

**«*Servitus altius non tollendi*»  
con edificio intermedio libre de cargas.  
Ulp. 17 ad ed., D. 8.5.6 pr.**

Uno de los casos paradójicos traídos a la reflexión de los juristas romanos en el campo de los *iura praediorum urbanorum* es la constitución de una servidumbre entre dos fundos separados por otro intermedio sin relación jurídica alguna con ninguno de ellos, lo que equivale a decir estando el fundo intermedio absolutamente libre de cualquier tipo de *iura in re aliena*, o como decimos en terminología inmobiliaria española, «libre de cargas», entendiendo por «cargas» cualquier limitación que afecte a los derechos reales. Se trataba por tanto en principio de una relación válida que podía constituirse entre los fundos dominante y sirviente sin necesidad de contar con el intermedio, que por su situación objetiva inicial, ajena a la relación constituida, no afectaba a la *utilitas* que exige la constitución de las servidumbres, es decir, ni aprovechaba ni perjudicaba al fundo intermedio la *servitus altius non tollendi* que es el tipo de servidumbre del que trata Ulp. 17 ad ed., D. 8.5.6 pr. como admite la opinión doctrinal mayoritaria que se basa en la frase *aedificatum habere*, aunque realmente el caso puede examinarse desde la alternativa entre este tipo de *servitus* y la *servitus ne luminibus officiat* como advirtió Guarneri Citati<sup>1</sup>.

Dada la situación objetiva inicial del fundo intermedio éste no interfería en la *servitus* constituida; es obvio que el caso se plantea antes de que el fundo intermedio fuera edificado; es la construcción sobre este fundo lo que incide en la relación jurídica anteriormente constituida entre los titulares de los fundos dominante y sirviente. El caso presentado por Ulp. trata de una *servitus altius non tollendi* entremezclada con una *servitus ne luminibus officiat* que puede dejar en nada esta servidumbre (en nuestro caso meramente dejar latente el ejercicio del derecho<sup>2</sup>), en cuanto el propietario del fundo intermedio no está sujeto a ninguna limitación ni es ni ha sido parte en la convención entre titular dominante y sirviente.

¿Es válida esta servidumbre? ¿Puede seguir desplegando sus efectos cuando el dueño intermedio levante su edificio sobre cosa propia? ¿Pueden aplicarse en este caso los principios de extinción de las servidumbres? ¿Cuál es el eventual

<sup>1</sup> A. Guarneri Citati, *Note critiche ed esegetiche sulle servitù prediali nel diritto romano*, in *BIDR.* 43, 1935, 64.

<sup>2</sup> Cfr. A. Guarneri Citati, *Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano*, in *Annali dell'Istituto di scienze giur. ec. pol. e sociali della R. Università di Messina* 1, 1927, 88 ss.

”  
”  
”  
”

juego del *non usus* y de la *usucapio libertatis*? ¿Cae el principio de *utilitas*<sup>3</sup>? ¿Podría verse de algún modo en el titular del fundo intermedio que construye su edificio una especie de *obligatio propter rem*<sup>4</sup>? Como vemos, el texto de Ulp. puede ser analizado desde muchos puntos de vista, y entre otros puntos interrogativos presenta la posible yuxtaposición de las *servitutes altius non tollendi* y *ne luminibus officiat*, hasta qué punto es posible diferenciarlas en este caso en conexión con la tipicidad de las servidumbres, y la ejercitabilidad de los medios procesales de tutela de las servidumbres tanto para su mantenimiento como para su extinción. En todo esto hay algo claro: estamos en el campo de los *iura pradiorum urbanorum* en el que tienen un rol esencial de un lado los edificios mismos; de otro, el mantenimiento de la *utilitas servitutis* para la conservación de la servidumbre, y la utilidad es uno de los requisitos fundamentales de las servidumbres. Destaca Biondi<sup>5</sup> que la utilidad es el fundamento y razón de ser de las servidumbres en cuanto la ley reconoce la posibilidad de sujetar permanentemente un fundo solamente cuando ello corresponda a una utilidad para el fundo dominante, y de aquí la distinción entre servidumbres legales, que responden a una necesidad, y voluntarias, que responden a su utilidad (cfr. D. 8.1.19). Pero veamos el texto que nos interesa particularmente:

D. 8.5.6 pr. (Ulp. 17 *ad ed.*) *Et si forte qui medius est, quia servitute non debebat, altius extulerit aedificia sua, ut iam ego non videar luminibus tuis obstaturus, si aedificavero, frustra intendes ius mihi non esse ita aedificatum habere invito te: sed si intra tempus statutum rursus deposuerit aedificium suum vicinus, renascetur tibi vindicatio.*

Este es uno de los casos mas evidentes de la nueva concepción de las servidumbres como *iura in re aliena* consolidada a partir de la *lex Scribonia* (cuya fecha de promulgación sigue siendo muy discutida<sup>6</sup>); Albanese<sup>7</sup> considera nuestro

<sup>3</sup> G. Grosso, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino 1969, 267, afronta D. 8.5.6 pr. como «un caso individuato di venir meno dell'utilità».

