

BIBLIOTECA VIRTUAL

III
**CARACTERÍSTICAS DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES
RELEVANTES A LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD
POR EVICCIÓN**

3.1. Servidumbres como *res incorporales*

A veces la venta no recae sobre una *res* corporal. Pueden ser objeto de venta también *res* incorporales¹¹¹

Los romanos modelaron los principios para la compraventa de cosas incorporales según el derecho de la compraventa de cosas corporales. Como constata Rabel:

"Die Grundsätze für den Kauf unkörperlicher Sachen haben die Römer im allgemeinen dem Rechte des Sachkaufs nachgebildet."¹¹²

La posibilidad de la venta de las servidumbres prediales más antiguas no es un hecho tan inverosímil si nos remontamos a los orígenes de estas servidumbres, consideradas como *res corporales*. La constitución de una servidumbre puede estar basada en una venta.

En la constitución de servidumbres es necesario diferenciar:

1. Reserva de servidumbre apoyada en la *mancipatio* o en la *in iure cessio*.
2. Constitución de servidumbre sin que concurra la transmisión de un fundo. La constitución puede estar basada en una venta y se podía efectuar por *mancipatio* o *in iure cessio*.

En la venta de servidumbres prediales el vendedor se compromete a constituir la servidumbre por los medios adecuados y el comprador a pagar el precio. No se transfiere el derecho sino que se contrae la obligación de constituirlo¹¹³.

La *constitución* de las servidumbres prediales consideradas *res Mancipi* se realizaba mediante *mancipatio* o *in iure cessio*. Lo normal es que se efectuara una *mancipatio*, en este supuesto si se reclamaba una servidumbre, se respondía por *auctoritas*.

Por otra parte, la constitución de las servidumbres consideradas *res nec Mancipi*, en el Derecho clásico se hacía por *in iure cessio*.

La *in iure cessio* no generaba ninguna responsabilidad en caso de evicción.

Otro problema que se plantea es la imposibilidad de realizar la *traditio* de las *res incorporales*. El siguiente texto de Javoleno refleja la disparidad de criterios sobre la

¹¹¹ Kaser, M. "Das Römische Privatrecht" Erster Abschnitt, München 1971, pág. 545: "Der Kauf ist ein vollkommen zweiseitiger Vertrag, gerichtet auf den Austausch der Ware, zumeist einer Sache, gegen einen in Geld bestehenden Preis."

¹¹² Rabel "Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte I" pág. 1 nota 1, Leipzig 1912.

¹¹³ Arangio Ruiz, V. "La compraventa in diritto romano", Napoli, 1952, pág. 113: "Di vendita servitutis le nostri fonti fanno parola soltanto nel senso di un contratto consensuale in forza del quale il titolare di un fondo (proprietario, od anche enfiteuta, in diritto giustiniano superficario) si obblighi a costituire, con uno dei mezzi giuridici appropriati al fine, una servitù a favore del titolare di un fondo vicino, e questo si obblighi per parte sua a pagare un prezzo. Lo scopo è dunque non di trasferire un diritto ma di costituirlo; il che peraltro non è per sé grave ostacolo, dato che anche la vendita di cose corporali può avere ad oggetto cose future, e perfino cose che vengano in essere nello stesso istante in cui l'obbligazione del venditore viene adempiuta."

posibilidad o no de entregar la posesión de las servidumbres:

Javolenus D.8,1,20 *libro quinto ex posterioribus Labeonis*:

Quotiens via aut aliquid ius fundi emeretur cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset, ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

- Labeón, de la escuela proculeyana piensa que no es posible y que es necesaria la aportación de una caución.

- Javoleno, partidario de la corriente Sabiniana entiende que se puede entregar la posesión, ya que se puede asimilar el *usus iuris* a la *traditio possessionis*.

Pro traditione quiere decir "como si fuera una *traditio*". La *possessio* supone el ejercicio del derecho¹¹⁴.

- Pomponio cree también como Labeón que no se puede entregar la posesión, por lo que es preciso ofrecer una caución, así se expresa en este pasaje:

Pomponius D.19,1,3,2 *libro nono ad Sabinum*

Si iter actum viam aquae ductum per tuum emero, vacuae possessionis traditio nulla est: itaque cavere debes per te non fieri, quo minus utar.

