



Universitat de Girona

“PACTIO NIBUS ET STIPULATIONIBUS”. CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES PREDIALES EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Rosa M. CARREÑO SÁNCHEZ

Dipòsit legal: GI-1079-2011

<http://hdl.handle.net/10803/34763>

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei [TDX](#) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio [TDR](#) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the [TDX](#) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



TESI DOCTORAL

«*PACTIONIBUS ET STIPULATIONIBUS*»
CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN
DE SERVIDUMBRES PREDIALES EN EL DERECHO
ROMANO CLÁSICO

Rosa M. Carreño Sánchez

2011

PROGRAMA DE DOCTORAT: Turisme, Dret i Empresa.

Dirigida per: Dr. José L. Linares Pineda

Memòria presentada per optar al títol de doctor/a per la Universitat de Girona



Universitat de Girona

El Dr. José L. Linares Pineda, Catedràtic de Dret romà del Departament de Dret privat de la Universitat de Girona,

CERTIFICA:

Que aquest treball, titulat "*Pactionibus et stipulationibus*. Contribución al estudio de la constitución de servidumbres prediales en el Derecho romano clásico", que presenta Rosa M. Carreño Sánchez per a l'obtenció del títol de doctora, ha estat realitzat sota la seva direcció.

Signatura

Girona, 12 d'abril de 2011.

Índice

- Resumen.....	1
- Objetivos.....	4
- Metodología.....	5
- Discusión.....	7
- Resultados.....	9
- Introducción.....	10

CAPÍTULO I: Breve referencia a algunos aspectos generales de las servidumbres prediales en el derecho romano

1. Preliminar.....	18
2. Las servidumbres prediales: concepto, origen histórico y evolución posterior.....	19
2.1. Concepto.....	19
2.2. Aproximación a las diversas teorías sobre el origen y la evolución histórica de las servidumbres prediales.....	24
3. Breve referencia a algunas de las características generales de las servidumbres prediales a tener en cuenta para el estudio de las pacciones et stipulationes.....	48
3.1. <i>Servitus in faciendo consistere nequit</i>	49
3.2. Las servidumbres como <i>qualitas fundi</i>	52
3.3. La indivisibilidad de las servidumbres.....	56
3.3.1. Indivisibilidad y copropiedad.....	57
3.3.2. Indivisibilidad de la servidumbre y divisibilidad de los fundos sirviente y dominante.....	59
3.3.3. Indivisibilidad y solidaridad.....	60
3.4. El requisito de la utilidad objetiva (<i>utilitas</i>).....	61
3.5. El requisito de la vecindad (<i>vicinitas</i>).....	62
3.6. Los fundos sobre los que se constituye la servidumbre deben pertenecer a diferentes propietarios (<i>nemini res sua servit</i>).....	63
3.7. Tipicidad de las servidumbres.....	64
3.8. Las servidumbres como res incorporales.....	67
4. Algunas observaciones sobre la constitución de las servidumbres en el Derecho romano.....	71
4.1. La constitución de servidumbres en el Derecho romano clásico.....	71
4.1.1. Constitución de servidumbres sobre suelo itálico.....	71
4.1.2. Constitución de servidumbres sobre suelo provincial.....	78
4.1.3. Constitución de servidumbres <i>iure praetorio</i>	82
4.2. Constitución de servidumbres en el derecho posclásico y justiniano.	100
5. Conclusiones	102

CAPÍTULO II:
Primera aproximación al estudio del sintagma
***pactiones et stipulationes*.**

Sección I: Estudio del pacto como elemento integrante
del binomio *pactiones et stipulationes*.

1. Preliminar.....	106
2. Origen etimológico de <i>pactum</i> e interpretación doctrinal.....	109
3. El <i>pactum</i> en las XII Tablas.....	113
3.1. El <i>pactum</i> como mecanismo de composición amistosa de las controversias en las XII Tablas.....	113
3.2. Crítica a la interpretación tradicional de pacto en las XII Tablas como simple acto de paz.....	121
4. Del <i>pacere</i> como acto de paz al <i>pactum</i> en el sentido de acuerdo..	129
5. El pacto en el edicto del pretor: " <i>pacta conventa servabo</i> ".....	135
5.1. Formulación y objeto de la cláusula edictal: " <i>pacta conventa servabo</i> ".....	137
5.2. La tutela pretoria de los pactos.....	145
5.2.1. " <i>Le consensualisme dans l'édit du préteur</i> " de Magdelain.....	152
5.2.2. Críticas a la obra de Magdelain.....	159
5.2.3. Revisión de la denominada teoría consensualista.....	163
5.2.4. Teoría consensualista y constitución de servidumbres " <i>pactionibus et stipulationibus</i> ": pactos constitutivos de derechos reales.....	171
6. La clasificación " <i>pacta in rem, pacta in personam</i> " (D. 2, 14, 7, 8, Ulp. 4 <i>ad ed.</i>).....	173
7. Conclusiones.....	184

Sección II: Estudio de la *stipulatio* como elemento
integrantes del binomio *pactiones et stipulationes*.
Especial atención a la *stipulatio poenae*

1. Preliminar.....	190
2. La <i>stipulatio</i> en el derecho romano: origen, evolución y aplicaciones de la <i>stipulatio</i>	192
3. Concepto y características generales de la <i>stipulatio</i>	197
4. Evolución de la <i>stipulatio</i> en el derecho postclásico y justinianeo...	204
5. Aspectos generales de la <i>stipulatio poenae</i>	213
5.1. Origen de la <i>stipulatio poenae</i>	213
5.2. Estructura de la <i>stipulatio poenae</i>	215
5.3. Función de la <i>stipulatio poenae</i>	224
5.4. Responsabilidad del deudor de una <i>stipulatio poenae</i>	230
6. Breve referencia a la relación <i>pactum-stipulatio</i>	239
7. Breve referencia a las <i>stipulationes praetoriae: cautio de amplius non turbando</i>	248
8. Conclusiones	254

CAPÍTULO III:
***Pactionibus et stipulationibus*. Estudio especial de Gai. 2, 31.**
Revisión de los planteamientos doctrinales acerca de las
pactiones et stipulationes

1. Preliminar.....	258
2. Estudio preliminar de Gai. 2, 31: como fuente de la que suele partir la doctrina para el estudio de las <i>pactiones et stipulationes</i>	260
3. El estudio de las <i>pactiones et stipulationes</i> en la literatura romanística	270
4. Diferentes planteamientos doctrinales acerca de las <i>pactiones et stipulationes</i>	281
4.1. <i>Pactiones et stipulationes</i> como modo complejo de constitución de servidumbres y del usufructo.....	283
4.2. Acerca de la estructura, el funcionamiento y la discutida eficacia real de las <i>pactiones et stipulationes</i>	288
4.2.1. Las <i>pactiones et stipulationes</i> generan únicamente un subrogado obligatorio de las servidumbres y del usufructo:.....	292
4.2.2. <i>Pactiones et stipulationes</i> : el pacto revestido de una <i>stipulatio</i> . 296	
4.2.3. <i>Pactiones et stipulationes</i> : como pactos libres de forma y <i>stipulationes poenae</i> que cumplirían con una función similar a la <i>stipulatio habere licere</i> en la compraventa de cosas.....	297
5. Conclusiones.....	308

CAPÍTULO IV:
Cuestiones previas a tener en cuenta en la constitución de las
servidumbres *pactionibus et stipulationibus*

1. Preliminar.....	311
2. Cuestiones previas a tener en cuenta en la constitución de las servidumbres <i>pactionibus et stipulationibus</i> . Régimen jurídico del suelo provincial y del suelo itálico en relación con la constitución de servidumbres.....	312
2.1. Régimen jurídico del suelo provincial: la denominada propiedad provincial (Gai. 2, 7: <i>possessio vel usufructus</i>).....	312
2.2. Régimen jurídico del suelo itálico: delimitación del concepto de "servidumbre pretoria", posibles casos de aplicación de las <i>pactiones et stipulationes</i> sobre suelo itálico.....	323
A) El <i>in bonis habere</i> y la <i>bonae fidei possessio</i> :.....	327
B) La propiedad de los peregrinos:.....	339
C) Otros casos.....	346
3. Conclusiones.....	350

**CAPÍTULO V:
Estudio sistemático de las referencias a las
«*pactiones et stipulationes*»
en las fuentes jurisprudenciales romanas**

1. Preliminar.....	354
2. Fuentes prejustinianas: nueva lectura de Gai. 2,31.....	358
2.1. Gai. 2, 31: constitución de servidumbres y de usufructo <i>pactionibus et stipulationibus</i> en las provincias.....	358
2.2. Cuestiones terminológicas en Gai. 2, 31.....	364
2.3. La constitución de servidumbres <i>pactionibus et stipulationibus</i> en Gai. 2, 31.....	370
3. Fuentes justinianas.....	394
3.1. Casos que contienen una mención expresa a <i>pactiones et stipulationes</i>	394
3.1.1. La constitución de usufructo en D. 7, 1, 3 pr. (Gai. 2 <i>rer. cott.</i>):	395
3.1.2. Constitución de una servidumbre de acueducto en la división convencional de dos fundos comunes, D. 8, 3, 33 pr. (Afr. 9 <i>quaest.</i>)	417
3.1.3. La cesión del " <i>haustus ex rivo</i> " en D. 8, 3, 33, 1 (Afr. 9 <i>quaest.</i>)	425
3.2. Casos en los que existiría una posible constitución de servidumbre <i>pactionibus et stipulationibus</i>	438
3.2.1. La compraventa de servidumbre en D. 8, 1, 20 (Iav. 5 <i>ex post Lab.</i>).....	438
3.2.2. La inclusión de " <i>dies</i> " o " <i>condicio</i> " en la constitución de servidumbres en D. 8, 1, 4 pr. (Pap. 7 <i>quaest.</i>).....	457
3.2.3. <i>Servitus thynnos non piscandi</i> , D. 8, 4, 13 pr. (Ulp. 6 <i>opin.</i>)... .	483
3.2.4. La servidumbre de aquaeductus constituida en provincias, Alex. Sev. C. 3, 34, 3 (a. 223).....	509
3.3. Referencia general a otras fuentes jurisprudenciales que contienen <i>stipulationes</i> de ejercicio de servidumbres y de usufructo.....	523
4. Conclusiones	539

**CAPÍTULO VI:
Estudio del régimen jurídico de las servidumbres constituidas
pactionibus et stipulationibus.**

1. Preliminar.....	543
2. Estudio de la estructura y funcionamiento de las <i>pactiones et stipulationes</i>	544
2.1. Una hipótesis sobre la estructura y el funcionamiento de las <i>pactiones et stipulationes</i>	544
2.2. Estructura de la <i>stipulatio</i> de ejercicio: especial referencia a la garantía de su cumplimiento a través de la <i>stipulatio poenae</i>	555
3. Estudio de la transmisibilidad de las <i>stipulationes de ejercicio</i> a los herederos de las partes y a terceros adquirentes.....	566
3.1. Transmisibilidad de las <i>stipulationes</i> de ejercicio a los herederos de las partes.....	566
3.2. Transmisibilidad de las <i>stipulationes</i> de ejercicio a terceros adquirentes: la cláusula " <i>is ad quem ea res pertinet</i> " (o similares)...	590
4. El incumplimiento de la <i>stipulatio de ejercicio</i>	601
4.1. El incumplimiento de la <i>stipulatio de ejercicio</i> y la <i>commissio poenae</i> . Condiciones objetivas y subjetivas para incurrir en la <i>poena</i> prometida	602
4.1.1. La <i>commissio poenae</i>	602
4.1.2. Régimen de responsabilidad.....	607
4.2. <i>Commissio poenae</i> y pago de la <i>poena</i> prometida: especial atención al caso de pluralidad de sujetos en la parte activa y pasiva de la relación	614
4.2.1. Pluralidad de sujetos en la parte deudora.....	614
4.2.2. Pluralidad de sujetos en la parte acreedora.....	642
4.3. Posibilidad de reiteración de la <i>commissio poenae</i> : <i>semel comissa poena amplius comitti non potest?</i>	657
5. Tutela de las servidumbres constituidas <i>pactionibus et stipulationibus</i>	663
5.1. Tutela interdictal.....	664
5.2. Tutela a través de la concesión de una <i>actio in rem</i>	675
5.2.1. Constitución de las servidumbres <i>pactionibus et stipulationibus</i> sobre suelo provincial.....	675
5.2.2. Constitución de las servidumbres <i>pactionibus et stipulationibus</i> sobre suelo itálico.....	684
5.3. Concurrencia entre <i>exceptio pacti/doli</i> y <i>actio ex stipulatu (stipulatio poenae)</i> , concurrencia entre <i>actio in rem utilis</i> y <i>actio ex stipulatu (stipulatio poenae)</i>	695
5.3.1. <i>Exceptio pacti- actio ex stipulatu (stipulatio poenae)</i>	695
5.3.2. <i>Actio in rem utilis- actio ex stipulatu (stipulatio poenae)</i>	689
6. Conclusiones.....	699
- Conclusiones.....	704
- Índice de abreviaturas usadas.....	717
- Índice de fuentes.....	718
- Bibliografía.....	725

Resumen

La presente tesis doctoral tiene por objeto el estudio de *las pactiones et stipulationes* como modo de constitución *inter vivos* de las servidumbres prediales y del usufructo, en el derecho romano clásico. La principal fuente que nos informa de su existencia es Gai. 2, 31, según la cual las *pactiones et stipulationes* serían el mecanismo generalmente utilizado para la constitución de servidumbres y de usufructo en las provincias romanas.

Entorno a las *pactiones et stipulationes* se ha generado un intenso debate doctrinal, desde finales del s. XIX hasta la actualidad. Así, se ha discutido su estructura, su eficacia jurídica, su aplicación única y exclusivamente al suelo provincial o, por el contrario, la posibilidad de su utilización respecto de los fundos itálicos, etc.

Este trabajo intenta ser una contribución al estudio de esta forma de constitución de derechos reales, a partir de una revisión de las fuentes que se aleje de la tradicional tendencia a considerarlas interpoladas y nos permita apreciar la importancia de la intervención del pretor en este campo, así como la precisa respuesta que aporta la jurisprudencia ante problemas como serán la transformación de las servidumbres en *res incorporales* y la progresiva decadencia de la *mancipatio* y la *in iure cessio* —agravada por la imposibilidad de adquisición de estos derechos a través de *usucapio* (*lex Scribonia*), a diferencia de lo que ocurriría con la propiedad.

Así pues, el carácter sencillo y asequible de las *pactiones et stipulationes* frente a la rigidez de los modos de constitución del *ius civile*, a lo que cabría sumar los problemas anteriormente expuestos, serían *algunos* de los factores que contribuyeron a la expansión de su aplicación y a que, definitivamente, en el derecho justiniano, las *pactiones et stipulationes* fueran consideradas como el acto de constitución *inter vivos* de las servidumbres y del usufructo por excelencia (cfr. I. 2, 3, 4).

Resum

La present tesi doctoral té per objecte l'estudi de les *pactiones et stipulationes* com a mode de constitució *inter vivos* de les servituds predials i de l'usdefruit, en el dret romà clàssic. La principal font que ens informa de la seva existència és Gai. 2, 31, segons la qual les *pactiones et stipulationes* serien el mecanisme generalment emprat per a la constitució de servituds i d'usdefruit a les províncies romanes.

Sobre les *pactiones et stipulationes* s'ha generat un intens debat doctrinal, des de finals del s. XIX fins a l'actualitat. En aquest sentit, s'ha debatut la seva estructura, la seva eficàcia jurídica, la seva aplicació únicament i exclusiva sobre sòl provincial o, pel contrari, la possibilitat de la seva utilització als predis itàlics, etc.

Aquest treball intenta ser una contribució a l'estudi d'aquesta forma de constitució de drets reals, a partir d'una revisió de les fonts que s'allunyi de la tradicional tendència a considerar-les interpolades i ens permeti observar la importància de la intervenció del pretor en aquest camp, així com la precisa resposta que aporta la jurisprudència clàssica, davant problemes com seran la transformació de les servituds en *res incorporales* i la progressiva decadència de la *mancipatio* i de la *in iure cessio* —agreujada per la impossibilitat d'adquisició d'aquests drets a través d'*usucapio* (*lex Scribonia*), a diferència del que passaria amb la propietat.

Així doncs, el caràcter senzill i assequible de les *pactiones et stipulationes* front la rigidesa dels modes de constitució del *ius civile*, a més, a més dels problemes anteriorment exposats, serien alguns dels *factors* que van contribuir a l'expansió de la seva aplicació i a que, definitivament, en el dret justinianeu, les *pactiones et stipulationes* fossin considerades l'acte de constitució *inter vivos* de les servituds i de l'usdefruit per excel·lència (cfr. I. 2, 3, 4).

Summary

The goal of this doctoral thesis is to study the *pactiones et stipulationes* as a method to constitute servitudes and usufruct *inter vivos*, in Roman classical law. The main source, which informs us about its existence, is Gai. 2, 31, according to it, the *pactiones et stipulationes* would be the method generally used to constitute such rights in the Roman provinces.

There has been an enormous doctrinal debate about the *pactiones et stipulationes*, from the end of the 19th century until our days. The discussion revolves around the structure of the *pactiones et stipulationes*, its legal effectiveness, its only use in the provincial lands, or also in Italy, etc.

This work wants to be a contribution to the study of this method to constitute real rights, with a review of the sources that goes beyond the traditional tendency to consider most of the sources as interpolated; that allows us to observe the importance of the *praetor's* intervention in this area and also the answer of the jurisprudence in front of such problems as the transformation of servitudes into *res incorporales* and the progressive decay of the *mancipatio* and the *in iure cessio* —with the further difficulty of the impossibility to acquire these real rights by means of the *usucapio* (*lex Scribonia*), differently to what occurs to the property right.

The simple nature of the *pactiones et stipulationes*, against the rigidity of the *mancipatio* and *in iure cessio*, and also the problems we have already mentioned above would be *some* of the factors that contributed to the spread of its use, so that, in Justinian Law, *pactiones et stipulationes* were considered as the natural method to constitute servitudes and usufruct *inter vivos* (I. 2, 3, 4).

Objetivos

El tema objeto de nuestra investigación es el estudio de las *pactiones et stipulationes* como modos de constitución *inter vivos* de las servidumbres prediales y del usufructo, en el derecho romano clásico.

A través de una revisión de las fuentes jurisprudenciales relacionadas con este modo de constitución, este trabajo de investigación intenta dar respuesta a las siguientes cuestiones:

1º. Qué significado debe otorgarse a la expresión *pactiones et stipulationes* en el derecho romano clásico, es decir, nos preguntaremos si bajo esta expresión cabe entender una referencia a dos actos alternativos de constitución de las servidumbres y del usufructo, o bien a un acto complejo. En este último caso, será necesario estudiar la estructura y la función que cumple cada una de las instituciones que integran el binomio *pactiones et stipulationes*.

2º. Cuál habría sido el ámbito de aplicación de este modo de constitución. En concreto, si pudo aplicarse más allá del ámbito provincial.

3º. Cuál habría sido la naturaleza jurídica de la relación surgida de las *pactiones et stipulationes*, así como la posible tutela de que habría gozado.

4º. En relación con las *stipulationes* de ejercicio, intentaremos delimitar cuál habría sido el régimen jurídico de éstas, sobre todo en lo que atañe a su estructura, el régimen de responsabilidad en caso de incumplimiento, su transmisibilidad a los herederos de las partes y a terceros adquirentes, etc.

Metodología

En el presente trabajo analizamos la constitución de las servidumbres y del usufructo *pactionibus et stipulationibus*, partiendo esencialmente del método histórico-crítico, a través de una aproximación a las diferentes fuentes jurídicas que se refieren a este negocio constitutivo.

En este sentido, hemos considerado oportuno iniciar el estudio casuístico tomando como base la principal fuente clásica que nos informa de la aplicación en provincias de las *pactiones et stipulationes*, es decir, Gai. 2, 31. La primera aproximación que realizamos a esta fuente parte de un estudio de la literatura romanística, a través de las diferentes interpretaciones que ha ofrecido la doctrina, desde finales el s. XIX hasta la actualidad, respecto de los diversos interrogantes que plantea el mencionado texto —cuál sería la estructura de este negocio constitutivo, su eficacia jurídica, su aplicación más allá de las provincias, etc. Creemos que es posible aportar una nueva lectura de este texto conforme a la naturaleza eminentemente didáctica de la obra y a la época del derecho romano a la que pertenece, en consonancia con el resto de fuentes de la jurisprudencia clásica, que se han conservado a través del Digesto.

A su vez y como decíamos, la compilación justiniana —especialmente el Digesto y en menor medida el Códex— contiene una serie de textos que hacen referencia a este modo de constitución de las servidumbres y del usufructo. Hemos optado por estudiar las fuentes justinianas de manera separada, diferenciando los textos que recogen una referencia directa a la constitución *pactionibus et stipulationibus* de las servidumbres o del usufructo de aquellos otros en los que, a pesar de que no se indique de manera expresa el modo de constitución del derecho real, existen indicios ciertos de que pueda tratarse de las *pactiones et stipulationes*.

Así, en el primer grupo de textos, nos encontramos ante casos que se ocupan expresamente del estudio de la constitución de las servidumbres o del usufructo; mientras que en el segundo grupo, los textos versarán sobre algún aspecto problemático, en relación con las servidumbres o con el usufructo, estrechamente conectado con la especial naturaleza y estructura de este negocio constitutivo —a título de ejemplo, existirían textos relacionados con la posibilidad de someter a términos o condiciones la servidumbre predial que las partes desean constituir, con la transmisibilidad o no de la relación constituida *pactionibus et stipulationibus*, etc.

Del mismo modo, creemos conveniente estudiar de manera separada aquellas fuentes jurisprudenciales que se refieren a las denominadas *stipulationes* de ejercicio. Todo ello, sin perjuicio de acudir a otras fuentes de época postclásica —sobre todo a los *Fragmenta Vaticana*— para intentar reconstruir el contenido originario de los textos de los juristas clásicos. El estudio de éstos últimos se realiza en función de la época del derecho romano a la que pertenece cada jurista e intentando superar la tradicional visión interpolacionista que suele predominar en la doctrina, teniendo en cuenta que, en época justiniana, el principal modo de constitución de las servidumbres y del usufructo por actos *inter vivos* son las *pactiones et stipulationes*, según puede leerse en I. 2, 3, 4.

Para la traducción y mejor comprensión de las fuentes, nos hemos basado en la traducción alemana del *Corpus Iuris Civilis* de Behrends, Knütel, Kupisch y Seiler¹, sin perjuicio de la consulta de las traducciones al castellano realizadas por García del Corral², así como la de los profesores d'Ors, Hernández-Tejero, Fuenteseca y García Garrido³.

1 BEHRENDTS, O.- KNÜTEL, R.- KUPISCH, B.- SEILER, H. H. *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung (Auf der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben)*, Heidelberg, 1990. Sólo hemos podido consultar los tres primeros volúmenes de esta traducción, que contendrían la traducción de las *institutiones* y de *digesta* hasta el libro 20, aunque actualmente se encuentra disponible en el mercado un cuarto volumen.

2 GARCÍA DEL CORRAL, I. *Cuerpo del Derecho civil romano*, Barcelona, 1889-1898.

3 D'ORS, A.- HERNÁNDEZ-TEJERO, F.- FUENTESECA, P.-GARCIA GARRIDO, M.J.- BURILLO, J. *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1968.

Discusión

De acuerdo con Gai. 2, 31, las servidumbres prediales se constituyen en provincias *pactionibus et stipulationibus*. Las *pactiones et stipulationes* serían, por tanto, el acto *inter vivos* que habitualmente se habría empleado por los particulares para constituir una servidumbre o un usufructo, al menos en época de Gayo y en relación con el suelo provincial. El texto gayano, sin embargo, no nos informa acerca de la estructura y funcionamiento de este modo de constitución, por lo que tradicionalmente este texto de las *Institutiones* ha generado no pocas dudas en la doctrina romanista.

La discusión en relación con la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus* en el derecho romano clásico suele desarrollarse entorno a diferentes cuestiones que intentamos resumir a continuación.

En primer lugar, cabe preguntarse en qué consistiría y cómo se articularía este modo —o modos— de constitución. La discusión se establece, en este caso, entorno al valor que debe atribuirse a la conjunción "et" cuando se habla de *pactiones et stipulationes*; pues, según el valor que se le atribuya, puede indicar que nos encontramos ante un modo complejo de constitución, o bien que es posible constituir una servidumbre o un usufructo a través de dos actos jurídicos diversos.

En segundo lugar, se discute si las *pactiones et stipulationes* generan una simple relación obligatoria —teniendo en cuenta la presencia de pactos y *stipulationes* en la constitución de estos derechos reales— o habrían tenido algún tipo de eficacia jurídico-real. Esta cuestión está íntimamente ligada, a su vez, a la relativa a la tutela de las relaciones jurídicas resultantes de este negocio constitutivo, a través de acciones personales o reales.

Finalmente, cabe preguntarse si el uso de este acto constitución se circunscribió a las servidumbres y al usufructo constituidos en las provincias o, por el contrario, también se empleó en Italia.

Resultados

La lectura de las diferentes fuentes que conservamos, merced a la compilación justiniana, acerca de las *pactiones et stipulationes*, nos permiten concluir que nos encontraríamos ante un negocio complejo de constitución de las servidumbres y del usufructo, que se habría aplicado más allá del ámbito provincial.

Partiendo de Gai. 2, 31 en conjunción con *Theoph. ad I. 2, 3, 4*, la constitución tendría lugar a través de acuerdos libres de forma —de ahí el uso plural de *pactiones*—, mediante los cuales las partes pueden establecer y diseñar la servidumbre o el usufructo con arreglo a sus especiales circunstancias o a sus necesidades. A estos acuerdos les seguiría la realización de una *stipulatio* de ejercicio por la que se prometería respetar el ejercicio de la servidumbre (*usus servitutis*), so pena del pago de una cantidad de dinero, en caso contrario.

Esta práctica habitual de acompañar los acuerdos constitutivos de una servidumbre con la celebración de una *stipulatio* de ejercicio daría lugar a que los juristas expresaran que la servidumbre se había constituido *pactionibus et stipulationibus*.

Es posible afirmar que la relación surgida de las *pactiones et stipulationes* presentaría un contenido prácticamente idéntico al de las servidumbres del *ius civile*. Debido a ello, la jurisprudencia clásica emplea la misma terminología para referirse a las servidumbres civiles y a las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* —como puede verse en Gai. 2, 31. De esta manera, podemos decir que la relación que se constituye *pactionibus et stipulationibus* no es una mera relación obligacional entre los titulares de los predios sirviente y dominante, sino que efectivamente se trata de una relación con carácter real y que, por tanto, acaba por gravar al fundo sirviente.

Introducción

El tema objeto de nuestra investigación es el estudio de uno de los modos de constitución *inter vivos* de las servidumbres prediales y del usufructo más difundidos y que más controversias ha generado entre la doctrina romanista: las *pactiones et stipulationes*.

Decidimos centrar nuestro trabajo en las *pactiones et stipulationes* a raíz del interés que despierta la figura de la *stipulatio* y su vasto ámbito de aplicación en el mundo romano en el director de esta tesis, el prof. José L. Linares, quien se ha ocupado de estudiar la utilización de este contrato verbal en diversos ámbitos¹. Tuvimos oportunidad de estudiar, por primera vez, este modo de constitución de las servidumbres a través del trabajo de investigación con el que tradicionalmente finalizan los cursos de doctorado y en el que nos centramos en el estudio de su aplicación dentro del ámbito provincial, a partir de la exégesis de Gai. 2, 31².

Las *pactiones et stipulationes* han sido estudiadas en numerosas ocasiones, aunque, en la mayoría de los casos, a través de exposiciones generales sobre los derechos reales o, concretamente, a propósito del estudio

¹. LINARES, PINEDA, J.L. «*Compromissum y receptum arbitri*. Aspectos negociales del arbitraje privado romano en relación con el moderno», en *Derecho romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 709 a 721. ID «Nota sobre la *poena compromissi* en nuestro Derecho histórico», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, VI, Madrid, 1995, p. 83 a 102. ID «La estipulación. Clases de estipulaciones», en *Materiales para el estudio del Derecho. Derecho romano de "Portal del Derecho" SA/IUSTEL* (www.iustel.com), 2002-2003. ID «Reflexión sobre la estructura del *compromissum*», en *Liber Amicorum Juan Miquel, estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona, 2006, p. 565 a 604.

El prof. Linares también ha dirigido la tesis doctoral de Núria Coch Roura *La forma estipulatoria. Una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto* (tesis doctoral), Girona, 1995, que ha de aparecer publicada en breve por la editorial Dykinson. Por el momento, es posible su consulta *on line*:

http://www.tdr.cesca.es/TESIS_UdG/AVAILABLE/TDX-0114105-133029//tncr.pdf.

² CARREÑO SÁNCHEZ, R.M. "*Pactionibus et stipulationibus*" (Gai. 2, 31). *Contribución al estudio de la constitución de servidumbres prediales en las provincias romanas*, Trabajo de investigación dirigido por el Dr. José L. Linares Pineda, Universitat de Girona, octubre de 2003.

de las servidumbres y del usufructo en el derecho romano, sobre todo en relación con los denominados "servidumbre o usufructo pretorios", junto al estudio de otras formas de constitución como la *traditio vel/et patientia*³.

Se trataba, sin embargo, de obras en las que las *pactiones et stipulationes* aparecían escasa o insatisfactoriamente desarrolladas o, incluso, simplemente eran mencionadas al tratar de los diversos modos de constitución y adquisición de derechos reales, partiendo de la premisa de que la mayoría de fuentes relacionadas con el tema se encontraban bajo la seria sospecha de estar interpoladas. De ahí, en parte, la necesidad de realizar un trabajo cuyo objeto se centre en el estudio de las *pactiones et stipulationes*, en primer lugar, como modo de constitución sobre suelo provincial de las servidumbres y el usufructo y, en segundo lugar, como posible medio de constitución de la denominada "servidumbre o usufructo pretorios" sobre el suelo itálico, en el derecho romano clásico, y de ofrecer, en cualquier caso, una nueva visión del tema.

Pero no solamente el escaso o, en muchas ocasiones, poco acertado tratamiento que de este tema se ha venido haciendo a lo largo de los años justifica la necesidad de su estudio. La presencia, en este modo de constitución, de la *stipulatio*, auténtica pieza clave del sistema contractual romano, contribuye a atribuir más interés si cabe al estudio de las *pactiones et stipulationes*, sobre todo teniendo en cuenta que tradicionalmente la *stipulatio* es capaz de generar únicamente obligaciones y, sin embargo, en esta sede la estudiamos en relación con la constitución de derechos reales. Es por este motivo, además, que la *stipulatio* se presenta como el detonante de las discusiones que han ocupado a la doctrina durante años, acerca de si a través de las *pactiones et stipulationes* realmente pudieron constituirse derechos reales o simplemente un subrogado obligatorio.

³ Vid. Capítulo III, epígrafe 3, en el que recopilamos las diferentes obras que se han ocupado del estudio de la constitución de servidumbres o del usufructo *pactionibus et stipulationibus* o, en general, de la servidumbre pretoria, desde finales del s. XIX hasta la actualidad.

En cualquier caso, que debamos referirnos a la *stipulatio* también en materia de constitución de derechos reales evidencia nuevamente su carácter polivalente y nos informa del amplio ámbito de aplicación de que gozó.

En lo que se refiere propiamente a la figura de las *pactiones et stipulationes*, la doctrina ha discutido absolutamente todo: su estructura, su eficacia jurídica, su aplicación única y exclusiva al suelo provincial o, por el contrario, la posibilidad de su utilización respecto de los fundos itálicos, etc. Así, reproduciendo una acertada afirmación de Grosso⁴, se puede decir que curiosamente las *pactiones et stipulationes* habrían generado más dudas e interrogantes a los propios romanistas que a los juristas romanos, para los que la aplicación de este mecanismo resultaba completamente natural.

El estudio de las *pactiones et stipulationes* debe encontrar su inicio en la principal fuente que nos da cuenta de su existencia en el mundo provincial, nos referimos obviamente a Gai. 2, 31. En este texto, Gayo nos habla de las *pactiones et stipulationes* como mecanismo generalmente utilizado en las provincias para la constitución de las servidumbres y del usufructo. El jurista nos está informando de una práctica ya consolidada en el mundo provincial, la de la constitución de estos derechos a través de las *pactiones et stipulationes*, como medio al que se recurre al no ser posible, en las provincias, la utilización de la *mancipatio* ni de la *in iure cessio* como sucedía en Roma, ya que los particulares no disponen, sobre el suelo provincial, del *dominium ex iure Quiritium*, sino de la *possessio vel usufructus* (Gai. 2, 7)⁵.

Si en Roma, la transmisión del dominio sobre los fundos itálicos se realizaba a través de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, esos mismos actos

⁴ GROSSO, G. «Riflessioni sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto *pactionibus et stipulationibus* sui fondi provinciali», *Sein und werden in Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1970, p. 411 y en sus *Scritti storico giuridici*, II, Turín, 2001, p.707. Resulta también interesante una afirmación de Levy si la añadimos a la reflexión que hacía Grosso, a la que incluso llega a completar. De acuerdo con LEVY, E. *West Roman vulgar law. The law of property*, Filadelfia, 1951, p. 198, las *pactiones et stipulationes* serían un modo de constitución que, seguramente, desde el punto de vista de la romanística actual genera menos problemas de interpretación desde la perspectiva del derecho posclásico que desde el clásico.

⁵ Sobre el régimen jurídico del suelo provincial, *vid.* Capítulo IV, epígrafe 2.1.1.

debían intervenir forzosamente para limitar el dominio cuando los particulares quisieran constituir, por actos *inter vivos*, una servidumbre o un usufructo. Sin embargo, al no ser el suelo provincial susceptible de la realización de estos negocios formales, los habitantes de las provincias se vieron obligados a recurrir a otros mecanismos alternativos para la consecución de aquellas mismas finalidades que en Roma se derivaban del uso de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*.

En lo que se refiere al suelo itálico, existirían también situaciones, como serían el *in bonis habere* o la *bonae fidei possessio*, entre otras, en las que no sería posible recurrir a la *mancipatio* o a la *in iure cessio* para constituir un derecho de servidumbre o de usufructo, por lo que debió ser necesario recurrir a otros actos constitutivos y, con mucha probabilidad, a las *pactiones et stipulationes*⁶.

El carácter sencillo y asequible de las *pactiones et stipulationes* frente a la rigidez de los modos de constitución del *ius civile*, así como la progresiva decadencia de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, en conjunción con la nueva naturaleza incorporal de las servidumbres y la imposibilidad de su adquisición a través de usucapio (*lex Scribonia*), fueron algunos de los factores que contribuyeron a la expansión de su aplicación y a que, definitivamente, en época justiniana, las *pactiones et stipulationes* fueran consideradas como el acto de constitución *inter vivos* de las servidumbres y del usufructo por excelencia (cfr. I. 2, 3, 4).

El estudio de las *pactiones et stipulationes* nos va a permitir contemplar, una vez más, la importancia de la intervención del pretor en este campo y el preciso trabajo de la jurisprudencia, no sólo a nivel provincial, sino, especialmente, a través de su discutida aplicación en el suelo itálico, en determinados supuestos, como hemos expresado anteriormente —tema debatido hasta la saciedad por todos aquellos autores que han tenido la oportunidad alguna vez de tratar el tema.

⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* Capítulo IV, epígrafe 2.1.2.

Como figura que adquiere relevancia desde el ámbito pretorio, el estudio de las *pactiones et stipulationes* no puede estar enfocado de otro modo que teniendo especialmente en cuenta la vertiente procesal y, ante todo, partiendo del carácter eminentemente práctico y dinámico del derecho romano. De ahí que, en muchos casos, no pretendamos entrar en abtrusos debates sobre la naturaleza o eficacia jurídica de este modo de constitución, que no nos conducirían a ninguna solución segura, aunque sí debamos tenerlos en cuenta al haber sido temas que han centrado la discusión de los romanistas durante años.

La apreciación de la intervención del pretor en el caso de las *pactiones et stipulationes* tendrá como vehículo principal la figura de la *pactio*, un acuerdo libre de forma, a través del cual las partes regulan el conjunto de sus intereses conforme a sus especiales circunstancias, y que al menos puede hacerse valer, frente al ejercicio de una acción prohibitoria, por la vía de una *exceptio*⁷. El pacto en conjunción con la *stipulatio*, una figura con un vasto ámbito de aplicación en el derecho romano y que, en principio, únicamente daría lugar al nacimiento de una obligación, sería capaz de generar un auténtico entramado procesal. Mediante la *stipulatio* —generalmente una *stipulatio poenae*⁸— y la acción derivada de ésta, es posible reclamar una compensación económica cuando el ejercicio del contenido de la servidumbre o del usufructo ha sido impedido. Así pues, desde el punto de vista del pretor y de los particulares que acuden a las *pactiones et stipulationes*, no adquiere tanta relevancia la naturaleza jurídica de la relación como la posibilidad de que éstos últimos puedan ver tutelados sus intereses.

La *stipulatio*, tan presente en el mundo romano, muestra de nuevo su faceta polivalente al intervenir en esta forma de constitución de las servidumbres y del usufructo y es, además, el fiel testigo que nos queda de la relación jurídica que las partes habrían querido constituir. Veremos cómo

⁷ Vid. Capítulo VI, epígrafe 5.

⁸ Vid. Capítulo VI, epígrafe 2.2.

funcionan estas estipulaciones de ejercicio —a las que dedicamos especial atención en el capítulo VI—, que como advertíamos, generalmente contienen una pena y cuya fórmula aparece en repetidas ocasiones en el Digesto.

Centrándonos en la estructura del trabajo, en él intentamos estudiar los principales temas que entorno a las *pactiones et stipulationes* se han planteado —desde la articulación de esta figura como modo complejo de constitución, su funcionamiento y estructura, su eficacia jurídica y su aplicación para la constitución de servidumbres y de usufructo más allá del ámbito estrictamente provincial— y exponer los planteamientos y conclusiones que, modestamente, entendemos poder extraer del conjunto de fuentes de que disponemos.

Especial interés y reflexión merecen, a nuestro parecer, el estudio de las *stipulationes* que encontramos en el Digesto y que son el testimonio más fiel del empleo de este modo de constitución. Hemos de advertir al lector que, sin embargo, nos hemos ceñido al estudio de la constitución *pactionibus et stipulationibus* de las servidumbres con la finalidad de acotar la materia y las fuentes estudiadas —por este motivo, no dedicamos un capítulo específico a los aspectos relativos al concepto, origen, formas de constitución, etc. del usufructo, a diferencia de lo que ocurre con las servidumbres prediales. Aunque, no por ello, hemos prescindido del tratamiento del usufructo allí donde éste resultaba necesario o incluso ineludible para el estudio de las *pactiones et stipulationes*.

En congruencia con nuestra visión de cuál debía ser la estructura de este trabajo, creemos conveniente referirnos, de modo general y en primer lugar, a las servidumbres prediales en el derecho romano: su concepto, origen y desarrollo, principios que configuran esta institución y régimen de constitución. Todos estos aspectos los tratamos en el capítulo primero y nos permitirán entender algunas de las conclusiones a las que llegamos en los capítulos más exegéticos de la tesis.

El capítulo segundo implica una primera aproximación a las dos figuras que integran el binomio *pactiones et stipulationes*. Hemos considerado oportuno dividir el capítulo en dos secciones para tratar, de manera separada, la figura del pacto y la de la *stipulatio*. El estudio de ambas figuras, en ningún caso, pretende ser exhaustivo, sino más bien un reflejo del estado actual de las doctrina y ha de servir como base para poder entender cómo, a partir de *pactiones et stipulationes*, es posible constituir un derecho real. La sección primera de este capítulo está dedicada a los pactos en el derecho romano, en ella nos referimos a la evolución que sufre el pacto desde las XII Tablas hasta el *edictum de pactis* y prestamos especial atención a la *divisio* ulpiana "*pacta in rem—pacta in personam*" (D. 2, 14, 7, 8 Ulp. 4 *ad ed.*). En la sección segunda, nos ocupamos de la *stipulatio* y dedicamos especial atención a la *stipulatio poenae*, debido a que las *stipulationes* de ejercicio relativas a la constitución de servidumbres o de usufructo suelen incorporar una *poena*.

El capítulo tercero está dedicado al estudio de la literatura romanista que se ha ocupado de este tema durante más de un siglo. En él, tratamos de establecer diferentes épocas o fases en el tratamiento de las *pactiones et stipulationes*, teniendo en cuenta la influencia que tuvo en el estudio de este modo de constitución la crítica interpolacionista, tras la que, afortunadamente, se ha abierto paso a una nueva y fresca corriente de revisión de los textos otrora considerados interpolados. Asimismo, hemos intentado reflejar las diferentes conclusiones a las que ha llegado la doctrina acerca de las *pactiones et stipulationes*, sobre todo, a partir de la principal fuente de la que se suele partir para su estudio, Gai. 2, 31.

Con carácter previo al estudio del resto de fuentes jurisprudenciales, nos parece oportuno y necesario tener en cuenta, en el capítulo cuarto, una serie de aspectos sin los cuales no sería posible iniciar un estudio de las *pactiones et stipulationes*. Estos aspectos se refieren al régimen jurídico del suelo sobre el que se pretende constituir una servidumbre o un usufructo *pactionibus et stipulationibus* y, especialmente, a algunas situaciones específicas sobre el suelo itálico, a saber, la posesión de buena fe, el *in bonis habere*, la propiedad

de los peregrinos, el caso del vectigalista, del superficiario o incluso del acreedor pignoraticio.

El capítulo quinto se centra en el estudio y exégesis de las fuentes que recogen referencias a las *pactiones et stipulationes*. Iniciamos el capítulo con una nueva lectura de Gai. 2, 31, al ser la principal fuente con que contamos para conocer la existencia y aplicación de las *pactiones et stipulationes*. Para la clasificación o distribución del trabajo de exégesis del resto de las fuentes jurisprudenciales, podríamos haber seguido diferentes criterios, pero hemos optado por diferenciar aquellos textos en los que se realiza una mención expresa a las *pactiones et stipulationes* de aquéllos en los que se trata una cuestión problemática relativa a una servidumbre o a un usufructo, que posiblemente hayan sido constituidos *pactionibus et stipulationibus*. También realizamos un primer esbozo de los numerosos textos del Digesto que reflejan la *stipulatio* de ejercicio de las servidumbres o del usufructo, que, sin embargo y para su mejor análisis, estudiamos detallada y sistemáticamente en el capítulo VI, al referirnos al régimen jurídico de la *stipulatio* de ejercicio.

En el capítulo sexto, intentamos reconstruir el régimen jurídico de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*, en el derecho romano clásico, prestando especial atención a las fuentes jurisprudenciales que recogen casos de *stipulationes* de ejercicio relativas a una servidumbre. Nos ocupamos, entre otros aspectos, del régimen de transmisibilidad de este tipo de *stipulationes* a los herederos y a terceros adquirentes de los fundos sirviente o dominante y del régimen de responsabilidad derivada de su incumplimiento, teniendo en cuenta que se trata de *stipulationes poenae* y que pueden darse situaciones de pluralidad de sujetos acreedores o deudores. En este capítulo, también estudiamos la posible tutela que se le habría otorgado a la servidumbre constituida *pactionibus et stipulationibus*, lo que nos permitirá observar el juego de medios procesales con los que el pretor protege la relación jurídica así constituida.

CAPÍTULO I

**Breve referencia a algunos aspectos generales de las
servidumbres prediales en el derecho romano**

1. Preliminar

Creemos oportuno iniciar este estudio con una referencia, de carácter general e introductorio, al tema del origen, evolución, concepto y modos de constitución de las servidumbres prediales.

Y es que no podemos hablar de la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, sin referirnos previamente al origen de las servidumbres y a su evolución posterior. Lo haremos teniendo en cuenta que estas cuestiones, si bien nos interesan, no constituyen propiamente el objeto de nuestro trabajo; de modo que no pretendemos realizar un estudio exhaustivo de la cuestión, sino más bien aproximarnos a una serie de puntos que creemos necesario resaltar, dando cuenta de las diferentes aportaciones por parte de la doctrina, y siempre con el único objetivo de contextualizar mejor nuestra investigación.

A continuación, nos referiremos a las diferentes teorías acerca del origen de las servidumbres prediales que la doctrina romanista ha planteado. Nos referiremos, especialmente, a la teoría de Voigt¹, teniendo en cuenta las dificultades que el estudio de los orígenes de cualquier institución suele entrañar. A partir de estas ideas, intentaremos esbozar un concepto de servidumbre, teniendo en cuenta el hecho de que las fuentes no nos proporcionan una definición de servidumbre predial y que, el Derecho romano clásico, no conoció la categoría abstracta de la servidumbre, si bien identificó características o rasgos comunes a los diferentes tipos de servidumbres.

Nos ocuparemos, además, de algunos de los principios generales de las servidumbres, que, en mayor o menor medida, ya habrían sido individualizados

¹ VOIGT, M. «Ueber den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten», en *Berichte der philologische-historischen Klasse der Königlischen sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, 26, 1874, p. 159 y ss.

por la jurisprudencia clásica y que rigen ésta institución, en la medida en que nos pueden ayudar a estudiar y entender la configuración de las *pactiones et stipulationes* como negocio constitutivo de las servidumbres y algunos aspectos de su régimen jurídico, pues entendemos que los rasgos identificadores de esta institución en el *ius civile* están también presentes en las servidumbres constituidas sobre suelo provincial y en su constitución *iure praetorio*.

Finalmente, haremos referencia a los diversos modos de constitución de las servidumbres en las diferentes épocas del Derecho romano. De este modo, podremos apreciar mejor las diferencias existentes entre el régimen de constitución de las servidumbres en el *ius civile* y su constitución a través de las *pactiones et stipulationes*, que se convertirá en el modo de constitución por excelencia en el Derecho posclásico y justinianeo.

2. Las servidumbres prediales: concepto, origen histórico y evolución posterior.

2.1. Concepto

No existe en las fuentes romanas una definición ni un concepto general de servidumbre, a diferencia de lo que ocurre con el usufructo (D. 7, 1, 1, Paul. 3 *ad Vit.*), como consecuencia de que, en Roma, sólo se habrían conocido singulares servidumbres típicas². La jurisprudencia, por tanto, nunca llegó a

² BIONDI, B. *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milán, 1969, p. 33 y 87. GROSSO, G. *Le Servitù prediali nel diritto romano*, Turín, 1969, p. 11. BURDESE, A. voz «Servitù prediali (Diritto romano)», en *NNDI*, XVII, Turín, 1970, p. 119. CORBINO, A. voz «Servitù (dir. rom.)», en *ED*, XLII, Milán, 1990, p. 249, § 4. WATSON, A. *The law of property in the later Roman republic*, Oxford, 1968, p. 176 y nt. 2 a 15, hace hincapié en una serie de servidumbres que serían las que se habrían conocido en época republicana, conforme a los textos jurisprudenciales de esta época y también a las obras de Cicerón, si bien no se trataría de una lista cerrada, pues la jurisprudencia de la época se mostraba proclive a identificar nuevas servidumbres, cuando el supuesto de hecho estudiado así lo justificara.

formular una definición general de servidumbre; los juristas derivarían la existencia de una servidumbre de la presencia de determinados requisitos y en determinadas circunstancias: a partir de un supuesto de hecho en el que un fundo obtendría una concreta ventaja de otro y en el que se dan una serie de requisitos (como la vecindad de los predios, que estos pertenecen a diferentes sujetos, etc.), los juristas determinan si existe o no, en ese caso concreto, una servidumbre predial³.

La denominación, el concepto y la categoría jurídica unitaria de las servidumbres, en el Derecho romano, no es más que el fruto de una evolución en el tiempo ante una concreta realidad, como es la constitución de determinados *iura* sobre un fundo, a través de los cuales otro fundo obtiene una serie de ventajas. Así, las figuras originarias o de las que se partiría serían el *iter*, *via*, *actus* y *aquaeductus* que se diferenciarían entre ellas en función de su contenido⁴.

Si observamos las diferentes figuras típicas de servidumbre que conoció el Derecho romano, podemos llegar a definir⁵ las servidumbres como una

³ Pacheco, en su monografía acerca de las servidumbres prediales en el derecho histórico español, dedica un capítulo a las servidumbres en el derecho romano y, a modo de ejemplo, recoge un cuadro de fuentes en las que estudia algunas de las condiciones o requisitos de los que parte la jurisprudencia para determinar si, en el caso concreto del que se ocupan, existe un servidumbre, si ésta se considera extinguida, etc. PACHECO, F. L. *Las servidumbres prediales en el Derecho histórico español*, Lleida, 1991, p. 37.

⁴ D. 8, 3, 1 pr. (Ulp. 2 *inst.*): *Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquae ductus. iter est ius eundi ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. aquae ductus est ius aquam dicendi per fundum alienum.*

FRANCIOSI, G. *Studi sulle servitù prediali*, Nápoles, 1967, p. 25 y ss. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 34 y ss. KASER, M. *RPR*, I, p. 441. CORBINO, A. voz «Servitù (dir. rom.)», en *ED*, XLII, Milán, 1990, p. 243. MÖLLER, C. *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen, 2010, p. 39 y ss.

⁵ Teniendo en cuenta las cautelas expresadas por Bonfante y Grifò, al intentar establecer una definición de servidumbre: "Tutte le definizioni urtano contro uno scoglio, la difficoltà di

especial posición jurídica de dos fundos pertenecientes a diferentes propietarios, en virtud de la cual los sucesivos propietarios de uno de los fundos está obligado a tolerar (*pati*) determinadas inmisiones, conductas o comportamientos del propietario del otro fundo, o bien, abstenerse de la realización de una determinada conducta. Podemos contemplar la servidumbre, de este modo, como un gravamen que recae sobre un predio —denominado, por este motivo, predio sirviente— en beneficio del titular de otro predio —denominado predio dominante⁶. Desde este punto de vista, se subraya la “vinculación”⁷ existente entre los fundos y no la vinculación entre propietarios, por mucho que sean estos los que deben constituir la servidumbre. Las servidumbres serían, así pues, una *qualitas fundi*, por lo que resultarían inseparables del fundo sobre el que se han constituido.

La propiedad, el derecho real más antiguo —fruto asimismo de una larga evolución histórica—, se identifica, en sus orígenes, con la propia *res* y constituye, en consecuencia, un *prius* lógico e histórico respecto de la configuración de otros derechos cuyo contenido consiste en una esfera delimitada de la utilización de la cosa sobre la que recaen, como serían el usufructo y las servidumbres⁸. Las servidumbres serían, en definitiva, utilizando una terminología moderna, derechos reales sobre cosa ajena que se subordinan a la propiedad.

formulare un concetto che isoli quelle che si chiamano servitù dagli altri diritti reali sulle cose altrui, quali l'enfiteusi e la superficie e anche il pegno e l'ipoteca. La maggior parte degli autori moderni sono giunti ad una formula, che può esser lodata per la sua finezza, ma non soddisfa lo spirito per il suo artificio e la sua intima falsità”. BONFANTE, P.-GRIFÒ, G. *Corso di Diritto romano*, III (*Diritti reali*), 1933, citamos a través de la reedición de este *Corso* en las *Opere complete di Pietro Bonfante*, VI, Milán, 1972, p. 19.

⁶ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 11. KASER, M. *RPR*, I, p. 440. TALAMANCA, M. *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1990, p. 445 y 446.

⁷ Hablamos de vinculación desde un punto de vista metafórico, en tanto que son los sujetos y no las cosas quienes pueden dar lugar, con sus actos, a un vínculo jurídico.

⁸ GROSSO, G. *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Turín, 1944, p. 9.

Cabe destacar que la dualidad moderna entre derechos reales –derechos personales se construye, en Roma, entorno a otra dualidad: *actio in rem* – *actio in personam*⁹. La primera tutelaría las propiedad y los *iura* que recaen sobre las cosas ajenas y la segunda se ocuparía de la protección de las obligaciones. La distinción entre ambos tipos de acciones la encontramos a partir de Gai. 4, 2 y 3:

2. *In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.*

3. *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, uelut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamue ducendi uel altius tollendi prospiciendiue, aut cum actio ex diuerso aduersario est negatiua.*

La antítesis o diferencia entre estos dos tipos de acciones residiría, pues, en la *intentio* de la fórmula, que asimismo expresaría la antítesis entre derechos reales y personales.

La expresión *iura in re aliena*, se encuentra en las fuentes clásicas con un significado diverso al que se le atribuye modernamente, que no sería de origen clásico¹⁰ —si bien, sería una expresión que ya habría estado en uso a finales de la época clásica¹¹. Justiniano habría tendido a englobar dentro de la

⁹ MIQUEL, J. *Derecho privado romano*, Madrid, 1992, p. 160 y 161.

¹⁰ FRANCIOSI, G. *Studi... cit.*, p. 204, nt. 80. BIONDI, B. *Le servitù ... cit.*, p. 10. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 3. Aunque aparece en D. 7, 1, 1 (Paul. 3 *ad Vit.*): *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*.

¹¹ TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 454 y 455. La expresión *iura in re aliena*, en época clásica, no tiende a englobar, a diferencia de lo que ocurriría hoy en día en relación con los denominados “derechos reales”, el conjunto de derechos que pueden darse sobre una cosa ajena, sino que más bien se referiría a las servidumbres prediales.

categoría de las servidumbres la mayoría de los derechos reales sobre cosa ajena, de ahí que diferencie entre las servidumbres reales y las personales¹², estas últimas serían el usufructo, el uso y la habitación. No obstante, parece que en el esquema de las servidumbres (ya sean reales o personales) no es posible encuadrar derechos reales como la prenda o la hipoteca.

Modernamente¹³, se ha establecido una clasificación de los derechos reales sobre cosa ajena en derechos reales de goce y disfrute, entre los que se comprenden las servidumbres, el usufructo, el uso y la habitación; y por otro lado, derechos reales de garantía, es decir, la hipoteca y la prenda.

Las servidumbres prediales, en resumidas cuentas, son un *ius in re* y, como tales, se encuentran protegidas a través de una *actio in rem*, la *vindicatio servitutis*, acción construida a imagen y semejanza de la *rei vindicatio* relativa a la protección de la propiedad. Y, por otra parte, son un *ius in re aliena*, ya que recaen sobre unos determinados fundos; y son los sucesivos propietarios de estos los que deben soportar la servidumbre o los que se benefician de ella, según el caso.

Sin embargo, como decíamos en un comienzo, el concepto de servidumbre es el fruto de una larga evolución histórica, a la que nos referiremos a continuación.

¹² Cfr. D. 8, 1, 1 (Marc. 3 reg.): *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.*

¹³ La jurisprudencia romana no se habría interesado por diferenciar, dentro de la categoría de derechos parciarios, los derechos de goce y los de garantía, TALAMANCA, M. *Istituzioni...* cit., p. 454.

2.2. Aproximación a las diversas teorías sobre el origen y la evolución histórica de las servidumbres prediales

El origen, concepto y evolución de las servidumbres prediales en el derecho romano está plenamente vinculado a la formación del concepto de propiedad en Roma, especialmente de la propiedad sobre la tierra. No es posible abordar el estudio de las servidumbres prediales sin relacionarlo con el surgimiento del concepto de propiedad, al ser ésta el *prius* lógico e histórico y la matriz del resto de derechos que puedan recaer sobre las cosas y cuyo contenido no es otro que alguna de las facultades inherentes a la propiedad o la limitación de éstas. La existencia de las servidumbres presupone la existencia de la propiedad.

En el derecho romano arcaico no encontraríamos un concepto de propiedad, entendido como el derecho más amplio que pueda tenerse sobre una cosa. Es más, algunos autores¹⁴ destacan cómo la tardía aparición en la lengua latina de términos que denominen la noción abstracta del derecho de propiedad, esto es *dominium* y *proprietas*, denotaría asimismo un tardío desarrollo del régimen de esta institución, desarrollo que situarían en época republicana. Los romanos, en su tendencia a tener una visión procesal de las relaciones jurídicas, habrían empleado la expresión “*meum esse*”, en la *legis actio sacramento in rem*, para denominar, de manera genérica, que algo o alguien les pertenecía¹⁵. Ésta sería la expresión del *mancipium*, poder unitario,

¹⁴ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*, I, Milán, 1969, p. 61 y ss. Y en voz «Proprietà (Dir. Rom.)», en *ED*, XXXVII, Milán, 1988, p. 160 y ss. DIÓSDI, G. *Ownership in ancient and preclassical Roman law*, Budapest, 1970, p. 131 y ss.

¹⁵ Gai. 4, 16: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciae possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat. aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque uindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM, illi mittebant. qui prior uindicauerat, ita alterum interrogabat: POSTVLO, ANNE DICAS, QVA EX CAUSA VINDICAVERIS? ille respondebat: IVS FECI, SICVT VINDICTAM INPOSVI. deinde qui*

indiferenciado e ilimitado del *paterfamilias*, potestad de imperio que tiene el cabeza de familia y que recaería no sólo sobre las cosas, sino también sobre las personas a él sometidas. El paso de una sociedad de base patriarcal y agrícola a otra mercantil daría lugar a la progresiva desfragmentación del poder unitario del *paterfamilias*, de donde derivarían los poderes de éste sobre las personas —*patria potestas, manus, mancipium*— y sobre las cosas —*dominium*. Si bien, como recuerda Grosso¹⁶, no existiría una continuidad unívoca entre el *mancipium* y el *dominium* de época clásica, sino que éste último se formaría merced a su encuentro con otros elementos ajenos al *mancipium*.

Asimismo, desde antiguo existiría una distinción fundamental de carácter económico que afectaría a las cosas —pero no a las personas libres— dentro de la cual encontraríamos el concepto de *res*. Esta diferenciación y distinción de los objetos, según fueran *res Mancipi* o *nec Mancipi*, implica, como expresa Grosso¹⁷, una primera valoración (económica) de las cosas expuestas a la dominación y disposición económica de los particulares, y también subraya el carácter unitario del poder del *paterfamilias*, pues la distinción se establece en

prior uindicauerat, dicebat: QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI, QVINGENTIS ASSIBVS SACRAMENTO TE PROVOCO; aduersarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE; aut si res infra mille asses erat, quinquagenarium scilicet sacramentum nominabant. deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur. postea praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat. Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur.

GROSSO, G. *I problemi dei diritti reali... cit.*, p. 5 y ss. y en *Le servitù... cit.*, p. 19 y ss. KASER, M. *RPR*, I, p. 119 y ss. GIUFFRÈ, V. *Il diritto dei privati nell'esperienza romana*, Nápoles, 2002, p. 279 y ss. En contra de una visión unitaria e indiferenciada del *mancipium* como poder del *paterfamilias*, CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura de della proprietà... cit.*, I, p. 261 y ss.

¹⁶ GROSSO, G. *I problemi dei diritti reali... cit.*, p. 4.

¹⁷ GROSSO, G. *I problemi dei diritti reali... cit.*, p. 6 y ss.

función de si la *res* puede ser objeto del *mancipium* o no, es decir, si puede pertenecer al *paterfamilias* y quedar así bajo el poder de éste.

La fragmentación del poder del *paterfamilias* supondría, además, que el término *mancipium* quedase ligado a la idea de poder sobre las personas libres; mientras que la pertenencia de las cosas quedaría vinculada al término *dominium* y éste recaería no sólo sobre las *res Mancipi*, sino también sobre las *res nec Mancipi*. Los modos de adquisición del *dominium* de las *res Mancipi* serían, por lógica, los mismos modos de adquisición del *mancipium*, negocios formales, subrayando la diferencia económica entre las dos categorías de *res*. Por otra parte, el término *dominium* permite aún recordar la antigua configuración del *mancipium* como poder unitario del *paterfamilias*¹⁸.

Dentro de la categoría de las *res Mancipi*, las cosas que se encuentran bajo el poder del *paterfamilias*, encontraríamos el *fundus Italicus*, los animales de tiro y carga, los esclavos y las más antiguas servidumbres prediales —si se nos permite la licencia de utilizar esta denominación moderna—, esto es el *iter*, la *via*, el *actus* y el *aquaeductus*, que más tarde se denominarían servidumbres prediales rústicas¹⁹, para diferenciarlas de las servidumbres prediales urbanas.

¹⁸ D. 50, 16, 195, 2 (Ulp. 46 *ad ed.*): (...) *Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet* (...). GROSSO, G. *I problemi dei diritti reali... cit.*, p. 8.

¹⁹ Gai. 2, 17: *Sed item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis seruitutibus praediorum rusticorum; nam eas Mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium.*

Gai. 2, 29: *Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum possunt; rusticorum uero etiam Mancipari possunt.*

UE. 19, 1: *Omnes res aut Mancipii sunt aut nec Mancipii. Mancipi sunt praedia in Italico solo (...) item iura praediorum rusticorum, velut via iter actus aquaeductus.*

Acerca de estas servidumbres, se discute si son *res Mancipi* todas las servidumbres rústicas o, en concreto, las de *iter*, *via*, *actus* y *aquaeductus*, especialmente a partir de la comparación de estos textos y del valor que se atribuya a "velut", taxativo o ejemplificativo.

Para algunos autores, como sería el caso de BONFANTE, P. «Forme primitive d'evoluzione della proprietà romana (*Res Mancipi* e *res nec Mancipi*)», en *Scritti giuridici*, II, p. 105 y ss., los textos de Gai. 2,17 y UE. 19, 1 reflejarían la discusión existente entre sabinianos y proculeyanos en relación con el número de servidumbres rústicas: los sabinianos únicamente reconocerían como servidumbres rústicas las más antiguas (*iter*, *via*,

Debemos partir, así pues, de la *potestas* del paterfamilias para entender cómo se originan las servidumbres prediales, teniendo en cuenta, sin embargo, que el estudio de los orígenes de cualquier institución es una cuestión siempre problemática y repleta de dificultades, debido a la escasez de fuentes.

Las servidumbres prediales aparecen como consecuencia de la necesidad de conseguir la explotación óptima de los fundos, lo que, de algún modo,

actus y aquaeductus), es en este sentido que debe entenderse la referencia de Gayo a las servidumbres rústicas como *res Mancipi* en general, pues únicamente considera como tales el *iter*, la *via*, el *actus* y el *aquaeductus* (Gai. 2, 14a a 17 y 29). Según BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 198 y ss. es posible que Gai. 2, 14 hubiera incluido una referencia expresa a las cuatro servidumbres rústicas más antiguas, lo que hubiera aclarado los párrafos posteriores, pero el fragmento nos ha llegado con muchas lagunas. En cualquier caso estos textos, además, evidenciarían el esfuerzo de Gayo por armonizar la *divisio* de las *res* entre *Mancipi* y *nec Mancipi* con la de las *res corporales/incorporales*, la primera clasificación, en la época de Gayo, debía estar en plena decadencia. En cambio, para los proculyanos, existirían otras servidumbres rústicas y no sólo las cuatro más antiguas, que, sin embargo, sí serían las únicas consideradas *res Mancipi*, de ahí que en UE. 19, 1 sea necesario introducir la referencia a las servidumbres rústicas más antiguas, a través de "velut", que tendría un valor taxativo, pues de las diferentes servidumbres consideradas rústicas, únicamente éstas cuatro entrarían en la categoría de *res Mancipi*.

CORBINO, A. *Ricerche sulla configurazione arcaica delle servitù*, I, Catania, 1981, p. 58 y ss. contempla el "velut" en el texto de UE. 19, 1 con un valor meramente ejemplificativo, partiendo de la comparación con el fragmento de UE. 19, 6, en el que también se utiliza "velut" para introducir ejemplos. De este modo, las cuatro servidumbres más antiguas no serían las únicas servidumbres consideradas *res Mancipi*. Vid. asimismo, AVENARIUS, M. *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum: Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift: Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung*, Göttingen, 2005, p. 140 y ss.

La discusión parece quedar solventada, como expresa GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 56 y 57, a través de la lectura de D. 8, 3, 1 pr. (Ulp. 2 *inst.*): *Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquae ductus. Iter est ius eundi ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. Via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. Aquae ductus est ius aquam dicendi per fundum alienum.* En este último texto, Ulpiano enumera como servidumbres rústicas únicamente las más antiguas, es decir, *iter*, *via*, *actus* y *aquaeductus*, que, en principio, serían las únicas consideradas *res Mancipi*. Vid. también CAPOGROSSI COLOGNESI, L. voz «Proprietà», en *ED*, XXXVII, Milán, 1988, p. 161 y ss. RODRÍGUEZ MONTERO, R. «Aproximación a la problemática de las formas de constitución de las servidumbres en el sistema civil», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VIII, Madrid, 1988, p. 871 y ss.

requería que desapareciera el aislamiento de los fundos pertenecientes a diferentes *paterfamilias*²⁰.

Seguramente la teoría que con más fortuna ha permitido explicar el origen de las servidumbres prediales sería la defendida por Voigt²¹, que ha sido ampliamente seguida por la doctrina²², pese a que actualmente, dicha teoría sigue presentando dificultades para explicar cuestiones como la denominación de las principales o más antiguas servidumbres; el diferente fundamento de la tutela interdictal de las servidumbres y de la propiedad, o la posibilidad de que las servidumbres se extingan por el *non usus*²³. Intentando sintetizar la teoría de Voigt, de acuerdo con este autor, las servidumbres primitivas —*iter, via, actus* y *aquaeductus*— habrían consistido en concesiones de propiedad (*Zubehörigkeitsrecht*) del objeto que satisfacía la necesidad de un fundo; así, a modo de ejemplo, en el caso de la servidumbre de acueducto, lo que se habría concedido sería la propiedad sobre el *rivus*, el agua para la servidumbre de *haustus*, el *iter* y *actus* para la servidumbre de paso, etc. De este modo, en sus

²⁰ MIQUEL, J. *Derecho privado romano*, p. 214.

²¹ VOIGT, M. «Ueber den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten», en *Berichte der philologische-historischen Klasse der Königlich-sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, 26 (1874), p. 159 y ss. A Voigt le debemos el desarrollo de esta teoría cuyo contenido, sin embargo, ya habría sido anunciado por Gustav HUGO, *Storia del diritto romano*, 1856 y anunciado por BERGMANN, F. C. *Dissertatio animadversionum de indole Romanorum iurium in re*, Göttingen, 1805; DERNBURG, *Beiträge zur Geschichte der römischen Testamenten*, Bonn, 1821 y DU ROI, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 6 (1823), p. 236 y ss. *Vid.* CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura della proprietà... cit.*, I, p. 6 y ss.

²² Entre otros, FRANCIOSI, G. *Studi sulle servitù prediali*, Jovene, Nápoles, 1967, p. 4; BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 35 y ss; GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 14 y 15; BONFANTE, P. *Corso di Diritto romano III Diritti reali*, Milán, 1972, p. 60; BURDESE, A. voz «Servitù», en *NNDI*, XVII, Turín, 1970, p. 119 y ss; CORBINO, A. voz «Servitù», en *ED*, XLII, Milán, 1990, p. 243, nt. 8 a 10.

²³ Sobre estos extremos, *vid.* CORBINO, A. *Ricerche sulla configurazione... cit.*, p. 12 y ss. ID. voz «Servitù», en *ED*, XLII, Milán, 1990, p. 243 *in fine* y ss. CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura della proprietà... cit.*, II, p. 164 y ss. Asimismo, *vid.* MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 25 y ss.

orígenes, las servidumbres diferirían completamente de lo que, posteriormente, se denominará *ius in re aliena*, pues el propio terreno sobre el que se ejerce la servidumbre pertenece al sujeto que la ejerce.

Para Biondi²⁴, esta configuración originaria de las servidumbres como concesión de propiedad sobre la franja de terreno explicaría por qué las servidumbres habrían seguido el mismo régimen jurídico que el dominio en cuanto a su transmisión (*mancipatio e in iure cessio*) y a su tutela (*vindicatio*). Aunque, sin embargo, en el caso de la configuración originaria de las servidumbres, nos encontraríamos ante una forma específica de propiedad, porque presenta, en cuanto a sus funciones, elementos diversos a cualquier otro tipo de propiedad, así como el germen para una sucesiva transformación hacia lo que, más tarde, se conocerá como *iura in re aliena*.

Serían diversos los argumentos que permiten sostener que ésta sería la teoría que mejor explica la configuración originaria de las servidumbres. Suele tenerse en cuenta que, si bien los denominados *iura in re* son considerados como cosas incorpóreas —exceptuando la propiedad, que suele quedar identificada con la cosa sobre la que recae—, existen indicios de que las servidumbres más antiguas, es decir las que posteriormente serán catalogadas como rústicas, fueron consideradas como verdaderas cosas corporales, pues en las fuentes, se hace referencia a ellas nombrándolas con el término que identifica el contenido de la servidumbre: *iter, via, actus, aquaeductus*. Es decir, los términos *iter, via, actus* y *aquaeductus*, en sus orígenes, no estarían expresando derechos, sino más bien entidades materiales²⁵.

Por otra parte y, como mencionábamos anteriormente, las más antiguas servidumbres se consideran *res Mancipi* (Gai. 2, 14a), de modo que pueden ser

²⁴ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 31 y ss.

²⁵ VOIGT, M. *Ueber den Bestand ... cit.*, 168 y ss.

objeto de *mancipatio*, si bien por regla general la *mancipatio* sólo resulta aplicable a las cosas corporales, lo que seguramente indique que, en sus orígenes, las servidumbres eran consideradas cosas corporales, de ahí que fueran mancipables²⁶.

Asimismo, las servidumbres también se habrían podido adquirir mediante *usucapio*, hasta la prohibición de este modo de adquisición a través de la *lex Scribonia*²⁷, que dataría del s. I a. C. y que, de acuerdo con algunos autores, constituiría un intento legislativo definitivo por acabar, de esta manera, con la concepción de las servidumbres como cosas corporales, al evitar la usucapión de franjas de terreno, en una época en la que las servidumbres empezaban a ser consideradas *iura* y, como tales, cosas incorpóreas²⁸. Recordemos que las cosas incorpóreas no podrían adquirirse mediante *usucapio*²⁹.

²⁶ Gai. 2, 17 *supra*. En este fragmento, Gayo hace referencia a la singularidad de las servidumbres rústicas que se consideran mancipables aunque no sean cosas corporales. Algunos autores, como Biondi o Grosso, ven en este fragmento la expresión de una singularidad o excepción a una regla general —las cosas incorpóreas no pueden ser objeto de *mancipatio*— que deriva del proceso de transformación de las servidumbres rústicas de cosa (corporal) a *iura*, de ahí que Gayo subraye esa singularidad que, en algún momento, no fue tal. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 16 y ss.

²⁷ D. 41, 3, 4, 28 (Paul. 54 *ad ed.*): *Libertatem servitutium usucapi 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.*

²⁸ En este sentido, CAPOGROSSI COLOGNESI, L. «Alle origini di un divieto legislativo: la *lex Scribonia*», *Studi Gallo*, I, Nápoles, 1997, p. 79 a 96, asimismo, en *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma, 1998, p. 107 y ss. y también en *Proprietà e diritti reali... cit.*, p. 91 y ss. Sobre la adquisición de las servidumbres a través de *usucapio* y la vigencia de la *lex Scribonia*, *vid. infra* epígrafe 4.1.1 E).

²⁹ D. 8, 1, 14 (Paul. 15 *Sab.*): *Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorpóreas tamen sunt et ideo usu non capiuntur (...).*

D. 41, 1, 43, 1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *Incorpóreas res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.*

D. 41, 3, 9 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): *Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi romani et civitatum, item liberis hominibus.*

La teoría de Voigt se apoya, además, en el hecho de que la *vindicatio servitutis*, que sigue la forma de la *legis actio sacramento in rem*, impone como requisito el aportar en juicio la cosa o algo que la represente (Gai. 4, 16 y 17).

En las fuentes, también puede hallarse algunos supuestos en los que se aprecia el empeño de la jurisprudencia por resolver dudas acerca de la configuración de las servidumbres bajo el esquema de los *iura in re aliena* o el de la pertenencia de la franja de terreno sobre la que se ejerce la servidumbre. Así, por ejemplo, se puede observar claramente este intento por reconducir la visión de las servidumbres al terreno de tales *iura* en los fragmentos de Ulpiano y Paulo de D. 43, 8, 2, 21 (Ulp. 68 *ad ed.*), D. 8, 5, 4 pr. (Paul. 17 *ad ed.*) y D. 8, 1, 14 pr. (Paul. 15 *Sab.*)³⁰, en este último caso, además, se puede observar cómo Paulo remarca la naturaleza de este tipo de *iura* de las servidumbres prediales rústicas, contraponiendo el caso de las servidumbres prediales urbanas.

³⁰ D. 8, 5, 4 pr. (Ulp. 17 *ad ed.*): *Loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur, sed ius eundi habet.*

D. 43, 8, 2, 21 (Ulp. 68 *ad ed.*): *Viam publicam eam dicimus, cuius etiam solum publicum est: non enim sicuti in privata via, ita et in publica accipimus: viae privatae solum alienum est, ius tantum eundi et agendi nobis competit: viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui ius publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur.*

D. 8, 1, 14 pr. (Paul. 15 *Sab.*): *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.*

Autores como d'Ors³¹, Torrent³² o Pacheco³³ consideran que la teoría de Voigt también se vería confirmada, en el ámbito de la *Hispania* romana, a través del siguiente testimonio perteneciente al Bronce de Contrebia o *Tabula Contrebiensis*:

1. SENATVS. CONTREBIENSIS. QVEI. TVM.
ADERVNT.
IVDICES. SVNTO. Sel. PARr(ET. AG)RVM. QVEM.
SALLVIENSES.
2. Ab. (S)OSINESTANEIS. EMERVNT. RIVI.
FACIENDI.
AQUAIVE. DVCENDAE. CAVSSA. QVA. DE. RE. AGITVR.
SOSINESTANOS.
3. IVRE. S(VO). SALLVIENSIBVS. VENDIDISSE. IN.
VITEIS.
ALLAVONENSIBVS. TVM. Sel. ITA. PARRET. (E)EI.
IVDICES.
IVDICENT.
4. EVM. AGRVM. QVA. DE. RE. AGITVR.
SOSINESTANOS.
SALLVIENSIBVS. IVRE. SVO (.) VENDIDISSE (.) SEI.
NON.
PaR(RE)T. IVDICENT.
5. IVRe (.) SVO. NON. VENDIDISSE.³⁴

El Bronce de Contrebia dataría del 87 a. C. y deja constancia de un litigio acaecido entre diversas comunidades —Salvienses, Sosinestanos y

³¹ D'ORS, A. «La fórmulas procesales del "Bronce de Contrebia"», en *AHDE*, 50 (1980), p. 1 a 20.

³² TORRENT, A. «El origen de la *servitus aquaeductus* a la luz de la *Tabula Contrebiensis*», en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, II, 1982, p. 261 a 279.

³³ PACHECO, F. L. *Las servidumbres... cit.*, p. 26.

³⁴ Citamos a través de FATÁS CABEZA, G. «Noticia del nuevo bronce de Contrebia», en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 176 (1979), Cuaderno 3, p. 421 a 437. Este artículo puede consultarse *on line* a través de la web de la Biblioteca digital Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=13860>

Las minúsculas reflejan letras que están muy borradas. Las minúsculas entre paréntesis son una reconstrucción hipotética del término en cuestión.

Alavonenses—, acerca de la adquisición de una franja de terreno para la conducción de agua (*aquaeductus*), litigio en el que se solicita a los miembros de la curia de Contrebia que actúen como jueces.

Como decíamos, en este fragmento se apreciaría la existencia de una compraventa del terreno a través del cual se debe canalizar el agua, pero no se habla en ningún caso de constitución de acueducto entendido como un *ius*. El texto, aparte de demostrar la existencia de las servidumbres en provincias, o como mínimo, reflejar la existencia de las mismas necesidades que en Roma daban lugar a la constitución de las servidumbres, dejaría claro que, en pleno s. I a. C., en las provincias aún quedaban residuos de la configuración originaria de las servidumbres rústicas como cosas corporales que podían constituir el objeto de una compraventa —pertenencia de una franja de terreno para el transporte del agua—, frente a la tendencia de considerarlas como un *ius praediorum*. Para los autores citados anteriormente, este hecho demostraría que, respecto a la configuración de las servidumbres como *iura in re aliena*, las provincias presentaban un retraso respecto a Roma, pues, en la época de la que data este bronce, en Roma ya se habría superado esa concepción de las servidumbres, gracias a la aparición del concepto de *dominium* y de *ius in re*.

Nos preguntamos si, más que de “retraso provincial”, no sería mejor hablar de mantenimiento o perduración de una concepción primitiva de las servidumbres que permitía resolver las necesidades surgidas en las provincias, a tenor de las dificultades que entrañaba la constitución de las servidumbres sobre suelo provincial, al estar éste sometido a un régimen jurídico completamente diferente del correspondiente al suelo itálico. Téngase en cuenta que, en el caso de la *Tabula Contrebiensis*, se dirime la naturaleza del terreno afectado por el acueducto. A esto podría sumarse el hecho de que la *lex Scribonia*, que, de acuerdo con algunos autores³⁵, vendría a ser un intento

³⁵ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. «Alle origini di un divieto legislativo: la *lex Scribonia*», *Studi Gallo*, I, Nápoles, 1997, p. 79 a 96, asimismo, en *Ai margini della proprietà fondiaria... cit.*, p. 107 y ss. y en *Proprietà e diritti reali... cit.*, p. 91 y ss.

de acabar con la antigua concepción de las servidumbres o incluso de interpretar la nueva naturaleza jurídica de esta institución como *res incorporales*, no parece haber afectado al suelo provincial (Ant. Car. C. 3, 34, 2, [a. 215]), aunque ésta aparezca con posterioridad al litigio contenido en el bronce³⁶.

A pesar de que esta teoría no nos permite explicar cómo, de una situación de pertenencia, se pasaría a la existencia de *iura praediorum*, la teoría de Voigt estaría, en la actualidad, plenamente aceptada por la doctrina; el problema surgiría al intentar determinar qué tipo de estructura jurídica tendría la pertenencia sobre la franja de terreno en el cual se ejerce el contenido de la servidumbre. En este sentido, la opinión que parece gozar de mayor reconocimiento por parte de la doctrina sería la que entiende que la franja de terreno, sobre la que se ejercería el contenido de la servidumbre, pertenecería al titular de la servidumbre, idea que parece estar en plena armonía con el carácter unitario e indiferenciado del *mancipium*, y que, además, parece poder desprenderse plenamente de algunas fuentes y de algunos documentos epigráficos³⁷. Así pues, al constituir una servidumbre, el constituyente no hacía nada más que enajenar una franja de terreno, un curso de agua, etc.

Sobre esta cuestión, *vid.* más adelante la referencia a la *usucapio* de las servidumbres, en el epígrafe 4.1.1. E).

³⁶ De acuerdo con una opinión que parece ser dominante en este tema, la *lex Scribonia* dataría de inicios de la segunda mitad del s. I. a. C., concretamente alrededor del año 50 a. C. En este sentido, GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 189. WATSON, A. *The law of property... cit.*, p. 22. CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Proprietà e diritti reali... cit.*, p. 98 y ss. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo*, Castelló de la Plana, 2002, p. 65. MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 235 y ss. y 247 y ss.

³⁷FRANCIOSI, G. *Studi... cit.*, p. 19 y ss. CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura della proprietà ... cit.*, II, p. 220.

Para Koschacker³⁸, sin embargo, se habría dado un caso de propiedad dividida, Kaser³⁹ por su parte habla de una división funcional de la propiedad o de propiedad funcionalmente dividida, (“funktionell geteiltes Eigentum”) conforme a la cual, la franja de terreno sobre la que se ejerce la servidumbre habría pertenecido, con carácter pleno, al propietario del fundo del que formaban parte —fundo sirviente, si se nos permite utilizar una terminología posterior en el tiempo— y, únicamente, en función de su utilización para el paso o conducción de agua —de ahí su carácter de funcional, en el sentido de que su pertenencia se justifica sólo para la consecución de un determinado fin—, pertenecería al titular de la servidumbre —titular del fundo dominante—: “Zu einer funktionelle Teilung kam es hier dann, wenn der Weg oder die Wasserleitung von beiden Beteiligten genutzt wurde”⁴⁰.

De este modo, las servidumbres más antiguas, al ser consideradas objeto de propiedad, constituirían, como tales, parte inseparable del predio dominante. La transmisión de la propiedad sobre la franja de terreno, el curso de agua, etc. tendría lugar a través de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, y volvería a ser transmitida a través de los mismos mecanismos al propietario del predio gravado una vez finalizara el uso de la servidumbre en cuestión. En este sentido, Kaser diferenciaría entre *Haupteigentum* —que recaería sobre el titular

³⁸ KOSCHAKER, P. *Recensione a Bussi*, en *SZ*, 58 (1938), p. 254 y ss.

³⁹ KASER, M. «Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht», en *Festschrift Koschaker*, I, Weimar, 1939, p. 445 y ss., también en *RPR*, I, § 38, p. 143 y ss. Kaser llegó a replantearse esta teoría, en lo que al usufructo se refiere, tras la aparición de la monografía de Bretone sobre el usufructo (*vid.* la referencia a continuación), manteniéndola únicamente en el caso de las servidumbres prediales, *vid. Labeo*, 9 (1963), p. 366 y sus *Ausgewählte Schriften*, 1976, II, p. 108 y ss. La teoría del “Geteiltes Eigentum” ha sido criticada, entre otros, por BREONE, M. *La nozione romana di usufrutto*, I, p. 32 y ss; GROSSO, G. en *SDHI*, 8 (1942) y ampliamente en *Le servitù... cit.*, p. 32 y ss. Así como en *I problemi dei diritti reali... cit.*, p. 12 y ss.; BURDESE, A. «Considerazioni sulla configurazione arcaica delle servitù (a proposito di taluni recenti studi)», en *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, I, 1968, p. 497 a 528, citamos a partir de la versión publicada en *Miscellanea Romanistica*, Fundación seminario de Derecho romano “Ursicino Álvarez”, UCM, 1994, p. 155 y ss.

⁴⁰ KASER, M. *RPR*, I, § 38, p. 143 .

del predio sobre el que se ejerce la servidumbre— y *Nutzungseigentum* —que correspondería al titular de la servidumbre— y que expresaría una pertenencia de la franja de terreno en tanto que, de esta manera, se conseguiría una determinada finalidad o función (*Nutzungszweck*). También le hubiera sido aplicable, al tratarse de propiedad, la *usucapio* y la *vindicatio*, de ahí que, más tarde, las acciones confesoria y negatoria se construyan sobre el esquema de la *rei vindicatio* y la *contravindicatio*, respectivamente. Para Kaser, la explicación de esta práctica se encuentra en la escasez y falta de agua en grandes extensiones del centro de la península itálica⁴¹.

La mayor objeción que se le ha planteado a la teoría de la propiedad funcional limitada sería que ésta no encajaría con el carácter unitario e indiferenciado del *mancipium*, que no permitiría distinguir poderes con diversos contenidos o incluso diferenciarlos por razón de la función que cumplen. Sería, en definitiva, una teoría que parece querer imponer una construcción, que se afirmaría sobre todo en época medieval, la del *dominium utile-dominium directum*, a otra época anterior en el tiempo, en la que esta construcción no puede ser entendida, precisamente por ese carácter unitario del poder del *paterfamilias*.

Para Grosso⁴², la relación que existiría entre el titular de la servidumbre y el del predio sirviente podría expresarse con el término de copertenencia, pues la franja de terreno sobre la que se ejercería la servidumbre pertenecería tanto al titular de ésta como al titular del predio en régimen de copropiedad, entendida *lato sensu*, al tener en cuenta las características del *mancipium*. Esta copropiedad habría que relacionarla con el régimen del arcaico *consortium*

⁴¹ KASER, M. *RPR*, I, § 38, p. 143 y ss. Y en KASER, M. - KNÜTEL, R. *Römisches Privatrecht*, 2003, § 22.II.1, p. 138.

⁴² GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 30 a 32.

ercto non cito descrito en Gai. 3, 154a —y que conocemos a través de los pergaminos de Antinoe—:

Est autem aliud genus societatis proprium ciuium Romanorum. Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diuiso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem diuidere est: unde caedere et secare [et diuidere] dicimus.

De acuerdo con esta concepción, la franja de terreno sobre la que se ejercería la servidumbre pertenecería al titular de ésta, pero también al del predio sirviente en una forma de concurso solidario, aunque la relación entre ambos sujetos sería diferente respecto al caso del *consortium*, ya que se trataba de objetos que formaban parte de diferentes poderes que, sin embargo, concurrían únicamente sobre aquella cosa específica que sería la franja de terreno, curso de agua, etc.

Otra de las posibles teorías que explicaría la relación entre el titular de la servidumbre y el del predio sirviente sería la defendida por Capogrossi⁴³ acerca de las *viae communes*, que, según este autor, no aparecerían en las fuentes, aunque aparecen documentadas por los agrimensores y en algunos documentos de la práctica y respecto a las cuales se desconoce el modo a través del cual habrían llegado a ser comunes⁴⁴. De acuerdo con Capogrossi, el carácter común de las *viae* vendría dado por la decisión de los propietarios de poner a disposición común parte de sus fundos, creándose de este modo un consorcio

⁴³CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura della proprietà ... cit.*, II, p. 63 y 64. *Vid. asimismo*, CORBINO, A. *Ricerche sulla configurazione... cit.*, p. 31 y ss.

⁴⁴ *Vid.* recientemente, PONTE, V. *Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano*, Madrid, 2007, p. 127 y ss. La autora realiza un interesante estudio de la naturaleza jurídica de los diferentes tipos de vías, incluyendo las *viae communes*, a partir de los tratados de agrimensura, así como de las fuentes jurisprudenciales existentes.

similar al descrito por Gayo en 3, 154a, que se constituiría a través del ejercicio de una determinada *legis actio* (Gai. 3, 154b), que identifica con la *legis actio sacramento in rem*, y que serviría, a su vez, para tutelar el *consortium* así constituido.

A la teoría de Grosso y Capogrossi se le ha criticado el hecho de querer extrapolar una institución como el *consortium ercto non cito* a una situación completamente diversa, pues en el consorcio se daría una situación de indivisión universal de la herencia a la muerte del *paterfamilias*, mientras que en el supuesto de las servidumbres, tal y como entienden Grosso y Capogrossi, existirían dos sujetos que ejercerían su poder sobre la misma cosa, específicamente determinada, y a un mismo tiempo; no se daría, por tanto, una situación de indivisión universal, sino respecto de una cosa en concreto. Por otra parte, esta teoría no encontraría suficiente apoyo en las fuentes, el único texto que se suele citar en el que exista un posible supuesto de copropiedad sería el perteneciente a Paulo de D. 43, 21, 2 (66 *ad ed.*) y su contenido plantea no pocas dudas⁴⁵.

⁴⁵ D. 43, 21, 2 (Paul. 66 *ad ed.*): *Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus vel hauriendi aquam: quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione quam ex iure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset.*

Según GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 32, la opinión de Labeón haría referencia a un caso de copropiedad sobre un acueducto. Sin embargo, CORBINO, A. *Ricerche sulla configurazione... cit.*, p. 34 y ss. considera que el problema planteado por Labeón prescinde de la configuración dogmática de la servidumbre. No entiede, además, cómo la figura de las *viae communes* puede reflejar la antigua configuración de las servidumbres prediales. Es más, el autor recoge la advertencia que realiza el propio CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura... cit.*, II, p. 51, respecto de que la jurisprudencia no menciona las *viae communes*, a diferencia de las obras de los agrimensores, ya que, probablemente, desde el punto de vista legal, tales vías podían concebirse como objeto de condominio (el ejercicio se identificaría, por tanto, con la propiedad), o bien como objeto de un complejo entramado de servidumbres de paso atribuidas a diversos titulares, quedando absorbidas en la categoría de *viae privatae*, en términos, siempre según Corbino, que no tendrían relevancia en orden a la eventual existencia de una originaria configuración de las servidumbres como condominio (nt. 106).

La doctrina romanista también ha planteado otras teorías acerca del origen de las servidumbres, si bien éstas no han gozado de tanta fortuna como la teoría defendida por Voigt. En este sentido, Elvers⁴⁶ contempla el origen de las servidumbres en graciosas concesiones o en la constitución de relaciones obligatorias a través de las cuales se cubrirían las necesidades para la óptima explotación de los fundos, básicamente, necesidades de circulación por fundos ajenos. De estas concesiones o relaciones obligatorias, con el paso del tiempo, se habría pasado a un *ius in re aliena*. Esta teoría nos deja con la duda de en qué debió consistir ese eslabón o paso intermedio; no explica cómo se verifica este paso de una relación obligatoria a otra de carácter jurídico-real, en un tiempo en el que no existía un claro modelo de *ius in re aliena*, de manera que el problema del origen de las servidumbres se convierte, a un mismo tiempo, en el problema del carácter real de las servidumbres.