<sup>4</sup> Vid. sobre el tema, con lit., A. Torrent, *Estudios sobre la «servitus oneris ferendi»*. III. «*Obligaciones propter rem*», in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli 2001, 205 ss. A mi modo de ver, no reace sobre el titular del fundo intermedio ninguna *obligatio* derivada de la constitución de la servidumbre entre fundos ajenos.

<sup>5</sup> B. Biondi, *Le servitù prediali nel diritto romano. Corso di lezioni*, Milano 1946, 148.

<sup>6</sup> La lit. sobre el tema es muy copiosa; me remito a la citada por F. Tuccillo, *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. Usus, scientia, patientia*, Napoli 2009, 1 s. nt. 1; cfr. A. Torrent, *Nuevos puntos de vista sobre la constitución y extinción de las servidumbres*, in *Index* 39, 2011, 455 ss. En todo caso y según el testimonio de Cic. *pro Caec.* 74 todavía en el 70 a.C. era posible la *usucapio* de la *servitus aquae haustus*, del *iter* y del *actus*; vid. lit. sobre la fecha del *pro Caec.* en Tuccillo, *Studi cit.*, 79 nt. 235.

<sup>7</sup> B. Albanese, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*. 20, 1949, 371 ss.

fragmento el primer efecto concreto del cambio de concepción de las servidumbres, y añadiré hasta donde pueda llegar a decirse<sup>8</sup>, de *possessio iuris*, en cuanto en el texto citado Ulp. defiende el mantenimiento de la posesión del derecho del titular dominante aunque no pueda ejercerlo materialmente en cuanto se lo impide el edificio elevado por el propietario intermedio, problema a su vez conexas con la *utilitas*, en nuestro caso imposibilidad de que la servidumbre prestara la *utilitas fundi*. Está documentado en las fuentes, y precisamente en *servitutes altius non tollendi*, que puede establecerse una servidumbre entre casas no contiguas, o sea, por quien *ulteriores aedes habet*<sup>9</sup>, y se puede gravar un fundo ulterior sin que estén gravados de servidumbre los intermedios porque en cuanto éstos no sean elevados *est utilitas servitutis*, y así lo señalan Ulpianus y Paulus:

D. 8.5.4.8 (Ulp. 17 *ad ed.*): *Si cui omnino altius tollere non liceat, adversus eum recte agetur ius ei non esse tollere. haec servitus et ei, qui ultiores aedes habet, deberi poterit.*

D. 8.5.5 (Paul. 21 *ad ed.*): *et ideo si inter meas et Titii aedes tuae aedes intercedant, possum Titii aedibus servitutem imponere, ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur: quia donec tu non extollis, est utilitas servitutis.*

D. 8.4.7.1 (Paul. 5 *ad Sab.*): *Interpositis quoque alienis aedibus imponi potest, veluti ut altius tollere vel non tollere liceat ...*

El texto que nos interesa especialmente, asimismo permite analizar la posibilidad o no de intentar las respectivas *vindicaciones servitutis* por el titular dominante y *usucapio libertatis* por el sirviente en función de la elevación o demolición<sup>10</sup> del edificio intermedio.

El fragmento que afrontamos es muy interesante también en relación con el principio de vecindad de los fundos para determinar el contenido de las respectivas servidumbres, problema que hay que insertar en el delicado proceso evolu-

<sup>8</sup> La *possessio iuris* no es un tema exclusivamente justiniano como pensaba la crítica de interpolaciones durante la primera mitad del siglo pasado. Comparto con L. Capogrossi Colognesi, *Appunti sulla «quasi possessio iuris» nell'opera dei giuristi medievali*, in *BIDR.* 89, 1977, 71 [= Id., *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma 1999, 250], que es bastante mas persuasivo aquel filón de ideas según las cuales incertidumbres, contradicciones y posiciones – a veces diversas – eran propias de aquellas generaciones de juristas que van desde la tarda edad republicana a todo el período del Principado. Entiendo que como mínimo después de la aprobación de la *lex Scribonia*, probablemente a mediados del s. I a.C., los juristas tuvieron que plantearse el tema de la *possessio iuris* en el campo de los derechos reales limitados.

<sup>9</sup> Cfr. Grosso, *Le servitù prediali* cit., 110.

<sup>10</sup> La demolición de los edificios siempre fue un tema polémico en Roma; vid. por último con lit. A. Calzada, *La demolición de edificios en la legislación municipal (siglos I a. C. – I d. C.)*, in *SDHI.* 76, 2010, 115 ss.

tivo en que con la multiplicación de sus contenidos reconocidos iban delineándose al mismo tiempo los límites y caracteres generales de cada tipo, otro de los problemas que suscita D. 8.5.6 pr. donde parece que *ne luminibus officiat* sea una característica añadida a la *servitus altius non tollendi* convenida.