Mediante una *stipulatio*, se puede garantizar que no se impedirá que el comprador use del derecho adquirido. Creo que este acuerdo tiene aplicación en el derecho clásico respecto a los fundos provinciales y en Roma cuando el comprador era un peregrino¹¹⁵ y en Derecho Justiniano es de general aplicación.

Al desaparecer la *mancipatio* y la *in iure cessio* en el Derecho clásico, de alguna manera se tenían que suplir. Es éste el motivo por el cual en muchos textos del Digesto se hace mención de estas estipulaciones y de su necesidad, siendo en algunos supuestos interpolaciones. En otro caso las estipulaciones se estarían refiriendo a los fundos provinciales o a la adquisición de un fundo Itálico por un peregrino.

El *iter*, la *via*, el *actus* y el *aquaeductus* son *res Mancipi* y por tanto transmisibles por *mancipatio*. Además tienen la consideración de *res corporales* a diferencia de las restantes servidumbres que son *res incorporales* que pertenecen a la categoría de *res nec Mancipi*. Así lo expresa Gayo en Instituciones II,17:

"Item fere omnia quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis servitutibus"

¹¹⁴ Brini, G. "Possesso delle cose e possesso dei diritti nel diritto romano", pág. 30, Edizione Anastasica, Roma, 1978. "Una tale condizione, quale si è descritta, è, sotto il nome ora detto di iuris quasi possessio riconosciuta comunemente per le servitù e per gli altri diritti reali che ammettono pure un esercizio continuato (ed importano possesso di cosa), quali l'enfiteusi e la superficie."

¹¹⁵ Gaius II,31.

praediorum rusticorum: nam eas Mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium".

Paulo sostiene el carácter de cosas incorporales de las servidumbres, tanto las rústicas como las urbanas, no exceptuando ninguna:

Paulus D.8,1,14 *libro quinto decimo ad Sabinum*

Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.

En cambio en otro texto el mismo autor se refiere a las servidumbres como *corpora*:

Paulus D.44,1,17 *Libro septuagensimo ad edictum*:

"Sed si ante viam, deinde fundum Titianum petet, quia et diversa corpora sunt et causae restitutionum dispare, non nocebit exceptio."

Se tienen que tener en cuenta las transformaciones que sufrieron las diferentes figuras jurídicas para entender cómo se fueron encauzando los sucesivos problemas jurídicos que iban apareciendo y los nuevos conceptos iban sustituyendo a los antiguos¹¹⁶.

Lo fundamental para nuestro estudio es tener en consideración concretamente el cambio de conformación de las servidumbres prediales más antiguas como *ius fundi*¹¹⁷. Monier hace hincapié en la idea de que la noción de dominio es posterior de la expresión *iura praediorum* y ésta sería una de las razones por las que los jurisconsultos establecían un vínculo estrecho entre la cosa corporal y la propiedad¹¹⁸. Según este autor, el primer fragmento donde la palabra *dominium* sirve para designar la noción abstracta y técnica de propiedad es del Jurisconsulto *Alfenus Varus* (39 a. J.C.), que encontramos recogido en el siguiente texto de Paulo:

Paulus D.8,3,30, *libro quarto epitomarum Alfeni digestorum*:

¹¹⁶ Monier, R. "La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique de res en corporales et incorporales, Studi in Onore di Siro Solazzi, 1948, pág. 357: "l'extrême fin de la république et le début du Haut Empire sont marqués par des transformations profondes, non seulement dans les institutions politiques romaines, mais dans certaines conceptions du droit privé: C'est l'époque où la notion de dominium va progressivement se substituer à celle de Mancipium et où la distinction des res corporales et des res incorporales, passant de la philosophie dans le droit, va prendre place à coté de la division des choses en res Mancipi et res nec Mancipi."

¹¹⁷ Biondi, B. "La categoria romana delle servitutes", pág. 666: "A misura che l'acquedotto e la via non sono cose corporali ma diritti, dal concetto di parte integrante di un fondo si passa al concetto di diritto inerente ad un fondo. La particella che un tempo si considerava come annessa ad un fondo per i bisogni di questo, si considera ora come ius e precisamente come ius fundi."

¹¹⁸ Monier, R. "La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique de res en corporales et incorporales" Studi in onore di Siro Solazzi, pág. 357, (1899-1948): "Si surprenant que cela puisse paraître, l'élaboration de la notion juridique de dominium est postérieure à l'emploi des expressions "usufructus" et "iura praediorum": ceci est même l'une des raisons pour lesquelles, dans l'esprit des juristes s'est établi un lien étroit entre l'idée de chose corporelle (le fonds lui même, le corps même de la chose) et l'idée de propriété."