Otros autores, pertenecientes a finales del s. XIX y principios del s. XX, entre los cuales se encontrarían Brugi⁴⁷ o Scialoja⁴⁸, sostendrían que las servidumbres encuentran su origen en la reglamentación convencional de las relaciones de vecindad –incluso cuando estas relaciones hubieran sido objeto de la oportuna regulación legal–, observando lo que habría ocurrido respecto del derecho griego. No obstante, esta tesis presenta un punto débil, pues cabe destacar que el Derecho romano y el griego siguen una evolución totalmente distinta, ya que en el derecho griego, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho romano, las limitaciones a la propiedad son muy abundantes y resulta dudoso que el Derecho griego haya llegado a conocer las servidumbres como tales.

⁴⁶ ELVERS, R. *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1856, p. 5 y ss.

⁴⁷ BRUGI, B. «Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali», en *Archivio Giuridico*, F. Serafini, 25 (1880), p. 321 y ss.

⁴⁸ SCIALOJA, V. «L'orazione di Demostene contro Callicle in rapporto alla teoria delle servitù prediali in diritto greco», en *Atti della R. Accademia di Torino*, 25 (1890), p.792, también en sus *Studi giuridici*, I, Roma, 1933, p. 403 a 416.

Como ya advertíamos, la principal crítica que se ha realizado a la teoría de Voigt sería que no permitiría explicar el paso de la antigua concepción de las servidumbres, como cosas corporales sobre las que el *paterfamilias* ejerce su poder, a las servidumbres entendidas como *iura in re aliena*.

Es difícil de precisar cómo y cuándo tiene lugar esta transformación, aunque algunos autores⁴⁹ apuntan al hecho de que surgieron nuevas exigencias, sobre todo en el ámbito urbano, que suponían la reserva de ventajas análogas a la vía o al acueducto, pero en relación con los edificios. Esta situación refuerza la idea de que sería más conveniente o adecuado reservar a favor de un fundo un determinado *ius* antes que agregar concretas porciones de terreno. Debe tenerse en cuenta, además, las negativas consecuencias —desde el punto de vista de la explotación de las tierras— que debía ocasionar la fragmentación de los fundos derivada de la antigua concepción de las servidumbres. Destaca, en este sentido, la teoría de Franciosi⁵⁰, según la cual, ante las nuevas necesidades que surgían en la práctica y la imposibilidad de encuadrar las relaciones entre las fincas urbanas en la antigua concepción de las servidumbres prediales, considera que posiblemente, en la práctica, se habría recurrido a la conclusión de acuerdos convencionales sin efectos jurídico-reales, en cuya conclusión habrían tenido un papel primordial las *leges mancipi* en la enajenación de los fundos, para que el propietario de un fundo pudiera asegurarse la facultad de ejercer determinadas inmisiones sobre otro fundo, se aseguraría así la *predialidad* de la relación.

⁴⁹ Entre ellos, BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 40; FRANCIOSI, G. *Studi... cit.*, p. 193 y ss. BURDESE, A. *Considerazioni... cit.*, p. 151 a 175. CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura della proprietà... cit.*, II, p. 286 y ss. Para estos autores, cabría situar el inicio de estas transformaciones a finales del s. III a. C. con la segunda guerra púnica, y se extenderían hasta la mitad del s. II a. C.

⁵⁰ FRANCIOSI, G. *Studi... cit.*, p. 201 y ss.

En definitiva, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina⁵¹, esta transformación tendrá que ver con la aparición de las servidumbres urbanas y la dificultad de encajar a éstas últimas en la misma configuración que presentaban las servidumbres rústicas. Además, algunos autores⁵² entienden que este proceso de transformación de las servidumbres sería, a su vez, paralelo al proceso de desfragmentación del *mancipium* y a la aparición del *dominium*.

Esta transformación de las servidumbres en *iura* y, por tanto, en cosas incorporales, no tiene lugar a partir de la intervención del legislador, sino a raíz de la interpretación realizada por la jurisprudencia⁵³, sobre todo, a partir de un giro en la interpretación de la *mancipatio* y la *vindicatio*, a través de la cual ya no resultarían únicamente aplicables a las cosas corporales, sino que también a los *iura*. Que sea la interpretación jurisprudencial la que dé pie a esta paulatina transformación permitiría, por otra parte, explicar cómo la estructura y el eje de esta institución aun respetan la antigua concepción. Esta institución basada siempre sobre la *mancipatio* y la *vindicatio* —base idéntica a la del dominio—

⁵¹ TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 457.

⁵² FRANCIOSI, G. *Studi... cit.*, p. 23. La primera mención que se conserva respecto del *dominium* sería la de Alfeno Varo, jurista de la segunda mitad del s. I a. C., recogida en D. 8, 3, 30 (Paul. 4 Ep. Dig. Alf.): *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.* Del texto destaca, además, que se mencione *dominium* en relación a un caso de reserva de servidumbre, concretamente del *iter*. A través del texto, se puede apreciar que, en época de Alfeno Varo, parece que se juega todavía, ni que sea como un mero recuerdo, con las dos concepciones de las servidumbres, la antigua se apreciaría en "*dominium loci ad eum pertineat*" y la nueva concepción, la servidumbre como un *ius*, "*per eum locum accedere possit*".

⁵³ CORBINO A., voz «Servitù», en *ED*, XLII, Milán, 1990, p. 245 a 248. GROSSO, G. *I problemi dei diritti reali... cit.*, p. 32 y ss. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 41, expresa que el ámbito de las servidumbres es uno de los campos donde mejor se puede apreciar la antítesis entre *interpretatio prudentium* y legislación, entre el desarrollo lógico y orgánico y aquello que proviene de la voluntad legislativa, en definitiva entre lógica y oportunidad.

presenta una serie de caracteres fundamentales como la perpetuidad, la inherencia al fundo, relación entre los fundos, etc. que, en el fondo, derivarían de esa antigua concepción de las servidumbres.

La doctrina entiende que, a mitad del s. II a. C., ya se conocerían, además de las servidumbres rústicas, las urbanas, y serían además concebidas como *iura praediorum*, es decir, derechos relativos a los predios, que recaerían en fundos ajenos⁵⁴. Así, Burdese⁵⁵ destaca cómo Q. Mucio Scaevola —inicia el *cursus honorum* hacia el 109 a. C., es pretor en el 98 a. C., cónsul en el 95 a. C. y pontífice máximo en el 85 a. C. hasta el año de su muerte, el 82 a. C.⁵⁶— habría conocido perfectamente la existencia de las servidumbres prediales urbanas y la nueva configuración de las servidumbres como *iura* que recaen sobre un fundo ajeno⁵⁷, lo que claramente puede observarse en algunos fragmentos del comentario *ad Quintum Mucium* de Pomponio⁵⁸, muy especialmente destaca D. 8, 2, 7 (26 *ad Q. Muc*):

*Quod autem aedificio meo me posse consequi, tu
libertatem usucaperem, dicitur, idem me non
consecuturum, si arborem eodem loco sitam habuissem,*

⁵⁴ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 40; FRANCIOSI, G. *Studi... cit.*, p. 193 y ss. BURDESE, A. *Considerazioni... cit.*, p. 151 a 175. CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura della proprietà... cit.*, II, p. 286 y ss.

⁵⁵ BURDESE, A. *Considerazioni... cit.*, p. 164 y ss.

⁵⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. voz «Quinto Mucio Escévola el Pontífice», en *Juristas universales. Juristas antiguos*, I, DOMINGO, R. (ed.), Madrid-Barcelona, 2004, p. 117 a 121.

⁵⁷ Möller, siguiendo a Behrends, defiende la influencia de los escépticos, más que la de los estoicos, en esta transición. Esta corriente filosófica cala en el pensamiento de Cicerón, sobre todo en su *Topica*, donde puede observarse, por vez primera, esta nueva concepción de las servidumbres como *res incorporales*. MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 223 y ss.

⁵⁸ Entre otros, destaca D. 8, 1, 13 (Pomp. 4 *ad Quint. Muc.*), D. 18, 1, 66 pr. (Pomp. 31 *ad Quint. Muc.*) ó D. 8, 3, 14 (Pomp. 32 *ad Quint. Muc.*) y 15 (Pomp. 31 *ad Quint. Muc.*). La opinión de Q. Mucio Escaevola, en el mismo sentido, también se desprendería de D. 21, 2, 75 (Ven. 16 *stip.*)

Mucius ait, et recte, quia non ita in suo statu et loco maneret arbor quemadmodum paries, propter motum naturalem arboris.

La referencia a la *usucapio libertatis* por parte del jurista republicano comporta que, necesariamente, éste parta de un concepto de servidumbre como *ius in re aliena* —si se nos permite el empleo de esta expresión, a la que más tarde haremos referencia—, en atención a la regulación de las relaciones entre edificios.

Asimismo, Publio Mucio Escaveola, padre del anterior —pretor en el 133 a. C., cónsul en el 133 a. C. y pontífice máximo desde el 130 hasta su muerte en 115 a. C.⁵⁹—, de acuerdo con el siguiente texto de Cicerón, ya habría conocido la *servitus proiicendij*⁶⁰:

Topica 4, 24: (...) Quoniam P. Scaevola id solum esse ambitus aedium dixerit, quod parietes communis tegendi causa tectum proiceretur, ex quo tecto in eius aedis qui protexisset aqua deflueret, ab tibi ius videri.

En el siguiente texto, de Javoleno, puede apreciarse claramente, en cuanto a su referencia a la imposibilidad de que se produzca la *traditio* de las servidumbres, que, en época de Labeón, jurista de inicios del Principado, no cabe duda de que las servidumbres son plenamente consideradas *iura praediorum* y, como tales, cosas incorpóreas:

D. 8, 1, 20 (Iav. 5 Post. Lab.): 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

⁵⁹ CUENA, F. voz «Publio Mucio Escévola», en *Juristas universales... cit.*, I, p. 115 a 117.

⁶⁰ BURDESE, A. «La configurazione arcaica delle servitù», en *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, I, Nápoles, 1968, aunque hemos consultado la versión publicada en *Miscellanea romanistica, Fundación Seminario de Derecho Romano "Ursicino Álvarez"*, Madrid, 1994, p. 173.

*vacua traditio esset. Ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.*⁶¹

Como veníamos diciendo, esta nueva configuración permitiría el desarrollo de las servidumbres del que se hacen eco las fuentes, pues según la antigua concepción, como no existía un instituto autónomo, sino que en definitiva nos encontrábamos ante una misma cosa —el poder soberano del *paterfamilias* que recae sobre la franja de terreno y no con diversos *iura* que tienen un contenido característico y concreto—, no era posible que sufriera un desarrollo propio; en cambio, cuando las servidumbres pasan a ser concebidas como un *ius*, sí devienen definitivamente un instituto autónomo con vida y desarrollo propios, de aquí que empiecen a identificarse como *iura praediorum*⁶², subrayando de este modo el lado activo de la relación, al ser consideradas *derechos de los predios*. La jurisprudencia, además, distingue entre *iura praediorum rusticorum* y *iura praediorum urbanorum*, a partir de criterios como el emplazamiento y la función económica y social de la servidumbre.

⁶¹ *Vid.* más adelante, Cap. V, epígrafe 3.2.1., en el que se ofrece una amplia exégesis del texto.

⁶² Resulta destacable cómo en los siguientes fragmentos, Gayo tan sólo se refiere a las servidumbres en términos generales como *iura praediorum*:

D. 8, 2, 2 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *Urbanorum praediorum iura talia sunt: altius tollendi et officendi luminibus vicini aut non extollendi: item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini aut non avertendi: item immittendi tigna in parietem vicini et denique prociendi protegendive ceteraque istis similia.*

D. 8, 2, 6 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *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 sublatas habueris: alioquin si nihil novi feceris, retineo servitatem. item si tigni immissi aedes tuae servitatem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris: alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet.*

A través de la expresión *iura praediorum rusticorum*, la jurisprudencia se referiría a aquellas servidumbres cuyo emplazamiento se encuentra en el campo o bien a aquellas que dan lugar a una utilidad que contribuye a una mejor explotación agraria del fundo dominante. Al ser éstas las servidumbres más antiguas, suelen ser consideradas *res Mancipi*, en consecuencia de la antigua concepción de las servidumbres. En D. 8, 3, 1 pr. podemos hallar una enumeración de Ulpiano de las servidumbres que se incluyen en esta categoría.

D. 8, 3, 1 pr. (Ulp. 2 *Inst.*): *Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquae ductus. Iter est ius eundi ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. Actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. Via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. Aquae ductus est ius aquam dicendi per fundum alienum.*

Por su parte, bajo la expresión *iura praediorum urbanorum*, la jurisprudencia entendería aquellos *iura praediorum* cuya localización se encuentra en la ciudad o bien proporcionan al fundo dominante un beneficio respecto de un edificio determinado. Estas servidumbres solían ser consideradas como *res nec Mancipi*. En D. 8, 2, 2 y Gai. 2, 14 encontramos ejemplos de servidumbres urbanas:

D. 8, 2, 2 (Gai. 7 *ad ed. provinc.*): *Urbanorum praediorum iura talia sunt: altius tollendi et officiendi luminibus vicini aut non extollendi: item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini aut non avertendi: item immittendi tigna in parietem vicini et denique proiciendi protegendive ceteraque istis similia.*

Gai. 2, 14: *Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas,*

ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum. <Praediorum urbanorum iura sunt uelut ius altius tollendo, aedes suas officiendi, luminibus uicini aedium aut> non extollendi, ne luminibus uicini officiat: item fluminum et stillicidiorum idem ius ut —5 vv.—.

Asimismo, cada servidumbres en particular empieza a denominarse destacando su carácter de *ius*, a título de ejemplo, se habla de *ius aquam ducenci, ius eundi, ius agendi, ius altius non tollendi*, etc.⁶³

El uso del término *servitus* y *servitutes praediorum* sería posterior⁶⁴ en el tiempo, seguramente del final de este proceso de transformación, en época del Principado. En esta etapa final, se hablaría de *praedium sirvere, aedes sirvere, etc.*, subrayando el lado pasivo de la relación, es decir, un predio que sirve a otro⁶⁵. Dicha denominación, según el profesor Miquel⁶⁶, nacería de la siguiente

⁶³ Algunos ejemplos de ello, los encontramos en D. 8, 2, 21; D. 8, 3, 5; D. 8, 3, 11; D. 8, 3, 20 pr.; D. 8, 3, 25; D. 8, 3, 31; D. 8, 3, 34 pr.; D. 8, 4, 5 pr.; D. 8, 5, 4, 8; D. 8, 5, 9; D. 8, 5, 17 pr.; D. 8, 5, 18; D. 8, 6, 8 pr., ó D. 8, 6, 16.

⁶⁴ Como se advierte en Gayo en 2, 14a al hablar de "*servitutes praediorum rusticorum/urbanorum*": 14a. *Res praeterea aut mancipi sunt aut nec mancipi. <Mancipi sunt uelut fundus in Italico solo. Item aedes in Italico solo, item serui et ea animalia, quae collo dorsoue domari solent, uelut boues, equi, muli, asini, item seruitutes praediorum rusticorum.nam> seruitutes praediorum urbanorum nec mancipi sunt. item stipendiaria praedia et tributaria nec mancipi sunt.* Cfr. I. 2, 2, 3 y D. 1, 8, 1, 1, dan a entender que la expresión ya era mencionada por Gayo, cuestión que a veces se ha puesto en duda, en tanto que el fragmento de las *Institutiones* del palimpsesto veronés, a que nos referimos, se integró en parte con el *Epitome Gai*. En Gayo parecen convivir ambas expresiones. Cfr. GROSSO, G. *Le Servitù... cit.*, p. 13. MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 23 y ss.

⁶⁵ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 12 y 13.

⁶⁶ MIQUEL, J. *Derecho privado romano... cit.*, p. 214. Asimismo, MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 21.

El uso de este término se suele vincular, además, con algunos textos de Cicerón en los que ya aparecería, concretamente en *Ad Quintum Fratrem* 3, 1, 3: *Ex eo loco recta Vitularia via*

metáfora: en la institución de la esclavitud (*servitus*), en el derecho de personas, una *persona*⁶⁷ se sometería a otra y le prestaría sus servicios; de un modo similar, pero en el derecho de cosas, la institución de la servidumbre permite que un fundo se aproveche de los servicios de otro fundo vecino, aunque con algunas diferencias respecto de la esclavitud, pues no existe un *status libertatis* de los fundos y, por otra parte, la sujeción de un fundo a otro no es total, sino que se ciñe a la consecución de determinadas ventajas.

profecti sumus in Fufidianum fundum, quem tibi proximis nundinis Arpini de Fufido HS. CCCICCC.CIC. emeramus. Ego locum aestate umbrosiorem vidi numquam; permultis locis aquam profluentem, et eam uberem: quid quaeris? iugera L. prati Caesius irrigaturum facile te arbitratur; equidem hoc, quod melius intelligo, affirmo, mirifica suavitate villam habiturum, piscina et salientibus additis, palaestra et silva viridicata. Fundum audio te hunc Bovillanum velle retinere: de eo quid videatur, ipse constitues. Calibus aiebat aqua dempta et eius aquae iure constituto et servitute fundo illi imposita tamen nos pretium servare posse, si vendere vellemus.

Y en *Ad Atticum* 15, 26, 4: *M. Aelium cura liberabis; me paucos pedes in extremo fundo et eos quidem subterraneos servitutis putasse aliquid habituros.*

⁶⁷ Utilizamos el término "persona" en el sentido de individuo, no como sujeto de derecho, pues recordemos que los esclavos, *stricto sensu*, no tendrían tal consideración, ya que desde el derecho arcaico serían considerados una *res*, concretamente una *res Mancipi* (Gai. 2, 14 a).

3. Breve referencia a algunas de las características generales de las servidumbres prediales a tener en cuenta para el estudio de las *pactiones et stipulationes*

Aunque, como decíamos en el epígrafe anterior, en Roma no se conoció la servidumbre como categoría abstracta (prueba de ello sería la inexistencia de una definición en las fuentes), sí se conocieron singulares servidumbres típicas que presentan una estructura común. Este hecho permitió a los juristas tener una plena conciencia de la *teoría general* de esta institución, lo que podemos comprobar cuando enuncian principios a propósito de una concreta servidumbre que, en realidad, no resultan aplicables única y exclusivamente a la servidumbre que estudian en el caso concreto.

A continuación nos referiremos a estas características comunes a todas las servidumbres. No lo haremos de manera exhaustiva, pues consideramos que, al respecto, la romanística ha realizado un destacable y satisfactorio esfuerzo por su estudio⁶⁸, sino que nos ceñiremos exclusivamente a aquellas características comunes a las servidumbres, que entendemos dignas de mención para estudiar la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*.

⁶⁸ Destacan en este sentido las anteriormente mencionadas monografías de Biondi o de Grosso sobre las servidumbres prediales en el derecho romano. Más reciente es la monografía de MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 185 y ss.

3.1. *Servitus in faciendo consistere nequit*⁶⁹

El contenido de las servidumbres prediales puede consistir en que el titular del predio sirviente deba tolerar (*pati*) que el titular de la servidumbre ejercite sobre su predio una determinada actividad consistente en una invasión material de su finca, pero, en cualquier caso, sin imponer al titular del predio sirviente un *facere*.

Asimismo, el contenido de la servidumbre puede consistir en una prohibición (*non facere*) al titular del predio sirviente respecto del ejercicio de determinadas facultades inherentes a su derecho de propiedad (*v. gr.* limitar las facultades de edificar en su predio), facultades que podría ejercitar de no existir la servidumbre.

El sentido de esta regla puede observarse, a título de ejemplo, en D. 8, 1, 15, 1 (Pomp. 33 *Sab.*):

Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiat aut non faciat.

En el fragmento, Pomponio nos da una serie de ejemplos –levantar jardines, procurar una vista agradable o que, con este fin, pinte en su propiedad—, cuya característica común sería la de consistir en un *facere* y advierte, finalmente, que estos ejemplos no serían idóneos como contenido de una servidumbre, pues no es propio de la naturaleza de esta institución el que

⁶⁹ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 113 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 81 y ss. MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 198 y ss. La formulación de esta regla no se debe a la jurisprudencia clásica, aunque queda implícita en textos de ésta época, como puede observarse en D. 8, 1, 15 (Pomp. 33 *Sab.*).

alguien deba de hacer algo, sino más bien el que alguien deba tolerar o dejar de hacer alguna cosa.

La jurisprudencia también se apoyaría en esta característica para determinar si una concreta relación jurídica puede considerarse o no una servidumbre predial, cuando en ella está presente algún tipo de *facere*⁷⁰. De este modo, desde el punto de vista del titular del predio sirviente, el contenido de la servidumbre se presentaría como una obligación *in non faciendo*. Esto explica que, en relación con la constitución de las servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, las *stipulationes* que encontramos en las fuentes recojan en su fórmula, por regla general, obligaciones de no hacer.

Esta característica propia de las servidumbres, podría hacerse extensiva al resto de *iura* que modernamente incluiríamos en la categoría de derechos reales, pues parece que no es propio de la naturaleza de estos que el sujeto pasivo esté obligado a la realización de una acción, a diferencia de lo que ocurriría con los derechos personales⁷¹.

El anterior fragmento de Pomponio no haría otra cosa que invocar la naturaleza de las servidumbres y por extensión, de la mayoría de los derechos

⁷⁰ Como sería el supuesto de D. 33, 1, 12 (Paul. 13 *resp.*), en el que se discute si existe una servidumbre o, en realidad, se trataría de un fideicomiso: *Gaius Seius praedia diversis pagis Maeviae et Seiae legavit et ita cavit: "praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundae annua librarum singula milia": quaero, an id legatum defuncta legataria exstinctum sit. Paulus respondit servitutum iure constitutam non videri neque in personam neque in rem: sed fideicommissi petitionem competisse ei, cui praedia Lutatiana legata sunt, et ideo, cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri.*

Cabe resaltar, en la parte final del texto, la respuesta de Paulo "servitutum iure constitutam non videri neque in personam neque in rem".

⁷¹ En este sentido, cabe recordar lo expresado en D. 44, 7, 3, pr. (Paul. 2 *inst.*): *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

que recaen sobre las cosas, pues en líneas generales, estos atribuyen a su titular poderes directos, más o menos amplios sobre una determinada cosa; lo que no tendría sentido o no sería posible si estos tuvieran como contenido, en contrapartida, una obligación de hacer por parte de un sujeto pasivo. Derecho real y obligación *in faciendo* serían, en principio, entidades incompatibles.

Cabe tener en cuenta, por otra parte, que a duras penas se admitiría el sometimiento de una cosa con carácter perpetuo (con lo cual resulta difícil imaginar que se admitiera la existencia de un servidumbre *in faciendo*), lo que sería ciertamente gravoso, pues supondría la sujeción de cualquier persona que fuera propietario o mero poseedor del fundo sirviente, en algún momento, a la realización de una determinada prestación de hacer.

La servidumbre *oneris ferendi*⁷², sin embargo, comporta la obligación de mantener en buen estado el muro o pared que sustenta la casa del fundo vecino, precisamente para que la construcción soporte el edificio del fundo dominante; lo que no incluye, sin embargo, la obligación de *reficere parietem*, sino que parece que esta obligación debió derivarse de determinadas cláusulas adjuntas al acto constitutivo de la servidumbre⁷³. Con el tiempo, la obligación de rehacer la pared se acaba configurando como una obligación accesoria típica

⁷² D. 8, 5, 6, 2 (Ulp. 17 *ad ed.*): *Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et Gallus putat non posse ita servitute imponi, ut quis facere aliquid cogatur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitute adserit, non ad eum, cuius res servit. sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitute non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit.*

⁷³ Como parece expresar el siguiente texto de Ulpiano, D. 8, 5, 6, 5 (17 *ad ed.*): *Modus autem refectio in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur: forte ut reficiat lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est.*

a esta servidumbre; de acuerdo con Grosso⁷⁴, nos encontraríamos ante un supuesto de *obligatio propter rem*⁷⁵.

3.2. Las servidumbres como *qualitas fundi*⁷⁶

Las servidumbres también se caracterizan por ser inescindibles o inseparables respecto del fundo al que pertenecen, se habla en este caso de *qualitas fundi*.

Al considerarse las servidumbres como una *qualitas fundi*, cuando se transmite la propiedad sobre los fundos dominante o sirviente, al mismo tiempo, también se transmite la servidumbre activa o pasivamente. Incluso cuando lo que se transmite es la posesión o el ejercicio de un derecho de goce sobre el fundo, la servidumbre sería inescindible de éste —en este caso, lo que se transmite serían las facultades de ejercicio de la servidumbre. Esto supone que, desde el punto de vista del titular del predio sirviente, la servidumbre se conciba como un gravamen sobre el fundo y, por tanto, la aminoración del valor económico—patrimonial de éste; en cambio, desde el punto de vista del predio dominante, la servidumbre implicaría un incremento de su valor. En definitiva, el propietario del fundo —si bien puede transmitir su derecho de propiedad y, a su vez, con él, la servidumbre— lo que no puede hacer es enajenar la

⁷⁴ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 86.

⁷⁵ D. 8, 2, 33 (Paul. 5 *epit. Alf. dig.*): *Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet. nam cum in lege aedium ita scriptum esset: "paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit", satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset qui onus sustineret: quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitutem praeberet, qui onus suum sustineret, si ea res quae servit et tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat.*

Vid. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, 116 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 83 y ss.

⁷⁶ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, 145 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 94 y 95.

servidumbre, conservando el fundo sobre el que ésta se constituyó, pues ésta no tendría sentido; es imposible pensar en una servidumbre por sí sola, sin relacionarla con un fundo.

Ejemplos de este principio los hallaríamos en D. 19, 2, 44 (Ulp. 7 *ad ed.*) (*locare servitutem nemo potest*) ó D. 33, 2, 1 (Paul. 3 *Sab.*) (*neque servitutis fructus constitui potest*).

En el Derecho justiniano y en relación con las aguas, sí se admite la posibilidad de la enajenación de las servidumbres, siempre que así lo dispongan las partes en el título constitutivo de dicho derecho, permitiendo por tanto la derogación del principio que nos ocupa. Existen dudas sobre si esta práctica no se habría dado ya con anterioridad al Derecho justiniano:

D. 8, 3, 33, 1 (Afr. 9 *quaest.*): *Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest.*

En este texto de Africano, que contendría, según algunos autores⁷⁷, ciertas interpolaciones, se haría referencia a la posibilidad de obtener agua a través de un acueducto, habiéndose constituido a través de una serie de fundos la mencionada servidumbre. En principio, como consecuencia de la inescindibilidad y con independencia del modo a través del cual se hubiera constituido la servidumbre: en primer lugar, no se podría conceder el agua de ese acueducto a los propietarios de los predios sirvientes, debido a la

⁷⁷ PEROZZI, S. «Fructus servitutis esse non potest», en *BIDR*, 6 (1894), p. 165 y ss. RICCOBONO, S. «Dies e condicio nella costituzione della servitù», *TR*, 3 (1912), p. 356 y ss.; *Index Int.* I, p. 107. Sobre esta cuestión, *vid.* Capítulo V, epígrafe 3.1.3.

existencia del principio *nemini res sua servit*; y, en segundo lugar, tampoco sería posible la concesión de aguas a terceras personas, porque ello supondría que la servidumbre se convirtiera en el objeto de una relación jurídica. Sin embargo, como indica el texto, sí podría concederse el agua a través de un pacto o de una *stipulatio*; es decir, las partes podrían derogar el principio de inescindibilidad de las servidumbres, ya que suele concederse de esta manera. A partir de fragmentos como éste, algunos autores entienden que la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, en realidad, reflejaría una constitución o bien por pactos, o bien por *stipulationes*. Sobre este punto tendremos oportunidad de pronunciarnos más adelante, al tratar las diversas posturas doctrinales acerca de las *pactiones et stipulationes*, así como volveremos sobre este texto, al estudiar las fuentes en las que aparecen menciones expresas de este modo de constitución en el capítulo V de este estudio⁷⁸.

Sin embargo, nos parece oportuno realizar, con carácter previo, una puntualización. de acuerdo con la doctrina⁷⁹, la mención a los pactos y *stipulationes* en este texto se debería a los compiladores, pues, en época justiniana, estaría plenamente aceptada la derogación del principio que nos ocupa a través de pactos y *stipulationes*, e incluso advierten que, en esta época, el modo de constitución de las servidumbres *inter vivos* por excelencia serían las *pactiones et stipulationes*. A nuestro entender, no obstante, el texto no se ocupa en sí de la constitución *pactionibus et stipulationibus* del *aquaeductus*, aunque sí la menciona, sino más bien de la derogación de una regla propia del *ius civile*, acudiendo a pactos o bien a *stipulationes*, con independencia del modo de constitución del *aquaeductus*. En definitiva, cabría preguntarse si, en el texto, más que una interpolación, no pueda apreciarse la intervención pretoria para modular determinados principios relativos a las

⁷⁸ Nos ocupamos extensamente de este texto en el Cap. V epígrafe 3.1.3.

⁷⁹ Vid. D'ORS, A. *Las Quaestiones de Africano*, 1997, p. 430 y ss.

servidumbres del *ius civile*, seguramente, en función de determinadas prácticas que debían darse en la vida diaria, en el caso concreto. Piénsese en la posibilidad de que el acceso al agua, en algunas épocas o en algunos territorios, hubiera sido especialmente difícil.

En este sentido se pronuncia Riccobono⁸⁰, quien va más allá y sugiere que, en el derecho clásico, ya hubiera sido posible tal concesión de agua cuando la servidumbre hubiera sido constituida de acuerdo al *ius honorarium*, es decir, a través de *pactiones et stipulationes*, dentro de los cuales se hubiera podido prever la concesión del agua a un tercero.

En cualquier caso, dicha concesión lo que va a suponer es la cesión de las facultades de ejercicio de la servidumbre a un tercero, siempre y cuando las partes lo hayan consentido en el momento de la constitución de la servidumbre o bien cuando intervenga la voluntad del propietario del fundo sirviente.

Ejemplo de esto sería D. 39, 3, 9, 2 (Paul. 49 *ad ed.*):

Non autem solius eius, ad quem ius aquae pertinebit, voluntas exigitur in aquae cessione, sed etiam domini locorum, etsi dominus uti ea aqua non possit, quia recidere ius solidum ad eum potest.

En este fragmento, que pertenece a un comentario al edicto, parece que el jurista Paulo no estaría haciendo referencia a la constitución de una servidumbre de acueducto, sino más bien a la cesión del agua. El jurista hace hincapié en que, en dicha cesión, no tan sólo es necesario que exista el consentimiento de la persona *ad quem ius aquae pertinebit* —titular del fundo dominante—, sino que también es necesario el consentimiento del *dominus loci*, es decir, del propietario del fundo sirviente. Si realmente nos encontráramos

⁸⁰ RICCOBONO, S. *Dies e condicio... cit.*, p. 356 y ss.

ante un caso de constitución de servidumbre, ¿por qué el jurista tendría la necesidad de subrayar la exigencia del consentimiento del propietario del fundo sirviente? Parece lógico que el consentimiento de éste debe concurrir cuando se trata de constituir una servidumbre, de ahí que podamos decir que, en este fragmento, en realidad el problema que se está planteando es un caso de concesión de aguas, con mera eficacia obligacional, y, por consiguiente, al igual que el fragmento anterior, si siguiéramos la opinión tradicional —cosa que no haremos—, deberíamos considerarlo interpolado, porque dicha cesión no sería concebible en el derecho clásico, sino en el justiniano⁸¹. Obviamente, nos parece que esta opinión tradicional es digna de ser cuestionada.

3.3. La indivisibilidad de las servidumbres⁸²

Las servidumbres también se caracterizan por la nota de indivisibilidad y, como consecuencia de ello, *per partes nec adquiri nec impone servitutes posse*. Es decir la relación jurídica no puede existir de otro modo que por entero, de manera que no es posible fraccionar el derecho de servidumbre, pues parece absurdo que un fundo pueda ser en parte libre y en parte sirviente, al igual que sería absurdo que una persona fuera en parte libre y en parte esclava. De este modo, la servidumbre o surge por entero o, simplemente, no surge. En este sentido, d'Ors expresa que las servidumbres son derechos esencialmente solidarios e indivisibles⁸³.

La indivisibilidad de las servidumbres tiene una serie de consecuencias en la práctica, como veremos a continuación.

⁸¹ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 107 nt. 7.

⁸² BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 160 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 151 yss.

⁸³ D'ORS, A. *Derecho privado romano*, Pamplona, 1989, p. 218.

3.3.1. Indivisibilidad y copropiedad

La servidumbre como tal tan sólo tiene sentido por entero y no resultaría fraccionable, como consecuencia de ello, no sería posible constituir ni adquirir una servidumbre por partes (*per partes nec adquiri nec impone servitutes posse*). En los casos en que existe una situación de copropiedad, la indivisibilidad de las servidumbres impide que uno de los comuneros, por sí solo, pueda constituir una servidumbre sobre o a favor del fondo común y mucho menos en relación con su cuota *pro indiviso*⁸⁴, incluso si el derecho de servidumbre puede suponer una ventaja para el fondo en cuestión⁸⁵.

Si uno de los comuneros quisiera constituir un derecho de servidumbre, el acto de constitución no generaría los efectos deseados pues, al no presentar todos los requisitos exigidos, no daría lugar al nacimiento de una servidumbre y el fondo que se pretendía gravar continuaría siendo libre, al mismo tiempo que el fondo a favor del cual se pretendía constituir la servidumbre no devendría fondo dominante. En este sentido se pronuncia el fragmento de D. 8, 3, 34 pr. (Pap. 7 *quaest.*):

*Unus ex sociis fundi communis permittendo ius esse ire
agere nihil agit [...].*

En los supuestos de copropiedad, la constitución y adquisición de la servidumbre pasará por la necesidad de que se produzca el concurso de voluntades de todos los comuneros. Esto puede tener lugar a través de un único acto, en el que todos los copropietarios consienten la constitución de la servidumbre, o bien suele admitirse, por razones de oportunidad, la

⁸⁴ Cfr. D. 8, 1, 8, 1 (Paul. 15 *ad Plaut.*); D. 8, 3, 32 (Afr. 6 *quaest.*). BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 160 y ss.

⁸⁵ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 160 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 152.

constitución de una servidumbre a través de actos sucesivos de los diferentes comuneros.

Ejemplo de una constitución de servidumbre en un mismo acto, de manera simultánea sería el fragmento D. 8, 3, 19 (Paul. 6 Sab.):

Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest: sed si omnes stipulentur sive communis servus, singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt, quia ita dari eis potest: ne, si stipulator viae plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat.

En los casos en que uno de los comuneros realiza un acto de constitución de servidumbre, en principio dicho acto sería nulo (D. 8, 3, 34: *nihil agit*). No obstante, como subrayábamos anteriormente, llega a admitirse que la realización del acto de constitución de una manera sucesiva por cada comunero pueda dar lugar al nacimiento del derecho de servidumbre deseado. En relación con esta última posibilidad, cada acto aislado no sería válido para constituir el derecho de servidumbre, pero su eficacia se ve suspendida en el tiempo hasta que se produce el último acto de constitución que confirmaría los anteriores⁸⁶. En este sentido se pronunciaría, a título de ejemplo, D. 8, 4, 18 (Paul. 1 Man.):

Receptum est, ut plures domini et non pariter cedentes servitutes imponant vel adquirant, ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmantur perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent. Et ideo si is qui primus cessit vel defunctus sit vel alio genere vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, nihil agetur: cum enim postremus cedat, non retro adquiri servitus videtur, sed perinde habetur, atque si, cum postremus cedat, omnes cessissent: igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat. Idem iuris

⁸⁶ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 162 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 153.

est et si uni ex dominis cedatur, deinde in persona socii aliquid horum acciderit. Ergo et ex diverso si ei, qui non cessit, aliquid tale eorum contigerit, ex integro omnes cedere debebunt: tantum enim tempus eis remissum est, quo dare facere possunt, vel diversis temporibus possint, et ideo non potest uni vel unus cedere. Idemque dicendum est et si alter cedat, alter leget servitutes. Nam si omnes socii legent servitutes et pariter eorum adeatur hereditas, potest dici utile esse legatum: si diversis temporibus, inutiliter dies legati cedit: nec enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est.

Este régimen de constitución a través de actos sucesivos se ve confirmado, en primer lugar, por el pretor, quien reconocería una eficacia real a relaciones jurídicas con un contenido análogo al de las servidumbres, pero que, a diferencia de éstas últimas, surgen de *stipulationes*. En este caso, la relación vendría regulada a partir de los principios de la *stipulatio* y se plantea la posibilidad de que sólo se les llegara a reconocer eficacia real al producirse el último de los actos que convalidaba a los anteriores, de modo que, en el tiempo intermedio, estos actos hubieran tenido una mera eficacia obligacional.⁸⁷

3.3.2. Indivisibilidad de la servidumbre y divisibilidad de los fundos sirviente y dominante

El principio de indivisibilidad de las servidumbres resultaría, sin embargo plenamente compatible con la divisibilidad del predio dominante o del sirviente, ya que, como advertíamos anteriormente, la indivisibilidad se referiría a la constitución de la servidumbre.

⁸⁷ MASCHI, C. A. «Contributi allo studio delle servitù pretorie», *BIDR*, 41 (1939), p. 281; BIONDI, B, *Le servitù... cit.*, 169 y ss.

Con carácter general, la división del predio sirviente no supondría la modificación de la servidumbre, de modo que las fincas resultantes de la división deberán tolerar la servidumbre en cuestión, dado que ésta subsiste (*ita difussa est, tu omnes glebae sevant*)⁸⁸. Si la división se produce respecto del fundo dominante, los predios que surgieran de tal división dispondrían de una servidumbre a su favor sobre el fundo sirviente —aunque en este caso sí sería posible el fraccionamiento del contenido práctico de la servidumbre, para evitar que, a raíz de esta división, el fundo sirviente no se encuentre gravado en exceso—. ⁸⁹

3.3.3. Indivisibilidad y solidaridad

Como consecuencia de la indivisibilidad de las servidumbres, el ejercicio de la *vindicatio servitutis* corresponde a cada uno de los copropietarios del fundo dominante (D. 8, 5, 4, 3, Ulp. 17 *ad ed.*) por el todo. En contrapartida, la acción podrá dirigirse contra cualquiera de los copropietarios del fundo sirviente y éste deberá responder por el resto (D. 8, 5, 4, 4, Ulp. 17 *ad ed.*)⁹⁰.

Desde el punto de vista de las *pactiones et stipulationes*, estudiaremos específicamente cómo afecta la solidaridad a los herederos de las partes⁹¹.

⁸⁸ D. 8, 3, 13, 1 (Iav. 10 *ex Cas.*) y D. 8, 3, 23, 3 (Paul. 15 *Sab.*)

⁸⁹ Con algunas salvedades, GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 156 y 157.

⁹⁰ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 155.

⁹¹ *Vid.* Cap. VI, epígrafe 4.2.

3.4. El requisito de la utilidad objetiva (utilitas)

La exigencia de la *utilitas* está plenamente ligada a la caracterización de la servidumbre como *qualitas fundi*. La servidumbre debe constituirse con la finalidad de reportar una utilidad objetiva al predio dominante y no un mero interés personal u ocasional, lo que permite o justifica, a su vez, la posibilidad de gravar, de modo más o menos permanente, un fundo con una servidumbre⁹².

A diferencia de los sistemas jurídicos modernos, que conocen la categoría abstracta de la servidumbre y donde el requisito de la utilidad se contempla como una exigencia legal de la propia servidumbre —la ley permitiría el sometimiento de un fundo a otro en tanto que esto sea útil para ese fundo y con ello se conseguiría limitar la libertad de constitución de servidumbres—, en el sistema de servidumbres típicas propio del Derecho romano, la característica de la utilidad no es un requisito, sino el contenido típico de cada servidumbre, de modo que cualquier clase de utilidad sería válida, siempre que ésta exista. La utilidad se valoraría de manera abstracta en relación con cada servidumbre en concreto y en función del fundo al que se halla ligada⁹³.

⁹² Cfr. D. 8, 1, 8 pr. (Paul. 15 *ad Plaut.*), parece lógico que una servidumbre no pueda constituirse por el mero capricho del propietario de un fundo. Consiguientemente, que pueda extinguirse por el no uso.

⁹³ En lo que se refiere al principio de la *utilitas*, resulta interesante la opinión de Labeón en D. 8, 1, 19. Pese a que el texto pueda contener posibles interpolaciones, no obstante y con carácter general, podría explicarse la opinión que manifiesta el jurista Labeón sobre la base de la configuración que recibe la característica de la utilidad en el derecho romano. Podría constituirse una servidumbre aunque ésta no nos fuera útil, aunque objetivamente la servidumbre sí será útil, ya que la utilidad es reconocida por la ley de manera abstracta al reconocer cada servidumbre típica. Así, una servidumbre podría resultar inútil en un determinado momento o para un concreto propietario, pero objetivamente una servidumbre reconocida por la ley no puede considerarse inútil. No obstante, el hecho de que aquella servidumbre no nos resulte útil, conllevará que no sea ejercitada y, consiguientemente, que pueda extinguirse por el no uso. *Vid.* BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 175 y ss.

Ante la falta de este requisito, no existiría servidumbre, sin embargo, existiría la posibilidad de que la relación entre los propietarios de las fincas se construyera desde el punto de vista de las obligaciones⁹⁴.

3.5. El requisito de la vecindad (vicinitas)⁹⁵

Como consecuencia del requisito de la *utilitas*, los fundos entre los cuales se constituye la servidumbre deben ser vecinos. Este requisito es generalmente considerado por los intérpretes como un requisito autónomo, con arreglo al cual excluyen la existencia de una servidumbre cuando los fundos implicados no son vecinos⁹⁶.

No supone que dichos fundos deban ser contiguos —aunque para algunas servidumbres sí que será necesaria la contigüidad de los predios, como es el caso de la mayor parte de las servidumbres urbanas, pues si los fundos no fueran contiguos no sería posible el ejercicio de la servidumbre—, sino que se requiere que estén situados de tal manera que uno pueda extraer un beneficio o ventaja objetiva del otro (*utilitas*).⁹⁷

Así pues, en resumen, el requisito de la vecindad se contempla desde la óptica de la posibilidad del ejercicio de la servidumbre, lo que permite excluir en algunos casos la necesidad de vecindad entre los fundos.⁹⁸

⁹⁴ Por ejemplo, en los supuestos a los que se refiere Paulo en D. 8, 1, 8 pr. (15 *ad Plaut.*): recoger fruta, pasear o cenar en un fundo ajeno.

⁹⁵ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 179 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 109 y ss.

⁹⁶ Cfr. D. 8, 3, 5, 1 (Ulp. 17 *ad ed.*); Paul. D. 8, 3, 7, 1 (Paul. 21 *ad ed.*).

⁹⁷ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 179 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 109 y ss.

⁹⁸ Sería el caso contemplado en D. 8, 4, 6 pr. (Ulp. 28 *Sab.*)

3.6. Los fundos sobre los que se constituye la servidumbre deben pertenecer a diferentes propietarios (nemini res sua servit)⁹⁹

Los fundos sobre los que constituye la servidumbre deben pertenecer a diferentes propietarios, de modo contrario no se ejercería el contenido de una servidumbre, sino el del derecho de propiedad. No es posible constituir una servidumbre sobre una cosa propia (*nemini res sua servit*¹⁰⁰). Por otra parte, la concurrencia de la cualidad de propietario de los fundos entre los cuales se ha constituido una servidumbre en una misma persona implicaría la extinción de ésta por confusión¹⁰¹.

Se podría afirmar que esta regla resulta aplicable no sólo a las servidumbres prediales, sino a cualquier relación jurídica, pues si el contenido de ésta consiste en unas facultades de pretender un determinado comportamiento y la obligación de observarlo, es de lógica que entre derecho y obligación existe una antítesis. Es decir, dicho principio vendría a evitar la contradicción que se produciría si en una misma persona y respecto de una misma relación coexistieran la situación de sujeto activo y pasivo de la relación, de ahí que podamos decir que esta regla resulta aplicable no sólo a las servidumbres sino a cualquier relación en la que no tenga lógica que en una misma persona recaiga la condición de sujeto activo y pasivo. Esto nos

⁹⁹ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 104 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 89 yss.

¹⁰⁰ Cfr. D. 8, 2, 26 (Paul. 15 Sab.); D. 8, 3, 31 (Iul. 2 ex Min.); D. 8, 4, 10 (Ulp. 10 Sab.).

¹⁰¹ Cfr. D. 8, 6, 1: (Gaius 7 ad ed. prov.) *Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit.*

En el derecho actual, este principio también rige en materia de servidumbres, como puede observarse en el art. 546 1º CC español. No obstante, la legislación civil catalana, en este punto, difiere del derecho civil español. El Libro V del *Codi civil de Catalunya* reconoce expresamente la denominada "servidumbre de propietario" (art. 566-3 CCC) y establece, en consecuencia, la no extinción de las servidumbres por confusión (art. 566-3.3 CCC).

demuestra que las servidumbres, como cualquier otra relación jurídica, se constituyen entre personas y no entre fundos.

Asimismo, los fundos sobre los que se quiere constituir la servidumbre deben ser *res intra commercium*¹⁰².

3.7. Tipicidad de las servidumbres¹⁰³

Como hemos expresado anteriormente, el Derecho romano, en términos generales, no conoció una categoría abstracta de servidumbre —a diferencia de lo que ocurre con los modernos ordenamientos jurídicos—, sino más bien concretas figuras individuales, cada una con su propia denominación y configuración, a pesar de que, como comentábamos, la jurisprudencia sí llegó a advertir determinadas características comunes o reglas aplicables a todas estas figuras, e incluso a delimitar categorías como *iura praediorum rusticorum* y *iura praediorum urbanorum*.

La tipicidad de las servidumbres supone que las partes no puedan crear nuevas servidumbres y que, por tanto, deban amoldar sus intereses al *numerus clausus* de servidumbres existentes. Una vía para modular o corregir la tipicidad y adaptar la servidumbre a las especiales necesidades de las partes sería el *modus servitutis*:

D. 8, 1, 4, 1 (Pap. 7 quaest.): *Modum adici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur (veluti ut equo dumtaxat) vel ut certum pondus vehatur vel grex ille transducatur aut carbo portetur.*

¹⁰² Cfr. Paul. D. 8, 1, 14, 2; Iav. D. 8, 4, 4; Ulp. D. 8, 4, 13 pr. Exceptuando el caso del *iter ad sepulchrum*, v. gr. Paul. D. 8, 1, 14, 1; Ulp. D. 8, 5, 1; Paul. D. 8, 6, 4.

¹⁰³ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 43 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 61 y ss.

A través del *modus servitutis*, las partes pueden modificar voluntariamente el contenido de la servidumbre y adaptarlo a sus exigencias, sin crear un tipo nuevo.

La doctrina ha entendido la relación *modus servitutis*-tipo de servidumbre desde diferentes perspectivas: la perspectiva estática y la dinámica¹⁰⁴. El principal autor que partía de considerar dicha relación desde una perspectiva estática sería Perozzi¹⁰⁵, quien entiende que, a partir de la individualización de un carácter esencial definido, se habrían construido determinados tipos de servidumbres, para así diferenciar unas servidumbres de otras. El *modus* sería un instrumento mediante el cual las partes añadirían, al contenido esencial de cada servidumbre marcado por la ley, sus determinaciones acerca de la modalidad de ejercicio de la servidumbre en cuestión. El *modus incidiría*, por tanto, sobre el ejercicio de las servidumbres, pero no sobre el contenido de cada tipo en sí, que sigue estando delimitado por la ley. A los particulares no les es posible modificar el contenido para, de este modo, crear nuevos *iura praediorum*. Se mostrarían favorables a esta perspectiva estática autores como Biondi o Capogrossi.

Desde una perspectiva dinámica, Brugi¹⁰⁶ defendería que, en época clásica, habría desaparecido la configuración típica de las servidumbres, al imponerse un tipo abstracto de servidumbre a partir del cual las partes podían configurar la servidumbre libremente conforme a sus especiales necesidades. En este proceso habría colaborado el *modus*, entendido como criterio medidor del contenido de la servidumbre.

¹⁰⁴ CURSI, M.F. *Il "modus servitutis". Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Nápoles, 1999, p. 8 y ss.

¹⁰⁵ PEROZZI, S. *Sulla struttura delle servitù in Diritto romano*, Roma, 1888 y en sus *Scritti giuridici*, II, Milán, 1948, p. 26 y ss.

¹⁰⁶ BRUGI, B. *Struttura delle servitù... cit.*, p. 140.

Una tercera postura, intermedia, sería la defendida por Grosso¹⁰⁷, a partir de la cual se suele hablar de "tipicidad abierta" y no de simple tipicidad. Este autor atribuye a la interpretación de la jurisprudencia la generación de nuevas servidumbres: junto a las servidumbres originarias, que serían el *iter*, *via*, *actus* y *aquaeductus*, la jurisprudencia habría individualizado otras servidumbres que surgirían de las nuevas exigencias sociales. La individualización de estas nuevas servidumbres surgiría de la discusión, en el caso concreto, sobre los singulares contenidos de las servidumbres, lo que daría lugar, progresivamente, a una delimitación de los supuestos en los que se puede constituir una servidumbre o no. El *modus* jugaría un papel primordial en el surgimiento de estas nuevas servidumbres; pero respecto de las servidumbres originarias, el *modus* sigue siendo concebido como un mero corrector de la tipicidad.

Más recientemente, Cursi retoma la discusión y advierte que es necesario abordar el estudio del *modus* desde una perspectiva histórica, ya que éste no juega el mismo rol en todas las épocas, sino que las funciones que éste cumpliría vienen determinadas en razón del cambiante contexto histórico-jurídico en el que ha de aplicarse. Para esta autora, el *modus* habría colaborado en la superación de la concepción de las más antiguas servidumbres bajo el esquema de la propiedad. Respecto de las más modernas servidumbres, la autora destaca la importancia de la autonomía de los particulares en la determinación del contenido de estas nuevas servidumbres, contenido que más tarde es recibido por la jurisprudencia, y que da lugar al surgimiento de estas nuevas figuras. Cuando se agota este proceso de creación, al delimitarse las servidumbres más modernas, el rol del *modus* sí se concretaría en el de ser un

¹⁰⁷ GROSSO, G. «L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità», en *SDHI*, 3 (1937), p. 265 y ss. también en sus *Scritti giuridici*, II, p. 186 y ss. *Le servitù... cit.*, p. 63 y ss.

correctivo de la tipicidad, convirtiéndose en una auténtica figura jurídica, en el sentido expresado por Papiniano en D. 8, 1, 4, 1 (7 *quaest.*).¹⁰⁸

Frente a la tipicidad propia de las servidumbres constituidas conforme al *ius civile*, la constitución *pactionibus et stipulationibus* permitiría a las partes configurar la servidumbre de acuerdo con sus especiales necesidades, al tratarse de un modo de constitución mucho más ágil y elástico¹⁰⁹. Recordemos además, que la constitución de las servidumbres en el *ius civile* suele tener lugar a través de *actus legitimi* (D. 50, 17, 77, Pap. 28 *quaest.*) como son la *mancipatio* o la *in iure cessio*, actos solemnes en los que impera el cumplimiento de una determinada forma o ritual y en los que no es posible la adición de elementos o cláusulas accidentales (como los términos o condiciones) so pena de nulidad del acto¹¹⁰.

3.8. Las servidumbres como res incorporales¹¹¹

La transformación de las servidumbres en *iura*, a la que nos hemos referido al iniciar este capítulo, supone que éstas pasen a ser consideradas *res incorporales* y, en consecuencia, no resulte posible la posesión sobre ellas. La aparición de la *lex Scribonia*¹¹² (D. 41, 3, 4, 28 Paul. 54 *ad ed.*) viene a

¹⁰⁸ CURSI, M. F. *Il "modus servitutis". Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Nápoles, 1999.

¹⁰⁹ En este sentido, GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 75 y ss.

¹¹⁰ Sobre este extremo nos ocuparemos más adelante al hablar de la *servitus ad tempus*, en el capítulo V, epígrafe 3.2.2.

¹¹¹ MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 222 y ss.

¹¹² Sobre la datación de la *Lex Scribonia*, su alcance y los motivos de esta intervención legislativa, CAPOGROSSI COLOGNESI, L. «Alle origini di un divieto legislativo: la *Lex Scribonia*», en *Studi Gallo*, I, Jovene, Nápoles, 1997, p. 79 a 96, asimismo, en *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma, 1998, p. 107 y ss. y en *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela*

confirmar esta transformación, pues impide la adquisición de las servidumbres a través de la *usucapio*.

Las principales consecuencias de esta nueva concepción de las servidumbres como *res incorporales* pueden observarse claramente, a través de las *Institutiones* de Gayo. En este sentido, en Gai. 2, 17, las servidumbres prediales rústicas quedan incluidas entre las *res Mancipi*, pese a advertir que generalmente las *res incorporales* suelen considerarse *res nec Mancipi*¹¹³. Asimismo, debe tenerse en cuenta Gai. 2, 28, en el que se excluye la *traditio* de las *res incorporales*, con lo cual y como advertíamos anteriormente, la *traditio* no será aplicable para la adquisición de las servidumbres —en el sentido que aquélla se podría aplicar, por ejemplo, para la adquisición del *dominium pleno iure* cuando se adquiere, *ex iusta causa*, una *res nec Mancipi*—, sino que deberá recurrirse a la *Mancipatio* o a la *in iure cessio*, como indica Gai. 2, 29. Esta misma idea es formulada por Gayo en D. 41, 1, 43, 1 (7 *ad ed. prov.*)¹¹⁴.

della proprietà fondiaria nel diritto romano, Roma, 1999, p. 91 y ss. Resulta interesante la teoría defendida por RAINER, J.M. «Nochmals zu den Grunden und der Datierung der *Lex Scribonia*», en *SZ*, 104 (1987), p. 632 y ss., de la que difiere el profesor italiano (p. 109 y ss), Rainer parte de la convivencia de la concepción materialista de las servidumbres (en relación con las servidumbres rústicas) y las nuevas servidumbres urbanas, consideradas *iura in re aliena*, al menos con posterioridad al año 69 a. C. y hasta el año 50 a. C. Las servidumbres rústicas habrían sido, hasta dicha época, usucapibles, pero teniendo en cuenta la nueva configuración de la *usucapio*, que exige la existencia de una *iusta causa* y de la buena fe. La pervivencia de la concepción materialista de las servidumbres habría dado lugar a problemas interpretativos sobre la configuración jurídica de estos derechos, por lo que se habría hecho necesaria una intervención legislativa, a través de la *Lex Scribonia*, que acaba con estas discusiones al prohibir la *usucapio* de las servidumbres rústicas. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo*, Castelló de la Plana, 2002, p. 62 y ss. MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 247 y ss.

¹¹³ En relación con este texto, Bonfante ya destacaba el especial esfuerzo de Gayo por intentar armonizar la categoría de *res Mancipi* con la de cosa corporal y la de *res nec Mancipi* con la de cosa incorporal, que no encajaría en el caso de las servidumbres rústicas. BONFANTE, P. «Forme primitive de evoluzione della proprietà romana (*Res Mancipi* e *res nec Mancipi*)», en *Scritti giuridici*, II, p. 105 y ss.

¹¹⁴ De esta manera, la mención a la *traditio servitutis* en las fuentes, por regla general, se ha entendido como producto de interpolaciones, pues no estaría reconocida hasta época justiniana. KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut*, Münster, 1911, p. 39 y ss. COLLINET, P. «La tradition des servitudes dans le droit de Justinien», en *Mélanges Girard*, I, París, 1912, p. 185 y ss. RABEL, E. «Zu den sogenannten praetorischen Servituten», en *Mélanges Girard*,

A pesar de esa concepción de las servidumbres como *res incorporales*, estos derechos conservan, en cierta medida, algunos rasgos que recuerdan su antigua concepción material, al encontrarse vinculados a esquemas jurídicos más propios de la posesión, y en previsión de la tendencia evolutiva que les aguarda hacia el pleno reconocimiento de la *possessio iuris*. En este sentido, el ejercicio de las servidumbres prediales, aun tratándose de cosas incorporales, viene protegido, en algunos casos¹¹⁵, a través de interdictos especiales. En palabras de Capogrossi Colognesi¹¹⁶, "che la tutela possessoria fosse sopravvissuta per queste al loro passaggio della concezione materialistica della *pars dominii* alla più evoluta nozione di *ius in re aliena*. Ma forse l'interesse maggiore costituito da tali interdetti non consiste neppure nella conferma dell'originario carattere delle più antiche servitù rustiche, quanto nella possibilità di illuminare il successivo processo evolutivo subito da queste figure".

Esta tutela interdictal, que parte de inicios del s. II a. C., sin duda se circunscribiría a la aparición de las servidumbres urbanas y a la nueva configuración de las servidumbres como *iura in re aliena*, así como en la imposibilidad de su adquisición mediante *usucapio (lex Scribonia)*. Ante esta nueva realidad, se hace necesario proteger el *statu quo*, pero como no es posible recurrir a los interdictos existentes, al no ser posible la posesión de las servidumbres por ser *res incorporales*, se hacen necesarios interdictos

II, París, 1923, p. 394 y ss.

¹¹⁵ D. 43, 21 a 23. CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura della proprietà... cit.*, II, p. 368 y ss. ; *Proprietà e diritti reali... cit.*, p. 129 y ss. BURDESE, A. voz «Possessio», en *ED*, XXXIV, Milán, 1985, p. 465 y ss. FALCONE, G. «Testimonianze plautine in tema di *interdicta*», en *Annali Palermo*, 40 (1988), p. 175 y ss; «Ricerche sull'origine dell'interdetto *uti possidetis*», *Annali Palermo*, 44 (1996), p. 9 y ss. ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali... cit.*, p. 483 y ss.

¹¹⁶ Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà... cit.*, II, p. 369.

especiales, que generalmente se construyen a imagen del interdicto *uti possidetis* o del *unde vi*¹¹⁷.

Junto a esta tutela interdictal del ejercicio de las servidumbres prediales por parte de quienes son titulares de estos derechos constituidos conforme al *ius civile*, también se tutela, a través de interdictos, el ejercicio de hecho de una servidumbre por quien no es titular —de acuerdo con los requisitos del *ius civile*. La jurisprudencia clásica suele hablar de *quasi possessio* y de *interdicta veluti possessoria* (o suelen utilizarse expresiones similares), partiendo de que se trata de situaciones de hecho análogas a la posesión, al existir una relación de hecho con un objeto o disponibilidad sobre éste (en el caso de las servidumbres, un fundo), y a pesar de que no pueda hablarse de posesión en sentido estricto¹¹⁸.

Esta expresión, que buena parte de la doctrina¹¹⁹ considera, hoy en día, clásica, puede observarse en algunos textos de la jurisprudencia clásica: como serían Gai. 4, 139; D. 8, 1, 20 (Iav. 5 *ex post. Lab.*); D. 4, 6, 23, 2 (Ulp. 12 *ad ed.*); D. 8, 5, 10 pr. (Ulp. 53 *ad ed.*) ó D. 43, 16, 3, 17 (Ulp. 69 *ad ed.*).

¹¹⁷ LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 73 y ss. Asimismo, *vid.* más adelante el Cap. VI, epígrafe 5.1.

¹¹⁸ Sobre esta cuestión *vid.* Cap. V, epígrafe 3.2.1.

¹¹⁹ Sobre la clasicidad de la expresión "quasi possessio": GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 182 y 183. TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 490. CAPOGROSSI COLOGNESI, L. «Appunti sulla "quasi possessio iuris"», en *BIDR*, 19 (1977), p. 73 y ss. ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palumbo, 1985, p. 149 y ss. MANNINO, V. *La tolleranza dell' "usus servitutis" nell'esperienza giuridica romana*, Turín, 1996, p. 3 y ss. La *quasi possessio* que conocería la jurisprudencia clásica sería una *quasi possessio* que, en el caso de la servidumbre o del usufructo, recae sobre el fundo, sobre el que se ejercen las facultades inherentes a estos derechos, mientras en época bizantina, la *quasi possessio* pasaría a recaer sobre el mismo derecho y no sobre la cosa sobre la que éste se ejerce.

4. Algunas observaciones sobre la constitución de las servidumbres en el Derecho romano

Para estudiar la constitución de servidumbres en el Derecho romano, debemos diferenciar las diversas etapas en la evolución de éste, pues los modos de constitución y adquisición de las servidumbres varían, según nos refiramos al Derecho clásico, al posclásico o al justiniano. Asimismo, en el Derecho clásico, encontraremos diferentes modos de constitución de las servidumbres, según ésta se pretenda constituir sobre el suelo itálico o sobre el suelo provincial. Finalmente, los modos de constitución de las servidumbres pueden dividirse en dos grandes grupos, según medie la voluntad de las partes o no.

4.1. La constitución de servidumbres en el Derecho romano clásico

4.1.1. Constitución de servidumbres sobre suelo itálico

La constitución de servidumbres sobre suelo itálico exigiría, en primer lugar y de acuerdo con el *ius civile*, que se disponga del *dominium ex iure Quiritium* sobre el fundo a favor del cual o sobre el cual se quiere constituir la servidumbre, además del requisito de que la propiedad sobre cada fundo pertenezca a un sujeto diferente (*nemini res sua servit*). No podrían, por tanto, constituir servidumbres, conforme al *ius civile*, aquellos que sólo disponen del *in bonis habere* o de la *bonae fidei possessio* del fundo, ni aquellos que no dispongan de la ciudadanía romana o, como mínimo, del *commercium*. En estos casos, la constitución tendría lugar *iure praetorio*¹²⁰ —seguramente a través del

¹²⁰ *Vid. infra* epígrafe 4.1.3. También Capítulo IV, epígrafe 2.1.2.

uso de las *pactiones et stipulationes*, además de otras figuras. Parece que las fuentes niegan la posibilidad de constituir servidumbres al usufructuario¹²¹.

A) *Mancipatio e in iure cessio*

Según Gai. 2, 29, en el derecho clásico, las servidumbres, con carácter general, se constituyen a través de *mancipatio* o de *in iure cessio*¹²². 2, 29. Como consecuencia de que, en su origen, eran objeto del *mancipium* del *paterfamilias* y de construirse sobre la base del derecho de propiedad, las servidumbres más antiguas —*iter, via, actus y aquaeductus*— son consideradas *res Mancipi* (*supra*)— y su constitución tiene lugar a través de los mismo actos encaminados a la adquisición del *dominium ex iure Quiritium*:

Gai. 2, 29: *Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum possunt; rusticorum vero etiam Mancipari possunt.*

Por lo que hace al resto de servidumbres, al no ser consideradas *res Mancipi*, su constitución tendría lugar a través de la *in iure cessio*.

B) *Deductio servitutis*

Las servidumbres prediales podían constituirse, a su vez, a través de una *deductio*, que tenía lugar cuando el propietario de dos fundos enajenaba uno a

¹²¹ Así, por ejemplo, lo niega expresamente Ulpiano en D. 7, 1, 15, 7 (18 Sab.): *Sed nec servitutem imponere fundo potest Proprietarius nec amittere servitutem: Adquirere plane servitutem eum posse etiam invito fructuario Iulianus scripsit. Quibus consequenter fructuarius quidem Adquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest: et si forte fuerint non utente fructuario amissae, hoc quoque nomine tenebitur. proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest,*

¹²² BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 221. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 187. KASER, M. *RPR*, I, p. 443 y ss.

través de *mancipatio* o *in iure cessio* y, en ese mismo acto, constituía una servidumbre a favor o a cargo del fundo que conservaba, estando de acuerdo en ello el adquirente del otro fundo¹²³.

Ejemplos de la constitución de servidumbres a través de *deductio* los encontramos en:

D. 8, 4, 6 (Ulp. 28 Sab.): *Si quis duas aedes habeat et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, tu vel istae quae non traduntur servae sint his quae traduntur, vel contra tu traditae retentis aedibus serviant: parvique refert, vicinae sint ambae aedes an non. Idem erit et in praediis rusticis: nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum facere tradendo. Duas autem aedes simul tradendo non potest efficere alteras alteris servas, quia neque acquirere alienis aedibus servitutem neque imponere potest.*

A pesar de que el texto hable de *traditio*, seguramente, en sus orígenes, debió tratarse de una *mancipatio*.

C) *Legatum per vindicationem*

También es posible constituir una servidumbre a través de un *legatum per vindicationem*, a través del cual el testador disponía *mortis causa* de dos fundos a favor de personas diversas y establecía una servidumbre entre estos. La adquisición de la servidumbre tenía lugar *ipso iure*, una vez aceptada la herencia¹²⁴:

¹²³ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 222. Giuseppe GROSSO, *Le servitù... cit.*, p. 187. Max KASER, *RPR*, I, p. 443 y ss.

¹²⁴ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 187; KASER, M. *RPR*, I, p. 444.

D. 33, 3, 7 (Paul. 21 *quaest.*): *Cum a pluribus heredibus institutis via legata est, quia partem non recipit, singuli heredes in solidum conveniuntur, quia et uno ex heredibus adeunte vindicari potest.*

No puede considerarse como modo de constitución de servidumbre, desde el punto de vista del *ius civile*, el *legatum per damnationem*, ya que, a través de éste, el testador únicamente obliga al heredero a constituir una servidumbre. Frente al incumplimiento del heredero, el legatario disponía de la *actio ex testamento* para exigir la constitución, pero el legado no supone por sí mismo la constitución de la servidumbre, sino más bien un derecho a que ésta sea constituida a través del correspondiente acto¹²⁵. Los legados *sinendi modo* y *per praeceptionem*, por su parte, tampoco serían apropiados para la constitución de servidumbres, pues el primero estaría limitado a cosas corporales y el segundo sólo tendría efectos obligatorios¹²⁶.

D) *Adiudicatio*

También pueden constituirse las servidumbres a través de la *adiudicatio*; es decir, se trataría de una constitución judicial de servidumbre, donde en principio no intervendría la voluntad de los propietarios en la misma medida que en los modos de constitución anteriormente expuestos. En este caso, cuando se había ejercido una acción divisoria, el *iudex* atribuía a uno de los copropietarios una servidumbre, gravando, como consecuencia, al otro u otros con dicha servidumbre. Un ejemplo de la facultad del juez de constituir una servidumbre entre los predios que surgen de la división lo encontramos en D. 10, 3, 7, 1 (Ulp. 20 *ad ed.*).

¹²⁵ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 227. D'ORS, A. *Derecho privado romano... cit.*, p. 220.

¹²⁶ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 227.

E) *Usucapio*

Las servidumbres más antiguas, al ser consideradas cosas corporales sobre las que podía recaer el poder del *paterfamilias*, también podían adquirirse a través de *usucapio*. En este sentido, la *lex XII Tabularum* establece en su conocida Tab. 6, 3 “*usus auctoritas fundi bienium est, ceterarum rerum omnium annus est usus*”. De acuerdo con esto, el *usus*, concepto anterior en el tiempo al de *possessio* y que supone el ejercicio de hecho de un poder, de una *potestas*, conduce a la adquisición del dominio, de la *manus* (Gai. 1, 3) o de la *hereditas* (Gai. 2, 53-54). En un mismo sentido, resultaría aplicable el *usus* en relación con la adquisición de las servidumbres, en cuanto que el ejercicio de hecho del contenido de una determinada servidumbre condujera a su adquisición, una vez transcurrido el plazo de dos años¹²⁷.

A raíz de la *lex Scribonia*, presumiblemente del siglo I a. C. y acerca de la cual poco se conoce¹²⁸, se suprimió la posibilidad de adquirir por *usucapio* las servidumbres:

D. 41, 3, 4, 28 (Paul. 54 ad ed.): *Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutum constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat*

¹²⁷ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 274 y 275. RODRÍGUEZ MONTERO, R. *Aproximación a la problemática de las formas de constitución... cit.*, p. 883 y ss. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 63 y 64. El plazo bienal puede inferirse de institutos paralelos como serían el *non usus* y la *usucapio libertatis*, cfr. PS 1, 17, 1, 2 ó Iust. C. 3, 34, 13 (a. 531).

¹²⁸ El texto de Paulo que recogemos a continuación sería el único que nos ha llegado y que deja constancia de la existencia de la *lex Scribonia*, hecho que, según algunos autores, conduce a pensar: o bien que dicha ley hubiera tenido una incidencia/importancia mínima; o bien que la jurisprudencia clásica sí hubiera comentado extensamente la ley, pero los compiladores hubieran descartado la inclusión en el Digesto de los pasajes de la literatura jurisprudencial clásica que se referían a aquella, en consonancia con la aplicación general de la *longi temporis praescriptio*. Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. *Aproximación a la problemática de las formas de constitución... cit.*, p. 884.

sublata servitute. Itaque si, cum tibi servitutum deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.

La aparición de la *lex Scribonia* está plenamente vinculada al proceso de transformación de las servidumbres en *iura praediorum* y, por tanto, en cosas incorporales. En esta misma época (s. I a. C.), también tiene lugar un proceso de absorción del *usus* por parte de la *possessio*, ésta última, además, sólo puede recaer sobre cosas corporales. Las servidumbres, al devenir cosas incorporales, no pueden adquirirse mediante *usucapio*, pues no sería posible su posesión. Sin embargo, cabe destacar que, frente a esa concepción de la posesión que sólo puede darse respecto de las cosas corporales, la jurisprudencia empieza a desarrollar la denominada *possessio iuris* o *quasi possessio*¹²⁹, que determinará una tutela pretoria de las servidumbres a través de interdictos¹³⁰, por tanto, a través de mecanismos de tutela propios de la posesión.

Capogrossi¹³¹ ha planteado la posibilidad de que la aparición de la *Lex Scribonia* respondiera específicamente a la necesidad de acabar con una contradicción, que no podía salvar la jurisprudencia republicana y, por tanto, servir como aclaración (más que como aceleración o punto de partida) en la

¹²⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* las referencias en el Cap. V, epígrafe 3.2.1.

¹³⁰ Como han venido destacado en los últimos años, MANNINO, V. *La tolleranza dell'“usus servitutis” nell'esperienza giuridica romana*, Turín, 1996 y en «Dalla tutela della *quasi possessio* delle servitù alla rilevanza dell'*immemorabile tempus* e della *vetustas* nell'esperienza giuridica romana», en *Uso, tempo, possessio dei Diritti. Una ricerca storica e di diritto positivo*, Turín, 1999, p. 1 a 47. Así como la monografía de LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres ... cit.*, p. 159 y ss.

¹³¹ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. «Alle origini di un divieto legislativo: la *lex Scribonia*», *Studi Gallo*, I, Nápoles, 1997, p. 79 a 96. *Proprietà e diritti reali... cit.*, p. 91 y ss. *Vid.* asimismo, LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 62 y ss. MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 250 y 251.

evolución de las servidumbres a un nuevo régimen jurídico, como *iura in re aliena*.

Partiendo de la base de que la jurisprudencia republicana debía revisar el antiguo régimen jurídico de las servidumbres prediales rústicas, durante su transformación en *res incorporales*, aspectos como su naturaleza de *res Mancipi*, su usucapibilidad y la tutela posesoria mediante interdictos debieron generar una amplia polémica. La *lex Scribonia* vendría a poner orden y a romper con el régimen jurídico existente hasta el momento, del que se mantendría la naturaleza de las servidumbres como *res Mancipi* y la tutela interdictal. De este modo, la *lex Scribonia* perseguiría definir un peculiar régimen para las servidumbres prediales rústicas, que no sería realizable a través de la *interpretatio prudentium*, dada la falta de coherencia entre los elementos esenciales que venían caracterizando el régimen jurídico de dichas servidumbres, hasta la aparición de la propia ley. En palabras de Lázaro Guillamón¹³²: "la *lex Scribonia*, más que una ley prohibitiva, fue una ley interpretativa de los principios del derecho civil, dado que no era armónico usucapir servidumbres y no poder poseer cosas incorporales".

Esta hipótesis, además, encajaría plenamente con la tradicional visión de la *lex Scribonia* como una ley que persigue la plena libertad del dominio, es decir que tiene una finalidad puramente económica; y que se promulgaría en un momento en el que la mayor parte de los predios rústicos debían encontrarse gravados por servidumbres adquiridas mediante *usucapio*. Las continuas referencias a las servidumbres rústicas nos dan una idea de la importancia que éstas debieron tener. Además, cabe tener en cuenta que su adquisición a través del *usus* sería relativamente sencilla y breve, pues el plazo de usucapición sería, como decíamos, de dos años. Esta situación no habría sido la óptima para la explotación económica de las tierras. La progresiva tendencia

¹³² LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 72.

a configurar las servidumbres como *iura in re aliena* respondería, así pues y a su vez, a necesidades económico-sociales. La promulgación de la *lex Scribonia* nos parece que viene a confirmar esta transformación de las servidumbres conforme al contexto socio-económico existente en los s. II-I a. C.

4.1.2. Constitución de servidumbres sobre suelo provincial

A) Pactionibus et stipulationibus

En lo que se refiere al suelo provincial, la constitución de servidumbres en derecho clásico tendría lugar, generalmente, a través de *pactiones et stipulationes*¹³³, ya que estos fundos no serían susceptibles de *mancipatio* o de *in iure cessio* como recuerda el fragmento 2, 31 de las *Institutiones* de Gayo, de este modo sería necesario recurrir a otro modo de constitución como serían las *pactiones et stipulationes*:

Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, qui et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usufructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiat, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem, aut in iure cessionem recipiunt.

En este capítulo tan sólo apuntaremos resumidamente algunas de las ideas que acerca de este modo de constitución se irán desarrollando, de una manera mucho más amplia y profunda, en los siguientes capítulos, especialmente a partir del capítulo III. Asimismo, en este epígrafe nos

¹³³ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 250 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 193 y ss. KASER, M. *RPR*, I, p. 445,

limitaremos prácticamente a transcribir el conocido texto de Gayo, ya que posteriormente nos ocuparemos de él, en el capítulo III, a partir del estudio del *status quaestionis* en la doctrina romanista, pues generalmente éste suele ser el texto del que la mayor parte de autores parte para estudiar las *pactiones et stipulationes*. Completaremos esa primera referencia con una exégesis más profunda en el capítulo V¹³⁴.

Acerca de este modo de constitución, existen diversos puntos controvertidos. Una vez superada la polémica acerca de si, bajo la expresión *pactiones et stipulationes*, debe entenderse un modo complejo de constitución, o bien dos modos diferentes, pues actualmente parece que es una cuestión pacífica el considerar que se trata de un único modo complejo de constitución¹³⁵, la doctrina no parece ponerse de acuerdo en cuanto a si, a través de este modo de constitución, se pudieron generar situaciones con eficacia jurídico-real o no. Los principales obstáculos para considerar que *pactionibus et stipulationibus* pudieran constituirse auténticas servidumbres serían, por una parte, el hecho de que *ex nudo pacto non oritur actio*(ex D. 2, 14, 7, 4, Ulp. 4 *ad ed.*), y por otra, que la *stipulatio* es fuente de obligaciones.

Sin embargo, cabe tener en cuenta que, en el Derecho romano, ya se conocen casos en los que un pacto es capaz de constituir un derecho real, sería el caso de la *conventio pignoris*¹³⁶. Por otra parte, entendemos que este modo

¹³⁴ Vid. Cap. V, epígrafe 2 de este trabajo.

¹³⁵ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 248 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 196 y 197. Más recientemente, CORBINO, A. voz «Servitù», *ED*, XLII, Milán, 1990, p. 256, nt. 187. En los últimos años ha retomado esta discusión, partiendo de la conocida monografía de Krüger, BASILE, R. «Pactionibus et stipulationibus id efficere», en *Fides, Humanitas, Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, I, Nápoles, 2007, p. 343 y ss. Sobre esta cuestión, vid. Cap. III, epígrafe 4.1, así como el Cap. V, epígrafe 2.3.

¹³⁶ *V. gr.*, D. 20, 1, 4. (Gai. *lib. sing. de form. hyp.*).MELILLO, G. *Contrahere, pacisci, transigere. Contributo allo studio del negozio bilaterale romano*, Nápoles, 1994, p. 250 y ss, nt. 600.

de constitución debe estudiarse desde el punto de vista del Derecho del pretor y no desde la perspectiva del *ius civile*, de otra manera no podría ser entendido.

Otro de los puntos controvertidos por parte de la doctrina sería el de la aplicación de este modo de constitución más allá del mero ámbito provincial, como veremos al hablar de la constitución de servidumbres *iure praetorio*¹³⁷.

Entendemos que no caben dudas acerca de la posibilidad de constituir servidumbres *pactionibus et stipulationibus* en provincias, como claramente se deriva de Gai. 2, 31 —tampoco nos cabe duda de que este modo fuera empleado sobre suelo itálico¹³⁸. En este modo de constitución, el pacto o la *conventio* determinaría el contenido de la servidumbre concreta que las partes quieren constituir, permitiéndoles una amplia libertad para fijar dicho contenido conforme a sus especiales necesidades; de la *conventio* derivaría, asimismo, la

¹³⁷ KASER, M. *RPR*, I, p. 444, nt. 53.

¹³⁸ La hipótesis de la aplicación de las *pactiones et stipulationes* en suelo itálico suele derivarse de la comparación del texto de Ulpiano de D. 7, 4, 1 pr. y Frag. Vat. 61, que completaría el texto anterior, se trataría de la extinción del usufructo por pérdida de la condición de ciudadano romano, dicha extinción tendría lugar con independencia de si el usufructo se constituyó conforme al *ius civile* o con la protección del pretor y con independencia de la naturaleza del fundo sobre el que se constituye. *Vid.* Capítulo V, epígrafe 3.1.1.

D. 7, 4, 1 pr. (Ulp. 17 Sab.): *Non solum usum fructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usu fructu. et parvi refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tutione praetoris: proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur.*

Frag. Vat. 61: (Ulp. 17 Sab.) *Amitti autem usum fructum capitis minutione constat nec solum usum] fructum, sed etiam actionem de usu [fructu] : scilicet si Titio usum fructum... testamento uel per fideicommissum lego uel relinquo et die eius cedente is capite minutus est... agere non potest. [et parui] refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tutione praetoris ; proinde] usus fructus licet in fundo stipendiario uel tributario. [item in fundo vectigali uel superficie non] iure constitutus capitis m[inutione amittitur]... capitis minutio extinguit usum fructum...*

MASCHI, C. A. «Contributi allo studio delle servitù pretorie», en *BIDR*, 41 (1939), p. 286 y ss. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 256 y ss.

eficacia jurídico-real del negocio¹³⁹. La situación resultante de estos acuerdos libres de forma sería transmisibles por actos *inter vivos* o *mortis causa*¹⁴⁰. El acuerdo iría seguido de una *stipulatio* o *stipulationes* de ejercicio¹⁴¹ del estilo «*neque per te neque per heredem tuum quo minus mihi ire agere licet?*»¹⁴², en tanto que no es posible realizar la entrega material de la servidumbre. El contenido de estas *stipulationes* consistiría, como podemos apreciar, en una prestación *in non faciendo*, además de incluir la promesa de una pena en caso de incumplimiento¹⁴³, y recogerían, por regla general, la *mentio heredis*, para asegurar su transmisibilidad¹⁴⁴. Esta *stipulatio poenae* actuaría, además, en un sentido disuasorio, evitando así que el titular del predio sirviente impidiera el ejercicio de la servidumbre y garantizando, por tanto, al estipulante la posibilidad de ejercer la servidumbre sin obstaculizaciones o impedimentos

¹³⁹ Alex. Sev. C. 3, 34, 3 (a. 223): *Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt, si ea praecesserint, quae servitutum constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent. Quare non ignorabis, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere iure non potuerunt, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emptores eadem praedia posse.* * Alex. Sev. a. Ricanae. * <a 223 pp. k. mai. Maximo II et Aeliano cons.

Puede hallarse una detallada exégesis de este rescripto más adelante, en el cap. V, epígrafe 3.2.4.

¹⁴⁰ Vid. Cap. II, sección I, epígrafe 6 la clasificación *pacta in rem-pacta in personam*.

¹⁴¹ Seguimos la denominación acuñada por Grosso, con la finalidad de diferenciar las *stipulationes* en las que se promete respetar o no impedir el ejercicio de una servidumbre o de un usufructo de aquellas otras en las que se promete la futura constitución de estos derechos. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 197, nt. 10.

¹⁴² *Ad exemplum* D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 *ad ed.*): *Quod si stipulatus fuero: "per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari?" et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae erciscundae iudicio sarcient damnnum.*

Vid. KASER, M. *RPR*, I, p. 445. Asimismo, vid. Cap. VI, donde se ofrece un amplio estudio de las *stipulationes* de ejercicio.

¹⁴³ Vid. más adelante, en el cap. VI, los epígrafes 2.2 y 4.1.

¹⁴⁴ Vid. Cap. VI, epígrafe 3 de este estudio.

(*Störungsfreiheit*) además de fijar de antemano una indemnización por los daños que la obstaculización del ejercicio pudiera suponer al titular de la servidumbre (*Schadenspauschalierung*)¹⁴⁵.

B) *Longi temporis praescriptio*

Por otra parte, en el suelo provincial también podían adquirirse las servidumbres a través de la *longi temporis praescriptio*¹⁴⁶. A través de este instituto, se adquiere una suerte de *exceptio* frente a las reivindicaciones que se pudieran plantear al titular del predio dominante, quedando de este modo protegido si hubiera poseído *ex iusta causa* durante diez o veinte años, según fuera entre personas presentes o ausentes, respectivamente. Cabe destacar que dicho suelo no quedó afectado por las disposiciones de la *lex Scribonia*¹⁴⁷.

4.1.3. Constitución de servidumbres iure praetorio

Como expresábamos al iniciar este epígrafe, para la constitución de servidumbres de acuerdo con el *ius civile*, sobre el suelo itálico, es condición necesaria la de detentar el *dominium ex iure Quiritium* sobre el fundo en favor

¹⁴⁵ Vid. Cap. VI, epígrafe 2.2.

¹⁴⁶ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 277 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 212 y ss. KASER, M. *RPR*, I, P. 445.

¹⁴⁷ Cfr. Ant. Car. C. 3, 34, 2 (a. 215): *Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum mobilium tempore quaesisti. Quod si ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumptus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertinet, cuius est possessio. Ant. a. Martiali. <a 215 pp. k. iul. Laeto II et Cereale Conss.>* Puede defenderse la naturaleza clásica del rescripto, si se entiende que se refiere a una servidumbre sobre un fundo provincial, lo que puede derivarse de la mención "per possessionem Martialis". Vid. KASER, M. *RPR*, I, p. 445, nt. 65. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 104, nt. 256.

del cual o a cargo del cual se pretende constituir una servidumbre. Partiendo de esta premisa, no pueden constituir una servidumbre predial, al menos conforme al *ius civile*, aquellos que sólo disponen del *in bonis habere* o de la *bonae fidei possessio* del fundo, ni aquellos que no dispongan de la ciudadanía romana o, como mínimo, del *commercium*¹⁴⁸.

Sin embargo ello no significa que, respecto a estos sujetos no puedan surgir las mismas necesidades que lleven a la consitución de una servidumbre por parte de un *dominus*. Así pues, si la *mancipatio* o la *in iure cessio* no resultaban aplicables para consituir la servidumbre, por ejemplo, porque no se disfrutaba de la propiedad civil sobre el fundo o por no ser posible, en el derecho clásico, la adquisición de una servidumbre no constituida a través de *usucapio* debido a la existencia de la *lex Scribonia*, llegaríamos forzosamente a la conclusión de que no era posible constituir, en estos casos, una servidumbre o un usufructo. Resultaría mucho más sensato pensar que, de algún modo, el pretor debió intervenir en estos supuestos, dando lugar a una institución paralela a la de las servidumbres civiles, es decir, a la "servidumbre pretoria". Seguramente, la servidumbre constituida *iure praetorio* debió ser tutelada, en un primer momento a través de la concesión de interdictos y, posteriormente, con la concesión de una *actio in rem* útil¹⁴⁹.

Existen fuentes que demuestran la concesión útil de la *vindicatio servitutis* a sujetos como el superficiario o al poseedor del *ager vectigalis*, en tanto que su situación se encuentra tutelada con una *actio in rem* construida a imagen y semejanza de la *vindicatio rei*¹⁵⁰:

¹⁴⁸ Sobre este extremo, *vid.* Capítulo IV, epígrafe 2.1.2.

¹⁴⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* Capítulo VI, epígrafe 5.

¹⁵⁰ D'ORS, A. «Sobre las pretendidas acciones reales *in factum*», en *Iura*, 20 (1969), p. 59 a 116. VALIÑO, E. *Acciones utiles*, 1974, p. 80 y ss. *Vid.* más adelante, Cap. VI, epígrafe 5.2.

- En el caso del superficiario, D. 39, 1, 3, 3 (Ulp. 52 *ad ed.*):

Si ego superficiarius sim et opus novum fiat a vicino, an possim nuntiare? Movet, quod quasi inquilinus sum: sed praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo et servitutium causa actio mihi dabitur et operis novi nuntiatio debet mihi concedi.

- En el caso del poseedor del *ager vectigalis*, D. 8, 1, 16 (Iul.49 *dig.*):

Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

Las fuentes también recogen casos en los que se concedería la *actio Publiciana* para reclamar una servidumbre:

D. 6, 2, 11, 1 (Ulp. 16 *ad ed.*)¹⁵¹: *Si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam (forte si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci): item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.*

No parece tener demasiado sentido el pensar que se concediera útilmente la *vindicatio servitutis* sólo en el caso de servidumbres preexistentes y, en cambio, no se permitiera, en estos supuestos, constituir *ex novo* una servidumbre y que ésta gozara de la tutela de dicha acción.

Explícitamente, Ulpiano nos habla de la concesión de una *actio in rem* útil, así como de la tutela interdicial, en el caso de servidumbres constituidas

¹⁵¹ En relación con este texto, *vid.* Cap. VI, epígrafe 5.2.2.

iure praetorio sin expresar cómo tiene lugar la constitución *iure praetorio* de las servidumbres:

D. 43, 18, 1, 9 (Ulp 70 *ad ed.*): *Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur: sed et interdictum de his utile competit.*

Las fuentes también reconocen expresamente las servidumbres y el usufructo constituido *tuitione praetoris* o *iure praetorio*:

D. 7, 4, 1 (Ulp. 17 *Sab.*)¹⁵²: *Non solum usum fructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usu fructu. Et parvi refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tuitione praetoris: proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur.*

Frag. Vat. 61: *Ulp. 17 Sab. Amitti autem usum fructum capitis minutione constat nec solum usum fructum, sed etiam actionem de usu fructu... scilicet si Titio usum fructum... testamento uel per fideicommissum lego uel relinquo et die eius cedente is capite minutus est... agere non potest. [et parui] refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an uero tuitione praetoris; proinde] usus fructus licet in fundo stipendiario uel tributario. [item in fundo vectigali uel superficie non] iure constitutus capitis minutione amittitur... capitis minutio extinguit usum fructum*

Igualmente, hace referencia a dos modos de constitución *iure praetorio*, a través de la mención *officium praetoris*:

D. 8, 3, 1, 2 (Ulp. 2 *inst.*): *Traditio plane et patientia servitutum inducet officium praetoris.*

¹⁵² Sobre este texto, *vid.* WIEACKER, F. *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1975, p. 285 y ss.

Generalmente la doctrina entiende como posibles modos de constitución *iure praetorio* de las servidumbres las *pactiones et stipulationes*, en su aplicación sobre suelo itálico, y la *traditio et/vel patientia*. Acerca del primer modo de constitución, hemos realizado una breve referencia anteriormente, al tratar la constitución de servidumbres en las provincias y, además, será objeto de un amplio desarrollo en este trabajo. Cabe destacar que la doctrina discute su aplicación en suelo itálico, en cuanto el texto de Gai. 2, 31 sólo menciona que es el modo de constitución de las servidumbres en provincias, de ahí que, a partir del silencio de Gayo, generalmente se acabe por excluir este modo de constitución respecto del suelo itálico¹⁵³. A nuestro entender, las *pactiones et stipulationes* gozaron de una amplia difusión y sí se aplicaron en suelo itálico. Esta idea cobra aún mayor fuerza si tenemos en cuenta que las *pactiones et stipulationes* acaban convirtiéndose en el modo general de constitución de las servidumbres *inter vivos* en el Derecho justiniano, lo que denotaría que habrían convivido, durante toda la época clásica, la servidumbre civil y la servidumbre pretoria.

En lo que se refiere a la *traditio et/vel patientia*, debemos destacar que Gayo no las incluye en sus *institutiones* como modo de constitución de las servidumbres o del usufructo¹⁵⁴. Sin embargo, en el Digesto podemos encontrar diferentes textos que se refieren a la *traditio* del usufructo o de las servidumbres, así como a la *patientia*. Debe tenerse en cuenta que, mientras en el caso de las *pactiones et stipulationes* estaríamos contemplando el momento negocial de la constitución de una servidumbre o de un usufructo, respecto de la *traditio et/vel patientia* nos encontraríamos en un momento

¹⁵³ Por todos, GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 204 y ss. nt. 2.

¹⁵⁴ Aunque en Gai. 4, 139 hable de controversias relativas a la *possessio* o a la *quasi possessio*.

posterior, que seguiría a la constitución no formal del derecho, esto sería al momento de su ejercicio (*usus iuris*)¹⁵⁵.