Otro problema derivado del texto de Ulp. que afecta a todos los *iura praediorum* es la conexión inescindible entre usucapibilidad de las servidumbres y su concepción como *iura in re aliena* superando la primitiva concepción materialista de las servidumbres. La doctrina mayoritaria conecta la prohibición de *usucapio* como *modus adquirendi servitutium* con la *lex Scribonia*, atribuyendo la prohibición a la nueva concepción de las *servitutes* como *res incorporales*, tema complejo porque es discutible si la prohibición sea un planteamiento *ex novo* de la ley (y habría que analizar su motivación), es decir si se deba la prohibición debido a una transformación ideológica en la concepción de los derechos reales plasmada en la ley, o si ésta fuera simplemente producto del entendimiento como *iura* de las *servitutes* por obra de la jurisprudencia que la *lex Scribonia* se limitaría a refrendar prohibiendo la *usucapio servitutis*, tema al que voy a dedicar alguna atención para mejor entendimiento de D. 8.5.6 pr.

Para resolver este problema lo primero que hay que hacer es situar la *lex Scribonia* en su fecha aproximada de promulgación, porque la doctrina oscila entre fecharla en el 216 a.C. como piensa Tomulescu<sup>11</sup>, o en torno al 44 a.C. o muy poco después que defiende Tuccillo<sup>12</sup>, que además entiende que la prohibición de *usucapio servitutis* no es estructuralmente consiguiente a la concepción de las servidumbres como *res incorporales*, por lo que sitúa la *lex Scribonia* en un momento anterior a la transformación de la antigua concepción materialista de las servidumbres acogida unánimemente desde Voigt<sup>13</sup>, negando que tuviera su causa en la nueva concepción de las servidumbres como *iura praediorum* en cuando todavía Cic. en *Topica* 27 escrita en el 44 a.C. admitía la *usucapio servitutis*. Y efectivamente hay varios textos ciceronianos, y alguno escrito precisamente en el 44 a.C., que siguen pensando en las servidumbres como cosas corporales, y por tanto usucapibles.

*Cic. Caec. 74. Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus: aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a civili iure sumitur.*

<sup>11</sup> C.St. Tomulescu, *Sur la loi Scribonia «de usucapione servitutium»*, in *RIDA*. 17, 1970, 340 ss.

<sup>12</sup> Tuccillo, *Studi* cit., 93 ss.

<sup>13</sup> M. Voigt, *Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik*, in *BSGW*. 26, 1874, 159 ss.

*Cic. Att. 15.26.4: M. Aelium cura liberabis: me paucos specus in extreme fundo et eos quidem subterrneos servitutis putasse aliquid habituros: id me iam nolle neque mihi quicquam esse tanti. Sed, ut mihi debeas, quam lenissime, potius ut cura liberetur, quam ut me suscensere aliquid suspicetur.*

*Cic. Top. 27: Esse ea dico quae cerni tangique possunt, ut fundum, aedes, parietem stillicidium, mancipium pecudem, supellectilem, penus et cetera; quo ex genere quaedam interdum vobis definienda sunt.*

*Pro Caec.* fue compuesto entre el 71<sup>14</sup> y 69<sup>15</sup> a.C. y lo mas significativo del fragmento citado es la mención *rata auctoritas* relativa a los mas antiguos *iura aquarum* y *iura itinerum*. El texto parece tener en principio una intención didáctica: el fundo puede ser dejado (en herencia) por el padre; debía tratarse de un fundo cuya adquisición por el padre adolecería de algún requisito que la hiciera inatacable, porque inmediatamente añade Cic. que para disolver cualquier incertidumbre sobre la cabida del fundo y evitar enojosos pleitos judiciales (*periculum litium*), estos temas no venían regulados (resueltos) por el padre sino por las leyes, y por ello las servidumbres (que pudieran existir a favor o a cargo) del fundo, encontraban su garantía (*auctoritas*) no en el padre, sino en el *ius civile*. El mayor problema que ha encontrado la doctrina en este texto es si cabe entender como intercambiables o en todo caso relacionados, *auctoritas*<sup>16</sup> y *usucapio*, tema que arranca del famoso versículo VI.3 de las XII Tab. Del texto ciceroniano ha querido derivar Serafini<sup>17</sup> que Cic. atribuye expresamente la introducción de la *usucapio servitutis* al *ius civile*; Leifer<sup>18</sup> considera *rata auctoritas* un «oratorische Blendwerk»; Solazzi<sup>19</sup> no aclara gran cosa pues se limita a decir que el término *rata* está bien elegido por Cic. dado que el legislador republicano tenía la costumbre de sancionar sus prescripciones con la coletilla *ius ratumque esto*, y según La Rosa<sup>20</sup> si Cic. hubiese querido hablar de *usucapio* no habría utilizado la expresión *rata auctoritas* sino *usus auctoritatis*<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> G. Wesener, *Zur Frage der Ersitzbarkeit des ususfructus*, in *Studi Grosso*, I, Torino 1968, 211; D. Mantovani, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, Torino 1996, 114; R. La Rosa, *Usus fructus. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Napoli 2008, 190, que interpreta el texto como prueba de la existencia en el 71 a.C. de la prohibición establecida por la *lex Scribonia*.

