegal.

Dicho de esta manera todo parece demasiado simple, y no creo que fuera así; siguen siendo importantes las dudas que presenta la *lex Scribonia*. Capogrossi Colognesi<sup>37</sup> a propósito de Paul. D. 41.3.4.28(29) no ve resuelta la contradicción entre la protección interdictal basada en la *possessio* y la exclusión de la adquisición mediante *usucapio*. Ciertamente esta contradicción pugna con lo que dice Javoleno (5 *ex post. Lab.* D. 8.1.20), sobre los *interdicta veluti possessoria* tutelares de las servidumbres, o de la *actio Publiciana*<sup>38</sup> (Iav. D. 8.1.20; Ulp. 16

<sup>37</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 456 nt. 17.

<sup>38</sup> Vid. sobre el tema L. VACCA, *Il c.d. 'duplex dominium' e l'actio Publiciana*, en *La proprietà e le proprietà*, Milano, 1988, 39 ss. = *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniani*, Padova, 1992, 131 ss.; EAD., *La riforma di Giustiniano in materia di 'usucapio' e 'longi temporis praescriptio'*, en *BIDR*, XCVI-XCVII, 1993-94, 147 ss. = *Appartenenza*, cit., 147 ss.; A. BURDESE, *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana, en Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, I, Milano, 1991, 119 ss.; F.B.J. WUBBE, 'Usucapio', 'bona fides', 'Publiciana', en *Ius vigilantibus scriptum*. *Ausgewählte Schriften*, Freiburg