Como hemos podido ver en los textos recogidos anteriormente, Ulpiano en D. 7, 1, 4 pr. (17 *Sab.*) habla de manera expresa del usufructo constituido *tuitione praetoris*, incluyendo, en este caso, el supuesto de *traditio* del usufructo. Como veremos más adelante¹⁵⁶, la referencia a la *traditio* en este texto debió ser introducida por los compiladores, si se compara con Frag. Vat. 61 (*supra*), en el que aparecen referencias al legado y al fideicomiso de usufructo, pero no a la *traditio*. No obstante, la inclusión de la *traditio* por los compiladores, en este texto, encajaría con la idea de *traditio* del usufructo presente ya en Ulpiano y en otros juristas clásicos: D. 7, 1, 3, pr. (Gai. 2 *res cott.*); D. 7, 6, 3 (Iul. 3 *dig.*) D. 7, 1, 25, 7 (Ulp. 18 *Sab.*), D. 8, 3, 1, 2 (Ulp. 2 *inst.*) ó D. 6, 2, 11, 1 (Ulp. 16 *ad ed.*).

Hay que tener en cuenta, como ya expresábamos al referirnos a las servidumbres prediales como *res incorporales*, que no sería posible la posesión de las servidumbres debido, precisamente, a ese carácter de *res incorporales* (Gai. 2, 28). Sin embargo y como sabemos, el ejercicio fáctico de una servidumbre sí resultaría protegido a través de interdictos especiales, según nos indica Javoleno en D. 8, 1, 20 (Iav. 5 *ex post Lab.*)¹⁵⁷. En este mismo texto,

¹⁵⁵ Como bien observa FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen, 2010, p. 355.

¹⁵⁶ *Vid.* Capítulo V, epígrafe 3.1.1.

¹⁵⁷ D. 8, 1, 20 (Iav. 5 *ex post. Lab.*): *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.*

Algunos autores, como sería el caso de Mannino, identifican la referencia al *usus servitutis*, basándose en la opinión de Javoleno, con la misma *traditio servitutis*. Debido a la complejidad de este fragmento, consideramos más oportuno consultar el extenso comentario de este texto en el Capítulo V, epígrafe 3.2.1. MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 18 y ss.

el jurista aclara, en relación con un caso de compraventa de servidumbre y respecto de una opinión de Labeón, que el "*usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse*", lo que denotaría una aproximación de la situación derivada del ejercicio fáctico de una servidumbre a la idea de la *traditio* y de la posesión que se da respecto de las cosas corporales; para justificar este razonamiento, el jurista se fija en la tutela interdictal del ejercicio de las servidumbres. A nuestro entender, la opinión de Javoleno, en ningún caso refutaría la conveniencia de realizar una *stipulatio* de ejercicio cuando se comprara una servidumbre; sino, más bien, que el jurista empieza a considerar que el *usus servitutis* tolerado, tras la compraventa de la servidumbre, es una situación muy similar a la posesión que se da, únicamente, respecto de las cosas corporales y que, por ello, es tutelada a través de interdictos especiales —pues no serían interdictos posesorios, al ser las servidumbres *res incorporales*.

Gran parte de la doctrina¹⁵⁸ considera que las referencias en el Digesto al *usus fructus traditus* serían clásicas, partiendo de que el usufructo supone una relación material con la cosa usufructuada, de ahí que los juristas clásicos hablaran de *quasi possessio rei utendi fruendi causa*, que, con el tiempo, llegaría a constituir un subrogado de la *traditio* del mismo derecho; mientras que la *traditio servitutis* sería una novedad introducida por los compiladores, en consonancia con su concepción de la *possessio iuris* y la *traditio* del usufructo.

En el caso de las servidumbres, las fuentes suelen hablar de *traditio et patientia servitutis*. La *patientia* aparece mencionada, además de en los conocidos textos de finales de época clásica, pertenecientes a Ulpiano, como serían D. 8, 3, 1, 2 (2 *inst.*) ó D. 6, 2, 11, 1 (16 *ad ed.*), en textos de Juliano, Gayo o de Pomponio, ni que sea implícitamente, como serían D. 8, 5, 16 (Iul. 7

¹⁵⁸ Vid. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 207 y ss. CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Appunti sulla quasi possessio iuris... cit.*, p. 69 y ss. ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie... cit.*, p. 155 y 156. MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 35, 51 y 55.

dig.), D. 7, 1, 3 pr. (Gai. 2 *res cott.*) ó D. 39, 3, 19 (Pomp. 14 *ad Quint. Muc.*). La *patientia* alude, en estos casos, al ejercicio del contenido de una servidumbre (*usus servitutis*) con la tolerancia del titular del fundo sirviente y, como hemos visto, dicho ejercicio sería tutelado por el pretor en determinados casos (cfr. D. 8, 6, 25, Paul. 5 *sent.*). La tolerancia del *usus iuris* presupone la existencia de un acuerdo libre de forma relativo a la constitución de la servidumbre, sobre todo teniendo en cuenta que está tutelada a través de la *actio Publiciana* (cfr. D. 8, 5, 16 Iul. 7 *dig.*)¹⁵⁹.

Así pues, cuando se trata de la *traditio et patientia servitutis*, el *usus servitutis* se desarrollaría con la mera tolerancia del titular del fundo sirviente (*ad ex.* D. 8, 5, 16 Iul. 7 *dig.* "*te sciente*"), sin que haya tenido lugar una constitución conforme al *ius civile* de la servidumbre, pero sí mediante un acuerdo libre de forma. El ejercicio fáctico de la servidumbre sería tutelado, como decíamos, además de a través de interdictos, mediante la concesión de la *actio Publiciana*¹⁶⁰, como claramente indica D. 6, 2, 11, 1, (*supra*)¹⁶¹.

En época clásica, también empezaría a desarrollarse y a reconocerse eficacia jurídica, siempre desde el punto de vista del derecho del pretor, a la *vetustas* (o *longa consuetudo*) es decir, al ejercicio *ab antiquo* de una

¹⁵⁹ APPLETON, C. *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*, I, París, 1889 (reedición de 1974), p. 104. KASER, M. *RPR*, II, p. 301.

¹⁶⁰ Creemos que las fuentes permiten pensar que la *patientia* surgiría, en la práctica, en los supuestos en los que, tras adquirir una determinada servidumbre, no se hubiera realizado la *stipulatio de ejercicio*, como habría sido oportuno, a tenor de lo que indica Labeón en el texto de Javoleno de D. 8, 1, 20. En estos casos, el pretor, además de la tutela interdictal, habría concedido la *actio Publiciana*, a quien ejerciera la servidumbre, para su defensa, como puede observarse en otro texto en el que la *patientia* está presente D. 8, 5, 16 (Iul. 7 *dig.*). *Vid.* Capítulo V, epígrafe 3.2.1., así como el Cap. VI, epígrafes 2.1 y 5.2.2. Cabe destacar la opinión de GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 207 y ss., para quien el reconocimiento de la *patientia* de las servidumbres sería una de las razones por las cuales las *pactiones et stipulationes* no se aplicarían sobre suelo itálico (p. 210). BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, 265 y ss.

¹⁶¹ Sobre esta cuestión, *vid.* capítulo VI, epígrafe 5.2.2.

servidumbre, especialmente en el caso de las servidumbres relativas a la derivación de agua, pues esta figura surgiría en el ámbito del ejercicio de la *actio aquae pluviae arcendae* (cfr. D. 39, 3, 1, 23 Ulp. 53 *ad ed.*) —aunque también encontramos referencias al *iter* en D. 43, 19, 5, 3 (Ulp. 20 *ad ed.*). La *vetustas*, en época clásica, eximiría de la prueba de la constitución de una servidumbre en los casos en que ésta se haya ejercido desde tiempo inmemorial (cfr. D. 39, 3, 26 Scaev. 4 *resp.*)¹⁶². Se discute si, en este caso, puede entenderse adquirida la servidumbre (ex D. 43, 20, 3, 4 Pomp. 34 *Sab.*)¹⁶³ o si, más bien, la *vetustas* únicamente tendría el valor de una *praerrogativa temporis* en cuanto a la prueba de la adquisición (o existencia) de una servidumbre en el marco de un proceso; teniendo en cuenta, además, que algunas fuentes jurisprudenciales nos muestran que el pretor habría tutelado estas situaciones a través de la concesión de interdictos y de acciones útiles (cfr. D. 8, 5, 10 pr. Ulp. 53 *ad ed.*)¹⁶⁴. Esta última interpretación resultaría más

¹⁶² D. 39, 3, 26 (Scaev. 4 *resp.*): *Scaevola respondit solere eos, qui iuri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur.*

Sobre el texto. *vid.* MANNINO, V. p. 70 y ss. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 101 y ss.

¹⁶³ D. 43, 20, 3, 4 (Pomp. 34 *Sab.*): *Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur.*

Vid. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 213. MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 69 y ss. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 102.

¹⁶⁴ D. 8, 5, 10 pr. - 1 (Ulp. 53 *ad ed.*): *Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedissee. 1. Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam [non] <nos> ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium. et generaliter quicumque aquam ducere impediat, hac actiones cum eo experiri potero.*

La mayor parte de la doctrina parece aceptar que el texto presenta algunas alteraciones de época justiniana, en el sentido de reconocer la posesión sobre las servidumbres y su adquisición a través de la *longa quasi possessio*, cuando, originariamente, el jurista se habría referido al valor probatorio de la *vetustas*. Sobre este texto, *vid.* LENEL, O. *EP*, p. 374. PEROZZI, S. *I modi pretori d'acquisto... cit.*, en sus *Scritti giuridici*, II, p. 248. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 280. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 214. NÖRR, D. *Die Entstehung der longi temporis praescriptio. Studien zum Einfluss der Zeit und zur Rechtspolitik in der Kaiserzeit*, Köln-Opladen, 1969, p. 56 y ss. MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 80 y ss. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 103 y ss. MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 348 y 349.

plausible, si se parte de la imposibilidad de usucapir las servidumbres, al menos cuando se tratara de fundos itálicos, durante la época clásica del derecho romano —pues recordemos que la *lex Scribonia* no afectaría a los fundos provinciales. Sin embargo, cabe resaltar que, aunque a través de la *vetustas* no se adquiriera formalmente una servidumbre, el *usus servitutis* durante tiempo inmemorial es considerado digno de tutela, a través de acciones útiles, por lo que esta situación de hecho resultaría muy similar a la adquisición *de iure* de una servidumbre. En época justinianea, esta institución está íntimamente ligada

Concretamente, en el caso de Mannino, el autor, en un intento por superar los problemas exegéticos que plantea este texto, considera que su parte inicial, junto con la referencia a la concensión de una *actio utilis*, encaja completamente en el discurso de Ulpiano, como puede comprobarse en D. 39, 3, 1, 23, perteneciente al mismo libro de sus comentarios al edicto pretorio; sobre todo con la parte final, en la que reconoce la *longa consuetudo* como modo de adquisición de una *quasi servitus*, tutelada a través de una *actio in rem utilis* o bien de un interdicto: *Denique ait condicionibus agrorum quasdam leges esse dictas, ut, quibus agris magna sint flumina, liceat mihi, scilicet in agro tuo, aggeres vel fossas habere: si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam et semper inferiorem superiori servire atque hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore compensareque debere cum alio commodo: sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere. si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutum videatur. non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro munimus: eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum.* MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 81 y 82. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 99 y ss., llega a plantearse esta misma posibilidad y considera que, en este caso, nos encontraríamos a las puertas de la adquisición prescriptiva de las servidumbres prediales (p. 100); aunque con bastantes reservas, como puede observarse en su discurso posterior, en el que vuelve a hacer hincapié en el valor probatorio de la *vetustas*, como presunción de la existencia de una servidumbre digna de ser protegida, pues el pretor nunca habría menospreciado la vigencia de la *lex Scribonia*. Por su parte, Möller interpreta la opinión de Ulpiano desde una postura diferente, pues considera que el jurista, para justificar la tutela a través de una acción útil, parte de un concepto preclásico de las servidumbres, que la autora atribuye a la escuela proculeyana (*vorklassisch-naturrechtliche Interpretation des usus*), “in dem die Servituten als Teil einer sinnvoll gestalteten Bodenordnung und als strengrechtliche Zuweisung naturrechtlich interpretierter Nutzung betrachtet werden”, MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 352.

Recientemente, ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 44 y ss.; 138 y ss., niega que la referencia a la *actio utilis* sea clásica. Entre algunos de los argumentos que esgrime, el autor considera que existirían problemas de orden procesal para aceptar la existencia de esta acción útil; pues hubiera sido posible el mero ejercicio de la acción confesoria y, en la fase *apud iudicem*, se hubiera demostrado la existencia del derecho de servidumbre recurriendo al tiempo inmemorial, sin necesidad del ejercicio de una acción útil, cuya *intentio*, además, se basaría en el *usus* continuado durante tiempo inmemorial, teniendo en cuenta que las servidumbres no resultan usucapibles.

a la *longi temporis praescriptio* y daría lugar a la plena adquisición del derecho de servidumbre¹⁶⁵.

Finalmente, debemos realizar una breve referencia al caso de la constitución tácita de las servidumbres, pues, aunque tradicionalmente se ha atribuido al derecho justiniano el reconocimiento de una forma de constitución tácita de las servidumbres, que en la actualidad se conoce como constitución de servidumbres por destino del padre de familia¹⁶⁶, creemos que ésta ya estaría presente en las fuentes clásicas, pero no como una categoría claramente delimitada. En las fuentes jurisprudenciales puede observarse, en lo que a este campo se refiere, no sólo la actividad creadora de los juristas en el caso concreto, sino también la intervención del pretor a través de la concesión de acciones *utiles* y de interdictos.

Cuando el propietario de dos fundos los utiliza de tal manera que uno proporciona al otro determinadas ventajas o servicios, en principio no podría existir una servidumbre entre ambos (recordemos que *nemini res sua servit*); no obstante, si se enajena uno de los dos predios sin que se altere esta situación, existen propietarios distintos y cabría preguntarse si puede considerarse constituida una servidumbre, como consecuencia de esa previa

¹⁶⁵ Vid. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 212 y ss. MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 80 y ss.

¹⁶⁶ A modo de ejemplo, basta con observar cómo la mayor parte de manuales de Derecho romano suelen incluir la constitución por destinación del padre de familia entre los modos constitutivos de las servidumbres en época justiniana. *Ad ex.* GUARINO, A. *Diritto privato romano... cit.*, p. 642. TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 469.

relación fáctica existente entre los dos fundos¹⁶⁷. Autores como Riccobono¹⁶⁸, Biondi¹⁶⁹ o Grosso¹⁷⁰ ya señalaron que la constitución tácita de servidumbres sería extraña al derecho romano clásico e incluso al derecho justinianeo. En la doctrina española, Bonet¹⁷¹ también subrayó que la destinación del padre de familia no sería reconocida, en términos generales, como modo de constitución tácito de las servidumbres hasta la época de Bártolo. En una misma línea de pensamiento se han manifestado, más recientemente, Zoz¹⁷² y Randazzo¹⁷³. No obstante, según esta autora, es posible advertir, en época clásica, algunos de los elementos que servirían de base para la construcción de este instituto en la época del *ius commune*, especialmente a través de las diferentes respuestas o

¹⁶⁷ Cfr. Art. 541 CC español sigue la tradición del *ius commune*, en lo que se refiere a la constitución de servidumbres por destino del padre de familia. Contrariamente, la legislación civil catalana exige, para la subsistencia de la servidumbre, que se haga constar expresamente su existencia en el acto de enajenación de la finca (cfr. art. 566-3 CCC; esta misma exigencia ya aparecía en los derogados art. 8.2 de la Ley 22/2001 y art. 7 de la Ley 13/1990).

En relación con la constitución tácita de las servidumbres, cabe destacar la reciente monografía de ZOZ, M. G. *La costituzione tacita delle servitù nell'esperienza giuridica romana*, Milán, 2001.

¹⁶⁸ RICCOBONO, S. «La destinazione del padre di famiglia. Si per diritto romano sia ritenuta efficace a costituire servitù prediali (A proposito di un recente lavoro dell'avv. G. sala Contarini)», en *RISG*, 21 (1986), p. 380 y ss.

¹⁶⁹ BIONDI, B. *La categoria romana delle servitù; Le servitù... cit.*, p. 286 y ss.

¹⁷⁰ GROSSO, G. «In tema di costituzione tacita di servitù», en *BIDR*, 42(1934), p. 377 y ss. y en sus *Scritti giuridici*, II, p. 153 y ss. *Le servitù... cit.*, p. 220 y ss.

¹⁷¹ BONET CORREA, J. «Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas», en *AHDE*, 19 (1948-49), p. 304 y ss. *La constitución de servidumbre por signo aparente: la destinación del padre de familia*, Madrid, 1970.

¹⁷² ZOZ, M. G. *La costituzione tacita delle servitù nell'esperienza giuridica romana*, Milán, 2001, p. 16 y ss.

¹⁷³ RANDAZZO, S. «"Servitus iure imposita". Destinazione del padre di famiglia e costituzione "ipso iure" della servitù», en *RDR*, 2 (2002), p. 279 y ss; disponible *online*: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano02randazzo.pdf>

soluciones que aporta la jurisprudencia en el caso concreto e incluso a la intervención del pretor.

En época clásica, estaría plenamente aceptado el hecho de que el titular de un fundo, cuando lo transmite, lo hace con todas sus ventajas o cargas (cfr. D. 41, 1, 20, 1 Ulp. 9 *Sab.*); consecuentemente, no sería necesario, en el momento de su transmisión, renovar las servidumbres prediales que existieran sobre aquél. Esto no sucedería, sin embargo, en el caso en el que se transmitiera un fundo que gozara de ventajas o que sirviera a otro fundo, perteneciente también a la misma persona. En este último supuesto, la servidumbre sí debe ser constituida a través de un negocio formal o a través de testamento, según el caso (cfr. D. 8, 2, 30 Paul. 15 *Sab.*; D. 8, 4, 7 Paul. 5 *Sab.*, especialmente, D. 8, 4, 10 Ulp. 10 *Sab.*). La aversión de los juristas clásicos a reconocer la constitución de una servidumbre tácitamente se explicaría por la necesidad de evitar la inmovilidad absoluta de los fundos.

Pese a ello, la jurisprudencia clásica sí llegó a aceptar, bajo determinadas circunstancias y en casos concretos, que estas ventajas o cargas se transmitieran con el fundo al dejar de pertenecer al mismo sujeto, siguiendo el principio: "*quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit*". Esta tendencia se aprecia, sobre todo, en los casos de transmisión de un fundo por actos *mortis causa*, especialmente, cuando se lega el usufructo de un fundo y se hace necesario el paso a través de otra finca del testador para poder disfrutar de aquel derecho. En estos casos, la jurisprudencia parte de que el usufructo implica los "*adminicula sine quibus uti frui quis non potest*", como puede observarse en D. 8, 5, 2, 2 y 3 (Ulp. 17 *ad ed.*):

Recte Neratius scribit, si medii loci usus fructus legetur, iter quoque sequi (per ea scilicet loca fundi, per quae qui usum fructum cessit constitueret) quatenus est ad fruendum necessarium: namque sciendum est iter, quod

fruendi gratia fructuario praestatur, non esse servitutem, neque enim potest soli fructuario servitus deberi: sed si fundo debeatur, et ipse fructuarius ea utetur.
3. Pomponius dicit fructuarium interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est: alibi enim de iure, id est in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur: quod et Iulianus libro quadragensimo octavo digestorum scribit. pro sententia Iuliani facit, quod Labeo scribit, etiam si testator usus sit qui legavit usum fructum, debere utile interdictum fructuario dari, quemadmodum heredi vel emptori competunt haec interdicta.

En este último texto, Ulpiano reproduce una opinión de Neracio, según el cual, cuando se lega el usufructo de una finca intermedia, también se entendería legado el derecho de paso por las fincas colindantes, en cuanto este derecho sea necesario para poder disfrutar del usufructo. Sin embargo, curiosamente, expresa que este derecho de paso, a pesar de tener el mismo contenido que una servidumbre, no es una servidumbre —al menos desde el punto de vista del *ius civile*—, porque no se le puede deber servidumbre al usufructuario. Diferente situación sería aquella en la que ya existiera una servidumbre a favor del fundo entregado en usufructo, pues el usufructuario, como es obvio, sí tendría derecho a ejercer el contenido de esta servidumbre ("*sed si fundo debeatur, et ipse fructuarius ea utetur*"). La autenticidad de esta opinión se apoya en Frag. Vat. 54¹⁷⁴.

Partiendo, esta vez, de Pomponio y de Juliano, Ulpiano entiende que el usufructuario que se viera impedido en el ejercicio del *iter* dispondría de la tutela interdictal y no de la *vindicatio servitutis*, pues no se discutiría la existencia o no de un derecho, sino el ejercicio fáctico de una servidumbre.

¹⁷⁴ Frag. Vat. 54 (Paul. 1 man.): *Sicut legato usu fructu loci sine servitute iter quoque per loca testatoris debetur, ita in iure cesso iter quoque contineri Neratius scribit.*

Neracio parece ampliar esta solución al caso de usufructo constituido a través de *in iure cessio*. Creemos que la parte final del texto se refiere a la constitución del usufructo por actos *inter vivos* (concretamente, a través de la *in iure cessio*) y no forzosa y exclusivamente como consecuencia de un legado damnatorio de usufructo, como expresa ZOZ, M.G. *La costituzione tacita... cit.*, p. 70 y ss.

La parte final del texto, relativa a la opinión de Labeón, parece recoger una referencia al caso en el que el testador ya hubiera ejercido la servidumbre de paso en vida, sin que ésta se hubiera constituido según el *ius civile* ("*Labeo scribit, etiam si testator usus sit qui legavit usum fructum, debere utile interdictum fructuario dari, quemadmodum heredi vel emptori competunt haec interdicta*").

Por contra Sabino, sí parece aceptar la constitución tácita de una servidumbre en D. 33, 3, 1 (Iul. 1 ex Min.):

Qui duas tabernas coniunctas habebat, eas singulas duobus legavit: quaesitum est, si quid ex superiore taberna in inferiorem inaedificatum esset, num inferior oneri ferundo in superioris tabernae loco containeretur. respondit servitutum impositam videri. Iulianus notat: videamus, ne hoc ita verum sit, si aut nominatim haec servitus imposita est aut ita legatum datum est: "tabernam meam uti nunc est do lego

El propietario de dos casas contiguas las lega a dos personas diferentes. Surge la cuestión de si, entre las dos casas, existiría algún tipo de servidumbre, concretamente, la servidumbre *oneris ferendi*. Según Sabino, al legarse las dos casas a sujetos diversos, ha de entenderse que quedó constituida la servidumbre (constitución tácita). Juliano establece una aclaración, regresando a la idea de que la servidumbre se debe imponer nominalmente, pues se entiende que la servidumbre quedó válidamente constituida, si se hubiera impuesto expresamente al legar las casas o si el testador hubiera indicado que legaba las casas en las mismas circunstancias en que eran suyas ("*uti nunc est*")¹⁷⁵.

¹⁷⁵ En este sentido ZOZ, M.G. *La costituzione tacita... cit.*, p. 38 y ss. Para BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 288 y 289, la respuesta de Sabino, recuperada por Minicio, debió plantearse frente a dos legados con la cláusula "*uti nunc est ita sit*", lo que debió plantearle problemas sobre la constitución o no de una servidumbre, teniendo en cuenta el formalismo reinante en su época, que requería la constitución *nominatim* de la servidumbre y no

Juliano sí parece aceptar la constitución tácita de una servidumbre en la parte final de D. 30, 81, 3 (Iul. 32 *dig.*), en el caso de legarse una *villa*, pero no la finca en la que ésta se encuentra¹⁷⁶:

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

Scaevola también admite expresamente la constitución tácita de una servidumbre entre el fundo legado y el fundo hereditario D. 8, 5, 20 pr. (4 *dig.*)¹⁷⁷:

Testatrix fundo, quem legaverat, casas iunctas habuit: quaesitum est, si hae fundo legato non cederent eumque legatarius vindicasset, an iste fundus aliquam servitutem casis deberet aut, si ex fideicommissi causa cum sibi dari

mediante una cláusula de carácter general como la expuesta anteriormente. Admite la constitución tácita, aunque con dudas, GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 222.

¹⁷⁶ ZOZ, M.G. *La costituzione tacita... cit.*, p. 46 y ss. considera genuina la referencia a la constitución *ipso iure* de la servidumbre. Para BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 295, que se entienda en este caso que la servidumbre se constituye *ipso iure* no atiende a una destinación previa, sino a la necesidad. El texto estaría interpolado en este punto, según GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 225.

¹⁷⁷ ZOZ, M.G. *La costituzione tacita... cit.*, p. 75 y ss. Según Corbino, éste sería el único texto en el que puede encontrarse un seguro reconocimiento de constitución tácita de una servidumbre, *vid.* CORBINO, A. voz «Servitù», en *ED*, XLII, Milán, 1990, p. 260.

legatarius desideraret, heredes servitutem aliquam casis excipere deberent. respondit deberi.

Lo mismo sucedería en el caso de D. 8, 2, 41 pr. (Scaev. 1 *resp.*), aunque el jurista expresa que no hay servidumbre —como consecuencia del principio *nemini res sua servit* y debido a que el legatario únicamente dispondría del derecho de *habitationem*— se reconoce el derecho de paso al legatario¹⁷⁸:

Olympico habitationem et horreum, quod in ea domo erat, quoad viveret, legavit: iuxta eandem domum hortus et cenaculum, quod Olympico legatum non est, fuerunt: ad hortum autem et cenaculum semper per domum, cuius habitatio relicta erat, aditus fuit: quaesitum est, an Olympicus aditum praestare deberet. respondi servitutem quidem non esse, sed heredem transire per domum ad ea quae commemorata sunt posse, dum non noceat legatario.

En lo que se refiere a la constitución tácita de una servidumbre cuando la transmisión del fundo tiene lugar por actos *inter vivos*, también existen textos que parecen hacer referencia a este tipo de constitución, aunque sobre ellos se ciernen dudas de interpolación. Éste sería el caso de D. 8, 4, 8 (Pomp. 8 *Sab.*)¹⁷⁹:

Si cum duas haberem insulas, duobus eodem momento tradidero, videndum est, an servitus alterutris imposita valeat, quia alienis quidem aedibus nec imponi nec adquiri servitus potest. sed ante traditionem peractam suis magis adquirat vel imponit is qui tradit ideoque valebit servitus.

¹⁷⁸ ZOZ, M.G. *La costituzione tacita... cit.*, p. 81 y ss. Parece aceptar que el texto ha sido gravemente modificado por los compiladores GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 221, siguiendo a Riccobono.

¹⁷⁹ ZOZ, M.G. *La costituzione tacita... cit.*, p. 113 y ss. Se suele considerar interpolada la solución final que aporta Pomponio. Vid. RICCOBONO, S. *La destinazione... cit.*, p. 385.

Pomponio se pregunta sobre la posibilidad de imponer una servidumbre entre dos fincas, pertenecientes a la misma persona, en el momento de su entrega y de la transmisión de la propiedad a dos adquirentes diferentes — téngase en cuenta, en cuanto a la referencia a la *traditio*, que el texto debió hacer mención a la *mancipatio* o a la *in iure cessio*. El jurista parte de la imposibilidad de imponer una servidumbre sobre fundos ajenos, pero acepta que la servidumbre se pueda constituir antes de la entrega de los fundos, cuando ambos pertenecen, todavía, a la misma persona. En este último supuesto, los fundos se transmitirían con la servidumbre constituida, es decir, en las mismas circunstancias en que pertenecían al anterior propietario.

También se considera interpolado¹⁸⁰ el siguiente texto de Ulpiano D. 8, 4, 6, 3a (28 Sab.):

Si in venditione quis dixerit servas fore aedes quas vendidit, necesse non habet liberas tradere: quare vel suis aedibus eas servas facere potest vel vicino concedere servitatem, scilicet ante traditionem. plane si Titio servas fore dixit, si quidem Titio servitatem concesserit, absolutum est: si vero alii concesserit, ex empto tenebitur. a quo non abhorret, quod Marcellus libro sexto digestorum scribit, si quis in tradendo dixerit fundum titio servire, cum ei non serviret, esset autem obligatus venditor titio ad servitatem praestandam, an agere possit ex vendito, ut emptor servitatem imponi patiatur praedio quod mercatus est: magisque putat permittendum agere. idemque ait et si possit venditor Titio servitatem vendere, aequè agere permittendum. haec ita demum, si recipiendae servitutis gratia id in traditione expressum est: ceterum si quis, inquit, veritus, ne servitus titio debeat, ideo hoc exceptit, non erit ex vendito actio, si nullam servitatem promisit.

En la parte inicial del texto, Ulpiano indica que, al vender unas casas, el vendedor puede imponer una servidumbre sobre ellas a favor de las casas que

¹⁸⁰ Vid. ZOZ, M.G. *La costituzione tacita... cit.*, p. 116 y ss.

conserva o, incluso, a favor de un tercero, siempre y cuando esto tenga lugar antes de la entrega. Ulpiano parece contemplar desde un mismo plano la constitución de una servidumbre entre casas que pertenecen a un mismo sujeto con la constitución de este derecho entre casas pertenecientes a diferentes propietarios.

Como expresa Zoz¹⁸¹, si fuera posible demostrar que las opiniones de Pomponio y de Ulpiano, en los textos anteriores, son de origen clásico, ambos casos serían una muestra irrefutable de la existencia de la destinación del padre de familia en el derecho romano clásico y la admisibilidad de la constitución tácita de las servidumbres. No obstante, creemos que esta pequeña selección de textos bien permite constatar que, en época clásica, los juristas ya habrían admitido que las relaciones fácticas establecidas entre los fundos de un mismo sujeto tuvieran consecuencias jurídicas, en algunos casos, cuando dichos fundos dejaban de pertenecer al mismo titular, dando lugar a la constitución de servidumbres o bien de derechos, cuyo contenido era materialmente equivalente al de un derecho de servidumbre —aunque, formalmente, como hemos visto, los juristas no puedan hablar de *servitus*.

4.2. Constitución de servidumbres en el derecho posclásico y justiniano.

A la luz de los modos de constitución anteriormente enunciados y teniendo en cuenta que, durante toda la época clásica, convivieron la servidumbre civil y la pretoria, se puede prever fácilmente lo que ocurriría en el derecho posclásico y justiniano.

¹⁸¹ ZOZ, M.G. *La costituzione tacita... cit.*, p. 117, 116 y 166.

Como consecuencia de la desaparición de la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* y, con ella, la de la *Mancipatio* y la *in iure cessio*, al igual que desaparece la diversidad del régimen previsto para el suelo itálico y para el suelo provincial, no existirá una dualidad de regímenes en lo que a la constitución de las servidumbres se refiere.

De este modo, además del legado, la *adiudicatio* y la *deductio* —que tendrá lugar a través de una *traditio* o *quasi-traditio*, y no a través de una *Mancipatio* o *in iure cessio*—, en el derecho justiniano, como modo de constitución de las servidumbres prediales por excelencia, encontramos las *pactiones et stipulationes*. Este modo de constitución vendría a llenar el vacío dejado por la desaparición de la *Mancipatio* y de la *in iure cessio*:

I. 2, 3, 4: *Si quis velit vicino aliquod ius constituere pactionibus et stipulationibus id efficere debet.*¹⁸²

Aunque se tiende a identificar, ya desde época postclásica, las *pactiones et stipulationes* como dos actos constitutivos diferentes, hecho que se atribuye a la progresiva confusión entre los actos con eficacia real y aquéllos con eficacia obligacional¹⁸³. En este sentido, se suele hablar de constitución de servidumbres prediales a través de *stipulationes*, teniendo en cuenta que la *stipulatio* es una de las *conventiones* que *in aliud nomen transeunt*, según indica Ulpiano en D. 2, 14, 1, 4 (4 ad ed.) y la particular evolución jurídica que sufre esta figura, desde la oralidad a la escritura¹⁸⁴.

¹⁸² Cfr. Gai. 2, 31 en referencia al suelo provincial. El mismo modo de constitución sirve para el usufructo, cfr. I. 2, 4, 1.

¹⁸³ GROSSO, G. *Il sistema romano dei contratti*, Turín, 1963, p. 67 y ss. *Le servitù... cit.*, p. 226 y ss.

¹⁸⁴ Vid. Capítulo II, sección, II, epígrafe 4. Asimismo, vid. CARREÑO SÁNCHEZ, R.M. «Tras la huella de las *pactiones et stipulationes* romanas como modo de constitución de servidumbres prediales en el derecho histórico español y especialmente en el caso de Cataluña», en *REHJ*, 31 (2009), p. 199 y ss. Disponible *on line*: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552009000100008&script=sci_arttext

Asimismo, también cobra importancia la figura de la *patientia*, que supone la tolerancia expresa del uso de una servidumbre y que debe ser observada desde el pleno reconocimiento, en época justiniana, de la *possessio iuris*; el ejercicio de una servidumbre durante un tiempo inmemorial (*diuturnus usus, vetustas*) y la prescripción adquisitiva de las servidumbres (Iust. C. 7, 33, 12, 4 [a. 531]) —para que se produzca la adquisición, es necesario el ejercicio de una servidumbre durante diez años *inter praesentes* o veinte *inter absentes*—¹⁸⁵.

5. Conclusiones

Como indicábamos al inicio, el presente capítulo tendría una finalidad totalmente introductoria, como base previa al estudio de las *pactiones et stipulationes* como negocio constitutivo de las servidumbres prediales y del usufructo.

Hemos podido observar cómo en las fuentes romanas no existe una definición de servidumbre predial, a diferencia de lo que ocurre con el usufructo

¹⁸⁵ Cfr. Art. 537 y 538 CC que se refieren a la adquisición por usucapión de las servidumbres continuas y aparentes y establecen un plazo de prescripción de veinte años. Recordemos que las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas sólo pueden adquirirse, como es lógico, a través de título (art. 539 CC).

Por su parte, en materia de adquisición de servidumbres por usucapión, en la legislación catalana se ha producido una modificación radical durante los últimos años. Si bien la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de acción negatoria permitía su adquisición a través de usucapión (cfr. Art. 6 de la ley, actualmente derogado y en concordancia con el art. 342 CDCC, antes de su modificación, que establece el plazo de prescripción de 30 años), la posterior Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente, derogaba la regulación anterior en materia de servidumbres y modificaba el art. 342 CDCC, eliminando así la posibilidad de adquirir a través de usucapión cualquier servidumbre (cfr. Art. 7.4 de dicha ley y preámbulo.). En los últimos años, se ha aprobado el Libro V relativo a los derechos reales del *Codi civil de Catalunya*, a través de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, que seguiría esta tendencia al establecer en su art. 566-2.4 CCC que ninguna servidumbre puede adquirirse por usucapión.

en D. 7, 1, 1 (Paul. 3 *ad Vit.*), sino que, caso a caso, la jurisprudencia identifica la existencia de una servidumbre, según se verifiquen o no una serie de rasgos o características comunes. El concepto, denominación y categoría jurídica de las servidumbres deriva de una larga evolución histórica y se encuentra en íntima relación con el concepto de propiedad.

Entre las diferentes teorías que han intentado explicar el origen de las servidumbres, especial mención merece la teoría de Voigt, según la cual, en un primer momento, las servidumbres más antiguas debieron consistir en concesiones de propiedad sobre el objeto que satisfacía las necesidades de un fundo, como sería una franja de terreno por la que pasar o llevar ganado, un curso de agua, etc. Esta teoría se sustentaría en diferentes argumentos, como sería que las servidumbres más antiguas son consideradas *res Mancipi* (cfr. Gai. 2,17); la constitución de las servidumbres en el *ius civile* tiene lugar a través de los mismos actos formales, la *mancipatio* y la *in iure cessio*; la posibilidad de adquirir mediante usucapio las servidumbres prediales, hasta la aparición de la *lex Scribonia*, que acabaría con dicha posibilidad; así como la existencia de textos en los que la jurisprudencia parece recordar la transformación que ha tenido lugar respecto de las servidumbres prediales, como *res corporales* a *res incorporales* (D. 8, 5, 4 pr. Ulp. 17 *ad ed.*; D. 8, 1, 14 pr. Paul. 15 *Sab.*, entre otros).

La principal crítica que se ha formulado a la teoría de Voigt es que no permitiría explicar el paso de una concepción materialista de las servidumbres a otra espiritualista. La transformación de las servidumbres en *res incorporales*, concretamente como derechos que recaen sobre una cosa ajena (*iura in re aliena*), no sería debida meramente a una intervención legislativa, sino más bien a la jurisprudencia y a las nuevas necesidades que surgen en el ámbito urbano y que dan lugar a la aparición de las servidumbres urbanas, que ya no encajan en la antigua concepción de las servidumbres.

Las principales consecuencias de la transformación de las servidumbres en *res incorporales* tendrán que ver con la imposibilidad de su posesión, ya que ésta se relaciona con las cosas corporales, así como que no sean susceptibles de *traditio* ni de adquirirse mediante *usucapio* (sobre todo a partir de la aparición de la *lex Scribonia*, D. 41, 3, 4, 28 Paul. 54 *ad ed.*).

Asimismo hemos podido estudiar someramente algunos de los principios o reglas que conforman el concepto y la estructura de las servidumbres y que nos resultan de especial interés para el estudio de las *pactiones et stipulationes*, en tanto que estos principios van a volver a aparecer y deberán ser tenidos en cuenta a partir del capítulo V de este trabajo, al estudiar las diferentes fuentes jurisprudenciales relacionadas con este negocio constitutivo. Entre estos principios, hemos destacado la imposibilidad de que el contenido de una servidumbre pueda consistir en una obligación de hacer (*servitus in faciendo consistere nequit*); el carácter de *qualitas fundi* de las servidumbres; su indivisibilidad (*per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse*); el requisito de la *utilitas*; la *vicinitas*; la necesidad de que los fundos sobre los que se quiere constituir la servidumbre pertenezcan a diferentes sujetos (*nemini res sua servit*); la tipicidad de las servidumbres, y finalmente hemos hecho referencia a su condición de *res incorporales*.

Asimismo, hemos intentado ofrecer una breve exposición de los diferentes modos de constitución de las servidumbres prediales, teniendo en cuenta si éstas han de constituirse sobre suelo provincial o itálico y según su constitución tuviera lugar en el derecho clásico o en el justiniano. Así, en época clásica y sobre suelo itálico, generalmente las servidumbres prediales se constituyen conforme al *ius civile*, a través de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, siendo posible, también, su constitución en sede judicial a través de la *adiudicatio*. Por contra y según Gai. 2, 31, en las provincias la constitución tiene lugar mediante *pactiones et stipulationes*, negocio constitutivo que tiene especial difusión en época postclásica y justiniana. Hemos prestando una

especial atención, asimismo, a la constitución *iure pretorio* de las servidumbres, refiriéndonos a la *patientia* y a las *pactiones et stipulationes*. Si bien este último negocio constitutivo, al ser el objeto de estudio este trabajo, se encuentra especialmente desarrollado a partir del tercer capítulo. Así como hemos realizado una breve referencia al caso de la *vetustas*, el ejercicio de una servidumbre desde tiempo inmemorial, que daría lugar a situaciones de hecho próximas a la adquisición *de iure* de una servidumbre; y, finalmente, a la constitución tácita de las servidumbres, que, como hemos visto, pese a ser una categoría plenamente desarrollada en época del *ius commune*, encontraría sus raíces en el derecho romano clásico.

CAPÍTULO II

**Primera aproximación
al estudio del sintagma *pactiones et stipulationes***

Sección I

***Estudio del pacto como elemento integrante del binomio
pactiones et stipulationes***

1. Preliminar

No podemos abordar el estudio de las *pactiones et stipulationes* como modo de constitución de las servidumbres y del usufructo sin hacer, previamente, una breve referencia al pacto y a la estipulación por separado, pues son los elementos que integran este modo de constitución. Como resulta obvio, su configuración en el derecho romano va a tener muchas implicaciones en el régimen jurídico de las relaciones jurídico-reales constituidas *pactionibus et stipulationibus*.

En ningún caso pretendemos ofrecer un estudio exhaustivo de la cuestión, pues, como resulta de sobra conocido, nos encontramos ante instituciones que han sido y continúan siendo objeto de estudio y debate por la doctrina romanista¹.

En el presente capítulo nos limitaremos, por tanto, a dar cuenta del estado de las investigaciones, esbozando las diferentes teorías entorno a las cuales se ha posicionado tradicionalmente la doctrina sobre uno y otro tema. Consideramos que no es posible llegar a comprender cómo, a través del uso del pacto en conjunción con la *stipulatio*, se pueden constituir una servidumbre o un usufructo, si no nos detenemos previamente a contemplar la evolución que sufre el fenómeno pacticio en las diferentes épocas del Derecho romano, desde el pacto en las XII Tablas, entendido como acto de paz, hasta el *pactum conventum* protegido por el Edicto del Pretor.

¹ Acerca de los pactos existe una amplia bibliografía disponible: introduciendo diferentes términos relacionados con los pactos en una base de datos como la *Bibliotheca iuris antiqui (BIA)* podremos comprobar el gran número de obras, artículos y aportaciones científicas que se han escrito acerca de esta figura hasta inicios del s. XXI. Así, por ejemplo, *pactum* tendría 88 entradas, mientras *pacta* dispondría de 34. El término *conventio* genera un total de 73 entradas y *pactum conventum* únicamente 17. A pesar de que los pactos en el derecho romano han sido ampliamente tratados por los principales estudiosos de esta disciplina y que incluso se ha llegado a afirmar que no eran posibles ulteriores investigaciones por encontrarse el tema completamente agotado, sigue siendo en la actualidad un tema que permite abrir nuevas líneas de investigación.

Por su parte, el término *stipulatio* genera 166 entradas en *BIA*, dato que nos da una idea del gran número de estudios dedicados a esta figura.

Así pues, intentaremos esbozar los principales puntos entorno a ambas instituciones, puntos que nos resultarán de especial interés para el posterior estudio conjunto de las *pactiones et stipulationes*.

2. Primera aproximación a la configuración de los pactos en el derecho romano: origen etimológico de *pactum* e interpretación doctrinal.

El término *pactum* no tuvo en todas las épocas del derecho romano un significado unívoco, como comprobaremos a continuación. De otra parte, cabría también establecer diferencias entre vocablos que comparten una misma raíz en su origen y pertenecen, por ello, a una misma familia semántica, como sería el caso de *pactum*, *pactio* y *pacisci*, y que en muchas ocasiones han sido considerados como términos equivalentes, aunque las fuentes muestran precisamente que no en todas las épocas del derecho pudieron ser utilizados como sinónimos, sino que más bien fueron utilizados en ocasiones muy diversas y con significados, asimismo, diversos.

En lo que se refiere al origen etimológico de *pactum*², aunque hemos de advertir que nos adentramos en un terreno peligroso, al no ser nuestra especialidad la filología, la doctrina romanista se muestra pacífica al decir que este término —al igual que los términos *pactio* y *pacisci*— encontraría su origen en la raíz indoeuropea *pak*, que habría significado *fixar, sujetar o someter*, alternando con la raíz *pag*, que indicaba también la idea de sujeción *física*.³

De acuerdo con Biscotti⁴, esta raíz habría sido adoptada por la lengua latina y de ella derivarían *pax* y *pacere*, términos que empezarían a ser empleados, aproximadamente, ya desde la segunda mitad del siglo V a. C. A

² ERNOUT - MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, París, 1959, p. 473 y ss.

³ CONDANARI-MICHLER, S. voz «Pactum», en *Pauly-Wisowa Realencyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, Stuttgart, 1923. pp. 2127 a 2153. Del mismo modo, VÉGH, Z. *Ex pacto ius*, p. 200 y ss; WALDE-HOFFMANN, voz "Pacisco", en *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, II.3, Heidelberg, 1954, p. 231 y ss. relaciona el significado de estas raíces con la idea de "festmachen, befestigen, fügen, zusammenfügen".

⁴ BISCOTTI, B. *Dal pacere ai pacta conventa*, Milán, 2002, p. 7 y ss.

partir de ambos términos, se habrían generado dos líneas evolutivas separadas entre sí, pero con la misma raíz común. Así pues, por una parte, *pactum* —al igual que *pactio*— derivaría del verbo *paciscere* que, a su vez, proviene de *pacere*. Ambos verbos aparecen mencionados ya en las XII Tablas⁵. De hecho, como indica Biscotti, conocemos la existencia del verbo *pacisci* justamente a través de las XII Tablas, única fuente en la que aparece mencionado. Nos encontraríamos, por tanto, ante términos mucho más antiguos que *pactum*, que habría aparecido aproximadamente a finales del siglo III a. C.

Por otra parte, de la raíz *pak* también habría derivado, en primer lugar, la palabra *pax*, de donde surge el verbo *pacare* (o *pakari*, donde claramente puede apreciarse la raíz indoeuropea), cuyo resultado es precisamente la *pax* y, ya en época imperial, surgen los términos *pacator*, *pacatio*, *pacatorius*, *perpaco*, *impacatus*, etc.⁶

El origen etimológico de *pactum* y la raíz común que comparte con otros vocablos han sido utilizados por la doctrina para aproximarse al significado de *pactum*. Al derivarse el verbo *pacare* de *pax*, resulta lógico el poder reconducir la actividad de *pacare* a aquellas situaciones en las que se intenta restablecer el orden alterado por la existencia de un conflicto bélico o mantener dicho orden cuando existe una clara amenaza de que aquél se inicie. Así, Alburquerque⁷ afirma que, ya desde sus orígenes, “el sustantivo *pax* vendría a indicar ante

⁵ Tab. 1, 6 y 7: *Rem ubi **pacunt**, orato. Ni **pacunt**, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto. Com perorando ambo praesentes.*

Tab. 8, 2: *Si membrum rup[s] it, ni cum eo **pacit**, talio esto.*

⁶ *Vid.* El esquema del origen etimológico de *pactum* realizado por BISCOTTI, B. *Dal pacere...*, *cit.*, p. 11 y ss.

⁷ ALBURQUERQUE, J. M. *La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano "pacta sunt servanda" en el Derecho Europeo actual*, Universidad de Córdoba, 1995, p. 16.

todo, principalmente, el cese de un estado de hostilidad, la actividad a través de la cual, por vía convencional, se determinaría la no beligerancia”.

Por su parte, Biscotti⁸ parte de la raíz común a todos estos términos, para llegar a la conclusión de que existen dos ideas ligadas al *pactum*: por una parte, la idea de fijación que se deriva de *pak* o *pag*⁹, de dar estabilidad a una determinada situación carente de ésta —como podría ser una situación de guerra— y, de otra parte, la idea de reunir o crear un ligamen entre diferentes *entidades primeras*. En ambas, sería dominante la primera idea de dar estabilidad o equilibrio, mientras que la segunda —crear un ligamen— podría ser considerada como una “acepción sirviente secundaria”, en el sentido que deriva y resulta funcional respecto de la idea de procurar estabilidad o equilibrio.

Con anterioridad al estudio de Biscotti, Biondi¹⁰ ya defendía que el término *pactum* proviene de *pacisci*, que originariamente habría indicado la acción de hacer la paz o, dicho de otro modo, de poner fin a un conflicto. De este modo, si *pactum* proviene de *pax*, parece evidente que no puede llegarse a ella si no es estando de acuerdo en algo, de manera que las expresiones *pactum* y *pactio* no serían más que sinónimos que se referirían al concepto de acuerdo entre dos o más personas, como ya expresaba Ulpiano en D. 2, 14, 1, 2 (4 *ad ed.*) “*est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*”. De hecho, como trataremos más adelante, el uso de *pactum* y *pactio* —incluso *conventio*— como sinónimos es muy usual en los juristas clásicos, aunque el uso del término *pactio* por la jurisprudencia empezaría a tener lugar a partir del s. II d. C., mientras que el uso de *pactum* arrancaría de época republicana.

⁸ BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, pp. 11 y 12.

⁹ *Vid. supra* los significados que se relacionan a *pak/pag*.

¹⁰ BIONDI, B. *Contratto e stipulatio*, Milán, 1953, p. 131. También en relación con el concepto de pacto, BURDESE, A. voz «Patto», en *NNDI*, XVIII, Turín, 1961, p. 708 y ss.

De acuerdo con Fuenteseca¹¹, el pacto expresa el acuerdo privado entre dos sujetos para establecer la paz entre ambos. En el mismo sentido se manifiesta Zampaglione¹², quien entiende que pacto expresa la idea de una situación exenta de conflictos debido a la existencia de un encuentro entre diversas voluntades: *pax* se referiría, según este autor, tanto al estado de las relaciones entre dos o más sujetos como al acuerdo a través del cual se alcanzaba ese estado de relaciones.

¹¹ FUENTESECA, P. *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 309.

¹² ZAMPAGLIONE, G. *L'idea della pace nel mondo antico*, Turín, 1967, p. 193 y ss.

3. El *pactum* en las XII Tablas

Las referencias a los pactos que se recogen en la Ley de las XII Tablas nos dan una idea de las diversas finalidades para las cuales éstos se empleaban.

3.1. El *pactum* como mecanismo de composición amistosa de las controversias en las XII Tablas

Como veíamos anteriormente, el *pactum* estuvo ligado en sus orígenes a la idea de *pax*. Ambos términos compartirían, además, su raíz de origen. Esta concepción primigenia de *pactum* como acto encaminado a la consecución de la paz —y de *pax* como aquella situación carente de conflictos, determinada a través de un acuerdo de voluntades— adquirió, con el tiempo, según Perozzi¹³, un nuevo significado de carácter técnico jurídico debido a la desaparición de la lucha armada como modo habitual de resolver los conflictos entre los particulares, lo que motivó que se adoptara, como modo de resolución de los conflictos, los *iudicia*. El *pactum* se convierte en el cauce oportuno de que disponen las partes para evitar el inicio de un proceso o incluso su continuación; es decir, deviene un mecanismo de composición amistosa o pacífica de las controversias entre particulares, en sede procesal. En este sentido, las XII Tablas reconocen por primera vez eficacia a los pactos:

a) Tab. 8, 2: *Si membrum rup[s] it, ni cum eo pacit, talio esto.*

En este conocido fragmento se prescribe que, en el supuesto en que se arrancara un miembro a alguien, a falta de pacto entre ofensor y ofendido, se aplicaría la ley del talión (*lex talionis*) —es decir, sería posible infligir una

¹³ PEROZZI, S. *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, p. 368 y ss.

represalia similar al ofensor (venganza privada). La existencia de pacto conduce, sin embargo, a la no aplicación de la pena del talión a que nos referimos.

Resulta destacable que las XII Tablas, como veremos, en los diferentes supuestos (además del presente), en que aparece mencionado el pacto, no especifica el contenido ni la forma que éste debería tener. A pesar de ello, la mayor parte de la doctrina¹⁴ entiende que, en el supuesto de la Tab. 8, 2, el contenido del pacto debió tratarse de una específica cuantía acordada entre las partes —consistente, en un primer momento, en un determinado número de animales y posteriormente, en dinero—, a modo de indemnización o compensación amistosa, que, en sus inicios, resultaba simplemente facultativa; más tarde, deseada y, finalmente, adquirió un carácter obligatorio para las partes (con el tiempo deviene *obligatio ex lege*).

Por otra parte, en la mayoría de los casos contemplados en las XII Tablas, si bien del tenor de la ley no se puede derivar la obligación de las partes de pactar para evitar llegar al proceso, parece, sin embargo, que indirectamente las XII Tablas hubieran *invitado* a las partes —o incluso a sus parientes y seres más próximos, sobre todo desde el punto de vista del deudor — a pactar, con el objeto de evitar la aplicación de una sanción mucho más

¹⁴ En este sentido, ZIMMERMANN, R. *The law of obligations*, Oxford, 1995, p. 3, lo que con el tiempo consistió en el pago de una suma de dinero, debió ser, en un principio, la entrega de una determinada cantidad de ganado, de ahí que dinero en latín se denomine *pecunia*, porque el pago se hubiera realizado en un principio con ganado (*pecus*). Es más, existen autores, como Koschaker y Kaser, que entienden que el hecho de que la responsabilidad derivada de la causación de un daño fuera redimible, ya desde esa primitiva época del derecho romano, a partir del pago de una suma de dinero, constituyó la base histórica para que, posteriormente, rigiera en sede procesal el principio de *omnis condemnatio pecuniaria esse debet*, así como también constituyó el origen de las multas previstas legalmente para cada delito en concreto. KASER, M. *RPR*, I, p. 145 y ss.

Asimismo en relación con el contenido del pacto mencionado en la ley de las XII Tablas, *vid.* MANENTI, C. «Pacta conventa. Studio critico di diritto romano antico e classico», *Studi Senesi*, 31 (1915), p. 116; FERRINI, C. «Sulla teoria generale dei pacti», en *Opere di Contardo Ferrini*, III, Milán, 1929, p. 255 ; ALBURQUERQUE, J.M. *La protección jurídica...* *cit.*, p. 18 y ss.

grave —muerte, esclavitud, etc.— por la falta de pacto que resuelva amistosamente la controversia¹⁵.

b) La misma idea de pacto como modo de resolver amistosamente un conflicto y llegar a una situación de paz la hallamos en la controvertida Tab. 1, 6 a 9:

(6) Rem ubi pacunt, orato. (7) Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto. Com perorando ambo praesentes. (8) Post meridiem praesenti litem addicito. (9) Si ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas esto.

La doctrina ha planteado dos posibles interpretaciones de este texto en función del significado que se le atribuya al imperativo "*orato*" y el valor temporal o local que se dé al adverbio "*ubi*". A raíz de estas dos interpretaciones, puede extraerse que, o bien las XII Tablas permitían una transacción sobre el objeto del litigio o, por el contrario, el texto de la tabla 1, 6 se estaría refiriendo a un pacto en relación al lugar en que ha de celebrarse la causa —en contraposición con el fragmento siguiente (1, 7), que indica que, a falta de acuerdo, la *causae cognitio* debe desarrollarse en los comicios o en el foro y, por tanto, estaría indicando un lugar, como consecuencia de que no se ha llegado a un acuerdo sobre este extremo—. ¹⁶

¹⁵ Lo que puede observarse, por ejemplo, en el caso de la Tab. 3, 1 a 6. STURM, F. «Il pactum e le sue molteplici applicazioni», en *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della littera Florentina, Copanello, 1-4 giugno 1988, Univ. di Reggio Calabria, Nápoles, 1990*, p. 152 y ss. En este sentido, también se manifiesta MANENTI, C. *Contributo... cit.*, p. 41, según el cual, pese a la facultad de que gozaron los acreedores de poder matar y despedazar a sus deudores, aquellos nunca hicieron uso de ella, sino que dicha facultad ha de ser contemplada como un mecanismo para empujar a las partes, y sobre todo al deudor y a sus parientes, a llegar a un pacto. Por su parte, ALBURQUERQUE, J. M. *La protección jurídica... cit.*, p. 22 y ss., entiende que del análisis de este tipo de normas previstas en las XII Tablas referentes a la necesidad del pacto para evitar las penas señaladas, expresa claramente que, si bien no existía una imposición directa e imperativa, ya que ello podría ser contrario al derecho gentilicio, sin embargo, sí es posible percibir una imposición indirecta si se atiende a la amenaza del demandante a través del drástico sistema de penas.

¹⁶ KASER, M. *RZPR*, p. 115 y ss.

Para la mayor parte de la doctrina romanista —cuya opinión nos parece de lo más lógica y acertada teniendo en cuenta el contexto en que se encuentra la tabla 1, 6 y el papel que juega en general el *pactum* en las XII Tablas—, este texto ha de ser entendido en el sentido de que las XII Tablas permiten un pacto transaccional, sobre el objeto del proceso. Pacto que ha de tener lugar entre las partes —o, como advierte Sturm¹⁷, incluso es pensable el pacto entre acreedor y el pariente o amigo del *addictus* que quiera salvarlo de la muerte, servidumbre, etc., que seguiría si se desarrollara el proceso—, de ahí que se utilice la tercera persona del plural "*pacunt*".

Para los autores¹⁸ que defienden esta postura, el imperativo "*orato*", significa —aunque de manera un tanto vaga, como indica Alburquerque¹⁹— que el acuerdo surte efecto y se atribuye este verbo a la figura del magistrado, que debe ratificar el acuerdo²⁰. Para estos autores, el magistrado simplemente debe abstenerse de intervenir cuando las partes llegan a un acuerdo para resolver su controversia amistosamente, pero, en cualquier caso, como el *ius dicere* se ha depositado en manos del magistrado —aunque sean las partes quienes de forma amistosa pongan fin a su controversia—, éste debe ratificar el pacto al

¹⁷ STURM, F. *Il pactum... cit.*, p. 152.

¹⁸ Comparten esta postura, por todos, GIOFFREDI, C. *Rem ubi pacunt orato... cit.*, p. 271 (*in fine*) y ss. Además, entre otros, ARCHI, G. «Ait praetor: "Pacta conventa servabo"», en *Studio sulla genesi e sulla funzione della clausola nell'edictum perpetuum, De iustitia et iure. Festgabe für E. V. Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1981, p. 383 y ss. STURM, F. *Il pactum... cit.*, p. 151 y 152. BURILLO, J. *Los pactos... cit.*, p. 152 y 153; FUENTESECA, P. *Lecciones de Historia del Derecho romano*, p. 44. ALBURQUERQUE, J.M. *La protección... cit.*, p. 20 y ss. VARELA, E. Traducción de la *Ley de las XII Tablas*, en *Textos de Derecho romano*, Aranzadi, 2002, p. 21 y ss. se desprende claramente de la traducción, que se acoge a la opinión de la doctrina dominante: "Cuando haya pacto sobre la cosa (litigiosa), proclámese". También a favor de esta postura se muestra RODRÍGUEZ DÍAZ, E. *De la noción de contrato al "pactum displicentiae" en derecho romano*, Oviedo, 1998, p. 86 y ss, nt. 86 la autora ofrece una sumaria explicación del estado de la cuestión.

¹⁹ ALBURQUERQUE, J.M. *La protección... cit.*, p. 20.

²⁰ En este sentido, se manifiestan, a título de ejemplo, GIOFFREDI, c «Rem ubi pacunt orato: XII TAB. 1, 6-9 (Per la critica del testo decenvirale)», en *BIDR*, 76 (1973), p. 282 y BEHREND, O. «Der Zwölfafelprozess», en *SZ*, 93 (1974), p. 78, aunque en el caso de este autor, además, atribuye al *orare* del magistrado una función mucho más relevante que el *pacere* entre las partes.

que las partes han llegado. La ratificación por parte del magistrado denotaría, de acuerdo con estos autores, que para éste no resulta indiferente la composición pacífica de las controversias que tiene lugar entre los particulares en el ámbito de su autonomía privada.

Sin embargo, esta misma teoría también plantea dudas en la doctrina²¹, en relación al momento en que dicho pacto debería tener lugar: en la fase *in iure (in comitio)*, en la fase *apud iudicem (in foro)* o en cualquiera de las fases del proceso.

Otros autores²², sin embargo, se han mostrado más favorables a considerar que el fragmento 1,6 se está refiriendo, en realidad, a un pacto acerca del lugar en el que ha de conocerse la causa, es decir, al lugar en que ha de desarrollarse la fase *apud iudicem* del proceso, pues le otorgan un valor local al adverbio "*ubi*" y, además, interpretan el verbo "*orare*" de acuerdo con Festo²³ como *agere*, en referencia al actor, al magistrado o al juez. De acuerdo con estos autores, el texto de la ley expresaría que la causa habría de celebrarse en el lugar pactado por las partes y, a falta de pacto en este sentido, debería celebrarse en el comicio o en el foro antes del mediodía. Dicho pacto sobre el lugar podría ser anunciado por el actor, el magistrado o por el juez.

²¹ A título de ejemplo, MONNIER y PLANTON, «La meditatio de nudis pactis», en *RHD*, 37 (1913), p. 135 a 168, entienden que es posible un pacto sobre el objeto del litigio en cualquier momento procesal, pues el efecto del pacto siempre será el mismo: la eliminación de toda persecución actual o futura por parte de la víctima de un delito privado, con independencia del momento procesal en que aquél se produzca; incluso sería posible el pacto estando pendiente el período de ejecución. Sin embargo, CORBINO, A. «XII Tab. 2.2 e la presenza del magistrato nel processo privato romano dell'epoca decemvirale», en *Studios Iglesias*, III, 1988, p. 1179 a 1186, entiende que el mencionado pacto transaccional tan sólo puede tener lugar en la fase *apud iudicem*, ya que únicamente en esa fase del proceso el pacto puede determinar que el proceso no continúe adelante. Para este último autor, no tendría sentido un pacto transaccional en la fase *in iure*, pues implicaría que el proceso ni siquiera se ha iniciado. En el mismo sentido que Corbino, se manifiesta MANFREDINI, A. D. «Rem ubi pacunt, orato», en *Atti sulla problematica contractuale*, I, Milán, 1988, p. 73 a 79, quien entiende que el pacto debe tener lugar en la fase *apud iudicem*.

²² A favor de esta postura se mostraría BURDESE, A. voz «Patto», en *NNDI*, XII, Turín, 1961, p. 708. PUGLIESE, G. *Il processo civile romano. I Legis actiones*, Roma-Milán, 1963, p. 402 y ss. Vid. asimismo, KASER, M. *RZPR*, p. 115, nt. 7.

²³ FESTUS, *De verborum significatione*, libro 13: *Orare antiqui dixerunt pro agere*.

Sin embargo, esta última opinión es ampliamente criticada, ya que, como indica Sturm²⁴, no parece posible que el magistrado hubiera permitido que las partes le impusieran el lugar en el que la causa debería celebrarse y, si ello hubiera sido posible, no se entiende el objetivo que se alcanza permitiendo un pacto con ese contenido, ni tampoco la necesidad de hacerlo público.

c) Ulpiano, en D. 2, 14, 7, 14 *in fine* (4 *ad ed.*), nos informa de que la Ley de las XII Tablas también permitía pactar en el supuesto de la comisión de un delito de hurto:

Si paciscar, ne operis novi nuntiationem exsequar, quidam putant non valere pactionem, quasi in ea re Praetoris imperium versetur; Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat, quae distinctio vera est. Et in ceteris igitur omnibus ad Edictum Praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet; nam et de furto pacisci lex permittit.

En el caso expuesto por Ulpiano, el pacto entre las partes vendría a excluir la pena prevista por la ley en caso de hurto —que, de acuerdo con Gelio 11, 18, 8, consistía en la fustigación y posterior muerte del *addictus* cuando se trataba de un hombre libre, o bien la muerte por precipitación si se trataba de un esclavo—, a cambio de una compensación a la víctima con la cual ésta veía satisfecho su interés. Paulo también se manifiesta en relación con los pactos que excluyen la acción derivada del delito de hurto, en D. 2, 14, 17, 1 (*Lib. 3 Ad Ed.*):

Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur, ut iniuriarum, item furti.

²⁴ STURM, F. *Il pactum... cit.*, p.152.

En este sentido, ya destacábamos anteriormente, al hablar del texto de la Tab. 8, 2, que el origen de la obligación de pagar una determinada multa o cuantía pecuniaria establecida legalmente para cada delito se encontraba en el pacto entre las partes, a través del cual se excluía el uso de la venganza privada —*supra* aplicación de la ley del talión—, a cambio del pago de una determinada cantidad dineraria a la víctima. Cuando se prohíbe el uso de la venganza privada y la ley contempla el pago de una determinada cantidad de dinero para cada delito, el pacto entre las partes ya no excluye, consecuentemente, la aplicación del talión, sino el ejercicio de la acción derivada del delito que permite exigir el pago de la multa legalmente prevista. En el caso del hurto, el pacto excluirá el ejercicio de la *actio iniuriarum* o *furti*.

Generalmente, como expresaba Accarias, estas acciones habrían dado lugar a penas de tal gravedad, que las partes casi se veían en la obligación de llegar a un pacto transaccional que excluyera el uso de la acción y, por lo tanto, la imposición de una pena de esas características. Este hecho vuelve a ratificarnos la idea de que el proceso previsto en las XII Tablas *invitaba* a las partes (sobre todo, desde el punto de vista del reo) a llegar a un pacto que evitara que el litigio debiera desarrollarse hasta su final. La existencia de pacto, así pues, evitaba, desde el punto de vista del demandado, el tener que soportar el riesgo de una condena con nefastas consecuencias y, desde el punto de vista del actor vencedor, la dificultad de llevar a cabo la ejecución de la condena.²⁵

A pesar de la función que el pacto cumple, en el contexto de las XII Tablas, de acuerdo extintivo de las acciones penales, según Sturm²⁶, dicha función no era posible en todos los casos, sino que existirían excepciones

²⁵ Téngase en cuenta la dramática situación en que se encuentra el deudor (antes de la aprobación de la *lex Poetelia Papiria*, s. IV a. C.) una vez reconoce la deuda o es condenado, *vid.* Tab. 3, 1-6. Nótese, asimismo, el efecto disuasorio que para el resto de ciudadanos debía tener la exposición pública del deudor insolvente en las circunstancias descritas en los anteriores preceptos, conocidos a través de Aulo Gelio y sus *Noctes atticae*.

²⁶ STURM, F. *Il pactum... cit.*, p. 153 y ss.

introducidas con posterioridad a las XII Tablas, como podemos observar a través de los siguientes textos de Paulo y de Ulpiano, respectivamente:

PS 1, 19, 2: *Ex his causis, quae infitiatione duplantur, pacto decidi non potest.*

D. 2, 14, 17, 13 (Ulp. 4 ad ed.): *Si paciscar, ne iudicati prove iudicato vel incensarum aedium agatur, hoc pactum <non> valet.*

No era posible el pacto extintivo, cuando con él se pretendía excluir el uso de una acción respecto de la cual era aplicable el principio de *adversus infitiantem lis crescit in duplum*. Es decir, no era posible un pacto transaccional en aquellos supuestos en los que había de ejercerse una acción que implicara una sanción, por la resistencia injustificada del demandado, del doble de la suma en que consistía la condena.

De acuerdo con Sturm²⁷, las acciones que no se extinguirían a través de un pacto serían, básicamente, la *actio iudicati*, la *actio de modo agri*, la *actio depensi*, la *actio legis Aquiliae* y la *actio ex testamento*. No sería posible un pacto extintivo en el caso de estas acciones, ya que la obligación sancionada a través de éstas no se extinguiría con un simple pacto —como indicaría Gayo, al menos en el caso de la *actio iudicati* y de la *actio ex testamento*, para la extinción de la obligación se exigía la forma de la *solutio per aes et libram*²⁸—.

Sin embargo, el mismo autor entiende que el pacto quedaría únicamente excluido, en el caso de estas acciones, sólo en cuanto a la existencia de los extremos en los que se funda la acción en cuestión, porque sobre los términos pecuniarios siempre habría sido posible la discusión y, por tanto, el pacto entre las partes:

²⁷ STURM, F. *Il pactum... cit.*, pp. 153 y 154.

²⁸ Cfr. Gai. 3, 173 y 175.

D. 9, 2, 25, 2 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Notandum, quod in hac actione, quae adversus confitente datur, iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur: nam nullae partes sunt iudicandi in confitente.*

D. 9, 2, 26 (Paul. 22 *ad ed.*): *Putat enim, quod qui convenitur fateatur se occidisse et paratus sit aestimationem solvere, et adversarius magni litem aestimat.*

3.2. Crítica a la interpretación tradicional de pacto en las XII Tablas como simple acto de paz.

A la luz de los textos estudiados y como ya advertíamos anteriormente, el *pactum* en las XII Tablas cumple una función transaccional, como composición amistosa o pacífica de las controversias entre los particulares, quienes se habrían visto indirectamente compelidos a pactar para solucionar sus controversias y evitar, de este modo, la aplicación de sanciones mucho más graves que podían conllevar la muerte o la esclavitud.

De acuerdo con Manenti²⁹, la severidad de las sanciones demuestra la necesidad del Estado de poner a la disposición de los particulares, aunque sea por medios indirectos, mecanismos para hacer cesar las guerras privadas y procurar la paz social, profundamente alterada en esta época. Y sería así, porque el Estado busca sobre todo que se haga la paz, es decir, el restablecimiento del orden social. La búsqueda de la paz social se daría naturalmente en todas las civilizaciones.

De acuerdo con este autor, en todos los casos anteriormente tratados, el *pacere* es entendido como un acuerdo a través del cual las partes, ya sea gratuitamente o a cambio de una compensación económica, renuncian a la

²⁹ MANENTI, C. «Contributo critico alla teoria generale dei pacta secondo il Diritto romano», en *Studi Senesi*, 8 (1891), p. 3 y ss. p. 48.

persecución de un derecho propio que deriva de la comisión de un delito privado: el pacto permite extinguir, de este modo, la responsabilidad que derivaría de la comisión de un delito privado. Para Manenti, el *pactum* sería, así pues, un negocio civilmente reconocido que ha de producir sus efectos en sede procesal y que, en cualquier caso, no disfrutó de efectos constitutivos.

Esta teoría ha sido duramente criticada por la mayor parte de la doctrina romanista desde su aparición, sobre todo por Ferrini³⁰, quien dedicó un artículo por completo a desmontar la tesis de Manenti. Aún así cabe advertir que algunos de los autores que la han criticado, se han unido posteriormente a ella, aunque sea parcialmente, y, en cualquier caso, como destaca Albuquerque³¹, parece que, en la mayor parte de la doctrina, haya predominado tradicionalmente esta visión extintiva del pacto en las XII Tablas y en su evolución posterior.

En este sentido, y a raíz de esa visión extintiva del pacto, Sturm no entiende cómo es posible que, si las XII Tablas contemplan el pacto en los términos referidos por Manenti, contengan asimismo la siguiente ley:

Tab. 8, 27 (D. 47, 22, 4, Gai. 4 *ad legem XII Tab.*):
*His (sodalibus) potestatem facit lex (XII Tabularum)
pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica
lege corrumpant; sed haec lex videtur ex lege Solonis
translata esse.*

Parece claro que, en este fragmento, el pacto ha de entenderse como un acuerdo, una suerte de estatuto, entre los socios en relación a la corporación que han creado y, por tanto, se separa de esa estricta concepción de pacto como acuerdo extintivo que veíamos hasta ahora. Del fragmento, como advierte Sturm³², no se puede deducir una objeción a la tesis de Manenti sobre

³⁰ FERRINI, C. «Sulla teoria generale dei *pacta*», en *Opere di Contardo Ferrini*, III, Milán, 1929, pp. 243 a 273.

³¹ ALBURQUERQUE, J.M. *La protección... cit.*, p. 26, *vid.* también la nt. 52.

los pactos en las XII Tablas, sino más bien, como indicaría Ferrini³³—el principal crítico de la teoría de Manenti—, puede deducirse que dicha tesis es incompleta o limitada y que en las XII Tablas, el *pacere* presenta, más bien, un sentido genérico de "acordarsi, convenire".

Este último autor entiende que, si bien las fuentes —a las que nos hemos referido en el anterior epígrafe— en que se basa el Manenti para formular su teoría claramente responden a esta concepción negativa de los pactos en las XII Tablas, sin embargo, no permiten extender esta concepción, con carácter general, a la totalidad de las XII Tablas, ya que *pacere* y sus derivados son también utilizados con un carácter mucho más amplio, como sería el de convenir o acordar. Así pues, en definitiva, Ferrini defiende que el concepto de *pacere* en las XII Tablas no fue tan limitado como Manenti entiende.

³²STURM, F. *Il pactum... cit.*, p. 154 y 155. En cualquier caso, este autor advierte que los estatutos de los *collegia* suelen denominarse más bien *leges decreta*, en vez de *pactio* y que Gayo, en su comentario a las XII Tablas, nos transmite únicamente el contenido de la ley, pero no su texto, de modo que el jurista podría haber utilizado el término *pactio* para evitar la repetición de *lex*, que a su entender, sería la expresión que estaría seguramente presente en el texto de las XII Tablas. SERRAO en el *Convegno "contractus et pactum"*, p. 201, formula algunas puntualizaciones a la opinión de Sturm, pues considera que, aunque se trate de estatutos de *collegia* y que estos se denominen generalmente como *leges*, no obstante, es evidente que los estatutos tienen un claro carácter pacticio, convencional, en la actualidad incluso se utilizaría el adjetivo "contractual"; de ahí que cuando se le denomina estatuto no se pueda eliminar el pacto como negocio constitutivo de relaciones entre las partes. Kaser también intenta encontrar una explicación al uso de *pactio*, en este fragmento, y considera que es posible pensar que la terminología utilizada por los romanos trasluzca aún una cierta elasticidad, que resulta ajena a nuestros sistemas y que, por ello, a veces, se ha prestado a tergiversaciones, en *Derecho privado romano*, trad. de SANTA CRUZ TEIJEIRO, J. Madrid-Reus, 1982, p. 178 y ss.

³³ FERRINI, C. *Sulla teoria generale ... cit.*, p. 243 y ss.

Frente a esa concepción negativa de *pactum* en las XII Tablas, defendida por Manenti, autores como Schulz³⁴ o De Visscher³⁵ han intentaron enfocar el *pacere* también desde una vertiente positiva, con un contenido de orden moral y social, entendiendo que éste siempre encuentra como base las relaciones de amistad, fidelidad, lealtad, fraternidad, etc., tan presentes en el mundo romano. De este modo, entienden que, si el *pactum* en las XII Tablas, se convierte en un impedimento para la realización de derechos adquiridos, lo es en virtud de los vínculos que crea entre las partes, que ante todo se fundamentan en la confianza de quienes los originan. Dicho de otro modo, es ese contenido positivo del pacto el que permite explicar su función negativa de extinción de derechos, porque, si el pacto representa un obstáculo al ejercicio de estos últimos, es tan sólo como consecuencia de los lazos que el propio pacto establece y hace perdurar entre las partes.

De acuerdo con esta concepción, es gracias a esa vertiente positiva del pacto que resulta posible la progresiva aproximación y fusión entre pacto y *conventio*, si bien es cierto que el aspecto positivo del pacto es generalmente eclipsado por el negativo. Pero, en cualquier caso, es posible observar la presencia de los pactos en multitud de relaciones que encuentran su base en la amistad o fraternidad (*ad exemplum*, pactos entre socios, pactos de fiducia, pactos de libertad entre el esclavo y su dueño, los esponsales, pactos dotales, etc.). Según De Visscher³⁶, los vínculos que el *pactum* genera entre las partes

³⁴ SCHULZ, F. *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934 (hemos consultado la reedición de 1954), p. 151 a 161, destaca la importancia que tienen las nociones de amistad y fidelidad no sólo en las relaciones de carácter privado, sino que también en el ámbito de las relaciones internacionales: "Die Römer rühmen sich ihrer Treue, und mit Stolz stellen sie die *römische Treue* der *punischen* und *griechischen Treue* gegenüber. Es gehört zu ihren Lebensprinzipien, treu zu sein. Natürlich haben auch sie sich gelegentlich des Treubruchs schuldig gemacht, aber die Existenz ihre Maxime wird dadurch so wenig beeinträchtigt wie die Existenz einer Rechtsnorm durch ihre Übertretung. Sie streben in der Tat ernstlich nach Treue; Treulosigkeit ist ihnen ein sozialer Makel.", concretamente en los negocios libres de forma "Die Fides fordert, dass man sein Wort hält, gleichviel in welcher Form man es geäußert hat".

³⁵ DE VISSCHER, F. «Pactes et religio», en *Archeion idiotikon dikaion*, *Archives de droit privé*, 16 (1953) y en *Études de droit romain public et privé*, Milán, 1966, p. 412 y ss.

³⁶ DE VISSCHER, F. *Pactes et religio... cit.*, p. 412 y ss.

estarían imbuidos de consideraciones éticas y recíprocas cuya base sería la *fides* y la función de ésta sería servir de impedimento para la realización de determinados actos. También se manifiesta próximo a esta visión Fuenteseca³⁷, quien considera que la vinculación que genera el pacto también se basaría en la *fides*, y no se trataría por tanto de una mera vinculación jurídica que obliga *ad faciendum aliquid vel dandum*, sino que puede concebirse como una vinculación de carácter ético y recíproco entre las partes.

Grosso³⁸, por su parte, subrayó asimismo, que, en las fuentes romanas, existiría una doble significación de *pactum*: una más restrictiva —que se correspondería con la teoría de Manenti— y otra mucho más amplia. El término *pactum*, así como el verbo más antiguo *pacere* o el más moderno *pacisci*, lleva insito el concepto de hacer la paz, en el que se subyace el concepto técnico de un acuerdo directo dirigido a eliminar la pretensión de una de las partes respecto de la otra. Este sería, según Grosso, el significado de “*ni cum eo pacit*” de las XII Tablas en relación al *membrum ruptum*, para evitar el talión y del *pacere* en relación con el *furtum*. Además, esta significación restrictiva también se encontraría presente en el Edicto del pretor, al conceder la *exceptio pacti conventi*. Pero, en lo que se refiere a su uso común, el término *pactum* o *pactio*, según Grosso, asumiría un significado más general y vendría a indicar un acuerdo no formal (cfr. D. 2, 14, 1, 2, Ulp. 4 *ad ed.* y D. 50, 12, 3 pr., Ulp. 4 *disp.*). En este significado más amplio, se encontraría incluido el *pactum conventum* protegido con carácter general por el pretor.

En el mismo sentido y más recientemente, Archi³⁹ también defiende el uso de *pacere* en las XII Tablas en dos sentidos distintos: por una parte, *pacere* ha de entenderse como un acuerdo de voluntades dirigido a sustituir *ipso iure* el estado actual de tensión por una situación pacífica (Tab. 8, 2); y, por otra

³⁷ FUENTESECA, P. «Visión procesal de la historia de contrato en Derecho romano clásico» en *Estudios de Derecho romano en honor de Álvaro D'Ors*, I, Pamplona, 1987, p. 489 y ss.

³⁸ GROSSO, G. *Il sistema romano dei contratti*, Turín, 1949, p. 187 y ss.

³⁹ ARCHI, G. G. «*Ait praetor "Pacta conventa servabo"*», en *De iustitia et iure. Festgabe für U.V. Lübtov zum 80. Geburtstag*, Berlín, 1981, p. 381.

parte, *pacere* como noción que tiene aplicación al inicio del proceso, cuyo objeto es una relación litigiosa entre dos partes y cuyo propósito es alcanzar una resolución que ponga fin a la *litis* antes de que se inicie el proceso (Tab. 1, 6-9). La diferencia entre ambas aplicaciones de *pacere* radicaría en el interés tutelado: mientras en el primer supuesto, *pacere* se refiere a un acto de absoluta autonomía privada, en el segundo, se encuentran en juego el interés de las partes y de la comunidad que se encuentra representada en el proceso por la presencia del magistrado.

Talamanca⁴⁰, por su parte, tiene más en cuenta las notas de formalismo y tipicidad, propias de las XII Tablas, que suponen que se excluyera la libertad de forma, de este modo entiende que aquellos acuerdos que habían de producir efectos jurídicos en el ámbito de las relaciones patrimoniales nunca existieron y la única regulación de estos vendría dada en función de la extinción de la responsabilidad penal privada.

En esta misma línea de pensamiento, Melillo⁴¹ también defiende que las XII Tablas no sólo contemplan el pacto en un sentido negativo —como defiende Manenti—, sino que también contemplaron pactos constitutivos, como serían los pactos que veíamos anteriormente en relación con los *collegia* D. 47, 22, 4 (Gai. 4 *ad leg. XII Tab*) y también los de D. 2, 14, 48 (Gai. 3 *ad leg. XII Tab.*), en el que Gayo nos habla de pactos vinculantes entre las partes que se concluyen en el momento de la *traditio* de una *res nec Mancipi*: "*In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est*".

⁴⁰ TALAMANCA, M. «La tipicità dei contratti romani fra *conventio* e *stipulatio* fino a Labeone», en *Contractus e pactum, tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana : atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della Littera Florentina: Copanello 1-4 giugno 1988 a cura di Francesco Milazzo*, Nápoles, 1991, p. 35 y ss.

⁴¹ MELILLO, G. voz «Patto», en *ED*, XXXII, Turín, 1982, p. 480 y ss. Asimismo, *vid. Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Nápoles, 1994, p. 224 y ss. y, especialmente, pp. 254 y 255.

Para Alburquerque⁴², resultaría poco convincente la postura que adopta una parte (minoritaria) de la doctrina que considera claramente ilustrado el carácter del pacto en las XII Tablas como renuncia a la persecución de un derecho en sede procesal (basándose en las leyes de las XII Tablas, anteriormente comentadas), pero que también conciben la figura del pacto con una eficacia mucho más amplia, basándose en los dos textos de Gayo, recogidos en D. 2, 14, 48 y 47, 22, 4, respectivamente. Este autor entiende que ese carácter mucho más amplio del pacto que podría desprenderse de los comentarios de Gayo a las XII Tablas puede deberse, en palabras de Kaser, a que la terminología jurídica utilizada por los romanos goza de una cierta elasticidad que, desde el punto de vista de nuestros sistemas, resulta desconocida y puede generar tergiversaciones y —como expresaba Kunkel al comentar los preceptos de las XII Tablas—, "muchos conceptos aparecen simplemente aludidos por el legislador y, especialmente, los términos jurídicos empleados por él eran, sin duda, corrientes para sus contemporáneos, pero daban ya lugar a controversias entre los juristas de fines de la república y dificultan también la inteligencia del texto de las XII Tablas al moderno investigador de este derecho"⁴³. Además hemos de tener en cuenta, como afirma Sturm⁴⁴ y como tendremos ocasión de ver más adelante en nuestra exposición, que, durante la época republicana, *pactum* pierde aquel significado técnico que tenía en las XII Tablas y deviene sinónimo de *convenire*, *conventum*, *consentire*, *consensu*, *placere*, *placitum*, hecho que puede observarse en multitud de textos literarios y jurídicos, concretamente en estos últimos es muy corriente el uso de la expresión *pactum conventum* (en el sentido de "pactado y convenido"), expresión que se recoge posteriormente en el edicto del pretor.

⁴² ALBURQUERQUE, J.M. *La protección... cit.*, p. 31 y ss.

⁴³ JÖRS, P. - KUNKEL, W. *Derecho privado romano* (trad. PRIETO CASTRO, L.), 1965, p. 34 y ss.

⁴⁴ STURM, F. *Il pactum... cit.*, p. 155 y ss.

Así pues, para Albuquerque⁴⁵, teniendo en cuenta las dificultades terminológicas, el pacto a que se refieren las XII Tablas es esencialmente un acto de paz y "en la crudeza primitiva de las costumbres el pacto puede decirse que era como un lazo establecido o tratado de paz".

A modo de conclusión, creemos que el *pactum*, tal y como aparece en las XII Tablas, tuvo en sus orígenes claramente un carácter extintivo y persiguió, desde esa etapa primigenia, la solución amistosa de las controversias entre las partes sin necesidad de tener que recurrir al desarrollo de un proceso. Es más, las propias fuentes de esta época permiten constatar cómo las partes se encontraban prácticamente *obligadas* a resolver amistosamente sus controversias antes de acudir al proceso. Si bien, con el paso del tiempo y como veremos a continuación, en el siguiente epígrafe, junto a esta concepción del pacto como acto de paz, convivirá una nueva visión del pacto, como acuerdo tendente a constituir situaciones jurídicas y no a extinguirlas, esta nueva concepción del pacto se irá imponiendo en la práctica paulatinamente.

⁴⁵ ALBURQUERQUE, J.M. *La protección... cit.*, pp. 31 *in fine* y 32.

4. Del *pacere* como acto de paz al *pactum* en el sentido de acuerdo.

A pesar de la falta de fuentes que nos informen del camino que debieron seguir los pactos desde la redacción de las XII Tablas hasta la época de Plauto (ca. 250-184 a.C.), lo cierto es que, en algunas obras de este autor y muy especialmente en las de Cicerón, se empieza a hablar del pacto con un contenido completamente diferente al que observábamos respecto del *pacere* de las XII Tablas, e incluso, paulatinamente, éste empieza a ser relacionado y a aparecer junto a *conventum*⁴⁶. El uso de estos términos, sin embargo, se debe estudiar con las cautelas oportunas derivadas de la naturaleza propia de estas obras, en las que su autor se ocupa del tema desde una perspectiva atécnica, muy diferente a la que adoptaría un jurista, al tratarse de tratados filosóficos, discursos o comedias teatrales. Si bien se debe tener siempre en cuenta la especial naturaleza de estas obras, en cualquier caso su estudio permite tomar consciencia del uso y la práctica que, en la cotidianidad romana de la época, se estaba haciendo de este instituto.

Aún en las obras de Plauto se pueden encontrar referencias al pacto como acto encaminado a restablecer la paz, a restablecer el equilibrio en las relaciones entre particulares cuando éste se ha quebrantado, reflejando la idea del pacto que vemos en las XII Tablas, no obstante y, como indica Biscotti⁴⁷, destaca que en la obra de Plauto ya no se utiliza la forma verbal *pacere*, sino que se utiliza la forma deponente *pacisci*, así como también empiezan a aparecer el término *pactum*. La sustitución definitiva de un verbo activo por otro deponente⁴⁸, en la obra de Plauto, utilizado en el mismo sentido que el

⁴⁶ Así pues, Plauto parece hablar de *pactum* como acuerdo y no como pacto transaccional en su comedia *Poenulus*, vid. STURM, F. *Il pactum... cit.*, p. 156.

⁴⁷ BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 128.

⁴⁸ Tanto Sturm como Biscotti expresan las dificultades de los filólogos clásicos para explicar cómo de una forma verbal se acaba pasando a otra, aunque parece que lo más lógico es que de *pacere* se pasara a usar el verbo *paciscere* y, finalmente, el verbo en su forma deponente *pacisci*. STURM, F. *Il pactum... cit.*, p. 152, nt. 11; BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 127 y

pacere de las XII Tablas, puede indicar, de acuerdo con esta autora, la progresiva importancia que habría adquirido el agente, es decir, el sujeto que debe realizar la acción de restaurar la paz o el equilibrio quebrantado, subrayando el interés de éste en que efectivamente tenga lugar el pacto transaccional para evitar una consecuencia mucho más desfavorable o perjudicial, como sería, por ejemplo, la aplicación del talión. La ulterior evolución, del verbo al sustantivo *pactum* –lo pactado–, además de dar idea de la importancia del participio pasado de este verbo, supondría el decaimiento de la figura del agente a favor de la acción de restaurar la paz o equilibrio ya finalizada y, muy especialmente, del sujeto que se beneficia de esa acción⁴⁹. Pero en cualquier caso y, como advertíamos, nos encontramos ante una concepción del pacto como acto encaminado a obtener la paz, que se caracterizaría, además, por ser un acto de un solo sujeto, ya se contemple desde la perspectiva del agente o desde la del sujeto damnificado.

Un paso más en esta evolución tiene lugar cuando, junto al sentido técnico del pacto de las XII Tablas, el pacto pasa a ser entendido como un acuerdo, en un sentido amplio, e incluso aparezca junto al término *conventum*, lo que ya puede apreciarse, según algunos autores como Sturm⁵⁰, en algunas referencias de la obra de Plauto⁵¹, pero en mayor medida en Cicerón⁵².

ss.

⁴⁹ BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 131 y ss: "La sostantivizzazione rappresenterebbe, dunque, il ponte per portare, dal punto di vista dell'evoluzione concettuale, ad un ribaltamento totale della situazione iniziale, all'attribuzione del ruolo attivo rispetto all'azione di *pacisci* al soggetto leso, che, dunque, è diventato totalmente *dominus* Della situazione, dal momento in cui la *civitas* ha quasi completamente rinunciato al proprio ruolo di interlocutore primo dell'autore dell'atto lesivo, lasciando spazio all'autonomia privata e permettendo così che l'attenzione si concentrasse su colui che concretamente, a quel punto, decideva delle sorti dell'altro, consentendo al *pacisci* o meno".

⁵⁰ STURM, F. *Il pactum... cit.*, pp. 155 a 160.

⁵¹ *Vid.* Las referencias de Sturm sobre las comedias *Poenulus* (1155 y ss.), *Bacchides* (865 y ss.), *Pseudolus* (9 y 226) y *Captivi* (395) en *Il pactum... cit.*, p. 156, especialmente nt. 25, en las que *pactum* ha de entenderse en el sentido de acuerdo. Si bien, la obra de Plauto –así como la de Cicerón, *vid.* a continuación– también recoge expresiones en las que *pactum* parece hacer más bien referencia a modo o condición (*isto pacto, illo pacto, hoc pacto, quo pacto*, etc.). LODGE, *Lexikon Plautium*, II, Leipzig, 1926-1933, p. 274 y ss.

⁵² Especialmente relevantes serían las referencias que se encuentran en libro 3 de *De officiis*, a partir del párrafo 92 y ss. Recogemos más adelante un fragmento del párrafo 92 de esta

Una de las primeras obras en que aparecen los términos *pactum* y *conventum* puestos en relación es la *Rhetorica ad Herennium*.