"Qui duo praedia habebat, in unius venditione aquam, quae in fundo nascebatur, et circa eam aquam late decem pedes exceperat: quaesitum est, utrum dominium loci ad eum pertineat an ut per eum locum accedere possit. respondit, si ita recepisset: circa eam aquam late pedes decem, iter dumtaxat videri venditoris esse".

Monier comenta respecto a este texto de Paulo:

*"l'iter, envisagé comme la faculté de passer à travers le lieu réservé dans la vente, est opposé, ici, non pas au corpus loci, mais au dominium loci."*¹¹⁹

Otro texto de Ulpiano también contiene esta idea: *Ulpianus D.8,5,4,pr., libro septimo decimo ad edictum:*

"Loci corpus non es dominii ipsius, cui servitus debetur, sed ius eundi habet".

Biondi opina sobre el pasaje de Ulpiano:

"Si noti che il giurista parla non in genere del *locus serviens*, ma del passaggio, e che negli antichi atti di deductio della strada, la riserva appariva come riserva di cosa corporale (*et circa eam aquam late decem pedes exceperat*) Tanto che nei libri di Alfeno troviamo discussa la questione se in tal caso si abbia riserva di dominio o di passaggio (fr. 30 D.8; Paul IV ep. Alf.dig.)"¹²⁰

Un hecho destacable, en este sentido, es que originariamente la lanza simbolizaba la propiedad y también a las servidumbres prediales, concretamente a la servidumbre de via¹²¹:

Paulus D.8,3,7,pr., libro vicensimo primo ad edictum:

*"Qui actum habet, et plostrum ducere et iumenta agere potest. sed trahendi lapidem aut tignum neutri eorum ius est: quidam nec hastam rectam ei ferri licere, quia neque eundi neque agendi gratia id faceret et possent fructus eo modo laedi. qui viam habent, eundi agendi ius habent: plerique et trahendi quoque et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedat."*¹²²

¹¹⁹ Monier, R. "La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique de res en corporales et incorporales" Studi in onore di Siro Solazzi, 1948, pág. 359.

¹²⁰ Biondi B. "La categoria romana delle servitutes". Pag.664.

¹²¹ Franciosi, G. "Studi sulle servitù prediali", Napoli, 1967, pág. 17: "Nè infine prova a favore della originaria identità tra servitù e dominio l'istituto dell'hastam rectam ferre, tipico della servitus viae, poichè il linguaggio gaiano, che fa di questa il simbolo del iustum dominium, riferisce un concetto antico aggiornato nella forma, ossia visto attraverso le categorie logiche del tempo. Del riferimento all'oggetto corporale abbiamo già detto: la potestas insisteva pur sempre su una entità corporea, fosse essa personale o reale."

¹²² Según Franciosi parece ser que sólo se aplicaba a la servidumbre de via, Franciosi, G. "Studi sulle servitù prediali" pág. 17: "Le ragioni per cui, a quanto sembra, analogo diritto non fosse concesso al titolare dell' iter e dell'actus non possono essere determinate con sicurezza, ma è licito ipotizzare che ciò derivi dalla maggiore antichità della servitus viae rispetto alle altre servitù di passaggio: Tutto ciò sempre che D.8.3.7 pr. debba essere interpretato secondo la comune opinione."

3.2. Características que determinan las diferencias entre las servidumbres prediales y el derecho de usufructo

Las servidumbres prediales y el usufructo son derechos que nacieron en épocas distintas y por necesidades muy diferentes.

En cuanto a su origen cabe destacar la antigüedad de las primitivas servidumbres, *iter*, *actus*, *via* y *aquaeductus* en comparación con el derecho de usufructo que no apareció hasta la primera mitad del II siglo a.C.¹²³.

El usufructo se creó con una finalidad alimentaria para ayudar a la viuda que hubiera estado casada *sine manu*¹²⁴. Las servidumbres más antiguas nacieron por las necesidades propias de una economía que se basaba en la agricultura.

Para mejor comprender la problemática en toda su extensión será preciso primero señalar las diferentes características que configuran a las servidumbres prediales y al derecho de usufructo. Estas diferencias tienen una trascendencia respecto al distinto tratamiento de la responsabilidad por evicción que afecta a ambas figuras jurídicas.