<sup>15</sup> F. Münzer, s.v. *Caecina*, in *PWRE.*, III, Stuttgart 1899, 1238.

<sup>16</sup> El término *rata auctoritas* ha suscitado una controversia doctrinal sobre su significado; vd. F. Serafini, in F. Glück, *Commentario alle Pandette*, VII.1, Milano 1900, 87 nt. 91.

<sup>17</sup> Cfr. sobre XII Tab. VI.3, Tuccillo, *Studi cit.*, 1 ss.

<sup>18</sup> F. Leifer, *Mancipium und auctoritas*, in *ZSS.* 57, 1937, 126 ss.

<sup>19</sup> S. Solazzi, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli 1947, 107 nt. 67.

<sup>20</sup> La Rosa, *Usus fructus cit.*, 192.

<sup>21</sup> Esta última frase con valor de asfndeton aparecen en *Top.* 23 y *Caec.* 54.

*Rata auctoritas* es un concepto discutido, y la opinión mayoritaria es que *Caec.* 74 no es relevante para dar una solución al problema de la *usucapio servitutis*, ni que con aquella expresión Cic. entendiera referirse a la *usucapio*. Costa<sup>22</sup> pretendió resolver el enigmático valor de la frase sugiriendo traducir *auctoritas* no como sinónimo de *usus* o de *usucapio*, sino en el sentido de garantía genérica ofrecida por el ordenamiento al ejercicio pacífico del derecho de servidumbre adquirido por alguno a título de disposición *mortis causa*, explicación a mi modo de ver nebulosa que tampoco resuelve nada. Y todo hay que decirlo: también hay un numeroso grupo de autores que a partir de Revardo<sup>23</sup> conectan la frase ciceroniana con XII Tab. VI.3, en definitiva con el *usus* y el fenómeno de la *usucapio* tal como se deriva de otros pasajes ciceronianos; de aquí deduce Corbino<sup>24</sup> (que sitúa *Caec.* entre los años 69-68 a.C.) que todavía en el 70 nada se oponía a la *usucapio* de las servidumbres. Entiende Tuccillo<sup>25</sup> que puede hipotizarse que la expresión *rata auctoritas* indicaba el papel de la usucapición, y que con la *auctoritas a patre* Cic. siguiendo lo afirmado en *pro Caec.* 54 habría declarado que el *usus* prolongado valía para hacer madurar la adquisición, y con el vocablo *rata* habría hecho inatacable la adquisición sobre el plano del *ius civile*.

Igualmente Cic. *Att.* 15.26.4 parece confirmar la hipótesis de la *usucapio* como modo de adquisición de las servidumbres<sup>26</sup>. Este texto en realidad plantea un problema de *plus agere* (exceso) en el ejercicio de la servidumbre tal como se había acordado<sup>27</sup>. Mediante obras artificiales (*specus*) el titular dominante (en este caso el propio Cic.) vertía aguas al sirviente (propiedad de M. Aelio), de manera que producía una derivación o una inmisión artificial de agua sobre el fundo vecino. Capogrossi Colognesi<sup>28</sup> entiende en este caso que Cic. hablaba de una servidumbre que no entraba ni en la figura del *aquae ductus* ni en la de *aquae haustus* porque se trataba de una extensión de la categoría de los *iura*

<sup>22</sup> E. Costa, *Cicerone giureconsulto*, I, Bologna 1927<sup>2</sup>, 134 ss.

<sup>23</sup> Revardus, *Ad legem duodecim tabularum libri singularis*, in *Commentarii tres veram prisca iuris antiquitatumque ad hunc usque diem incognitorum explicationem continentes quorum sunt*, Ienae s.d., 95: *rata auctoritas* (en Cic.) *usus appellatur*.

<sup>24</sup> A. Corbino, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano 1981, 129.

<sup>25</sup> Tuccillo, *Studi cit.*, 81.

<sup>26</sup> La Rosa, *Usus fructus cit.*, 181 nt. 127, mantiene una opinión opuesta negando toda relación entre esta *epistula*, la usucapibilidad de las servidumbres y la fecha de la *lex Scribonia*, entendiendo que Cic. en este texto solo se refería a la interpretación de una cláusula privada.

<sup>27</sup> Vid. sobre el tema A. Torrent, «*Plus agere*». *Exceso en el ejercicio convenido de «iura praediorum»*. D. 8.6.11 pr. (Marc. 4 Dig.), in *IVRA* 60, 2012, 5311.

<sup>28</sup> L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, II, Milano 1976, 482 ss.