Rhet. ad Her. 2, 13, 20: Ex pacto ius est, si quid inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit. Pacta sunt, quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt, <orato; ni pagunt,> in comitio aut in foro ante meridiem causam coicito. Sunt item pacta, quae sine legibus observantur ex convento quae iuri praestare⁵³ dicuntur.

obra. En éste, Cicerón emplea, además, los términos *pactum* y *promissum* como sinónimos, tema al que más tarde nos referiremos, cuando tratemos la cláusula edictal relativa a los pactos, en el epígrafe 5.1 de este capítulo. Otras referencias las encontramos en *De inventione 2*, en los párrafos 68 y 162 (recogemos un extracto en la nt. 120). Asimismo, *vid. MERGUET, H. voz "Pactum", en Lexikon zu den philosophischen Schriften Ciceros, III, Hildesheim, 1961, p. 1. STURM, F. Il pactum... cit., p. 156 y ss.*

*Pro Caecina 18, 51: Quae lex, quod senatus consultum, quod magistratus edictum, quod foedus aut pactio, quod, ut ad privatas res redeam, testamentum, quae iudicia aut stipulationes aut **pacti et conventi formula** non infirmari ac convelli potest, si ad verba rem deflectere velimus, consilium autem eorum qui scripserunt et rationem et auctoritatem relinquamus?*

*Ad Atticum 2, 9, 1: (...) Si vero **quae de me pacta sunt ea non servantur**, in caelo sum, ut sciat hic noster Hierosolymarius traductor ad plebem quam bonam meis putissimis orationibus gratiam rettulerit. (...) Ibid. 6, 3, 1: (...) Pomptinus enim **ex pacto et convento** (nam ea lege exierat) iam a me discesserat; quaestorem nemo dignum putat; etenim est 'levis, libidinosus, tagax.'(...)*

*In Verrem Actio 2. 3, 36: (...) Q. Septicio, honestissimo equite Romano, resistente Apronio et adfirmante se plus decuma non daturum, exoritur peculiare edictum repentinum, ne quis frumentum de area tolleret antequam **cum decumano pactus esset**. (...); 37: Attendite enim cuius modi edicta sint. Ne tollat, inquit, ex area, **nisi erit pactus**. Satis haec magna vis est **ad inique paciscendum**; malo enim plus dare quam non mature ex area tollere. At ista vis Septicium et non nullos Septici similis non coercet, qui ita dicunt, 'Non tollam potius **quam paciscar**.' His hoc opponitur, 'Deportatum habeas ante Kalendas Sextilis.' Deportabo igitur. '**Nisi pactus eris**, non commovebis.' Sic deportandi dies praestituta tollere cogebat ex area: prohibitio tollendi, **nisi pactus esset**, vim adhibebat **pactioni**, non voluntatem. (...) y 51: Nam ut vadimonium decumano, quocumque is vellet, promitteretur, ut ex area, **nisi pactus esset**, arator ne tolleret, ut ante Kalendas Sextilis decumas deportatas haberet, haec omnia iam venditis decumis anno tertio te edixisse dico; quae si rei publicae causa faceres, in vendundo essent pronuntiata; quia tua causa faciebas, quod erat imprudentia praetermissum, id quaestu ac tempore admonitus reprehendisti.*

*Pro Sestio 25, 55: (...) ut Gabinio pro illa sua Cilicia, quam sibi, si rem publicam prodidisset, **pactus erat**, Syria daretur (...)*

⁵³ De las diferentes versiones del texto "*iuri praestare/praestari*", reflejamos aquí la considerada como más adecuada por Sturm, de acuerdo al cual, el fragmento da a entender que el pacto es más fuerte que *ius*, que el acuerdo de las partes predomina sobre los derechos subjetivos. Sobre la discusión entorno a este tema, en el que no entraremos, *vid. STURM, F. Il pactum... cit., p. 158 y ss. BISCOTTI, B. Dal pacere... cit., p. 179 y ss.*

Este fragmento resulta de especial interés, ya que el desconocido autor de esta obra intenta ofrecer una definición de *pactum* —la misma definición parece encontrarse en Cicerón en *De inventione* 2, 68 y 162⁵⁴— y, al hacerlo, parece diferenciar dos tipos o géneros de pactos: aquellos que deben observarse en virtud de la ley —nos ofrece un ejemplo de pacto recogido en las XII Tablas, Tabla 1, 6 a 8⁵⁵— y aquellos pactos que deben observarse *ex convento*. Al hablar de este segundo tipo de pactos, el autor no se estaría ya refiriendo a la antigua concepción de pacto como acto de paz que veíamos en las XII Tablas y que surge de la voluntad de las partes —en algunos casos de la imposición indirecta por parte de una la ley— de carácter unilateral, pero que generará consecuencias en tanto que es refrendado por la ley; sino a una nueva categoría de pactos que también surgen de la voluntad de las partes, pero cuya eficacia no parece sustentarse tanto en su reconocimiento legal como sobre el acuerdo en sí, el *conventum (convenire)*, entendido como el venir de ambas partes a un punto común o a una dirección común respecto de un determinado asunto o aspecto. Esta nueva concepción del pacto nos informa de la importancia que va adquiriendo la autonomía de las partes en la regulación de sus intereses.

Cabe destacar que, en esta época, a pesar de las referencias a *conventum*, rara vez se utiliza la expresión *conventio*, Cicerón no la menciona en ninguna de sus obras y las primeras referencias, en los textos jurisprudenciales, datarían de la época de Trajano, según Sturm⁵⁶, época a partir de la cual, su uso parece generalizarse hasta consolidarse con el tiempo, como consecuencia del decaimiento del uso de *pactum*, y en contraposición al concepto de *contractus*⁵⁷.

⁵⁴ *De inventione* 2, 68: *Pactum est, quod inter quos convenit ita iustum putatur, ut iure praestare dicatur (...)* y 2, 162: (...) *Pactum est, quod inter aliquos convenit (...)*.

⁵⁵ Tab. 1, 6: "Rem ubi pacunt, orato"; Tab. 1, 7: "Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto. com perorando ambo praesentes"; Tab. 1, 8: "Post meridiem praesenti litem addicito".

⁵⁶ *Vid.* STURM, F. *Il pactum... cit.*, p. 155, nt. 24.

⁵⁷ MAGDELAIN, A. *Le consensualisme dans l'Édit du Préteur*, París, 1958, p. 21 y 22. MELILLO, G. *Contrahere, pacisci...* p. 148.

Así pues, este fragmento nos permite ver cómo ya en época republicana y, concretamente unos dos siglos después de la redacción de la Ley de las XII Tablas, junto a la vieja concepción de pacto contenida en ésta, coexiste un nuevo género de pacto cuya nota diferencial o característica será la del acuerdo.

Como señala Biscotti⁵⁸, la amplia difusión de que gozó esta nueva categoría de pacto *quae observantur ex convento*, debido a que pudo dar respuesta a las nuevas exigencias económicas de una sociedad que se encontraba en una rapidísima evolución, explica también la rápida fusión entre los términos *pactum* y *conventum*, como puede apreciarse de la convivencia de las diferentes expresiones en las obras de Cicerón. De ahí que finalmente, dos participios sustantivados unidos por una conjunción se acabaran convirtiendo, con el tiempo, en el sustantivo *pactum conventum*, entendido en el sentido de aquello que se ha pactado y convenido, y separándose, a su vez, del pacto en su sentido transaccional. Esta evolución habría tenido lugar en apenas unas décadas, es más, se habría vivido un auténtico boom del fenómeno pacticio durante las segunda década del s. I a.C., a la vez que el uso de ese nuevo género de pactos, los *pacta conventa*, habría ido en aumento en comparación con el otro género de pacto, el simple pacto, cuyo ámbito de aplicación debió de verse cada vez más restringido⁵⁹.

⁵⁸ Concretamente, de acuerdo con Biscotti, *Dal pacere... cit.*, p. 193, parece que Cicerón se suele referir genéricamente a *pacta* cuando se ocupa del instituto en su acepción abstracta, cuando lo intenta describir con carácter general, en cambio, cuando se refiere a aspectos más concretos de la vida jurídica de la sociedad de su época, suele referirse a *pacta et conventa* o *pacta conventa*. El uso de una u otra expresión (*pacta et conventa* o bien *pacta conventa*), además, respondería a una sucesión lógica y cronológica, sucesión que por desgracia, hoy en día, nos aparece en su obra algo difuminada.

⁵⁹ BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 192 y ss., considera que el uso del simple pacto (*pactum tout court*) se habría ido restringiendo hasta el punto de limitarse a casos muy concretos con un rol bien delimitado y similar al de la moderna noción de pacto. La autora se refiere básicamente a los *pacta adiecta* y el *pactum de non petendo*.

El auge del fenómeno pacticio, sobre todo en relación a los *pacta conventa*, comportaría, asimismo, que en esta época el Pretor ya hubiera contemplado los pactos en su Edicto. Concretamente, Cicerón en *De Officiis* 3, 94 parece hacer referencia a la existencia en el s. I a. C. de una cláusula edictal relativa a los pactos que, seguramente, habría presentado una formulación diversa a la que, más tarde, adoptaría en el *Edictum Perpetuum*, aunque guarda bastantes similitudes con la cláusula que aparece en el conocido texto de Ulpiano de D. 2, 14, 7, 7 (4 *ad ed.*). De acuerdo con el texto de Cicerón: *Pacta et promissa semperne servanda sint, quae nec vi nec dolo malo, ut praetores solent, facta sint*. También parece recordar la existencia de un edicto relativo a los pactos un texto de Séneca padre, aunque no de una forma tan literal como el de Cicerón, *Controversiae* 9, 3: “*Per vim metumque gesta ne sint rata. pacta conventa legibus facta rata sint. Expositum qui agnoverit solvitis alvmentis recipiat (...)*”. De la tutela pretoria de los pactos nos ocuparemos a continuación.

5. El pacto en el edicto del pretor: "*pacta conventa servabo*".

La obra jurídica del pretor se encuentra a caballo entre el derecho de la época republicana y el de la época clásica, de ahí en parte, su importancia para el estudio del derecho romano y su evolución histórica. Pero además esta fuente destaca por poner en clara conexión el derecho con el proceso, como indica Fuenteseca⁶⁰, y por ser fuente del *ius honorarium*, en palabras de Labatut⁶¹, "una especie de transacción entre el *ius civile* y el *ius gentium*, que debió acelerar poderosamente el progreso de la civilización antigua".

El pretor también se ocupó de los pactos en su Edicto. La doctrina mayoritaria entiende que la tutela pretoria de los pactos habría sido acogida en el título IV del edicto bajo la rúbrica *de pactis et conventionibus*⁶², precedido del

⁶⁰ FUENTESECA, P. «La necesidad de retornar al estudio del Edicto del Pretor», en *AHDE*, 39 (1969), p. 451 y ss.

⁶¹ LABATUT, E. *Histoire de la Préture. Sources du Droit, attributions procès civils et criminels, administrations des provinces, l'édit*, París, 1868, p. 297.

⁶² Aunque la doctrina no se muestra unánime en relación con el nombre que se le ha de otorgar a la rúbrica edictal dedicada a los pactos y ha ofrecido diversas posibilidades que pueden resumirse en:

1. "*De pactis et conventionibus*", de acuerdo con la reconstrucción del Edicto realizada por G.C. CRUSIUS y seguida por LENEL en su *EP*, p.64 nt. 6, RUDORFF en *Edicti perpetuae reliqua sunt*, 1869, p. 35 y, más recientemente, entre otros, por SCHIAVONE, en la «La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro *ad edictum*», en *Le teorie contrattualistiche romane*, Nápoles, 1991, p. 128 y ss. Esta postura se basaría en *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* 4, 3, también presente en las PS. 1, 1, también incluirían *vel transactionibus*.

2. A favor de "*de pactis et conventis*" se mostraría MANENTI, en *Contributo... cit.*, p. 196 y ss., siguiendo la reconstrucción de Donello y Cuiacio, basándose en el *Codex Gregorianus* y el *Hermogenianus* (Cfr. CTh. 1, 1, 5) y también a la 1ª edición del Código justiniano, entiende que en la cláusula la palabra clave es *conventio*.

3. "*De pactis conventis*", seguida por D'ORS, en «*Conventiones et contractus*», en *AHDE*, 1976, p. 130 y ss., BONFANTE, en *Sui contractus e sui pacta*, en *Scritti giuridici varii*, III, Turín, 1926, p. 142 y ss. o RICCOBONO, S. «Elementi sistematici nei commentari ad Edictum», en *BIDR*, 44 (1936-1937), p. 9 y ss.

Resulta muy interesante la exposición de BISCOTTI en *Dal pacere... cit.*, p. 446 y ss. así como la síntesis que del estado de la cuestión ofrece ALBURQUERQUE en *La protección... cit.*, p. 38, nt. 79. RODRÍGUEZ DÍAZ, E. *De la noción de contrato... cit.*, p. 92, nt. 41.

título III *de edendo* y seguido, a continuación, del título V referente a la *in ius vocatio*.⁶³

Tradicionalmente, se ha entendido que el título edictal dedicado a los pactos quedaría reflejado en el siguiente texto de Ulpiano:

D. 2, 14, 7, 7 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Ait praetor: "pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo."*⁶⁴

La formulación del *edictum de pactis* que hallamos en este texto de Ulpiano constituiría el punto final de la evolución que sufre el fenómeno pacticio desde la Ley de las XII tablas hasta la redacción del Edicto por Salvio Juliano en el año 130 d. C.

De la cláusula edictal surgen diversos interrogantes de los cuales se ha ocupado ampliamente la doctrina, especialmente entorno a cuál sería el objeto del edicto —es decir qué hemos de entender bajo la expresión *pacta conventa*

⁶³ En torno a la ubicación en el Edicto del *edictum de pactis*, *vid.* SANTORO, R. «Il contratto nel pensiero di Labeone», en *Annali Palermo*, 37 (1983), p. 166 y ss. muestra una opinión diversa a la mantenida por la mayor parte de la doctrina, que entiende que el edicto *de pactis* debió encontrarse regulado entre el edicto *de edendo* y el de *in ius vocando*, precisamente como advierte D'ORS en *Conventiones et contractus*, p. 133 debido al papel que tradicionalmente había desarrollado el pacto en el proceso, como pacto transaccional. Y es más, de acuerdo con RUDORFF, en «Die Prozessöffnung nach dem Edikt», en *ZRG*, 4 (1864), p.32, y con LENEL, en *EP*, p. 501. ante la falta de una clara sanción en la cláusula edictal, entienden que lo que el pretor perseguiría al mantener los *pacta conventa* sería favorecer las transacciones entre las partes y descargar la jurisdicción del pretor; volveríamos pues a una idea similar que la de pacto en las XII Tablas, como vía para la solución pacífica de las controversias, sin tener que recurrir a un proceso o evitar que éste deba desarrollarse. Para Santoro, el edicto de *in ius vocando* precede al de *pactis*, para ello basa su planteamiento en la sistemática diversas codificaciones justinianas y prejustinianas.

⁶⁴ Cfr. LENEL, *EP*, p. 64 nt. 5. Sería la redacción hecha por Juliano a principios del s. II d. C. Para la mayor parte de la doctrina, esta redacción sería el producto final de una evolución de la institución pacticia durante los siglos anteriores —*vid. ad exemplum*, ARCHI, G.G. *Ait praetor... cit.*, p. 375 o, más recientemente, BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 443 y 444, sobre la datación de la cláusula, concretamente, p. 453 y ss.—, pero el núcleo central y originario de la cláusula dataría ya de época republicana, así, por ejemplo, suele afirmarse que Cicerón ya habría conocido la cláusula edictal relativa a los pactos —*vid. De officis*, 3, 92 y ss.—, de esta cuestión nos ocupamos en el epígrafe que sigue a continuación.

—, y de otra, sobre qué tipo de intervención o protección sería la conferida por el pretor en el mencionado edicto —*pacta conventa servabo*.

5.1. Formulación y objeto de la cláusula edictal: “pacta conventa servabo”.

Una de las cuestiones más debatidas acerca de la cláusula edictal sería la que hace referencia al contenido de ésta, los *pacta conventa*. Para tratar este tema, debemos ocuparnos antes de la época en que aproximadamente debió formularse la cláusula edictal.

Actualmente parece consolidada la opinión de que el núcleo originario de la cláusula dataría de época republicana, coincidiendo con la época más productiva del derecho pretorio (ss. III a I a. C.). Esta opinión se sostiene fundamentalmente sobre el hecho de que parece bastante probable que Cicerón hubiera conocido la mencionada cláusula, pues el texto de ésta en la versión que recoge Ulpiano, y que se correspondería a la que habría podido ser su redacción definitiva en el *Edictum Perpetuum*, guarda muchas similitudes con referencias que encontramos en Cicerón, concretamente en su obra *De Officiis* 3, 92:

Pacta et promissa semperne servanda sint, quae nec vi nec dolo malo, ut praetores solent, facta sint.

Asimismo, otro texto, en este caso de Séneca padre, parece aludir al edicto relativo a los pactos al que se refiere Cicerón, aunque no de un modo tan literal o cercano como éste:

Controversiae 9, 3: Per vim metvmqve gesta ne sint rata. pacta conventa legibus facta rata sint. Expositvm qvi agnoverit solvtis alvmentis recipiat (...).

A raíz de ambos textos, pero muy especialmente del de Cicerón, es posible pensar que la tutela pretoria de los pactos se remonta, cuando menos, a la época de este autor.

El uso por parte de Cicerón de *pacta et promissa* en el citado texto ha sido entendido, en muchos casos, como un sinónimo de *pacta conventa* (o *pacta et conventa*, teniendo en cuenta la época y la conjunción *et* de *pacta et promissa*), empleado por este autor en una referencia al edicto en un contexto no técnico, fuera del lenguaje jurídico⁶⁵. Sin embargo, recientemente, Biscotti⁶⁶ defendía de un modo bastante acertado la posibilidad de que esto no fuera así y que el edicto en la época de Cicerón tuviera una redacción muy parecida a la que este mismo autor recoge en *de Off.* 3, 92, especialmente en lo que se refiere al uso de la expresión *pacta et promissa* que, de acuerdo con esta autora, sí habría sido incluida en el edicto de la época de Cicerón.

La anterior hipótesis de Biscotti partiría de la base de que no parece lógico ni propio de Cicerón, por una parte, el empleo de una expresión tan poco técnica como *pacta et promissa*, en vez de *pacta conventa* —o *pacta et conventa*— y, de otra parte, que éste hubiera mantenido textualmente, en *de Off.* 3, 92, el contenido que presumiblemente debía tener la cláusula edictal tal y como él la conocía.

⁶⁵ Al respecto, *vid.* VÉGH, Z. «*Ex pacto ius*. Studien zum Vertrag als Rechtsquellen bei den Rhetoren», en *SZ*, 110 (1993), p. 223 y ss, en las que se refiere a este fragmento de *De Officiis* de Cicerón, nos encontraríamos ante una referencia al Edicto, pero la cita es libre y modificada en función de los ejemplos que Cicerón introduce en los siguientes párrafos, que constituyen excepciones a lo que se expresa en el párrafo 92 acerca de los *pacta promissa*. Este autor encuentra bastantes dificultades para conciliar los *pacta et promissa* del texto de Cicerón con los *pacta conventa* del texto de Ulpiano, recupera toda la discusión sobre el título de la cláusula edictal y se pregunta si, en realidad, Cicerón emplea dos términos con el mismo significado o se trata de dos conceptos diferentes. Por su parte, Sturm entiende que *pacta et promissa* no es más que un sinónimo de *pacta et conventa* sin entrar en la discusión de si el texto de Cicerón reproduce literalmente el edicto o no en esta época, *Il pactum...* *cit.*, p. 158.

⁶⁶ BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 195.

Si comparamos el texto de Cicerón con el de Ulpiano —que nos muestra una cláusula con un contenido mucho más completo y teniendo especialmente en cuenta que son textos de una naturaleza totalmente diversa—, el primero menciona la necesidad de que el pacto se haya realizado sin dolo malo e incluso el verbo utilizado es el mismo *servare*. Si además añadimos a la comparación el texto de Séneca padre, podemos observar que el fragmento de este autor recoge, en primer término, la mención a la *vis* —también presente en el texto de Cicerón— y al *metus* en relación con la conclusión de los pactos, pero no emplea en ningún caso el verbo *servare*, ni hace mención expresa al pretor, a diferencia de Cicerón. Según el texto de Séneca padre, los pactos concluidos con violencia o miedo no serían válidos, mientras sí lo serían aquellos concluidos conforme a las leyes, referencia que se echa de menos en Cicerón.

De acuerdo con Biscotti⁶⁷, la cláusula edictal de la época de Cicerón habría tutelado el fenómeno pacticio en general —teniendo en cuenta que en esta época, junto a la figura del pacto como acto transaccional convive la nueva figura del pacto basado en el acuerdo, figura que además se encuentra en auge — y habría dado reconocimiento del binomio *pactum-stipulatio*. Con el tiempo, la importancia del *conventum* en los pactos —se entiende que junto con el decaimiento del pacto propio de las XII Tablas—, relegaría la figura de la *stipulatio* a un segundo plano, de ahí que, en el Edicto, se hubiera sustituido, en un primer momento, la referencia a *pacta et promissa* por *pacta et conventa*, y finalmente se hubiera llegado a *pacta conventa*, formulación que vemos en el texto de Ulpiano.

A la hipótesis defendida por Biscotti se le podría formular una serie de objeciones, tales como el absoluto silencio que guarda el texto de Cicerón acerca de que el pacto no debe haberse concluido contrariamente a las leyes, plebiscitos y senadoconsultos; fuentes ya conocidas en época de Cicerón, o el hecho de que no se incluya la mención al fraude, que sí se encuentra en el

⁶⁷ BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 198.

texto de Ulpiano⁶⁸. La autora entiende que la mención a las fuentes legales en el edicto del Pretor no se habría dado en el edicto de la época de Cicerón, sino más tarde, el edicto en época de Séneca padre ya la contemplaría.

El fragmento de Cicerón sí menciona, en cambio, la *vis*. El *edictum quod metus causa* habría incorporado, junto al *metus*, la referencia a la *vis*⁶⁹. Parece también extraño que, en una redacción posterior de la cláusula edictal, se hubiera eliminado la mención a ésta y se mantuviera, sin embargo, la del dolo, respecto del que también se habría dado el correspondiente *edictum de dolo*⁷⁰. No se mencionan las fuentes propias del derecho imperial que sí vemos en el texto de Ulpiano, porque, como es lógico, en esa época aun no existirían, aunque es muy posible que la cláusula edictal se fuera completando con el tiempo hasta alcanzar su redacción definitiva, que debió corresponderse con en el conocido fragmento de Ulpiano.

Con independencia de que el texto de Cicerón realmente exprese el contenido literal o no del Edicto, e incluso de que éste contuviera la mención a los *pacta et promissa* (cuestiones sobre las cuales no podemos más que formular meras hipótesis o suposiciones), de lo que no cabe duda es de que, ya en época de Cicerón, se daría una tutela pretoria del fenómeno pacticio. Si esto no hubiera sido así, no se entiende que Cicerón recogiera tal referencia. Además, cabe observar que dicha tutela, de acuerdo al texto, es dispensada no por un único pretor, sino por los pretores "ut praetores solent". Este sujeto en plural permite pensar que, posiblemente, Cicerón no sólo quería dejarnos

⁶⁸ Cabe destacar la definición de fraude de Paulo en D. 1, 3, 29 (1 *ad leg. Cinc.*), texto que pertenecería a un comentario a la *lex Cincia de donationibus* de 204 a. C., ley que, como recuerda Wégh, desde sus inicios, habría dado lugar a numerosos casos de fraude, sorprende que el edicto de la época de Cicerón no hubiera tenido en cuenta los pactos concluidos en fraude de ley. WÉGH, Z. *Ex pacto ius... cit.*, p. 226

⁶⁹ D. 4, 2, 1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Ait praetor: "quod metus causa gestum erit, ratum non habebit". Olim ita edicebatur "quod vi metusve causa": vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. Sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.*

⁷⁰ WÉGH, Z. *Ex pacto ius... cit.*, p. 226, cree posible que Cicerón, por motivos literarios, hubiera mezclado dos edictos.

constancia de una consolidada o reiterada tutela de los pactos por parte de los sucesivos pretores en sus edictos, sino que, además, dicha tutela era ofrecida no sólo por el pretor urbano, sino que, como sería de esperar, también por el pretor peregrino e incluso, en las provincias, por los gobernadores provinciales⁷¹.

Es del todo posible que el fragmento no sea un reflejo del todo fiel de la cláusula edictal de esta época y que Cicerón se refiera a ella haciendo hincapié en aquellos puntos que le resultan más interesantes, teniendo en cuenta el tema que está tratando en su exposición: la vinculación o no, desde un punto de vista moral, a las promesas. Si la promesa se ha realizado con violencia o dolo, parece que no cabe preguntarse si se queda moralmente vinculado a ella o no, el problema surge en el resto de casos —y Cicerón ofrece ejemplos: el enfermo que promete no tomar un medicamento que le ayudó a restablecerse de su enfermedad y cae de nuevo enfermo o el hombre que promete bailar en el foro para heredar y resulta ser desheredado⁷². No tendría demasiado sentido que el edicto de época de Cicerón tutelara los pactos concluidos contrariamente a las leyes o senadoconsultos, a pesar de que Cicerón no los mencione en su texto. Además, es del todo imaginable que el contenido de la cláusula edictal se hubiera ido formando e incluso variando o completando con el tiempo, hasta adoptar la forma que conocemos hoy en día a través del texto de Ulpiano.

Sin embargo, lo que nos resulta más destacable del texto de Cicerón es que nos estaría informando de la amplia y normal aplicación en la práctica del

⁷¹ Cfr. Gai. 1, 6. Los edictos de cada pretor, incluso el controvertido Edicto provincial, debieron gozar de un contenido mínimo similar, pero, a su vez, recogían normas o previsiones específicas teniendo en cuenta los sujetos a los que el edicto afectaba o el territorio en el que se debía aplicar. LENEL, O. *EP*, p. 3 y ss.

⁷² Para Archi, las referencias al dolo y a la violencia son propias de la cotidianidad de la época a la que pertenece el texto, finales de la república, en las que "dolo e violenza prima che essere delle categorie concettuali, siano delle realtà della vita, contro le quali chi administra la giustizia intende reagire". En esta época, la violencia, el miedo o el dolo no son todavía considerados como vicios de la voluntad negocial, sino que son valorados como aspectos patológicos autónomos a combatir en la esfera de lo público y en la de lo privado en todas sus manifestaciones y con una diversidad de medios según las circunstancias en que se dan. ARCHI, G.G. *Ait praetor... cit.*, p. 391.

binomio *pactum-stipulatio*, como se puede observar en los ejemplos que recoge en los párrafos siguientes al que nos ocupa, supuestos en los que, como decíamos, se plantea desde un punto de vista moral, la vinculación o no de un sujeto a una determinada promesa. El uso de la *stipulatio* junto al pacto, ya sea entendido en el sentido de las XII Tablas o, especialmente, en el *pactum ex convento*, daría lugar a un negocio complejo en el que se identificaría claramente cada uno de estos dos institutos y cada uno de ellos cumpliría con una determinada función.

El binomio *pactum-stipulatio* sería, de acuerdo con Biscotti⁷³, el resultado de la evolución del binomio *pacere-orare* presente ya en las XII Tablas, si bien presenta algunas diferencias en comparación con éste: en el binomio *pacere-orare*, la declaración solemne cumplía con la función de dar publicidad acerca de que el *pacere* había tenido lugar, de modo que volvía a restaurarse la paz quebrantada y no era necesaria la intervención posterior de la *civitas*; en cambio, en el binomio *pactum-stipulatio*, la *civitas* ya no interviene directamente sobre las relaciones entre los particulares, sino que lo hace indirectamente, sancionado con la tutelabilidad los acuerdos de los ciudadanos. Según Biscotti⁷⁴, la transformación del *pacere* en *pacisci* es paralela a la de *orare* y *stipulatio*.

Biscotti contempla también el origen de la tutela pretoria de los pactos en esta transformación, pues la *oratio* vinculaba a todos los individuos implicados en la causa frente a la comunidad, que entendía resuelta la controversia a través del *pacere*; mientras que el uso de la *stipulatio* sólo vinculaba a las partes, concediendo una acción al estipulante contra el promitente para obtener la prestación contenida en el *pacisci*, pero en cambio

⁷³ Tab. 1, 6: *Rem ubi pacunt, orato*. De acuerdo con Biscotti, "orato" debe entenderse como un acto declarativo con eficacia vinculante de naturaleza pública que, con el paso del tiempo y en un contexto social más amplio y complejo, debió sustituirse por el negocio promisorio que, aun teniendo un carácter privado, conservaría su vertiente publicista en tanto que convertiría al pacto en accionable. *Dal pacere... cit.*, p. 133 y ss.

⁷⁴BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 134.

el promitente quedaba desprotegido si, a pesar de realizar la prestación acordada, el estipulante no cumplía con su parte del pacto. Ante este “fallo del sistema” —como lo denomina Biscotti⁷⁵—, lo más lógico es que se otorgara algún tipo de tutela al *pacisci* y que ésta se concretara en la tutela del pretor a través de la concesión de una *exceptio*⁷⁶.

Estamos de acuerdo, por tanto, con Biscotti⁷⁷, cuando expresa que el Edicto de la época de Cicerón habría tutelado el instituto pacticio en general y que, en la práctica, éste debía presentarse bajo la estructura compleja de *pactum et promissum*, en la que al *pactum* le seguiría la *stipulatio* como negocio formal que vincularía a las partes y convertiría el *pactum* en accionable. Esta estructura compleja o binomio *pactum-stipulatio* sería de plena vigencia y aplicación en la práctica de finales de la época republicana, además cabe recordar la amplia y rápida difusión que tuvo la *stipulatio* en el mundo romano gracias a su estructura, que permitía su utilización para las finalidades más variadas, lo que le permitió, sin duda, convertirse en la compañera ideal de los pactos.

Regresando a la cláusula edictal tal y como la recoge el fragmento de Ulpiano, Biscotti⁷⁸ defendería que el uso de *pacta conventa* derivaría de los *pacta et promissa* ciceronianos, al haberse convertido paulatinamente el elemento del *conventum* en el eje primordial de los pactos, en detrimento de la *stipulatio*. Como decíamos anteriormente, no podemos saber a ciencia cierta si el edicto en época de Cicerón recogía la expresión *pacta et promissa*, pero sí

⁷⁵ BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 135.

⁷⁶ Y no una acción, al menos originariamente, al quedar los pactos fuera del ámbito del *ius civile* y teniendo en cuenta que la parte que se beneficiaba del *pacisci* ya quedaba protegida a través de la *stipulatio*, mientras que la otra parte (aquella que debía restablecer el equilibrio quebrantado) por la propia dinámica del *pacisci*, no tendría la necesidad de ser tutelada a través de la concesión de una acción, sino de un arma de defensa frente a la acción de que se hace valer la parte beneficiaria del *pacisci* (parte estipulante).

⁷⁷ BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 127 y ss.

⁷⁸ BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 198.

resulta lógico pensar que, con el paso del tiempo, el *conventum* adquirió tal importancia hasta estar presente no sólo en textos no propiamente jurídicos, como hemos visto, sino que también en la cláusula edictal tal y como la describe Ulpiano.

La doctrina ha ofrecido diferentes interpretaciones acerca de la expresión *pacta conventa* presente en este fragmento de Ulpiano y seguramente la que más fortuna ha tenido es la que defiende que bajo esta expresión debe entenderse un binomio asindético, es decir, una expresión pleonástica o una yuxtaposición entre dos sustantivos neutros sin una conjunción copulativa (del mismo modo que sucedería en el caso de *ususfructus*), que se traduciría como "lo pactado y convenido" y respondería a la evolución del fenómeno pacticio que ya hemos comentado anteriormente⁷⁹.

Esta interpretación se apoya, además, en el uso habitual en época republicana de otras construcciones asindéticas como *ruta caesa*, *sarta tecta*, *invecta inlata*, *introducata importata* o *effusa deiecta*, así como en el uso corriente, en textos literarios e incluso jurídicos, de expresiones tales como *pacta et conuenti formula*, *ex pacto et conuento*, *pacta conuentaque*, *de pactis et conuentis*, entre otras, en las que sí aparece la conjunción "et" o "que" estableciendo un ligamen entre ambos sustantivos, lo que refuerza la teoría, mayoritariamente defendida, de que la expresión está formada por dos sustantivos y no por un sustantivo junto a un adjetivo⁸⁰.

⁷⁹ Ésta sería la teoría defendida, entre otros, por BURDESE, A. en voz «Patto», *NNDI*, XII, Turín, 1965, p. 708 y ss., ARCHI, G. G. *Ait praetor... cit.*, p. 401 y ss. o STURM, F. *Il pactum... cit.*, p.161.

⁸⁰ Vid. MAGDELAIN, A. *Le consensualisme... cit.*, p. 21. STURM, F. *Il pactum... cit.*, pp. 160 y 161. TONDO, S. «Note ulpianee alla rubrica edittale per i 'pacta conventa'», en *SDHI*, 64 (1998), p. 443. En contra de esta concepción, se muestra Biscotti, quien entiende que la evolución lógica hasta "*pacta conventa*" implica que "*conventum*" sea entendido como un participio de pasado que actúa como adjetivo especificativo respecto de "*pactum*", en el sentido de que el pacto se ha concluido bajo la convergencia de la voluntad de las partes. Así, mientras "*pactum*" sería un participio de pasado que se habría sustantivizado con el tiempo, no se puede decir lo mismo respecto a "*conventum*", la forma sustantival que derivaría del verbo "*convenire*" sería "*conventio*". BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 450. En cualquier caso, nos parece que lo que resultaría destacable sería la existencia de un acuerdo de voluntades (*conventum*).

A continuación, nos ocuparemos de los pactos que tutelaría el pretor y que se enmarcarían dentro de la expresión *pacta conventa*, junto con el estudio del tipo de protección que el pretor confirió a los pactos, ya que ambas cuestiones se encuentran íntimamente ligadas.

5.2. La tutela pretoria de los pactos

Como hemos podido observar anteriormente, cuando nos referíamos a la datación de la tutela pretoria de los pactos, el edicto en cuestión, ya desde época republicana hasta su redacción definitiva en el año 130, debió incluir el verbo *servare*. El mismo verbo vuelve a aparecer tan solo una vez más en el *Edictum Perpetuum*, en la cláusula *quae fraudationis causa gesta erunt*, recogida en D. 42, 8, 1 pr. (Ulp. 66 *ad ed.*):

Ait praetor: "quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curator bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo".

El uso que el pretor hace del verbo *servare*, en este caso, nada tiene que ver con su uso en la cláusula relativa a los pactos, en la que la interpretación de *servare* es mucho más problemática, muestra de ello sería la inagotable discusión sobre la cláusula edictal que mantiene, hasta nuestros días, la doctrina romanista. Basta con una simple lectura del texto para comprobar que el verbo, cuando es empleado en la cláusula edictal sobre el fraude, se refiere a la promesa que hace el pretor de conceder una acción dentro del año, es decir, recoge lo expresado precedentemente en el texto. Sin embargo, si se compara con su uso en la cláusula sobre los pactos, no parece que se le pueda atribuir el mismo sentido, sino que de la comparación, más bien puede concluirse que el

verbo no parece tener un significado jurídico propio o unívoco en todos los casos en que lo emplea el pretor.

Servare no parece, por tanto, poder identificarse con alguno de los remedios procesales que concede el pretor en concreto⁸¹, sino que parece encontrarse más cercano al uso de este verbo en el lenguaje cotidiano y no en el lenguaje técnico, de modo que puede ser entendido como “observar, respetar, guardar o mantenerse fiel”. En esta misma línea, Selb⁸², al estudiar los diferentes tipos de promesas que el pretor incluye en su edicto, expresa muy acertadamente que, en el caso del *edictum de pactis*, al utilizar el verbo “servabo” el pretor estaría expresando su programa político en relación a los pactos. Programa que se vería completado, posteriormente, con la concesión de diversos remedios procesales como serían la *denegatio actionis*, la *exceptio pacti*, la *exceptio doli*, la concesión de acciones a través de edictos específicos (como sería el caso de los pactos dotales, D. 23, 4) o la concesión de acciones en determinados supuestos (D. 19, 5).

Sin embargo, ante la perplejidad de una cláusula edictal en la que el pretor no especifica una clara sanción, tradicionalmente la doctrina mayoritaria ha observado, en la promesa del pretor *pacta conventa servabo*, la continuación del carácter defensivo, reequilibrador o transaccional que se atribuía al pacto en las XII Tablas. De este modo, interpretan la promesa del pretor como un intento por favorecer los pactos que descarguen su jurisdicción, basándose sobre todo, en la ubicación que tradicionalmente se le ha atribuido al *edictum de pactis* en el *Edictum Perpetuum*.

⁸¹ ARCHI, G.G. *Ait praetor: Pacta conventa servabo... cit.*, p. 378, nt. 12; BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 454.

⁸² SELB, W. «Das prätorische Edikt: Vom rechtspolitischen Programm zur Norm», en *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Munich, 1986, pp. 265 y 266. El mismo Lenel pone en duda que los pactos fueran, desde un principio, protegidos únicamente a través de una excepción EP, p. 21 nt. 1.

Para hacer valer el pacto transaccional frente a la acción que no lo respetara, de acuerdo con la doctrina tradicional, el pretor habría concedido la *exceptio pacti conventi*, una excepción que curiosamente no es mencionada en la cláusula edictal que nos ocupa, sino en el título XLIV del Edicto, bajo la rúbrica *Si quis vadimoniis non obtemperaverit*, pero cuya concesión concordaría con lo que expresa Ulpiano en el fragmento de D. 2, 14, 7, 4 (4 *ad ed.*) justo antes de recordar el *edictum de pactis*⁸³. Recordemos lo que exponíamos anteriormente al hablar de los *pacta et promissa* del texto de Cicerón, como aplicación en la práctica del binomio *pactum-stipulatio*: un negocio complejo en el que la víctima u ofendido se haría prometer el contenido del pacto con el que se pone fin a una controversia, de modo que podría exigir al reo la prestación estipulada en caso de infringir lo pactado; sin embargo el reo/promitente, que realizaba la prestación contenida en el pacto, no disponía de ningún medio de protección si el ofendido/estipulante, pese a todo, continuaba adelante con su reclamación por vía procesal. Ante este fallo del sistema, el pretor debió conceder una *exceptio* al reo (y no una acción), por ser el mecanismo más adecuado para protegerlo frente a la acción del ofendido.

De acuerdo con esta interpretación, los *pacta conventa* tutelados por el pretor serían, con carácter general, aquellos que pusieran fin a una controversia sin necesidad de acudir a una solución procesal. Estos acuerdos serían los que tendrían lugar entre el titular de un derecho de acción y aquel contra quien pudiera ejercerla, con la intención de modificar o evitar total o parcialmente la eficacia de la acción. Este sería el caso del *pactum de non petendo*⁸⁴.

⁸³ D. 2, 14, 7, 4 (Ulp.4 *ad ed.*): *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

⁸⁴ Esta teoría sería la defendida por los primeros estudiosos del edicto pretorio, como RUDORFF, F. «Die Prozesseröffnung nach dem Edikt», en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 4 (1864), p. 32 y ss; LENEL, O. *EP*, p. 31 y 3, aunque expresa algunas dudas sobre la única concesión de excepciones en el caso del *edictum de pactis*, p. 20 nt. 1. En el mismo sentido, Manenti llega a distinguir estos pactos procesales de los no procesales, estos últimos se fueron perfeccionando con el tiempo y tipificándose y, según el caso, generaban una acción o una excepción (D. 2, 14, 5, Ulp. 4 *ad ed.*), de modo que se incluyeron en la categoría de *conventa*. de acuerdo con este autor, el *pactum conventum*, a que se refiere el Pretor en su

Sin embargo, los autores que defendían esta concepción del pacto, como sería el caso de Manenti, tuvieron que reconocer la existencia de algunos acuerdos cuyo objeto era totalmente distinto al pacto previsto en las XII Tablas, pero a los que el pretor habría querido concederles la misma eficacia y les daba entrada en su edicto. Estos acuerdos, que también eran denominados con el término *pactum*, tenían como finalidad modular el contenido de algunas relaciones obligatorias y quedaban incorporados en el negocio cuando éste estuviera protegido por *bonae fidei iudicia* y siempre y cuando se realizaran *in continenti*. La concesión de una *exceptio* para este tipo de pactos no aseguraba la óptima tutela de estos, de modo que estos pactos añadidos acababan siendo tutelados, como decíamos, a través de la acción contractual. Así pues, con carácter general, el pretor amparaba con su *edictum de pactis* todos aquellos acuerdos dirigidos a excluir total o parcialmente una acción o evitar un litigio, además de aquellos acuerdos que modificaban una relación jurídica, pero en ningún caso los acuerdos constitutivos de relaciones jurídicas.

A partir del comentario de Ulpiano al *edictum de pactis*, se puede extraer un concepto general de acuerdo que quedaría enmarcado en los tres tipos de convenciones a que se refiere este jurista en D. 2, 14, 5 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium. publica conventio est, quae fit per pacem, quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur*. De este modo, junto a las convenciones privadas *ex lege* –con las que el jurista se referiría a los pactos propiamente dichos, es decir, los pactos como acuerdo transaccional previstos en las XII Tablas— encontraríamos las convenciones privadas *iuris gentium*, que estarían tuteladas por acciones, cuando estas convenciones

Edicto, no constituiría un binomio asindético, sino que estaría formado por dos sustantivos diferentes que se referirían, asimismo, a instituciones diferentes: el pacto procesal quedaría expresado en el término *pactum*, mientras que los pactos no procesales se expresarían mediante el *conventum*. MANENTI, C. *Contributo ... cit.*, p. 85 a 180 y en *Pacta conventa... cit.*, p. 203 a 256. También Bonfante comparte la postura de que, en el *edictum de pactis*, el Pretor estaría sancionando los pactos dirigidos a suprimir o restar eficacia al ejercicio de una acción o tendentes a modificar –pero no a constituir— una relación jurídica, BONFANTE, P. *Sui contractus... cit.*, p. 135 a 149.

entran en la categoría de contrato o si en ellas subyace una causa, o bien excepciones, cuando no constituyen un contrato ni tienen causa, pero son reconocidas por el pretor y tuteladas en su edicto.

Algunos autores, entre los que se encuentran D'Ors, Santoro o Sturm, han defendido que la promesa del Pretor, *pacta conventa servabo*, debe interpretarse como su compromiso de observar, mantener o respetar los pactos concluidos por los particulares, pero dicha promesa no tiene por qué materializarse, en la práctica, únicamente en la concesión de una *exceptio*.

Así, por ejemplo, Sturm⁸⁵ entiende que el Pretor se compromete a no ejercer su jurisdicción en aquellos casos en los que las partes han acordado cómo resolver su controversia y el actor ha renunciado, implícita o explícitamente, a ejercer su acción y a sus derechos. Sturm, al igual que d'Ors⁸⁶, opina que la sanción del edicto es la *denegatio actionis*, sanción que, pese a no estar especialmente contemplada en el Edicto, tenía lugar desde el momento en que el Pretor se hallaba en la certeza de que las condiciones de la *exceptio* se cumplían. La teoría de Sturm tiene, en parte, su lógica, en tanto que el pacto se contempla como un acuerdo que pretende evitar que se inicie un litigio: y qué mejor manera de conseguirlo que denegando la acción. La concesión de una *exceptio* supondría, precisamente, lo que se pretende evitar con el pacto, esto es que se lleve a cabo el proceso, ya que la *exceptio* debe ser investigada por el *iudex* en la fase *apud iudicem*. Sin embargo, si el pacto sigue teniendo el mismo sentido que en las XII Tablas, hay quien se pregunta por qué motivo el Pretor no mantuvo en el edicto el término *pacisci*. Según Sturm, en el edicto, el Pretor recogió los cambios que se habían producido en el lenguaje jurídico, pues el término *pactum* ya había perdido sus connotaciones técnicas de acuerdo transaccional y, aunque el binomio *pactum conventum* no podía restablecer dicho sentido, sí que permitía dejar fuera de dudas que la *denegatio*

⁸⁵ STURM, F. *Il pactum... cit.*, p. 162 y ss.

⁸⁶ D'ORS, A. Recensión a *Le consensualisme dans l'Édict du préteur*, en *AHDE*, 29 (1959), p. 722.

actionis o la *exceptio* suponían la existencia de un acuerdo entre las partes, con independencia de su naturaleza transaccional o no.

Santoro⁸⁷ también entiende que la promesa del pretor de proteger los pactos no puede quedar ceñida a la sola concesión de excepciones. de acuerdo con este autor, del *edictum de pactis* sólo puede extraerse la obligación del pretor de observar los acuerdos a los que llegaran los particulares, sin que ello implique forzosamente que la única tutela que el pretor pueda concederles sea una excepción. Este autor entiende, además y separándose de la doctrina tradicional, que a finales de época republicana el término *pactum* no sólo designaba acuerdos de carácter extintivo o transaccional, sino también acuerdos constitutivos de relaciones obligatorias, conclusiones a las que llega basándose en los conocidos textos de Cicerón o Séneca padre. De la cláusula edictal se extraería, además, ese valor constitutivo de los *pacta*, concretamente de las convenciones legítimas o de las convenciones *iuris gentium* típicas o atípicas, cuando la *datio* o el *factum* en que se concretan se fundamenten en una causa.

A nuestro entender, la generalidad de la cláusula es precisamente la que ha permitido que ésta permanezca en el tiempo y llegara hasta nosotros a través del Digesto. Cuando el pretor expresa *pacta conventa servabo*, no está prometiendo ningún remedio en concreto, sino que mantendrá los pactos entre los particulares siempre y cuando estos cumplan con los requisitos de *utilitas* recogidos en la misma cláusula edictal, esto es, que el pacto se haya concluido en ausencia de dolo o de fraude, sin contravenir las *leges*, *plebiscita*, *senatusconsulta* ni el derecho imperial. Estamos de acuerdo con Selb⁸⁸ en que el pretor, a través del *edictum de pactis*, está expresando su programa político en relación a los pactos y que, posteriormente y teniendo en cuenta el caso concreto, completará dicho programa con la concesión del remedio procesal

⁸⁷ SANTORO, R. *Il contratto ... cit.*, pp.168 y ss.

⁸⁸ SELB, W. *Das prätorische Edikt... cit.*, p. 259 y ss.

que considere más oportuno, ya sea éste una *exceptio*, una *actio in factum* o útil o la *denegatio actionis*.

Es más, a continuación del fragmento de Ulpiano relativo al *edictum de pactis*, encontramos la clasificación general de los pactos según si son *in rem* o *in personam* (D. 2, 14, 7, 8, Ulp. 4 *ad ed.*), clasificación que permite determinar la transmisibilidad del pacto o no a los sucesores de las partes entre las cuales se concluyó éste, lo que tendrá claras consecuencias desde el punto de vista procesal. A continuación de esta clasificación, los compiladores incluyeron textos de Ulpiano relativos al dolo y al fraude en los pactos⁸⁹, este carácter estricto de los textos de Ulpiano en relación con los requisitos que deben cumplir los pactos para que sean tutelados por el pretor parece desproporcionado si entendemos los pactos como acuerdos extintivos. Que el pretor sea tan estricto con los pactos que protege y que se prevea un régimen concreto para la transmisión de las situaciones pacticias denota la gran aplicación de la figura del pacto y nos hace pesar que éste sí sería capaz de constituir situaciones jurídicas.

⁸⁹ D. 2, 14, 7, 9 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Dolo malo ait praetor pactum se non servaturum. dolus malus fit calliditate et fallacia: et ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur.*

D. 2, 14, 7, 10 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil praetor adicit: sed eleganter Labeo ait hoc aut iniquum esse, aut supervacuum. iniquum, si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere: supervacuum, si deceptus hoc fecerit, inest enim dolo et fraus.*

5.2.1. "Le consensualisme dans l'édit du préteur" de Magdelain

Fuente de inagotables discusiones ha sido la maltrecha teoría de Magdelain⁹⁰, que a pesar de haber sido criticada hasta la saciedad por algunos de los más prestigiosos romanistas⁹¹, también ha sido alabada por su carácter innovador. La conocida tesis de Magdelain partía de la premisa de acuerdo con la cual el Edicto del pretor, en época republicana, recogería la máxima expresión del consensualismo.

A partir del estudio del uso del término *pactum* y de sus derivados en obras literarias y por la jurisprudencia, sobre todo a partir de textos de la jurisprudencia clásica tardía, Magdelain llega a la conclusión de que el pacto designa un acuerdo de voluntades cuyo valor no es únicamente extintivo –como vendría defendiendo la doctrina anterior a él—, sino que los pactos también pueden tener un valor creador. En este sentido, el autor se refiere, entre los numerosos casos en los que se fija para ilustrar esta idea y con una destacable atención, al supuesto de las *pactiones et stipulationes* que se emplean en la constitución de servidumbres y de usufructo en las provincias, haciendo hincapié en la idea de que es la *pactio* la que constituye la servidumbre o el usufructo y poniendo en paralelo este caso al de la *conventio pignoris*.⁹²

⁹⁰ MAGDELAIN, A. *Le consensualisme dans l'Édit du Préteur*, París, 1958. Anteriormente, publicaba sus teorías sobre el origen pretorio de los *bonae fidei iudicia* en *Les actions civiles*, París, 1954, pp. 42 a 60.

⁹¹ Cfr. Las innumerables recensiones de las que ha sido objeto dicha obra, entre otros, BRASIELLO en *SDHI*, 25 (1959), pp. 465 y ss; D'ORS en *AHDE*, 29 (1959), pp. 722 y ss; BURDESE en *IURA*, 10 (1960), pp. 207 y ss; AMIRANTE en *BIDR*, 2 (1960), pp. 297 y ss; LEVY en *RHD*, 38 (1960), pp. 133 y ss; TALAMANCA en *Labeo*, 6 (1960), pp. 278 y ss; WIEACKER en *SZ*, 80 (1963), pp. 32 y ss. A la teoría consensualista de Magdelain se han aproximado, en las últimas décadas, algunos autores, como sería el caso, entre otros, de Santoro, Melillo o Biscotti, *vid.* epígrafe 5.2.3 a continuación.

⁹² *Le consensualisme... cit.*, p. 8 y 9, aunque el autor expresa sus dudas acerca de la existencia de una *actio in rem*, en cualquier caso, entiende que no queda demostrada su existencia.

A partir de los fragmentos de Ulpiano de D. 2, 14, 1, 2 (Ulp. 4 *ad ed.*) y 50, 12, 3 pr. (Ulp. 4 *disp.*), concluye que existe una asimilación teórica entre los términos *pactum* y *conventio*. La proximidad entre ambos términos permite, de acuerdo con Magdelain, entender la estructura de la expresión *pacta conventa* en el Edicto del pretor. Considera que es erróneo creer que *conventum* actúa como adjetivo de *pactum* y que, más bien, nos encontramos ante un asíndeton, ante dos participios de pasado empleados como sustantivos sin mediar una conjunción entre ellos, fenómeno no poco habitual ya sea en el lenguaje común o en el jurídico. En definitiva, ambos términos designan la misma idea, el acuerdo de voluntades. Este binomio nos informa, además, del estrecho parentesco que existe entre la noción de *pactum*, *conventum* y *conventio*, siendo así que, en muchos casos, algunos juristas mencionan estos términos en un mismo texto indistintamente⁹³.

En cualquier caso, Magdelain puntualiza que el término *conventio* sería posterior en el tiempo respecto al de *pactum*. Éste último habría sido la expresión del consensualismo durante toda la época republicana y a inicios del Principado, lo que permitiría explicar el porqué de la larga introducción que hace Ulpiano cuando comenta el *edictum de pactis*, al igual que sucede en los fragmentos del comentario de Paulo que se han conservado en D. 2, 14. El uso de *conventio* es rarísimo durante época republicana y en los inicios del Principado y el término no aparece mencionado en la obra de Cicerón. Hasta una época más avanzada del Principado no se generalizaría el uso de *conventio*, y es entonces cuando, además, entraría en concurrencia con el término *pactum*. Por su parte, *pactum* también entraría en concurrencia con *contractus*, vocablo que también acabaría por generalizarse. El término *pactum*, durante la época clásica, perdería su vitalidad, cediendo terreno a la *conventio* y al *contractus*. Sin embargo *pactum* continuaría empleándose en algunos supuestos, como el caso del *pactum de non petendo* o los *pacta adiecta*.

⁹³ Magdelain recoge ejemplo de ello, *Le consensualisme... cit.*, p. 21 nt. 77.

En lo que se refiere al comentario de Ulpiano al *edictum de pactis*, Magdelain se fija en que el jurista no inicia su comentario directamente con la rúbrica edictal, sino que, como advertíamos anteriormente, realiza una amplísima exposición sobre el consensualismo antes de expresar el contenido del *edictum de pactis*. En su comentario, Ulpiano asocia las nociones de *pactum* y *conventio*, sin establecer jerarquía alguna entre ambas, de este modo inicia su exposición refiriéndose al *pactum* y su asociación a la *conventio* y recoge la referencia a Pedio sobre la presencia de la *conventio* en cualquier obligación o contrato⁹⁴; recoge a continuación la clasificación de las *conventiones*⁹⁵, a partir de esta clasificación —que Magdelain considera de un carácter estrictamente procesal, enfocada al procedimiento formulario y necesaria para poder entender el contenido del *edictum de pactis*—, se refiere a aquellas *conventiones iuris gentium* que generan acción y enumera los contratos consensuales⁹⁶ y a continuación se refiere a las *conventiones* que no se denominan contrato, pero se fundamentan en una causa, los denominados contratos innominados⁹⁷; acto seguido se refiere a las *conventiones* que no constituyen un contrato ni gozan

⁹⁴ D. 2, 14, 1 (Ulp. 4 ad ed.): *Huius edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare? 1. Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est). 2. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus. 3. Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

⁹⁵ D. 2, 14, 5 (Ulp. 4 ad ed.): *Conventionum autem tres sunt species. Aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium. Publica conventio est, quae fit per pacem, quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur.*

⁹⁶ D. 2, 14, 7, 1 (Ulp. 4 ad ed.): *Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.*

⁹⁷ D. 2, 14, 7, 2 (Ulp. 4 ad ed.): *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo synallagma dicit, unde haec nascitur actio.*

de causa, es decir a los *nuda pacta* y recoge la conocida máxima "*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*"⁹⁸, y finalmente, antes de expresar la rúbrica del *edictum de pactis*, se refiere a los *pacta adiecta*, que quedarían incorporados a la acción que dimana del contrato al que se añaden cuando se realizan *in continenti*.⁹⁹

De acuerdo con Magdelain, del comentario de Ulpiano al Edicto se puede extraer, entre otras ideas, las siguientes: el jurista al expresar que las *conventiones* que generan una acción "*in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*", estaría excluyendo los contratos consensuales de la cláusula edictal, los cuales dispondrían de su propia rúbrica; asimismo, quedarían excluidos de la cláusula los *pacta adiecta*, ya que quedarían incorporados al contrato en cuestión cuando se realizan *ex continenti* y son tutelados a través de la acción contractual; también quedarían fuera del

⁹⁸ D. 2, 14, 7, 4 (Ulp. 4 ad ed.): *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

⁹⁹ D. 2, 14, 7, 5 (Ulp. 4 ad ed.): *Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsequuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit. et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio: ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.*

D. 2, 14, 7, 6 (Ulp. 4 ad ed.): *Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione. Si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactione mutari potest? Et haec ita Pomponius libro sexto Ad Edictum scribit. Quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta, eadem ratione. Nam si potest tota res tolli, cur non et reformari? Ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur. Quod non insuptiliter dici potest. unde illud aequè non reprobó, quod Pomponius libris lectionum probat, posse in parte recedi pacto ab emptione, quasi repetita partis emptione. Sed cum duo heredes emptori exstiterunt, venditor cum altero pactus est, ut ab emptione recederetur: ait Iulianus valere pactionem et dissolvi pro parte emptionem: quoniam et ex alio contractu paciscendo alter ex heredibus acquirere sibi potuit exceptionem. Utrumque itaque recte placet, et quod Iulianus et quod Pomponius.*

edictum de pactis los contratos innominados, que son extraños al álbum del pretor.

Así pues, desde el punto de vista de Magdelain, el comentario de Ulpiano al *edictum de pactis*, en sintonía con la clasificación de las *conventiones* de D. 2, 14, 5 (Ulp. 4 *ad ed.*) intenta mostrar cómo quedarían fuera de la cláusula edictal todas aquellas *conventiones* que generan una acción, quedando dentro de la cláusula únicamente las *conventiones* que generan una *exceptio*, es decir el *pactum de non petendo*, los *pacta adiecta* cuando se realizan *ex intervallo* y los *nuda pacta* —a estos últimos se refiere Ulpiano expresamente para enunciar la conocida máxima “*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*”. Sin embargo, para Magdelain, este régimen del *edictum de pactis* que vemos en el comentario de Ulpiano no se correspondería con el régimen originario.

Magdelain parte de la duda expresada por Lenel, en el *Edictum Perpetuum*, acerca de que el *edictum de pactis* concediera como tutela únicamente una *exceptio*, al no existir ninguna otra cláusula edictal que proporcionara este remedio procesal en exclusividad¹⁰⁰, y entiende que los pactos debieron gozar de una tutela procesal mucho más amplia que la de una simple *exceptio* —o incluso la *denegatio actionis*. Compara además el caso del *edictum de pactis* con el del *edicto general quod metus causa*¹⁰¹. Así pues, el profesor francés llega a la conclusión que el *edictum de pactis* habría incluido, al menos en sus orígenes, las acciones de los contratos de buena fe —con la

¹⁰⁰ LENEL, O. *EP*, p. 20 nt. 1; MAGDELAIN, A. *Le consensualisme... cit.*, p. 78.

¹⁰¹ D. 4, 2, 1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Ait praetor “quod metus causa gestum erit, ratum non habeo”* (...). Magdelain compara ambos edictos y considera que no sólo tienen en común su carácter general, pues el edicto *quod metus causa* también se caracterizaría por expresar el programa político del pretor en relación a un tema, sino también el hecho de que en ninguno de ellos el pretor expresa los remedios procesales que concederá a los particulares. Del edicto general *quod metus causa* dependerían las acciones rescisorias fundadas en la violencia, aunque su fórmula no se encuentra propuesta en el álbum pretorio, y también la *exceptio metus*, recogida en el título *de exceptionibus*, remedios que, además, no serían excluyentes entre sí, éste edicto sería un claro ejemplo de la posibilidad de que un mismo edicto rija acciones extraedictales y excepciones. *Le consensualisme...* pp. 81 y ss. LENEL, O. *EP*, § 39, pp. 110 y ss. KASER, M. *RPR*, I, § 59 III, pp. 243 y ss.

salvedad de la *actio commodati in ius*, atraída al *Edictum de rebus creditis* (título XVII) por la *actio commodati in factum*— y la acción Serviana. Estas acciones nunca habrían llegado a salir del *edictum de pactis* para ser recogidas en un edicto específico, ya que con el tiempo, concretamente, durante la época del Principado, habrían sido acogidas por el *ius civile*, perdiendo aquel signo distintivo que recordaba su origen pretorio.

Para llegar a la anterior conclusión, observa el título XIX del *Edictum perpetuum* que recoge la fórmula de las acciones de buena fe y advierte que la idea que rige el título no es propiamente la idea de la buena fe, sino la de contrato de buena fe, ya que el pretor parece haber querido establecer una distinción entre los *bonae fidei iudicia*, incluyendo en este título únicamente aquellas acciones de buena fe que son contractuales, mientras que el resto se encuentran dispersas en otros títulos del álbum. Asimismo, observa que las fórmulas de las acciones de buena fe de este título no se encuentran precedidas de un edicto que las anuncie —lo mismo sucedería con la *actio Serviana*—, hecho que no puede explicarse, a su entender, por la influencia del *ius civile* —como sí ocurriría en otros supuestos, v. gr. los títulos XX *de re uxoria* y XXII *de tutelis*— sino por el origen pretorio de las acciones en cuestión, ya que el respeto a la buena fe en materia contractual comienza siendo un principio pretorio. El título XIX, además, se separaría de la lógica de la cuatripartición gayana de los contratos, cuatripartición que Magdelain considera dogmática y que acaba descomponiendo el grupo de contratos de buena fe¹⁰². Para Magdelain no resulta extraño que el *edictum de pactis* no vaya seguido por la fórmula de las acciones de buena fe ni la de la *actio Serviana*, pues el edicto en cuestión no las anunciaba e, igualmente, la *exceptio pacti* tampoco se encuentra recogida a continuación del mencionado edicto, sino en el título edictal relativo a las *excepciones*. Incluso es posible pensar que, con anterioridad a la redacción del *Edictum perpetuum*, las fórmulas de las acciones se hubieran encontrado en un apéndice, al igual que ocurre con las *excepciones*, los interdictos y las *stipulationes praetoriae* separadas de los

¹⁰² *Le consensualisme... cit.*, p. 93 y ss.

edictos que las anunciaban y que hubiera sido Juliano quien hubiera colocado las diversas fórmulas a continuación de los edictos que las anunciaban¹⁰³.

Cuando las acciones que dependían del *edictum de pactis* fueron acogidas por el *ius civile*, según Magdelain, empieza a excluirse la idea de que el *edictum de pactis* hubiera podido incluir, en algún momento, algún tipo de acción y empieza a forjarse el carácter negativo del pacto, únicamente tutelado por una *exceptio*. En palabras de Magdelain en referencia al *edictum de pactis* : “son présent stérile fait oublier sa fécondité passée”.

De este modo, se explicaría la máxima de Ulpiano en D. 2, 14, 7, 4 (Ulp. 4 *ad ed.*) *in fine* “*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*” –o bien “*ex (nudo) pacto actio non nascitur*”—, que viene a confirmar el sentido general que ha adquirido el término *pactum* en la época de Ulpiano, como convención por la que se renuncia a un derecho o a una pretensión y tutelado, por tanto, por una *exceptio*. Esta regla, así pues, sería propia de la jurisprudencia de los s. II y III y no aparecería recogida en textos anteriores a esta época¹⁰⁴, es más, Magdelain pone en duda la antigüedad de dicha regla al ser incompatible con lo que expresan algunos textos de finales de la época republicana, especialmente de Cicerón, en los que se habla del *pactum* entre las fuentes del Derecho como acto generador de situaciones y relaciones jurídicas y, obviamente, estos textos no parecen referirse a convenciones desprovistas de sanción¹⁰⁵. Para Magdelain la regla “*ex (nudo) pacto actio non*

¹⁰³ *Le consensualisme... cit.*, p. 117, nt. 252.

¹⁰⁴ Magdelain enumera algunos de los textos en los que se recoge de manera directa o indirecta esta regla, *Le consensualisme... cit.*, p. 46 nt., 117 y recuerda, además, las sospechas de interpolación sobre el final de la máxima de D. 2, 14, 7, 4 (Ulp. 4 *ad ed.*) “*sed parit exceptionem*” p. 46, nt. 116.

¹⁰⁵ Magdelain parte de la idea de que los romanos no tenían una concepción unitaria del Derecho, no lo contemplaban solamente como un complejo de normas, sino que *ius* también expresaba la idea de situación jurídica. De este modo, las fuentes del Derecho daban lugar al nacimiento de normas o al establecimiento de situaciones y relaciones jurídicas. Es desde esta segunda perspectiva que se menciona al *pactum* como fuente de Derecho, al dar lugar a situaciones o relaciones jurídicas. Así por ejemplo, recogen la idea de *pactum* como fuente de Derecho algunos textos de finales de la República, *Ad Heren.* 2, 13, 19 y 20 y en Cicerón *De inv.* 2, 23, 65-67, *De inv.* 2, 53, 160 y 54, 162, *Part. Orat.* 37, 129. *Le consensualisme... cit.*, pp. 59 y ss.

nascitur” no supone la negación del consensualismo, sino que marca la frontera entre los contratos consensuales y los pactos nudos, pues ésta máxima no estaría expresando un principio general ni se aplicaría a todas las convenciones, sino que sólo afectaría a los pactos nudos y respecto a estos “leur domaine ne commence que là où cesse celui des contrats consensuels”¹⁰⁶. Esta regla, en definitiva, no goza de un valor general, sino relativo y sirve para definir la condición de los pactos nudos por oposición a los contratos consensuales, además de evidenciar el punto de partida y el de llegada de una evolución que tiene lugar durante la época clásica.

Para Magdelain el consensualismo es enteramente pretorio, pero no sólo está presente en el *edictum de pactis*, sino que también se encontraría en otras partes del álbum. De este modo, diferencia dos tipos de consensualismo en el Edicto del Pretor: el consensualismo que él denomina de “derecho común”, que se encontraría en el *edictum de pactis*, y el consensualismo específico o reservado que se reflejaría en la especial regulación prevista para los casos del *constitutum debiti* y de los *recepta*¹⁰⁷, que contarían con sus propios edictos, de modo que el consensualismo estaría regulado a través de cinco edictos, uno general y cuatro particulares.

5.2.2. Críticas a la obra de Magdelain

Como advertíamos anteriormente, las tesis de Magdelain fueron duramente criticadas por la romanística, especialmente por autores italianos, quienes han cuestionado las conclusiones del romanista francés sobre todo por el pobre sustento textual en que se basaban y partiendo de una tradicional visión negativa de los pactos. Como decíamos, la mayoría de estas críticas se

¹⁰⁶ *Le consensualisme... cit.*, p. 47.

¹⁰⁷ De acuerdo con Magdelain, estas figuras se caracterizarían por su unilateralidad y el especial régimen de responsabilidad del deudor, de ahí que no dependan del *edictum de pactis*. *Le consensualisme... cit.*, p. 125 y ss.

han centrado en intentar evidenciar la falta de confirmación textual de las conclusiones de Magdelain, con el objetivo de subrayar el carácter negativo de los pactos en todas las épocas, contraponiendo el ámbito pretorio de los acuerdos, únicamente sancionados a través de *excepciones* o la *denegatio actionis*, frente a l'ámbito de los contratos del *ius civile* tutelados a través de acciones. La mayoría de estos autores rechazaba, además, la posibilidad de que el *oportere ex fide bona* tuviera su origen en el derecho pretorio.

En este sentido, Brasiello¹⁰⁸ entendía que Magdelain, en su monografía, intenta agrupar los negocios en los que está presente el elemento consensual, sin embargo, cuando se fija en *los bonae fidei iudicia*, no advierte que el pretor no se funda en el elemento consensual para concederles su tutela, sino en el de la buena fe. Este autor, sin embargo, se manifiesta conforme con Magdelain en que para poder valorar el consensualismo es necesario huir de la cuatripartición de los contratos y estudiarlos desde el terreno pretorio, pero va más allá y entiende que incluso es necesario desvincularse no sólo de la idea de la cuatripartición y de los contratos consensuales, sino de cualquier "obsesión contractualista" y valorar que el pretor concede acciones partiendo de presupuestos que considera dignos de ser protegidos y valorando la posición de áquel que actúa, independientemente de si la situación que protege, sobre la base de un presupuesto de hecho o de derecho, forma parte de un *contractus* civil. Brasiello no niega la importancia que el acuerdo de voluntades fue adquiriendo ya desde época de Cicerón, pero en lo que se refiere a la valoración del consensualismo, entiende que no se puede demostrar la concesión de acciones y, en definitiva, el reconocimiento jurídico pleno de todo acuerdo.

D'Ors¹⁰⁹ coincide con Magdelain en señalar que la tutela pretoria de los pactos no puede ceñirse únicamente a la concesión de *excepciones*, pero eso no implica que pueda pensarse en una eficacia positiva de los pactos; es más, en

¹⁰⁸ BRASIELLO, U. Recensión a *Le consensualisme dans l'Édict du préteur*, en *SDHI*, 25 (1959), p. 465 y ss.

¹⁰⁹ D'ORS, A. Recensión a *Le consensualisme dans l'Édict du préteur*, en *AHDE*, 29 (1959), p. 722 y ss.

algunos casos, la tutela de estos a través de una acción puede provenir de una fuente diferente a la del mismo pacto y éste último actuar como figura que delimita las posibilidades del ejercicio de dicha acción, mientras que en otros supuestos, el efecto positivo del pacto quedaría expresamente excluido, como sería el caso del pacto de intereses. De este modo, la protección de los pactos tendría lugar principalmente a través de *excepciones* y de la *denegatio actionis* y los pactos a los que se refiere el edicto pretorio serían aquellos dirigidos a excluir el ejercicio de una acción. Que los contratos de buena fe quedarían excluidos del *edictum de pactis* resulta evidente, de acuerdo con D'Ors, en tanto que la cláusula edictal indica que el pretor observará los *pacta conventa* "quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum neque quo fraus qui eorum fiat, facta erunt" y las acciones de buena fe, por su propia naturaleza, nunca habrían podido tutelar aquello que se hubiera hecho dolosa, fraudulenta o ilícitamente. Además, los *pacta adiecta* tampoco quedarían afectados por este edicto al estar tutelados por las acciones de buena fe del contrato al que se incorporaran.

Amirante¹¹⁰, por su parte, considera que Magdelain acaba cayendo en una incongruencia, pues el autor francés nunca habría llegado a defender el pleno reconocimiento jurídico del consenso por parte del pretor, ya que frente a la amplitud de la cláusula *pacta conventa servabo*, el pretor no acaba reconociendo el consensualismo en sí, sino determinadas figuras consensuales típicas, concretamente, las que se encuentran en el título de los *bonae fidei iudicia*. Amirante no comparte el significado que Magdelain atribuye a *pactum* a partir del estudio preliminar que realiza éste último sobre los usos de *pactum*, tampoco le parece exacto que Ulpiano no establezca, en D. 2, 14, 1, una jerarquía entre *pactum* y *conventio*, pues la *conventio* es entendida como *verbum generale*. Por otra parte, pese a estar de acuerdo con Magdelain en que el uso de *conventio* durante la época republicana es rarísimo y que entra en concurrencia con *pactum* y *contractus*, no entiende cómo pudo restringirse el

¹¹⁰ AMIRANTE, L. Recensión a *Le consensualisme dans l'Édict du préteur*, en *BIDR*, 63 (1960), p. 297 y ss.

significado del uso del término *pactum* y el alcance del *edictum de pactis* si toda la jurisprudencia se orientaba en el sentido de dar mayor relevancia a la manifestación del consenso. Para este autor, este hecho sólo podría entenderse partiendo de que el mencionado edicto hubiera tenido un alcance más restringido y que la jurisprudencia hubiera tenido que evitar que nuevas figuras consensuales se integraran en él, por eso se evitaría el uso de *pactum*, para no generar confusión.

Seguramente una de las críticas más agudas a la obra de Magdelain fue la formulada por Talamanca¹¹¹. Según la opinión de este autor, en la monografía de Magdelain, no se aportan suficientes pruebas del amplio alcance del que habría gozado el *edictum de pactis*. Talamanca critica los textos de Cicerón y de Séneca padre, de los que parte Magdelain para afirmar que el Edicto del pretor contenía la carta del consensualismo en época republicana, y advierte de las cautelas que deben tomarse cuando se recurre a estas fuentes literarias para estudiar el significado de *pactum*, aún cuando se trate de autores con una gran conciencia jurídica, sus obras siguen siendo obras literarias. De este modo, Talamanca considera que, pese a que Cicerón en *De off.* 3, 24, 92 y 25, 95 pueda realmente estar haciendo referencia al *edictum de pactis*, el fragmento mencionado no tendría más pretensión que la de evidenciar la flexibilidad de las normas morales frente a la rigidez propia de las normas jurídicas. El fragmento de Séneca padre perteneciente a *Contr.* 9, 3, sin embargo, para Talamanca, contiene una referencia “più o meno travisata”, además de reducida, del *edictum de pactis* y carece, por ello, de importancia. Estos textos de Cicerón o de Séneca padre no hallarían parangón en las fuentes jurídicas que se refieren a la historia y evolución del *edictum de pactis*.

Enormes reparos, además, le sugiere a Talamanca la teoría sobre el origen pretorio de los *bonae fidei iudicia* y su posterior inclusión en el *ius civile* durante el s. I. Parte de la crítica de Pugliese¹¹² a Magdelain sobre la bipartición

¹¹¹ TALAMANCA, M. Recensión a *Le consensualisme dans l'Édict du préteur*, en *Labeo*, 6 (1960), p. 297 y ss.

¹¹² PUGLIESE, G. en *SDHI*, 20 (1954), p. 773 y ss.

de las acciones en legítimas y honorarias hasta el s. I d. C., y se pregunta, desde el punto de vista de la consunción de la acción, cómo puede pasarse insensiblemente de la consunción *ope exceptionis* a la consunción *ipso iure* en el caso de las acciones de buena fe.

Para Talamanca, la defensa de los pactos tuvo lugar a través de la *exceptio pacti* y de la *denegatio actionis*, que tendrían una función recíprocamente excluyente. No considera fundado el presupuesto del que parte Magdelain, según el cual, el hecho de que un edicto rigiera solamente la *exceptio pacti* sería un fenómeno extraño al álbum pretorio, pues para este autor no existe diferencia entre el alcance negativo del *edictum de pactis* y el resto de edictos con los que se promete la *denegatio actionis*, ya que en el caso del *pactum conventum*, si en la fase *in iure* no existía controversia sobre los elementos de hecho, el pretor podía denegar la acción apoyándose en la cláusula edictal.

5.2.3. Revisión de la denominada teoría consensualista

Otros autores, sin embargo, han huido *sabiamente* de los postulados tradicionales, optando por una postura mucho más cercana a las teorías de Magdelain y han intentado dar la importancia debida a los textos de Cicerón o Séneca padre, puestos en duda en muchas ocasiones, así como demostrar la relevancia, a finales de época republicana, de la figura del *pactum* como instituto a través del cual poder dar solución y regulación a las necesidades surgidas de la práctica comercial propia de un mundo en cambio. Entre los autores que defienden esta visión y a cuya opinión nos sumamos, cabe destacar a Gallo, Santoro, Melillo o Biscotti.

Melillo¹¹³, al redactar la acepción “*patto*” en la *Enciclopedia del Diritto*, ya subrayaba que, dentro de la postura tradicional de entender los pactos como

¹¹³ MELILLO, G. voz «*Patto*», en *ED*, XXXII, Milán, 1982, p. 479 a 496.

una gama articulada de acuerdos extraños a los esquemas del contrato y con la finalidad y eficacia de paralizar a través de *exceptiones* el ejercicio temporal o definitivo de derechos subjetivos y de acciones, debía reconocerse la existencia de una “zona de sombra”, zona en la que se encuentran determinadas figuras negociales como los *recepta*, el *compromissum* o las *pactiones et stipulationes*, que serían capaces más bien de constituir, que no simplemente de extinguir, situaciones jurídicas. Estas figuras constituirían un *tertium quid* no reconducible ni a los *pacta*, en su sentido tradicional, ni al ámbito de los contratos y gozaron de una amplia difusión.

En esta misma línea, este autor afirma en su monografía sobre el negocio bilateral romano¹¹⁴, que esta postura tradicional estaría, además, deformando el sentido de algunos textos fundamentales y acabaría por delinear un cuadro de la negocialidad romana demasiado pobre para ser creíble. No en vano, es destacable cómo el grueso de la teoría de la contractualidad romana se encuentra en el libro 2, 14 del Digesto y en el Códex en el libro 2, 3, ambos relativos a los pactos.

La presencia de la *conventio* sería el elemento común y de fondo que caracterizaría a diferentes figuras negociales que no son reconducibles a la categoría de contrato en un sentido estricto y que no se corresponden con esa concepción tradicional del *pactum*. En las fuentes, la *conventio* parece entenderse desde dos acepciones: como acuerdo y, por tanto, sinónimo de pacto —v. gr. D. 2, 14, 1, 1 (Ulp. 4 *ad ed.*); 20, 4, 2 (Pap. 3 *resp.*) y 40, 12, 37 (Call. 2 *quaest.*)—, y como el común contenido de voluntad en el que se basa todo negocio, incluidos los contratos —v. gr. D. 2, 14, 58 (Ner. 3 *membra.*); 45, 1, 122, 3 (Scaev. 28 *dig.*) y 45, 2, 9, 1 (Pap. 27 *quaest.*). Para Melillo, la *conventio* no constituyó en un primer momento una zona autónoma de medios negociales, sino un aspecto coesencial del *pactum*, cuando el contrato deviene el punto de referencia de los negocios, la *conventio* pasa a hacer referencia a aquellas figuras negociales que no son contratos, contraposición que derivaría

¹¹⁴ MELILLO, G. *Contrahere, pacisci... cit.*, p. 223.

de un proceso de reordenación de los medios negociales, como parece observarse en el texto de Ulpiano de D. 2, 14, 7, 4 (4 *ad ed.*).

Estas figuras que se basan en la *conventio* y que no entrarían en el esquema de los contratos se caracterizarían por tener una naturaleza complementaria a estos últimos, en el sentido de que cumplen con funciones que, por determinados motivos, no pueden ser resueltas por los contratos típicos —así por ejemplo, se piensa en el uso de pactos tutelados por el pretor o el *praeses provinciae* para dar respuesta a las necesidades cotidianas de algunas comunidades.

La tardía formación del concepto de *contractus*, especialmente de los contratos consensuales, colaboraría también a pensar que las funciones que los contratos desempeñan en el tráfico jurídico hubieran podido ser resueltas, originariamente, por diferentes figuras negociales tuteladas por el pretor y pertenecientes a la esfera de los pactos —aunque la terminología a la que se recurre para referirse a estas figuras sea variada, como sería el caso de los *recepta*. Este hecho explicaría el uso corriente en la jurisprudencia, hasta la época de los Severos, de los términos *pacisci*, *pactum* o *pactio*, y cómo estos términos permanecieron después en la jurisprudencia más tardía para indicar negocios compositivos, lo que no tendría tanto sentido si esa hubiera sido su única función desde un principio. Esta configuración de los pactos como acuerdos extintivos o de renuncia en los textos jurisprudenciales de finales de la época clásica, para Melillo, se explicaría no porque esa hubiera sido, como decíamos, la función tradicional que hubieran tenido los pactos, como defendería la doctrina que atribuye un carácter negativo al pacto —en cualquier caso, esa habría sido una función más de los pactos—, sino por la extensión y sistematización de las diferentes categorías contractuales durante el Principado y la posterior unificación de su tutela procesal bajo la *cognitio extraordinaria*, lo que daría lugar a la progresiva obsolescencia de los pactos, pues las mayoría de las funciones que habrían desempeñado en un principio se habrían ido

transfiriendo paulatinamente al esquema de la cuatripartición de las obligaciones contractuales *re, verbis, litteris y consensu*.

Igualmente, defiende Melillo, aunque los contratos hubieran podido satisfacer, al inicio del Principado, las exigencias propias del tráfico comercial, las obligaciones civiles debían ser altamente inadecuadas para la multiplicidad de relaciones que iban surgiendo en el tráfico, sobre todo debido a su formalismo —el autor parte de ejemplos como la utilización de la fuerza de trabajo que no siempre habría podido encuadrarse en la *locatio operis*, o los *recepta*¹¹⁵—, de modo que sería perfectamente posible que un gran número de negociaciones quedaran excluidas de las obligaciones civiles y de los contratos y resultaría razonable pensar en formas de consensualismo que se apoyaran en el Edicto del pretor dentro de la esfera de los pactos. Precisamente sería el *edictum de pactis* el que garantizaría estas relaciones.

Recientemente Biscotti, en su monografía relativa a los pactos, vuelve a fijarse en las teorías consensualistas. La autora efectúa nuevamente una revisión de los textos de Cicerón, Séneca padre y la *Rhetorica ad Herennium* ya estudiados por Magdelain y constata a partir de estos cómo, durante el último siglo de la República, el fenómeno pacticio disfrutaría de su momento de mayor auge. Destaca cómo, frente a la concepción del *pactum* propio de las XII Tablas como acuerdo transaccional, concepción que se encuentra en declive a finales de época republicana, aparece el *pactum conventum*, una categoría en ascenso y destinada a tener una gran difusión, y que constituiría una fórmula más avanzada de la paráfrasis “*pacta quae observantur ex convento*”, mencionada en la *Rhetorica ad Herennium*¹¹⁶. El *conventum* unido al *pactum* denotaría, según Biscotti, la importancia que, a finales de la República, habría adquirido la

¹¹⁵ MELILLO, G. *Contrahere, pacisci... cit.*, pp. 184 y 185.

¹¹⁶ *Rhet. ad Her. 2, 13, 20: Ex pacto ius est, si quid inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit. Pacta sunt, quae legibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt, <orato; ni pagunt,> in comitio aut in foro ante meridiem causam coicito. Sunt item pacta, quae sine legibus observantur ex convento quae iuri praestare dicuntur.*

autonomía de los particulares en la regulación de sus propios intereses y es a partir de éste que se da relevancia jurídica a esta nueva especie de *pacta*.

Para la autora¹¹⁷, los *pacta* y los *pacta conventa* convivirían durante el s. I a. C. pero estarían claramente diferenciados. Los *pacta conventa* serían una especie mucho más dinámica y sobre la cual se concentraría todo el interés de la jurisprudencia, sin embargo, su individualización como especies del género *pactum* por parte de la jurisprudencia no respondería a un intento de tipificación de estos, idea que sería más propia, según la autora, de la mentalidad de la jurisprudencia clásica que de la preclásica. De este modo, la jurisprudencia no entendería los *pacta conventa* como una categoría cerrada, pero los individualizaría en función de si concurren en ellos la característica de sinalagmaticidad, el *conventum* —entendido como el acuerdo sobre el hecho de que el intercambio que tiene lugar a través del negocio satisficiera a ambas partes y mantuviera el equilibrio preexistente entre ellas— y la aceptación implícita, por parte del ordenamiento, de esta regulación establecida por los particulares —reconocimiento de la eficacia de la combinación de *conventum* e intercambio equilibrado. Allí donde estos tres elementos estuvieran presentes, podría hablarse de *pactum conventum*.

A pesar de no ser considerada una categoría cerrada, determinados *pacta conventa* debieron individualizarse por sus características, utilidad y aplicación en la práctica y convertirse, por ello, en instrumentos ideales para la consecución de determinados objetivos. Este sería el caso, de acuerdo con la autora, de la *societas*, la *emptio-venditio*, la *locatio-conductio*, que cumplirían con los requisitos necesarios —anteriormente mencionados— para ser considerados *pacta conventa* en el s. I a. C. Esta individualización de determinados *pacta conventa* comportaría, a su vez, una evolución en la tutela que se les dispensa, como consecuencia de la relevancia que va adquiriendo el elemento consensual. Para la autora, mientras la naturaleza del *pactum* fuera la de un acto unilateral tendente a restablecer el equilibrio, la tutela de estos

¹¹⁷ BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 422 y ss.

habría tenido lugar por vía de *exceptio*, pero no aparecería la necesidad de una tutela a través de acción hasta que aparece esta nueva categoría de *pactum* como negocio bilateral.

Sería el constante uso, en la práctica comercial, de negocios que pivotarían sobre la idea de la *bona fides*, el hecho que daría lugar a que se desarrollara una nueva forma de tutela para estos negocios, ya que el propio *ius civile* no era capaz de conferirles una tutela satisfactoria. Esta nueva tutela, que quedaría fielmente reflejada en algunos textos de Cicerón¹¹⁸, habría tenido lugar, en un primer momento, a través del *arbitrium ex compromisso*, pues generalmente, la celebración de estos negocios habría ido acompañada de la conclusión de *compromissa*, y posteriormente, sobre la base de estos *arbitria ex compromisso* se configurarían, con el tiempo, los *arbitria ex fide bona* –

¹¹⁸ Especialmente, parte del fragmento de *De off.* 3, 17, 70, para realizar una lectura del conocido pasaje de Alfenio Varo recogido en el texto de Paulo de D. 17, 2, 71 pr. (Paul. 3 ep. Alf. dig.) BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 223 y ss. La misma idea es desarrollada por GALLO, F. *Synallagma e conventio nel contratto: ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, 1992, destaca la lectura que hace de los textos de Cicerón, que se refieren a los pactos, especialmente en su capítulo 1º, p. 21 y ss. Para Gallo, el origen pretorio de los *bonae fidei iudicia* se encuentra clara e innegablemente plasmado en los textos de Cicerón (*De Off.* 3, 17, 70; *Pro Roscio* 4, 10-11 y 5,15), es más, critica a la doctrina que sostienen que el origen de los *bonae fidei iudicia* no se encuentra en la jurisdicción del pretor, por basarse en lo que denomina "intuiciones personales" y no en las fuentes. Para los autores que niegan el origen pretorio de las acciones de buena fe, destaca el hecho de que, si bien estas acciones no encuentran su sustento en una ley, sí tendrían su base en la conciencia social y jurídica romana tradicional, pues en determinadas relaciones –típicamente romanas– la *fides* implicaría para las partes la exigencia de un determinado comportamiento conforme a unos parámetros morales, sociales, etc. Con el tiempo, estos comportamientos no serían únicamente exigibles en las relaciones entre ciudadanos, sino en cualquier relación, los negocios básicos que tendrían lugar entre ciudadanos y extranjeros (*v. gr.* compraventa o arrendamiento) se habrían agregado paulatinamente a aquellos negocios típicamente romanos basados en la *fides* (*v. gr. tutela, fiducia, societas, mandatum*). Asimismo, recoge las diferentes posturas acerca del origen pretorio o no de los *bonae fidei iudicia*, con amplias referencias bibliográficas, el artículo de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. «De los *arbitria bonae fidei* pretorios a los *iudicia bonae fidei civiles*», en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9 (2005), pp. 331 a 347, asimismo, *vid.* ID. «El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos», en *RGDR*, 15 (2010), disponible *on line*: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=15&id=11.

No nos extenderemos en la discusión sobre el origen pretorio o no de las acciones de buena fe, nos limitamos a dar cuenta de la discusión aún hoy existente en la doctrina, pues sobrepasa nuestras intenciones de ofrecer al lector una breve referencia sobre el estado actual de las investigaciones en torno a los pactos en el derecho romano y, especialmente, sobre el *edictum de pactis*, en la medida en que estas investigaciones son de obligada referencia y base para abordar el estudio de la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*.

denominación empleada por la autora, para diferenciarlos de los *arbitria* que encuentran su fundamento en el *compromissum*, pues, a diferencia de lo que pasaría en época clásica con los *iudicia ex fide bona*, los *arbitria ex fide bona* no representarían una categoría individualizada, así Cicerón, en *De off.* 3, 17, 70, se refiere a ellos como *arbitria "in quibus adderetur ex fide bona"*—, en el mismo negocio basado en la buena fe, ya quedaría implícita la voluntad de las partes de someter sus controversias a un árbitro que debe partir de la buena fe como parámetro valorativo —lo que dotaría de mayor objetividad a la decisión del árbitro.

Los *arbitria ex fide bona* se aproximarían mucho más a los *iudicia* que a los *arbitria* y son definidos por la autora como un *tertium genus* entre los *arbitria ex compromissum* y los *iudicia*. Este tipo de *arbitria* habría sido recibido en el Edicto del pretor en el marco del desarrollo del procedimiento formulario debido a la amplia difusión de que gozaron, a finales de época republicana, estas nuevas estructuras negociales basadas en la buena fe.

Para Biscotti¹¹⁹ habría que partir del desarrollo de esta nueva tutela a través de procedimientos arbitrales para poder estudiar y entender el *edictum de pactis* y el "servare" que promete en él el pretor, la aparición de esta nueva tutela también permitiría justificar la ubicación del *edictum de pactis* dentro del álbum pretorio. La intervención del magistrado en este contexto, según Biscotti, iría más allá de los tradicionales "adiuvare, supplere, corrigere" el *ius civile*, pues el pretor debe limitarse a tomar nota de la concreta operatividad y eficacia de los mecanismos jurídicos que se emplean en la práctica y que actúan fuera del ámbito del *ius civile*, para reconducirlos hacia éste y así asegurar la coercibilidad de estos. Así pues, para Biscotti, en sus orígenes, el "servare" presente en el *edictum de pactis* no implicaría una intervención activa del pretor, sino su condescendencia respecto de determinados institutos sustanciales y procesales de hecho, que vienen aplicándose con toda

¹¹⁹ BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 453 y ss.

normalidad en la práctica, y que posteriormente, merced a la actuación del pretor, se transformarían en institutos de derecho.

En este mismo sentido, Gallo¹²⁰ considera que, en el camino hacia la tipicidad de algunos *pacta conventa*, jugaron un rol determinante las *Leges Iuliae iudiciorum privatorum* —atribuye la tendencia hacia la tipicidad y la limitación de la autonomía privada en lo que posteriormente sería materia contractual a juristas cercanos a Augusto, autores de la política jurídica del emperador en este campo—, muy a pesar de que la doctrina únicamente tenga en cuenta una única *lex Iulia* del año 17 a. C., pese a que Gai. 4, 30 menciona que “*per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones*”. Las dos *leges Iuliae*, de las que habla Gayo y que resultan poco conocidas, habrían dado lugar a la transformación de los *arbitria* en *iudicia*¹²¹, exceptuando los *arbitria ex compromisso*. La figura del *pactum conventum* quedaría, a partir de la transformación operada por las *Leges Iuliae iudiciorum privatorum*, ceñida a determinadas figuras típicas cada una de las cuales tutelada por su correspondiente *iudicium bonae fidei*, y en contrapartida, la tutela ofrecida por el *Edictum de pactis* acabaría por limitarse a los pactos con contenido negativo.