Aunque sus diferencias son notables, tienen características comunes que les asemejan. Ambos son derechos reales sobre cosa ajena y, en su consecuencia, deben ser respetados por los sucesivos propietarios¹²⁵ y pueden recaer sobre fundos.

Las diferencias, que ahora veremos se proyectan sobre el tema de este trabajo en torno a una cuestión principal: ¿por qué en la transmisión de un fundo por *emptio venditio*, en el caso de las servidumbres prediales no nace de una forma natural la responsabilidad por evicción y en el usufructo sí?

Proponemos dos explicaciones básicas centradas en otras tantas diferencias esenciales entre usufructo y servidumbres. Por un lado, la privación del *uti frui* que para el propietario supone el usufructo, y por otro, la inherencia de las servidumbres al fundo, que es característica de las servidumbres.

1) La existencia del derecho de usufructo supone la falta del *uti* y el *frui* del nudo propietario, en cambio si un fundo esta gravado con una servidumbre predial no se detrae la posesión al propietario. El derecho de usufructo no está considerado como una *qualitas fundi* sino que se concede al titular el *uti* y el *frui* sobre la cosa y supone una carga o gravamen de más entidad que una servidumbre.

Las servidumbres en cambio, en su vertiente activa, son consideradas cualidades del

¹²³ Grosso, G. "Usufrutto e figure affini nel diritto romano" Torino 1958, pág. 15.

¹²⁴ Es claro el carácter alimentario del origen del usufructo como lo constata Grosso "Usufrutto e figure affini nel diritto romano", Torino 1958. pag. 14: "Possiamo dunque partire da un dato che può ritenersi abbastanza sicuro: la genesi dell'usufrutto, per quella che ne è la occasione storica, va connessa ad uno scopo essenzialmente alimentare..."

¹²⁵ Gaius D.7,4,19 libro séptimo ad edictum provinciale: "Neque usus fructus neque iter actusve dominii mutatione amittitur".

fundo como se expresa en un texto de Paulo, D.8,3, 6,1¹²⁶.

Si un fundo estuviera gravado con servidumbres no se podría reclamar en base a la evicción, a no ser que se hubiera emitido una declaración en el sentido de que el fundo estaba libre de servidumbres, por ejemplo, si se añade la cláusula "*optimus maximusque*", el vendedor se obliga a entregarlo libre de cargas: *liber praestandus est*¹²⁷. En cambio si se produce la evicción de un derecho de usufructo no es necesario que se haya hecho ninguna declaración para que nazca tal responsabilidad¹²⁸

2) La servidumbre es inherente al fundo y el usufructo a la persona, Metro hace hincapié en la diferente consideración que tiene esta característica en uno y otro caso¹²⁹.

- El usufructo es inherente no al fundo si no a la persona titular del derecho de usufructo por eso es personalísimo y se extingue con la *capitis deminutio* o la muerte del usufructuario. Por consiguiente el derecho de usufructo no es un derecho accesorio, al contrario de las servidumbres prediales que son consideradas accesorias al fundo¹³⁰. - Las servidumbres prediales son inherentes tanto al fundo dominante como al sirviente¹³¹. La idea de inherencia al predio¹³² es tan estrecha que en un texto del Digesto, se llega a decir que la sentencia sobre una servidumbre afecta al fundo¹³³.

Las servidumbres por naturaleza son perennes, ya que acompañan al fundo en todas sus vicisitudes jurídicas y de hecho. Así lo constata un texto de Paulo D.8,4,12¹³⁴. Por ello no se extinguen con la muerte de su titular.

¹²⁶ Paulus D.8,3,6,1 libro quinto decimo ad Plautium: "Item longe recedit ab usu fructu ius calcis coquendae et lapidis eximendi et harenae fodiendae aedificandi eius gratia quod in fundo est, item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint quid ergo si praediorum meliorem causam haec faciam? non est dubitandum, quin servitutis sit..."

¹²⁷ Gaius D.30,69,3 libro secundo de legatis ad edictum praetoris: "Si fundus qui legatus est servitutem debeat impositam qualis est, dari debet: quod si ita legatus sit "uti optimus maximusque", liber praestandus est."

¹²⁸ Pomponius D. 18,1,66 pr. que será objeto de análisis más adelante.