*praediorum rusticorum*. La explicación es plausible, pero se topa con el inconveniente de ir mas allá de las categorías tipificadas hasta el momento. Acaso tiene mayor razón Costa<sup>29</sup> al señalar que el *specus* situado en el límite entre el fundo de Cic. y el de M. Aelio que tan mal toleraba éste, podía ser signo de una servidumbre que gravaba su fundo y que tuviese la facultad de alterar en su contra el curso natural del agua. La verdad en este caso probablemente no la sabremos nunca, pero lo que sí está claro es que Cic. expone el caso *pro domo sua* (por decirlo con términos ciceronianos), hasta el punto que en mi opinión de este texto no podemos derivar nada seguro sobre la configuración dogmática de las servidumbres.

Otro texto de Cic. sobre el que sustenta (entre otros datos) Tuccillo su tesis de la aprobación tardía de la *lex Scribonia* es *Top. 27*, que probablemente se entiende mucho más claramente en el comentario de Boezio *ad Top.*<sup>30</sup>: *Omnia rerum quae definiuntur aut corporalia sunt, aut incorporalia. Res enim omnes in haec primitus dividuntur. Ea vero quae corporalia sunt, esse dicit: quae que sunt incorporalia, non esse, non quod omnino es quae incorporalia sunt non sint, alioqui nec definitionem susciperent*. Dejando aparte la definición teórica de Boezio, los ejemplos de Cic. sobre *res corporales* son concluyentes en torno a la concepción de las servidumbres en el 44 a.C.: *fundum, aedes, parietem, stillicidium*. Según Tuccillo<sup>31</sup> este testimonio es bastante problemático porque tanto *paries* como *stillicidium* pueden ser interpretados en una doble acepción: *paries* podía indicar o simplemente el objeto de una relación jurídica como por ejemplo *paries communis*, o la servidumbre correspondiente, y lo mismo puede decirse de *stillicidium*: el hecho material de caer el agua bien gota a gota bien de modo continuo, o como *servitus stillicidii*. En el sentido de *res corporalis* ve Robbe<sup>32</sup> muy oportuno el ejemplo del *stillicidium*, porque el agua en cualquier forma que cayera podía verse y tocarse<sup>33</sup>. En todo caso es signo de que en época de Cic. todavía estaba vigente que el derecho de propiedad sobre un fundo y el derecho de servidumbre predial eran relaciones idénticas desde el punto de vista jurídico: derechos exclusivos sobre una entidad corporal. Pero también es claro que en otros textos<sup>34</sup> el mismo Cic. habla de *paries* y *stillicidium* como servidumbres, como que también en textos del Digesto se menciona simplemente *stillicidium* para indicar *iura stillicidiorum*<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Costa, *Cicerone giureconsulto* cit., I, 135.

<sup>30</sup> Editado por J.P. Migne, *Patrologia Latina*, LXIV, Paris 1860, 1092.

<sup>31</sup> Tuccillo, *Studi* cit., 83.

<sup>32</sup> U. Robbe, *Osservazioni su Gaio*, in *Gaio nel suo tempo*, Napoli 1966, 116.

<sup>33</sup> Idea ampliamente compartida; vid. lit. en Tuccillo, *Studi* cit., 83 nt. 250.

<sup>34</sup> Cic. *leg.* 1.14; *de or.* 1.173.

<sup>35</sup> D. 8.2.17.3 (Ulp. 29 *ad Sab.*); D. 8.2.20.2 (Paul. 15 *ad Sab.*); D. 8.4.16 (Gai. 2 *ad ed. prov.*).

Creo que la discusión sobre si la distinción *res corporales-incorporales* en Cic. tuviera meramente un sentido retórico y filosófico<sup>36</sup>, y que esta distinción solo llegara a tener sentido jurídico con Gai 2.12-14 (y ésta es la tesis mayoritaria<sup>37</sup>), no se apagará nunca. Acaso sea más cauto decir<sup>38</sup> que la distinción *res corporales-incorporales* penetró en la jurisprudencia romana más bien tarde, aunque afirmar que fue introducida por Gayo como piensa la mayoría doctrinal parece inexacto. Gayo no era un teórico del derecho sino un modesto divulgador del derecho, que por su origen provincial muestra con cierto retraso respecto a la situación de la jurisprudencia de su época, sin duda en Roma muy floreciente y activa en los eficientes reinados de Antonino Pío y Marco Aurelio. Merece mayor crédito Ulp. que destaca claramente la inusucapibilidad de las servidumbres, aunque las urbanas pueden adquirirse por *usucapio* si se adquiere de esta forma el fundo dominante, en virtud, entiendo, de los principios de utilidad y perennidad de las servidumbres, que si no se pueden adquirir por usucapión, sí se adquieren cuando se adquiere por *usucapio* el edificio dominante:

D. 41.3.10.1 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Hoc iure utimur<sup>39</sup>, ut servitutes<sup>40</sup> per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis<sup>41</sup> possint.*