¹²⁰ GALLO, F. *Synallagma e conventio... cit.*, p. 22 y ss.

¹²¹ GALLO, F. *Synallagma e conventio... cit.*, p. 67, nt. 109. El autor parte de la naturaleza del *ius praetorium*, introducido para *adiuvare, supplere et corrigere* el *ius civile* (D. 1, 1, 7, 1, Pap. 2 *def.*), para justificar la introducción, por parte del pretor, de determinados *arbitria*, cuando hubiera sido necesario, para tutelar nuevos negocios, especialmente en el tráfico comercial con los extranjeros. En estos negocios, las partes se comprometían a respetar la palabra dada y se hacía referencia al criterio de la buena fe. Este criterio también estaría presente en el *ius civile*, lo que habría propiciado la transformación de los *arbitria* en *iudicia (bonae fidei)*, a través de las mencioandas *leges Iuliae*. Para el autor, existen evidencias indiscutibles en los textos de Cicerón sobre el origen pretorio de los *bonae fidei iudicia*, formando un “*blocco difficilmente removibile*”, *vid.* las referencias a los textos de Cicerón en la nt. 109, p. 67 de la monografía de Gallo. Sobre el origen pretorio de las acciones de buena fe, *vid.* asimismo PARICIO, J. «Génesis y naturaleza de los juicios de buena fe», en *De la Justicia y el Derecho. Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid, 2002, § 15, p. 277 y ss.

5.2.4. Teoría consensualista y constitución de servidumbres "pactionibus et stipulationibus": pactos constitutivos de derechos reales.

Una visión tradicional y rigurosa del pacto como acuerdo extintivo de derechos procesales o sustanciales, a nuestro entender, no permitiría explicar la existencia y aplicación de figuras como las *pactiones et stipulationes* en cuanto a la constitución de servidumbres, o de la *conventio pignoris*, que dan muestra suficiente de que los pactos sí fueron capaces de constituir situaciones jurídicas y no solamente de naturaleza obligatoria. Obviamente, no se pretende con ello poner en duda el hecho de que el pacto pueda entrañar un acuerdo extintivo, como ocurre ya desde las XII Tablas.

Desgraciadamente, en el estudio de las *pactiones et stipulationes* ha solido predominar esa concepción del pacto como incapaz de generar acciones, motivo por el cual debía recurrirse a la *stipulatio*, para asegurar que el pacto fuera accionable. Grosso¹²² fue uno de los primeros autores en advertir la necesidad de separarse de esta concepción para poder entender las *pactiones et stipulationes* como una estructura negocial diferente a la del *pacisci* tradicionalmente entendido.

Cabe lamentar que, por regla general, la doctrina, incluso aquella que se muestra favorable a reconocer que los pactos pudieran generar situaciones jurídicas y no a entenderlos como meros acuerdos extintivos, haya enfocado el estudio de los pactos desde el punto de vista de la contraposición entre *pactum-contractus*, sin advertir la amplia aplicación de que gozaron los pactos, mucho más allá del simple ámbito contractual, en lo que sin duda alguna, ha colaborado el hecho de que la mayor parte de la teoría contractual romana, como ya advertía Melillo¹²³, se encuentre recogida en los libros 2, 14 del

¹²² GROSSO, G. *Il sistema ... cit.*, p. 190.

¹²³ MELILLO, G. *Contrahere, pacisci... cit.*, p. 224.

Digesto y 2, 3 del Códex relativos a los pactos y que, además, mostrarían el punto de llegada en la evolución de esta figura, sobre todo, en su relación con la tipificación de determinados *pacta conventa* y su inclusión en la categoría de *contractus* –cfr. D. 2, 14, 1 a 2, 14, 7 (Ulp. 4 *ad ed.*)—. Téngase en cuenta además, como expresa Scherillo¹²⁴, que, al fin y al cabo, “fra contratto e conventio il passo è breve, anche se la *conventio* è il *genus* e il contratto è una delle *species* incluse nel *genus*”.

Como bien expresaba Melillo¹²⁵, el hecho de que en las fuentes el ámbito de aplicación de los pactos aparezca poco definido y generalmente ligado a la tutela de acciones *in factum*, *utiles* o incluso a *exceptiones*, no significaría en ningún caso que éstos hubieran desarrollado funciones marginales, sino que, a nuestro entender, darían muestra de la amplia aplicación y de la versatilidad de que disfrutó esta figura desde finales de la época republicana, permitiendo la aparición de estructuras negociales, que daban respuestas a la multitud de necesidades que iban surgiendo en la práctica, téngase presente, por ejemplo, aquellas situaciones en las que no era posible aplicar las instituciones propias del *ius civile*, debido a sus formalidades o a que los particulares a los que debía afectar estas situaciones carecían de la ciudadanía romana.

El elemento común a estas estructuras negociales sería la *conventio* y el hecho de estar sujetas a la tutela del pretor y, sin embargo, no todas ellas entrarán a formar parte, con el tiempo, de la categoría de *contractus*. Este sería el caso de las *pactiones et stipulationes*.

¹²⁴ SCHERILLO, G. *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano (a cura di Franco Gnoli)*, Bologna, 1994, p. 118.

¹²⁵ MELILLO, G. *Contrahere, pacisci... cit.*, p. 223 y ss.

6. La clasificación “*pacta in rem, pacta in personam*” (D. 2, 14, 7, 8, Ulp. 4 ad ed.)

Justo a continuación de la referencia a la cláusula del *edictum de pactis* y con anterioridad a los fragmentos en los que Ulpiano trata sobre el dolo malo y el fraude en los pactos, encontramos la siguiente clasificación de los pactos, que el jurista ilustra a partir de un ejemplo relativo al *pactum de non petendo*:

D. 2, 14, 7, 8 (Ulp. 4 ad ed.): *Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam: in personam, quotiens ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam. Utrum autem in rem an in personam pactum factum est, non minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est: plerumque enim, ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est.*

De acuerdo con Ulpiano, el pacto es *in rem* cuando se formula en tales términos que se excluye, en cualquier caso, que el acreedor haga valer su crédito en un juicio. Mientras que el pacto es *in personam*, en el caso que la *exceptio pacti* sólo se pueda oponer por parte de determinadas personas específicamente delimitadas. Además, el jurista expresa, de acuerdo con la opinión de Pedio, que la naturaleza personal del pacto no se deriva simplemente de las palabras empleadas (por ejemplo, la mención del nombre de una persona en concreto), sino atendiendo a la voluntad de las partes que realizan el pacto, pues la mención del nombre de una persona, en muchos casos, sólo tiene lugar para aclarar con quien se realizó el pacto.

Que el pacto sea considerado *in rem* o bien *in personam* es una cuestión determinante para comprender el régimen sucesorio de las situaciones derivadas de los pactos, sobre todo en cuanto a la tutela pretoria de la que pueda gozar el pacto en concreto. En este sentido y a tenor de lo que expresa

Ulpiano en el fragmento, con carácter general, los *pacta in rem* permiten transmitir ya sea *inter vivos* o *mortis causa* las situaciones del causante, mientras los *pacta in personam*, dan lugar a situaciones intransmisibles, separándose, de este modo, del normal régimen sucesorio en el caso de los contratos.

La doctrina ha estudiado esta clasificación de los pactos en relación con determinadas figuras pacticias, como serían el *pactum de non petendo*¹²⁶ o incluso en relación con los pactos concluidos en el caso de las garantías personales, especialmente en la fianza verbal¹²⁷, o del *pactum tacitum*¹²⁸. Debemos agradecer a Melillo¹²⁹ un estudio más profundo, en términos generales y partiendo del contexto en el que se encuentra el fragmento de Ulpiano que recoge la clasificación, es decir, a continuación del fragmento relativo al *edictum de pactis*. El estudio de Melillo se ha centrado en intentar demostrar que la clasificación *pacta in rem-in personam* expuesta por Ulpiano data de época clásica y no es obra de los compiladores justinianos, sino que más bien sería el fruto de una larga discusión jurisprudencial, incluso de la contraposición entre las dos escuelas de juristas, desarrollada ante la necesidad de sistematizar, desde el punto de vista del proceso, los acuerdos que quedaban fuera de la esfera del *ius civile*. Su contribución ha servido, además, para

¹²⁶ SEGRÈ, G. «Sull'efficacia del *pactum de non petendo*», en *Scritti vari di diritto romano*, Turín, 1952, p. 115 y ss.

¹²⁷ Entre otros autores, FLUME, W. *Studien zur Akzessorietät der römische Bürgschaftsstipulationen*, Weimar, 1932, p. 134 y ss. DE MARTINO, F. *Le garanzie personali delle obbligazione*, I, Roma, 1940, p. 197 y ss. FREZZA, P. *Le garanzie delle obbligazione. Corso di diritto romano, I (Le garanzie personali)*, Padua, 1962, p. 99 y ss.

¹²⁸ Especialmente destacan los trabajos de WACKE, A. «Zur Lehre vom *pactum tacitum* und zur Aushilfsfunktion der *exceptio doli*», en *SZ*, 90 (1973), p. 220 y ss. Y «Zur Lehre vom *pactum tacitum* und zur Aushilfsfunktion der *exceptio doli*. Stillschweigender Verzicht und Verwinkung nach klassischem Recht», en *SZ*, 91 (1974), p. 251 y ss. En estos trabajos queda demostrada la clasicidad de la *divisio pacta in rem-in personam*, desde el punto de vista de la concesión de la *exceptio doli*, a modo de remedio subsidiario, cuando la *exceptio pacti conventi* no fuera transmisible por tratarse de un *pactum in personam*.

¹²⁹ MELILLO, G. «*Pacta in rem, pacta in personam: una divisio classica?*», en *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, III, Nápoles, 1984, p. 1459 y ss. También hace referencia a la clasicidad de esta clasificación en *Contrahere, pacisci... cit.*, p. 226 y ss. En esta misma línea, vid. MANNINO, V. «Sulla trasmissibilità dell'*exceptio pacti*», en *Labeo*, 40.2 (1994), pp. 170 a 219.

mostrar cómo la transmisibilidad o intransmisibilidad de los pactos no es una cuestión que afecte únicamente al *pactum de non petendo*.

Esta clasificación daría muestra de la polivalencia de los pactos, que podían dar lugar a situaciones jurídicas de lo más diversas. Así, por ejemplo, la existencia de los *pacta in personam* mostraría que en época clásica existirían pactos con una eficacia puramente personal, este tipo de pactos, según Melillo, demostrarían como en época de Ulpiano, aún existían negocios bilaterales que escapaban de la tendencia general de tratar toda *conventio* como *contractus* (cfr. D. 2, 14, 7 pr. - 2), estos acuerdos no entrarían dentro de la categoría del *contractus* al no gozar de una patrimonialidad correspectiva, su causa no entraría en el esquema del sinalagma¹³⁰.

Durante años la doctrina, siguiendo en parte a Rotondi¹³¹, ha defendido que tal clasificación habría sido introducida por los compiladores, en el marco de la tendencia legislativa, en época justiniana, de considerar transmisibles a los herederos, desde el punto de vista activo o pasivo, las situaciones jurídicas del causante. Dentro de esta línea legislativa, encontraríamos la Constitución de Justiniano de 530, recogida en C. 8, 37 (38), 13¹³², a través de la cual se reconoce la transmisibilidad a los herederos de todas las *stipulationes*, sean éstas *in dando o in faciendo*, sin necesidad de que se produzca la *mentio*

¹³⁰ MELILLO, G. *Cotrahere, pacisci... cit.*, p. 228 y ss.

¹³¹ Especialmente, ROTONDI, G. *Di alcune riforme giustinianee relative al "pactum de non petendo"*, en *Scritti giuridici*, II, Milán, 1922, p. 307 y ss.

¹³² C. 8, 37 (38), 13: (Imp. Justinianus A. Iuliano P. P. a. 530) *Veteris iuris altercationes decidentis generaliter sancimus omnem stipulationem, sive in dando sive in faciendo sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio sive non: cur enim, quod in principalibus personis iustum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur?*

1. *Et sic existimentur huiusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dandum fuerant conceptae, cum nihilo minus et heredes factum possint adimplere: illa subtili et supervacua scrupulositate explosa, per quam putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est.*

2. *Et quare, cum paene similis omnium natura est, non et facta omnes vel plus vel paulo minus adimplere possint, ne ex huiusmodi subtilitate cadant hominum voluntates? <a 530 D. K. Aug. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.>*

Tendremos ocasión de estudiar detenidamente la cuestión de la transmisibilidad o no de las *stipulationes in faciendo* más adelante, en el capítulo VI, epígrafe 3.

heredis. Difícilmente puede comprenderse esta teoría, en tanto que la inclusión de esta clasificación de los pactos, distinguiéndolos según su transmisibilidad o no, no parece encajar en un ambiente legislativo que pretenda permitir la plena transmisibilidad de las situaciones derivadas de los pactos, sino más bien todo lo contrario.

Para Rotondi, el fragmento de Ulpiano, también perteneciente a sus comentarios al Edicto, de D. 4, 8, 27, 1 (Ulp. 13 *ad ed.*) —fragmento que se refiere en concreto al caso del *compromissum* —expresaría claramente y con carácter general cual sería el régimen de transmisibilidad de los pactos en época clásica: “*Si heredis mentio vel ceterorum facta in compromisso non fuerit, morte solvetur compromissum.*” Sin embargo, creemos que se debe tener en cuenta el hecho de que, en este fragmento, Ulpiano se estaba refiriendo al régimen de transmisibilidad en concreto del *compromissum*, que no es otro que el de las *stipulationes in faciendo* en época clásica. La omisión de la *mentio heredis*, al estar garantizado el *compromissum* a través de una *stipulatio poenae* —pena convencional impropia, *selbstständigen Strafversprechen* (Knütel) ó *stipulatio poenae abstracta* (Talamanca)—, sí daría lugar a la imposibilidad de que la *stipulatio* se transmitiera a los herederos de las partes.

Que la *mentio heredis* no sería determinante para asegurar la transmisibilidad de los pactos y que los *pacta in rem* ya existían en época clásica se infiere claramente del siguiente fragmento de Papiniano, extraído de sus *Responsa*:

D. 2, 14, 40 pr. (Pap. 1 *resp.*): *Tale pactum "profiteor te non teneri" non in personam dirigitur, sed cum generale sit, locum inter heredes quoque litigantes habebit.*

En este fragmento, Papiniano recuerda como el pacto “*profiteor te non teneri*”¹³³ no se entiende como un pacto formulado *in personam*, sino con carácter general y, como tal, afectaría a los herederos de las partes, que podrían hacerlo valer en un litigio. En este caso, la falta de la mención de los herederos no es el punto que determina que el pacto sea *in rem* o *in personam*, sino la atención a lo que parece ser la voluntad de las partes entre las que se concluye el pacto, lo que claramente vuelve a conducirnos a la parte final del texto de Ulpiano y su referencia a Pedio: “*Utrum autem in rem an in personam pactum factum est, non minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est: plerumque enim, ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est.*”

Destaca además, en el texto de Papiniano, el hecho de que el jurista se refiere al pacto como *pactum generale* y no como *pactum in rem*, lo que denota el uso de diferentes expresiones para referirse a los pactos cuando son transmisibles a los sucesores, razón de más para pensar que la clasificación no data de época justiniana.

Un texto que parece recordar la discusión entre escuelas entorno al tema de la transmisibilidad de las situaciones derivadas de los pactos sería el siguiente fragmento de Paulo:

D. 2, 14, 17, 5 (Paul. 3 *ad ed.*): *Pactum conventum cum venditore factum si in rem constituatur, secundum plurium sententiam et emptori prodest, et hoc iure nos uti Pomponius scribit: secundum Sabini autem sententiam etiam si in personam conceptum est, et in emptorem valet: qui hoc esse existimat et si per donationem successio facta sit.*¹³⁴

¹³³ Rotondi parte de que dicho pacto sería equivalente al pacto “*paciscor ne a te petam*” y como tal tendría una naturaleza claramente personal. ROTONDI, G. *Di alcune riforme... cit.*, p. 324. En contra de ver una falta de concordancia entre el inicio del fragmento y la afirmación de que el pacto es general se muestra MANNINO, V. *Sulla trasmissibilità... cit.*, p. 177.

¹³⁴ MELILLO, G. *Contrahere, pacisci... p.* 230 y en *Pacta in rem... cit.*, p. 1468.

El *pactum conventum* realizado con el vendedor, si se realiza en relación a la cosa (*pactum in rem*), aprovechará al comprador, de acuerdo con la opinión mayoritaria, y este derecho es el que se aplica conforme a lo que expresa Pomponio. Frente a esta opinión, que, como se recuerda, es la mayoritaria y la que se aplica, existe una opinión diferente, en la que se situaría Sabino. Para este jurista el pacto también aprovecharía al comprador incluso si fuera concebido *in personam*, y esto mismo ocurriría si la sucesión tuviera lugar por donación y no por una compraventa.

Del texto podemos extraer una serie de ideas: en primer lugar, que en época de Paulo, la opinión recordada a través de Pomponio es la que prevalece, frente a la opinión contraria, defendida por Sabino, y su aplicación queda fuera de toda discusión. En segundo lugar, se puede entrever lo que habría constituido una discusión que nace a principios del s. I, seguramente entre escuelas, y que vendría expresada en la opinión de Sabino¹³⁵. Esta opinión parece no tener en cuenta la clasificación de los pactos, en cuanto a la transmisibilidad de estos, pues claramente expresa que aunque estos se hayan realizado *in personam*, son transmisibles. La opinión de Sabino partiría, además, de una visión amplia de *successio*, en tanto que equipara la situación de los herederos a la del donatario. Para Melillo, en la visión de Sabino es posible que entre en juego una concepción diversa del contenido económico y del perfil jurídico de los pactos: en tanto que el contenido económico se concentra sobre la cosa, el pacto se transmite a cualquier sucesor, y eso ocurre con independencia del negocio de fondo del que se trate, compraventa, donación, etc.

Para Melillo¹³⁶, en la línea de pensamiento de Sabino se estaría otorgando el máximo valor al momento económico, de ahí que relacione este

¹³⁵ La opinión parece ser recordada en las Bas. 1, 1, 17, 5, mientras los escolios 16 y 17 acogen la opinión de Pomponio, *vid.* MELILLO, G. *Contrahere, pacisci... cit.*, p. 230 y ss.

¹³⁶ MELILLO, G. *Contrahere, pacisci... cit.*, p. 231, nt. 552.

fragmento de Paulo con sus fragmentos relativos a la permuta y la compraventa de D. 18, 1, 1, 1 y 19, 4, 1, en los que también aparece la opinión disonante de Sabino.

Sobre cuál podría haber sido el contenido del pacto reflejado en el texto de Paulo, la doctrina¹³⁷ ha excluido que pueda tratarse de un *pactum de non petendo* relativo a una obligación existente entre el tercero y el vendedor, y excepcionando el caso que se tratara de una *conventio pignoris*¹³⁸, llegan a la conclusión de que se trata de un pacto que recae sobre el objeto de la compraventa y que, en cualquier caso, no es un pacto que tenga lugar entre comprador y vendedor, porque entonces no tendría sentido que se preguntara si aprovecha al comprador. En concreto, Melillo¹³⁹ parte de la idea de que se trate de un pacto a través del cual un tercero, que habría vendido en primer lugar la cosa a quien en el fragmento resulta ser el vendedor, hubiera renunciado a reclamar la cosa, en caso de impago del precio. El pacto entre el vendedor y el comprador, en esa primera compraventa de la cosa, aprovecharía al siguiente comprador en caso de impago por parte de aquel de quien adquirió dicha cosa, es decir el anterior comprador, de modo que el tercero no podría exigir la cosa a sus sucesivos adquirentes. Como indica Melillo, se confirmaría así que la cosa objeto de la compraventa podría dar lugar a un *pactum in rem* que versa sobre ésta y no sobre un crédito genérico y se confirma que una vez superada la opinión de Sabino, los *pacta in rem* eran capaces de generar situaciones transmisibles *mortis causa* o *inter vivos* a los sucesores.

¹³⁷ Exceptuando a STURM, F. *Il pactum... cit.*, p. 173 y ss. Para este autor la *divisio* resulta totalmente desconocida para los juristas tardo-republicanos. *Vid.* asimismo las réplicas que entorno a esta cuestión le formularon MELILLO y ANKUM, en *Contractus e pactum... cit.*, pp. 190; 199 y 200, respectivamente. Sigue el ejemplo de Sturm de considerar el pacto presente en este texto como un *pactum de non petendo*, MANNINO, V. *Sulla trasmissibilità... cit.*, pp. 204 a 209.

¹³⁸ La *conventio pignoris* se contempla como un pacto *in rem*, D. 13, 7, 8, 4 (Pomp. 35 Sab.): *De vendendo pignore in rem pactio concipienda est, ut omnes contineantur: sed et si creditoris dumtaxat persona fuerit comprehensa, etiam heres eius iure vendet, si nihil in contrarium actum est.*

¹³⁹ MELILLO, G. *Contrahere, pacisci... cit.*, p. 231 y 232.

El ejemplo de pacto de Melillo nos parece totalmente coherente con el caso que expone Paulo. Este fragmento, a nuestro entender, permitiría pensar también en la constitución de una servidumbre *pactionibus et stipulationibus*: la servidumbre constituida de este modo, entre el tercero y el actual vendedor, aprovechará al siguiente comprador del fundo, al tratarse de un *pactum in rem*, transmisible, por tanto, a través de actos *inter vivos*, como sería la compraventa, o actos *mortis causa*. Este fragmento permitiría entender las respuestas de Paulo en D. 8, 3, 36 (2 *resp.*) o de Ulpiano en D. 8, 4, 13 (6 *opin.*)¹⁴⁰, así como el *polémico* rescripto de Alejandro Severo recogido en C. 3, 34, 3, sobre el que tendremos oportunidad de reflexionar más profundamente, en el capítulo V de este trabajo¹⁴¹:

*Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt, si ea praecesserint, quae servitutum constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent. quare non ignorabis, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere iure non potuerunt, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emptores eadem praedia posse. * ant. a. Ricanae. * <a 223 pp. k. mai. Maximo II et Aeliano conss.>.*

Ricana, a quien estaría dirigido el rescripto, no podría prohibir el acueducto constituido sobre su predio, como tampoco pudieron los anteriores poseedores —Ricana se encuentra en una provincia—, pues “*tueri enim placita inter contrahentes debent*”, sobre todo, si se trata de un *pactum in rem*. Cuando el emperador Alejandro Severo responde a Ricana, se encuentra en plena vigencia la opinión de Pomponio que hemos visto recogida en el anterior texto de Paulo¹⁴².

¹⁴⁰ *Vid.* Capítulo V, epígrafe 3.2.3.

¹⁴¹ *Vid.* más adelante, capítulo V, epígrafe 3.2.4.

¹⁴² Un caso similar, pero en relación con un *pactum in rem* que beneficia, en este caso, al vendedor, se daría en D. 8, 4, 13 (Ulp. 6 *opin.*), *vid.* Capítulo V, epígrafe 3.2.3.

La visión del tema en Labeón y la contraposición entre escuelas, si se compara con la referencia a Sabino del anterior fragmento de Paulo, se desprende con toda claridad en el siguiente fragmento también perteneciente a este jurista clásico tardío, quien parece compartir la misma opinión que Labeón:

D. 2, 14, 25, 1 (Paul. 3 ad ed.): *Personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem, Labeo ait.*

La existencia de una discusión entorno a la transmisibilidad de los pactos también se ve reflejada en el siguiente texto de Celso, discípulo de la escuela proculeyana:

D. 22, 3, 9 (Cels. 1 dig.): *Si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat, quaeritur, an id actum sit, ut ipsius dumtaxat persona eo statueretur. Sed quamvis verum est, quod qui excipit probare debeat quod excipitur, attamen de ipso dumtaxat ac non de herede eius quoque convenisse petitor, non qui excipit probare debet, quia plerumque tam heredibus nostris quam nobismet ipsis cavemus.*¹⁴³

Cuando no se ha incluido la *mentio heredis* en el pacto —o el pacto no permite saber a ciencia cierta si que quiso incluir o no a los herederos¹⁴⁴—, se pregunta si el heredero podrá formular la *exceptio de non petendo*. La respuesta de Celso es que, en este caso, debe entenderse que no se presume la transmisión de la *exceptio*, pero alterando el régimen normal de la carga de la prueba en el proceso, entiende que es el acreedor el que debe probar que se

¹⁴³ Fente a la opinión de Rotondi de entender el fragmento claramente interpolado, *vid.* MELILLO, G. *Pacta in rem... cit.*, p. 1469, especialmente nt. 30. Para Melillo, si el texto hubiera sido alterado por los compiladores, hubiera bastado con eliminar el verbo "quaeritur". Asimismo, MANNINO, V. *Sulla trasmissibilità... cit.*, pp. 175 y 176. BABUSIAUX, U. "Id quod actum est". *Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, Munich, 2006, pp. 135 a 138.

¹⁴⁴ Cfr. BABUSIAUX, U. *Id quod actum est... cit.*, p. 136.

quiso que el pacto fuera concluido *in personam*, porque lo lógico es que quien provee para uno mismo también provea para sus herederos. Para Melillo, la posición de Celso, proculyano, parece sin embargo acercarse a la de Sabino, pues, en la sucesión, presupone la voluntad del causante de transmitir a sus sucesores sus ventajas, si esto no fue así, debe ser el acreedor —actor— quien demuestre lo contrario. La alteración de la carga de la prueba, en este caso, no estaría falta de lógica, en tanto que al heredero podría resultarle extremadamente difícil demostrar que el pacto que concluyó su causahabiente —y en el que él no participó directamente— también comprendía a los herederos. Esta opinión, además, parece establecer una posición intermedia entre la transmisibilidad incondicional de los pactos que defendería la escuela sabiniana y la absoluta consideración de estos como personales, dando valor a la investigación de la voluntad de las partes que realizaron el pacto. De este modo, el pacto se presumiría *in rem*, exceptuando el caso en que claramente de aquello pactado pueda derivarse que las partes quisieron que el *pactum* fuera *in personam*¹⁴⁵.

Otro texto que demostraría que la escuelas de juristas de los s. I a II se ocuparon activamente de la cuestión de la transmisibilidad de los pactos y la investigación de la voluntad de partes sería el siguiente texto también de Paulo:

D. 2, 14, 27 pr. (Paul. 3 *ad ed.*): *Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius Atilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. idem Labeo: nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur: sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet*

¹⁴⁵ Lo que claramente concuerda con la opinión de Pomponio en referencia a la de Pedio que nos llega a través de Ulpiano en D. 2, 14, 7, 8 (4 *ad ed.*). La misma opinión de Pomponio se desprende de D. 13, 7, 8, 4 (Ulp. 4 *ad ed.*) *in fine* sobre el carácter *in rem* de la *conventio pignoris*, cuando expresa “si nihil in contrarium actum est”. Como expresa Melillo, opinión que compartimos plenamente, este tipo de interpretación tiende a generalizar un perfil fundamental del negocio bilateral como es la capacidad de determinar patrimonialmente efectos plenos y transmisibles, más allá de los límites de los contratos típicos. La visión de Sabino habría sido la más avanzada para conseguir homogeneizar todas las *conventiones*, sin embargo, esto nunca llegó a ocurrir. MELILLO, G. *Contrahere, pacisci... cit.*, p. 235.

novare non possint. Quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.

En este fragmento puede apreciarse la evolución de las opiniones de los proculeyanos Neracio, Atilicino y Próculo, que parten de la opinión del maestro Labeón. Si uno de los socios banqueros concluye un pacto con el deudor, se preguntan si el pacto podrá perjudicar al otro socio. La respuesta de estos es que el pacto no perjudica, incluso si fuera *in rem*, sino que debe interpretarse que se hizo el pacto para permitir al otro socio exigir la totalidad del pago (solidaridad activa), lo que resulta lógico, si se tiene en cuenta que uno solo de los socios no puede novar la obligación, tampoco podría condonar la deuda a través de un pacto, en todo caso acordar que no la exigiría¹⁴⁶.

Los textos estudiados permitirían, a grandes rasgos, ver que la cuestión de la transmisibilidad o no de los pactos ya mantuvo ocupada a la jurisprudencia clásica y que de las discusiones y diferentes posturas defendidas por ésta derivaría la división *pacta in rem, pacta in personam* de D. 2, 14, 7, 8 (Ulp. 4 *ad ed.*), que se encontraría totalmente consolidada en época de Ulpiano. No se trataría, por tanto, de una clasificación introducida por los compiladores. Finalmente, de los textos estudiados también puede derivarse el valor que la jurisprudencia otorgó a la voluntad de las partes, pues la interpretación de la voluntad de éstas es lo que determinará la naturaleza *in rem* o *in personam* del pacto en cada caso, como advertía Pedio.

¹⁴⁶ Cfr. D. 2, 14, 21, 5 (Paul. 3 *ad ed.*): *In his, qui eiusdem pecuniae exactionem habent in solidum, vel qui eiusdem pecuniae debitores sunt, quatenus alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio, quaeritur. Et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse eius qui paciscebatur interfuit. Itaque debitoris conventio fideiussoribus proficiet.*

7. Conclusiones

Como hemos podido ver en el presente capítulo, el término *pactum* no tendría un significado unívoco en todas las épocas del derecho romano. El origen de *pactum* suele relacionarse con las raíces indoeuropeas *pak* y *pag*, de las que derivarían, en la lengua latina, los sustantivos, *pax* y *pacare*, así como *paciscere*. El uso de estos dos últimos verbos puede constatarse en la Ley de las XII Tablas (cfr. Tab. 1, 6 y 7; Tab. 8, 2). De este modo, resulta lógico relacionar la idea de *pactum* con la de *pax* y, en términos generales, con la idea de conferir estabilidad o equilibrio a una determinada situación que carece de aquélla (como sería un conflicto bélico), a través de un encuentro de voluntades entre diversas partes. El inicio del uso del término *pactum* se remontaría a finales del s. III a. C.

Tradicionalmente, la doctrina romanista¹⁴⁷ ha defendido que el *pactum*, en la Ley de las XII Tablas, cumpliría con una función transaccional, de composición pacífica de una controversia entre los particulares, en el sentido que, a través del *pactum*, aquéllos renuncian a la persecución de un derecho propio en sede procesal, ya sea gratuitamente o a cambio de una compensación económica. La Ley de las XII tablas, además, habría compelido, ni que fuera indirectamente y para evitar la aplicación de determinadas sanciones (como, por ejemplo, sería la *lex Talionis*), a que los particulares resolvieran sus controversias a través de los pactos (cfr. Tab. 3, 1-6).

Pese a esta concepción negativa de *pactum*, algunos autores como Grosso, Archi o Melillo¹⁴⁸ han destacado la presencia, en esta misma época, de pactos constitutivos de relaciones o, en términos generales, acuerdos no formales, basándose en los textos de Gayo de D. 2, 14, 48 (3 *ad leg. XII Tab.*)

¹⁴⁷ Especialmente, MANENTI, C. *Contributo critico... cit.*, en *Studi Senesi*, 8 (1891), pp. 3 a 143.

¹⁴⁸ GROSSO, G. *Il sistema ... cit.*, p. 187 y ss. ARCHI, G.G. *Ait praetor... cit.*, p. 381. MELILLO, G. voz «Patto», en *ED*, XXXII, Milán, 1982, p. 480 y ss.

y D. 47, 22, 4 (4 *ad leg. XII Tab.*). Motivo por el cual, pare plausible pensar que, ya en época de la Ley de las XII Tablas habrían convivido dos acepciones de pacto. Esta última acepción de pacto, como acuerdo no formal y tendente a constituir una situación jurídica, iría adquiriendo, con el paso del tiempo, especial relevancia.

En este sentido, la idea de *pactum* como acuerdo empieza a aparecer en las obras de Plauto y, especialmente, en Cicerón¹⁴⁹, a la vez que empieza a aparecer acompañado de *conventum* (el primer texto en el que aparecerían ambos términos sería la *Rhet. ad Her. 2, 13, 20*: "*Sunt item pacta, quae sine legibus observantur ex convento quae iuri praestare dicuntur*"). En esta nueva concepción de *pactum*, adquiere una especial importancia el *conventum*, que es entendido en el sentido de que las partes que concluyen el pacto llegan a un punto en común o a una dirección común, en relación con una concreta cuestión. No obstante, en esta época aún no se emplearía el término *conventio*, que dataría de la época de Trajano, cuando su uso se haría cada vez más frecuente hasta generalizarse, como consecuencia, a su vez, del decaimiento del uso de *pactum* y en contraposición al concepto de *contractus*.

El auge del fenómeno pacticio durante el s. I a. C. justificaría que el pretor tuviera en cuenta a los pactos en su Edicto. La tutela pretoria de los pactos se encontraría reflejada en el conocido *edictum de pactis*, que habría sido acogido en el título IV del álbum, bajo la rúbrica "*de pactis et conventionibus*"¹⁵⁰. El contenido del *edictum de pactis* aparecería reflejado en el conocido texto de Ulpiano de D. 2, 14, 7, 7 (4 *ad ed.*), que daría cuenta del momento final en la evolución del fenómeno pacticio, desde la Ley de las XII Tablas hasta la redacción del *Edictum perpetuum* por Salvio Juliano.

¹⁴⁹ Vid. anteriormente, en el epígrafe 4, las referencias a las obras de Plauto y Cicerón.

¹⁵⁰ En relación con la discusión sobre la denominación del IV, vid. *supra* epígrafe 5.

Entorno al *edictum de pactis* surgirían, básicamente, dos dudas; cuál habría sido el objeto de la cláusula edictal (*pacta conventa*), así como, cuál habría sido el tipo de tutela que se habría ofrecido a los pactos.

En relación con el primer interrogante, creemos que debe tenerse en cuenta el texto de Cicerón *De off.* 3, 92, que parece recordar la cláusula edictal en época republicana. Del mismo modo, un texto de Séneca padre, *De contr.* 9, 3, también parece recordar la existencia de dicha cláusula¹⁵¹. Creemos que, en época de Cicerón, el *edictum de pactis* habría tutelado los pactos en general y que éstos, en la práctica, se habrían presentado bajo una estructura compleja, *pactum et promissum* (cfr. *De off.* 3, 92), es decir, al *pactum* le seguiría una *stipulatio*, negocio formal que vincularía a las partes y convertiría al *pactum* en accionable. Con el tiempo, el *conventum* habría adquirido una especial relevancia, en detrimento de la *stipulatio*. La expresión *pactum conventum* sería una expresión pleonástica o yuxtaposición entre dos sustantivos neutros, sin conjunción copulativa, que puede traducirse como "lo pactado y convenido".

En lo que se refiere a la tutela de los pactos en el *edictum de pactis*, hemos destacado cómo, frente a la tradicional teoría, que parte de la idea de que la tutela natural de los pactos habría sido la *exceptio pacti* y/o la *denegatio actionis*, creemos que es posible defender, por la propia generalidad de la cláusula, que ésta únicamente refleja el programa político del pretor. De este modo sería el magistrado quien decidiría, en el caso concreto, la tutela a dispensar, ya fuera una *exceptio*, una acción *in factum*, *utilis* o incluso la *denegatio actionis*.

Especial referencia merece la conocida teoría de Magdelain¹⁵², según la cual, el edicto pretorio recogería, en época republicana, la máxima expresión

¹⁵¹ Vid. *supra*, epígrafe 5.1.

¹⁵² MAGDELAIN, A. *Le consensualisme dans l'Édict du Préteur*, París, 1958. Vid. *supra*, epígrafe 5.2.1.

del consensualismo. El profesor francés partiría de la duda expresada por Lenel¹⁵³, acerca de que el *edictum de pactis* únicamente diera lugar a una *exceptio* para la tutela de los pactos, teniendo en cuenta que no existiría ninguna otra cláusula edictal que asegurara como remedio procesal únicamente la vía de *exceptio*. Defendería que los pactos debieron gozar, inicialmente, de una tutela mucho más amplia y que el *edictum de pactis* habría incluido, en sus orígenes, las acciones de buena fe, a excepción de la *actio commodati in ius* y la *actio Serviana*. Las acciones de buena fe habrían sido acogidas por el *ius civile* durante la época del principado. Sería a partir de este momento, en el que empezaría a forjarse el carácter negativo de *pactum*, únicamente tutelado mediante *exceptio*.

Esta revolucionaria teoría, que fue duramente criticada en la década de los años 60 del s. XX¹⁵⁴, ha sido objeto de revisiones o nuevas lecturas desde finales del s. XX, por autores como Gallo, Santoro, Melillo o Biscotti¹⁵⁵. Nos parece que una visión tradicional y rigurosa de los pactos como acuerdos extintivos de derechos sustantivos o procesales no permite entender y explicar la existencia de figuras como la *conventio pignoris* o las *pactiones et stipulationes*. Cabe lamentar, además, que, en los estudios relativos a los pactos, haya predominado un enfoque de la cuestión, desde el punto de vista de la contraposición *pactum-contractus*, sin tener en cuenta que los pactos gozaron de una amplia aplicación más allá del ámbito meramente contractual. Creemos que las fuentes jurisprudenciales dan cuenta de la aplicación de los pactos para la consecución de las más diversas finalidades, dando lugar a que, en la práctica aparecieran una diversidad de estructuras negociales, que responderían a las necesidades que surgían con el devenir de los tiempos y los cambios sociales y económicos. Todas estas estructuras negociales tendrían en

¹⁵³ LENEL, O. *EP*, p. 20, nt. 1.

¹⁵⁴ Como puede comprobarse por el gran número de recensiones a la monografía de Magdelain, que se publicaron durante esa época. *vid. supra*, epígrafe 5.2.2.

¹⁵⁵ *Vid. supra*, epígrafe 5.2.3.

común el elemento de la *conventio* y el estar tuteladas por el pretor, pero no todas ellas entrarían a formar parte de la categoría general de *contractus*.

Finalmente, nos hemos referido a la clasificación *pacta in rem-pacta in personam* de Ulpiano D. 2, 14, 7, 8 (4 *ad ed.*), que seguiría al a la cláusula del *edictum de pactis*. La naturaleza *in rem* o *in personam* del *pactum* resulta determinante para entender el régimen sucesorio de las situaciones creadas la amparo de los pactos. Los *pacta in rem* permitirían transmitir *inter vivos* o *mortis causa* las situaciones del causante, mientras que los *pacta in personam* serían intransmisibles. La naturaleza del pacto vendría determinada en atención a aquello que quisieron las partes al concluir el pacto (*id quod actum*), según puede extraerse de D. 2, 14, 7, 8 (Ulp. 4 *ad ed.*) ó D. 22, 3, 9 (Cels. 1 *dig.*). El estudio de las fuentes jurisprudenciales permite observar la existencia, en este sentido, de una profunda discusión entre las escuelas de juristas, en época clásica, en un intento por sistematizar, desde la óptica procesal, aquellos acuerdos que quedarían fuera del ámbito del *ius civile*. esto permite pensar que esta clasificación sería clásica y no habría sido introducida por los compiladores justinianeos.

CAPÍTULO II

**Primera aproximación
al estudio del sintagma *pactiones et stipulationes***

Sección II

***Estudio de la stipulatio como elemento integrante
del binomio pactiones et stipulationes.
Especial atención a la stipulatio poenae.***

1. Preliminar

Para poder entender la estructura y funcionamiento de las *pactiones et stipulationes* entendemos necesaria hacer una referencia previa a la configuración de la *stipulatio*, fijándonos especialmente en su evolución en el derecho posclásico y justiniano. Esta forma contractual que, gracias a su polivalencia, es ampliamente usada en el tráfico jurídico romano, curiosamente siendo una figura con efectos obligacionales, veremos cómo participa en la constitución de derechos reales.

Prestaremos especial atención a las *stipulationes poenae*, dado que la figura que estudiamos en la mayoría de los casos incluía una *stipulatio poenae*; no obstante, su estudio no pretende ir más allá de una breve referencia previa al examen de las *stipulationes poenae* concretas que encontramos en las fuentes jurisprudenciales, en relación con la constitución de servidumbres. El objeto de este trabajo no es, así pues, la *stipulatio poenae* en sí; esta figura nos interesa en cuanto es empleada en la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*.

Efectivamente, en muchos de los casos que estudiaremos aparece reflejada la siguiente fórmula estipulatoria: *neque per te neque per heredem tuum quo minus mihi ire agere licet?* a la que se suele añadir una pena convencional.

Obviamente el estudio de la *stipulatio poenae* en relación con las *pactiones et stipulationes* nos lleva a preguntarnos, en primer lugar, acerca de las funciones que puede desarrollar esta figura y, asimismo, la estructura o estructuras que suelen presentar en las fuentes. Posteriormente, veremos en qué medida estas estructuras generales de la *stipulatio poenae* se reproducen en el caso de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* y cómo repercute el uso de los distintos modelos en cada supuesto, especialmente de cara a la determinación de la *commissio poenae*.

También realizaremos una breve referencia al estado de la doctrina en cuanto a la relación entre la *conventio* y la *stipulatio*, en la medida en que la primera influye sobre la segunda en cuanto a su eficacia y validez.

Haremos una breve mención final a la *cautio de amplius non turbando*, ya que entendemos que el uso de las *stipulationes* para constituir *cautiones*, en el caso de las servidumbres, puede ayudarnos a comprender la función que cumple la *stipulatio poenae* en el seno de las *pactiones et stipulationes*.

2. La *stipulatio* en el derecho romano: origen, evolución y aplicaciones de la *stipulatio*

La *stipulatio* suele ser definida por los romanistas como la piedra angular del sistema contractual romano, pues si bien éste se caracteriza por ser un sistema típico, es decir, un sistema en el cual los particulares, cuando quieran regular sus intereses, deberán ceñirse al listado de figuras contractuales existentes, curiosamente la *stipulatio* es capaz de recoger en su estructura y de regular los más diversos intereses. De ahí que Talamanca¹ distinga entre *tipicidad formal* y *tipicidad causal* en el sistema contractual romano: tipicidad formal en clara referencia a la *stipulatio*, en el sentido que en ella se puede verter cualquier conjunto de intereses (siempre y cuando se observe la forma de dicho contrato); y causal, en referencia a las *obligationes re y consensu contractae*.

El origen de la *stipulatio* se suele relacionar con la *sponsio*², que en sus inicios era un juramento de carácter religioso que generaba, consecuentemente, una vinculación de carácter sacro o mágico y que, con el tiempo, se secularizó y se integró en el tráfico jurídico en las XII Tablas donde ya se contemplan las deudas generadas *ex sponsione* y se expresa que deben

¹ TALAMANCA, M. «*Conventio e stipulatio*», en *Atti del Convegno di Diritto romano, Siena 14-15 aprile 1989*, Napoli, 1991, p. 164.

² La mayor parte de la doctrina ve en la *sponsio* el origen de la *stipulatio*, sin embargo, algunos autores difieren en esta idea, así, por ejemplo, Talamanca considera que muy probablemente *sponsio* y *stipulatio* fueran institutos diversos y que, con el tiempo, confluyeron en la *verborum obligatio* clásica, pues la *sponsio* tendría un origen religioso, mientras que la *stipulatio* tendría un origen mágico. TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 560 y ss. Algunos autores se plantean sobre la posibilidad de que, en el origen de la *stipulatio*, no se deba tener únicamente en cuenta la *sponsio*, sino también una segunda raíz, una primigenia *stipulatio*, que podría haber sido sin juramento y representar una retención ideal (*Vergeiselung*), en este sentido, *vid.* KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, §9 p. 57, con amplias referencias bibliográficas al respecto.

COCH ROURA, N. *La forma estipulatoria. Una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto* (tesis doctoral), Girona, 1995, p. 10 y ss. Está pendiente su publicación a través de la editorial Dykinson, pero puede consultarse el contenido de este trabajo *on line*: http://www.tdr.cesca.es/TESIS_UdG/AVAILABLE/TDX-0114105-133029//tncr.pdf

ser reclamadas a través de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (Tab. 2, 1b y Gai. 4, 13).³

Sin embargo, y como es sabido, el uso del verbo *spondere* quedó reservado para los ciudadanos romanos, de modo que la obligación verbal debía establecerse entre un ciudadano y un peregrino, hubo que recurrir, como indica Miquel⁴, a la idea de la lealtad o el respeto a la palabra dada, para que de las palabras surgiera la vinculación⁵. La nueva figura, que surge de las relaciones de los ciudadanos romanos con los peregrinos, recibe el nombre de *stipulatio* y sería una institución propia del *ius gentium*; mientras la *sponsio* lo sería del *ius civile*. La forma y estructura de ambas es idéntica, pero la vinculación entre las partes intervinientes surge de la pronunciación de verbos diferentes. Como indica Linares⁶, nos encontramos ante una forma particular de crear *ius gentium*, en tanto que no se parte de la búsqueda de instituciones comunes a diferentes pueblos de la antigüedad, sino que, en este caso, se estaría adaptando un instituto propio de los ciudadanos romanos a las relaciones de estos con los peregrinos.

El origen etimológico del término *stipulatio* suele extraerse de los siguientes textos de Varrón y Festo:

Varrón, *Lingua latina* 5, 182: *Hoc ipsum stipendium a stipe dictum, quod aes quoque stipem dicebant: nam quod asses librae, pondo erant, qui acceperant maiorem*

³ Ya que no es objeto de este trabajo tratar la *sponsio*, no podemos extendernos sobre en este tema, suficientemente desarrollado ya por la doctrina romanista. Acerca de los orígenes sacros de la *sponsio*, resulta fundamental el ensayo de Magdelain *Essai sur les origines de la sponsio*, París 1943 y, más recientemente PASTORI, F. *Il negozio verbale in diritto romano*, Bolonia, 1994, p. 76 y ss.

⁴ MIQUEL, J. *Derecho privado romano*, p. 273.

⁵ Cfr. Gai. 3, 92 y 93, en los que el jurista refleja las diversas formas de hacer surgir la obligación verbal.

⁶ LINARES PINEDA, J.L. «*Stipulatio*», en *Materiales para el estudio del Derecho. Derecho romano* de Portal del Derecho, S.A./IUSTEL (www.iustel.com), también disponible en los materiales "on line" de la página web del grupo de investigación de la UdG "Història de la ciència jurídica": <http://web.udg.es/hcj>, p. 3.

numerum non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant, id est componebant, quo minus loci occuparet; ab stipando stipem dicere coeperunt. Stips ab stoibe fortasse, Graeco verbo. Id apparet, quod ut tum institutum etiam nunc diis cum thesauris asses dant stipem dicunt, et qui pecuniam alligat, stipulari et restipulari.

Festo, De verborum significatu quae supersunt cum Pauli Epitome, 379, 3: Stipem esse nummum signato testimonio est et de eo, quod datur in stipendium militi, et cum spondetur pecunia, quod stipulari dicitur.⁷

En ambos textos, los autores relacionan el origen etimológico de la *stipulatio* con el término *stips*, pequeña cantidad de dinero, de donde se pasa a *stipulatio* como cantidad de dinero prometida. De acuerdo con esta interpretación, la *stipulatio* nacería con el crédito de dinero y se identificaría con la *pecunia stipulata*.

Para otros autores⁸, *stipulatio* se debe relacionar con *stipes*, la estaca, tallo o caña que se aportaría para la formalización de un compromiso, que se parte en dos durante el acto y cada parte conserva un trozo en prueba del compromiso asumido, debiendo reunir los trozos nuevamente cuando se hubiera cumplido con el compromiso. Este sentido derivaría del siguiente texto de San Isidoro 5, 24, 30:

Stipulatio est promissio vel sponsio; unde et promissores stipulatores vocantur. Dicta autem stipulatio ab stipula. Veteris enim, quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum iugentes sponsiones suas agnoscebant.

⁷ En el mismo sentido Ulpiano en D. 50, 16, 27 (17 ad ed.): "*Stipendium*" a *stipe* appellatum est, quod per *stipes*, id est modica aera, colligatur. idem hoc etiam "*tributum*" appellari Pomponius ait. Et sane appellatur ab intributione tributum vel ex eo quod militibus tribuatur.

⁸ En este sentido vid. CASTRESANA, A. «La estipulación», en *Derecho romano de obligaciones, homenaje al Prof. José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 442.

La *stipulatio* constituyó el cauce a través del cual discurrieron las relaciones crediticias en el mundo romano—especialmente el crédito a interés, pues recordemos que el *mutuum* romano no permitía el cobro de intereses—, sobre todo, al entrar los ciudadanos romanos en contacto con otros pueblos. Como expresa Castresana, alrededor de la *stipulatio*, los juristas romanos fueron capaces de construir un derecho de obligaciones y contratos accesible a todo el mundo, con independencia de que se disfrutara de la ciudadanía romana o no⁹. La *stipulatio*, como expresaría Schulz, sería además la viva muestra de la predilección de los romanos por la exactitud, la brevedad y la simplicidad.

La *stipulatio* es además utilizada para las finalidades más diversas, de ahí su claro protagonismo, pues como indica Linares¹⁰, la aplicación de esta figura desborda claramente el campo contractual y abarca casi todos los ámbitos del derecho privado romano: no sólo servirá para generar todo tipo de obligaciones, dará lugar a diferentes figuras de crédito y de refuerzo de éste —*rei credendi debendi*— o de garantía —*sponsio, fidepromisso, fideiussio, adpromissio, stipulatio poenae*—, para generar una pluralidad de acreedores —*adstipulatio*—, o para la extinción de una obligación —*acceptilatio*— o su novación —*novatio*—, o su transmisión —*delegatio*—. Su aplicación también tendrá importante relevancia en el contrato de compraventa en relación con la responsabilidad del vendedor por los vicios jurídicos o materiales de la cosa —*stipulatio habere licere, stipulatio duplae*—, en el contrato de mutuo para establecer el pago de intereses —*stipulatio usurarum*—; servirá también para otorgar relevancia jurídica a situaciones que carecen de ella desde la perspectiva del *ius civile* —téngase aquí en cuenta la figura del pacto y cómo convertirlo en accionable—, se empleará también en ámbito procesal y extraprosesal —*vadimonium*, cauciones y *stipulationes* pretorias—, en el arbitraje a través del *compromissum*; en derecho de familia a través de la promesa de matrimonio, la promesa de consituición o de restitución de la dote,

⁹ CASTRESANA, A. *La estipulación... cit.*, p. 444.

¹⁰ LINARES PINEDA, J.L. *Stipulatio... cit.*, p. 1, nt. 1. Asimismo, KASER, M. *RPR*, I, p. 539.

la donación realizada a través de *stipulatio*; en el derecho sucesorio, las *stipulationes* que se realizan entre el heredero y los legatarios —*stipulatio partis et pro parte*— o en la compraventa de la herencia —*stipulationes emptae et venditae hereditatis*—; también encuentra lugar en materia de derechos reales en la constitución de servidumbres o del usufructo —entiéndase aquí no solamente la promesa de constitución de una servidumbre o de un usufructo, sino que también participa en su constitución *pactionibus et stipulationibus*, Gai. 2, 31—, etc.

La evolución postclásica de la *stipulatio* discurre, sobre todo, entorno a su relación con el documento, nos ocuparemos de esta cuestión más extensamente en el siguiente epígrafe.

Pese a la importancia que, como hemos visto, tuvo la *stipulatio* en Roma y a su vasta aplicación, esta figura no ha pasado a los modernos ordenamientos jurídicos, aunque sí se conservan en ellos la mayoría de sus principios configuradores que rigen, en la actualidad, en materia de derecho contractual¹¹. En cualquier caso, cualquiera estará completamente de acuerdo con Castresana cuando expresa que "la *stipulatio* ha sido y sigue siendo un tema brillante y provechoso para el romanista".¹²

¹¹ Así podemos apreciar la clara decadencia de la *stipulatio* —empleada básicamente en la práctica notarial— y, en contraste, el auge del principio *pacta sunt servanda*: cuando la *stipulatio* deja de ser un "*vestmentum pacti*" y el pacto libre de forma pasa a ser accionable, el pacto acaba por sustituir a la *stipulatio*. Así pues, la obligación surgirá entonces, no de la pronunciaci3n de determinadas palabras, sino del acuerdo entre las partes. *vid.* COING, H. *Europäisches Privatrecht*, I (Älteres Gemeines Recht, 1500-1800), München, 1985, p. 480 y 481. Existe una traducci3n española de Antonio Pérez Martín. En lo que respecta al derecho histórico español, la recepci3n de la *stipulatio* ha sido especialmente estudiada por NÚÑEZ LAGOS, R. «La estipulaci3n en las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá», *Real Academia de Jurisprudencia y Legislaci3n*, Madrid, 1950 y ARIAS BONET, J.A. «Recepci3n de las formas estipulatorias en la Baja Edad Media. Un estudio sobre las "promisiones" de las Siete Partidas», en *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 42 (1967), p. 285 a 334. La estipulaci3n medieval aparece documentada y no es reflejo del acto oral, sino una narraci3n indirecta, abreviada, objetiva e impersonal de lo acordado por las partes. Destaca la recepci3n de la *stipulatio* en el derecho castellano en *Las Partidas*, a trav3s de la forma de las *promisiones*, si bien, para los autores, en *Las Partidas* conviven dos formas o construcci3nes de *stipulatio*: la erudita, que no se aplicaría en la pr3ctica castellana —serían las *promisiones* de la *Partida V*—, y la actual o que sí se aplicaría en la pr3ctica castellana, contenida en la *Partida III*, la *stipulatio* sería la *charta* de los instrumentos p3blicos.

¹² CASTRESANA, A. *La estipulaci3n... cit.*, p. 440.

3. Concepto y características generales de la *stipulatio*

En términos generales, la *stipulatio* es un contrato formal y abstracto —o eventualmente abstracto— unilateral y de derecho estricto, por el cual el *promissor* promete oralmente al *stipulator* la realización de una determinada prestación. Es un contrato, además, verbal —junto a la *dotis dictio* y la *promissio operarum*, Gai. 3, 92— y dará lugar, por tanto, a una *obligatio verbis*.

En las fuentes romanas podemos encontrar diferentes definiciones de la *stipulatio*:¹³

D. 45, 1, 5, 1 (Pomp. 26 Sab.)

Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit.

PS. 2, 3 (de contr.)

Stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet: velut spondes? Spondeo: Dabis? Dabo: Promittis? Promitto: Fidei tuae erit? Fidei meae erit: et tam pure quam sub condicione concipi potest.

Una de las principales características de la *stipulatio* es su sujeción a una determinada forma, esto es el intercambio de pregunta y respuesta en unidad de acto, que ha de tener lugar de modo oral u oral-gestual. La forma en la *stipulatio* consistirá, así pues, en el intercambio de una pregunta oral realizada por el acreedor al deudor acerca de si éste se compromete a entregar una suma de dinero, una cosa determinada o indeterminada, a realizar un concreto

¹³ Acerca de la definición de *stipulatio*, vid. LINARES PINEDA, J.L. *Stipulatio... cit.*, p. 2.

comportamiento o a abstenerse de realizarlo. Esta posibilidad de la *stipulatio* de acoger cualquier tipo de prestación permite dotar de cierta flexibilidad al sistema típico de contratos propio del derecho romano y conceder un cierto margen a la autonomía privada, si bien se deberá observar escrupulosamente la forma para que el negocio surta efectos y, además, se debe tener en cuenta el carácter unilateral de la obligación u obligaciones que la *stipulatio* genera — se debería recurrir a la realización de *stipulationes* cruzadas para que ambas partes quedaran *recíprocamente* obligadas.

A la pregunta del acreedor (*stipulator*) debe contestar inmediatamente el deudor (*promissor*) de modo afirmativo y congruente¹⁴ para que, de este modo, quede verbalmente obligado.

La observancia de estos requisitos formales exigidos —oralidad, presencia de las partes, unidad de acto¹⁵ y congruencia— dará lugar a que se produzcan los efectos propios de aquel negocio, con independencia, en principio, de la *voluntas* de las partes o de la causa negocial¹⁶.

Esta sujeción a una determinada forma puede ser contemplada desde una vertiente positiva y otra negativa, como expresa Miquel¹⁷ cuando se refiere

¹⁴ Talamanca advierte que este requisito parece empezar a declinar en época clásica a tenor del siguiente texto de Ulpiano de D. 45, 1, 1, 2 (48 *Sab.*): *Si quis ita interroget "dabis?" responderit " quid ni?", et is utique in ea causa est, ut obligetur: contra si sine verbis adnuisset. Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem.* TALAMANCA, M. *Istituzioni...* cit., p. 562.

¹⁵ No nos extenderemos en cuanto a la presencia de las partes y la unidad de acto. La mayor parte de la doctrina entiende que el derecho clásico exigió la presencia continua de las partes, aunque esta exigencia parece que empezó a ser cuestionada por algunos juristas. Así por ejemplo, téngase en cuenta las opiniones de Ulpiano en D. 45, 1, 1, 1 (Ulp. 48 *Sab.*): *Qui praesens interrogavit, si antequam sibi responderetur discessit, inutilem efficit stipulationem: sin vero praesens interrogavit, mox discessit et reverso responsum est, obligat: intervallum enim medium non vitiavit obligationem.* Y Venuleyo en D. 45, 1, 137 pr. (1 *stip.*): *Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet (ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit) et comminus responderi stipulanti oportet: ceterum si post interrogationem aliud acceperit, nihil proderit, quamvis eadem die spondisset.*

¹⁶ Cfr. Gai. 3 102: *Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id quod interrogatus erit non responderit, veluti si sestertia X a te dari stipuler, et tu sestertia V promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas.*

¹⁷ MIQUEL, J. *Derecho privado romano*, p. 315. También en MIQUEL, J. *Derecho Romano* (Materiales de la UOC, adaptados por J.L. LINARES; V. SANSÓN, V. y A. CABALLÉ), módulo

a la forma en la *stipulatio*: “aunque requiere una forma, ésta resulta de lo más sencillo, es decir ofrece las ventajas del formalismo (claridad, seguridad en el tráfico negocial, certeza de la conclusión de un negocio, etc.) sin sus inconvenientes (rigurosidad con el consiguiente riesgo de nulidad)”.

Esta sencillez de la *stipulatio* permitió que fuera empleada para las más diversas finalidades, como enunciábamos anteriormente, entre las que hallamos y, obviamente, destacamos al ser objeto de este trabajo la de la constitución de servidumbres prediales y del usufructo a través de la fórmula *pactiones et stipulationes* (Gai. 2, 31)¹⁸. Así pues, esta característica de la *stipulatio*, permitió que fuera utilizada para conferir fuerza y eficacia jurídica a cualquier tipo de acuerdo.

En el derecho clásico, las fórmulas que se empleaban para la realización de la *stipulatio* serían las que aparecen a título de ejemplo en Gai. 3, 92 y 93:

Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, uelut DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIVBES? FIDEIVBEO, FACIES? FACIAM. 93. Sed haec quidem uerborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria ciuium Romanorum est; ceterae uero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, siue ciues Romanos siue peregrinos, ualent. et quamuis ad Graecam uocem expressae fuerint, uelut hoc modo "DOSEIS; DOSO: HOMOLOGEIS; HOMOLOGO: PISTEI KELEUEIS; PISTEI KELEUO: POIESEIS: POIESO", etiam hae tamen inter ciues Romanos ualent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant; et e contrario quamuis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos ualent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. at illa uerborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO adeo propria ciuium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamuis dicatur a Graeca uoce figurata esse.

de Derecho patrimonial romano II, Barcelona, 2001, p. 47,

¹⁸ Dedicaremos especial atención a las *stipulationes* de ejercicio en el capítulo VI, a partir del epígrafe 2.2.

La importancia de este fragmento radica en la descripción que el jurista ofrece acerca de las diferentes maneras a través de las cuales se puede realizar la *stipulatio*, unas serían las propias del derecho romano y estarían reservadas a los ciudadanos romanos, serían las que corresponderían al antiguo *ius civile*, a la *sponsio* — *Sed haec quidem uerborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria ciuium Romanorum est*—, y, en cambio, otras serían formas propias del *ius gentium*, mucho más variadas y no únicamente en latín, sino que también en lengua griega —aunque parece que también se admitió la utilización de otras lenguas como el púnico y el sirio, como parece desprenderse en la discusión de Ulpiano en D. 45, 1, 1, 6¹⁹—.

De acuerdo con Miquel²⁰, el hecho de que el uso del verbo *spondere* quedara reservado únicamente a los ciudadanos romanos y, en cambio, se utilizaran otros términos, como *promittere*, por parte de ciudadanos y extranjeros se debe a motivos puramente históricos. La utilización del verbo *spondere* se relaciona, en sus orígenes, con su uso en el ámbito religioso, la

¹⁹ D. 45, 1, 1, 6 (Ulp. 48 Sab.): *Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis latine interrogaverit, respondeatur ei graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est: idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad graecum sermonem tantum protrahimus an vero et ad alium, poenum forte vel assyrium vel cuius alterius linguae, dubitari potest. et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat uerborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat sive per se sive per uerum interpretem.* En este fragmento se discute sobre la existencia o no de congruencia cuando pregunta y respuesta se formulan en diferentes lenguas, en este caso latín y griego, siempre y cuando ambas partes se estén refiriendo al mismo acuerdo.

Acerca de esta cuestión, *vid.* WACKE, A. «El pluralismo lingüístico y su reglamentación jurídica en el imperio romano», *Seminarios complutenses de derecho romano*, XI, 1999, p. 117 y ss., especialmente, a partir de la p. 123 se hace referencia al uso de lenguas diferentes al latín en los contratos verbales, Madrid, 2000. Así como su artículo *Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein? Zur Schrittweisen Gleichberechtigung der Geschäftssprachen im römischen Recht* publicado en la SZ 110 (1993), p. 14 y ss.

Acerca de los *uerba* que las partes pueden utilizar para dar lugar a la obligación verbal, de acuerdo con NICHOLAS, B. «The form of the stipulation in Roman law», en *LQR*, 69 (1953), p. 63 y ss., la lista de verbos que nos ofrece Gayo (Gai. 3, 92 y 93) constituiría un *numerus clausus*, de modo que el uso de un verbo diferente a los que aparecen en el texto gayano harían la *stipulatio* inválida. En contra de esta opinión se expresa la mayor parte de la doctrina; nos encontramos ante una lista de verbos meramente ejemplificativa y sin ánimo de exhaustividad, en este sentido *vid.* ZIMMERMANN, R. *The Law of obligations. Roman foundations of the Civilian tradition*, Oxford-Clarendon, 1995, p. 72.

²⁰ MIQUEL, J. *Derecho privado romano*, p. 314 y 315.

sponsio como juramento religioso que posteriormente se seculariza, tal y como se ha expresado anteriormente²¹.

Cabe recordar cómo en el derecho arcaico, en las relaciones entre los hombres y los dioses y, finalmente, en las relaciones de los hombres entre sí, si no se empleaban las palabras adecuadas no surgía el efecto deseado —téngase en cuenta el rol del Colegio de Pontífices, guardianes de los formularios procesales y negociales. Al entrar en contacto con otros pueblos, los romanos prefirieron reservarse para sí mismos la *sponsio*, tan arraigada a su cultura religiosa, y utilizar otras formas en sus relaciones con los extranjeros con clara referencia al respeto a la palabra dada, a la lealtad, o a la fidelidad a lo convenido. De esta manera nace la *stipulatio*, que se lleva a cabo pronunciando términos como "*dabis? dabo, promittis? promitto, fidepromittis? fidepromitto, fideivbes? fideivbeo, facies? faciam*" e incluso no sólo empleando el latín, sino que también la lengua griega, entre otras²². En consecuencia, si la sanción de la *sponsio* se basaba en su origen sacro, la tutela de la nueva *stipulatio* se fundamentará en la antigua *fides*.²³

En relación con los *verba* utilizados, para Corbino, a través de la *stipulatio*, se habrían introducido dos grupos distintos de negocios: un grupo de negocios tendentes a la constitución de una obligación principal, para cuyo objetivo se podrían emplear diferentes *verba*, y otro grupo de negocios a través de los cuales se asume una obligación accesoria (garantía), respecto a estos negocios se daría un esquema verbal rígido y quedarían ligados a la *sponsio*, que se conserva sólo para la función de garantía²⁴.

Como decíamos, la *stipulatio* presentaría una estructura muy similar a la de la *sponsio*, sin embargo cabe destacar que, mientras la *sponsio* se caracteriza por ser un negocio absolutamente abstracto, al tener su origen en

²¹ TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 560.

²² WACKE, A. *El pluralismo lingüístico... cit.*, p. 117 y ss.

²³ PASTORI, F. *Il negozio verbale... cit.*, p. 206 y ss. En el mismo sentido, MIQUEL, J. *Derecho privado romano*, p. 273.

²⁴ CORBINO, A. *Il formalismo negoziale*, Turín, 1994, p. 82.

un juramento religioso, la *stipulatio* también lo sería, pero sólo eventualmente, ya que la obligación que surge de la *stipulatio* puede aparecer ligada a una determinada causa, con las consecuencias que esto puede tener en sede procesal, especialmente a partir de la aplicación del procedimiento formulario, como se extrae de los siguientes fragmentos de Gayo y Ulpiano.

Gai. 4, 116: (...) *Velut si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus nec numerauerim. Nam ea pecuniam a te peti posse certum est. Dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. Item si pactus fuero tecum, ne id, quod mihi debeas, a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum dari mihi oportere, quia obligatio pacto conuento non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conuenti repelli.*

Gai. 4, 119: *Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur. Nam si uerbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numerauit, sic exceptio concipitur: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AVLI AGERII FACTVM SIT NEQVE FIAT; item si dicat contra pactionem pecuniam peti, ita concipitur exceptio: SI INTER AVLVM AGERIVM ET NVMERIVM NEGIDIVM NON CONVENIT, NE EA PECVNIA PETERETUR (...).*

D. 44, 4, 2, 3 (Ulp. 76 ad ed.): *Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt. si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem.*

En estos textos podemos comprobar cómo, pese a ser la *stipulatio* un negocio abstracto y que genera obligaciones con independencia de su causa, en estos supuestos la *causa stipulationis* —o incluso la ausencia de ésta— es tenida en cuenta en ámbito pretorio a través de la concesión, generalmente, de la *exceptio doli* al promitente frente a la reclamación del estipulante. Otros remedios procesales que se concederían al promitente serían la *exceptio pacti* o la *exceptio non numeratae pecuniae*. Ésta última se concedería frente a la reclamación estipulatoria de devolución de un préstamo, cuando en realidad nunca se llegó a entregar una suma de dinero en préstamo.

En cuanto a la tutela procesal de la *stipulatio*, la *sponsio* ya gozaba de tutela en el procedimiento de las *legis actiones*, concretamente, a través de la *legis actio sacramento in personam*²⁵, en un primer momento, más tarde a través de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*²⁶, y finalmente a través de la *legis actio per condictionem*²⁷. Esta última acción de ley fue introducida por un plebiscito ca. 300 a. C. —*lex Silia*— para la reclamación de las deudas de dinero.

A partir de la matriz de la *legis actio per condictionem*, surgirían en el procedimiento formulario, merced a la *lex Aebutia* (130 a. C.) y a las *leges*

²⁵ Gai. 4, 13: *Sacramenti actio generalis erat. de quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur: eaque actio proinde periculosa erat falsi (...). Atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat. nam qui uictus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine; eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit aduersarii, qui uicerit.*

²⁶ Gai. 4, 17a: *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIII X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.*

²⁷ Gai. 4, 17b: *Per condictionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORVM X MILIA DARE OPORTERE: ID POSTVLO, AIAS AVT NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, IN DIEM TRICENSIMVM TIBI IVDICIS CAPIENDI CAVSA CONDICO. deinde die tricensimo ad iudicem capiendum praesto esse debebant. condicere autem denuntiare est prisca lingua.*

Iuliae iudiciorum privatorum, la *actio certae creditae pecuniae* o *condictio*²⁸, para la reclamación de una cantidad cierta de dinero, y la *condictio certae rei*, cuando lo que se reclama es una cosa determinada diferente al dinero.

Asimismo, la *actio incerti ex stipulatu*²⁹ se podría ejercer en los casos en los que la promesa estipulatoria recae sobre un *incertum*, como serían el caso de las prestaciones de hacer o no hacer.

4. Evolución de la *stipulatio* en el derecho postclásico y justiniano

Posiblemente el rasgo más destacable de la *stipulatio*, como decíamos, sería su sujeción a una determinada forma, la oral. La *stipulatio* constituiría un buen ejemplo de la importancia que reviste la forma en el mundo antiguo, la observancia de una determinada forma da lugar a unas concretas consecuencias jurídicas, es un requisito esencial para que el ordenamiento tenga en cuenta una determinada voluntad. A través de la figura de la *stipulatio* puede observarse claramente el declive que progresivamente padeció la forma como elemento esencial en cuanto a la determinación de la eficacia de un negocio y el reconocimiento de la voluntad de las partes al realizar el negocio.

Esta figura, a lo largo de los siglos, recorrería el camino que va de la denominada por Dulckeit³⁰ *Wirkform* hasta la *Schutzform*, esto es de la forma

²⁸ Castresana refleja la polémica suscitada en la doctrina acerca de la identificación de la *actio certae creditae pecuniae* con la *condictio*, así como la convivencia con la *actio ex stipulatu*, vid. Amelia Castresana, *La estipulación... cit.*, p. 447 y 448.

²⁹ Niegan la clasicidad de la *actio incerti ex stipulatu* D'ORS, A. «*Condictio ex stipulatione*», en *SDHI*, 26 (1960), p. 323 y SCHULZ, F. *Classical Roman Law... cit.*, p. 447.

³⁰ DULCKEIT, G. «Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht», en *Festschrift für Fritz Schulz*, I, 1951, p. 160 y ss.

como elemento esencial del contrato que determina su validez y eficacia, a la forma como un elemento adicional para la validez del acto³¹.

Debemos partir de la idea, como recuerda el prof. Corbino³², de que la *stipulatio*, a diferencia de la *sponsio*, nace y se desarrolla en un ambiente mercantil y para responder a las exigencias del comercio, exigencias de seguridad, efectividad, sencillez, rapidez, etc., pero sobre todo la *stipulatio* nace en un período en el que la escritura goza de una amplia difusión e, incluso en Roma, deviene un instrumento privilegiado de memoria, por comparación con el simple recuerdo de los *verba* pronunciados.

No en vano, como advertíamos, la *stipulatio* nace para ser aplicada en las relaciones entre los ciudadanos romanos y los peregrinos, es una institución del *ius gentium*, con lo cual es lógico que reciba la influencia de las diferentes costumbres y prácticas negociales de los pueblos de aquellos sujetos que hacen uso de esta institución, especialmente las costumbres helénicas, en las cuales la práctica de la documentación de los actos estaba muy arraigada³³. Si bien se trata de una institución propia del mundo romano —no una institución común a los pueblos— que se exporta a las relaciones con los peregrinos, las costumbres de estos también tenderán a ir definiendo en el tiempo esta figura.

El uso de la escritura en relación a las obligaciones verbales no es del todo ajeno a las prácticas romanas, ya en época clásica puede apreciarse el uso del documento junto a la *stipulatio*, para recoger las cláusulas negociales y así facilitar el intercambio de pregunta-respuesta. Sin embargo, en esta época, el documento cumple con una función exclusivamente probatoria³⁴, pues la

³¹ Vid. COCH ROURA, N. *La forma estipulatoria... cit.*, p. 47 y ss.

³² CORBINO, A. *Il formalismo negoziale... cit.*, p. 81 y ss.

³³ *Ad exemplum*, pueden apreciarse las especificidades de la *stipulatio* en Egipto en el artículo de SEIDL, E. «Die *Stipulatio* im ägyptischen Provinzialrecht», en *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II, Milán, 1972, p. 627 y ss.

³⁴ El uso del documento junto a la *stipulatio*, se daría desde época republicana, para facilitar el intercambio de pregunta y respuesta, haciendo una remisión a aquello que las partes habían acordado y puesto por escrito —“Haec, quae supra scripta sunt, fieri/dari?”—, como ocurre en el famoso fragmento de Paulo de D. 17, 2, 71 pr. (3 ep. Alf. dig.) o en el fragmento del mismo jurista de D. 45, 1, 140 pr. (3 Ner.): *Pluribus rebus praepositis, ita stipulatio facta est: 'ea omnia, quae supra scripta sunt, dari?' propius est, ut tot*

obligación u obligaciones surgen de la celebración del acto oral. En esta época, el escrito documenta a *posteriori* aquello que las partes han acordado, se plasma en el documento la *conventio* preliminar que ha sido volcada en la forma de la *stipulatio*. De la redacción de estos documentos, que siguen la forma de las *testationes* o bien del *chirographum*³⁵, empiezan a ocuparse los *tabelliones*, auténticos profesionales con conocimientos jurídicos, que gozarán de una creciente actividad³⁶.

La paulatina complicación de las relaciones comerciales da lugar a que, en la práctica, se haga necesaria la redacción del documento con los acuerdos a los que llegaban las partes antes de que se lleve a cabo la *stipulatio*. Ésta se celebra posteriormente y se refiere al documento en el que se recogen los acuerdos. De este modo, la *stipulatio* da eficacia a la declaración de voluntad que se ha redactado previamente, antes de que la propia *stipulatio* se haya realizado. No obstante, las consecuencias jurídicas siguen derivando de la oralidad y no del documento.

stipulationes, quot res sint.

Aunque en este caso se haga una remisión al documento, la obligación surge de la pregunta-respuesta posteriores sobre lo que ese documento contiene y no del documento en sí.

³⁵En cuanto a la forma del documento, se distingue entre la forma objetiva y subjetiva. La primera es la propia del mundo romano, se denomina *testatio* y de acuerdo con esta forma se recoge de manera objetiva en el documento los comportamientos de las partes que tienen relevancia jurídica y las declaraciones negociales. La prueba de los hechos recogidos en la *testatio* se ve garantizada por la presencia, generalmente, de siete testigos que son los que cierran el documento con su sello. La forma subjetiva provendría del mundo griego y es mucho más reciente, se denomina *chirographum*, lo redacta el emitente en primera persona. La fuerza probatoria de los hechos recogidos deriva de la autografía de la persona contra quien se constituye en prueba el documento o de la persona de confianza de ésta última. Por su estructura sólo puede recoger declaraciones negociales. Al respecto, TALAMANCA, M. voz «Documento e documentazione», en *ED*, XIII, Milán, 1964, p. 548 y ss.

³⁶ Sobre el *tabellio* romano existe una abundante bibliografía, entre la que caben destacar los trabajos de ANKUM, H. «Les *tabellions* romains, ancêtres directs des notaires modernes», en *Atlas du Notariat. Le notariat dans le monde. Huit siècles de notariat latin-Quatre décennies d'union internationale, Ars Notariatus XLII (separata)*; D'ORS, A. «Documentos y notarios en el derecho romano post-clásico», en *Centenario de la Ley del Notariado*, I, (Madrid, 1964), p. 129; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. «A propósito del oficio de *tabellio* como jurista práctico en la experiencia jurídica romana», en *Liber amicorum Juan Miquel, estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona, 2006, p. 309 y ss.

El continuo contacto de la *stipulatio* con el derecho de otros pueblos hace que ésta reciba el influjo de sus costumbres y prácticas negociales. Esto habría tenido lugar, sobre todo, a partir del 212, cuando la *Constitutio Antoniniana* concede la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio. Esta influencia sin duda repercute en la contratación en el mundo romano, en el sentido que se empieza a formalizar las relaciones jurídicas de sujetos sometidos a diferentes derechos, a través de documentos en los que constan los extremos básicos del compromiso que asumen las partes: lugar y fecha de contratación, acuerdos, tribunal al que se someterán las controversias que surjan de aquella relación, etc. Allí donde tradicionalmente se solían documentar los actos y negocios que realizaban los particulares, se continúan poniendo por escrito estos actos, haciendo constar en el documento que la *stipulatio* se ha realizado, para así cumplir con las exigencias del derecho romano (cláusulas estipulatorias: *interrogatus spondei/t*)³⁷.

El objetivo de la documentación no es otro que el de dar seguridad a este tipo de relaciones y adaptarlas al derecho romano, asegurando la exigibilidad de las obligaciones derivadas de dicha contratación. Pero, sin embargo, subsiste la oralidad, por tanto, el intercambio de pregunta y respuesta (congruente), como requisito básico de la *stipulatio*, aunque ahora estará acompañada de la documentación de dicho acto en el documento stipulatorio, *cautio* o documento caucional. En palabras de d'Ors³⁸, "la *stipulatio*

³⁷ Los *rescripta* de la época de los Severos y especialmente de la de Diocleciano dan muestra de los intentos *frustrados* de estos emperadores por defender en Oriente el hecho de que la obligación surge de la *stipulatio* oralmente celebrada y no de la redacción de un documento que sólo puede tener una eficacia probatoria (Cfr. Diocl. Max. C. 4, 2, 12 y 14 [a. 294] ó 4, 64, 3). Tras la concesión de la ciudadanía en el 212 a todos los habitantes del Imperio, más que imponerse el derecho romano en todos los rincones del Imperio, éste convive con los derechos de los diferentes pueblos y se influyen mutuamente, las dificultades que ello ocasiona pueden verse claramente en los *rescripta* de esta época, como es el caso de la *stipulatio*, los habitantes de las provincias orientales acaban aplicando su propio derecho, pero disfrazándolo o adecuándolo en la medida de lo posible al derecho romano. Buena cuenta de ello da MITTEIS, L. en *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891 (hemos consultado la edición facsímil de Georg Olms de 1984) y, entre nosotros, destaca la conferencia de ÁLVAREZ, U. «Los derechos provinciales romanos y el problema del derecho foral español», en *Anuario de Derecho civil*, 2, octubre-diciembre 1 (1948), p. 1330 a 1344, en el que se compara la cuestión del derecho foral español (en la época previa a las Compilaciones de derecho foral) y la experiencia romana sobre la unidad/pluralidad jurídica.

³⁸ D'ORS, A. *Derecho privado romano*, p. 481 y 482.

clásica cumple una función similar a la de un documento obligacional: no es un contrato, sino una forma de obligarse. Cuando Caracalla extiende la ciudadanía en el 212, en los documentos, tradicionalmente utilizados en las provincias orientales, se generaliza como cláusula de estilo la constancia ficticia de haberse celebrado la *stipulatio*, para poder acomodar tales documentos a las exigencias del derecho romano. Esta conjunción de *stipulatio* documentada y documento con cláusula estipulatoria produjo, en el derecho tardío la sustitución definitiva del acto oral por el documento mismo".

Debido seguramente a la influencia de las prácticas que se dan en las provincias, a finales de la época clásica, la jurisprudencia de la época de los Severos admite que si resulta del documento probatorio la promesa del deudor, no puede ponerse en duda que se hubiera producido la *interrogatio*, el documento deviene prueba misma (presunción) de que tuvo lugar la *stipulatio*. Del documento probatorio del contenido de la *stipulatio* se pasa al documento probatorio de la realización de la misma. Para algunos autores, es en este momento cuando empieza la denominada "degeneración posclásica" de la *stipulatio*, que sin embargo, puede ser contemplada desde otro punto de vista menos peyorativo como "evolución" de la *stipulatio*. Esta evolución traería causa, no sólo de la influencia de la práctica documental que se da en las provincias, sino también —y a nuestro parecer esencialmente—, del rol que la jurisprudencia atribuye, ya desde la época clásica, a la *voluntas* y al documento probatorio y, en definitiva, a una visión no tan "estricta" de la forma de la *stipulatio*³⁹.

La *stipulatio* del *ius gentium* resulta aún más ágil y cómoda que la *sponsio* del *ius civile*, de ahí que, como indica Riccobono⁴⁰ "la *stipulatio* offre, da una parte, il modello e l'esempio più completo di quel processo di attenuazione

³⁹ En este sentido, *vid.* KNÜTEL, R. «*Stipulatio und pacta*», en *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976, p. 201 ss.

⁴⁰ RICCOBONO, S. *Corso Di diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta*, Milano, 1935, p. 10 y ss. Y en la voz «*Stipulatio*», en *NNDI*, XVIII, Turín, 1971, p. 445 y ss; concretamente, el fragmento ha sido extraído de la página 446.

delle forme solenni, che si riscontra in tutti gli istituti di diritto; mentre d'altra parte, essa aparisce come lo strumento più gagliardo dell'unificazione del diritto in tutto l'Impero", sobre todo si se compara con la evolución de institutos como la *mancipatio*, únicamente reservada en todo momento a los ciudadanos romanos y sometida a la observancia de determinadas formalidades propias del *ius civile*. En sí, no puede hablarse de que sufra un desarrollo o evolución, sino que más bien cae en un progresivo desuso hasta que desaparece⁴¹.

En el mismo sentido se manifestaría Pastori⁴², quien ve en la *stipulatio* un buen ejemplo de cómo evoluciona el derecho romano debido a la influencia que el *ius gentium* ejercerá sobre el *ius civile*: "a tale orientamento evolutivo, dello *ius civile* si deve la recensione della *stipulatio*, con le sue regole insorte nella prassi internazionale. Una di queste regole, che era la rilevanza della volontà delle parti, rispetto alle dichiarazioni, influenzò anche il regime della *sponsio* (...). La giurisprudenza non poté che giungere una soluzione di compromesso, allo scopo di coordinare le regole della *stipulatio* con quelle della *sponsio*:(...) della genuina concezione de contratto *verbis* rimase l'esigenza della pronuncia di parole solenni, per cui si continuò a dire che la *stipulatio verbis fit*, ma i *verba* furono riportati al consenso."

⁴¹ En este sentido, cabe destacar el artículo de MANNINO, «*Conventio e voluntas nell'operatività delle servitù e come fondamento della servitus personae*», publicado en los *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Nápoles, 2001, p. 146 a 172, en el que señala cómo a finales de la época republicana, en un contexto de pleno cambio económico, se produce una transformación de las antiguas prácticas legales y se construyen soluciones más funcionales y prácticas conformes a dicho contexto. En concreto, se aprecia cómo la *mancipatio* se ha convertido en inadecuada para cumplir su principal función de da publicidad a la transmisión de las cosas, como consecuencia de la masificación de las transacciones y a que la mayoría de bienes que han pasado a ser considerados como riquezas se encuentran dentro de la categoría de las *res nec mancipi* y, por ello, no sujetos a la *mancipatio* cuando se trata de su transmisión. Así, por ejemplo, en materia de servidumbres, hallaremos casos en los que se quebranta el principio de tipicidad a través de la inclusión de pactos que configuran la servidumbre en cuestión a las necesidades de las partes y que no son considerados nulos, sino que resultan protegidos a través de diferentes expedientes procesales, como pueden ser los interdictos o la *exceptio* concedida por el pretor —*ad exemplum*, D. 8, 3, 33, 1 (Afr. 9 *quaest.*)—, sobre este texto, *vid.* más adelante capítulo V, epígrafe 3.1.3—. *Vid.* asimismo, el capítulo IV, epígrafe 2.1.2, en el que nos referiremos a este asunto.

⁴² PASTORI, F. *Il negozio verbale...* cit., p. 240 y 241.

Todos los actos de comercio del *ius gentium* vinculan su eficacia jurídica y existencia al *consensus*, es decir, la *conventio* deviene el elemento común en todos ellos. Así pues, frente al negocio formal y abstracto que constituía la *sponsio*, los negocios del *ius gentium* son causales —anteriormente nos hemos referido a cómo la *causa stipulationis* era tenida en cuenta por el pretor en el ámbito del proceso formulario, generalmente a través de la concesión de *exceptiones* a favor del promitente frente a la reclamación del estipulante— esto influye en la configuración de la *stipulatio*, que en un primer momento asume el requisito de la *conventio* como elemento interno (lo que ya veíamos en Pedio, en D. 2, 14, 1, 3) subordinado a la forma oral. Sin embargo y como recuerda el prof. Corbino, la forma oral no conserva en la *stipulatio* todas las funciones que habría tenido respecto a la *sponsio*: “con la *stipulatio*, il ruolo della forma, come mezzo espressivo della volontà, tende a spostarsi decisamente dal versante dell'efficacia a quello della sua capacità di rendere certa e riconoscibile la volontà”⁴³. La *stipulatio* sería un instituto que se encontraría dentro del fenómeno que, de acuerdo con este autor, se daría a partir del s. III a. C. y que tiende hacia un reconocimiento gradual pero inexorable de la voluntad como causa directa capaz de determinar efectos con independencia de la forma a través de la cual ésta se exprese⁴⁴.

⁴³ CORBINO, A. *Il formalismo negoziale... cit.*, p. 91.

⁴⁴ Esta tendencia, según Corbino, puede observarse claramente en la jurisprudencia, así a título de ejemplo, se aprecia esta tendencia en el siguiente caso, en el que Paulo considera que existe *stipulatio* acerca de la restitución del dinero entregado *donationis causa* por un marido a su mujer, deriva la existencia de la *stipulatio* de las palabras de la mujer en la carta que envía al marido, D. 24, 1, 57 (Paul. 7 resp.): *Ea, quae a marito suo pecuniam ex causa donationis acceperat, litteras ad eum misit huiusmodi: "cum petenti mihi a te, domine carissime, adnuerit indulgentia tua viginti ad expediendas quasdam res meas, quae summa mihi numerata est sub ea condicione, ut, si per me meosque mores quid steterit, quo minus in diem vitae nostrae matrimonium permaneat, sive invito te discessero de domo tua vel repudium tibi sine ulla querella misero divortiumque factum per me probabitur, tunc viginti, quae mihi hac die donationis causa dare voluisti, daturam restitutoram me sine ulla dilatione: spondeo". quaero, an, si eadem Titio marito suo repudium miserit, pecuniam restituere debeat. Paulus respondit pecuniam, quam vir uxori donavit, ex stipulatione proposita, si condicio eius exstitit, peti posse, quoniam ex donatione in pecuniam creditam conversa est: quod si stipulatio commissa non probetur, tunc tantum peti posse, quanto locupletior ex ea donatione facta probetur.*

Nuevamente Paulo llega a la misma solución en D. 45, 1, 134, 2 (15 resp.): *Idem respondit, cum septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint: si inter praesentes actum est, intellegendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis.*

La misma idea parece estar presente en la opinión de Ulpiano en D. 45, 1, 30 (47 Sab.): *Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia*

La Constitución del emperador León de 472 (C. 8, 37, 10)⁴⁵, implica un paso más en este camino, al permitir prescindir del intercambio de formas orales predeterminadas. Elimina el formalismo, pero no la oralidad, da eficacia a todas las *stipulationes* con independencia de los *verba* utilizados, *stipulationes* que suelen presentar la forma escrita. Este documento es denominado *cautio, instrumentum, chirographum, scriptura, subscriptio*, etc.

En el derecho justiniano, siguiendo con la tendencia impuesta por el emperador León, se atribuye al documento la facultad de dar prueba de la celebración de la *stipulatio*, a no ser que se pueda demostrar lo contrario por no haber estado presentes las partes y no haberse podido realizar el acto oral (constitución del año 531, C. 8, 37, 14, 2⁴⁶). Sin embargo, Justiniano no pretende de este modo que se realice el acto oral —lo que en la práctica de su época ya no debía suceder con demasiada asiduidad—, sino más bien asegurar la presencia de las partes que concluyen el negocio. Téngase en cuenta, además, que con anterioridad, a través de una Constitución del año 528 (C. 4, 21, 17⁴⁷), el emperador concede autonomía y eficacia al escrito, que adquiere

sollemniter acta.

En este sentido, *vid.* CORBINO, A. *Il formalismo negoziale... cit.*, p. 88 y 89 y SACCONI, G. *Ricerche sulla stipulatio*, Nápoles, 1989, p. 168 a 173.

⁴⁵ Leo. C. 8, 37, 10 (a. 472): *a Erythrio. Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem.*

⁴⁶ Iust. C. 8, 37, 14, 2 (a. 531): *Et si inter praesentes partes res acta esse dicitur, et hoc esse credendum, si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo huiusmodi instrumentum scriptum est, nisi is, qui dicit sese vel adversarium abesse, liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem, si per scripturam, sed saltem per testes undique idoneos et omni exceptione maiores ostenderit sese vel adversarium suum eo die civitate afuisse: sed huiusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas.*

⁴⁷ Iust. C. 4, 21, 17 pr. (a. 528): *a Menae. Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet litteras unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum et absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod*

importancia sobre el acto oral. Así, si las partes han decidido poner por escrito el negocio que quieren celebrar, éste no tiene validez hasta que no se haya puesto en versión definitiva y sea confirmado con las firmas de las partes y, en el caso de intervenir el *tabellio*, es necesario que se produzca la *completio*⁴⁸. El documento se ha convertido, ya en esta época, en dispositivo.

emptoris interest ei persolvere”.

⁴⁸ Justiniano regula con especial detalle el documento tabeliónico (*instrumentum publice confectum*), de su regulación destaca la Constitución de 528 (C. 4, 21, 17), así como las Nov. Iust. 44 (a. 537), 73 y 76 (a. 538), que serán de gran influencia en la regulación del notariado tras la recepción del *Corpus iuris civilis*. Téngase en cuenta, que el documento tabeliónico gozaba de plena fe pública cuando el tabellio que lo hubiera otorgado diera testimonio bajo juramento de su intervención, se corroborara su contenido por prueba testifical o verificación de escrituras o hubiera sido insinuado en un depósito o archivo público —lo que en determinados casos era obligatorio, como es el caso de los testamentos solemnes y de las donaciones en determinados supuestos—. En cuanto al documento tabeliónico, además de la bibliografía citada anteriormente, nos remitimos a nuestra breve contribución: CARREÑO SÁNCHEZ, R.M. «La pràctica notarial a Roma: el *tabellio*, l'antecessor immediat dels notaris moderns», publicada en *Documentació notarial i arxius. Els fons notariais com a eina per a la recerca històrica*, Arxiu Històric de Girona - Departament de Cultura i Mitjans de Comunicació, Girona, 2007, p. 107 a 113.