¹²⁹ Metro, A. "Fructus servitutis esse non potest? IURA XXIII, 1972, pág. 111 : "Viceversa, facendo della servitù il contenuto di un usufrutto, cioè di un diritto strettamente inerente ad una persona e non ad un fondo (D.45,3,26 = Frag. Vat. 55: Usus fructus sine persona esse non potest...) si sarebbe completamente negato questo principio, mettendo in relazione il diritto di servitù non più con un fondo, bensì con una persona, e snaturando pertanto tale diritto, in quanto è notorio che...hae servitutes praediorum appellantur quoniam sine praediis constitui non possunt (8.4.1.1)".

¹³⁰ La característica de accesoriedad de las servidumbres se muestra por ejemplo en un texto de Venuleio D.21,2,75.

¹³¹ Miquel incide en la terminología utilizada usualmente, fundo dominante y fundo sirviente. Miquel, J. "Derecho Privado Romano" Madrid 1992, págs. 215,216: "la relación no se establece entre fundos, sino entre los sucesivos propietarios de dichos fundos, que son los que se benefician o sufren respectivamente, el uso de la servidumbre. Dentro de este lenguaje metafórico, que cuando se lexicaliza pasa a lenguaje técnico del Derecho, se habla de fundo dominante para indicar el fundo a cuyo favor está constituida la servidumbre, y de fundo sirviente para designar al que sufre"

¹³² En este sentido Biondi destaca algunos textos. Biondi, B. "La categoria romana delle servitutes", Milano 1938, pág. 353: "La servitù si considera come qualche cosa che rende praediorum meliorem causam (fr. 6,1 D.8,3; Paul. XV ad Plaut.), e per la decisione giudiziaria de servitute si dice sententia praedio datur (fr. 3,7 D.3,5; Pap. II resp.)

¹³³ Concretamente en un fragmento de Papiniano D.3,5,30,7 libro secundo responsorum: "Uno defendente causam communis aquae sententia praedio datur: sed qui sumptus necessarios ac probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet."

¹³⁴ Paulus D.8,4,12 Libro quinto decimo ad Sabinum: "Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur. aedificia quoque fundis et fundi aedificiis eadem condicione serviunt."

La consideración de las servidumbres prediales como *qualitates fundi* deriva precisamente de la inherencia, son cualidades objetivas del fundo que pueden consistir en ventajas o desventajas, aunque no hay que olvidar su esencia jurídica, como expone Biondi¹³⁵.

La condición de *qualitas fundi* de las servidumbres prediales se expresa en varios textos del Digesto con las expresiones *qualiter* o *qualis...talis* por ejemplo en *Celsus* D.8,6,12¹³⁶, *Pomponius* D.8,3,20¹³⁷, *Florentinus* D.30,116,4¹³⁸, *Gaius* D.30,69,3¹³⁹ y *Celsus* D.50,16,86. Entre ellos cabe destacar este último de Celso:

Celsus D.50,16,86 *Libro quinto digestorum*:

"Quid aliud sunt "iura praediorum" quam praedia qualiter¹⁴⁰ se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo?."

Celso compara otras cualidades del fundo, como la belleza, la salubridad y la amplitud, con las servidumbres prediales¹⁴¹.

Este texto pertenece a la rúbrica *si servitus vindicetur* según Lenel¹⁴², por lo que habrá que relacionar el contenido del texto con la *vindicatio*¹⁴³.

¹³⁵ Biondi. B., "Le servitù prediali nel diritto romano", (corso di lezioni), Milano 1969, pág. 95: "La servitù si paragona alle qualità naturali solo per rilevarne la ineranza al fondo, ma è una situazione giuridica. Ciò importa che è posta in essere da un atto giuridico e vive nell'orbita del diritto. Le qualità naturali obbediscono alle leggi fisiche, le servitù alle legge civili. È una situazione giuridica che, come ogni qualità naturale, si ricollega alla proprietà".

¹³⁶ Celsus D.8,6,12 Libro septimo decimo digestorum: "Qui fundum alienum bona fide emit, itinere quod ei fundo debetur usus est: retinetur id ius itineris: atque etiam, si precario aut vi deiecto domino possidet: fundus enim qualiter se habens ita, cum in suo habitu possessus est, ius non deperit, neque refert, iuste ne possideat, qui talem eum possidet, quare fortius et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur. quod et Sabino recte placet, ut apud Neratium libro quarto membranarum scriptum est."