Con las aclaraciones hechas hasta el momento podemos enfocar la constitución, alcance y limitaciones de las servidumbres urbanas con fundo intermedio libre, que obviamente tuvo que plantearse en el momento en que dejaron de ser conceptuadas en su originario sentido materialista de *partes dominii*. Sólo la manera de entender

<sup>36</sup> En un sentido puramente filosófico lo entiende A. Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle 1873, 317; cfr. R. Orestano, «*Nomi collettivi*» e «*situazioni unificate*» da *Alfeno a Seneca*, in *Diritto: incontri e scontri*, Bologna 1981, 275 ss. F. Bona, *Il coordinamento delle distinzioni «res corporales-res incorporales» e «res Mancipi-res nec Mancipi» nella sistematica gaiana*, in *Prospettive sistematiche del diritto romano*, Torino 1976, 430, llevando la discusión sobre el plano argumentativo mantiene que la clasificación ciceroniana sirve para cualificar ciertas entidades o figuras jurídicas en función de la *definitio* de uno de los *loci* de la argumentación.

<sup>37</sup> Vid. la larga lista de autores que defienden esta solución en Tuccillo, *Studi cit.*, 85 nt. 259.

<sup>38</sup> Tuccillo, *Studi cit.*, 85 s.

<sup>39</sup> Vid. sobre el significado de esta frase, tan común entre los clásicos, M. Bretonne, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *MAL.*, serie IX, 23.3, Roma 2008, 830 ss.; no cita este texto pero no es ningún obstáculo para la tesis que desarrolla.

<sup>40</sup> La glosa *ad D. 41.3.10.1* circunscribe la afirmación de Ulp. exclusivamente a las servidumbres *quae habent causam interpolatam*, visión que Capogrossi Colognesi, *Appunti sulla «quasi possessio»*, cit., 80, entiende como demasiado restrictiva respecto a la enunciación de Ulp. referida a la *usucapio*.

<sup>41</sup> Guarneri Citati, *Note critiche cit.*, 85 ss., da cuenta que en el campo de las *servitutes praediorum urbanorum* son frecuentes los términos *aedificium*, *aedes*, *domus*; todos indican el fundo sobre el que a favor o a cargo se constituía la superficie, de modo que el término *aedificium* en Ulp. es genuino. Cfr. Solazzi, *Requisiti cit.*, 176 nt. 113.

las servidumbres como *res quae intelleguntur* permite explicar los problemas de las servidumbres que nos interesan que chocan frontalmente con algunos de los principios de las servidumbres como su perennidad en cuanto son perennes las necesidades de los fundos, unas veces por accidentes de la naturaleza (*impetus fluminis* que suspende el ejercicio de las *servitutes* de *iter* y *actus*: D. 8.6.14 pr., Iav. 10 *ex Cass.*), y otras por obras humanas como ocurre en las servidumbres con fundo intermedio; en estos casos el principio tendencialmente intemporal de las servidumbres, si no desaparece, al menos queda en suspenso como ocurre en D. 8.5.6 pr.

El supuesto es el siguiente: entre dos fundos en principio sujetos a *servitus altius non tollendi*<sup>42</sup> aunque también se mezcla en la exposición una *servitus ne luminibus officitur*<sup>43</sup>, existe un predio intermedio libre, planteándose si la elevación del predio intermedio dejara sin razón de ser el gravamen sobre el predio sirviente que ya no quita luces al dominante en cuanto el intermedio, pero libre de cargas, realiza esta función obstativa a la que tiene derecho precisamente por su libertad de cargas. Llegados a ese punto, construido el fundo intermedio se plantean dos soluciones según Tuccillo<sup>44</sup> que para mí son dos interrogantes: ¿el fundo sirviente puede sobreelevar su edificio porque ya no quita luz al dominante, con lo que la servidumbre carece de *utilitas*? Esta es la solución asumida por Guarneri Citati<sup>45</sup>; ¿puede subsistir una cierta *utilitas* en cuanto la elevación causaba un daño al fundo dominante? Esta es la solución que prefiere Tuccillo al entender que podría haber una cierta utilidad en impedir que el fundo sirviente no construyese por encima de cierta altura (aunque no dice cuál sería esta utilidad a no ser que se pensara en la eventual futura demolición del edificio intermedio<sup>46</sup>, y en esta eventualidad sí piensa Ulp.).

<sup>42</sup> La doctrina mayoritaria se inclina por ver en el texto este tipo de servidumbre: S. Solazzi, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli 1948, 73; B. Biondi, *Le servitù prediali nel diritto romano. Corso di lezioni*, Napoli 1969<sup>2</sup>, 330; A. Bignardi, *Actio, interdictum, arboreas. Contributo allo studio dei rapporti di vicinanza*, in *Index* 12, 1983-1984, 477; J.M. Rainer, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz 1987, 4 ss.; R. Basile, *Note sulle servitù nella giurisprudenza severiana*, in *Index* 25, 1997, 351 ss.