5. Aspectos generales de la *stipulatio poenae*

5.1. Origen de la *stipulatio poenae*

Una de las múltiples aplicaciones de la *stipulatio* sería su uso como garantía del cumplimiento de una obligación, a través de la promesa de una pena pecuniaria, en el caso del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación. Preguntarse acerca de los orígenes de la *stipulatio poenae* es preguntarse sobre el origen mismo de la *stipulatio*, tema sobre el que nos hemos ocupado anteriormente.

Los romanos para referirse a la pena convencional utilizaron el mismo término que para denominar la sanción derivada de la comisión de delitos privados: *poena* (multa), que, con el devenir del tiempo, más que servir para la punición del reo, habría servido a modo de indemnización al ofendido por el daño ocasionado. Este hecho denota, con las oportunas salvedades que pueden formularse, que la pena convencional también fue considerada, en sus comienzos, como una auténtica punición del deudor, quien también acaba por cometer un ilícito, al igual que el reo en un delito privado, sólo que, en el primer caso, el ilícito deriva de la violación de un contrato y no de las normas que regulan la pacífica convivencia en una comunidad⁴⁹.

Una consolidada opinión⁵⁰ encuentra el origen del uso de la *sponsio/stipulatio* como promesa de una pena en la condena del deudor por una *certa pecunia*. En el derecho romano arcaico, la responsabilidad del deudor sería de carácter personal y el acreedor tendría a su disposición el ejercicio de la *legis actio per manus iniectioem*. Antes de que el acreedor pudiera ejercer la *manus iniectio* sobre el deudor condenado, éste disponía de treinta días (Tab.

⁴⁹ En este sentido, *vid.* BONFANTE, p. *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1932, p. 361 y ss. VISKY, K. «La pena convenzionale all'inizio del Principato», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, I, Milán, 1971, p. 600.

⁵⁰ *Vid.* KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 58. nt. 9.

3, 1 y ss.) para el pago de la deuda. Así el pago de la cantidad adeudada liberaría al deudor de que se ejerciera sobre él la *manus iniectio*, con todas las consecuencias que ello suponía.

Si observamos el contenido de las *legis actiones* más antiguas, se puede llegar a la conclusión que, en sus orígenes, el objeto de la *obligatio verbis* fue la promesa de una *certa pecunia*, ésta sería su aplicación más antigua⁵¹. Este hecho conduce a que algunos autores⁵² consideren la posibilidad de que la promesa de una suma de dinero pudiera ser empleada, en algunos supuestos⁵³, para reforzar otro tipo de prestaciones, especialmente las consistentes en un *facere*, prestaciones que, en principio, no podrían ser objeto de la *verborum obligatio* y que no eran exigibles *in natura*. La prestación consistente en el pago de una *certa pecunia* quedaría ligada a la prestación de *facere* de manera condicional o alternativa. Como decíamos, la prestación consistente en un *facere* no sería exigible en sede procesal, pero, en el caso que el promitente no llevara a cabo dicha prestación, el estipulante sí podía exigirle el pago de la cantidad de dinero prometida, a través de la *legis actio* correspondiente⁵⁴.

Como destaca Visky⁵⁵, el desarrollo de la *stipulatio poenae* seguramente se debe al cambio de las circunstancias económicas de Roma, el incremento de las relaciones económicas debió ser directamente proporcional al auge del

⁵¹ Téngase en cuenta la fórmula de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, Gai. 4, 17a, y b, o la de la *legis actio per manus iniunctionem* Gai. 4, 21, que claramente se refieren a una cantidad de dinero. Asimismo, la *legis actio per conditionem* tan sólo permitía reclamar las deudas consistentes en una *certa pecunia* (*lex Silia*), a través de la *Lex Calpurnia* se permitiría reclamar también en el caso de recaer la deuda sobre una cosa determinada. Recuérdese, asimismo, que para muchos autores la denominación de la *stipulatio* derivaría de *stips*, suma de dinero.

⁵² Sobre todo, SIBER, H., en SZ, 29 (1908), p. 87.

⁵³ Algunos de estos supuestos pueden observarse en fuentes literarias, vid. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 60 y ss.

⁵⁴ Siguiendo a KASER, M. RPR, I, p. 519, Knütel entiende que debió darse, en primer lugar, el uso de la promesa del pago de una pena alternativa a la prestación principal, antes que la promesa penal condicional, basándose principalmente en el texto de Livio 3, 13, 6. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 62. En contra, TALAMANCA, M. voz «Pena privata», en ED, XXXII, Milán, 1982, p. 713 y 714, nt. 15.

⁵⁵ VISKY, K. *La pena convenzionale... cit.*, p. 634 y ss.

uso de la *stipulatio poenae*. El uso de la *stipulatio poenae* debió de gozar de un gran auge al producirse la eclosión del comercio entre Roma y otros pueblos, especialmente los de ultramar, lo que seguramente debió provocar que la aplicación de la pena convencional se diera cada vez más frecuentemente y respecto a las más diversas situaciones. La *stipulatio poenae* habría servido para dotar de tutela —y cubrir así las lagunas del ordenamiento—, en un primer momento, a las situaciones creadas al amparo de institutos como los pactos que surgían de las necesidades cotidianas. Por otra parte, ante la pujanza de las relaciones comerciales, seguramente las partes empezaron a exigir la prestación de garantías especialmente fuertes para determinadas relaciones de elevado riesgo o valor económico. Por otra parte, la *stipulatio poenae* también colaboró a dar rapidez y seguridad al tráfico comercial desde el punto de vista procesal, así como para asegurar la ejecución de los laudos arbitrales y sentencias judiciales.

5.2. Estructura de la *stipulatio poenae*

Del estudio de la *stipulatio poenae* se han ocupado intensamente autores como Voci⁵⁶, Frezza⁵⁷, Talamanca⁵⁸, Knütel⁵⁹ y, más recientemente, Siccari⁶⁰.

De acuerdo con Voci⁶¹, el estudio de la *stipulatio poenae* puede realizarse

⁵⁶ VOCI, P. «La responsabilità del debitore da *stipulatio poenae*», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, III, 1971, p. 318 y ss.

⁵⁷ FREZZA, P. «La clausola penale», en *Studi in onore di Lorenzo Mossa*, II, Padua, 1961, p. 272. Y también en *Le garanzie delle obbligazioni. Garanzie personali*, Padua, 1963, p. 309 a 365.

⁵⁸ TALAMANCA, M. *Ricerche in tema di compromissum*, Milán, 1958, también voz «Pena privata», en *ED*, XXXII, Milán, 1982, p. 712 a 734.

⁵⁹ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976

⁶⁰ SICCARI, A. *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari, 2001.

⁶¹ VOCI, P. *La responsabilità del debitore... cit.*, p. 322 y 323.

desde una doble perspectiva, la sustancial y la formal.

Desde la perspectiva sustancial, la *stipulatio poenae* tiene como objeto la tutela de un acuerdo primario, que puede aparecer desprovisto de una sanción jurídica —como sería el caso de los contratos a favor de tercero o las promesas de un hecho de un tercero—, o puede venir tutelado por el pretor —como en el caso de los pactos que generan una *exceptio*—, o, finalmente, puede estar protegidos por el *ius civile* —como ocurriría con los contratos del *ius civile* ya sean o no de buena fe—.

De acuerdo con esto, cuando el acuerdo primario, desde un inicio, ya presenta su propia sanción, la sanción derivada de la *stipulatio poenae* concurre con la del acuerdo primario, debiéndose aplicar, en este caso, las reglas relativas a la concurrencia de acciones —*vid. infra* las referencias a la "echte Vertragsstrafe"⁶².

El estudio de la *stipulatio poenae* desde una perspectiva formal permite observar las diferentes formas o estructuras a partir de las cuales se puede configurar la promesa de una pena. Voci⁶³ se refiere a *stipulationes* autónomas y no autónomas, aunque advierte que puede afirmarse, con carácter general, que la *stipulatio poenae* "è usata in modo que l'accordo primario sia descritto in sè". Dicho autor destaca las siguientes estructuras básicas, alguna de las cuales presenta subespecies.

⁶² Cfr. Entre otras, las siguientes fuentes: D. 2, 14, 10, 1 (Ulp. 4 *ad ed.*); 2, 15, 16 (Herm. 1 *iur.ep.*); 17, 2, 41 (Ulp. 20 *ad ed.*); 42 (Ulp. 40 *Sab.*); 71 pr. (Paul. 3 *ep. Alf. dig.*); 19, 1, 28 (Iul. 3 *urs. fer.*); 47 (Paul. 3 *resp.*); 22, 1, 44 (Mod. 10 *pand.*); 23, 4, 12, 2 (Paul. 35 *ad ed.*); 44, 4, 4, 7 (Ulp. 4 *ad ed.*); 44, 7, 44, 6 (Paul. 74 *ad ed.*); 45, 1, 90 (Pomp. 3 *ex Plaut.*); 122, 6 (Scaev. 28 *dig.*).

Entre otros, destacamos LEVY, E. *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1922, especialmente, p. 117 y ss. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 262 y ss. En el caso las *pactiones et stipulationes*, la concurrencia de la *actio ex stipulatu* para reclamar la *poena* con otros posibles remedios procesales *vid. Capítulo VI*, epígrafe 5.3.

⁶³ VOCI, P. *La responsabilità del debitore... cit.*, p. 320 y ss.

A) Voci⁶⁴ identifica, en primer lugar una estructura de carácter plenamente estipulatorio. Esta estructura presentaría subespecies y la diferenciación entre ambas resulta capital, de acuerdo con Knütel⁶⁵, de cara a la interpretación de éstas. A estas dos subespecies podemos referirnos a partir del siguiente texto de Papiniano:

D. 45, 1, 115, 2 (Pap. 2 quaest.): *Item si quis ita stipuletur: "si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?". Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti " si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?", sed ita concepta sit stipulatio: "Pamphilum dari spondes? Si non dederis, tantum dari spondes?" quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. Sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.*

En este fragmento de las *quaestiones*, Papiniano se refiere a la *stipulatio poenae* y expresa que puede ésta mostrarse de acuerdo con dos estructuras estipulatorias diferenciadas:

a) A través de una *stipulatio quae a condicione incipit: si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?* La promesa de una pena puede aparecer incluso a través de una estructura, más compleja que la anterior, que incluye una

⁶⁴ VOCI, P. *La responsabilità del debitore... cit.*, p. 324.

⁶⁵ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 27 y ss.

demonstratio y una cláusula sancionadora, sirva como ejemplo el siguiente supuesto relativo al *compromissum*:

Tabula Herculaneensis 76: Quod Ti. Crassus Firmus arbiter ex compromisso inter me heredemve et te heredemve tuum palam coram utroque praesente sententiam... ante kal. Februarias primas sententiam dicta... si quid adversus ea factum erit sive quid factum non erit, HSM dari spondes?

En este caso, nos encontramos con una estructura subordinada, donde la proposición iniciada en "*quod Ti. Crassus...*" y la iniciada en "*si quid adversus...*" dependen de otra principal "*HSM dari spondes?*".

b) A través de dos *stipulationes*, así en el anterior texto de Papiniano: "*Pamphilum dari spondes? Si non dederis, tantum dari spondes?*"

En este supuesto, nos encontraríamos ante dos *stipulationes* diferentes, donde una contendría el acuerdo primario y la otra la pena convencional, ésta última sería la *stipulatio poenae*.

Esta estructura puede ser debida a diferentes motivos: puede ser que el acuerdo primario ya consista en una *stipulatio*; puede ser el resultado de la novación de un contrato consensual, cuyo contenido obligacional se ha transferido a una *stipulatio*⁶⁶, o, finalmente, puede darse que el acuerdo

⁶⁶ Como ejemplo de esta situación, véase el caso de D. 17, 2, 71 pr. (Paul. 3 ep. Alf. dig.): *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscrisperunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: 'haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?' quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. respondit, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent 'haec ita dari fieri spondes?', futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. sed quoniam non ita essent stipulati 'ea ita dari fieri spondes?' sed 'si ea ita facta non essent, decem dari?' non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.*

primario sea una *stipulatio* a favor de un tercero⁶⁷.

Dentro de esta categoría plenamente estipulatoria a la que se refiere Voci, cabe destacar la diferenciación que establece la doctrina⁶⁸, por una parte, entre las denominadas pena convencional propia (Frezza), *stipulatio* autónoma (Voci), pena accesoria (Talamanca), *echte Vertragsstrafe* (Knütel) o *genuine conventional penalty clause* (Zimmermann); y por otra, la pena convencional impropia (Frezza), *stipulatio* no autónoma (Voci), pena abstracta (Talamanca), *unechte Vertragsstrafe* (Knütel) o *non genuine conventional penalty clause* (Zimmermann); que podemos apreciar a través del fragmento anterior de Papiniano.

Así pues, dentro de la denominada pena convencional propia encontraríamos aquellos casos que Knütel denomina como *Doppelstipulation* y se correspondería con el ejemplo que hemos observado en el texto de Papiniano: "*Pamphilum dari spondes? Si non dederis, tantum dari spondes?*".

Por su parte, dentro de la denominada pena convencional impropia, encontraríamos la denominada por Knütel "selbständige Strafversprechen" y se correspondería en el texto de Papiniano con la siguiente *stipulatio*: *si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?*⁶⁹

La diferenciación entre ambos tipos de formas o estructuras será capital,

⁶⁷ Cfr. I. 3, 19, 19: *Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum esset, committetur poenae stipulatio etiam ei cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit eius, sed quae sit quantitas in condicione stipulationis. Ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit de poena nisi dederis, tot aureos dare spondes? Tunc committitur stipulatio.*

⁶⁸ FREZZA, P. *La clausola penale... cit.*, p. 272 y en *Le garanzie delle obbligazioni, I... cit.*, p. 309 y s. VOCI, P. *La responsabilità del debitore... cit.*, p. 326 y 327. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... op.cit.*, p. 25 y ss. ZIMMERMANN, R. *The law of obligations... cit.*, p. 98 y ss. TALAMANCA, M. voz «Pena privata», en *ED*, XXXII, Milán, 1982, p. 712 y 713.

⁶⁹ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 27, partiendo del texto de Papiniano (2 *quaest.*), D. 45, 1, 115, 2, anteriormente expuesto. El funcionamiento y estructura de la *Doppelstipulation* es objeto de especial estudio en la monografía de Knütel, en el § 10, p. 65.

como ya advertíamos, para la interpretación de la *stipulatio poenae* e, incluso, genera algunas dudas en cuanto a la determinación del régimen de responsabilidad del promitente en el caso que se produzca el incumplimiento.

En el supuesto de la pena convencional propia, la promesa de la pena tiene lugar para asegurar el debido cumplimiento de una prestación ya debida de antemano y exigible. La obligación del pago de una determinada pena actúa aquí como un mecanismo para asegurar el correcto cumplimiento de otra obligación ya prometida y cabe destacar que generalmente esta obligación suele también derivar de una *stipulatio (Doppelstipulation)*. De este modo, nos encontraríamos ante una estructura en la que existen dos *stipulationes*, como sería el supuesto: *Pamphilum dari spones? Spondeo. Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes? Spondeo*. Aunque también sería posible que el promitente, ante la doble interrogación, respondiera una sola vez: *Spondeo*. Como ocurre en el anterior fragmento de Papiniano. En este caso, la primera *stipulatio* haría surgir una obligación primaria y la segunda una obligación condicional accesoria. En este sentido, la nulidad o ilicitud de la obligación principal conllevará la nulidad o ilicitud de la *stipulatio poenae*⁷⁰, mientras que la nulidad o ilicitud de ésta última no compromete el carácter de la obligación principal⁷¹.

Este tipo de estructura, sin embargo, nos hace preguntarnos qué tipo de relación existe entre las dos *stipulationes* y, en definitiva, entre la obligación de entregar al esclavo Pamphilum y la obligación de pagar la pena en el caso en que no sea entregado. En relación con este tema, podemos hallar en las fuentes tres soluciones diferentes: las obligaciones pueden ser cumulativas, alternativas o sucesivas. Parece que la solución que se adoptó en un primer momento apostaba por un régimen de obligaciones alternativas⁷², pero en

⁷⁰ Cfr. D. 45, 1, 69 (Ulp. 7 *ad ed.*): *Si homo mortuus sit, sisti non potest nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur.*

⁷¹ *Ad ex.* D. 19, 1, 13, 26 (Ulp. 32 *ad ed.*) o 45, 126, 3 (Pap. 3 *quaest.*)

⁷² D. 44, 4, 4, 7 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Labeo ait, si de homine petitio secundum actorem fuerit iudicatum et iussu iudicis satisdatum sit hominem intra certum diem tradi, et, si traditus non*

algunos supuestos la jurisprudencia, especialmente Paulo, entiende las obligaciones como sucesivas⁷³, subrayando, de este modo, el carácter compensatorio de la *stipulatio poenae*. Por su parte, Juliano en D. 19, 1, 28 (3 *ad urs. feroc.*)⁷⁴ parece defender la teoría de que dichas obligaciones son cumulativas, en un supuesto en el que se trata de la concurrencia de acciones derivadas de un contrato de buena fe y de una *stipulatio poenae*⁷⁵.

fuisset, poenam stipulatus sit, petitorem, qui et hominem vindicat et poenam petit, exceptione esse repellendum: iniquum enim esse et hominem possidere et poenam exigere.

D. 2, 14, 10, 1 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Si pacto subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu actio. Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre.*

⁷³ D. 44, 7, 44, 6 (Paul 74 *ad ed.*): *Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? An vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.*

Sin embargo, el mismo jurista apuesta por el carácter alternativo en el supuesto de un pacto acompañado de una *stipulatio poenae*, D. 23, 4, 12, 2 (Paul. 35 *ad ed.*): *Si mulier pacta sit, ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur et poenam stipulata sit, Mela ait alterutro eam contentam esse oportere: vel exceptione pacti et acceptam facere poenae obligationem, vel, si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem.*

⁷⁴ D. 19, 1, 28 (Iul. 3 *ad urs. feroc.*): *Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi. respondit: venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri.*

⁷⁵En relación con este tema, es interesante la discusión que plantea Knütel, Para este autor, en el caso de la *Doppelstipulation* seguramente también se partió del régimen de las obligaciones cumulativas, al tratarse de dos *stipulationes* diferentes y se pregunta por qué motivos el régimen debería ser distinto en este caso del que se aplicaría en el supuesto de un contrato de buena fe al que se añade una *stipulatio poenae* (*v. gr.* D. 17, 2, 71 *pr.* Paul. 3 *epit. Alf. dig.*). Para este autor la explicación se encontraría en el hecho de que en muchos de los supuestos de *Doppelstipulation* el promitente contesta con un solo *spondeo*, lo que acaba conduciendo a que a la *Doppelstipulation* se le acabe aplicando el régimen de la *Selbständige Vertragsstrafe* y, por tanto, sólo sea exigible el pago de la pena. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 65 y ss.

Biscardi también defiende que, en el supuesto de la pena convencional propia, el estipulante podría exigir no sólo el pago de la pena, sino que también la condena del deudor por el interés lesionado. Sin embargo, parece claro que la jurisprudencia tendió a evitar este resultado por razones de equidad y permitió únicamente la reclamación del pago de la pena, lo que en la práctica tuvo lugar a través de diversos mecanismos: concretamente en el caso de la *Doppelstipulation*, se tiende a entender que existe una cuasi-novación (D. 44, 7, 44, 6 Paul. 74 *ad ed.*). BISCARDI, A. *La double configuration de la clause pénal... cit.*, p. 264 y ss.

En el caso de las *stipulationes* de ejercicio relativas a las servidumbres, la *stipulatio poenae* presentaría la forma de *Doppelstipulation*, en relación con este tema, *vid.* Capítulo

En el caso de la pena convencional impropia, existe una única obligación debida como tal, ésta sería el pago de la pena prometida, de modo que, en virtud de la *stipulatio*, sólo sería posible exigir el pago de la pena prometida, pero no la prestación deducida en la condición. La naturaleza de este tipo de cláusulas penales aparece claramente expresada en el siguiente texto de Paulo:

D. 44, 7, 44, 5 (Paul. 74 *ad ed.*): *Si ita stipulatus sim: "si fundum non dederis, centum dare spondes?" sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.*

En este fragmento puede observarse cómo la pena prometida, *centum*, constituiría la única prestación realmente debida y no la transmisión del fundo, aunque sirva para liberarse de la obligación de pagar la pena, configurándose por tanto como una *facultas alternativa* para el promitente⁷⁶. No obstante, se puede llegar a discutir si realmente la promesa de la pena en estos supuestos puede contemplarse como auténtica *poena*, desde el punto de vista de la función de garantía que cumple la *stipulatio poenae*, ya que, en estos casos, la única obligación en sí sería el pago de la suma dineraria y no el comportamiento al que se hace referencia en la *stipulatio*, que sólo se presenta *in exsolutione*, pero no *in obligatione*⁷⁷.

Este tipo de cláusulas penales habrían sido de gran importancia práctica y generalmente utilizadas en Roma, incluso cuando la conducta contenida en la condición para incurrir en la pena podría haber constituido por sí misma una obligación, por otra parte, de acuerdo con algunos autores, serían la primera forma de *stipulatio* penal en surgir en el tiempo.⁷⁸

VI, epígrafe 2.2 en su parte final.

⁷⁶ FREZZA, P. *La clausola penale... cit.*, p. 272. Asimismo, VATTIER, C. «Contribución al estudio de las obligaciones facultativas», en *Revista de derecho privado*, 1982, p. 643 y ss.

⁷⁷ En este sentido, SIBER, H. en *SZ*, 29 (1908), p. 87 y 88, FREZZA, P. *Le garanzie... cit.*, I, p. 310.

⁷⁸ SIBER, H. *SZ*, 29 (1908), p. 87; parece estar de acuerdo con la opinión de Siber, FREZZA, P. *Le garanzie... cit.*, I, p. 310; KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 62.

De acuerdo con esta clasificación, en el caso de la *selbständige Strafvorsprechen* (*si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?*), se trataría de una única *stipulatio* que no se encontraría condicionada a través de un *facere* o de un *non facere* contenido en otra *stipulatio*. En este supuesto, la obligación se hallaría únicamente en relación con la suma en que consiste la pena, de cuyo pago se podría ver liberado el promitente mediante la entrega del esclavo Pamphilum, como confirma Paulo en D. 44, 7, 44, 5 (74 *ad ed.*), anteriormente comentado.

En lo que se refiere a la *Doppelstipulation*, la prestación que representa el interés principal de las partes aparece prometida de manera autónoma, de modo que no aparece únicamente como condición, sino que también constituye una obligación en sí, a diferencia de lo que ocurría en la *selbständige Strafvorsprechen*, es decir, aparece no sólo *in exsolutione*, sino que también *in obligatione*. En las fuentes jurisprudenciales clásicas únicamente encontramos dos textos en los que aparece la estructura de las *stipulationes poenae* en relación con la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, concretamente nos referimos a los textos de Paulo de D. 45, 1, 85, 3 (75 *ad ed.*)⁷⁹ y *Theoph. ad I. 2, 3, 4*, en ambos casos nos encontramos frente a la estructura de la *Doppelstipulation*⁸⁰.

B) Finalmente, una segunda estructura, que Voci⁸¹ denomina parcialmente estipulatoria y presentaría dos subespecies. Una primera subespecie sería aquella en la que existe un contrato consensual y éste va

⁷⁹ En otros textos encontramos referencias a la promesa de una *poena*, pero no recogen la estructura estipulatoria.

D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 *ad ed.*): *Quod si stipulatus fuero: "per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari?" et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae resciscundae iudicio sarcient damnum.*

⁸⁰ Sobre el uso de esta estructura en el caso de las *stipulationes* de ejercicio acompañadas de la promesa de una *poena*, *vid.* Capítulo VI, epígrafe 2.2.

⁸¹ VOCI, P. *La responsabilità del debitore... cit.*, p. 324.

seguido de una *stipulatio poenae* que se refiere a todas sus cláusulas o algunas de ellas en concreto⁸². El pacto adjunto ya vendría sancionado por la acción derivada del contrato y además se añadiría la existencia de la *actio ex stipulatu*. La segunda subespecie de esta estructura sería el pacto seguido de una *stipulatio poenae*, estructura que nos interesará especialmente en lo que se refiere a los *pactiones et stipulationes*.⁸³

5.3. Función de la *stipulatio poenae*

La principal función que cumple la *stipulatio poenae*, en el derecho romano, es la de actuar como garantía de una obligación. Sin embargo, también cabe señalar su idoneidad para proveer de una tutela específica a relaciones jurídicas que, en principio, no disfrutarían de una especial protección en el ordenamiento jurídico. En algunos casos, la *stipulatio poenae* incluso habría llegado a proporcionar una tutela de manera indirecta.

⁸² *Ad ex. D. 19, 1, 28 (Iul. 3 ad urs. fer.): Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi. respondit: venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri.*

⁸³ Ejemplos de esta estructura los podemos encontrar en D. 2, 14, 10, 1 (Ulp. 4 ad ed.): *Si pacto subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu actio. Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre.*

D. 2, 15, 16 (Herm. 1 iur. epit.): *Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerit rato manente pacto, stipulanti recte promiserat, praestare cogetur.*

D. 2, 15, 15 (Paul. 1 sent.): *Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subici solet: sed consultius est huic poenalem quoque stipulationem subiungere, quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest.*

O en D. 23, 4, 12, 2 (Paul. 35 ad ed.): *Si mulier pacta sit, ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur et poenam stipulata sit, Mela ait alterutro eam contentam esse oportere: vel exceptione pacti et acceptam facere poenae obligationem, vel si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem.*

Sobre cómo incidirá el pacto sobre la *stipulatio poenae*, en el caso de la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus vid.* capítulo VI, epígrafe 2.2.

En términos generales y como bien expresa Voci⁸⁴, las funciones que cumpliría la *stipulatio poenae* se se pueden resumir básicamente del siguiente modo: "si tratta di un istituto stabilito nell'interesse del creditore, e nell'interesse di questo funzionante in maniera preventiva e repressiva nei riguardi del debitore".

Cuando se trata de estudiar las diferentes funciones que puede cumplir la *stipulatio poenae*, dicho estudio puede realizarse tanto desde el punto de vista del promitente, como desde el punto de vista del estipulante.

Si partimos de un estudio de las funciones que cumple la *stipulatio poenae* desde el punto de vista del estipulante, la *stipulatio poenae* está destinada a procurarle ventajas de las que, de otro modo, no tendría la posibilidad de beneficiarse. En este sentido, el empleo de una *stipulatio poenae* permitiría al estipulante asegurarse una sanción en aquellos casos en los que ésta no existe. Así, por ejemplo, téngase en cuenta la imposibilidad de que la *obligatio verbis* recayera, en sus inicios, sobre prestaciones consistentes en un *facere*, la *stipulatio poenae* permitía indirectamente que dichas prestaciones fueran exigibles, en tanto que de producirse el incumplimiento, al deudor se le podía exigir el pago de la pena, como destacábamos anteriormente, o de existir una sanción, ésta consiste como mucho en la concesión de una simple *exceptio* —piénsese en el supuesto de algunos pactos, únicamente tutelados por el pretor a través de la *exceptio pacti*—, es decir, en este último supuesto, el uso de la *stipulatio poenae* proporcionaría al acreedor una tutela indirecta de esa relación jurídica únicamente protegida por la vía de *exceptiones*⁸⁵.

Además, el uso de la *stipulatio poenae* le permitiría establecer al estipulante, por adelantado, la cuantificación del daño (*Schadenspauschalierung*⁸⁶) previsto para el caso de incumplimiento o

⁸⁴ VOCI, P. *La responsabilità del debitore... cit.*, p. 327.

⁸⁵ VOCI, P. *La responsabilità del debitore... cit.*, p. 327. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 45 y ss. ZIMMERMANN, R. *The law of obligations... cit.*, p. 97.

⁸⁶ VOCI, P. *La responsabilità del debitore... cit.*, p. 327. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 53 y 54. ZIMMERMANN, R. *The law of obligations... cit.*, p. 95 y 96.

cumplimiento defectuoso, sin necesidad de demostrar el *quantum a posteriori*: dicho de otro modo, el hecho de estipular una determinada cantidad como pena para el caso de incumplimiento o cumplimiento inadecuado, da lugar a que, de producirse alguno de estos supuestos, se deba la suma prometida, independientemente de cualquier otra valoración que pueda establecerse en función del interés efectivo del acreedor (*quanti ea res erit*)⁸⁷. De este modo, el estipulante se aseguraría la percepción de la suma indemnizatoria de una manera rápida, segura y por la integridad de la suma estipulada, lo que sin duda debió ser fundamental en un entorno de pujante actividad comercial.

Es más, la posibilidad de cuantificar de antemano el montante del daño, a través de la conclusión entre las partes de una *stipulatio poenae*, resulta capital en el caso que no fuera posible establecer esa valoración desde un principio o esta tarea resultara ser de gran complejidad. De este modo, la *stipulatio poenae* evita a las partes tener que pasar expresamente por un proceso para que se establezca la cuantificación del daño, en el que la prueba de éste y el posterior cálculo de la cuantía de la condena puede entrañar una enorme dificultad —esto ocurre, especialmente, en el supuesto del incumplimiento de obligaciones consistentes en un *facere*, en cuyo caso la prueba del interés lesionado del actor puede ser altamente complicada. Como expresa Knütel⁸⁸, la aplicación de la *stipulatio poenae* con esta finalidad se puede observar en las fuentes desde la época de Labeón⁸⁹.

⁸⁷ V. gr. D. 45, 1, 3, 1 (Ulp. Lib. 49 Sab.): *Sed haec differentia illam habet rationem, quod, ubi unus heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subiecta sit: nam poena subiecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit. Enimvero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenetur heredes: interest enim prohibiti a nemine prohiberi.*

Ó D. 45, 1, 38, 17 (Ulp. Lib. 49 Sab.): *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.*

⁸⁸ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae*, p. 53 y 54. VISKY, K. *La pena convenzionale... cit.*, p. 601.

⁸⁹ Cfr. D. 45, 1, 137, 7 (Ven. 1 stip.): *Si ut aliquid fiat stipulemur, et usitatus et elegantius esse Labeo ait sic subici poenam: "si ita factum non erit": at cum quid ne fiat stipulemur, tunc hoc modo: "si adversus ea factum erit": et cum alia fieri, alia non fieri coniuncte stipulemur, sic comprehendendum: "si non feceris, si quid adversus ea feceris".*

Desde el punto de vista del promitente, la *stipulatio poenae* cumple una función casi coercitiva (*Beugfunktion*)⁹⁰, en el sentido que incita al cumplimiento de la obligación, ya que a través de la *stipulatio poenae* se introduciría una sanción que, en principio, o no existiría o bien, porque la cuantía establecida como pena es mucho mayor al resarcimiento previsto para el caso que no existiera dicha pena y se aplicara la sanción normal, es decir, cumpliría una función de compeler, indirectamente, actos que, de otra manera, no serían coercibles⁹¹.

En este sentido, especial mención merece la relación entre la *stipulatio poenae* y el principio *alteri stipulari nemo potest* que, como veremos más adelante, resulta capital para el estudio de las *pactiones et stipulationes*, ya que esta forma de constitución de servidumbres generalmente también hace referencia a los herederos de las partes constituyentes y a los posibles sucesivos adquirentes de los predios sobre los que se constituye la servidumbre.

El principio de *alteri stipulari nemo potest* podemos hallarlo claramente expresado en D. 45, 1, 38, 17 (Ulp. 49 Sab.):

*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servum
domino, filio patri stipuletur: inventae sunt eius enim
huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi*

D. 46, 5, 11 (Ven. 8 act.): *In eiusmodi stipulationibus, quae "quanti ea res est" promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit, et ad exiguam summam deducitur.*

Como algunos autores han destacado, la función de la *stipulatio poenae* de reparar la lesión de un interés se fue intensificando con el tiempo. En este sentido, recogen esta función de la *stipulatio poenae*, las I. 3, 15, 7: *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri. et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam, subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit (...).*

⁹⁰ VOCI, P. *La responsabilità del debitore... cit.*, p. 327. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 43 y 51. ZIMMERMANN, R. *The law of obligations... cit.*, p. 96.

⁹¹ D. 45, 1, 38, 2 (Ulp. 49 Sab.): *At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res erit sit potest promittere. Sed quatenus habere licere videtur? Si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores.*

adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaque condicio stipulationis.

En este fragmento, que se encuentra en plena armonía con Gai. 2, 95 y 3, 103⁹², Ulpiano recoge la prohibición de los contratos a favor de terceros. Nos encontramos ante una prohibición que opera a menos que el tercero sea la persona que ejerce la potestad sobre alguna de las partes contratantes, esto es cuando quien participa en dicha contratación es un hijo de familia o un esclavo.

Se trataría de una regla propia del *ius civile* y que encuentra su razón de ser, desde el derecho más antiguo, en los principios que rigen los contratos verbales⁹³, concretamente en la *sponsio*, como son los principios de oralidad, presencia de las partes y congruencia entre pregunta y respuesta, que suponen que la obligación resultante sólo pueda tener efecto respecto de los sujetos que pronuncian los *verba* y no respecto a terceros ajenos a dicha relación⁹⁴.

Pero además de las formalidades propias del contrato verbal, la dilatada vigencia que tuvo este principio hace pensar que, como indicaría el texto de Ulpiano, una justificación de peso para su existencia sería la falta de interés

⁹² Gai. 2, 95: *Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos seruos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. et hoc est, quod uulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse; tantum de possessione quaeritur, an per liberam personam nobis adquiratur.*

Gai. 3, 103: *Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus. unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei, cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, in quantum ualeat stipulatio. nostri praeceptores putant in uniuersum ualere et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset. sed diuersae scholae auctores dimidium ei deberi existimant; pro altera uero parte inutilem esse stipulationem.*

⁹³ WESENBERG, G. *Verträge zugunsten Dritter*, Weimar, 1949, p. 11 y ss. ZIMMERMANN, R. *The law of obligations... cit.*, p. 34 y 35.

⁹⁴ KASER, M. *RPR*, I, p. 543 nt.49.

patrimonial del estipulante, exigible en sede judicial, cuando toda obligación debe poder expresar un contenido económico, teniendo en cuenta el principio de *omnis condenatio pecuniaria*⁹⁵.

Si regresamos al texto de Ulpiano, de acuerdo con lo que éste expresa en él, la *stipulatio* celebrada a favor de un tercero no sería válida. Esto es así, porque la *stipulatio* es una figura idónea para que cada parte adquiera a través de ella aquello que le interese, de manera que un tercero parece que no debería tener, en este caso, un interés jurídicamente relevante.

Ahora bien, esta regla general puede atenuarse, de acuerdo con Ulpiano, recurriendo a la promesa de una pena. Dicho de otro modo, cuando se quiere realizar una *stipulatio* a favor de tercero, puede recurrirse a una *stipulatio* penal, de manera que, a una relación que no encuentra tutela en el ordenamiento, las partes le procuran una sanción convencional conforme a sus propios intereses: "*At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere*".

El jurista nos habla de la promesa de una pena o de la promesa del *quanti ea res sit*. Si bien se trata de conceptos diferentes, la promesa de una cantidad pecuniaria como pena y la promesa de un *incertum* determinable *a posteriori* para resarcir el daño ocasionado por el incumplimiento, en definitiva ambas cosas persiguen lo mismo, procurar una cobertura económica para el caso de incumplimiento, ya venga ésta preventivamente fijada por las partes desde el principio (*stipulatio poenae*), o se determine su cuantía posteriormente, al producirse el incumplimiento y, por tanto, el daño.

⁹⁵ Defiende que la teoría del interés es parcialmente clásica y sólo regía en ciertos casos: COUDERT, J. *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui*, Nancy, 1957, p. 207 y ss. Asimismo, vid. ANKUM, H. «Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle *Alteri stipulari nemo potest*», en *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, 1970, p. 21 y ss. ZIMMERMANN, R. *The law of obligations... cit.*, p. 36 y 37. Más recientemente, SANSON RODRÍGUEZ, M.V. «La *stipulatio alteri* en el derecho romano», en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna*, 17 (2000), p. 291 y ss. DE LAS CASAS LEÓN, M. E. *De inutilibus stipulationibus*, Madrid, 2006, p. 104 y ss.

En el caso de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*, la *stipulatio poenae* operaría como método coercitivo para garantizar la denominada *Störungsfreiheit*, es decir, *invita* al promitente a respetar el ejercicio pacífico de la servidumbre y a abstenerse de prohibir o impedir el ejercicio que se realice en estos términos; teniendo en cuenta, además, que es muy posible que el promitente pudiera incurrir en la *poena* de manera reiterada, frente a sucesivos actos prohibitorios. Asimismo, en este caso, especial mención merece la función de *Schadenspauschalierung*, ya que la *stipulatio poenae* serviría para cuantificar el daño de antemano y eludir la prueba de su existencia, extremos que pueden resultar de gran complejidad, ya que la obligación principal garantizada es una obligación *in non faciendo*⁹⁶.

5.4. Responsabilidad del deudor de una *stipulatio poenae*

En lo que se refiere a la responsabilidad del deudor de una *stipulatio poenae*, también debemos tener en consideración la dualidad de estructuras conforme a las cuales suele presentarse la pena convencional en las fuentes⁹⁷.

Tradicionalmente suele afirmarse que, en el caso de la pena convencional impropia —*selbstständigen Strafversprechen* (Knütel), *stipulatio poenae* abstracta (Talamanca)—, el régimen de responsabilidad del deudor de una *stipulatio poenae*, en el derecho clásico, sería el de responsabilidad objetiva, en tanto la *stipulatio poenae* se encuentra ligada al cumplimiento de una condición; esto es, el incumplimiento de una determinada obligación, que suele encontrarse expresada en la misma *stipulatio poenae*. Se explicaría que el

⁹⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* más adelante, capítulo VI, epígrafes 2.2 y 4.3. Asimismo, *vid.* Capítulo I, epígrafe 3.1.

⁹⁷ De acuerdo con SAVIGNY, F. C. *Das Obligationenrecht*, II, Berlin, 1853, p. 281 y ss. DONATUTI, «Di un punto controverso in materia di *stipulatio poenae*», en *SDHI*, 1 (1935), p. 299 y ss. La dotrina más reciente también suele partir de una duplicidad de regímenes, entre los autores destacan: TALAMANCA, M. *Ricerche... cit.*, p. 55 y ss. y en voz «Pena privata», en *ED*, XXXII, Milán, 1982, p. 720. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 81 y ss. ZIMMERMANN, R. *The law of obligations... cit.*, p. 105 y ss.

régimen fuera de responsabilidad objetiva, al aplicarse el régimen propio de las condiciones, en tanto que, como advertíamos, la *stipulatio poenae* queda ligada a la realización o no de una determinada condición⁹⁸. Este régimen se desprendería sobre todo del fragmento de Papiniano de D. 45, 1, 115, 2, (2 *quaest.*), mencionado anteriormente.

Muchas más dudas plantea a la doctrina el supuesto de la pena convencional propia, en relación a la cual existen opiniones encontradas. El régimen de responsabilidad del deudor en el caso de la pena convencional propia también suele relacionarse con un régimen de responsabilidad objetiva. Sin embargo algunos autores han considerado la posibilidad de que, en determinados supuestos, se diera un régimen de responsabilidad subjetiva, o que incluso existiera un tendencia hacia ese régimen de responsabilidad en la jurisprudencia. Algunos autores⁹⁹ han defendido la posibilidad de que se diera un régimen de responsabilidad subjetiva, en tanto que la *stipulatio poenae* se encuentre ligada a una obligación principal y, para determinar su incumplimiento, deba de tenerse en cuenta dicha obligación principal así como el régimen de responsabilidad que le sea aplicable.

En cualquier caso, las fuentes no parecen aportar demasiada claridad sobre esta cuestión, motivo por el cual, existen diversas teorías en la doctrina sobre la responsabilidad del deudor de una *stipulatio poenae*. Ya Knütel¹⁰⁰ diferenciaba claramente las diferentes posturas existentes en la doctrina entorno a esta cuestión, a continuación intentaremos recordarlas brevemente.

Un primer grupo de autores¹⁰¹, cuya opinión es la dominante, defienden que, en el derecho clásico, si se cumple objetivamente la condición, en

⁹⁸ TALAMANCA, M. *Ricerche... cit.*, p. 55 y ss. La *conventio* además, sólo tendría relevancia sobre la *stipulatio*, para la determinación de la *comissio poenae*, como instrumento interpretativo cuando la *condicio* no es unívoca o perpleja, p. 60.

⁹⁹ En este sentido, TALAMANCA, M. *Ricerche... cit.*, p. 61 y ss.

¹⁰⁰ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 195 y ss.

¹⁰¹ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 195, nt. 1. VOCI, P. *La responsabilità del debitore... cit.*, p. 328.

principio, se incurre en la pena. Este principio de responsabilidad objetiva, sin embargo, presentaría algunas excepciones, pues en determinados supuestos, aunque se cumpla objetivamente la condición, el deudor no incurre en la pena. Se excepcionaría el régimen de responsabilidad objetiva cuando así se haya convenido con el acreedor —excepción que ha aceptado plenamente la doctrina¹⁰². También se excepcionaría este régimen en cuanto a las *stipulationes* pretorias, que habrían seguido un tratamiento mucho más favorable al deudor. Ésta sería la opinión seguida por Savigny¹⁰³, quien consideraba que el régimen de la pena convencional impropia era el de la condición, es decir un régimen de responsabilidad objetiva; respecto de la pena convencional propia —*Doppelstipulation* (Knütel), *stipulatio poenae* accesoria (Talamanca)—, se debería considerar la naturaleza de la relación primaria; así si se tratara de un contrato de buena fe o de una *stipulatio* pretoria el régimen sería menos severo, sería un régimen de responsabilidad subjetiva; en el resto de casos, regiría el régimen de la condición.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, un autor de pandectas como Maynz¹⁰⁴ entendía que, en el caso de la pena convencional impropia, como la única obligación es el pago de la pena prometida, desde que la condición se cumple o queda incumplida (según el caso), la pena es debida sin que ningún hecho exterior o de fuerza mayor pueda liberar al deudor, pero el acreedor sólo tendría derecho a reclamar el pago de la pena y no el cumplimiento de la prestación deducida en la condición.

Para otros autores, posteriores en el tiempo, como es el caso de Donatuti¹⁰⁵, el régimen de responsabilidad del deudor dependerá, asimismo, de la estructura de la *stipulatio poenae*. La pena convencional propia tendría una función de garantía respecto de una obligación previamente asumida, de modo

¹⁰² VOCI, P. *La responsabilità del debitore... cit.*, p. 328 y 239.

¹⁰³ SAVIGNY, F. K. *Das Obligationenrecht... cit.*, II, p. 281.

¹⁰⁴ MAYNZ, C. *Cours de droit romain*, II, Bruselas, 1877, p. 419.

¹⁰⁵ DONATUTI, G. *Di un punto controverso... cit.*, p. 303.

que la responsabilidad solamente puede ser subjetiva, en tanto que el deudor incurriría en la pena cuando incumple esa obligación principal. Mientras, en el caso de la pena convencional impropia, cómo sólo existe una única obligación (el pago de la pena, sujeta a que se verifique o no la realización de una determinada condición), el régimen de responsabilidad es el propio de la condición, por lo tanto, un régimen de carácter objetivo.

Finalmente, autores como Fezza¹⁰⁶ o Kaser¹⁰⁷ defienden que, a diferencia de Servio y de los proculyanos, los sabinianos habrían conocido un único caso en el que se incurre en la pena, sería el supuesto en que se produce un incumplimiento o un cumplimiento que no es conforme a lo debido.

Un punto de vista completamente diferente a los anteriores sería el defendido por Voci¹⁰⁸, quien puse en duda la posibilidad de que, en el derecho clásico, rigiera un principio general de responsabilidad objetiva del deudor de una *stipulatio poenae*, con independencia de que nos encontremos ante una pena convencional propia o impropia. Voci sustenta su crítica a la teoría tradicional en la propia función y naturaleza de la pena convencional. La pena convencional no es el resultado automático de una condición que se cumple, sino que debe contemplarse como la sanción por un acto ilícito: el incumplimiento de una obligación; esto presupone la imputación del deudor y se debe tener en cuenta la opinión de Ulpiano expresada en D. 45, 1, 69 (7 *ad ed.*) "*poena rei impossibilis non committitur*". Para este autor no habría pena sin responsabilidad subjetiva, las sanciones se fundamentan sobre el principio de responsabilidad subjetiva, aunque la aplicación de este régimen podría presentar una serie de límites.

De acuerdo con Voci, la interpretación de la *stipulatio poenae*, a la luz de la relación que garantiza, determina la aplicación de un régimen diverso de

¹⁰⁶ FREZZA, P. *Le garanzie delle obbligazioni... cit.*, I, p. 347 y ss.

¹⁰⁷ KASER, M. *RPR*, I, p. 520 y ss.

¹⁰⁸ VOCI, P. *La responsabilità del debitore... cit.*, p. 327 y ss.

aquél, meramente objetivo, que funciona en materia de cumplimiento de la condición y, además, dicho régimen no empeora en ningún caso la condición del acreedor. El derecho romano, al conocer el régimen de responsabilidad objetiva, transmite dicho régimen a la *stipulatio poenae*. Es más, observa que, desde el punto de vista del *ius civile*, rige un régimen de responsabilidad objetiva, pero este régimen es progresivamente atenuado a través del edicto del pretor —que introducía en algunos supuestos una especie de verificación del comportamiento de las partes a la luz del criterio del dolo, por ejemplo— o el de los ediles curules, derivando hacia un régimen de responsabilidad subjetiva en determinados supuestos. Así, Voci llega a la conclusión de que la pena convencional es una sanción ante un incumplimiento, debido a esto se encuentra fundada en criterios de responsabilidad subjetiva, pero, al estar concluida en utilidad del acreedor, se admite la responsabilidad objetiva cuando la relación obligatoria que garantiza la admite, y no admite interpretación de la cláusula penal favorable al deudor, aunque, como comentábamos, este punto fue atenuado por el pretor en diversos supuestos¹⁰⁹.

Con carácter general, se podría afirmar que la doctrina parece aceptar que, mientras que en el supuesto de la pena convencional impropia, el régimen aplicable sería, por regla general, un régimen de responsabilidad objetiva; en el supuesto de la pena convencional propia, existe una dualidad respecto al régimen de responsabilidad del deudor. Las controversias surgen en cuanto a la descripción de dicho régimen y su aplicación, según el caso en concreto en el que se emplee la pena convencional.

Especialmente interesantes nos parecen las opiniones de Zimmermann¹¹⁰ y Knütel¹¹¹. El primero se pregunta si debemos entender que se ha incurrido en la pena y ésta resulta debida cuando objetivamente se ha cumplido la condición o, por el contrario, sería necesario que se den determinadas circunstancias de

¹⁰⁹ VOCI, P. *La responsabilità del debitore...* cit., p. 358.

¹¹⁰ ZIMMERMANN, R. *The law of obligations...* cit., p. 104 y ss.

¹¹¹ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae...* cit., p. 195 y ss.

carácter subjetivo para poder afirmar que el deudor ha incurrido en la pena, lo que tendría lugar, así pues, cuando en cierto modo el promitente fuera responsable del incumplimiento de la conducta prometida. Como quiera que las fuentes no nos proporcionan una única solución posible para esta cuestión, es lógico que la doctrina haya planteado diversas teorías, como hemos visto anteriormente. Sin embargo, como nos recuerda este autor, debemos tener en cuenta la naturaleza casuística del derecho romano.

En términos generales, como defienden Zimmermann o Knütel, puede afirmarse que parece haber existido un desarrollo en cuanto al régimen de responsabilidad a lo largo del derecho romano, en el que se habría evolucionado desde un sistema estricto y formalista a otro mucho más subjetivo y equitativo, orientado a favor del deudor. Dicha evolución parece haber sido especialmente impulsada por el jurista Sabino —y seguida por su escuela¹¹²— al que se refiere Papiniano en el siguiente fragmento:

D. 45, 1, 115, 2 (Pap. 2 quaest.): *Item si quis ita stipuletur: "si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?". Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum **et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret**, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei*

¹¹² Cfr. D. 44, 7, 23 (Afr. 7 quaest.): *Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) ob operas eius qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta: is qui eam pecuniam petebat parte exacta petere desierat, deinde interposito tempore interpellare instituerat. consultus respondit eius quoque temporis, quo interpellatus non esset, poenam peti posse: amplius etiamsi omnino interpellatus non esset: nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret: alioquin dicendum et si is, qui interpellare coepisset, valetudine impeditus interpellare desisset, poenam non committi. de illo sane potest dubitari, si interpellatus ipse moram fecerit, an, quamvis pecuniam postea offerat, nihilo minus poena committatur: et hoc rectius dicitur. nam et si arbiter ex compromisso pecuniam certo die dare iusserit neque per eum, qui dare iussus sit, steterit, non committi poenam respondit: adeo ut et illud Servius rectissime existimaverit, si quando dies, qua pecunia daretur, sententia arbitri comprehensa non esset, modicum spatium datum videri. hoc idem dicendum et cum quid ea lege venierit, ut, nisi ad diem pretium solutum fuerit, inempta res fiat.*

naturam. Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti " si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?", sed ita concepta sit stipulatio: "Pamphilum dari spondes? Si non dederis, tantum dari spondes?" quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. Sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

Por su parte, los proculyanos parecen haber defendido, en un primer momento, el principio de responsabilidad objetiva¹¹³, pero a partir de Celso¹¹⁴ se sigue la misma idea defendida por Sabino. Prevalece pues la opinión de que se incurre en la pena sólo en aquellos supuestos en los que el deudor es responsable por el cumplimiento o incumplimiento de aquello que las partes habían acordado: *Si per debitorem stetit quo minus (daret, non daret, veniat etc.)*, lo mismo ocurría cuando el supuesto en que la *comissio poenae* encuentra su origen en la esfera del acreedor¹¹⁵. Sin embargo, en otros supuestos, el régimen de responsabilidad sigue siendo de carácter objetivo, sobre todo en cuanto se refiere a las más antiguas promesas penales, como sería el caso de la *cautio vadimonium sisti*.

Las mismas consideraciones realiza Knütel¹¹⁶. Al igual que Zimmermann, recuerda que debemos tener en cuenta que el derecho romano se caracteriza por ser un derecho casuístico. De ahí que sea difícil encontrar una única solución para el problema del régimen de responsabilidad del deudor de la *stipulatio poenae*. Resulta plausible que, inicialmente, la jurisprudencia romana hubiera partido de una solución unitaria que hubiera aplicado a los diferentes

¹¹³ D. 22, 2, 9, (Lab. 5 *pith. a Paulo epit.*): *Si traiectionis pecuniae poena (uti solet) promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris.*

¹¹⁴ Cfr. D. 4, 8, 23, 3 (Ulp. 13 *ad ed.*): *Idem Celsus ait, si arbiter me tibi certa die pecuniam dare iusserit, tu accipere noluisti, posse defendi ipso iure poenam non committi.*

¹¹⁵ D. 22, 2, 8 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Servius ait pecuniae traiectionis poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quo minus eam intra certum tempus praestitutum accipiat.*

¹¹⁶ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 195 y ss.

supuestos y estructuras de *stipulatio poenae*. Pero con el tiempo y la discusión jurisprudencial acerca de determinados puntos, como serían el momento en que se incurre en la pena o los diferentes supuestos en que se utiliza la *stipulatio poenae*, se hubiera llegado a apreciar diferentes reglas aprobadas a través de las diferentes opiniones de los juristas.

Sicari¹¹⁷, por su parte, ha intentado demostrar cómo la doctrina ha atribuido a Sabino, demasiado ligeramente, el mérito de haber introducido una corriente tendente a configurar la responsabilidad derivada de la *stipulatio poenae* de carácter subjetivo (incluso en el caso de la pena convencional impropia), especialmente partiendo del famoso texto de Papiniano de D. 45, 1, 115, 2 (2 *quaest.*); cuando en realidad, si se observa la opinión del jurista en otros fragmentos del Digesto, se puede llegar a apreciar claramente cómo Sabino no concede el más mínimo espacio a la interpretación y valoración de los comportamientos subjetivos, para establecer una relación entre la conducta del deudor y el incumplimiento de la obligación.

Así, por ejemplo, la autora se ocupa del estudio de algunas fuentes en las que se recoge una corriente jurisprudencial tendente a reconocer la responsabilidad del deudor de una *stipulatio poenae* con carácter objetivo — entre las que destaca D. 18, 7, 6 (Pap. 27 *quaest.*)¹¹⁸; D. 45, 1, 8 (Paul. 2

¹¹⁷ SICARI, A. *Pena convenzionale ... cit.*, p. 41 y ss.

¹¹⁸ D. 18, 7, 6 pr. (Pap. 27 *quaest.*): *Si venditor ab emptore caverit, ne serva manumitteretur neve prostituatur, et aliquo facto contra quam fuerat exceptum evincatur aut libera iudicetur, et ex stipulatu poena petatur, doli exceptionem quidam obstaturam putant, Sabinus non obstaturam. Sed ratio faciet, ut iure non teneat stipulatio, si ne manumitteretur exceptum est: nam incredibile est de actu manumittentis ac non potius de effectu beneficii cogitatum. Ceterum si ne prostituatur exceptum est, nulla ratio occurrit, cur poena peti et exigi non debeat, cum et ancillam contumelia adfecerit et venditoris affectionem, forte simul et verecundiam laeserit: etenim alias remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem, si quid emptor contra quam lege venditionis cautum est fecisset aut non fecisset.*

Sab.)¹¹⁹; D. 4, 8, 21, 9 (Ulp. 13 *ad ed.*)¹²⁰; D. 45, 1, 77 (Paul. 58 *ad ed.*)¹²¹; D. 47, 2, 68, 1 (Cels. 12 *dig.*)¹²²; D. 4, 8, 23, 1 (Ulp. 13 *ad ed.*)¹²³— y que, a su entender, expresarían realmente la opinión de Sabino y no la que se deriva de D. 45, 1, 115, 2 (Pap. 2 *quaest.*) . Estos casos darían fe de la plena vigencia del régimen de responsabilidad objetiva respecto de la *comissio poenae* y no sólo durante la primera época del Principado, sino hasta la época de los emperadores Severos.

A tenor del estado de las diferentes investigaciones realizadas por la doctrina y de la diversidad de opiniones que muestran las fuentes, parece difícil llegar a encontrar una solución unitaria al tema de la determinación del régimen de responsabilidad del deudor de una *stipulatio poenae*. Creemos que, en cualquier caso, se debe partir de la naturaleza casuística del derecho romano y atender al tipo, estructura y contenido de cada supuesto de *stipulatio poenae*, así como a la opinión que manifiesta la jurisprudencia en cada caso en el que se aplica la *stipulatio poenae*. Aún así, y con carácter general, podemos ver cómo en las fuentes aparecen las siguientes expresiones que indican quién

¹¹⁹ D. 45, 1, 8 (Paul. 2 *Sab.*): *In illa stipulatione: "si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes?" mortuo homine quaeritur, an statim ante kalendas agi possit. Sabinus Proculus exspectandum diem actori putant, quod est verius: tota enim obligatio sub condicione et in diem collata est et licet ad condicionem committi videatur, dies tamen superest. sed cum eo, qui ita promisit: "si intra kalendas digito caelum non tetigerit", agi protinus potest. haec et Marcellus probat.*

¹²⁰ D. 4, 8, 21, 9 (Ulp. 13 *ad ed.*): *Si quis ex litigatoribus ideo non adfuerit, quod valetudine vel rei publicae causa absentia impeditus sit aut magistratu aut alia iusta de causa, poenam committi Proculus et Atilicinus aiunt: sed si paratus sit in eundem compromittere, actionem denegari aut exceptione tutum fore. Sed hoc ita demum verum erit, si arbiter recipere in se arbitrium fuerit paratus: nam invitum non esse cogendum Iulianus libro quarto digestorum recte scribit: ipse autem nihilo minus poena absolvitur.*

¹²¹ D. 45, 1, 77 (Paul. 58 *ad ed.*): *Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas eius adita.*

¹²² D. 47, 2, 68, 1 (Cels. 12 *dig.*): *Si tibi subreptum est, quod nisi die certa dedisses, poenam promisisti, ideoque sufferre eam necesse fuit, furti actione hoc quoque coestimabitur.*

¹²³ D. 4, 8, 23, 1 (Ulp. 13 *ad ed.*): *Idem ait, si iusserit me tibi dare et valetudine sis impeditus, quo minus accipias, aut alia iusta ex causa, Proculum existimare poenam non committi, nec si post kalendas te parato accipere non dem. sed ipse recte putat duo esse arbitri praecepta, unum pecuniam dari, aliud intra kalendas dari: licet igitur in poenam non committas, quod intra kalendas non dederis, quoniam per te non stetit, tamen committis in eam partem, quod non das.*

debe soportar el hecho de que se incurra en la pena y, por tanto, ayudan a determinar el régimen de responsabilidad aplicable en cada caso en concreto:

— *An per debitorem stetit, quo minus daret.* (v. gr. D. 22, 2, 9, Lab. 5 pith. a Paul. epit.)

— *An per creditorem stetit, quo minus acciperet.* (v. gr. D. 22, 2, 8, Ulp. 77 ad ed.)

Obviamente, el *stare per aliquem* resultaría una regla flexible y tendría que ser observada en cada supuesto, desde la perspectiva del retraso, la imposibilidad o el cumplimiento de la condición.

No abordaremos el estudio casuístico de la responsabilidad del deudor de *stipulatio poenae* en general, pues no sería ésta la sede oportuna para ello. Además, consideramos que esta materia ha sido espléndida y ampliamente tratada por la doctrina, especialmente por Knütel¹²⁴. Sin embargo, volveremos a fijarnos en esta cuestión más adelante, en cuanto a la responsabilidad del deudor de las *stipulationes poenae* que suelen aparecer en la consuetudine de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*¹²⁵.

6. Breve referencia a la relación *pactum-stipulatio*

Como veíamos anteriormente, la *stipulatio* del derecho clásico tiene lugar a través de la realización de una pregunta y la correspondiente respuesta realizadas ambas oralmente y con unidad de acto, es decir, se trataría de un contrato modelado de acuerdo con una concreta forma. La sencillez de esta estructura de pregunta-respuesta permitiría a las partes volcar en ella cualquier acuerdo, ya sea directamente o bien como condición de una *stipulatio poenae*, y hacerlo exigible.

¹²⁴ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae...* cit., p. 195 y ss.

¹²⁵ *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 4.1.

Así, por ejemplo, en las fuentes destaca la práctica del uso de la *stipulatio* para recoger los acuerdos libres de forma que, conforme al *ius honorarium*, sólo serían capaces de generar *exceptiones*; de modo que, a través de dicha *stipulatio*, el acuerdo se convierta en accionable, con la seguridad añadida para el estipulante de una acción de derecho estricto contra el promitente.

Sin embargo, también debido a la estricta forma que presenta este contrato, la *stipulatio* podría albergar únicamente aquello que se haya hecho constar en su fórmula. Recordemos, además, que la observancia de la forma es lo que determina la validez y eficacia del contrato. La forma sería un medio expresivo de la voluntad de las partes, pero las consecuencias jurídicas del contrato se derivarían del cumplimiento de dicha forma en sí misma y no de la voluntad de las partes. Debe tenerse en cuenta, además, que la *stipulatio*, a diferencia de la *sponsio*, se configura como un negocio eventualmente abstracto, hecho que implica, como indica Talamanca¹²⁶, que las partes, a través de los *verba*, pueden determinar el grado de abstracción de la *stipulatio*. Como expresa Miquel¹²⁷, ese carácter formal de la *stipulatio*, en concreto, y de cualquier acto que sea formal, en general, goza de una vertiente positiva y de otra negativa, pues el formalismo nos ofrece, por un lado, seguridad jurídica, claridad y certeza respecto a los efectos que el negocio debe producir, pero, por otra parte, implica una rigurosidad en la realización del acto que, de no ser respetada, conlleva la nulidad de éste.

No obstante, como advierte Corbino¹²⁸, en la *stipulatio* el rol de la forma empezaría a ser totalmente distinto del que cumplía respecto de la *sponsio*, precisamente por el momento histórico en el que surge la *stipulatio* y por la aparición de la escritura, que en un primer momento aparece para aportar la

¹²⁶ TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 561.

¹²⁷ MIQUEL, J. *Derecho romano privado*, p. 273.

¹²⁸ CORBINO, A. *Il formalismo negoziale... cit.*, p. 86.

prueba de aquello que las partes quisieron acordar. La forma, entendida como mecanismo para expresar la voluntad de las partes, ve cómo, frente a su función de asegurar la eficacia, va ganando peso su función de permitir conocer con certeza cuál es la voluntad de las partes —como decíamos anteriormente, de la *Wirkform* se pasa progresivamente a la *Schutzform*—. Se estaría produciendo un fenómeno que tiene lugar paulatina pero inexorablemente, y que Corbino¹²⁹ ya sitúa a partir del s. III a. C., de empezar a reconocer que la voluntad de las partes pueda llegar a producir efectos por sí misma, con cierta independencia de la forma a través de la cual venga expresada. Como este autor subraya, la *stipulatio*, en época imperial, es un negocio formal, pero en cualquier caso y en cuanto a su forma, ésta ahora se presenta como forma *ad substantiam* respecto del consenso, pero no respecto de su contenido, pues éste debe ser valorado de acuerdo con su concreta dimensión con independencia de la medida en que la forma llegue a cubrirlo.

En el mismo sentido se pronuncia Talamanca¹³⁰, al decir que, si bien en la *stipulatio* los efectos derivarán de la observancia de una determinada forma —pronunciar determinadas palabras, con independencia de la *conventio* que se vierta en la *stipulatio*—, no obstante, debe advertirse que, ya en el período clásico, se nota una tendencia hacia la acentuación de la influencia de la *conventio* sobre la autonomía con la que los *verba* dan lugar a las consecuencias jurídicas derivadas de la *stipulatio*.

Un paso más en este *iter* lo constituye el reconocimiento de la existencia de una *conventio* dentro de todo contrato y de toda obligación —D. 2, 14. 1, 3 (Ulp. 4 *ad ed.*) *in fine*: (...) *Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.* No obstante, la simple voluntad de las partes no perfecciona aún la obligación, ni el contrato, sino que es necesario algo más —en el caso de la *stipulatio*, como decíamos, pronunciar

¹²⁹ CORBINO, A. *Il formalismo negoziale... cit.*, p. 91 y ss.

¹³⁰ TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 565 y ss.

determinadas palabras—, y no es hasta la aparición de los contratos consensuales, cuando el acuerdo de voluntades sea el elemento generador del contrato. Este reconocimiento de la *conventio* como elemento integrante de todo contrato tiene, no obstante, hondas consecuencias en la práctica, especialmente a nivel de interpretación¹³¹.

En concreto, respecto de la *stipulatio*, a pesar del rigor de su forma, la *conventio* que ésta contiene en su interior no deja, por ello, de tener importancia; lo que puede apreciarse en la tendencia jurisprudencial de recurrir a los acuerdos de las partes, cuando se trata de interpretar el contenido de la *stipulatio* y no a hacerla depender únicamente de los *verba stipulationis*.

Dentro de esta línea se encontraría el conocido texto de Paulo de D. 12, 1, 40 (Paul. 3 *quaest.*), que recoge la denominada *lex Lecta*¹³², según la cual “*pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*”. Esta máxima expresa

¹³¹ Cfr. DOBBERTIN, M. *Zur Auslegung der Stipulation im klassischen Römischen Recht*, Zurich, 1987, § 6, p. 51 y ss. El autor ofrece una amplia selección de fuentes al respecto.

¹³² D. 12, 1, 40 (Paul. 3 *quaest.*): *Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani Praefecti Praetorio iuris consulti cautio huiusmodi: "Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius, sponendi ego Lucius Titius. Si die supra scripta summa Publio Maevio eive ad quem ea res pertinebit data soluta satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, quo post solvam, poenae nomine in dies triginta inque denarios centos denarios singulos dari stipulatus est Publius Maevius, sponendi ego Lucius Titius. Convenitque inter nos, uti pro Maevio ex summa supra scripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei heredive eius." Quaesitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam, quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quoad tardius soluta esset, usuras adiecisset: igitur finito primo mense primae pensionis usuras currere et similiter post secundum et tertium tractum usuras non solutae pecuniae pensionis crescere nec ante sortis non solutae usuras peti posse quam ipsa sors peti potuerat. Pactum autem quod subiectum est quidam dicebant ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum, quae priore parte simpliciter in stipulationem venissent, pactumque id tantum ad exceptionem prodesse et ideo non soluta pecunia statutis pensionibus ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usurae ex eo tempore, quo moram fecit, accedant, et si, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum (quamvis sententia diversa optinuerit), tamen usurarum obligatio ipso iure non committetur: non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. sed quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur, cum condicio exstiterit, sicut est in fructibus: idem et in usuris potest exprimi, ut ad diem non soluta pecunia quo competet usurarum nomine ex die interpositae stipulationis praestetur.*

que, en el momento de la conclusión del contrato, los acuerdos adoptados por las partes han de entenderse inherentes a la *stipulatio*.

Tradicionalmente la doctrina mayoritaria y generalmente más antigua ha defendido que el texto de Paulo que recoge la *lex Lecta* se encuentra claramente interpolado, partiendo del hecho que la *stipulatio* se configura como un acto formal, que se concreta en el intercambio de pregunta y respuesta de manera oral. Debido a su rígida forma, la *stipulatio* sólo podría albergar aquello que se hubiera hecho constar en su fórmula oral, de modo que, en la conclusión del contrato, los acuerdos libres de forma a que hubieran llegado las partes pueden hacerse valer únicamente a través del *ius honorarium* (*per exceptionem*). Además, la doctrina parte de la base de que la jurisprudencia clásica habría recurrido, por norma general, a los *verba*, en cuanto a la interpretación del contenido de la *stipulatio*, mientras que el elemento de la *voluntas* no se empezaría a considerar hasta época bizantina.

Frente a esta postura, autores como Siber¹³³ o, más recientemente, Knütel¹³⁴ han puesto en duda, en su momento, tales conclusiones y con sus aportaciones han permitido subrayar cómo los juristas clásicos contemplaron la estricta forma de la *stipulatio* de un modo mucho más flexible de lo que, en un principio, parecería, y han demostrado que, hasta cierto punto, la jurisprudencia sí hizo uso de los pactos que acompañaban a la *stipulatio* para interpretarla¹³⁵.

Si se parte de la base de que los juristas clásicos no entendieron la forma de la *stipulatio* de un modo tan estricto como se ha querido hacer ver,

¹³³ SIBER, H. en *SZ*, 42 (1921), p. 82 y ss.

¹³⁴ KNÜTEL, R. «*Stipulatio und pacta*», en *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976, p. 201 y ss.

¹³⁵ Recientemente, en esta misma línea, FINKENAUER, T. «*Stipulation und Geschäftsgrundlage*», en *SZ*, 126 (2009), p. 305 a 357, ha subrayado que, partiendo de la modificación de las circunstancias de la relación jurídica subyacente, en época clásica, podía tener lugar la extinción *ipso iure* de la *stipulatio* (*clausula rebus sic stantibus*), sin necesidad de recurrir al uso de las *exceptiones pacti* o *doli*, para hacer valer en un proceso esa alteración de las circunstancias en que se concluyó la *stipulatio*.

hemos de plantearnos en qué medida el elemento de la *voluntas* incidió sobre la *stipulatio*, al ser ésta el recipiente idóneo para volcar en ella cualquier acuerdo sobre un conjunto de intereses. Hay que partir de la base de que, en tanto que se reconoce que en la *stipulatio* también se recoge una *conventio* (D. 2, 14, 1, 3 Ulp. 4 *ad ed., in fine*), ésta debe tener efectos en el campo de la interpretación de aquello que las partes quisieron al realizar la *stipulatio*. De este modo, la utilización del elemento *voluntas*, en sede de interpretación, determinará la existencia de una *quaestio facti* a decidir por el juez a partir de las concretas circunstancias que se den en cada supuesto. El problema será determinar en qué medida el juez puede tener un margen de apreciación de los pactos, en tanto que de la *stipulatio* deriva una acción de derecho estricto.

Para Knütel¹³⁶, la *Lex lecta* constituiría una máxima o principio que regiría en materia de interpretación y que seguramente habría que relacionar, para llegar a su plena comprensión, con el principio *pacta conventa (in continenti facta) bonae fidei iudiciis insunt* (D. 2, 14, 7, 5 Ulp. 4 *ad ed.*)¹³⁷. Concretamente, en el caso de la *stipulatio*, la aplicación de esta máxima interpretativa debe darse en los casos en los que la *stipulatio* concluida entre las partes concede un margen para su aplicación o cuando su contenido resulta incompleto o poco claro y una interpretación integradora se hace necesaria. Además, no todos los pactos han de entenderse inherentes en la *stipulatio*, sino sólo aquellos que resulten útiles para su interpretación. En cualquier caso, parece que no se desarrolló en los formularios estipulatorios una regla según la cual se debía recurrir o no los acuerdos o pactos adoptados por las partes, sino que habría que estar al caso concreto.

Este autor¹³⁸ considera, además, superada la tradicional confrontación *verba-voluntas*¹³⁹, a través de la contraposición entre interpretación típica u

¹³⁶ KNÜTEL, R. *Stipulatio und pacta... cit.*, p. 224.

¹³⁷ KASER, M. *RPR*, I, p. 487.

¹³⁸ KNÜTEL, R. *Stipulatio und pacta... cit.*, p. 202.

¹³⁹ KASER, M. *RPR*, I, § 58, p. 234. Asimismo, MIQUEL, J. «La interpretación de los contratos: vinculación entre teoría y práctica», en *Revista jurídica de Catalunya*, 3 (1981), p.

objetiva —basada en experiencias generales y típicas como puntos de interpretación histórica, que sería la forma de interpretación más antigua— e interpretación individual —en la cual también se puede recurrir a otras relaciones o circunstancias que se dan en el caso concreto para realizar la interpretación. En las fuentes, se pueden hallar supuestos relativos a la *stipulatio*, en los que se emplean ambos tipos de interpretación, y en ambos es posible la inclusión de pactos, aunque de diferente manera.

Knütel¹⁴⁰, a través de un estudio minucioso de las fuentes, ha destacado cómo en muchas ocasiones los pactos son utilizados por los juristas clásicos para la interpretación (*id quod actum est*), partiendo de una interpretación típica u objetiva, en muchos supuestos los pactos se encuentran incluidos en la *stipulatio* a modo de *condicio tacita* —*ad exemplum*, la *indictio patronis*, en D. 38, 1, 24 (Iul. 52 dig.)¹⁴¹; la celebración del matrimonio en la *stipulatio dotis causa*, D. 2, 14, 4, 2 (Paul. 3 ad ed.)¹⁴²; en el caso de la *stipulatio* que incluye un *adiectus solutionis causa*, la condición tácita tendrá que ver con que éste mantenga el mismo *status* que cuando se realizó la *stipulatio* para que el pago recibido por éste libere al deudor, D. 46, 3, 38 pr. (Afr. 7 quaest.)¹⁴³; cuando se trata de determinar el género y calidad de la cosa que se debe restituir en el

789 a 803.

¹⁴⁰ KNÜTEL, R. *Stipulatio und pacta... cit.*, p. 204 y ss.

¹⁴¹ D. 38, 1, 24 (Iul. 52 dig.): *Quotiens certa species operarum in stipulationem deducitur, veluti pictoriae fabriles, peti quidem non possunt nisi praeteritae, quia etsi non verbis, at re ipsa inest obligationi tractus temporis, sicuti cum Ephesi dari stipulemur, dies continetur. et ideo inutilis est haec stipulatio: "operas tuas pictorias centum hodie dare spondes?" Cedunt tamen operae ex die interpositae stipulationis. Sed operae, quas patronus a liberto postulat, confestim non cedunt, quia id agi inter eos videtur, ne ante cederent quam indictae fuissent, scilicet quia ex commodo patroni libertus operas edere debet: quod in fabro vel pictore dici non convenit.*

¹⁴² D. 2, 14, 4, 2 (Paul. 3 ad ed.): *Huius rei argumentum etiam stipulatio dotis causa facta est: nam ante nuptias male petitur, quasi si hoc expressum fuisset, et nuptiis non secutis ipso iure evanescit stipulatio. idem Iuliano placet.*

¹⁴³ D. 46, 3, 38 pr. (Afr. 7 quaest.): *Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur: ceterum sive in adoptionem sive in exilium ierit vel aqua et igni ei interdictum vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum: tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur "si in eadem causa maneat".*

mutuo, D. 12, 1, 3 (Pomp. 27 *Sab.*)¹⁴⁴, aparecería como una cláusula del contrato que se sobreentiende, aunque no se haya incluido expresamente (Knütel habla de *vermutende Vertragsklausel*).

Asimismo, la *conventio* también es tenida en cuenta para integrar la *stipulatio*, desde el punto de vista de una interpretación individual, por ejemplo, cuando se trata de determinar un plazo implícito para el cumplimiento (v. gr. D. 45, 1, 41 pr. Ulp. 50 *Sab.*¹⁴⁵). En este caso, la *conventio* puede colaborar a salvar la *stipulatio* que, debido a la ambigüedad de los *verba*, sería nula. Otros casos en los que resulta más dudosa la función de la *conventio*, como recurso interpretativo para cubrir lagunas en la *stipulatio*, serían los referidos a la determinación del plazo en el caso de *stipulationes* (D. 45, 1, 115 pr. Ulp. 50 *Sab.*¹⁴⁶), la determinación de cantidad y calidad de las mercancías, determinación del lugar donde debe construir un edificio cuando esto se omitió en la *stipulatio*, casos todos ellos, en los que existen diferentes opiniones de los juristas respecto a la idoneidad de la *conventio* para integrar la *stipulatio*, teniendo en cuenta que el elemento que se omite en la *stipulatio*, y que debe integrarse a la luz de la *conventio*, tiene un carácter esencial y sin el cual no tendría sentido que se realizara la *stipulatio* —a título de ejemplo, D. 45, 1, 94

¹⁴⁴ D. 12, 1, 3 (Pomp. 27 *Sab.*): *Cum quid mutuuum dederimus, etsi non cavimus, ut aequae bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriore rem, quae ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intellegitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, quae datum sit.*

¹⁴⁵ D. 45, 1, 41 pr. (Ulp. 50 *Sab.*): *Eum, qui "kalendis ianuariis" stipulatur, si adiciat "primis" vel "proximis", nullam habere dubitationem palam est: sed et si dicat "secundis" vel "tertiis" vel quibus aliis, aequae dirimit quaestionem. si autem non addat quibus ianuariis, facti quaestionem inducere, quid forte senserit, hoc est quid inter eos acti sit (utique enim hoc sequimur quod actum est), easque adsumemus. si autem non appareat, dicendum est quod Sabinus, primas kalendas ianuaras spectandas. plane si ipsa die kalendarum quis stipulationem interponat, quid sequemur? et puto actum videri de sequentibus kalendis.*

¹⁴⁶ D. 45, 1, 115 pr. (Ulp. 50 *Sab.*): *Ita stipulatus sum: "te sisti in certo loco: si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes?" si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio. non secus ac si quod pondere numero mensura continetur sine adiectione ponderis numeri mensurae stipulatus essem, vel insulam aedificari non demonstrato loco, vel fundum dari non adiecto nomine. quod si ab initio id agebatur, ut quocumque die sisteres et, si non stetisses, pecuniam dares, quasi quaelibet stipulatio sub condicione concepta vires habeat, nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse.*

y 95 (Marc. 3 y 5 *dig.*)¹⁴⁷ o D. 45, 1, 115 pr. (Ulp. 50 *Sab.*), en los que Marcelo y Paulo muestran sus diferentes opiniones acerca del tema, aunque el mismo Paulo, en D. 45, 1, 134, 1 (Paul. 15 *resp.*)¹⁴⁸, también entiende que aquellas manifestaciones entre las partes que tiene lugar en los momentos preliminares a un negocio, cuando no consten en los *verba*, han de entenderse implícitamente incorporadas en la *interrogatio*, siempre y cuando ello no haga nula la *stipulatio*.

Especial mención merece el siguiente caso:

Dioc. et Max. C. 2, 3, 27 (a. 294): *Petens ex stipulatione, quae placiti servandi causa secuta est, seu antecessit pactum seu post statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam postulat. * Diocl. et Maxim. aa. et cc. Aurelio Chresimo. **

En este fragmento, la *stipulatio* se realiza para hacer exigible un determinado acuerdo libre de forma, seguramente, el estipulante incorporaría una pena para el caso de incumplimiento del contenido del acuerdo (*Si contra placitum feceris, X dari spondes?*). Otra posibilidad sería que la *stipulatio* hiciera referencia directa a lo acordado (*ea omnia dari/fieri spondes?*). Ya preceda el acuerdo a la *stipulatio* o se realice *in continenti*, el acuerdo ha de ser tenido en cuenta en cuanto a la interpretación de la *stipulatio*. El fragmento no deja lugar a dudas del valor interpretativo de los pactos que concluyan las partes en cuanto a la interpretación del contenido de la *stipulatio*.

En definitiva, de las fuentes parece posible derivar una visión no tan estricta de la forma de la *stipulatio*, presente en las opiniones de la

¹⁴⁷ D. 45, 1, 94 (Marc. 3 *dig.*): *Triticum dare oportere stipulatus est aliquis: facti quaestio est, non iuris. igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est certi generis certae quantitatis, id habebitur pro expresso: alioquin si, cum destinare genus et modum vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur, igitur ne unum quidem modium.*

D. 45, 1, 95 (Marc. 5 *dig.*): *Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco fieri insulam voluerit: si et ibi insulam fieri interest eius.*

¹⁴⁸ D. 45, 1, 134, 1 (Paul. 15 *resp.*): *Idem respondit: plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur, sic tamen, ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio*

jurisprudencia clásica. Esta visión se haría incluso más evidente en los juristas clásico-tardíos, así como puede observarse la relevancia del elemento intencional para su interpretación, aunque éste no se hubiera reflejado en los *verba stipulationis*¹⁴⁹.

7. Breve referencia a las *stipulationes praetoriae: cautio de amplius non turbando*

El amplio ámbito de aplicación de la *stipulatio* también alcanza el proceso civil romano, en el que la *stipulatio* fue empleada por el pretor desde época muy temprana con la finalidad de dotar de tutela jurídica a diferentes situaciones cuando éstas no disponían de una tutela en sí o, en el caso de gozar de tutela, como complemento de ésta; generalmente en prevención de un posible perjuicio futuro.

La característica común de las *stipulationes praetoriae* sería que no se trataría de cauciones que voluntariamente disponen los particulares, pues su realización no deriva de la voluntad de éstas, sino del *imperium* del pretor, que les impondría coactivamente la celebración de la *stipulatio* para regular sus conflictos a través de cauciones —la coacción sobre las partes para que participen en la realización de la *stipulatio* estaría en plena armonía con la naturaleza convencional del proceso romano. Debido a esto, en cuanto a la actuación del pretor en relación con las *stipulationes praetoriae* se suele hablar de actos *magis imperii quam iurisdictionis* (D. 2, 1, 4 Ulp. 1 *ad ed.*).

En su edicto, el pretor recoge aquellos supuestos en los que los particulares podrían solicitar la realización de estas *stipulationes*. Estos supuesto estarían repartidos en diferentes títulos del edicto; junto a las respectivas materias para las que suelen cruzarse *stipulationes praetoriae*, aunque en su apéndice aparecerían recogidos algunos supuestos con la

¹⁴⁹ Lo que nos parece que puede observarse, en el caso de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*, respecto de la interpretación de la transmisibilidad de las *stipulationes* de ejercicio a los herederos y a terceros. *Vid.* Capítulo VI, epígrafe 3.

correspondiente fórmula estipulatoria; fórmula a la que las partes debían ceñirse obligatoriamente, lo que claramente contrasta con la libertad de las fórmulas de las *stipulationes* convencionales¹⁵⁰.

Cuando el supuesto contemplado en el edicto se hubiera producido, las partes podían solicitar al pretor la realización de la *stipulatio*. Éste último debía examinar la concurrencia de una serie de presupuestos (*causae cognitio*). Básicamente, si el caso concreto era uno de los supuestos previstos en el edicto (tipicidad), la legitimación del solicitante y la oportunidad de la realización de la *stipulatio*. Si consideraba que debía realizarse la *stipulatio*, la ordenaba a través de un *decretum*. El particular que debía actuar como promitente no tenía otro remedio que acatar la orden del pretor, ya que, en caso contrario, podían derivarse consecuencias bastante negativas, según el caso concreto; entre ellas, la *denegatio actionis*, en el caso que quisiera ejercer una acción en relación con la cuestión para la que se solicitaba la *stipulatio praetoria*; la *missio in bona*; la concesión de acciones ficticias contra el desobediente (como si hubiera tenido lugar la *stipulatio*), que seguramente hubieran sido más perjudiciales que la propia acción derivada de la *stipulatio*; o bien multas o la toma de prenda¹⁵¹.

Si el particular acata el decreto del pretor, deberá tener lugar la *stipulatio* siguiendo la fórmula que para el supuesto esté prevista en el edicto. Si el supuesto de hecho previsto en la *stipulatio* se produce, el promitente queda automáticamente obligado por la acción derivada de la *stipulatio*.

Existen diversas clasificaciones de las *stipulationes praetoriae* de las que destacan las de Pomponio, recogida en D. 45, 1, 5¹⁵² y Ulpiano, en D. 45, 1, 52

¹⁵⁰ LENEL, O. *EP*, § 280-292 ; p. 514 y ss. y § 296 para la *stipulatio duplae*, p. 567 y ss.

¹⁵¹ Cfr. KASER, M. *RZPR*, § 65, p. 429 y ss. MURGA, J.L. *Derecho romano clásico. II El proceso*, Zaragoza, 1983, p. 347 y ss.

¹⁵² D. 45, 1, 5 pr. (Pomp. 26 *Sab.*): *Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes praetoriae et iudiciales. Iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio: praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti. Praetorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae: nam et hae ab iurisdictione veniunt. Conventionales*

pr.¹⁵³, en aparente contradicción, seguramente debido al gran número de supuestos en los que se dan *stipulationes praetoriae*¹⁵⁴.

De las diferentes *stipulationes praetoriae* nos interesa observar el caso de la denominada *cautio de amplius non turbando*¹⁵⁵, pues creemos que la aplicación de la *stipulatio* para consituir cauciones en el caso de las servidumbres puede ilustrar y darnos una idea general de la función que la *stipulatio poenae* cumplirá respecto de la consitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*¹⁵⁶.

Esta caución se aplica en supuestos relativos a servidumbres prediales. A través de ella, el demandado en un litigio en el que se ejerce la *vindicatio servitutis* —es decir, el titular del predio sirviente— garantiza al actor -titular activo de la servidumbre— que ni él ni sus herederos obstaculizarán o impedirán el ejercicio de la servidumbre correspondiente y, para el caso que esto no se cumpliera, se suele establecer una pena. De este modo, el titular del fundo dominante —o sus herederos, téngase en cuenta la posibilidad de la presencia de la *mentio heredis*, tratándose de *stipulationes in non faciendo*— que en el futuro viera impedido el ejercicio del contenido de dicha servidumbre,

sunt, quae ex conventionem reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto. communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli: nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest: item duplae stipulatio venit ab iudice aut ab aedilis edicto.

Esta clasificación es posteriormente acogida por Justiniano en I. 3, 18, pr.-2.

¹⁵³ D. 45, 1, 52 pr. (Ulp. 7 disp.): *In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant. Enimvero praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente praetoris qui eas proposuit: denique praetoriis stipulationibus nihil immutare licet neque addere neque detrudere.*

¹⁵⁴ Nos limitamos a hacer mención de estas dos clasificaciones, pero no entramos a analizarlas pues nos desviaríamos considerablemente del objeto de este epígrafe, que es la *cautio de amplius non turbando*. En relación a las clasificaciones *vid.* GIOMARO, A.M. «Ulpiano e le *stipulatione praetorie*», en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, p. 413 a 440. MURGA, J.L. *Derecho romano clásico... cit.*, p. 349 y ss.

¹⁵⁵ Sobre esta caución *vid.* FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 286 y ss.

¹⁵⁶ Cfr. Capítulo VI, epígrafe 2.2.

dispondría contra el titular del predio sirviente o sus sucesores¹⁵⁷ de la acción derivada de la *stipulatio* para la reclamación de la pena estipulada.

Esta caución también sería empleada en el caso de la acción negatoria.

D. 8, 5, 12 (Iav. 2 *epist.*): *Egi ius illi non esse tigna in parietem meum immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? Respondi: iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat.*

El establecimiento de esta caución tendría que ver con la naturaleza de la *vindicatio servitutis* —así como la de la acción negatoria—, que se desprende claramente del siguiente texto de Paulo:

D. 8, 5, 7 (Paul. 21 *ad ed.*): *Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res praestetur aut cautio. Res ipsa haec est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum praestare. cautio haec est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibituos altius tollere sublatumque habere: et si caverit, absolvetur. Si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit.*

De acuerdo con lo que expone Paulo en el anterior fragmento, el resultado del ejercicio de la *vindicatio servitutis* o de la *actio negatoria* —acciones a las que se está refiriendo, aunque no las mencione expresamente— tendría que ver con que se restituya la cosa al vencedor del litigio o se preste una caución en su favor.

En términos generales, a través de la *vindicatio servitutis*, el titular de una servidumbre (titular del predio dominante)¹⁵⁸ se dirigía contra el titular del

¹⁵⁷ D. 43, 8, 2, 18 (Ulp. 68 *ad ed.*): *Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caveatur non fieri: et ea omnia etiam **in persona heredum ceterorumque successorum erunt cavenda.***

Como puede observarse, Ulpiano extiende el alcance de la caución no sólo a los herederos, sino a terceros adquirentes del fundo sirviente.

¹⁵⁸ En lo que se refiere a la legitimación activa en la *vindicatio servitutis*, existen algunos textos que extienden el ejercicio de la acción a determinados sujetos diferentes del *dominus*

predio sirviente¹⁵⁹ que impedía el ejercicio de la servidumbre en cuestión. El ejercicio de esta acción estaría encaminado, como toda *actio in rem*, a la obtención de un *restituere* antes que una condena pecuniaria. Así pues, a través de esta acción se perseguiría el reconocimiento de la existencia de una servidumbre, el cese de la conducta que obstaculiza su ejercicio y el restablecimiento del actor en el goce de la servidumbre como si no hubiera ocurrido el acto perturbador¹⁶⁰. El demandado podría evitar, además, la condena prestando la *cautio de amplius non turbando*. Como indica el texto de Paulo, si el demandado no presta la caución ni procura el restablecimiento del actor en el goce de la servidumbre, procede la condena por la cuantía que se estime mediante *iusiurandum in litem*¹⁶¹.

El uso de *stipulationes* a modo de caución en relación a las servidumbres encontraría su razón de ser en la naturaleza de la *vindicatio servitutis*, que

ex iure Quiritium del predio dominante, se habla de concesión de la *vindicatio servitutis utilis* al acreedor pignoraticio (D. 8, 1, 16 Iul. 49 *dig.*; D. 39, 1, 9 Gai. *ad ed. urb. tit. de op. nov. nunt.*; D. 43, 25, 1, 5 Ulp. 71 *ad ed.*), al vectigalista y al enfiteuta (D. 8, 1, 16 Iul. 49 *dig.*). El poseedor de buena fe dispondría, en este caso, de la *actio publiciana* (D. 6, 2, 11, Ulp. 6 *ad ed.*), la misma acción debió corresponderle a aquél que dispusiera del *in bonis habere*. Más reparos se plantean en cuanto a la legitimación activa del usufructuario, a favor de su concesión se muestra Juliano (D. 43, 25, 1, 4 Ulp. 71 *ad ed.*; D. 39, 1, 2 Iul. 49 *dig.*), mientras Ulpiano, siguiendo la doctrina de Labeón, Nerva y Marcelo, la niega: limita su concesión al *dominus* en D. 8, 5, 1 (Ulp. 14 *ad ed.*) y D. 8, 5, 6, 3 (Ulp. 17 *ad ed.*); niega la *vindicatio servitutis* al usufructuario en D. 7, 6, 1 pr. (Ulp. 18 *Sab.*) y en D. 7, 6, 5, 1 (Ulp. 17 *ad ed.*) expresa que, en todo caso, debería ejercer la *vindicatio usus fructus*. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 281 y ss.