¹³⁷ Pomponius D.8.3.20 libro trigensimo tertio ad Sabinum: "Si mihi eodem tempore concesseris et ire agere per tuum locum et uti frui eo ius esse, deinde ego tibi concessero ius mihi uti frui non esse: non aliter eo loco uteris frueris, quam ut ire agere mihi recte liceat. item si et ducere per tuum fundum aquam iure potuero et in eo tibi aedificare invito me ius non fuerit: si tibi concessero ius esse aedificare, nihilo minus hanc servitutem mihi praestare debebis, ne aliter aedifices, quam ut ductus aquae meus maneat, totiusque eius rei condicio talis esse debet, qualis esset, si una dumtaxat initio concessio facta esset."

¹³⁸ Florentinus D.30,116,4 libro undecimo institutionum: "Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. Itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit sive ei fundus heredis, licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum ius restituendum est. et nisi legatarius imponi servitutem patiat, petendi ei legatum exceptio doli mali opponetur: si vero fundo legato servitus non restituatur, actio ex testamento superest."

¹³⁹ Gaius D.30,69,3 libro secundo de legatis ad edictum praetoris: "Si fundus qui legatus est servitutem debeat impositam, qualis est, dari debet: quod si ita legatus sit "uti optimus maximusque", liber praestandus est".

¹⁴⁰ Voz *qualiter*, Heumann-Seckel, "Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts" (Jena 1926, unveränd. 11 Aufl. Graz 1971): *qualiter* significa "von welcherlei Beschaffenheit". Por *qualitas* se entiende estado o situación (Beschaffenheit) y con ésto se quiere expresar que el fundo se adquiere tal cual esta "*qualis... talis*" (wie beschaffen).

¹⁴¹ Biondi B. "La categoria romana delle servitutes" pág. 352: "La servitù si immedesima nel fondo. Celso la considera come un attributo, una qualità permanente del fondo, paragonabile alla bonitas, alla salubritas, alla amplitudo del fondo."

¹⁴² Palingenesia de Lenel column. 132, frag. 30.

¹⁴³ Villey, M. "Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique", RIDA Melanges Fernand De Visscher II, 1949, pág. 432: "Il est tiré, selon Lenel et Stella Maranca, d'un chapitre portant sur la vindicatio

Estas cualidades no debemos olvidar que tienen naturaleza jurídica, son una condición jurídica del fundo: *Ius fundi*¹⁴⁴.

La expresión *ius fundi* se utiliza referida a las servidumbres prediales, como podemos comprobar en Javoleno D.8,1,20¹⁴⁵, Escévola D.8,5,20,1¹⁴⁶, Juliano D.23,5,7,1¹⁴⁷ y Celso D.43,19,¹⁴⁸.

Estas cualidades objetivas se transmiten con el fundo. El fundo se transmite *cum sua causa*, en el estado o situación jurídica en que se encuentra. *Cum sua causa* puede significar toda situación jurídica de un objeto de derecho: las cargas y ventajas ligadas a este objeto¹⁴⁹. Hay una diversidad de maneras de expresarlo: *Fundus cum sua condicione, in suo habitu possessus* como podemos observar por ejemplo en Pomponio D.18, 1,67¹⁵⁰ y en Paulo D.8,3,23,2¹⁵¹.

D'Ors respecto *ius* y *causa* nos indica que no son términos equivalentes sino que se tiene que matizar su diferente significación. *Causa* tiene un ámbito de aplicación más amplio

servitutis; peut-être Celse a-t-il eu pour but, dans cette formule ramassée, de rapprocher les jura du praedium, tous deux constituant des res, tous deux objets d'une possible vindicatio.

¹⁴⁴ Según Villey el término *jus* tiene dos significaciones. Villey, M. "Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique", RIDA 1949, pág. 426: "D'une façon générale ce mot désigne tout ce qui est de nature juridique, mais tantôt il s'agit des qualités ou de la condition juridiques d'une chose corporelle (ou d'une personne) (*jus fundi*); tantôt, lorsqu'il est employé à titre principal, le mot désigne une chose incorporelle, purement juridique, constituant par elle-même une réalité distincte: *jus pris absolument*"

¹⁴⁵ Iavolenus D.8,1,20 libro quinto ex posterioribus Labeonis: "Quotiens via aut aliquid *ius fundi* emeretur cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset, ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti *possessoria constituta sunt*."