<sup>43</sup> Guarneri Citati, *Note critiche* cit., 64, no se pronuncia claramente de qué tipo de servidumbre urbana se trataba: *altius non tollendi* o *ne luminibus officitur*. A. Bignardi, *De iure suo agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»*, Milano 1992, 145 ss., entiende que será una *servitus non tollendi ne luminibus officitur*, lo que a mi modo de ver puede ir contra la tipicidad de las servidumbres y de las acciones correspondientes, que no explica suficientemente.

<sup>44</sup> Tuccillo, *Studi* cit., 185 s.

<sup>45</sup> Esta solución es acogida por Guarneri Citati, *Reviviscenza e quiescenza* cit., 88 ss., que parte de que el alzamiento del fundo intermedio era razón suficiente para que la sobreelevación del sirviente no podía quitar luz al dominante, con lo que caía la *utilitas servitutis*.

<sup>46</sup> Vid. sobre el tema A. Torrent, *Servidumbres a favor o a cargo de edificios futuros. Paul. (15 ad ed.) D. 8,6,18,2*, in *Teoria e storia del diritto privato* 5, 2012, que obviamente no es el caso que interesa ahora porque el fundo intermedio está libre de cargas.

Dado que con la elevación del fundo intermedio *ego non videar luminibus tuis obstaturus si aedificavero*, será vana la *vindicatio* que el propietario dominante quisiera intentar contra el sirviente: *frustra intendes ius mihi non esse ita aedificatum habere invito te* salvo si antes del decurso del tiempo de la prescripción hubiese sido demolido el edificio intermedio, porque en este caso *sed si intra tempus statutum rursus deposuerit aedificium suum vicinus, renascetur tibi vindicatio*, lo que desde un punto de vista opuesto plantea el problema si *statuto tempore* y permaneciendo alzado el edificio intermedio, el titular sirviente pueda adquirir la *libertas fundi* mediante *usucapio libertatis*. Guarneri Citati<sup>47</sup> y Tuccillo<sup>48</sup> no excluyen que la rigidez del *ius civile* en el caso que el propietario sirviente no hubiese aprovechado la elevación del edificio intermedio para sobre-elevar el suyo, estuviese de algún modo atemperada por el *ius honorarium*, porque se puede pensar que el titular dominante, una vez demolido (*depositio*) el edificio intermedio habría podido intentar una *restitutio in integrum* o una *vindicatio ficticia*. Guarneri Citati y Tuccillo piensan que estos remedios habrían sido previstos y contemplados por Ulp. al final de su exposición, pero los compiladores habrían cancelado este apéndice en cuanto aquellos efectos se habrían verificado *ipso iure* en el derecho justiniano. El hecho cierto es que Ulp. no declara la servidumbre extinguida por la elevación del fundo intermedio, pero al sostener que el titular dominante no puede ejercitar la servidumbre y el titular sirviente al sobre-elevar queda absuelto de cualquier *vindicatio intra tempus statutum*, a mi modo de ver queda claro que pasado este tiempo el sirviente puede lograr la *libertas fundi*.

La elevación del fundo intermedio enerva las acciones que el titular dominante pudiera ejercer contra el titular sirviente que sobre-eleva su edificio, que de no existir el intermedio seguiría estando gravado con servidumbre, como también es probable que tampoco tuviera interés el titular dominante en ejercitar las acciones de defensa de la servidumbre en caso de *luminibus tuis obscuratus*. No tendría interés tampoco en prohibir la sobre-elevación del edificio sirviente que con la construcción del fundo intermedio ya no ofrecía el uso pactado de la servidumbre. Hasta aquí la argumentación de Ulp. es muy clara, y también es lógica su solución final: *sed si intra tempus statutum rursus deposuerit aedificium suum vicinus, renascetur tibi vindicatio*. La lógica es impecable: abatido el edificio intermedio, el fundo sirviente, antes del transcurso del tiempo de prescripción vuelve a prestar utilidad al dominante, y su sobre-elevación dañaba el interés de éste<sup>49</sup>. Pero no sé hasta qué punto este *renascetur tibi vindicatio* es más teórico que real por las razones que expondré.

<sup>47</sup> Guarneri Citati, *Reviviscenza e quiescenza* cit., 94.

<sup>48</sup> Tuccillo, *Studi* cit., 185 nt. 398.

<sup>49</sup> G. Grosso, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino 1969, 267 ss. Grosso presenta el texto de Ulp. como un caso de caída de la *utilitas fundi*.