¹⁵⁹ En cuanto a la legitimación pasiva, generalmente la *vindicatio servitutis* se dirige contra el propietario del predio sirviente, sin embargo, se permitió el ejercicio de la acción contra cualquiera que impidiera u obstaculizara el ejercicio de la servidumbre, así contra el poseedor del fundo sirviente (D. 8, 5, 15 Ulp. 6 *op.* y D. 43, 20, 7 Paul. 5 *sent.*). Cfr. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 285 y ss.

¹⁶⁰ KASER, M. *RPR*, I, p. 447. En el mismo sentido, PEZZANA, A. voz «Azione confessoria e negatoria», en *ED*, IV, Milán, 1959, p. 840. ARANGIO-RUIZ, V. «Sulle azioni confessorie e negatorie», en *Scritti di diritto romano*, I, p. 115 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 273 y ss.

¹⁶¹ Paralelamente a lo que ocurre en los supuestos de la *vindicatio rei* y de la *vindicatio usus fructus*, se tienen en cuenta los frutos. D. 8, 5, 6, 6 (Ulp. 17 *ad Ed.*): *Veniunt et fructus in hac actione, id est commodum quod haberet, si onera aedium eius vicinus sustineret.*

D. 8, 5, 4, 2 (Ulp. 17 *ad ed.*): *In confessoria actione, quae de servitute movetur, fructus etiam veniunt. sed videamus, qui esse fructus servitutis possunt: et est verius id demum fructuum nomine computandum, si quid sit quod intersit agentis servitute non prohiberi. Sed et in negatoria actione, ut Labeo ait, fructus computantur, quanti interest petitoris non uti fundi sui itinere adversarium: et hanc sententiam et Pomponius probat.*

como decíamos está encaminada a la obtención de un *restituere*¹⁶² y al reconocimiento de la existencia de la servidumbre. En este caso, al ser la servidumbre una cosa incorporal, la restitución consistiría en el restablecimiento del titular de la servidumbre en el goce de ésta, es decir, el restablecimiento del actor en la misma situación que disfrutaría de no haberse producido el hecho perturbador¹⁶³. Por contra, esta acción no perseguiría la reparación del daño causado por el demandado al impedir el ejercicio de la servidumbre, lo que sólo podría lograrse a través de la condena del demandado por la cuantía que resulte del *iusiurandum in litem*¹⁶⁴ (*Si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit*).

Este hecho explicaría la necesidad de establecer cauciones en previsión de la causación de un daño. El uso de la *stipulatio*, en estos casos, exoneraría a las partes de tener que pasar por un proceso en el que probar el daño, teniendo en cuenta, además, que el contenido de las servidumbres suele consistir, desde el punto de vista del titular del predio sirviente y por regla general en obligaciones de no hacer (*servitus in faciendo consistere nequit*, Pomp. D. 8, 1, 15, 1), que entrañan mayor dificultad en cuanto a la determinación del interés lesionado y la cuantificación del daño. Por otra parte, merced al uso de la *stipulatio*, el titular del fondo dominante que viera perturbado el ejercicio

¹⁶² LENEL, O. *EP*, p. 193, no incluye cláusula restitutoria o arbitraria en la fórmula de la *vindicatio servitutis*. La mayor parte de la doctrina entiende que la fórmula de esta acción sí presentaba cláusula restitutoria, la opinión de Lenel fue especialmente rebatida por Segrè en *Atti Torino*, 65 (1930), p. 425 y ss. y en *BIDR*, 41 (1932), p. 17 y ss. En este sentido cfr. KASER, M. *RPR*, I, p. 438 nt. 61.

¹⁶³ La restitución podría incluir la demolición de la obra que impide el ejercicio del *iter* o que impide el *stillicidium*, D. 8, 5, 9 pr. (Paul. 21 *ad ed.*): *Si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu aedificaveris, possum intendere ius mihi esse ire agere: quod si probavero, inhihebo opus tuum. Item Iulianus scripsit, si vicinus in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere de iure meo, id est ius esse immittendi stillicidium, sicut in via diximus. Sed si quidem nondum aedificavit, sive usum fructum sive viam habet, ius sibi esse ire agere vel frui intendere potest: quod si iam aedificavit dominus, is qui iter et actum habet adhuc potest intendere ius sibi esse, fructuarius autem non potest, quia amisit usum fructum: et ideo de dolo actionem dandam hoc casu Iulianus ait. Contra si in itinere, quod per fundum tibi debeo, aedifices, recte intendam ius tibi non esse aedificare vel aedificatum habere, quemadmodum si in area mea quid aedifices.*

¹⁶⁴ Seguramente la condena a la *litis aestimatio*, en el caso de la *vindicatio servitutis*, hubiera comportado además la extinción de la servidumbre, con lo cual, finalizado el litigio, el actor debería procurar la constitución de una nueva servidumbre. En este sentido, GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 297 nt. 7.

pacífico de la servidumbre dispondría de la acción de derecho estricto derivada de la *stipulatio*. La *stipulatio*, en este caso, además de actuar como un auténtico mecanismo coercitivo o disuasorio para impedir conductas obstaculizadoras del ejercicio de la servidumbre (asegurar la *Störungsfreiheit*), supondría para el titular del predio sirviente, en el caso de incumplir el contenido de la *stipulatio* —es decir, realizar conductas que impidieran al titular del fundo dominante el *usus* de la servidumbre en cuestión—, tener que hacer frente a la condena a partir de la *stipulatio* (y no de la *vindicatio servitutis*), cuya *condemnatio* podía ser muchísimo más elevada¹⁶⁵.

8. Conclusiones

Al iniciar este capítulo nos hemos referido a la *stipulatio* como la piedra angular del sistema contractual romano, precisamente por ser capaz de dar cabida, en su estructura, a los más diversos intereses, permitiendo un cierto margen a la autonomía privada, frente a las limitaciones que, en un principio, puede suponer un sistema contractual típico, como sería el romano.

Debido a su carácter polivalente y a su sencillez, la utilización de la *stipulatio* va más allá del mero ámbito contractual, llegando a abarcar prácticamente todos los ámbitos del derecho privado, entre los cuales, hemos de destacar el caso de la constitución de las servidumbres y del usufructo *pactionibus et stipulationibus*, al ser el objeto de este estudio.

El origen de la *stipulatio* se encontraría en la *sponsio*, un juramento de carácter religioso. Ese carácter sacro da lugar a que, con el tiempo, el uso del verbo *spondere* quede reservado a los ciudadanos romanos, mientras que, en los casos en los que la obligación verbal debiera establecerse entre un ciudadano y un extranjero, se recurriera a los conceptos de lealtad o respeto a

¹⁶⁵ En el mismo sentido, pero en relación con la acción negatoria, destaca el artículo de VALIÑO, A. «¿Cesación de la intromisión e indemnización del daño causado a través del ejercicio de la *actio negatoria*?», en *REHJ*, 24 (2002).

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552002002400002&script=sci_arttext

la palabra dada. La *stipulatio* surgiría, así pues, de las relaciones entre ciudadanos y extranjeros y sería, por tanto, una institución propia del *ius gentium*.

Una de las principales características a destacar de la *stipulatio* es su sujeción a una determinada forma —oralidad, presencia de las partes, unidad de acto y congruencia entre pregunta y respuesta. Esta característica sufre una profunda evolución: así, en un primer momento, la forma es un elemento esencial del contrato y su observancia es la que determina la validez y la eficacia de aquél (*Wirkform*); en un momento más avanzado, la forma se contempla como un elemento adicional para la validez del acto (*Schutzform*). Un paso más en la evolución de la forma de la *stipulatio* sería su paulatina aproximación a la escritura, como consecuencia de la influencia de determinadas prácticas provinciales, así como la importancia que la jurisprudencia empieza a atribuir a la *voluntas* y al documento probatorio y, en definitiva, como resultado de una visión flexible de la forma de la *stipulatio*.

En este sentido, hemos podido destacar cómo pese al rigor de la forma, en el caso de la *stipulatio*, la jurisprudencia tiende, progresivamente, a recurrir y a dar mayor importancia a los acuerdos de las partes, para interpretar el contenido de la *stipulatio* (*id quod actum est*), y no se ciñe únicamente a los *verba* estipulatorios, lo que, en definitiva, no es más que el resultado de una paulatina flexibilización de la concepción de la forma (*Wirkform* frente a *Schutzform*). En este contexto, cabe entender la denominada *lex Lecta* de D. 12, 1, 40 (Paul. 3 *quaest.*), que reza de la siguiente manera "*pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*". Conforme a la *lex Lecta*, los acuerdos adoptados por las partes, en el momento de la conclusión del contrato, han de entenderse inherentes en la *stipulatio*. Dicha máxima interpretativa resultaría de aplicación en aquellos casos en los que la *stipulatio* presente un contenido incompleto, poco claro, se haga necesaria su integración, etc.

Hemos dedicado especial atención a la *stipulatio poenae*, así como a las dos estructuras básicas conforme a las cuales suele presentarse en las fuentes. De estas estructuras estipulatorias que podemos contemplar en D. 45, 1, 115, 2 (Pap. 2 *quaest.*), nos interesa el caso de la *Doppelstipulation*, ya que como veremos a los capítulos V y VI¹⁶⁶, ésta sería la estructura que presenta la *stipulatio poenae*, en el caso de la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, como puede observarse en D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 *ad ed.*) y *Theoph. ad I.* 2, 3, 4. En relación con la *Doppelstipulation*, nos encontraríamos ante una estructura estipulatoria doble (como indica la acertada denominación de Knütel), en la que la primera *stipulatio* incluiría la obligación primaria, mientras la segunda *stipulatio* sería la que contendría la obligación del pago de una *poena*, supeditada al incumplimiento de la obligación primaria. La relación existente entre ambas *stipulationes* (cumulativa, alternativa o sucesiva) creemos que debe determinarse según el caso concreto.

En lo que se refiere a las diferentes funciones que cumpliría la *stipulatio poenae*, hemos destacado cómo a través de esta figura, el estipulante puede asegurarse una sanción en aquellos casos en los que la relación jurídica garantizada a través de una *stipulatio poenae* está desprovista de protección en el ordenamiento jurídico. Especial mención merece el caso de la prohibición de la *stipulatio alteri*, las *stipulationes* a favor o a cargo de un tercero no serían válidas en el derecho romano clásico, sin embargo, esta prohibición podría atenuarse a través de la promesa de una *poena* (D. 45, 1, 38, 17 Ulp. 49 *Sab.*) Asimismo, la *stipulatio poenae* permitiría al acreedor adelantar la cuantificación del daño y eludir la obligación de tener que demostrar su existencia en un proceso, sobre todo en aquellos casos en los que valoración y prueba de aquél pudiera resultar excesivamente complicada. Desde el punto de vista del deudor, la *stipulatio poenae* actuaría como un potente mecanismo disuasorio, que incitaría al cumplimiento de la obligación.

En lo que se refiere al régimen de responsabilidad del deudor de una *stipulatio poenae*, hemos podido observar cómo tradicionalmente la doctrina ha

¹⁶⁶ Capítulo V. epígrafe 3.3 y Capítulo VI, epígrafe 2.2.

partido de las diferentes estructuras según las cuales aparece la *stipulatio* en las fuentes, para diferenciar en cada caso el régimen de responsabilidad del deudor. Así, en el caso de las *selbständige Strafversprechen*, la doctrina defiende la existencia de un régimen de responsabilidad objetiva; mientras en el caso de la *Doppelstipulation*, el régimen de responsabilidad del deudor se atenuaría. Frente a esta doble configuración del régimen de responsabilidad del deudor de una *stipulatio poenae*, Voci¹⁶⁷ defiende que el régimen de responsabilidad ha de ser forzosamente de carácter subjetivo, al ser la *stipulatio poenae* una figura de carácter sancionador. Frente a estos postulados, autores más recientes como Knütel¹⁶⁸ o Zimmermann¹⁶⁹ han subrayado el carácter casuístico del derecho romano, por lo que parece que no es posible poder formular una regla unitaria, en cuanto se refiere a la determinación del régimen de responsabilidad aplicable al deudor, sino que éste vendría determinado caso a caso.

Finalmente, nos hemos fijado en la *cautio de amplius non turbando*, ya que entendemos que este tipo de caución puede servirnos para ilustrar algunas de las funciones que desempeñaría la *stipulatio* de ejercicio acompañada de una *stipulatio poenae*, en el caso de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*. Esta caución, que se aplicaría en casos relativos a servidumbres prediales, encontraría su fundamentación en la naturaleza de la *vindicatio servitutis*, una *actio in rem* encaminada, naturalmente, a la obtención de un *restituere* y no a la reparación del daño acaecido, como consecuencia de que el titular del fundo dominante se ha visto impedido en el ejercicio pacífico de la servidumbre. En este sentido, la *cautio de amplius non turbando*, además de actuar como mecanismo disuasorio respecto del titular del fundo sirviente, permitiría anticipar, en algunos casos, la cuantificación del daño y evitaría tener que recurrir a un proceso en el que se probara la existencia del daño y el interés lesionado.

¹⁶⁷ VOCI, P. *La responsabilità del debitore... cit.*, p. 327 y ss.

¹⁶⁸ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 195 y ss.

¹⁶⁹ ZIMMERMANN, R. *The law of obligations... cit.*, p. 104 y ss.

CAPÍTULO III

Pactionibus et stipulationibus

Estudio especial de Gai. 2, 31.

***Revisión de los diferentes planteamientos doctrinales
acerca de las pactiones et stipulationes***

1. Preliminar

La constitución de servidumbres en el derecho romano clásico sobre el suelo provincial habría seguido un régimen jurídico diverso al que presentaba en el suelo itálico, como consecuencia del especial régimen jurídico que seguía el suelo provincial, al ser de titularidad estatal, pero susceptible de ser poseído por los particulares a cambio del pago de un determinado tributo. Esta posesión de los particulares sobre el suelo provincial en el derecho clásico, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina, aunque formalmente difiera del *dominium ex Iure Quiritium* del que podían gozar los ciudadanos romanos sobre el suelo itálico, materialmente se le asemejaría considerablemente. La diferencia primordial se hallaría en el hecho de que la propiedad civil no estuvo sujeta al pago de impuestos hasta la época del emperador Diocleciano a finales del s.III d. C.

En principio, parece que los particulares que disfrutaban de la *possessio vel usufructus*¹ de estas tierras no tuvieron demasiados obstáculos para transmitir las situaciones jurídicas existentes sobre éstas, sobre todo a través de actos *inter vivos*, mediante la *traditio* —recordemos que, sobre el suelo provincial, no era posible realizar una *mancipatio*².

En consecuencia, para constituir una servidumbre o un usufructo sobre suelo provincial, como no era posible recurrir a los medios propios del *ius civile*, los habitantes de las provincias debieron recurrir a otros medios y, lógicamente, se hicieron valer de instituciones ya existentes en su práctica habitual: el pacto y la *stipulatio*, cuya naturaleza las hacía aptas para la consecución de las más diversas finalidades.

Como hemos reflejado anteriormente al referirnos a los pactos en el Derecho romano, la figura del pacto aparece ya recogida en las XII Tablas como

¹ Gai. 2, 7 y 21.

² Gai. 2, 27.

vehículo para la solución pacífica de las controversias, al que las partes debían acudir con preferencia al proceso, ya que las consecuencias de éste podían ser ampliamente perjudiciales, y posteriormente, al ser entendido el pacto como un acuerdo capaz de dar lugar a relaciones jurídicas, esta figura es acogida y tutelada por el pretor en su edicto, dándonos una idea de la importancia y amplia aplicación del fenómeno pacticio en el mundo romano, una aplicación que va más allá del ámbito de los contratos.

La *stipulatio*, por su parte, es en el Derecho romano, como bien se ha visto en el capítulo anterior, una figura ampliamente utilizada y para las finalidades más diversas; de ahí que no resulte nada extraño que se utilizara con el propósito de constituir servidumbres o el usufructo en las provincias romanas, dando cobertura a los acuerdos que las partes adoptaran acerca de la servidumbre o del usufructo que quisieran constituir. Cabe tener en cuenta, además, que los particulares también habrían acompañado habitualmente de *stipulationes* la constitución de servidumbres y de usufructo sobre suelo itálico, a modo de refuerzo de estos derechos —recuérdese, en lo que a las *stipulationes praetoriae* se refiere, la aplicación de la *cautio de amplius non turbando*³ en el caso de la *actio confessoria*—, lo que nos da idea de su corriente utilización en la vida jurídica del mundo romano.

³ Vid. anteriormente, Capítulo II, Sección II, epígrafe 7.

2. Estudio preliminar de Gai. 2, 31 como fuente de la que suele partir la doctrina para el estudio de la constitución servidumbres y del usufructo *pactionibus et stipulationibus*.

La principal referencia que hallamos en las fuentes sobre la constitución de servidumbres y usufructo sobre suelo provincial *pactionibus et stipulationibus* es la que encontramos en Gai. 2, 31:

Gai. 2, 31: *Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, qui et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usufructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, **ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest**; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem, aut in iure cessionem recipiunt.*

Pero esto es así en los predios itálicos porque los mismos predios son en sí susceptibles de *mancipatio* y de *in iure cessio*. En los predios provinciales, en cambio, cuando se quiere constituir un usufructo o una servidumbre de paso o de conducción de agua, o de edificar más alto o de no edificar más alto para no tapar las luces del vecino u otras servidumbres semejantes, se emplean los pactos y estipulaciones, pues los predios en sí, no son susceptibles de *mancipatio* o de *in iure cessio*.⁴

Nos referiremos en primer lugar a este texto de Gayo, ya que en él se refleja fielmente la utilización de las *pactiones et stipulationes* en el mundo provincial y, además, nos da idea de lo consolidado que se encuentra su uso en

⁴ Traducción de DOMINGO, R. (dir.), CUENA, F. CHURRUCA, J. [et al.] *Textos de Derecho romano* (Instituciones de Gayo § 2), Pamplona, 1999, p. 86.

la época en que este jurista redacta sus *Institutiones*, a mediados del s. II d. C.⁵

Por otra parte, nos encontramos ante un texto perteneciente a una obra que no presentaría las alteraciones propias de los compiladores presentes en el Digesto, y a través de la cual se nos ha permitido conocer el derecho romano de la época clásica tal y como era; de ahí su fiabilidad. Por todos estos motivos, creemos que la referencia en primer lugar a Gayo 2, 31 resulta esencial para abordar cualquier estudio acerca de las *pactiones et stipulationes*.

Este jurista de la etapa clásica tardía, que no disfrutó del *ius publice respondendi* y se dedicó principalmente a la enseñanza del derecho, para algunos autores, pasó la mayor parte de su vida en alguna provincia oriental, de ahí su especial interés y su profundo conocimiento del derecho provincial.⁶

Sus *Institutiones* tienen un carácter eminentemente didáctico, no en vano eran la obra elemental para el estudio del derecho hasta ser sustituidas por las *Institutiones* de Justiniano, claramente influidas por las de Gayo, de las que toman el nombre. Este carácter didáctico puede apreciarse a la perfección en el fragmento que nos ocupa, donde el jurista expone someramente los diversos modos de constitución de las servidumbres y del usufructo.

⁵ En lo que se refiere a la fecha o época en que Gayo redactó sus *Institutiones*, sólo nos consta lo que el mismo autor nos dejó indicado en ellas: inició su redacción en vida del emperador Antonio Pío (138-161 d. C.), aunque en el segundo libro de las *Institutiones* se refiere al mismo emperador dejando entender que ya ha fallecido —*ad ex.*, en 1, 53, 74 y 102 y en 2, 120, 126 y 151^a menciona como emperador a Antonio Pío y, más tarde, vuelve a referirse al mismo, pero dando a entender que ya ha fallecido (*ex divi Pii Antonini*) en 2, 195. Asimismo, Gayo también nos indica que sus *Institutiones* son una obra posterior a sus Comentarios al edicto del pretor urbano y al edicto provincial y los comentarios a los libros de Quinto Mucio Escévola —en 1, 188, hace una remisión a estas obras.

⁶ D'ORS, A. *Derecho privado romano*, § 52, p. 87 y ss.; HONORÉ, A. M. *Gaius. A biography*, Oxford, 1962; KUNKEL, W. *Die Römischen juristen: Herkunft und soziale Stellung*, 1967 (edición de Böhlau, Köln de 2001) p. 186 y ss. STANOJEVIC, O. «Gaius and Pomponius. Notes on David Pugsley», en *RIDA*, 44 (1997), p. 333 y ss. STOLLEIS, M. [et al.] *Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jh.*, Munich, 2001, p. 229 y ss. LIEBS, D. «Gayo (Gaius)», en *Juristas universales. Juristas antiguos*, Rafael DOMINGO (ed.), Madrid-Barcelona, 2004, p. 179 y ss.

El fragmento que nos interesa pertenece al comentario segundo de las *Institutiones*, en el que Gayo se ocupa del estudio de las cosas (uno de los objetos de estudio del Derecho de acuerdo con la *divisio* que realiza en Gai. 1, 8). A partir del fragmento 29 del comentario segundo, Gayo se centra en las servidumbres y el usufructo; concretamente se refiere a su constitución y a su transmisión, teniendo en cuenta su naturaleza y, de acuerdo con ésta, su susceptibilidad de ser objeto de *mancipatio* o no. Una vez hecha la referencia al régimen jurídico aplicable sobre el suelo itálico, es decir, al régimen previsto por el *ius civile*⁷, el fragmento 2, 31 *in fine* nos habla del régimen de la constitución de servidumbres en el suelo provincial.

El jurista subraya el hecho de que el suelo provincial no admite los actos formales propios del *ius civile* (*mancipatio* e *in iure cessio*), idóneos para la constitución de las servidumbres prediales y el usufructo —"*quia ne ipsa quidem praedia mancipationem, aut in iure cessionem recipiunt*"—, porque sobre el suelo provincial no es posible realizar estos actos, que por otra parte sólo podría realizar un *dominus ex iure Quiritium* y que se solían emplear en relación con las *res Mancipi*, entre éstas, el *fundus italicus*. Por otra parte, tampoco sería posible constituir una servidumbre en el suelo provinciales a través de *deductio* en el contexto de una *mancipatio*, así como también generaría dudas que se pudiera constituir a través de la *adiudicatio*⁸.

⁷ Gai. 2, 29: *Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum possunt; rusticorum vero etiam Mancipari possunt.*

Gai. 2, 30: *Usufructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usufructum in iure cedere potest, ut ille usufructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usufructum cedit, ut a se discebat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi.*

⁸ Cfr. D. 10, 3, 7 pr. (Ulp. 20 ad ed.): *Communi dividundo iudicium locum habet et in vectigali agro. vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum: magis autem debet iudex abstinere huiusmodi divisione: alioquin praestatio vectigalis confundetur.*

Recordemos además la complejidad de la estructura del ordenamiento jurídico romano, en el que conviven diferentes estratos jurídicos que se van gestando de manera sucesiva en el tiempo y sobre los cuales no actúa el principio de derogación, sino el de coexistencia. Asimismo, en Roma, al igual que en otros pueblos de la antigüedad, rige el principio de personalidad del derecho, esto implica que cada individuo se rige por el derecho de la comunidad a la que pertenece. En consecuencia, el Derecho romano en sus orígenes es un derecho que se aplica a los *cives*, quedando el resto de sujetos que no gozan de la ciudadanía excluidos de tal aplicación, se trata pues de lo que, utilizando terminología moderna, se denominaría "derecho nacional"⁹. Actos como la *mancipatio* y una institución como el *dominium ex iure Quiritium* pertenecerían a dicho "derecho nacional", siendo por tanto accesible solamente a aquellos que disfrutasen de la ciudadanía romana y cuando su utilización se relacionara con los fundos situados en *italico solo*.

Cabe tener en cuenta, en todo caso, que en época de Gayo aun no se había concedido la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio romano, de suerte que la condición de los habitantes de las provincias podía ser de lo más variada, pues en ellas podían convivir ciudadanos romanos, ciudadanos pertenecientes a ciudades o comunidades autónomas que se regirían por su propio derecho nacional (*peregrini qui sui legibus utuntur*), o los *peregrini nullius civitatis*, estos últimos y las relaciones entre estos diferentes sujetos de derecho se regirían a través del *ius gentium*, aunque el derecho local es utilizado a menudo para establecer normas o reglas de solución de conflictos en la determinación del derecho aplicable (derecho romano o derecho local).¹⁰

⁹ KASER, M. *Römische Rechtsgeschichte*, § 31, Göttingen, 1967, p. 135 y ss. MIQUEL, J. *Historia del Derecho romano*, Barcelona, 1990, p. 97 y ss. KUNKEL, W. *Historia del derecho romano*, Barcelona, 1998 (trad. de Juan Miquel) p. 83 y ss.

¹⁰ Sobre este tema *vid.* MIQUEL, J. *Derecho privado romano*, p. 66 y ss., así como la abundante bibliografía que nos ofrece Miquel.

El suelo provincial, por su parte, no es susceptible de *mancipatio* o de *iure cessio*, es de titularidad estatal y los particulares no disfrutaban del *dominium ex iure Quiritium* sobre él, sino de la *possessio vel usufructus* como indica Gayo¹¹, aunque en el fondo este tipo de posesión sobre suelo provincial tuviera un contenido *material* muy similar al de la propiedad civil¹², con la

¹¹ Cfr. Gai. 2, 7: *Sed in prouinciale solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi romani est vel Caesari, nos autem possessionem tantum et usufructum habere uidemur; utique tamen, etiamsi non sit religiosum, pro religiosum habetur: item quod in prouinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, propie sacrum non est, tamen pro sacro habetur.*

¹² Burdese califica la *possessio vel usufructus* como "un amplio y perpetuo poder de disposición y de goce (empíricamente calificado como *possessio vel usufructus*) que permite configurar en las relaciones con terceros una especie de propiedad privada pero siempre considerado como una concesión pública realizada por la imposición", en *Manual de derecho público romano* (traducción de Ángel Martínez Sarrión), Barcelona, 1972, p. 137 y también en «Forme di appartenenza e sfruttamento della terra», en *Miscellanea romanística*, Madrid 1994, se expresa esta misma idea, sobre todo, en la p. 148. En el mismo sentido, Solazzi entendía que, pese a las diferencias del régimen jurídico del suelo en Roma y en las provincias: "I possessori, che avevano il godimento pieno alienabili e trasmissibile della terra provinciale, si sentivano proprietari, malgrado il pagamento dello *stipendium* o del *tributum* (...)", en «Alla ricerca dei *fundi stipendiarii vel tributarii*», en *Scritti*, IV, Nápoles, 1963, p. 395. Igualmente, para KASER, M. «Die Typen der römischen Bodenrechte in der späteren Republik», *SZ*, 62 (1942), p. 80 y 81: "das Vollrecht am Provinzialgrundstück, privatrechtliche gesehen, ein Eigentumsrecht ist, dem nur der Name des Eigentums versagt ist. Freilich ist es nicht das Quiritische Eigentum der national römischen Ordnung, sondern ein von den Römern aus römischen und griechischen Bausteinen für die Herrschaft der *cives Romani* am ausseritalischen Boden zusammengezeichnetes Recht. So wie die Römer innerhalb des oben erblickten Rahmens die autonomen Ordnungen der Peregrinengemeinden anerkannten, weil sie fanden, dass gewisse Grundgedanken alle Eigentumsordnungen gemeinsam sind, so haben sie aus einigen der nationalen Eigenart entkleideten Elementen römischen und griechischen Ursprungs ein Eigentumsrecht, hauptsächlich für ihre eigenen Bürger in den Peregrinengemeinden, geschaffen, das sich dem Heimatrecht dieser Gemeinden anpasste".

Vid. además la explicación que hace Teófilo —bastantes siglos más tarde de que Gayo se pronunciara sobre el tema en sus *Institutiones*— en *Theoph. ad I. 2, 1, 40* sobre la *possessio vel usufructus* del suelo provincial, como "plenissima possessio", y cómo en su época ya existe una total equiparación entre suelo provincial e itálico, reproducimos aquí la traducción de Ferrini (p. 115 y ss.):

diferencia esencial que los particulares de las provincias debían pagar un tributo al estado romano.¹³

Así pues, si no era posible recurrir a los mecanismos normales para la constitución de servidumbres o del usufructo, en el caso de las provincias, resultaba necesario recurrir a otro mecanismo que permitiera la consecución de estas mismas finalidades, pues resulta obvio que las mismas necesidades que

<p>20 πόλις λήφεται. 40. Φυσικός τρόπος κτήσεως ἐστὶ καὶ ὁ τῆς 40. traditionon¹³). καὶ τί ἐστὶ traditio; ἢ ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα¹⁴) μεταθέσει, εὐκαταστάτου καὶ ἀπερίεργου καὶ φυσικοῦ τῆν παρὰ τὸν ἔνοικον, οὐδὲν γὰρ οὕτως τῆ φύσει συμβῆαι ἢ τὸ βεβαιώ-</p> <p>σθαι τὴν τοῦ δεσπότου γνώμην τὸ οὐκὸν πρῶτον μεταθέσθαι εἰς ἕτερον. εἰς δὲ τὸ διὰ traditionis μεταθεῖναι μὲ τὴν δεσποτείαν, δεῖ ταῦτα συνόραμεν, ὥστε δεσπότην εἶναι τὸν traditionista καὶ φύξῃ τοῦ βούλευσαι μεταθεῖναι τὴν δεσποτείαν ποιεῖσθαι τὴν traditionis καὶ οὐκὸν εἶναι τὸν traditionistam¹⁵). σωματικὸν μὲν διὰ τοῦτο εἶπον ἐπειδὴ τὰ δῶματα ἄρχῃ ἵστα κρείττονα οὐκ ἐπιδέχονται¹⁶) traditionis. δεσπότην εἶναι τὸν traditionista διὰ τοῦτο εἶπον ἐπειδὴ ὁ μὴ οὐ δεσπότης οὐ δύναται μεταθεῖναι δεσποτείαν, ἣν οὐκ ἔχει. φύξῃ τοῦ βούλευσαι ποιῆσαι δεσπότην τὸν λαμβάνοντα διὰ τοῦτο πρόκειται. οὐα θέλω τὴν χρεῖαν καὶ τὴν παρακαταθήκην¹⁷ ἐπὶ τοῦτον γὰρ¹⁸) καὶ σωματικὸν τὸ πρῶτον καὶ δεσπότης ὁ traditionista, ἀλλὰ παραδίδωμι ἐπιζῶν¹⁹) μισθὸν ἵσταται ἀκαταμάχεται ταῦτα, οὐ διαφέρουσι δὲ ὅπου- 15 ὅποτε ἐστὶ τὸ παραδοθῆναι πρῶτον ὑπὸ τοῦ δεσπότου, εἴτε ἄλλοις (italicos²⁰) εἴτε stipendiaria κτήματα εἴτε tributaria²¹). stipendiaria δὲ καὶ tributaria λέγεται τὰ κτήματα²²) ἐκ τῆς ἀπορίας διακείμενα. τῆς δὲ προσηγορίας αὐτοῦ²³) γέγονεν ἔπειθεν ἢ πρόφασιν. ὁ πάλαι Ῥωμαίων βασιλεὺς πάρος 20 κραταίως τῆς ἡμετέρας δὲ παρὰ Ῥωμαίων ἕκαστα τῆς οἰκίας ἀνδρείας δεῖτε τὰς ἀπορίας, καὶ τὰς μὲν αὐτὸς ἐκρίττει²⁴) ἑαυτῷ, τὰς δὲ ἀπορίας τῶν ὄμων²⁵) καὶ αὐτὸν ὄμων ἐκλήθησαν stipendiaria εἰπεῖσθαι ὅτι οὐκ ἔστιν ὁ ἔνοικος καὶ ἢ κατὰ μισθὸν γενομένη τῶν ἀργυρίων²⁶) καὶ τῶν ἄλλων ἀλλόγη²⁷ 25 ἐπειδὴ οὐκ ἄλλα τινὰ οἱ ἀποχωρεῖται ἐκ τῶν παρ' αὐτοῦ γενομένων ἀνοίκους ἐπετατο τῶν ὄμων ἐπὶ τῶν ταῦτα διακίονα εἰς οἰκίας χρεῖας τε καὶ τέρψιν, διὰ τοῦτο ἐκλήθησαν stipendiaria καὶ λοιπὸν ἀκολούθως καὶ αἱ οἰκίαι stipendiaria καὶ</p> <p>οἱ ἄλλοι stipendiarioi. αἱ δὲ τοῦ βασιλέως ἀπορίας ἀνοικισθῶσαν tributaria, ἐπειδὴ tributia²⁸) ἐστὶ τὸ βαρὺ τέλος, ἄπερ ἐπέκει²⁹) τοῖς οἰκίαις ἀποχωρεῖται ὁ βασιλεὺς, ὡς πολλὰ διακίονα παρὰ τῆν τῶν στρατιωτικῶν ἀποχωρεῖται³⁰) ἢ) καὶ οἱ τὰ stipendiaria καὶ οἱ tributaria ἔχοντες πάλαι κατὰ συγχώρησιν ὄμων ἢ βασιλέως οὐκ ἴσταν δεσποτεῖν, ἢ γὰρ δεσποτεῖται αὐτῶν ἢ ἢ παρὰ τῶν ὄμων ἢ παρὰ τῶν βασιλέως, ἀλλ' ἔχον τῆν ἐπ' αὐτοῦ χρεῖαν καὶ ἐπιεικτεῖαν καὶ πληρεστερὴν κατοχὴν, ὥστε δύνασθαι καὶ ἐπ' ἑτέρον μεταφέρειν καὶ κληρονομίαν προσηρῶσαι. τῶν γὰρ ἰταλικῶν ἄρτων ἴσταν οἱ δεσποτεῖται τὴν δεσποτείαν ἔχον. ἀλλὰ ταῦτα μὲν τὸ παλαιόν, σήμερον δὲ διὰ τῆς τοῦ εὐσεβεστίνου ἡρώων³¹) βασιλείας οὐδὲν μὲν βούλευται εἶναι συγχώρησι ἰταλικῶν καὶ κληρονομίαν καὶ tributaria ἀλλ' εἰ μὲν δεσπότης traditioy μοι τὸ οὐκὸν πρῶτον ὑπὸ 15 ἀπορίας ἢ προικός ἢ ἐξ ἄλλης ἀναλλαγῆς οὐκ ὁποῦτε οὐκίαι, ἴσταν ἀπὸ permutationis, ἀκαταμάχεται μεταφέρειν τὴν δεσποτείαν ἐπ' ἑμὲ. 41. Εἰ δὲ παλιῶς traditioy³²) οὐκ ἔτερος ἐπὶ 41. τὸν ἀνοικιστὴν ἢ δεσποτεῖται ὑπέταται. ἐάν ὑπὸ ὁ ἀνοικιστὴς τῶ</p>	<p>inuenit dimidium apiscitur, alterum uero dimidium fiscus uel ciuitas consequetur. (40.) Naturalis modus acquisitionis traditio quoque est. quid est traditio? a manu in manum translatio facile explicabilis, naturalem quandam actum praesefereus: nihil enim tam naturae conueniens est quam uoluntatem domini rem suam in alium transferre uolentis ratam haberi. ut uero dominium per traditionem transferatur haec concurrere debent, scilicet ut dominus sit, qui tradit, et ut animo transferendi dominium tradat, et ut corporalis sit res, quae traditur. corporalis ideo dicitur, quod res incorporeales cum tangi nequeant ne tradi quidem possunt. dominum esse qui tradit ideo oportere diximus, quia is, qui non sit dominus, dominium quod non habet transferre nequit. animum dominium in accipientem transferendi ideo requirimus, ut usufructum et depositum excipiamus: in his enim corporalis res est et dominus qui tradit, set ita rem tradit, ut eam paulo post recipere speret. neque interest quae sit res a domino tradita, an ager italicus, an stipendiaria praedia, an tributaria. stipendiaria et tributaria ex audiunt praedia, quae in prouinciis sunt. huiusmodi appellationis ratio inde orta est. primus Romanorum imperator cum orbem terrarum omnem in sua ditione haberet, uirtutis profectus ergo mirificus, prouincias diuisit et quasdam quidem sibi retinuit, quasdam populo concessit, et populi prouincias audiuerunt stipendiariae hac de causa: stipes est argenti et cotarum rerum quae per modicum fit collectio. cum igitur pauca quaedam prouinciales de suis redditibus colligerent ut ad populum mitterent, ut is ea in suas necessitates et delectationes consumeret, ideo stipendiariae prouinciae uocatae sunt; et conuenienter sedes stipendiariae et praedia stipendiaria. Caesaris autem prouinciae uocatae sunt tributariae: tributum est enim grauis pecuniae impositio, quod multum ad militum sustentationem impendendum sibi erat. et qui stipendiaria uel tributaria praedia Caesaris populiue consensu haberent, non erant domini, cum eorum dominium apud populum uel apud Caesarem esset: set habebant in idem usufructum et plenissimam possessionem, quam et in alios transferre et ad heredes transmittere poterant. Italicorum autem agrorum seu aedium domini proprietatem habebant. set haec quidem olim in usu erant: hodie principis nostri constituto nullam differentiam inter italia stipendiaria et tributaria praedia esse uult: set si dominus rem suam mihi tradat ex donatione seu dotis causa seu ex alia quauis ratione, uolenti</p>
--	--

¹³ Roma adoptó el régimen helénico de la *lex Hieronica* y lo aplicó a las provincias, conforme a las especiales circunstancias de cada una de ellas. de acuerdo con este régimen, la propiedad de la tierra se encontraba en manos del monarca y los particulares recibían de éste franjas de terreno para cultivar a cambio del pago de la *decuma* (la décima parte de los frutos que obtuvieran del suelo). Ésta sería la base teórica sobre la que se construye la idea del dominio público sobre el suelo provincial y la imposición sobre el suelo, idea que sería desarrollada en toda su potencialidad en la época del Principado.

En época del emperador Augusto se produce un reparto más o menos estable de las provincias, éstas se dividían entre provincias senatoriales e imperiales —denominación que encontraría su precedente en la distinción en época republicana entre provincias consulares y pretorias—. Como advierte Gai. 2, 21, los territorios situados en las provincias senatoriales (aquellas más antiguas y que gozaban de una situación de paz, *ad exemplum* Bética, Narbona, Sicilia, etc.) recibían el nombre de *fundi stipendiarii* (ó *ager stipendiarius* ó *praedia stipendiaria*) pues la posesión del suelo en estas provincias estaba sujeta al pago del *stipendium*, un impuesto que revertía en el *aerarium* y que era definido por Cicerón como *victoria praemia ac poena belli*, en el sentido que servía para pagar los gastos de administración del Imperio, a costa de la correspondiente provincia senatorial. Era un impuesto directo o tasa fiscal fijo que se establecía de manera global para cada ciudad.

Por su parte, los territorios situados en las provincias imperiales (aquellas cuya anexión fue posterior en el tiempo o cuyos territorios no gozaban de una paz absoluta o se hallaban en

originaron la aparición de las servidumbres o del usufructo en Roma, también se dieron en las provincias. Teniendo en cuenta estas circunstancias, quien quiera constituir un usufructo o una servidumbre en las provincias, podrá recurrir a la utilización de *pactiones et stipulationes*, de acuerdo con el texto gayano.

La doctrina¹⁴ ha criticado hasta la saciedad el hecho de que Gayo, en este fragmento, utilice la forma verbal "potest" —*id efficere potest*— en vez de

los límites del Imperio, *ad exemplum*, Lusitania, Hispania citerior, Germania inferior, etc.). recibían la denominación de *fundi tributarii* (ó *ager tributarius* ó *praedia tributaria*) al estar sujetos al pago del *tributum*, impuesto directo, generalmente pagado en dinero o en especies, proporcional a la producción del fundo y que se obtendría directamente de cada poseedor. Este impuesto revertía en el *fiscus*.

En época del emperador Vespasiano, la totalidad del territorio provincial pasa a estar bajo el poder del emperador y, por ello, se denomina *loca fiscalia*. Finalmente, dos siglos más tarde, el emperador Diocleciano lleva a cabo una profunda reforma en ámbito provincial, el territorio de Italia también deviene provincia y, por tanto, estará a partir de entonces sujeto a imposición (pierde su tradicional inmunidad), este hecho conducirá a que paulatinamente desaparezca la típica distinción entre suelo provincial e itálico basada en la sujeción o no al pago de impuestos. El proceso de equiparación entre el suelo itálico y provincial resulta lógico, si se tiene en cuenta que, en esta época, el centro de gravedad del Imperio romano pasa de Occidente a Oriente, de modo que la discrepancia entre regímenes jurídicos del suelo pierde su razón de ser, de ahí que se hable genéricamente, a partir de entonces, de *propiedad* sobre el suelo.

En relación con los diferentes tipos de impuestos, *vid.* FERNÁNDEZ DE BUJAN, A. *Derecho público romano*, Madrid, 2000, capítulo XVI, C), p. 229, dedicado al derecho fiscal romano y especialmente, p. 231. También debemos tener en cuenta las obras de CICCOTTI, E. *Lineamenti dell'evoluzione tributaria nel mondo antico. I tributi e l'amministrazione finanziaria nel mondo antico*, Padua, 1960; GRELE, F. "Stipendium vel tributum". *La imposizione fondiaria nelle dottrine giuridiche del II e III secolo*, Nápoles, 1963; LUZZATO, G.I. «Sul regime del suolo nelle provincie romane», en *I diritti locali nelle provincie romane con particolare riguardo alle condizioni giuridiche del suolo* (Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei), Roma, 1974, p. 20 y ss. y en «La riscossione tributaria in Roma e l'ipotesi della proprietà sovranità», *Atti congresso internazionale diritto romano*, IV, Verona, 1948, p. 65 y ss. y, especialmente, BLANCH NOUGUÉS, J.M. «Principios básicos de justicia tributaria en la fiscalidad romana», en *Revista de derecho financiero y de Hacienda pública*, 48 (1998), p. 53 y ss.

En relación con las provincias, organización, régimen jurídico del suelo, etc., resulta básico el artículo de KASER. M. «Die Typen der römischen Bodenrechte in der späteren Republik», en *SZ*, 62 (1942), p. 1 a 81; aunque cabe destacar los trabajos de ZANCAN, L. «Sull possesso dell'ager publicus», en *Atti Accad. Torino*, LXVII, Turín, 1932, p. 71 y ss. y *Ager publicus. Ricerche di storia e di diritto romano*, Padua, 1935; BOZZA, F. *La possessio del ager publicus*, Milán, 1939; BRANCA, G. voz «Ager publicus», en *NNDI*, I, 1957, p. 410 y ss.; SOLAZZI, S. «Alla ricerca dei *fundi stipendiarii vel tributarii*», en *Scritti*, IV, Nápoles, 1963, p. 381 y ss.; ARNOLD, W. T. *The Roman system of provincial administration to the accession of Constantine the Great*, Roma, 1968; BURDESE, A. *Manual de derecho público romano* (traducción de Ángel Martínez Sarrión), Barcelona, 1972. ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, p 73 y ss. y 126 y ss. MANSUELLI, G.

usar la forma verbal "debet". Parece que hubiera sido más lógico usar la forma verbal "debet" al no ser posible otro modo de constitución en las provincias —al menos *inter vivos*— o, en todo caso, al no ser posible la utilización de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, a las que el jurista se refiere al hablar de la constitución de servidumbres sobre suelo itálico. Cabe entender que el uso de las *pactiones et stipulationes* no era facultativo, sino obligatorio para quien quisiera constituir una servidumbre o un usufructo. Por ello, hubiera sido mejor usar "debet", verbo que denota obligación y que, sin embargo, sí utilizan las *Institutiones* justinianas¹⁵. En cualquier caso, y pese a las posibles críticas que se le puedan plantear a Gayo por su falta de exactitud en el uso del lenguaje, no cabe duda de que del texto se desprende que este modo de constitución es el que se utiliza con toda normalidad en las provincias. En el momento en el que Gayo redacta sus *Institutiones*, por tanto, nos está dando cuenta de una situación ya consolidada, de una práctica habitual en las provincias en cuanto a la constitución de servidumbres y del usufructo se refiere.

El problema que Gayo no nos resuelve en 2, 31 sería en qué consistían y cómo se articulaban las mencionadas *pactiones et stipulationes*. En estos fragmentos del comentario segundo, Gayo desarrolla su explicación sobre las cosas, partiendo, entre otras, de la gran clasificación entre las *res Mancipi* y *nec Mancipi* (2, 14a). Se refiere, en relación a éstas, a las servidumbres y al usufructo, concretando su régimen de constitución en el *ius civile* y, en este punto, se limita a reflejar, desde un tono completamente didáctico, una excepción a tener en cuenta dentro del tema del que se está ocupando: como jurista conocedor del mundo provincial, informa de que los modos de

A. «Roma e le province», *Storia di Roma*, XVII-II (topografía, urbanizzazione, cultura), Bologna, 1985, p. 723 y ss.

¹⁴ SOLAZZI, S. «Glosse a Gaio», en *SDHI*, 6 (1940), p. 354.

¹⁵ I. 2,3,4: *Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. potest etiam in testamento quis heredem suum damnare, ne altius aedes tollat, ne luminibus aedium vicini officiat: vel ut patiatum eum tignum in parietem immittere vel stillicidium habere: vel ut patiatum eum per fundum ire, agere aquamve ex eo ducere.*

constitución propios del *ius civile* —tema principal del que se está ocupando en fragmentos anteriores— no serían aplicables en las provincias, motivo por el cual se recurre a las *pactiones et stipulationes*. Obsérvese que las *Institutiones* seguramente estuvieron destinadas al aprendizaje del derecho en alguna escuela de la parte oriental del Imperio Romano, de ahí que no sea de extrañar que Gayo, una vez expuesto el régimen del *ius civile* en relación con las servidumbres y el usufructo, introduzca una apostilla para la mejor comprensión de sus alumnos —de hecho, a través de una lectura rápida de las *Institutiones*, es fácil detectar otras tantas referencias similares a las especificidades de las provincias cuando Gayo está explicando alguna institución desde el punto de vista del *ius civile*.

Por otra parte, seguramente el jurista no creyó necesario proporcionarnos más información en este fragmento, porque este modo de constitución, tanto para el autor de las *Institutiones* como para los que debían consultar esta obra no encerraba mayor dificultad, y además, como comentábamos anteriormente, no parece ser éste el tema principal del que el jurista se está ocupando, sino de las servidumbres y del usufructo y su constitución en el *ius civile*. Desconocemos igualmente si Gayo habría tenido la oportunidad de pronunciarse en alguna otra obra sobre este modo de constitución, como podría ser su misterioso Comentario al Edicto provincial¹⁶.

Acerca de las *pactiones et stipulationes* y, más concretamente, debido a que el texto de Gayo no nos ofrece mayor información, se han originado, desde el siglo pasado, diversos interrogantes a los que la doctrina ha intentado dar respuesta con más o menos acierto. Las dudas que generalmente ha planteado a la doctrina este modo de constitución pueden resumirse en los siguientes puntos, que desarrollaremos más detenidamente en el próximo epígrafe:

¹⁶ VALIÑO, E. *El comentario de Gayo al edicto provincial. Edición, traducción y notas*, Valencia, 1979.

— ¿Qué significado puede atribuirse a *pactionibus et stipulationibus* y qué relación existe entre ambas entidades expresadas de forma cumulativa en el texto de Gayo?

— ¿es realmente posible constituir una servidumbre o un usufructo a través del uso de las *pactiones et stipulationes* a imagen y semejanza de las servidumbres y del usufructo del *ius civile*? Es decir, ¿las *pactiones et stipulationes* darían lugar a lo que hoy denominamos como derecho real o, por el contrario, sólo generaría un subrogado obligatorio de las servidumbres o del usufructo y, en definitiva, la tutela de la relación que surge de las *pactiones et stipulationes* tendría lugar a través de una *actio in rem* o de una *actio in personam*?

— Finalmente, y lo que más interesante resulta, ¿este modo de constitución era exclusivo de las provincias o se habría aplicado también a los fundos itálicos, de modo que podamos hablar de la existencia de una servidumbre o de un usufructo pretorios constituidos *pactionibus et stipulationibus*?

Intentaremos dar respuesta a todas estas cuestiones a lo largo de nuestro trabajo donde tendremos oportunidad de volver a tratar el texto de Gayo con más profundidad, sin embargo, nos parece más oportuno recoger, en primer lugar, las diferentes opiniones formuladas por la doctrina romanista, que como veremos son muchas y variadas. El resultado de todas ellas, como en su momento advirtiera Girard, no ha hecho más que "élargir le champs de nos incertitudes"¹⁷.

¹⁷ GIRARD, P.F. *Manuel élémentaire de droit romain*, París, 1929, p. 399.

3. El estudio de las *pactiones et stipulationes* en la literatura romanística

Antes de reflejar las diversas posturas doctrinales acerca de las *pactiones et stipulationes*, consideramos oportuno reflejar brevemente el tratamiento que recibe esta figura en la literatura romanística desde finales del s. XIX hasta la actualidad. De este modo, resultará más sencillo ver cómo la doctrina se ha ido posicionando en relación a los diversos puntos claves que surgen entorno a las *pactiones et stipulationes*.

Sobre el tema central de nuestra investigación se ha ocupado sobre todo la doctrina de la primera mitad del s. XX. Con anterioridad, la pandectística ya se había pronunciado naturalmente sobre la constitución de las servidumbres, si bien, desde sus coordenadas dogmáticas, no llegaban a distinguir plenamente entre modos de constitución propios del *ius civile* y los modos pretorios. La primera obra dedicada exclusivamente al estudio de la constitución de servidumbres a través de pactos que pudimos consultar fue la disertación de Schmidtlein, *De servitutibus per pactum constituendis*, publicada en Göttingen en el año 1823. En ella, el autor se pregunta sobre la posibilidad de que del simple pacto pueda surgir una servidumbre, teniendo en cuenta la máxima *ex nuda pactio non oritur obligatio*, además de la combinación *pactiones et stipulationes* a la que hacen referencia las fuentes jurisprudenciales (especialmente Gai. 2,31), la *stipulatio*, por regla general, tan sólo daría lugar al nacimiento de obligaciones¹⁸. Se pregunta si resulta o no necesaria la *traditio*, para la constitución de las servidumbres a través de pactos, como consecuencia de la *regula* anterior, de modo que el pacto

¹⁸ SCHMIDTLEIN, E.J. *De servitutibus per pactum constituendis*, Göttingen, 1823, p. 28 y ss. Así como recuerda la naturaleza de las obligaciones de D. 44, 7. 3 pr. (Paul. 2 *inst.*): *Obligationum substantia non ideo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat (...)*.

funcione a modo de título y la *traditio* sea el modo de adquirir la servidumbre. Advierte que las servidumbres son *res incorporales* y, como tales, no admiten la *traditio*; sin embargo, ex D. 8, 1, 20 (Iav. 5 ex post. Lab.), parece asimilarse el *usus servitutis* a la *traditio servitutis*. Esta asimilación le plantea más problemas cuando se trata de servidumbres negativas, por la naturaleza de este tipo de servidumbres, lo que le genera serias dudas sobre la necesidad de la *traditio* para la constitución de cualquier tipo de servidumbre predial¹⁹. El autor establece un paralelismo con la *conventio pignoris* para poner en duda que del simple pacto no puedan surgir relaciones con un contenido jurídico-real²⁰. Partiendo de la conjunción existente entre propiedad y servidumbre, se pregunta acerca de la posibilidad de constituir una servidumbre en aquellos supuestos en los que no se goza del *dominium ex iure Quiritium*, especialmente los casos del poseedor de buena fe, del propietario bonitario y de la propiedad provincial²¹. Llega a la conclusión de que, en el derecho romano clásico, no sería posible el uso de la *traditio* para la constitución de servidumbres, al tratarse de *res incorporales*, además, las fuentes hablan de su legítima constitución *pactionibus et stipulationibus*²². Asimismo, entiende que es posible que, en el derecho más antiguo, en estos casos, en vez de una servidumbre, se constituyera una relación obligatoria. Se plantea la posibilidad de que la tutela de la servidumbre constituida a través de pacto, en el caso del *bonae fidei possessor*, tuviera lugar a través de la *actio Publiciana*²³.

¹⁹ SCHMIDTLEIN, E. J. *De servitutibus... cit.*, p. 38 y ss.

²⁰ SCHMIDTLEIN, E. J. *De servitutibus... cit.*, p. 36 y ss.

²¹ SCHMIDTLEIN, E. J. *De servitutibus... cit.*, p. 75 y ss.

²² SCHMIDTLEIN, E. J. *De servitutibus... cit.*, p. 83 "tres igitur habemus servitutes per privatorum voluntatem constituendi modos, scilicet mancipationem et in iure cessionem, quibus servitutes quiritariae constituuntur, et pactiones vel stipulationes, quibus constituuntur servitutes bonitariae". En la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, identificaría dos actos diferentes, a tenor del uso de la conjunción "vel", si bien resulta curioso que hable de 3 modos de constitución.

²³ SCHMIDTLEIN, E. J. *De servitutibus... cit.*, p. 83 y ss. Ex D. 6, 2, 11, 1 (Ulp. 16 ad ed.), D. 6, 2, 12, 1 (Paul. 19 ad ed.), D. 8, 3, 1, 2 (Ulp. 2 inst.), entre otros.

También debe ser considerada como una de las primeras obras de referencia, en cuanto al estudio de la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, la monografía de Krüger, *Die prätorische Servitut*, publicada en 1911, en la que se abordaba por primera vez el tema de la intervención pretoria en el ámbito de la constitución de derechos reales, ya fuera sobre suelo itálico o provincial. El autor dedica parte de su monografía a estudiar la constitución de las servidumbres *pactionibus et stipulationibus* y se muestra partidario de entender que este modo de constitución expresaría, en realidad, dos modos de constitución diferentes²⁴. Niega además que la tutela de la servidumbre pretoria tuviera lugar a través de la concesión de *actiones in rem utiles* o *in factum*, pues entiende que las fuentes no demuestran la existencia de éstas y que las pocas referencias con que contamos se encontrarían interpoladas, se muestra a favor de que en estos casos se concediera una tutela interdictal o a través de *exceptiones*²⁵.

Unos cuantos años antes, Perozzi²⁶ ya había publicado, acerca de la servidumbre pretoria, un artículo en el que planteaba sus dudas acerca de que las *pactiones et stipulationes* fueran un modo complejo de constitución y que Gayo, hubiera querido expresar en 2, 31, la posibilidad de constituir las servidumbres en provincias o bien a través de pactos, o bien a través de *stipulationes*. Esta idea se apoyaría en los diversos y conocidos textos en los que se hace mención de uno sólo de estos actos constitutivos, o se refieren a

²⁴ KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut*, Münster, 1911, § 3, p. 14 y ss. El autor compara la referencia a las *pactiones et stipulationes* en Gai. 2, 31 al caso en el que se habla de *mancipatio et in iure cessio*, en este último caso queda claro que habla de dos actos diferentes. También fundamenta su opinión en el uso del plural en Gai. 2, 31, en vez del singular, que expresaría mejor un negocio completo o doble. Para llegar a esta conclusión también resultarían fundamentales los diferentes textos en el Digesto en los que se habla de *pactiones vel stipulationes*, como serían D. 8, 3, 33, pr. y 1 (Afr. 9 *quaest.*) ó D. 7, 1, 25, 7 (Ulp. 8 *Sab.*), entre otros.

²⁵ KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut*, p. 6 y ss; § 5, p. 23 y ss. *Vid.* más adelante, Capítulo VI, epígrafe 5.1.

²⁶ PEROZZI, S. «I modi pretorii d'acquisto delle servitù», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 23 (1897), p. 3 y ss. También en sus *Scritti giuridici*, II, Milán, 1948, p. 199 y ss.

ellos incluyendo la conjunción "vel", especialmente D. 8, 3, 33 pr. y 1 (Afr. 9 *quaest.*). El autor corregiría esta opinión años más tarde²⁷.

A estas publicaciones seguirían las diversas recensiones y críticas, sobre todo al trabajo de Krüger, entre las que destacan la recensión de Peters²⁸, de Collinet²⁹, de Albertario³⁰ o la de Rabel³¹, si bien este autor ya se había ocupado con anterioridad de las *pactiones et stipulationes*³², llegando a la conclusión de que no existirían dudas de que *pactionibus et stipulationibus* podía constituirse una servidumbre o un usufructo. La eficacia real provendría del pacto, mientras la *stipulatio* cumpliría con un rol similar a la *stipulatio habere licere* en la compraventa de cosas corporales.

Intentan aportar nuevas luces y superar la visión interpolacionista (postura dominante teniendo en cuenta la época en que aparecen estas publicaciones) los artículos de Riccobono³³, Frezza³⁴. y, especialmente, de Maschi³⁵. Este último artículo destaca por el exhaustivo recorrido que el autor

²⁷ PEROZZI, S. *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, p. 770 y ss. *Vid.* a continuación, el epígrafe 4.1.

²⁸ PETERS, SZ, 33 (1912), p. 595 y ss.

²⁹ COLLINET, P. «La tradition des servitudes dans le droit Justinien», en *Mélanges P.F. Girard*, I (*Histoire des sources*), París, 1912, p. 185 y ss.

³⁰ ALBERTARIO, E. «La protezione pretoria delle servitù», *Filangieri*, 36 (1912), p. 207 y ss.

³¹ RABEL, E. «Zu den sogennanten praetorischen Servituten», en *Mélanges Girard*, II (*Droit privé et procédure*), París, 1923, p. 387 y ss.

³² RABEL, E. *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig, 1912, p. 60 y ss.

³³ RICCOBONO, S. «*Dies e condicio* nella costituzione della servitù», en *Tidjschrift*, 3 (1922) p. 333 y ss.

³⁴ FREZZA, P. «Appunti esegetici in tema di modi pretori di costituzione di usufrutto e delle servitù prediali», en *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, 22 (1934), p. 84 y ss.

³⁵ MASCHI, C. A. «Contributi allo studio delle servitù pretorie», *BIDR*, 41 (1939), p. 274 y ss.

realiza por la literatura existente hasta su época entorno a la servidumbre pretoria.

Ya en la década de los años 40 del pasado siglo, aparece la monografía de Grosso *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*³⁶, en la que intenta plasmar una visión del usufructo y de la servidumbre pretorios a base de un estudio mucho más profundo de las fuentes, demostrando la intervención del pretor en el derecho clásico también en relación con estas instituciones, frente a la visión dominante que entendía interpolados la mayoría de los textos que pretendían evidenciar la intervención pretoria en este campo.

En la línea tendente a considerar interpolados los textos que podían expresar la intervención del pretor, se encuentra Solazzi que publica tres monografías sobre las servidumbres³⁷.

A finales de los años 40, Biondi publica su monografía sobre las servidumbres³⁸. Este autor empieza a abordar el tema desde una nueva perspectiva. Intenta una aproximación más científica a los textos y no una mera caza de interpolaciones, a diferencia de otros romanistas de esta misma época.

Ya en la década de los 50, Grosso, manteniéndose en su línea, escribe sobre el usufructo³⁹ y, unos años más tarde, publica otra monografía dedicada a

³⁶ GROSSO, G. *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Turín, 1942-1944.

³⁷ SOLAZZI, S. *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Nápoles, 1947. *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Nápoles, 1948. *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Nápoles, 1949. También dedica un artículo únicamente al estudio de los textos del Digesto en los que se hace referencia a *stipulationes* relativas a servidumbres, «Stipulazioni di servitù prediali», en *IURA*, 5 (1954), p. 126 a 150.

³⁸ BIONDI, B. *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milán, 1946. Anteriormente, ya había publicado *La categoria romana delle servitutes*, Milán, 1938.

³⁹ GROSSO, G. *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Turín, 1957

las servidumbres⁴⁰, aunque desde los años 30 venía publicando artículos sobre el tema en diversas revistas y libros-homenaje⁴¹. Sin duda alguna, las monografías de Grosso constituyen una base de la que se debe partir obligatoriamente para abordar un estudio sobre la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*.

Posteriormente, en los años 70, Provera⁴² publica un artículo en el que aporta una nueva interpretación sobre el tema de la constitución *pactionibus et stipulationibus* de las servidumbres, pues considera que las relaciones constituidas de este modo constituyen *obligationes propter rem*. En los últimos treinta años el tema ha vuelto a tratarse —o como mínimo, en algunos casos, a mencionarse—, aunque sea colateralmente, a través de monografías dedicadas a la posesión, a los pactos o a la *stipulatio*, como por ejemplo en la monografía de Knütel⁴³ sobre la *stipulatio poenae*; las dos monografías de Albanese⁴⁴ sobre los actos negociales y las situaciones posesorias; en la monografía de Melillo⁴⁵ sobre los pactos en el derecho romano. Mucho más reciente en el tiempo

⁴⁰ GROSSO, G. *Le servitù prediali nel diritto romano*, Turín, 1969.

⁴¹ Como puede comprobarse en una rápida consulta a sus *Scritti storico giuridici*, II (Diritto privato, cose e diritti reali), Turín, 2001, en el que es posible encontrar artículos desde los años 30 hasta los 70: «Servitù ed obbligazione *propter rem*», en *Rivista di diritto commerciale*, 37-I (1939), p. 213 a 228; «Servitù *ad tempus* e concezione economica liberistica della proprietà», en *IURA*, 20 (1969), p. 148 a 153; «Riflessioni sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto *pactionibus et stipulationibus* sui fondi provinciali», en *Sein und Werden im Recht, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, Berlin, 1970, p. 411 a 416.

⁴² PROVERA, G. «Servitù prediali ed obbligazioni *propter rem*», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, 1971, p. 15 y ss. Es posible su consulta *online* en:
<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/proveraservitu.pdf>

⁴³ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, p. 41 y 42.

⁴⁴ ALBANESE, B. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Università di Palermo, 1982, p. 151, 229 y 230 y *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, p. 147 nt. 552.

⁴⁵ MELILLO, G. *Contrahere, pasci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Milán, 1994, p. 250 a 253.

resulta el artículo de La Rosa, en el que se trata directamente el tema de nuestra investigación⁴⁶, haciendo especial hincapié en el estudio de *Theoph. ad I. 2, 3, 4*.

Desde finales de los noventa, Capogrossi⁴⁷ y Maninno⁴⁸ han publicado sendas monografías subrayando la clara intervención del pretor en los *iura in re aliena*, y han iniciado un nuevo estudio de las fuentes, intentando superar de una vez por todas la visión interpolacionista que, por regla general, venía dominado en este tema. En el caso de Capogrossi, subraya las circunstancias que explicarían y justificarían la intervención del pretor en el ámbito de la constitución de servidumbres prediales (como serían la progresiva decadencia en que se verían inmersas la *mancipatio* y la *in iure cessio*, así como la imposibilidad de adquirir estos derechos a través de *usucapio*, sin olvidar la cuestión de la *possessio iuris*); mientras que Maninno se ha centrado en el estudio de la tolerancia del *usus servitutis* como modo de adquisición de las servidumbres.

Muy recientemente, Barrientos⁴⁹ ha publicado, en el *Liber amicorum* Juan Miquel, un artículo en el que se ocupa de la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus* en las provincias a propósito de una inscripción sobre piedra de mina hallada en Córdoba y que recogía la existencia de una

⁴⁶ LA ROSA, F. «Pactionibus et stipulationibus», publicado en *Labeo*, 40.1 (1994), p. 27 y ss.

⁴⁷ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria ne diritto romano*, Roma, 1999, especialmente, p. 153 y ss.

⁴⁸ MANNINO, V. *La tolleranza del usus servitutis nell'esperienza giuridica romana*, Turín, 1996 o artículos como «Conventio e voluntas nell'operatività delle servitù e come fundamento della servitus personae», en *Iuris vincula, Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Nápoles, 2001, p. 145 y ss. Esta última monografía junto al artículo dará lugar a otra monografía sobre el mismo tema, *La tolleranza del usus iuris nell'esperienza giuridica romana. Forme di tutela e sviluppi teorici*, Turín, 2001.

⁴⁹ BARRIENTOS GRANDÓN, J. «*Servitus viae* en *Hispania* y servidumbres rústicas en provincias (A propósito de Cil. II2/7 699a=Ae. 1995, 846)», en *Liber amicorum Juan Miquel*, Barcelona, 2006, p. 79 a 95.

servidumbre de vía. Para este autor, dicha servidumbre debió constituirse *pactionibus et stipulationibus* y no cabe duda de la naturaleza real de la misma.

Entre los romanistas españoles, Peralta⁵⁰, en su monografía sobre la evicción de las servidumbres, recoge una breve referencia a la constitución de éstas *pactionibus et stipulationibus*, sobre todo en relación con el uso de *stipulationes poenae*. En 2001, aparece la monografía de Santos Rojo⁵¹ sobre la reserva de servidumbre, en la que dedica un epígrafe a la constitución de servidumbres en las provincias romanas. Esta autora se muestra cercana a las opiniones de Solazzi y tiene serias dudas sobre la eficacia real de las servidumbres constituidas en provincias *pactionibus et stipulationibus*, aunque subraya el hecho de que ésta es una cuestión ampliamente discutida por la doctrina.

En noviembre de 2009, aparece un exhaustivo artículo de Zuccotti⁵² sobre la tutela procesal de la servidumbre pretoria, que se correspondería a una contribución de este autor en el contexto de unas jornadas sobre materia procesal, celebradas en 2001. Zuccotti vuelve a recuperar algunos de los postulados de Krüger y defiende que la servidumbre pretoria nunca gozó de una tutela a través de la vía de acción, ya que ésta no habría sido necesaria, teniendo en cuenta que, en el caso de la constitución de las servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, estos derechos dispondrían de la tutela interdictal y de la dispensada por la *stipulatio* a través de la *actio ex stipulatu*. El autor realiza un extenso estudio de las fuentes jurisprudenciales que hacen referencia a la concesión de acciones, especialmente al caso de la *actio*

⁵⁰ PERALTA ESCUER, T. *Evicción de las servidumbres prediales en el derecho romano clásico*, Lleida, 1996, p. 64.

⁵¹ SANTOS ROJO, C. *La reserva de servidumbre*, Valencia, 2001. Hemos de agradecer al prof. Emilio Valiño que nos facilitara esta monografía para su consulta.

⁵² ZUCCOTTI, F. «Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie», en *Atti del Convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico"*, Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, publicados en el sitio web de la RDR: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html>

Publiciana, para llegar a la conclusión de que, generalmente, nos encontramos ante textos que recogen el derecho romano postclásico y justiniano.

En una línea similar a la de Zuccotti, encontraríamos un artículo de Basile⁵³, publicado en 2007, en ocasión del libro-homenaje a Labruna, que destaca por regresar a la polémica —en principio, superada, aunque como veremos a continuación esta teoría ha vuelto a ser revisada por Finkenauer muy recientemente— acerca de la posibilidad de que *pactiones et stipulationes*, según Gayo, fueran dos actos constitutivos diferentes, apoyándose nuevamente en los conocidos textos del Digesto que recogen referencias a *pactiones vel stipulationes* o a uno solo de estos actos. Sin llegar a ofrecer una exégesis mínima de los textos —ni cuestionarse por qué motivo estos pueden referirse únicamente al pacto o a la *stipulatio*, según el caso—, el autor llega a la conclusión de que la idea de las *pactiones et stipulationes* como negocio complejo sería una disciplina *oficializada* únicamente en época justiniana, pues dicha naturaleza compleja sólo puede comprobarse a través de un texto de época bizantina como sería *Theoph. ad I. 2, 3, 4*, pero no en textos clásicos.

A principios del año 2010 ha aparecido la monografía de Möller⁵⁴ sobre las servidumbres, que recupera el estilo de los tratados de Biondi y Grosso sobre este mismo derecho, aunque recoge, en la parte final de su monografía, aspectos relativos a la recepción del derecho romano, en esta materia, en época medieval y en el BGB. La autora se refiere a la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, siguiendo básicamente las opiniones de Grosso y Kaser al respecto y partiendo de la tradicional comparación con el caso de la *conventio pignoris*. No obstante, tampoco parece

⁵³ BASILE, R. «Pactionibus et stipulationibus id efficere», en *Fides, humanitas, ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, I, Nápoles, 2007, p. 335 a 359.

⁵⁴ MÖLLER, C. *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*. Göttingen, 2010. Se refiere a las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* en p. 330 y ss.

descartar la posibilidad de que *pactiones et stipulationes* fueran dos modos constitutivos diferentes⁵⁵.

Finalmente, en noviembre de 2010 ha visto la luz la monografía de Finkenauer⁵⁶, dedicada al estudio de la transmisibilidad y la eficacia frente a terceros de la *stipulatio* en la época clásica del derecho romano. El autor incluye un capítulo relativo a la constitución de las servidumbres o del usufructo *pactionibus et stipulationibus*⁵⁷. Parte de la premisa de que *pactiones et stipulationes* serían, en realidad, dos actos constitutivos diferentes y que Gayo en 2,31 habría querido expresar que las servidumbres se constituían o bien por pactos, o bien a través de *stipulationes*; de esta manera, el uso de la conjunción copulativa *et* tendría un valor similar a lo que ocurre en Diocl./Max. C. 2, 3, 20 (a. 293) cuando se habla de la adquisición del dominio *traditionibus et usucapionibus*. El autor tiene en cuenta, además, la existencia de diferentes textos en las fuentes jurisprudenciales, que darían prueba de esta teoría y que él agrupa y estudia en tres grupos diferentes: según se hable en ellos de la constitución de las servidumbres o del usufructo *pactionibus vel*

⁵⁵ MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 333, pese a recoger las teorías de Kaser y Grosso y buena parte de la bibliografía que defiende que nos encontramos ante un negocio complejo. La autora realiza una breve referencia a esta cuestión con apoyo, sobre todo, en el artículo de Basile, al que nos hemos referido anteriormente. Asimismo, esta tendencia a entender las *pactiones et stipulationes* como dos actos constitutivos diferentes parece desprenderse del análisis que realiza de D. 8, 3, 36 (Paul. 2 *resp.*), donde destaca que la *stipulatio* de ejercicio de la que se ocupa el jurista en este texto no modificaría la eficacia jurídico real de la servidumbre, pues nos encontraríamos ante una caso de "wirksam bestellte Servitut, der lediglich eine Strafstipulation hinzugefügt worden ist" (p. 345). Si la *stipulatio* hubiera sido considerada, por sí sola, un acto constitutivo de la servidumbre, no tendría demasiado sentido que Paulo, a finales de época clásica, se preguntara sobre la posibilidad de que este contrato incidiera en la eficacia real o no de la servidumbre, que, además, como indica la autora, no se habría constituido a través de *stipulatio* ("wirksam bestellte Servitut"). Por otra parte, nos parece que del texto puede extraerse cómo el jurista atiende al *pactum in rem*, por el que se constituye la servidumbre, para determinar que, aunque la *stipulatio* de ejercicio hiciera referencia, en sus *verba*, sólo a las partes que la conluyeron, su eficacia se extiende más allá de éstas, a los sucesivos adquirentes de los predios sirviente y dominante. Vid. Capítulo VI, epígrafe 3.2.

⁵⁶ FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulatio im klassischen römischen Recht*, Tübingen, 2010.

⁵⁷ FINKENAUER, T. *Op. cit.*, p. 331 a 410.

*stipulationibus*⁵⁸; se refieran únicamente a la constitución por pactos⁵⁹, o se refieran a la constitución de estos derechos mediante *stipulatio*⁶⁰.

Según este autor, *Theoph. ad. I. 2, 3, 4* —la fuente de la que generalmente parte la doctrina mayoritaria para justificar, en conjunción con Gai. 2, 31, la idea de que *pactiones et stipulationes* haría referencia a un negocio complejo— no aportaría una prueba concluyente de que nos encontramos ante un acto constitutivo complejo. Existirían dudas sobre el valor de la conjunción *kaí* empleada por Teófilo, ya que en la versión del *Codex Laurentianis* no aparecería esta conjunción, sino *v*, que tiene un valor alternativo⁶¹, aún cuando sí aparece la conjunción *kaí* para referirse a la constitución del usufructo en relación con I. 2, 4, 1⁶². Al margen de la discusión sobre el posible valor que pueda atribuirse a la conjunción empleada por Teófilo —o incluso por Gayo—, nos parece que el elemento que definitivamente permite concluir que *pactiones et stipulationes* no son dos actos constitutivos diferentes, sino una especie de negocio complejo, sería el claro ejemplo que Teófilo incluye al referirse a las I. 2, 3, 4. En este ejemplo, el jurista expresamente indica que, al pacto constitutivo de la servidumbre, le sigue una *stipulatio* por la que se promete respetar el ejercicio de la servidumbre, más concretamente, una *stipulatio poenae* que presentaría la estructura de la *Doppelstipulation*. Una cuestión diferente será determinar qué tipo de función cumple cada uno de los elementos que constituyen el binomio *pactiones et stipulationes*.

⁵⁸ FINKENAUER, T. *Op. cit.*, p. 360 a 362.

⁵⁹ FINKENAUER, T. *Op. cit.*, p. 362 a 367.

⁶⁰ FINKENAUER, T. *Op. cit.*, p. 368 a 389.

⁶¹ FERRINI, C. *Institutionum graeca paraphrasis... cit.*, I, p. 123 nt. 11.

⁶² FERRINI, C. *Institutionum graeca paraphrasis... cit.*, I, p. 125.

Finkenauer distingue⁶³, además, tres tipos de *stipulationes*, presentes en las fuentes jurisprudenciales: *stipulationes* por las que se promete la constitución futura de una servidumbre (v. gr. D. 45, 1, 2, 1 ó 45, 1, 58); *stipulationes* con eficacia obligacional, en las que se promete el contenido de una determinada servidumbre (v. gr. D. 45, 1, 85, 3 ó *Theoph. ad I.* 2, 3, 4); y *stipulationes* de ejercicio que presentarían eficacia real, merced a la inclusión de cláusulas del tipo “*is ad quem ea res pertinebit*”, en el sentido de que se transmitiría su contenido a los sucesores del estipulante y del promitente, ya sean estos a título universal o particular, por actos *mortis causa* o *inter vivos* —pese a que no existen textos que recojan este tipo de *stipulationes* en relación con la constitución de una servidumbre o de un usufructo, considera que, posiblemente, en este tipo de *stipulationes*, se encontraría el caso de D. 8, 3, 36. Creemos que en estos dos últimos casos, en realidad, se trataría de *stipulationes* de ejercicio con eficacia obligacional, pero su transmisibilidad dependería, en cualquier caso, de la interpretación de aquello que quisieron las partes al realizar este negocio (*id quod actum*)⁶⁴.

4. Diferentes planteamientos doctrinales acerca de las *pactiones et stipulationes*.

Como decíamos anteriormente, Gayo en sus *Institutiones* deja constancia de la presencia en las provincias de las *pactiones et stipulationes* como modo utilizado normalmente para constituir las servidumbres o el usufructo. Modo que, al menos en la época en la que este jurista vivió, sería el mecanismo habitualmente empleado por los particulares que se encuentran en las provincias, ya que no existirían actos alternativos para constituir —*inter vivos*— una servidumbre o un usufructo sobre suelo provincial. Sin embargo, no nos permite saber cómo funcionaba en sí la conjunción de los pactos y de las

⁶³ FINKENAUER, T. *Op. cit.*, p. 403 y ss.

⁶⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* más adelante, el Capítulo VI, epígrafe 3.

stipulationes. La falta de datos acerca de la estructura y funcionamiento de las *pactiones et stipulationes* en el texto gayano ha generado multitud de interrogantes en la doctrina romanista a lo largo de los años, interrogantes que hemos intentado resumir de forma muy elemental anteriormente, para mostrar cuales son los puntos controvertidos, en los que especialmente se ha fijado la doctrina, y que, a continuación, intentaremos desgranar, teniendo en cuenta las diversas conclusiones a las que han llegado los autores que se han ocupado de nuestro tema de estudio.

Uno de los primeros interrogantes que surgen de la lectura del texto de Gayo y sobre el que la doctrina se ha pronunciado de forma muy diversa —como tendremos oportunidad de ver, sobre todo en relación con Perozzi— tendría que ver con la utilización de la conjunción copulativa *et* para unir los términos *pactio* y *stipulatio*.

Parecería que cuando Gayo utiliza *et*, se estaría refiriendo con ello a dos mecanismos diferentes de constitución de servidumbres, pero, a su vez, el fragmento podría interpretarse entendiendo que se podría tratar de un solo modo de constitución, pero de naturaleza compleja. Cabría preguntarse, así pues, si para la constitución de servidumbres y del usufructo sobre suelo provincial sería necesario el concurso del *pactio* y de la *stipulatio*, o bien el *pactio* o la *stipulatio* por sí solos bastarían para tal finalidad. Pese a que, en la actualidad, la doctrina se muestra pacífica en cuanto a este punto y parece tener en claro que, para la constitución de las servidumbres y del usufructo en el suelo provincial, entran en juego *pactio* y *stipulatio* conjuntamente, en un principio, la cuestión no resultó tan pacífica, e incluso, en la actualidad, alguna voz discordante ha reabierto el debate sobre esta cuestión, como ya hemos tenido oportunidad de subrayar.

En cualquier caso, entorno a las *pactiones et stipulationes* cabe preguntarse: en primer lugar, en qué consistiría y cómo se articularía este

modo —o modos— de constitución; en segundo lugar, si dicho modo de constitución daría lugar a una simple relación obligatoria o habría tenido algún tipo de eficacia jurídico-real; en tercer lugar, a través de qué acción o acciones se habría tutelado la relación resultante y, finalmente, si este modo de constitución también se habría empleado sobre suelo itálico.

4.1. *Pactiones et stipulationes como modo complejo de constitución de servidumbres y del usufructo.*

Uno de los primeros interrogantes que se planteó la doctrina, en los primeros trabajos sobre el tema publicados en el siglo XX, fue el relativo a la posibilidad de que Gayo, usando la conjunción copulativa "et", hubiera querido expresar que, en las provincias, las servidumbres y el usufructo se habrían podido constituir tanto a través de pactos como a través de *stipulationes* ¿nos encontraríamos ante dos modos diferentes y alternativos de constitución o, por el contrario, se trataría de un modo complejo?

Pese a las múltiples dudas que este tema generó, especialmente y como veremos a Perozzi, parece que la controversia se solucionó de forma definitiva dando la razón a aquellos autores que defendían que *pactiones et stipulationes* constituían, en realidad, un modo complejo de constitución de servidumbres y del usufructo y no dos modos alternativos. Esta opinión, como decíamos, se

encuentra plenamente aceptada en la actualidad⁶⁵ y nosotros la compartimos⁶⁶: la referencia a estos dos elementos, el pacto y la *stipulatio*, indica la necesidad de la presencia de ambos en tanto que se pretenda constituir una servidumbre o un usufructo.

En un primer momento, en los primeros estudios que encontramos, posteriores a la pandectística —que ni siquiera distinguía entre los modos de constitución propios del *ius civile* y los pretorios y trataba en general de servidumbres constituidas a través de pactos o a través de *stipulationes*—, es decir, en obras escritas a finales del siglo XIX y principios del XX, en las que empiezan a aparecer referencias a la constitución de servidumbres y del usufructo *pactionibus et stipulationibus*, hubo autores que abogaban a favor de la teoría de que *pactiones et stipulationes* eran dos modos diferentes de constitución. Entre estos autores, destaca sobre todo Perozzi, quien se manifestó a favor de esta tesis, sosteniendo que se trataba de dos modos diferentes o alternativos para constituir servidumbres o usufructo, basándose, esencialmente, en la conjunción disyuntiva que aparece en D. 8, 3, 33, 1 (Afr. 9 *quaest.*) "*pacto vel stipulationem*", así como otros textos en los que

⁶⁵ CORBINO, A. voz «Servitù», *ED*, XLII, Milán, 1990, p. 256, nt. 187. "L'idea di un ricorso alternativo ai due strumenti, affacciata sulla scorta di alcuni testi nei quali si parla di 'pactio vel stipulatio' o solo di 'stipulatio' (D. 8, 3, 33, pr. y 1; D. 7, 1, 25, 7; D. 7, 1, 27, 4; D. 8, 4, 13 pr; C. 8, 10, 12, 1), debe considerarsi ormai abbandonata". Esta opinión habría sido defendida anteriormente por MASCHI, C. A. *Contributi... cit.*, p. 278 y ss. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 248 y ss. parece asumir que se trata de un modo complejo. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 196 y ss. Recientemente, recupera la opinión contraria, basándose en la monografía de Krüger sobre la servidumbre pretoria, BASILE, R. *Pactionibus et stipulationibus...*, p. 343 y ss. regresa a hacer hincapié en las mismas fuentes jurisprudenciales anteriormente citadas, advirtiendo que el único texto en el que se puede comprobar que las *pactiones et stipulationes* son un negocio complejo pertenece a época bizantina y, por tanto, resulta sospechoso (*Theoph. ad I.* 2, 3, 4). La postura de Basile es perfectamente válida, sin embargo nos parece que, para determinar si la expresión *pactiones et stipulationes* hace referencia a un negocio complejo o a dos actos constitutivos diferentes, no basta con atender a una recopilación de textos en los que ambas entidades aparecen unidas a través de la conjunción "vel" o se las menciona por separado, sino que es necesario estudiar cada texto, partiendo de la cuestión o problema que se aborda en cada caso y del contexto en el que se encuentra.

⁶⁶ *Vid.* Capítulo. V, epígrafe 2.3.

únicamente se hace referencia a la *stipulatio*⁶⁷. Pero más tarde, rectificó su opinión, ya que, a su entender, si hubiera sido suficiente para la constitución de la servidumbre un simple acuerdo de voluntades, habría sido superflua la mención de la *stipulatio* por parte de Gayo en 2, 31, lo que nos llevaría sin más a rechazar la teoría de que nos encontramos ante dos mecanismos diferentes de constitución⁶⁸.

⁶⁷ D. 8, 3, 33, 1 (Afr. 9 *quaest.*): *Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuius neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest.* Sobre este texto, *vid.* más adelante, capítulo V., epígrafe 3.1.3.

O textos en los que únicamente se menciona la *stipulatio*: D. 7, 1, 25, 7 (Ulp. 18 *Sab.*); D. 7, 1, 27, 4 (Ulp. 18 *Sab.*); D. 8, 4, 13 pr. (Ulp. 6 *op.*) ó Zen. C. 8, 10, 12, 1 (a. 471-491). Sobre esta cuestión, *vid.* Capítulo. V, epígrafe 2.3 y ss. donde se estudian estas fuentes.

⁶⁸ El caso de PEROZZI resulta especialmente curioso, por cómo modifica con el tiempo su opinión, daremos muestra, a continuación, de la evolución que se produce en el pensamiento de este autor. En sus *Scritti giuridici: Servitù e obbligazioni*, II, Milano, 1948, p. 199 y ss. entiende que las servidumbres podrían constituirse a través de pacto o *stipulatio*, como consecuencia de la multitud de fuentes en que aparece una conjunción disyuntiva entre el pacto y la *stipulatio*, como es el caso de D. 8, 3, 33, 1 (Afr. 9 *quaest.*) o simplemente aparece mencionada la *stipulatio* (*vid.* fuentes citadas en la nota anterior). Así, ya a finales del s. XIX, cuando escribe acerca de los modos pretorios de adquisición de las servidumbres y del usufructo, nos advierte que el texto gayano "si deve tradurre: può far ciò sia coi patti che colle stipulazioni. Finchè non si rechi una prova esplicita della esistenza di codesta combinazione d'atti, la nostra frase non può tradursi che come si traduce *traditionibus et usucapionibus*" (en comparación con la interpretación que se da en C. 2, 3, 20 cuando se dice que la transmisión de la propiedad tiene lugar, no a través del nudo pacto, sino *traditionibus et usucapionibus*, que claramente cabe entender como dos modos distintos de transmisión o adquisición de la propiedad).

Pero esta opinión no parece ser la misma que expresa unos años después en sus *Istituzioni di diritto romano*, I, 1928, p. 770 y 771, cuando dice, acerca de las *pactiones et stipulationes*, —lo que de paso nos parece muchísimo más acertado— que "per la costituzione di servitù tra fondi provinciali, in conformità alle tradizioni del diritto ellenico, si usò prima di una semplice convenzione (*pactio*), a cui poi che si diffuse il diritto romano, si faceva seguire una stipulazione. I due atti, prima normalmente, poi, forse già al tempo di Gaio, sempre, erano fusi in uno solo, cioè, una convenzione scritta, in fondo alla quale si dichiarava che era avvenuta su tutto l'insieme della convenzione una acquistata per patto o per stipulazione, ma il più spesso *pactio et stipulatio*, duplice nome, meglio adatto a significare codesta convenzione".

Por su parte, Krüger⁶⁹ también forma parte del grupo de autores que trata el tema a principios del s. XX. En su monografía sobre la servidumbre pretoria, también se muestra favorable a la teoría de que nos encontraríamos ante dos modos diferentes de constitución de las servidumbres y, por ello, estudia de manera separada el pacto y la *stipulatio*. Para fundamentar su opinión, se basa en que el hecho de que nos encontremos ante dos modos diferentes de constitución puede extraerse, no sólo de Gai. 2, 31, sino que también de otras fuentes clásicas, como sería el caso de D. 8, 3, 33 pr. y 1 (Afr. 9 *quaest.*); D. 7, 1, 25, 7 (Ulp. 18 *Sab.*), entre otros fragmentos. Krüger se encuentra, así pues, con el mismo problema que Perozzi en cuanto a las fuentes citadas, y considera que no existen fuentes jurisprudenciales clásicas que permitan llegar a una conclusión diferente.

También parece dejarse llevar por las dudas, aunque sólo inicialmente, Grosso, para quien el Digesto, al recoger casos en los que se hace referencia únicamente al pacto y casos en los que se hace referencia a la *stipulatio*, expresa la posibilidad de que, con anterioridad a la compilación justiniana, *pactiones et stipulationes* no hubiera sido un modo complejo de constitución de servidumbres, sino más bien dos modos diversos o, en cualquier caso, de entenderse como modo complejo, parecería que la servidumbre o el usufructo se entenderían constituidos *stipulationibus* siendo el pacto su contenido⁷⁰. Finalmente, este autor acabó por sumarse a la opinión mayoritaria y entiende que nos encontramos ante un modo complejo de constitución de las servidumbres y del usufructo. Las palabras de Grosso expresan claramente la

⁶⁹ KRÜGER. H. *Die praetorische Servitut*, capítulo 1º § 3 p. 14 y ss., § 6 (Die pactio als Servitutbestellung) y § 7 (Die stipulatio als Servitutbestellung), *vid.* la crítica que le plantea en este sentido Peters, en la recensión a esta obra publicada en la *SZ*, 33 (1912), p. 595 y ss. donde destaca cómo Perozzi modifica su opinión acerca de este tema y critica el hecho de que Krüger se haya quedado sólo con la primera opinión equivocada de este autor (p. 596). La misma crítica hizo Rabel a Krüger y considera totalmente superflua la discusión sobre la interpretación de la conjunción "et" en «Zu den sogenannten praetorischen Servituten», en *Mèlanges Girard*, II (*Droit privé et procédure*), París, 1923, p. 391.

⁷⁰ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 196 y ss.

relación existente entre el pacto y la *stipulatio*, lo que nos permite pensar que se trata de un modo complejo de constitución, como desarrollaremos a lo largo de este trabajo: "la ragione di questa locuzione deve essere essenzialmente pratica e storica; che i Romani devono aver trasportato direttamente del mondo provinciale la *stipulatio* di esercizio, con effetto obligatorio; il riconoscimento che (probabilmente anche seguendo spunti locali) colega tale effetto alla *pactio* (del resto il diritto pretorio romano conosce già una *pactio* con efficacia reale, la *conventio pignoris*). Questo processo storico implica che qui *pactio et stipulatio* si presentassero nella pratica in una costante associazione che ne qualificava un rapporto di simbiosi attraverso una unità di atto, e un reciproco apporto concreto che faceva dire che usufrutto e servitù si costituivano *pactionibus et stipulationibus*, formula che, anche se non perfettamente ortodossa, veniva usata anche dai giuristi romani. Si può dire che la *stipulatio* (ad efficacia obligatoria) continuava ad essere praticamente un punto di emersione formale del diritto limitato e del suo contenuto, mentre la costituzione del diritto reale si riportava tecnicamente alla *pactio*"⁷¹.

En cualquier caso, como decíamos al iniciar este punto, la controversia parece haberse resuelto a favor de la teoría de considerar *pactiones et stipulationes* como un acto único y complejo de constitución de servidumbres y usufructo. Esta teoría, sin embargo, ha vuelto a ser cuestionada en los últimos años por autores como Basile⁷² o Finkenaue⁷³, quienes parten de una revisión de los textos en los que, tradicionalmente, sólo se hace referencia a uno de estos actos o se habla de la constitución de servidumbres *pactionibus vel stipulationibus*. Sin embargo, nos parece que el estudio de las diferentes

⁷¹ GROSSO, G. «Riflessioni sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto *pactionibus et stipulationibus* sui fondi provinciali», en *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, Berlín, 1970, p. 411 a 416. Aunque citamos a través de la versión publicada en sus *Scritti storico giuridici*, II, Turín, 2001, p. 708.

⁷² BASILE, R. «Pactionibus et stipulationibus id efficere», en *Fides, humanitas, ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, I, Nápoles, 2007, p. 335 a 359.