¹⁴⁶ Scaevola D.8,5,20,1 libro quarto Digestorum: "Plures ex municipibus, qui diversa praedia possidebant, saltum communem, ut *ius compascendi* haberent, mercati sunt, idque etiam a successoribus eorum est observatum; sed nonnulli ex his, qui hoc *ius* habebant, praedia sua illa propria venundederunt; quaero, an in venditione etiam *ius illud* secutum sit praedia, cum eius voluntatis venditores fuerint, ut et hoc alienarent. Respondit, id observandum, quod actum inter contrahentes esset; sed si voluntas contrahentium manifesta non sit, et hoc *ius* ad emptores transire. Item quaero, an, cum pars illorum priorum fundorum legato ad aliquem transmissa sit, aliquid iuris secum huius compascui traxerit? Respondit, cum id quoque *ius fundi*, qui legatus esset, videretur, id quoque cessurum legatario. Brugi hace el siguiente comentario de este texto: "Si segue ciò che è stabilito dai contraenti; se la volontà loro non è manifesta, anche il diritto s'intende trasmesso. y más adelante añade:"nè la forma, nè la sostanza giustificano in alcuna guisa una parentela con le servitù" Brugi, B. "Le doctrine Giuridiche degli Agrimensori Romani comparate a quelle del Digesto, Roma 1968, pág. 329.

¹⁴⁷ Iulianus D.23,5,7,1 libro sexto decimo digestorum: "Sed cum uxor fundum, cui praedia viri servitutem debebant, in dotem dat, fundus ad maritum pervenit amissa servitute; et ideo non potest videri per maritum *ius fundi* deterius factum. Quid ergo est? Officio de dote iudicantis continebitur, ut redintegrate servitute iubeat fundum mulieri vel heredi eius reddi".

¹⁴⁸ Celsus D.43,19,7 libro vicensimo quinto digestorum: "Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed, si prohiberetur non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque; nam ut hoc interdictum competat, *ius fundi* possedissee oportet".

¹⁴⁹ Voz *causa*, Heumann-Seckel, Handlexikon: 5) die ganze juristische Beschaffenheit eines Rechtsobjekts, die damit verbundenen Lasten und Vorteile z.B. *tota causa fundi*. "Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts".

¹⁵⁰ Pomponius D.18,1,67 libro trigensimo nono ad Quintum Mucium: "Alienato cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset, idque toto iure civili ita se habet, praeterquam si aliquid nominatim sit constitutum."

¹⁵¹ Paulus D.8,3,23,2 libro quinto decimo ad Sabinum: "Si fundus serviens vel *ius* cui servitus debetur publicaretur utroque casu durante servitute quia cum sua condicione quisque fundus publicaretur."

y se traduce como situación jurídica, mientras que el sentido de *ius* correspondería al de posición jurídica¹⁵².

Existe un texto que creemos muy interesante en relación al término *causa* que ahora es objeto de nuestra atención:

Ulpianus D.50,17,156,2,3 *libro septuagesimo ad edictum*:

Cum quis in alii locum successerit, non est aequum ei nocere hoc, quod adversus eum non nocuit, in cuius locum successit. Plerumque emptoris eadem causa esse debet circa petendum ac defendendum, quae fuit auctoris.

Aquí *causa* significa la situación jurídica del comprador en relación a las acciones y excepciones que tenía el vendedor, que según el texto deben ser las mismas. Es importante observar que la palabra que se utiliza para referirse al vendedor es *auctor*.



¹⁵² D'Ors, A. "Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de "ius", Studi in memoria di Emilio Albertario, Milano 1953, pág. 289: "Causa quiere decir muchas veces el conjunto de cualidades jurídicas de una cosa, con lo que puede hacer doble uso por ius. Así se habla de causa fundi (Dig. 32,30,3), de fundus cum sua causa (Dig. 13,7,18,2), de servus cum sua causa (Dig. 40,7,2 pr.) y, en general, siempre que se trata de la restitución de una cosa: causa omnis restituenda est. Pero ambos términos no se identifican, ya que el segundo tiene un campo semántico más amplio que el de ius y en cierto modo, distinto de aquel, como vemos en D.50,16,23: "rei" appellatione et causae et iura continentur. (Lenel, Paling. II 493 n.I pone estas palabras en relación con el título de satisfando, pero no sería imposible pensar que se referían a ne praeiudicium fiat en las acciones reales. num, 484: Dig. 8,5,1). Causa afecta a la cualidad jurídica interna y ius a la cualidad jurídica externa. Quizá se pudiera traducir causa por situación jurídica, frente al ius, que es la posición jurídica"