En primer lugar no está claro la utilización original por Ulp. de *sed* que Guarneri Citati<sup>50</sup> sustituye con *nec*, con lo que da un giro completo a la frase final que entonces se referiría a la extinción definitiva de la servidumbre, frase final que consideran espúrea Segrè<sup>51</sup> y Solazzi<sup>52</sup>; pero Grosso<sup>53</sup> defiende la postura contraria teniendo en cuenta la lógica del texto, porque si la sobreelevación del edificio intermedio hace inocua la sobreelevación del sirviente, la *vindicatio servitutis* queda sin objeto, mientras es de nuevo ejercitable cuando se abata el intermedio siempre que no se haya producido la *usucapio libertatis*, lo que invirtiendo la frase final equivaldría a que si el titular intermedio *rursus deposuerit suum, semel extincta servitute non renascetur*. Guarneri Citati<sup>54</sup> se muestra perplejo ante la posibilidad que la *vindicatio servitutis* no era ejercitable por un acto realizado *iure* por el propietario del fundo sirviente, y sí lo era por aquel mismo acto que de ser lícito se convertía en ilícito por efecto del tercero que *rursus deposuerit suum*; evidentemente con el edificio intermedio construido se produce lo que llama «quiescenza» de la servidumbre: el derecho se mantiene latente, existe, aunque no haya posibilidad de ejercitarlo, situación que como no puede durar siempre tiene en derecho clásico el plazo de prescripción de dos años. Es precisamente la elevación del edificio intermedio la que funciona como hecho impeditivo específico para el ejercicio del derecho.

En este juego de relaciones jurídicas ocasionadas por la construcción del edificio intermedio, el *tempus statutum* tiene un papel fundamental, tanto para la reviviscencia de la servidumbre (en caso de abatimiento del edificio intermedio), como para la *usucapio libertatis*. Pero se presentan varias interrogantes: abatido el edificio intermedio ¿el titular dominante puede dirigir su acción tanto si el sirviente no hubiera sobreelevado el suyo como si lo hubiera sobreelevado<sup>55</sup>? Guarneri Citati<sup>56</sup> entiende que dado el carácter genérico del texto ulpiano en ambos casos *renascetur vindicatio*. Tuccillo<sup>57</sup> considera que dado que se

<sup>50</sup> Guarneri Citati, *Reviviscenza e quiescenza* cit., 88 ss.

<sup>51</sup> G. Segrè, *La clausola restitutiva nelle azioni «de servitutibus» e la formule relative alla «servitus oneris ferendi»*, in *BIDR.* 41, 1933, 27 nt. 1.

<sup>52</sup> Solazzi, *Specie ed estinzione* cit., 178.

<sup>53</sup> Grosso, *Le servitù prediali* cit., 267.

<sup>54</sup> Guarneri Citati, *Note critiche* cit., 63.

<sup>55</sup> Este el problema que en la jurisprudencia española llamamos el valor de los «fáctico urbanístico», en que los *facta concludentia* enervan la eficacia de previsiones legales. Dejo solo apuntado este problema que tiene una notable incidencia en el campo urbanístico (licencias de construcción. servidumbres legales impuestas en las costas, etc.); vid. A. Torrent, *Protección registral del dominio marítimo terrestre*, in *Revista crítica de derecho inmobiliario* 60, 1992, 48 ss.

<sup>56</sup> Guarneri Citati, *Note critiche* cit., 63 nt. 1.

<sup>57</sup> Tuccillo, *Studi* cit., 187.

trata de una servidumbre negativa consistente *in prohibendo*, el propietario del fundo sirviente habría debido realizar un acto en modo contrario a la servidumbre como era sobreelevar la *aedes servae*, y desde este momento comenzaría a contarse el bienio. Aclara Tucillo que para los clásicos la extinción de la servidumbre no podía ser debida al transcurso del bienio de la construcción realizada por un tercero, sino por el hecho que la sobreelevación hubiese dejado la servidumbre privada de *utilitas* haciéndola incidir *in eum casus in quo consistere non potuerit*.

Podría además producirse el siguiente supuesto: si dentro del bienio, sobreelevado el edificio sirviente y abatido el intermedio, en este caso desde luego el titular dominante puede ejercitar la *vindicatio servitutis*, pero ¿podrá pedir la demolición del edificio sirviente hasta llegar a la altura inicial prevista en la constitución de la servidumbre? Los textos nada dicen al respecto, pero me temo que en Roma como en nuestros días la fuerza de lo fáctico funcionaría como impeditiva para repristinar la servidumbre a su estado primitivo (la altura del edificio sirviente a su situación anterior de modo que pudiera prestar la *utilitas fundi*), con lo que surge inmediatamente otra cuestión: ¿en ese caso podrá el titular dominante pedir una indemnización que le compense el daño ocasionado por no poder gozar de la servidumbre mantenida (me atrevería a decir *solo animo*) durante el bienio anterior a la *usucapio libertatis*? Tampoco dicen nada los textos, pero pienso que en principio no debe haber dificultad para conseguirla, con la consecuencia que en este caso iría aparejada la extinción de la servidumbre por estar alterada la situación objetiva del fundo sirviente; no se extinguiría entonces la servidumbre por *usucapio libertatis* sino por no poder prestar objetivamente el servicio convenido.

Armando Torrent  
(Universidad 'Rey Juan Carlos' de Madrid)  
armando.torrent@urjc.es