⁷³ FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 360 y ss.

fuentes jurídicas de que disponemos, y que abordamos especialmente en el capítulo V, bien permite explicar cómo por razones históricas y prácticas, debemos hablar de *pactiones et stipulationes* como binomio y no como dos actos alternativos, como bien expresaba Grosso⁷⁴.

4.2. Acerca de la estructura, el funcionamiento y la discutida eficacia real de las *pactiones et stipulationes*.

La cuestión de la estructura o funcionamiento de las *pactiones et stipulationes* va, generalmente, ligada a la explicación de la eficacia jurídico real u obligatoria del acto y, en muchos casos, sigue a la discusión sobre la admisibilidad o no de la constitución del usufructo o las servidumbres sobre el suelo provincial —lo que algunos autores ponen en duda, debido al especial régimen jurídico de dicho suelo⁷⁵—. Como es lógico, la cuestión queda también vinculada a la discusión sobre la naturaleza de la tutela procesal de la relación de este modo constituida.

En términos generales, la doctrina se ha agrupado ante el problema de la eficacia jurídica de las *pactiones et stipulationes* entorno a dos extremos diferenciados: aquellos autores que defienden que de las *pactiones et*

⁷⁴ *Vid.* Capítulo. V, epígrafe 2.3.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, la opinión de SOLAZZI, S. *Requisiti...*, p. 109 y 110, recogiendo la opinión de BONFANTE, P. «*Sui contractus e sui pacta*», en sus *Scritti giuridici varii*, III, p. 146 y ss., cuando dice que es absurdo considerar que, sobre los fundos provinciales, los particulares puedan constituir servidumbres: "perchè a loro mancava la qualità di proprietari. Altrettanto assurdo è che le servitù sorgessero tra i fondi di un stesso proprietario, lo Stato."

stipulationes no surgiría más que una mera relación obligatoria⁷⁶ y aquellos que defienden la eficacia real (que constituyen actualmente la clara mayoría)⁷⁷.

La defensa de una tesis favorable a una eficacia real u obligatoria de las *pactiones et stipulationes*, puede formularse teniendo en cuenta que la eficacia de este modo de constitución puede observarse y estudiarse desde un doble punto de vista: el *ius civile*, o bien, del *ius praetorium*. Según desde qué óptica estudiemos las *pactiones et stipulationes* podemos llegar a conclusiones totalmente diferentes.

Resulta lógico pensar que, desde la perspectiva del *ius civile*, el estudio de las *pactiones et stipulationes* sólo nos conduzca a la conclusión de que este mecanismo da lugar a una relación obligatoria, un subrogado de carácter obligatorio de las servidumbres o del usufructo, pues, como resulta sabido, del simple pacto y de una *stipulatio* sólo puede nacer una obligación. Los autores que defienden la tesis de la eficacia obligatoria, por lo tanto, se basarían en la

⁷⁶ Entre otros, BESELER, G. *Beiträge... cit.*, p. 82 y ss. KRÜGER, H. *Die praetorische Servitut*, p. 8 a 38. SOLAZZI, S. *Requisiti... cit.*, p. 110 y ss. PROVERA, G. *Obligationes propter rem... cit.*, p. 595 y ss. FREZZA, P. «Appunti esegetici in tema di modi pretori di costituzione di usufrutto e delle servitù prediali», publicado en *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, 22 (1934), p. 84 a 125, aunque citamos a través de la versión publicada en sus *Scritti*, I, Roma, 2000, p.275 a 316. SCHULZ, F. *Classical Roman law*, Oxford, 1951, p. 387 y 388. GUARINO, A. *Diritto privato romano*, Nápoles, 1994, p. 645. Con algunas dudas, SANFILIPPO, C. *Istituzioni di diritto romano*, Messina, 1996, p. 258. Vid. asimismo, KASER, M. *RPR*, I, § 105 IV 2 a), p. 445.

⁷⁷ Entre otros, BONFANTE, P. «Sui contractus e sui pacta», en *Scritti giuridici varii*, III, Turín, 1926, p.146 y en el *Corso di diritto romano III: diritti reali*, Milán, 1972, p. 140 y ss. MASCHI, C.A. *Contributi... cit.*, p. 282 y ss. BUCKLAND, W.W. *A text-book of Roman law*, Cambridge, 1950, p. 265. VOCI, P. *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1954, p. 253 y 254. BURDESE, A. *Manuale di diritto privato romano*, Turín, 1964, p. 412.y en voz «Servitù prediali», *NNDI*, XVII, Turín, 1970, p. 122. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 248 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 193 y en *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Turín, 1957, p. 355 y ss., asimismo en *I problemi dei diritti... cit.* p. 293 y ss. KASER, M. *RPR*, I, § 105 IV 2 a), p. 445. FUENTESECA, P. *Derecho privado romano... cit.*, p. 141. MELILLO, G. voz «Patto», en *ED*, XXXII, Milán, 1982, p. 489 y 490 y en *Il negozio bilaterale romano... cit.*, p. 250 y ss. PUGLIESE, G. *Istituzioni di diritto romano... cit.*, p. 528. MARRONE, M. *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1989, p. 490. MIQUEL, J. *Derecho privado romano*, p. 220; LA ROSA, F. «Pactionibus et stipulationibus», en *Labeo*, 40.1 (1994), p. 27 y ss. ZUCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 70 y ss. aunque considera que únicamente se habría alcanzado desde el punto de vista de la tutela interdictal. MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 330 y ss.

dificultad de concebir una institución como la *stipulatio* que, por norma, genera solamente obligaciones, en el rol de crear otro tipo de relaciones diferentes a las obligaciones. Y si se trata de pensar en un simple pacto generador de una servidumbre o de un usufructo la dificultad resulta aún mayor, si tenemos en cuenta la configuración de los pactos en el derecho romano, especialmente en el derecho arcaico y en el clásico. Además cabe recordar que, en el derecho romano, generalmente se habría utilizado la *stipulatio* para que el pacto libre de forma hubiera gozado de algún reconocimiento jurídico, más allá de la simple *exceptio* en ámbito procesal, dando lugar, de esta manera, a obligaciones que serían exigibles a través de la correspondiente acción derivada de la *stipulatio*.

El estudio de las *pactiones et stipulationes* desde la óptica del derecho del pretor, sin embargo, nos puede conducir a una conclusión totalmente diferente, ya que resulta imaginable la intervención del pretor en cuanto al reconocimiento de dicha eficacia real a través de la tutela pretoria de las situaciones jurídicas construidas al amparo de la fórmula *pactiones et stipulationes*. Esto supondría que, gracias al pretor, podrían haberse constituido servidumbres y usufructos, cuya tutela se habría previsto en el edicto pretorio y habrían constituido figuras análogas a las instituciones correspondientes del *ius civile*. Por tanto, nos encontraríamos ante el reconocimiento de una eficacia real de las *pactiones et stipulationes*, pero siempre desde el punto de vista de la tutela que les reconoce el edicto pretorio. Es más, en cualquier caso, en las fuentes encontraremos diferentes muestras de la intervención del pretor, no sólo en cuanto a la constitución del usufructo y de las servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, sino que podemos afirmar su intervención en materia de servidumbres y de usufructo al reconocer y tutelar, por ejemplo, los acuerdos de las partes que incidían o regulaban el ejercicio de una determinada servidumbre (*modus servitutis*), sin que por ello se derruyeran los principios del *ius civile* configuradores de esta institución, sobre todo el principio de tipicidad de las servidumbres. Se puede apreciar el magnífico trabajo que realiza la jurisprudencia en este campo, dando cabida a la voluntad de las partes de

acuerdo con las nuevas exigencias agrarias que iban surgiendo con el tiempo⁷⁸. Creemos que es desde esta óptica desde la que se debe abordar el estudio de las *pactiones et stipulationes*.

Cuestión diferente será el medio a través del cual se desarrolle esta tutela pretoria: *exceptio, actio in rem utilis, actio in factum*. Pero en cualquier caso, según los autores que defienden esta última tesis, la cuestión de la eficacia real de este modo de constitución no plantearía dudas en tanto que las *pactiones et stipulationes* fueron acogidas por el derecho justiniano como modo general de constitución de las servidumbres y del usufructo, lo que no podría haber tenido lugar si dicha institución no hubiera gozado previamente de una eficacia real.

Centrándonos en la cuestión de la estructura, a pesar de que, como veíamos anteriormente, algunos autores han interpretado erróneamente las *pactiones et stipulationes* de una manera disyuntiva, al estudiar la configuración y funcionamiento de dicho binomio, se suelen atribuir, sin embargo, diferentes funciones al pacto y a la *stipulatio* y se estudia cada elemento por separado. Nos parece más oportuno prestar atención, en primer lugar, a las diferentes conclusiones a las que la doctrina ha llegado acerca de la

⁷⁸ En este sentido viene manifestándose la doctrina más reciente que se ha ocupado del tema, la intervención de la jurisprudencia basándose en el derecho pretorio en diferentes aspectos en relación con las servidumbres y el usufructo, para poder casar estas figuras y su configuración en el antiguo *ius civile* con las nuevas circunstancias y necesidades que van surgiendo. Hemos de destacar, especialmente, ya que tratan estos temas en profundidad y dado lo reciente que resultan, los trabajos de CURSI, M.F. *Modus servitutis: il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Nápoles, 1999; ó MANNINO, V. *La tolleranza del usus iuris nell'esperienza giuridica romana. Forme di tutela e sviluppi teorici*, Turín, 2001, que sería una continuación de *La tolleranza del usus servitutis nell'esperienza giuridica romana*, Turín, 1996, también los artículos «Nuove osservazioni sulla rilevanza dell'elemento soggettivo nell'usus servitutis ai fini del riconoscimento della tutela interdittale», publicado en *Mélanges Fritz Sturm à l'occasion de son 60 ème anniversaire*, I, Université de Liege, 1999, p. 339 a 355 y «Conventio e voluntas nell'operatività delle servitù e come fundamento della servitus personae», en *Iuris vincula, Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Nápoles, 2001, p. 145 y ss. ZOZ, M.G. *La costituzione tacita delle servitù nell'esperienza giuridica romana*, Guiffrè, Milán, 2001.

naturaleza de las *pactiones et stipulationes*, antes de iniciar nuestro estudio de las fuentes y formular nuestras propias conclusiones en el capítulo V.

4.2.1. Las pactiones et stipulationes generan únicamente un subrogado obligatorio de las servidumbres y del usufructo:

Beseler es uno de los primeros autores que concibió esta figura como un subrogado obligatorio de un *ius in re aliena* que se habría dado tanto sobre suelo provincial como sobre suelo itálico, en palabras del propio autor: "*pactio et stipulatio* kann nach römischer Auffassung lediglich einen obligatorischen Anspruch des Stipulanten gegen den Promittenten, also nur ein obligatorisches Surrogat eines dinglichen Rechtes geschaffen haben. Peregrinen und Romäer durften eine andere Auffassung haben. *Pactio et stipulatio* war selbstverständlich verwendbar auch zur Erzeugung eines obligatorischen Surrogates für ein dingliches Recht an einem italienischen Grundstücke oder einer beweglichen Sache"⁷⁹.

Solazzi⁸⁰, parece tener bastante en cuenta las opiniones de autores de la pandectística y al igual que hiciera Elvers⁸¹, al tratar las *stipulationes* de servidumbre, distingue entre aquellos casos en los que la *stipulatio* tiene como finalidad establecer una garantía frente a la posibilidad de una servidumbre constituida por quien no era el verdadero propietario, de ahí que la *stipulatio* pueda contener una pena (D. 8, 3, 36 Paul. 2 *resp.*)⁸²— y los supuestos en que

⁷⁹ BESELER, G. *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1910-1920, p. 82 y ss.

⁸⁰ SOLAZZI, S. *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Nápoles, 1947, p. 109 y ss. y en «Stipulazioni di servitù prediali», en *Iura*, IV, 1954, p. 126 y ss.

⁸¹ ELVERS, R. *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1856, p. 699 y ss.

⁸² PERALTA ESCUER, T. *Evicción de las servidumbres prediales... cit.*, p. 64, expresa la imposibilidad de hacer responder por evicción de una servidumbre o de un usufructo a través de las *stipulationes habere licere* o *duplae*, pues ambas tienden a la protección de la pacífica

las partes recurren a la *stipulatio* para constituir una servidumbre huyendo de su establecimiento formal con carácter real, a través de los actos formales propios del *ius civile*, supuesto en los que la *stipulatio* también habría contenido una pena (D. 45, 1, 2, 6 Paul. 12 Sab. ó *Theoph. ad I.* 2, 3, 4, fragmento que sin duda nos aclararía el funcionamiento de las *pactiones et stipulationes*, aunque, por otra parte, también ha sido objeto de críticas y tachado por algunos de fantasioso⁸³).

Para Solazzi, este último caso de *stipulatio* de servidumbre sería el que explicaría lo que habría ocurrido en las provincias romanas, las *stipulationes* se habrían empleado para constituir relaciones con un contenido similar a las servidumbres y al usufructo, pero con un carácter obligatorio. Así pues, este autor considera que, en definitiva, nos encontramos, en este último caso, ante un subrogado obligatorio, a través del cual el acreedor podía obligar al deudor a soportar sobre su fundo el ejercicio de la facultad correspondiente al usufructuario o al titular de la servidumbre y, así pues, interpreta la expresión "*id efficere potest*" en Gai. 2, 31, como "la possibilità di conseguire i risultati economici dell'usufrutto e delle servitù"; la misma idea que habría sostenido también en su momento Vangerow.⁸⁴

Mucho más reciente en el tiempo es el estudio de Provera acerca de las *pactiones et stipulationes*. de acuerdo con este autor, la relación que surge de las *pactiones et stipulationes* no es más que un subrogado obligatorio, que utilizaría el esquema de las obligaciones *propter rem* y que habría resultado en

posesión de la cosa y, por tanto, en ambas está presente el requisito de la perturbación del *habere licere* sobre la cosa, lo que resulta imposible que se dé respecto de estos derechos, ya que se trataría de *res incorporales*. No obstante, parece desprenderse de su argumentación, la posibilidad de conseguir el mismo resultado a través de *stipulationes* penales y, como ejemplo, deberíamos tener en cuenta lo que sucedería en las provincias con las *pactiones et stipulationes*.

⁸³ Por ejemplo, MASCHI, C.A. *Contributi... cit.*, p. 279 ó BONFANTE, P. *Corso di diritto romano... cit.*, III, p. 110.

⁸⁴ VANGEROW, K.A. *Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg-Leipzig, 1863, p. 755 y ss.

sí un fenómeno completamente aislado y excepcional en el sistema clásico de los *iura in re aliena*, y que hallaría su razón de ser en la necesidad de satisfacer una exigencia individual y precisa.

Una vez superada la distinción entre suelo provincial y suelo itálico en la época posclásica, madurarían los presupuestos para que resultara posible una extensión de la esfera de aplicación de las obligaciones *propter rem*, poco usuales en el derecho romano, sobre todo en cuanto se refiere al campo reservado a las servidumbres, cuya disciplina, al tener en especial relevancia el criterio de la *utilitas*, habría impedido generalmente que los particulares recurrieran al esquema de los *iura in re aliena* para tutelar sus intereses de naturaleza permanente o tendencialmente permanente y solo de modo indirecto ligados a la utilización de un fundo. Sin embargo, ante esta tesis, cabe recordar que la doctrina ha excluido mayoritariamente la posibilidad de que, al menos en el derecho clásico, los particulares pudieran constituir libremente obligaciones *propter rem*⁸⁵.

Más recientemente, Santos Rojo se pronunciaba sobre la constitución de las servidumbres en las provincias y, tras estudiar y repasar las diferentes posturas de la doctrina en referencia a Gai. 2, 31, llegaba a la conclusión de que *pactionibus et stipulationibus* no se generaban más que relaciones obligatorias con un contenido similar al de una servidumbre o un usufructo; sobre todo si se tiene en cuenta que en la constitución participaría la *stipulatio*, que es fuente únicamente de obligaciones. La autora basaba sus conclusiones, además, en el hecho de que, al ser el suelo provincial de titularidad estatal, dicha titularidad quedaría menoscabada o violentada si se permitiera a los particulares poseedores la constitución de gravámenes sobre el suelo

⁸⁵ PROVERA, G. «Servitù prediali ed obbligazioni *propter rem*», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Milán, 1971, p. 15 a 48, es posible su consulta *online* a través de la página web de la *Rivista di diritto romano*: www.ledonline.it/rivistadirittoromano/proveraservitu.pdf
En contra de la posibilidad de crear obligaciones *propter rem* libremente, sobre todo, LONGO, C. *Corso di diritto romano. Obbligazioni*, Milán, 1936.

provincial. Por otra parte, apuntaba que no tendría demasiado sentido atribuir a la *stipulatio* una eficacia mayor en las provincias que en la propia Roma⁸⁶.

La teoría que contempla las *pactiones et stipulationes* como un subrogado obligatorio de un *ius in re aliena* (usufructo o servidumbre) ha sido considerada como extraña por parte de la doctrina y ha sido ampliamente criticada, ya que resulta difícil concebir una relación obligatoria actuando como subrogado de otra con carácter real y, por otra parte, parece que no permite explicar —o, como mínimo, parece no haber llegado a explicar— la relación existente entre el pacto y la *stipulatio*. Esta tesis del subrogado obligatorio nos parece totalmente insatisfactoria, en tanto que parece no tener demasiado en cuenta Gai. 2, 31. A nuestro entender, esta tesis fuerza el sentido literal del texto gayano y se centra únicamente en la figura de la *stipulatio* sin contemplarla en toda su potencialidad y sin otorgar relevancia alguna al pacto. Esta teoría se correspondería además con una visión negativa del pacto, donde éste es incapaz de generar acción⁸⁷.

Tampoco tiene en cuenta la práctica que podría haberse dado tradicionalmente en las provincias y cual hubiera sido el resultado de su contacto con la cultura jurídica romana: si realmente las *pactiones et stipulationes* hubieran dado lugar a una relación simplemente obligatoria, que cumpliera las funciones de un subrogado de una servidumbre o de un usufructo, parece ilógico que Gayo diga que es posible constituir, *ceteraque similia iura* e incluso tratar la cuestión de las *pactiones et stipulationes* en paralelo a la de la constitución de servidumbre o de usufructo por *mancipatio* o *in iure cessio*, hubiera sido más fácil que nos hablara de obligaciones cuyo contenido sería el mismo que el de una servidumbre o el de un usufructo, lo que no parece que sea la intención del jurista en el fragmento estudiado.

⁸⁶SANTOS ROJO, C. *La reserva... cit.*, p. 101 a 110.

⁸⁷ *Vid. supra*, capítulo. II, sección II, epígrafes 3.2 y 4.

4.2.2. Pactiones et stipulationes: el pacto revestido de una stipulatio.

Bonfante⁸⁸ considera que las *pactiones et stipulationes* serían una especie de *endiadis* para indicar el pacto revestido de una *stipulatio*: el pacto representaría la sustancia, es decir, el acuerdo o *conventio*, y la *stipulatio* la forma. Esta opinión parece bastante acertada, en el sentido de entender el binomio como un todo, la *pactio* no funcionaría sin la *stipulatio* y viceversa; además, resulta obvio que cualquier *stipulatio* encerraría en sí un pacto o acuerdo que las partes han versado en el contrato verbal. Ambas cosas están tan íntimamente unidas que contemplarlas por separado no tiene sentido. La estructura polivalente de la *stipulatio* permitiría además que, a través de ésta, se diera cobertura jurídica a situaciones que, en principio, no gozarían de tutela.

De acuerdo con Biondi⁸⁹, en las *pactiones et stipulationes*, la eficacia jurídica del acto se conecta o relaciona siempre con la *stipulatio*, ya que en este campo —ni siquiera desde el punto de vista del *ius praetorium*— el simple pacto es capaz de producir efectos, sin embargo, es necesario recurrir al acuerdo sustancial de voluntad para determinar si las partes habían querido constituir una simple relación obligatoria o una verdadera servidumbre.

La postura de Biondi parece criticable en cuanto se refiere al hecho de que el pacto, ni siquiera desde la perspectiva del derecho del pretor pudiera tener alguna clase de efecto, para lo cual habría sido necesario incorporar el pacto a una *stipulatio*. Sin embargo, parece que los juristas y, en cierta medida, el derecho pretorio tendieron a dar cierta relevancia a los pactos en determinadas ocasiones, ni que fuera a través de la vía de la *exceptio*. No podemos olvidar que la consitución de la hipoteca tiene lugar a través de la

⁸⁸ BONFANTE, P. *Istituzioni... cit.*, I, p. 341.

⁸⁹ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 248 y ss.

conventio pignoris; y concretamente en materia de servidumbres o de usufructo, parece que los pactos de las partes en relación al ejercicio de una determinada servidumbre también habrían recibido tutela pretoria⁹⁰. Es más, en cuanto se refiere a la relación entre pacto y *stipulatio*, en la interpretación de la *stipulatio*, autores como Knütel o Talamanca⁹¹ han mostrado cómo muchos juristas clásicos contemplaron la estricta forma de la *stipulatio* de un modo mucho más suave al que la romanística tradicionalmente acostumbraba y, con cierta moderación, llegaron a interpretar la *stipulatio* a la luz de los pactos que la acompañaban cuando, de los propios *verba*, no resultaba del todo clara la interpretación del contrato verbal, de ahí que no podamos menospreciar la figura del pacto tan fácilmente.

4.2.3. Pactiones et stipulationes: como pactos libres de forma y stipulationes poenae que cumplirían con una función similar a la stipulatio habere licere en la compraventa de cosas.

Mucho más acertadas nos parecen las opiniones de Kaser y d'Ors, que, más tarde, siguen autores como Knütel y La Rosa, que contemplan las *pactiones et stipulationes* como la conjunción de un pacto o acuerdo libre de forma y la *stipulatio poenae* que desempeñaría un rol similar al de la *stipulatio habere licere* en la compraventa. Actualmente parece posible afirmar que ésta sería la opinión mayoritaria en la doctrina romanista, como veremos a continuación⁹².

⁹⁰ Como se desprende especialmente de los trabajos de RICCOBONO, S. *Dies e condicio...* cit. y, con posterioridad en el tiempo, de CURSI, M.F. *Il modus...* cit. ó MANNINO, V. *Conventio e voluntas...*, entre otros.

⁹¹ KNÜTEL, R. *Stipulatio und Pacta...* cit., p. 201 y ss. y TALAMANCA, M. *Istituzioni...* cit., p. 564 y ss. Vid. Capítulo II, sección II, epígrafe 5.

⁹² A esta opinión, como desglosaremos a continuación, se adhieren destacados autores como Beseler, Voci, Arangio Ruiz, d'Ors o Kaser, entre otros.

De manera similar, se pronunciaban Sohm, Mitteis y Wenger en sus *Institutionen*⁹³, aunque comparando la función de la *stipulatio (poenae)* en las *pactiones et stipulationes* con la que cumplen en la promesa de matrimonio (*arrahae* en el derecho helénico), para estos autores, la "*pactio war das Entscheidende, nicht die Pönalstipulationen*".

Kaser considera que, sobre el suelo provincial, sería posible concebir la existencia de un derecho real con un contenido similar al de la propiedad ("Besitz- und Nutzungsrecht") y que habría sustituido al *dominium ex iure Quiritium* sobre este suelo. La constitución de las servidumbres tendría lugar a través de pactos libres de forma —que, como nos resulta conocido, no sólo en el suelo provincial, sino también para el *ius honorarium* (piénsese nuevamente en la *conventio pignoris*) resultaban idóneos para la constitución de derechos reales— acompañados de la *stipulatio "neque per te, neque per heredem tuum fieri, quo minus mihi ire agere liceat"*, *stipulatio* que cumpliría un rol similar a la *stipulatio habere licere* en la compraventa de cosas⁹⁴.

Sobre esta función de la *stipulatio* en las *pactiones et stipulationes* semejante a la que cumple la *stipulatio habere licere* en la compraventa de cosas corporales, ya se habría también pronunciado, en su momento, Rabel⁹⁵. Se trataría de una *stipulatio* que contendría, asimismo, la *mentio heredis* y, además, advierte que dicha *stipulatio* habría contenido generalmente una cláusula penal: "Dass es sich dabei um Begründung des *jus in re aliena*, nicht um eine sie bloß vorbereitende obligatorische Vereinbarung handelt, steht ebenso fest wie die Form des Aktes, der aus einem formlosen *pactum* und der

⁹³ SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatsrechts*, Berlin, 1949, p. 331 y 332.

⁹⁴ KASER, M. *RPR*, I, § 105 IV 2 a), p. 445, exactamente igual, FUENTESECA, P. *Derecho privado romano*, p. 141. Recientemente, MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 330 y ss.

⁹⁵ RABEL, E. *Die Haftung des Verkäufers...*, I, p. 60 y 61. Del mismo modo se pronuncia en *Zu den sogenannten prätorischen Servituten...*, p. 389 y ss.

Stipulation zusammengesetzt war: *per te* oder *neque per te neque per heredem tuum fieri, quominus mihi (v.gr. ire agere) liceat*, meist mit dem Strafversprechen: *si adversus ea factum sit, tantum dari...* Das *pactum*, zugleich ein dingliches und ein Kausalgeschäft darstellt, und wobei der Wortlaut der Stipulation lediglich Wirksamkeit gegen den Veräußerer und dessen Erben erwarten ließe, der ganze Vorgang aber nach der Aussage der Quellen gegenüber jedermann dingliche Geltung besaß. Steht so viel fest, und erfährt dadurch die über die Rolle der *stipulatio habere licere per se* beim Kaufe körperlicher Sachen versuchte Anschauung in noch zu erörternden Grenzen eine Bestätigung, so kann man auch ungefähr Ideengang erraten, der diese Wirkung zur Reife brachte".

Según d'Ors⁹⁶, en la constitución de servidumbres en suelo provincial *pactionibus et stipulationibus*, la servidumbre se habría constituido a través de un convenio escrito. A través de este modo de constitución, el pacto podría tener una eficacia real, pero negativa, en el sentido de que sólo daría lugar a una excepción a hacer valer frente al eventual ejercicio de la acción negatoria —lo que no resulta del todo descabellado, si se contempla como un primer estadio de la defensa del derecho a través de la *exceptio pacti vel doli*, pues estamos frente a un pacto y, como es sabido, *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (D. 2, 14, 7, 4 Ulp. 4 *ad ed.*)— y la *stipulatio* tendría un efecto obligacional, pero positivo, en cuanto da lugar a la *actio ex stipulatu*, y además transmisible ("*neque per se neque per heredem suum fieri quo minus ire agere possit*"). Estos dos efectos se habrían complementado y, desde la óptica del derecho provincial, no habría existido inconveniente en aceptar este método de constitución de derechos reales. El mismo autor contempla la posibilidad de que en muchos casos estas *stipulationes* incorporaran alguna pena convencional.

⁹⁶ D'ORS, A. *Derecho privado romano*, p. 260. Similarmente, ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 70 y ss.

En sintonía con estas opiniones está Knütel⁹⁷, quien al tratar el ámbito de aplicación de la *stipulatio poenae*, se refiere a su utilización en la constitución de servidumbres sobre el suelo provincial, a través de pactos libres de forma y una forma estipulatoria de acuerdo con el siguiente modelo: *neque per te neque per heredem tuum fieri quo minus mihi ire agere liceat*, a través de la cual el estipulante se aseguraba el ejercicio de la servidumbre. Esta *stipulatio* que, de acuerdo con este autor, también se habría utilizado para constituir servidumbres sobre suelo itálico en el derecho clásico, incluía en la mayoría de los casos una pena convencional del tipo "*si adversus ea factum sit, centum dari?*".

Con independencia de que la eficacia de las *pactiones et stipulationes* sea real u obligatoria, hay que tener especialmente en cuenta en su estudio que éstas van a producir sus efectos, no en la esfera del *ius civile*, sino en la del derecho pretorio, donde nos consta que a determinados acuerdos, como es el caso de la *conventio pignoris*, se les reconoce eficacia real. Según Talamanca, la eficacia real derivaría de la *pactio*, mientras que la *stipulatio* tendría la finalidad de garantizar dentro del plano obligatorio el ejercicio del derecho creado en el acuerdo, configurando lo que denominamos como "*stipulatio de ejercicio*"⁹⁸. Gayo habría hecho referencia, con esto, a la estructura que normalmente habría tenido en la práctica el negocio con el que se constituían las servidumbres y el usufructo sobre los fundos provinciales, sin querer por ello afirmar que la *stipulatio* fuera necesaria para que se produjera la eficacia real. Este mecanismo también podría haberse aplicado sobre el suelo itálico; sobre todo pensando en determinados supuestos, como son la propiedad de los *peregrini*, la propiedad bonitaria, el vectigalista o el superficario, donde no era posible constituir el usufructo o cualquier servidumbre a través de los mecanismos del *ius civile*, debido a esto seguramente el pretor habría

⁹⁷ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 41 y 42.

⁹⁸ Siguiendo la denominación que utiliza GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 197, nt. 10.

proporcionado algún tipo de tutela para el usufructo y la servidumbre constituida por un sujeto diferente al *dominus ex iure Quiritium*.⁹⁹

Sin duda, al paso de las palabras de Talamanca, que las *pactiones et stipulationes* tuvieran una eficacia jurídico real o simplemente obligatoria es una cuestión que habría dependido del pretor y de la tutela que este hubiera proporcionado a las relaciones consituida *pactionibus et stipulationibus*. En este sentido, para Lenel¹⁰⁰ el edicto provincial y el edicto del pretor urbano habrían disfrutado, en principio, de la misma estructura y habrían tratado los mismos temas, pero el misterioso edicto provincial habría contenido algunas disposiciones específicas que no se encontraban en el edicto de Roma, entre las cuales, se hallaría la formula relativa a la tutela de las servidumbres *pactionibus et stipulationibus constitutae*. Similarmente, d'Ors considera que el Edicto provincial debió de haber consistido en una adaptación del Edicto de Roma a las necesidades de las provincias, pero posiblemente no constituyó un edicto general para todas las provincias o alguna de ellas¹⁰¹.

⁹⁹ TALAMANCA, *Istituzioni... cit.*, § 99, p. 467 y ss.

¹⁰⁰ LENEL, O. *EP*, p. 4 y ss.

¹⁰¹ En contra de esta teoría, MARTINI, R. *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano, 1969, p. 79-80, basándose en la disparidad de opiniones existentes, aunque reconoce que la mayoría de autores que han estudiado el tema se muestra a favor de la posibilidad de que el edicto provincial sancionara las relaciones *pactionibus et stipulationibus* constituidas: "Non mi si darà dunque torto —credo— se giudicherei quanto meno arrischiato rifarsi alla ipotesi per niente pacifica di una apposita tutela edittole delle servitù costituite *pactionibus et stipulationibus* sui fondi provinciali, per argomentarne intorno all'esistenza di un autonomo editto provinciale". En cualquier caso, Martini no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión que nosotros tratamos, sino que la contempla colateralmente, como uno de los argumentos determinantes de la existencia o no de un único y general edicto provincial. Véase asimismo la recensión a esta obra de D'ORS, A. en *AHDE*, 40 (1970), p. 757 a 759, en la que expresa que las conclusiones negativas de Martini, acerca de la inexistencia de un edicto provincial común a todas las provincias, le parecen aceptables, pero no persuasivas y, en lo que respecta al derecho material que se aplicó en las provincias —cuestión que nos interesa especialmente para nuestra investigación— consideraba que debieron aplicarse "los usos o tradiciones locales, completadas, conformadas, y también unificadas en parte, por modelos urbanos (incluyendo los preceptos del edicto urbano no formalmente promulgado, pero sí conocido en forma de libro de derecho)". No obstante, como tendremos oportunidad de observar más adelante, en el capítulo VI, epígrafe 5.2.1, este autor considera que la existencia de un único edicto para todas las provincias o de diversos edictos específicos para cada una de ellas es una cuestión totalmente independiente de la relativa a si se aplicó o no el procedimiento formulario en las provincias. Así, parte de que este procedimiento nunca llegó a aplicarse en las provincias y, en consecuencia, niega la existencia de una *actio*

A pesar de las diversas opiniones e hipótesis que puedan formularse acerca de la inclusión o no de la tutela de las servidumbres y del usufructo constituidos *pactionibus et stipulationibus*, será ésta una cuestión a estudiar partiendo de las fuentes que nos han llegado sobre dicho tema, pero de lo que no cabe duda a nuestro entender es que, como mínimo, en cuanto a las provincias y para los habitantes de éstas, las relaciones de este modo constituidas eran auténticas servidumbres o usufructos y parece ser que, para Gayo tampoco cabía duda de que así era (Gai. 2, 31); de otro modo, no las hubiera mencionado a continuación de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, al hablar de la constitución de servidumbres y de usufructo, situándolas prácticamente en un mismo plano. Gayo hubiera podido referirse a las *pactiones et stipulationes* en otra sede o darnos a entender que las relaciones constituidas mediante dicho modo son totalmente diferentes a las constituidas a través de *mancipatio* o *in iure cessio*, pero no lo hace. En cualquier caso, consideramos que resulta innegable que, del fragmento parece desprenderse todo lo contrario a esta idea. Lo que Gayo está claramente expresando, a nuestro entender, es que llegamos a obtener el mismo resultado, es decir, la constitución de una servidumbre o de un usufructo, aunque a través de vías diversas —*mancipatio*, *in iure cessio* ó *pactiones et stipulationes*—, según donde nos encontremos —en Roma o en las provincias.

in rem en provincias similar a la *vindicatio rei*, con lo cual también se descartaría la existencia de otras acciones reales que se construyen sobre la base de la *vindicatio*, como sería la *vindicatio servitutis*. Vid. D'ORS, A. «Sobre las pretendidas acciones reales *in factum*», en *Iura*, 20 (1969), p. 60 y ss. Más recientemente, se ha tratado de nuevo el edicto provincial, en la reconstrucción palingenésica de VALIÑO, E. *El comentario de Gayo al edicto provincial*, Valencia, 1979, en el que el autor, ratifica la opinión de su maestro, d'Ors, sobre la naturaleza del edicto provincial, como adaptación del edicto urbano a las necesidades de las provincias y no como un edicto único y general a todo el ámbito provincial, el edicto urbano, además, habría constituido el libro-modelo que el gobernador de la provincia habría seguido en el momento de resolver los litigios, que no se tramitarían a través del procedimiento formulario, sino por la vía de la *cognitio* adaptada a las costumbres y usos de la provincia en cuestión (p. 12).

La dificultad que encuentra la romanística para llegar a esta misma conclusión deriva de: la presencia de la *stipulatio* en este modo de constitución, y el hecho de que, en el sistema negocial romano, ésta siempre produjo efectos obligatorios, mientras el simple acuerdo o *pactio* no permitía transmitir el derecho de propiedad, sin olvidar el peso de la idea, mayoritariamente sostenida, de que los pactos en el derecho clásico no eran capaces de constituir relaciones jurídicas, sino que habrían gozado de una mera eficacia extintiva.

Sin embargo, y en cuanto a las provincias se refiere, cabría tener además en cuenta la práctica que en ellas existía referente a la constitución de las servidumbres y del usufructo. Así, por ejemplo, para el derecho griego y parece que exactamente lo mismo habría ocurrido en cuanto a Egipto, el simple pacto sí habría sido capaz de constituir una servidumbre o un usufructo¹⁰². Y esta práctica se habría encontrado tan arraigada en los habitantes de las provincias que hubieran seguido recurriendo a ella aunque bajo la influencia romana, si bien adecuando sus prácticas a las propias del pueblo romano, de ahí que pueda explicarse la presencia de la *stipulatio*, auténtica vía de unificación del imperio como advertía Riccobono¹⁰³.

¹⁰² En este sentido se manifiestan: COLLINET, P. *Études historiques sur le Droit Justinien, I (Le caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident)*, París, 1912, p.161 y ss, magnífica y llena de razón nos parece la afirmación que hace este autor en su época sobre la constitución de servidumbres en el derecho griego a través de pactos y su comparación con lo que ocurre en el derecho romano: "Faire naître le droit réel de servitude d'un échange de volontés dans des actes spéciaux de transfert, est une notion qui dérive directement des concepts juridiques grecs, si proches du droit français moderne et si différents des concepts romains, simplistes, concrets archaïques, d'après lesquels de domain du transfert des droits réels est absolument séparé du domain de la formation des contrats". También se basaría en BÉAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne, III (Le droit de propriété)*, París, 1897, p. 171 a 173. MASCHI, C.A. *Contributi...*, p. 280 en la que recoge las opiniones de RICCOBONO, S. *Dies e condicio...*, p.343. Más recientemente, Martini también se ha manifestado sobre la posibilidad de constituir, al menos, servidumbres a través de pactos en el derecho griego en *Diritti greci*, Bolonia, 2005, p. 127 a 129. La misma opinión, pero con algunas reservas, manifiesta RABEL, E. *Zu den sogennanten prätorischen Servituten... cit.*, p. 390 y recoge las afirmaciones de Eger, en cuanto a la constitución de servidumbres en el derecho egipcio, EGER, *Zum ägyptischen Grundbuchwesen in römischer Zeit, Untersuchungen auf Grund der griechischen Papyri*, Leipzig-Berlin, 1909, p. 53 y ss.

¹⁰³ RICCOBONO, S. voz «Stipulatio», en *NNDI*, XVIII, Turín, 1971, p. 446.

En plena sintonía con las conclusiones hasta aquí planteadas, se encuentra La Rosa. Es de especial interés para nuestro estudio, un artículo publicado en la revista *Labeo*¹⁰⁴. En él, se hace especial hincapié en la falta de atención que la doctrina romanista ha venido otorgando a una obra elemental como la Paráfrasis de Teófilo, cuando se trata de estudiar la figura de las *pactiones et stipulationes*.

Concretamente, esta autora echa en falta un estudio más atento de la *Paraph. ad Inst. 2, 3, 4*, fragmento a través del cual llega a plantearse una serie de hipótesis novedosas muy interesantes en cuanto al ámbito de aplicación de la institución que tratamos y al verdadero sentido de la fuente estudiada:

*Theoph. ad Inst. 2, 3, 4*¹⁰⁵:

<p>25 ἔχει οἰκίαν ἢ ἀγρόν. 4. Ὁ δὲ βουλόμενος τῷ γείτονι παρα- χωρῆσαι δουλείαν διὰ συμφώνων καὶ¹¹⁾ ἐπερωτήσεων τοῦτο¹²⁾ δύναται ποιεῖν. συμφώνου γὰρ γενομένου περὶ τοῦ παραχωρη- θῆναι τὴν δουλείαν, ἐπερωτᾷ ὁ μέλλων λαμβάνειν κατὰ παρα- χώρησιν ὁμολογεῖς ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ 30 δουλείᾳ; εἰ δὲ μὴ ἐμμένῃς ὁμολογεῖς διδόναι μοι¹³⁾</p> <p>λόγῳ προστίμου νομίσματα ἔκατον; δύναται δὲ καὶ ἐν διαθήκῃ τὸν ἴδιόν τις¹⁾ κληρονόμον καταδικάζειν λέγων· κατα- δικάζω σε, ὡ κληρονόμῃ, μὴ ἀνυψοῦν σε τὰ οἰκήματα, ἵνα μὴ καταβλάψῃς τῆς γειτνιαζούσης οἰκίας τὸ φῶς. 5 ἢ καταδικάζω σε, ὡ κληρονόμῃ, ὥστε σε ἀνέχεσθαι τοῦ γείτονος βουλομένου ξύλον ἐπιτιθέναι κατὰ τοῦ σοῦ τοίχου²⁾, ἢ τοὺς σταλαγμοὺς ἐκπέμπειν τὸν γεί- τονα κατὰ τῶν σῶν δωματίων ἢ, ἵνα ἀνάσχῃ τὸν ἀγρογεῖτονα³⁾ τὴν τοῦ ἴτερ δουλείαν ἢ τοῦ⁴⁾ actus 10 ἔχειν κατὰ τοῦ σοῦ ἀγροῦ ἢ ὕδωρ ἔλκειν ἐξ αὐτοῦ ἐπὶ τὸν ἴδιον ἀγρόν. ὥστε οὖν συνίσταται ἡ δουλεία πράκτοις καὶ ἐπερωτήσεσι ἢ⁵⁾ ἐν διαθήκῃ.</p>	<p>4. uel fundum habeat. 4. Qui uicino uelit ius aliquod con- stituere pactionibus et stipulationibus id facere potest. pacto enim facto de seruitute constituenda, is cui ea ce- denda est ita stipulatur: spondesne cessam seruitu- 25 tem seruare? sin autem minus, spondesne dare mihi poenae nomine aureos centum? potest et in testa- mento suum heredem quis ita damnare: damno te, heres, aedes altius non tollere ne aedium uicinarum lu- minibus officias. uel damno te, heres, ut uicino permittas tignum in parietem tuum, si uelit, im- 5 mittere uel stillicidium in aedes tuas conuertere uel ut sinas uicinum iter uel actum in tuo agro ha- bere uel aquam ex tuo in suum agrum ducere: ita- que constituitur seruitus pactis et stipulationibus uel testa- 10 mento.</p>
--	--

De acuerdo con La Rosa, de este fragmento de la Paráfrasis se pueden extraer diversas conclusiones acerca de las *pactiones et stipulationes* que trataremos de resumir a continuación.

¹⁰⁴ LA ROSA, F. *Pactionibus et stipulationibus...* cit., p. 27 y ss.

¹⁰⁵ FERRINI, C. *Institutionum Graeca Paraphrasis...* cit., p. 123 y 124.

En primer lugar, parece que las *stipulationes* que aparecen en el fragmento podrían considerarse como una *stipulatio* de ejercicio y otra que incluye una pena convencional —sin duda lo que ya había advertido parte de la doctrina, como d'Ors o Knütel, entre otros—. En el caso de la primera *stipulatio*, en la que se hace una referencia genérica a la servidumbre, se puede apreciar cuál habría sido el contenido del acuerdo previo, es decir la indicación del tipo de servidumbre de qué se trataría y las particularidades de ésta (colocación, amplitud, etc.¹⁰⁶) además de otros acuerdos particulares¹⁰⁷.

Así pues, del texto de Teófilo se desprende un uso plural de *pactiones et stipulationes* y no se trataría, como muchos autores han defendido, de un pacto revestido de la fórmula de una *stipulatio*, sino de diversos actos con su correspondiente contenido, pero dirigidos a la consecución de un determinado resultado y por ello han de ser considerados unitariamente.

¹⁰⁶ En este sentido, *vid.* BARRIENTOS GRANDÓN, J. *Servitus viae en Hispania... cit.*, p. 79 y ss. Como hemos expresado anteriormente, en este artículo, el autor se ocupa del estudio de una inscripción sobre una piedra de mina relativa a una servidumbre de vía, constituida seguramente *pactionibus et stipulationibus*, donde el pacto viene a determinar la anchura de la vía constituida.

¹⁰⁷ *Ad ex.*, D. 8, 1, 13 pr. (Iav. 10 ex Cass.): *Si tam angusti loci demonstratione facta via concessa fuerit, ut neque vehiculum neque iumentum ea inire possit, iter magis quam via aut actus adquisitus videbitur: sed si iumentum ea duci poterit, non etiam vehiculum, actus videbitur adquisitus.*

D. 8, 3, 13, 1 (Iav. 10 ex Cass.): *Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glaebae serviant, aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est: modo determinabitur et qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit, ceterae partes agri liberae sunt: igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet.*

D. 8, 3, 13, 2 (Iav. 10 ex Cass.) : *Latitudo actus itinerisque ea est, quae demonstrata est: quod si nihil dictum est, hoc ab arbitro statuendum est. in via aliud iuris est: nam si dicta latitudo non est, legitima debetur*

D. 8, 3, 13, 3 (Iav. 10 ex Cass.): *Si locus non adiecta latitudine nominatus est, per eum qualibet iri poterit: sin autem praetermissus est aequae latitudine non adiecta, per totum fundum una poterit eligi via dumtaxat eius latitudinis, quae lege comprehensa est: pro quo ipso, si dubitabitur, arbitri officium invocandum est.*

La Rosa se muestra crítica con la traducción latina del fragmento de Ferrini. En el fragmento en griego se utiliza un participio aoristo pasivo en relación con la servidumbre, *παραχωρηθείσης*; se trataría de acuerdo con esto, de una *servitus cessa*. Este verbo aparece dos veces repetidos y substantivado (*λαμβάνειν κατά παραχώρησιν*) lo que hace pensar que se trate de un término técnico que no se pueda sustituir por ningún sinónimo. Estos términos equivaldrían a los latinos "cedere" y "cessio", de acuerdo con la autora, sin embargo, en la traducción de Ferrini, no se utiliza el término "cedere", sino "constituere", cuyo valor o significado no se corresponde exactamente con el término usado en el original griego.

El uso de dicho verbo en la fórmula de la *stipulatio*, que como decíamos se refiere a una *servitus cessa*, nos permite pensar que el expediente utilizado por los juristas romanos para conseguir la eficacia real de las *pactiones et stipulationes* era, como ocurre en muchos otros casos en el *ius honorarium*, el uso de una ficción. En este supuesto concreto, en la *stipulatio* de ejercicio se realizaba una afirmación en relación con la servidumbre, como si ésta ya hubiera sido cedida, es decir, ya se hubiera producido la *in iure cessio* de la servidumbre. Ficción que solucionaba de algún modo el problema de la constitución de la servidumbre a través de *in iure cessio*, hecho que no podía tener lugar en las provincias como se indica en Gai. 2, 31.

Sin embargo, a nuestro parecer, esta opinión parece criticable, ¿por qué razón debería recurrirse al expediente de la ficción, para fingir un hecho, como sería que ha tenido lugar la *in iure cessio*; lo que en ningún caso es exigible que se dé, al menos desde el punto de vista del suelo provincial? De acuerdo con García Garrido¹⁰⁸, la ficción jurídica tiende a corregir una realidad concreta para

¹⁰⁸ GARCÍA GARRIDO, M.J. «Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano», en *AHDE*, 27-28 (1957-1958), p. 305 a 342, el fragmento que reproducimos se encuentra en la p. 323. Este autor es, además, partidario de hablar únicamente de ficción, en derecho romano, en aquellos casos en los que las fuentes claramente expresan el recurso a la *fictio*, pues resulta muy difícil señalar límites entre la ficción y otros recursos de técnica jurídica. Acerca de la ficción, *vid.* COLACINO, V. voz «Fictio iuris», en *NNDI*, VII, Turín, 1961, p. 269

posibilitar la aplicación de una norma a casos en los que dicha aplicación no sería posible. Esta actividad se caracteriza por ser un acto de autoridad y, por lo tanto, quedar reservado al pretor o al legislador; de ahí que la jurisprudencia no pueda hacer uso de la ficción en vía interpretativa, aunque sí pueda inspirar o hacer ver que es necesaria su aplicación en determinados supuestos. Así pues, el uso de la *fictio* por la jurisprudencia, en el sentido anteriormente expuesto, no es más que una referencia a la ficción pretoria o a la legal y, en cualquier caso, el recurso a la *fictio* en ámbito pretorio, de acuerdo con muchos autores, es bastante normal, pero eso no implica que se recurra a ella de modo indiscriminado. En palabras de García Garrido: "el pretor sólo se sirve de la ficción como recurso excepcional impuesto por especiales circunstancias". No parece, por tanto, que en el caso estudiado deba hablarse de una ficción.

Pero el ámbito de aplicación de las *pactiones et stipulationes* no se limitó, de acuerdo con La Rosa, al suelo provincial. A diferencia de las hipótesis planteadas por la mayor parte de la doctrina romanista que se muestra favorable a la idea de la aplicación de las *pactiones et stipulationes* fuera del ámbito provincial, según la cual, las *pactiones et stipulationes* se habrían aplicado en un primer momento en las provincias, de donde pasaron a aplicarse sobre suelo itálico, en determinados casos, para La Rosa el *iter* recorrido por las *pactiones et stipulationes* habría sido el inverso: este modo de constitución se habría aplicado, de modo primerizo, sobre suelo itálico para aquellos supuestos donde no existía un *dominium ex iure Quiritium* (propiedad de los *peregrini* y la propiedad bonitaria) y, por tanto, no era posible la constitución de las servidumbres a través de *mancipatio* o *in iure cessio*. Una vez admitida la utilización de esta ficción en el *ius honorarium*, se extendió su uso a las provincias romanas¹⁰⁹. Como veremos a lo largo de este trabajo, no nos resulta

a 271. Recientemente, MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M.L. *Régimen jurídico de las presunciones en el derecho romano*, Madrid, 2008, p. 48 y ss. distingue la *fictio iuris* de las presunciones.

¹⁰⁹ A esta opinión se ha sumado, recientemente, RANDAZZO, S. «*Servitus iure imposita. Destinazione del padre di famiglia e costituzione "ipso iure" della servitù*», en *RDR*, 2 (2002), p. 289 y ss; disponible *online*:

creíble que una situación como la descrita por La Rosa sucediera, habría sido mucho más lógico que este modo de constitución se gestara en la práctica habitual, como consecuencia de la paulatina inaplicación de los actos formales del *ius civile* necesarios para la constitución de las servidumbres prediales¹¹⁰.

5. Conclusiones

Hemos iniciado este capítulo con una referencia a la principal fuente jurisprudencial que conservamos y que expresamente menciona las *pactiones et stipulationes*: Gai. 2, 31. Cualquier estudio sobre la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus* creemos que debe partir de esta fuente, ya que nos muestra cómo, en época clásica, se encontraría plenamente consolidado el uso de las *pactiones et stipulationes* (al menos en ámbito provincial). Además, se trataría de una obra perteneciente a la época clásica del derecho, que no presenta las alteraciones que, sin embargo, encontramos en el Digesto. Esta primera aproximación a Gai. 2, 31 ha de completarse a través de la lectura que ofreceremos más adelante, en el capítulo V, epígrafe 2.

El carácter eminentemente práctico y didáctico de las *Institutiones* de Gayo serían las razones por las que este jurista no nos transmitió, en esta sede, en qué consistiría este modo de constitución de las servidumbres y del usufructo. Como consecuencia de esto, la doctrina ha planteado una multitud de lecturas de dicho texto.

A través de Gayo, podemos saber que, sobre suelo provincial no sería posible constituir servidumbres ni usufructos mediante los actos formales del *ius civile*, es decir, la *mancipatio* y la *in iure cessio*; y que, debido a ello, en las

<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano02randazzo.pdf>

¹¹⁰ Vid. Capítulo VI, epígrafe 2.1.

provincias, los particulares recurrían a las *pactiones et stipulationes*. El suelo provincial habría sido considerado de dominio público y los particulares no podrían disfrutar del *dominium ex iure Quiritium* sobre él, a diferencia de lo que ocurría en el caso del suelo itálico. Sobre el suelo provincial, los particulares habrían gozado de la *possessio vel usufructus*, según indica el mismo Gayo (Gai. 2, 7), si bien el contenido de esa *possessio vel usufructus* se asemejaba materialmente a la propiedad civil sobre los fundos itálicos.

Debido a lo escueto del texto gayano, nos surgen irremediamente una serie de interrogantes acerca de las *pactiones et stipulationes*, como sería su naturaleza como negocio complejo o bien dos actos constitutivos independientes; la naturaleza jurídica de la relación resultante de las *pactiones et stipulationes*; el tipo de tutela que se hubiera dispensado a la servidumbre o al usufructo de este modo constituidos, etc.

Hemos intentado reflejar brevemente la evolución o tendencias que, entorno al estudio de la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, puede observarse en la doctrina; partiendo de las obras más antiguas, en las que predomina una visión interpolacionista del no muy abundante número de textos relativos a este tipo de constitución, a obras a partir de los años 50 que intentan aproximarse a los textos jurisprudenciales con una visión no tan restrictiva y aportan una nueva interpretación de aquéllos.

En relación con los diferentes planteamientos doctrinales sobre la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, hemos podido observar cómo, pese a una inicial tendencia a considerar que *pactiones et stipulationes* en Gai. 2, 31 serían dos actos constitutivos distintos, actualmente esta teoría, que encontraba justificación en algunas fuentes jurisprudenciales, estaría prácticamente abandonada¹¹¹ y se acepta que las *pactiones et*

¹¹¹ A excepción de algunos autores actuales, que se han interesado nuevamente por esta cuestión: BASILE, R. *Pactionibus et stipulationibus...cit.*, p. 343 y ss. FINKENAUER, T.

stipulationes hacen referencia a un negocio complejo en el que participan ambas entidades.

La cuestión de la estructura, funcionamiento de las *pactiones et stipulationes* se encuentra normalmente ligada a la de la eficacia de la relación jurídica de este modo constituida. Las opiniones suelen dividirse según se considere que la situación jurídica derivada de las *pactiones et stipulationes* tiene eficacia real u obligacional. Creemos que esta cuestión debe enfocarse desde el punto de vista del derecho del pretor y no del *ius civile*. Actualmente parece predominar una visión de las *pactiones et stipulationes* como un negocio complejo en el que participan pactos libres de forma relativos a al servidumbre que se pretende constituir, y de los que se desprendería al eficacia jurídico-real, acompañados de *stipulationes poenae* que cumplirían una función similar a la *stipulatio habere licere*. Esta visión se correspondería con un nuevo planteamiento en el sí de la doctrina acerca de la función y el alcance que tuvieron los pactos en el derecho romano; así generalmente, suele compararse el supuesto de las servidumbres o del usufructo constituidos *pactionibus et stipulationibus* con el caso de la *conventio pignoris*, un pacto con eficacia real. Frente a esta visión, existirían otras opiniones tradicionales que defienden que nos encontraríamos ante un pacto relativo al contenido de una servidumbre o de un usufructo, que se ha volcado en una *stipulatio*; o como un negocio complejo que da lugar únicamente a una relación obligatoria y, por tanto, a entender que la relación jurídica constituida *pactionibus et stipulationibus* da lugar a un subrogado obligatorio de una servidumbre o de un usufructo.

Tendremos oportunidad de ver con más detalle el alcance de estas interpretaciones doctrinales, cuando nos ocupemos de la exégesis de los textos que se refieren a las *pactiones et stipulationes* en el capítulo V.

Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit., p. 360 y ss.

CAPÍTULO IV

**Cuestiones previas a tener en cuenta en
la constitución de las servidumbres
*pactionibus et stipulationibus***

1. Preliminar

En el capítulo anterior nos hemos ocupado de estudiar, a partir de la principal y más antigua fuente que nos da noticia de las «*pactiones et stipulationes*» Gai. 2, 31, las diferentes interpretaciones y posturas de la doctrina romanista entorno a las *pactiones et stipulationes* como modo de constitución de las servidumbres y del usufructo en el derecho romano, especialmente en el derecho clásico, y no únicamente en lo que respecta a su aplicación en suelo provincial.

Antes se abordar un estudio de las *pactiones et stipulationes* a partir del resto de las fuentes en las que podemos encontrar referencias, tema del que nos ocuparemos especialmente en el capítulo V, consideramos oportuno traer a colación algunos aspectos a tener en cuenta con carácter previo al estudio de la constitución *pactionibus et stipulationibus* de las servidumbres y del usufructo, y que nos permiten entender e incluso justificar por qué motivos el uso de este modo de constitución debió gozar, en su momento, de una amplia difusión e incluso aplicarse más allá del ámbito provincial.

En este sentido, nos referiremos a la naturaleza jurídica del suelo en el que se habría empleado las *pactiones et stipulationes* y a las diferentes situaciones dominicales que pueden darse sobre estos, situaciones en las que difícilmente podría haberse constituido una servidumbre conforme a los modos propios del *ius civile*.

2. Cuestiones previas a tener en cuenta en la constitución de las servidumbres *pactionibus et stipulationibus*: régimen jurídico del suelo provincial y del suelo itálico en relación con la constitución de servidumbres.

2.1. Régimen jurídico del suelo provincial: la denominada propiedad provincial (Gai. 2, 7: *possessio vel usufructus*).

Como comentábamos en el capítulo anterior, sobre el suelo provincial no habría sido posible la constitución de las servidumbres ni del usufructo a través de los modos propios del *ius civile* —desarrollados en el capítulo I¹—, pues por regla general y al igual que sucedía con el más antiguo *ager publicus*, los territorios situados en las provincias fueron considerados de dominio estatal, concretamente una *res publicae in pecunia populi* y, en consecuencia, no habrían sido susceptibles de ser objeto de *dominium ex iure Quiritium* por parte de los particulares, (*dominium* que se reservaba a los ciudadanos romanos y sólo podía recaer sobre los fundos sites en suelo itálico) de la misma manera, en consecuencia con esta idea, no podrían haber recaído sobre él otras instituciones propias del *ius civile*:

Gai. 2, 21: *In eadem causa sunt provincialia praedia, quorum alia estipendiaria, alia tributaria uocamus: stipendiaria sunt ea, quae in his prouinciis sunt, quae propriae populi Romani esse intelleguntur; tributaria sunt ea, quae in his prouinciis sunt, que propriae Caesaris esse creduntur.*

Gai. 2, 27: *Praeterea admonendi sumus, quod ueteres dicenbant soli Italici nexum esse, prouincialis soli nexum non esse, hanc habere significationem: solum Italicum mancipi esse. Aliter enim ueteri lingua actus uocatur, et quod illis nexus, idem nobis est mancipatio.*

¹ Vid. Capítulo I, epígrafe 4.1.

Sin embargo, pese a esa especial condición del suelo provincial, que lo convertía en un suelo no susceptible de *mancipatio* ni de *in iure cessio*, no parece razonable considerar que no fuera posible constituir ningún tipo de derecho real parciario —al menos desde un punto de vista diferente al *ius civile*— como algunos autores han defendido², e intentar anihilar o vaciar de contenido la posesión que los particulares tenían sobre los predios provinciales. Sobre todo no podemos compartir esta visión defendida por algunos autores, en tanto que las fuentes de que disponemos claramente expresan que era posible constituir una servidumbre o un usufructo *pactionibus et stipulationibus* (Gai. 2, 31) y, por otra parte, dejan una clara constancia del uso de la *traditio* en ámbito provincial o el pleno funcionamiento de la *longi temporis praescriptio*, precisamente de origen provincial y que gozará de plena vigencia en época justiniana.

Conforme a esta especial situación del suelo provincial descrita por Gayo en sus *Institutiones*, a los particulares³ sólo se les podía conceder o reconocer una situación subjetiva "dominical" que no consistiría en lo que conocemos como propiedad civil o *dominium ex iure Quiritium*, pero que sin embargo se le aproximaría, ya que para construir la idea de "propiedad provincial" de los particulares (entre ellos de los ciudadanos romanos que no residen en suelo itálico) debieron recurrir a aquellos elementos propios de su derecho (el

² *Ad ex.*, SOLAZZI, S. *Requisiti...*p. 109 y 110. BONFANTE, P. «Sui contractus e sui pacta», en sus *Scritti... cit.*, p. 146 y 147.

³ En cuanto a la posición jurídica de los habitantes de las provincias, cabe destacar que podían tratarse de ciudadanos romanos, latinos, miembros de ciudades o comunidades autónomas que se regirían por su propio derecho nacional (*peregrini qui sui legibus utuntur*) o los *peregrini nullius civitatis*, estos últimos y las relaciones entre estos diferentes sujetos de derecho se regirían a través del *ius gentium*, aunque el derecho local es utilizado a menudo para establecer normas o reglas de solución de conflictos en la determinación del derecho aplicable (derecho romano o derecho local). Sobre este tema *vid.* MIQUEL, J. *Derecho privado romano*, capítulo II, p. 66 y ss., así como la bibliografía citada en dicho capítulo.

derecho romano) pero intentando adecuarlos (o compatibilizarlos) a las prácticas y especificidades del suelo provincial.

Así pues, los particulares que habitaban las provincias habrían disfrutado sobre el suelo de una situación de carácter posesorio a la cual se hace referencia en las fuentes como *possessio vel usufructus*⁴ y que se ha denominado “propiedad provincial”, y que, aunque fuera formalmente diferente del *dominium ex iure Quiritium*, presentaba un contenido que permite relacionarla con la idea de propiedad.

Gai. 2, 7: Sed in prouinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usufructum habere uidemur; utique tamen, etiamsi non sit religiosum, pro religioso habetur: item quod in prouinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur.

De acuerdo con los anteriores fragmentos de las *Institutiones* de Gayo, al no ser susceptible de *mancipatio* ni de *in iure cessio*, el suelo provincial y al quedar, así pues, sustraído a la propiedad quiritaria, para que pudiera producirse una transmisión *inter vivos* de las situaciones *dominicales*⁵ existentes sobre estos, debía recurrirse, de manera exclusiva, a la *traditio*, ya que, por otra parte, tampoco era posible su adquisición a través de *usucapio* — aunque sí a través de la *longi temporis praescriptio*—, uno de los modos de adquisición originaria del *dominium ex iure Quiritium*, al tratarse de una *res*

⁴ *Vid. Gai. 2, 7.*

⁵ Entiéndase aquí que nos referimos a situaciones con un contenido muy similar al del *dominium ex iure Quiritium*, pero que en ningún caso constituyen supuestos de propiedad civil.

*inhabilis*⁶. A la transmisión de estas situaciones existentes sobre suelo provincial se refiere *Theoph. ad I. 2, 1, 40* y compara las diferencias de régimen jurídico del suelo en el derecho de la época clásica con la situación de total equiparación entre el suelo provincial y el itálico que se vive en su época⁷:

<p>26 πύλις λήφεται. 40. Φυσικός τρόπος κτήσεώς ἐστὶ καὶ ὁ τῆς 40. traditionis¹³). καὶ τί ἐστὶ traditio; ἢ ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα¹⁴) μετάθεσις, εὐπαλλάκτων καὶ ἀπερίεργον καὶ φρονικὴν τὴν πρᾶξιν ἔχουσα, οὐδὲν γὰρ οὕτως τῆ φύσει συνάδει ἢ τὸ βεβαυθύνειν τὴν τοῦ δεσπότη γνῶμην τὸ οικεῖον πρᾶγμα μετατιθέντος εἰς ἕτερον. εἰς δὲ τὸ διὰ traditionis μεταθεῖναι με τὴν δεσποτείαν, δεῖ ταῦτα συνδραμεῖν, ὥστε δεσπότην εἶναι τὸν traditeύοντα καὶ ψυχῇ τοῦ βούλεσθαι μεταθεῖναι τὴν δεσποτείαν ποιῆσθαι τὴν traditiona καὶ σωματικὸν εἶναι τὸ traditeύόμενον.¹⁵) σωματικὸν μὲν διὰ τοῦτο εἶπον ἐπειδὴ τὰ ἀσώματα ἀφῆς ὄντα κρείττονα οὐκ ἐπιδέχονται¹⁶) traditiona. δεσπότην εἶναι τὸν traditeύοντα διὰ τοῦτο εἶπον ἐπειδὴ ὁ μὴ ἂν δεσπότης οὐ δύναται μεταθεῖναι δεσποτείαν, ἦν οὐκ ἔχει. ψυχῇ τοῦ βούλεσθαι ποιῆσαι δεσπότην τὸν λαμβάνοντα διὰ τοῦτο πρόκειται, ἵνα ἐξέλω τὴν χρῆσιν καὶ τὴν παρακαταθήκην, ἐπὶ τούτων γὰρ¹⁷) καὶ σωματικὸν τὸ πρᾶγμα καὶ δεσπότης ὁ traditeύων, ἀλλὰ παραδίδωσαν ἐπιζῶν¹⁸) μυχρὸν ὕστερον ἀναλαμβάνειν ταῦτα. οὐ διαφέρομαι δὲ ὅποιον 15 ὄποτε ἐστὶ τὸ παραδεδομένον πρᾶγμα ὑπὸ τοῦ δεσπότη, εἴτε ἀγρὸς italicός¹⁹) εἴτε stipendiária κτήματα εἴτε tributória²⁰). stipendiária δὲ καὶ tributória λέγεται τὰ κτήματα²¹) ἐν ταῖς ἐπαρχίαις διακείμενα. τῆς δὲ προσηγορίας αὐτοῖς²²) γέγονεν ἐντεῦθεν ἢ πρόφασις. ὁ πάλαι Ῥωμαίων βασιλεὺς πάσης κρατήσεως γῆς θαυμασθεὶς δὲ παρὰ Ῥωμαίων ἕνεκα τῆς οικείας ἀνδρείας διεῖλε τὰς ἐπαρχίας, καὶ τὰς μὲν αὐτὸς ἐκράτησεν²³) ἑαυτῷ, τὰς δὲ ἀφόρισεν τῷ δήμῳ. καὶ αἱ τοῦ δήμου ἐκλήθησαν stipendiária ἐντεῦθεν.²⁴) stipes ἐστὶν ὁ ἔρανος καὶ ἡ κατὰ μικρὸν γενομένη τοῦ ἀργυρίου²⁵) καὶ τῶν ἄλλων συλλογῆ²⁶) ἐπειδὴ οὖν ὀλίγα τινὰ οἱ ἐπαρχιώται ἐκ τῶν παρ' αὐτοῖς γενομένων συνάγοντες ἐπεμπον τῷ δήμῳ ἐπὶ τῶν ταῦτα δαπανῶν εἰς οικείας χρεῖας τε καὶ τέρεφει, διὰ τοῦτο ἐκλήθησαν stipendiária καὶ λοιπὸν ἀκολουθῶς καὶ αἱ οἰκίαι stipendiáriaί καὶ οἱ ἀγροὶ stipendiárioι. αἱ δὲ τοῦ βασιλέως ἐπαρχίαι ἀνομάσθησαν tributória, ἐπειδὴ tributó²⁷) ἐστὶ τὸ βαρὺ τέλος, ὅπερ ἐπέκλιε²⁸) τοῖς οικείοις ἐπαρχιώταις ὁ βασιλεὺς, ὡς πολλὰ δαπανῶν περὶ τὴν τῶν στρατιωτῶν ἀποτροφήν.²⁹)³⁰) καὶ οἱ τὰ stipendiária καὶ οἱ tributória ἔχοντες πάσαι κατὰ συγχώρησιν δήμου ἢ βασιλέως οὐκ ἦσαν δεσπότης, ἢ γὰρ δεσποτεία αὐτῶν ἦν ἢ παρὰ τῷ δήμῳ ἢ παρὰ τῷ βασιλεῖ, ἀλλ' εἶχον τὴν ἐπ'³¹) αὐτοῖς χρῆσιν καὶ ἐπικαρπίαν καὶ πληρεστάτην κατοχήν, ὥστε δύνασθαι καὶ ἐφ' ἑτέροις μεταφέρειν καὶ κληρονόμοις προπέμπευ. τῶν γὰρ italicῶν ἀγρῶν ἦτοι οἰκίῶν οἱ δεσπότηαι τὴν δεσποτείαν εἶχον. ἀλλὰ ταῦτα μὲν τὸ παλαιόν, σήμερον δὲ διάταξις τοῦ εὐσεβεστάτου ἡμῶν³²) βασιλέως οὐδεμίαν βούλεται εἶναι διαφορὰν italicῶν καὶ stipendiariῶν καὶ tributariῶν ἀλλ' εἰ μὲν δεσπότης traditeύῃ μοι τὸ οικεῖον πρᾶγμα ἀπὸ 15 δωρεᾶς ἢ προικῆς ἢ ἐξ ἄλλης ἐναλλαγῆς οἰαζόμενος αἰτίας, ὅταν ἀπὸ permutationis, ἀναμφιβόλως μεταφέρει τὴν δεσποτείαν ἐπ' ἐμέ. 41. Εἰ δὲ πωλήσας traditeύῃ, οὐχ ἑτέρως ἐπὶ 41. τὸν ἀνοαστήν ἢ δεσποτείαν ὑπέστην. ἐάν τι δὲ ἀνοαστής τῷ</p>	<p>inuenit dimidium apiscitur, alterum uero dimidium fiscus uel ciuitas consequetur. (40.) Naturalis modus acquisitionis traditio quoque est. quid est traditio? a manu in manum translatio facile explicabilis, naturalem quandam actum praesens: nihil enim tam naturae conueniens est quam uoluntatem domini rem suam in alium transferre uolentis ratam haberi. ut uero dominium per traditionem transferatur haec concurrere debent, scilicet ut dominus sit, qui tradit, et ut animo transferendi dominium tradat, et ut corporalis sit res, quae traditur. corporalis ideo dicitur, quod res incorporeales cum tangi nequeant ne tradi quidem possunt. dominum esse qui tradit ideo oportere diximus, quia is, qui non sit dominus, dominium quod non habet transferre nequit. animum dominium in accipientem transferendi ideo requirimus, ut usufructum et depositum excipiamus: in his enim corporalis res est et dominus qui tradit, set ita rem tradit, ut eam paullo post recipere speret. neque interest quae sit res a domino tradita, an ager italicus, an stipendiaria praedia, an tributaria. stipendiaria et tributaria ea audiunt praedia, quae in prouinciis sunt. huiusmodi appellationis ratio inde orta est. primus Romanorum imperator cum orbem terrarum omnem in sua ditione haberet, uirtutis profliae ergo mirificus, prouincias diuisit et quasdam quidem sibi retinuit, quasdam populo concessit. et populi prouinciae audierunt stipendiariae hac de causa: stipes est argenti et ceterarum rerum quae per modicum fit collectio. cum igitur pauca quaedam prouinciales de suis redditibus colligerent ut ad populum mitterent, ut in ea in suas necessitates et delectationes consumeret, ideo stipendiariae prouinciae uocatae sunt; et conuenienter aedes stipendiariae et praedia stipendiaria. Caesaris autem prouinciae uocatae sunt tributariae: tributum est enim grauis pecuniae impositio, quam idcirco Caesar prouincialibus suis constituit, quod multum ad militum sustentationem impendendum sibi erat. et qui stipendiaria uel tributaria praedia Caesaris populine consensu habent, non erant domini, cum eorum dominium apud populum uel apud Caesarem esset: set habebant in isdem usufructum et plenissimam possessionem, quam et in alios transferre et ad heredes transmittere poterant. italicorum autem agrorum seu aedium domini proprietatem habebant. set haec quidem olim in usu erant: hodie principis nostri constitutio nullam differentiam inter italia stipendiaria et tributaria praedia esse uult: set si dominus rem suam mihi tradat ex donatione seu dotis causa seu ex alia quae ratione, ueluti 41. ex permutatione procul dubio dominium in me transfert. 41. Si 15</p>
--	---

⁶ A modo de ejemplo: Gai. 2, 21 (vid. supra) implícitamente en 2, 27 y 2, 31 (vid. supra) cuando expresa que no son objeto de *mancipatio* o *in iure cessio* y en 2, 46 en relación con la imposibilidad de adquisición a través de usucapión. *Frag. Vat.* 259, 285, 289, 293, 315, 316, etc.

⁷ Reproducimos aquí la traducción latina a la *Paraph. Theoph.* de Ferrini, p. 115.

Obviamente, entre las *Institutiones* de Gayo y la Paráfrasis de Teófilo existe un gran lapso de tiempo, sin embargo resulta completamente imaginable y posible que la situación descrita por el profesor bizantino en referencia al derecho clásico fuera exactamente la misma a la que Gayo se refirió al hablar de *possessio vel usufructus*. Teófilo distingue claramente del *dominium ex iure Quiritium* —“*eorum dominium apud populum vel apud Caesarem esset*”— la posesión que tienen los particulares sobre el suelo provincial, aunque subraya que los habitantes de las provincias disfrutaban del uso y de los frutos del suelo y que tenían, así pues, una “plenísima posesión” sobre éste.

Esta “plenísima posesión” nos permite imaginar una situación en la que los particulares en las provincias, sin necesidad de ser auténticos propietarios, disfrutaban plenamente de los terrenos que tenían concedidos a cambio del pago de un determinado impuesto y constituían sobre ellos toda clase de relaciones jurídicas, de un modo similar a las que un *dominus ex Iure Quiritium* podía constituir sobre su fundo —sin entrar a pronunciarnos sobre el tema de si tendrían o no la misma eficacia—; lo que, en ningún caso, llegaba a perturbar el régimen jurídico del suelo provincial, que seguía, por ello, siendo considerado de dominio público. Además, también debemos tener en cuenta, que debieron subsistir en las provincias prácticas y costumbres que se venían utilizando desde antiguo, tradiciones que eran respetadas por Roma al conquistar dicho territorio, y que los habitantes de las provincias habrían adaptado de algún modo a la nueva presencia del derecho romano. Si todo esto no hubiera sido posible y contempláramos de una manera excesivamente estricta la *possessio vel usufructus* en Gai. 2, 7, parece difícil pensar en una óptima explotación de los fundos provinciales.

Estas situaciones creadas sobre el suelo provincial, como expresa Teófilo, además, se habrían podido transmitir a los herederos u otros sujetos, básicamente, a través de la *traditio*, en aquellos casos en los que ésta hubiera

sido posible, pues recordemos que no cabía *in iure cessio* —y mucho menos *mancipatio*— sobre el suelo provincial (Gai. 2, 14). A través de la *traditio*, de acuerdo con Gayo, las cosas que no son susceptibles de *mancipatio*: "*pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem*" (Gai. 2, 19). De este modo si existe una *traditio ex iusta causa*, "*statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim*" (Gai. 2, 20). En este sentido, Gayo nos advierte, a continuación del fragmento citado, que los predios provinciales "*in eadem causa sunt*" (Gai. 2, 21). Con estas palabras, el jurista parece querer expresar que lo que acaba de explicar sobre la *traditio* resulta plenamente aplicable a los predios provinciales, aunque después continúe y diferencie los predios tributarios de los estipendiarios. A nuestro parecer, la expresión "*in eadem causa sunt*" y el fragmento en general, en el contexto en que se encuentra, no puede entenderse de otro modo que no signifique la posibilidad de emplear la *traditio* en ámbito provincial, sobre todo cuando, más tarde, en 2, 27 expresamente dice que el suelo provincial no puede considerarse una *res Mancipi* —"*solum... provinciale nec Mancipi esse*".

Por otra parte, también resulta de gran interés el testimonio que nos ofrece Agennius Urbicus sobre la "propiedad provincial" cómo se tutelaba de una manera similar al *dominium ex iure Quiritium*. Este autor latino del s. I, en *De controversiis agrorum*, 36, 2, deja constancia de que la propiedad provincial seguramente habría sido protegida a través de la concesión de una *actio in rem* útil, construida a imagen y semejanza de la *rei vindicatio* y a la *actio in rem vectigalis* y fundada sobre la idea de *aequitas*, a través de la cual los particulares "*vindicant tamen inter se non minus fines ex aequo, ac si privatorum agrorum...nam et controversias inter se tales movent, qualis in agris immunibus et privatis solent evenire*"⁸. Esta misma acción a la que se refería

⁸ Agennius Urbicus, *De controversiis agrorum*, 36, 2. *Et stipendiarios, qui nexum non habent neque possidendo ab alio quaeri possunt, possidentur tamen a privatis, sed alia condicione: et veneunt, sed nec Mancipatio eorum legitima potest esse. possidere enim illis quasi fructus tollendi causa et praestandi tributis condicione concessum est. vindicant tamen inter se non minus fines ex aequo ac si privatorum agrorum. etenim civile est debere*

Agennius Urbicus parece ser aún recordada en algunos textos bastante posteriores a la época de este escritor —aproximadamente, viviría entre los años 40 y 103—, concretamente, en dos rescriptos (ca. 291), que datan de la época del emperador Diocleciano:

Frag. Vat. 315: *Diui Diocletianus et Constantius Ulpiae Rufinae. Cum ex causa donationis uterque **dominium rei tributariae vindicetis**, eum cui priori possessio vel soli tradita est, haberi potioem convenit. Data XII kal. Mart. Dorocortoro Tiberiano et Dione cons.*⁹

Frag. Vat. 316: *Diui Diocletianus et Constantius Aureliae Homonoeae. Si non est in vacuum possessionem ex causa donationis inductus is contra quem supplicas, nulla ratione **tributarii praedii dominus** constitutus extraneus **vindicationem habere** potest.*

En ambos fragmentos de época postclásica, puede apreciarse la utilización de términos relativos al *dominium* (*dominium rei tributariae vindicetis*, *tributarii praedii dominus*) para referirse a la posesión del suelo

*eos discretum finem habere, quo unus quisque aut colere se sciat oportere aut ille qui iure possidet possidere. **nam et controversias inter se tales movent quales in agris immunibus et privatis solent evenire, videbimus tamen an interdicere quis possit, hoc es ad interdictum provocare de eius modi possessione.*** Ed. Lachmann, Berlin, 1848, p. 36. Aunque citamos a través de la versión de D'ORS, A. «Sobre las pretendidas acciones reales *in factum*», en *Iura*, 20 (1969), p. 66.

Sobre la autoría de esta obra, erróneamente atribuida a Frontino, *vid.* Capítulo VI, epígrafe 5.2.

En relación con la concesión de una *actio in rem*, *vid.* LENEL, O. *EP*, p. 188 y ss; BIONDI, B. *Le servitù...* p. 216 y en *Contratto e stipulatio*, §152, p. 368; ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie ... cit.*, p. 147 y en *Gli atti negoziali ...*, p. 151, 229 y 230; GROSSO, G. *Le servitù...* p. 202; KASER, M. *RPR*, I, §104 III, p. 369 y en «Die Typen der römischen Bodenrechte.... *cit.*», p. 79.

⁹ Compárese con Diocl. et Max. C. 3, 32, 15 (293-304): *Quotiens duobus in solidum praedium iure distrahitur, manifesti iuris est, eum cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potioem. Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse ac pretium exsolvisse apud praesidem provinciae probaveris, obtentu non datorum instrumentorum expelli te possessione non patietur. Erit sane in arbitrio tuo, pretium, quod dedisti, cum usuris recipere, ita tamen, ut perceptorum fructuum ac sumtuum ratio habeatur; quum, et si ex causa donationis utriusque dominium rei vindicetis, eum cui priori possessio soli tradita est, haberi potioem convenit.*

provincial (la *possessio vel usufructus* en Gai. 2, 7). Obviamente estas referencias pertenecen al derecho postclásico, en el que parece no existir una delimitación tan clara y concisa, como sí sucedía en el derecho clásico, entre la posesión y el dominio¹⁰; sin embargo, estos fragmentos dejan entrever la posibilidad de que la *actio in rem utilis* a que se refería Agennius Urbicus hubiera existido realmente, de ahí que se hable de "vindicación", quizás por su similitud a la *rei vindicatio*¹¹.

En cualquier caso, si bien en derecho clásico se diferencia claramente la posesión del dominio, sin embargo, curiosamente Gayo parece emplear en sus *Institutiones*, una acepción amplia de la idea de dominio: utiliza la expresión *dominium* para referirse al *dominium ex iure Quiritium*, pero también para referirse al *in bonis habere* —recordemos que éste se encuentra incluido en lo que Gayo denomina *dominium duplex*— y a la propiedad de los peregrinos. En definitiva, con ello queremos significar que en muchas ocasiones Gayo parece emplear el concepto de *dominium* expresando una idea amplia de propiedad. Grosso¹² ya se percató de este uso del término *dominium* en Gayo, lo que cabe preguntarse es por qué motivo no empleaba este autor dicha palabra al hablar

¹⁰ Vid. LEVY, E. *West Roman vulgar law. The law of property*, Philadelphia, 1951, p. 19 y ss. En época de Diocleciano y de Constantino, la rigurosa distinción que establecían los juristas clásicos entre posesión y propiedad desaparece o se relaja y suelen utilizarse ambos conceptos casi como si de sinónimos se tratara. Así no resulta nada raro que, en cuanto a las provincias, para hablar de la *possessio vel usufructus*, se emplee el término *dominium*, y tampoco es de extrañar que esto se dé con más razón, concretamente, cuando empieza a equipararse la condición de ambos tipos de suelo. Aunque hay quien entiende, como Kunkel, que en las provincias, ya desde la época clásica, habría sido posible que determinadas concepciones jurídicas complejas se hubieran encontrado difuminadas o se hubieran contemplado de un modo más sencillo que en Roma, KUNKEL, W. *Historia del derecho romano*, (trad. de Juan Miquel), p. 156. Si bien, nos parece que no debe perderse de vista el marcado clasicismo de la época diocleciana a los que pertenecerían los textos extraídos de los *Fragmenta Vaticana*.

¹¹ Otros ejemplos de la utilización de expresiones análogas al *dominium* sobre fundos tributarios y estipendiarios en Frag. Vat. 283: *Idem Aurelio Carrenoni. Si praediorum stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad tempus propietas transferri nequiverit. Si verum usum fructum in eam, contra quam supplicas, contulisti, usum fructum a propietate alienare non potuisti. Proposita V id. Mart. Máximo et Aquilino cons.*

del suelo provincial, si para él entrañaba un significado amplio (con ello queremos decir que iba más allá del *dominium ex iure Quiritium*). La explicación de Grosso es muy sencilla, este autor entiende que, con el uso de *possessio vel usufructus*, Gayo no hurtaba el dominio del pueblo romano sobre el suelo provincial, es más, a pesar de la diferencia entorno a los conceptos que Gayo usa: "si può dire che la tecnica della presentazione dei rapporti dei privati sul suolo provinciale è la stessa, per la proprietà, come per gli altri diritti sulle cose" —incluyendo, por tanto, la constitución de servidumbres y de usufructo sobre suelo provincial.

En cualquier caso, sabemos que, en el supuesto de los fundos vectigales, llegó a concederse una *actio in rem* útil —*actio in rem vectigalis*— como deja constancia Paulo en D. 6, 3, 1, 1 (21 *ad ed.*), lo que puede corroborar la idea que también se concediera una acción similar en el caso de los fundos tributarios y estipendiarios:

D. 6, 3, 1, 1 (Paul. 21 *ad ed.*): *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes.*

Y de todos modos, parece desprenderse de D. 6, 2, 12, 2 (Paul. 9 *ad ed.*) que, finalmente, en los fundos vectigales o en aquellos otros fundos cuya adquisición no hubiera sido posible a través de la *usucapio* siempre habría sido posible recurrir a la *actio Publiciana*, cuando hubieran sido entregados (*traditio*) de buena fe:

¹² GROSSO, G. «La condizione del suolo provinciale negli schemi giuridici», en *Atti del convegno su "I diritti locali nelle province romane con particolare riguardo alle condizioni giuridiche del suolo"*. *Accademia Nazionale dei Lincei (Roma, 26-28 ottobre 1971)*, Roma, 1974, p. 65 a 76 y en sus *Scritti storico giuridici*, II, Turín, 2001, p. 762 y 763.

In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est.

Precisamente, es en época del emperador Diocleciano cuando el suelo itálico también se sujeta a imposición y pierde su tradicional inmunidad. Esta sujeción implicará que desaparezca, paulatinamente, la típica distinción entre suelo provincial e itálico basada en la imposición sobre el suelo —de ahí que Teófilo en su Paráfrasis nos indique que la distinción que realizaba entre ambos tipos de suelo no tiene sentido ya en su época, en la que la equiparación es ya un hecho—. Este proceso resulta lógico si se tiene en cuenta que, en la época inmediatamente posterior al emperador Diocleciano, el centro de gravedad del imperio romano pasa de Occidente a Oriente, de forma que la discrepancia entre ambos regímenes jurídicos pierde su razón de ser y de ahí que, finalmente, se hable de *dominium* de un modo general.

Por otra parte, en el derecho justiniano se establecerá como forma de adquisición de la propiedad por el paso del tiempo sobre los bienes inmuebles la *longi temporis praescriptio*, institución que desde finales del s. II se habría aplicado en las provincias y que llevaba a la consecución de la denominada "propiedad provincial" —nace a modo de defensa de la posesión sobre los territorios provinciales que se extiende durante un determinado período de tiempo—. En el derecho justiniano, no obstante y como consecuencia de lo que decíamos anteriormente, comportará la adquisición en sí del dominio¹³.

En definitiva, a nuestro parecer, esta configuración de la posesión del suelo en las provincias habría permitido a los particulares realizar sobre los

¹³ A propósito de la *longi temporis praescriptio*, vid. LEVY, E. «Die nachklassische Ersitzung», en *BIDR*, 51-52 (1948), p. 352 y ss. Este artículo aparece ampliado en *West Roman vulgar law...* p. 176 y ss. NÖRR, D. *Die Entstehung der longi temporis praescriptio. Studien zum Einfluß der Zeit im Recht und zur Rechtspolitik in der Kaiserzeit*, Köln, 1968.

fundos todo tipo de actos *inter vivos* e incluso transmitir a sus sucesores las situaciones creadas sobre estos predios, siempre y cuando el estado romano continuara percibiendo el tributo o estipendio correspondiente; lo que resultaba totalmente compatible con la idea de que el suelo provincial era dominio público, hecho que implicaría, según Kaser¹⁴, que el estado se reservaría una especie de derecho a revocar la posesión concedida cuando lo considerara oportuno (*Wiederrufsrecht*), principalmente, cuando se dejara de pagar el impuesto correspondiente.

Así pues, en conclusión, los particulares disfrutaban de una plenísima posesión sobre los fundos provinciales, aunque sometida al pago del tributo o del estipendio, lo que no impedía que aquéllos constituyeran todo tipo de relaciones sobre estos fundos, incluso de acuerdo con sus costumbres —pues recordemos que éstas eran generalmente respetadas por Roma— y con las especificidades derivadas de las necesidades existentes en las provincias y del especial régimen jurídico previsto para el suelo provincial. Cuestión diferente será el modo a través del cual se contemplarán estas relaciones desde la perspectiva del derecho romano.

¹⁴ KASER, M. *Die Typen ...cit.*, p. 55 y 75.

2.2. Régimen jurídico del suelo itálico: delimitación del concepto de "servidumbre pretoria", posibles casos de aplicación de las pactiones et stipulationes sobre suelo itálico.

El suelo itálico o, lo que sería lo mismo, los *fundi in italico solo* serían aquellos territorios situados en la península itálica.

Aunque en Gai. 2, 31, sólo se hace expresa referencia a la constitución de servidumbres y del usufructo *pactionibus et stipulationibus* sobre suelo provincial —en atención a la imposibilidad de utilizar los mecanismos que se emplearían sobre el suelo itálico por el especial régimen del suelo provincial—, lo cierto es que este fragmento tampoco estaría excluyendo la posibilidad de que en el derecho clásico se hubiera utilizado dicho modo de constitución sobre el suelo itálico en aquellos casos en los que no era posible recurrir a la *mancipatio* o a la *in iure cessio*, como ocurriría en los casos de no disponer del *dominium ex iure Quiritium* sobre el fundo en el que debía constituirse la servidumbre o no ser un ciudadano romano, concretamente, no disponer del *commercium*. En este sentido, el texto gayano guarda absoluto silencio, lo que ha permitido a muchos autores defender una tesis favorable a la utilización de las *pactiones et stipulationes* más allá del ámbito provincial y, claro está, también ha permitido a otros defender una tesis contraria, que restringiría su aplicación al mero ámbito de las provincias.

La existencia en el derecho clásico, por una parte, de situaciones sobre el suelo itálico como serían el *in bonis habere*, la *bonae fidei possessio* o la propiedad de los peregrinos y la exigencia, por otra parte, de que uno sea titular del *dominium ex iure Quiritium* para poder constituir una servidumbre o un usufructo sobre suelo itálico, al tratarse de derechos cuyo contenido provendría del propio contenido del *dominium*, conduce a la doctrina a pensar

que hubiera sido posible el uso de las *pactiones et stipulationes* en Roma para constituir relaciones equivalentes a las servidumbres y al usufructo civiles, pero tuteladas por el pretor. De ahí que, generalmente, se hable de las "servidumbres o del usufructo pretorios", en aquellos casos en los que, no cumpliéndose las condiciones exigidas por el *ius civile* para constituir un usufructo o una servidumbre, estos se constituyen al amparo del *ius honorarium*, empleando la fórmula *pactiones et stipulationes* o la *traditio vel/et patientia*.

Como ya advertía Biondi¹⁵, la intervención del pretor en el campo de las servidumbres —así como en el del usufructo—, pese a resultarnos bastante incierta y desconocida debido al intento de los compiladores de eliminar las contradicciones y divergencias entre los regímenes del *ius civile* y del *ius honorarium*, no sólo se centra en los modos de constitución de estas figuras, sino que también se da a propósito de determinados principios configuradores de las servidumbres propios del régimen del *ius civile*. Pero, a causa de esta intervención pretoria en tantos y tan diferentes aspectos de las servidumbres y del usufructo, se suele hablar de "servidumbre o de usufructo pretorios" en relación con el reconocimiento por parte del pretor de determinados modos de constitución de estas instituciones diferentes a los previstos por el *ius civile*, como son las *pactiones et stipulationes* o la *traditio vel/et patientia*. El amparo que el pretor otorgará a las relaciones constituidas merced a estos mecanismos tendrá también mucho que ver con la superación de determinados principios reguladores de estas instituciones en el *ius civile*. La servidumbre o el usufructo pretorios se encontrarían, así pues, en la línea de otras figuras generadas al amparo de la jurisdicción del pretor como el *in bonis habere* o la *bonorum possessio*.

¹⁵ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 214.

La idea de que las *pactiones et stipulationes* se habrían utilizado no sólo en las provincias, sino que también en Roma en época clásica, se vería reforzada por su adopción definitiva en derecho justiniano como mecanismo general para la constitución *inter vivos* de las servidumbres y del usufructo — situación que ya era palpable desde el derecho posclásico—¹⁶. Parecería pues que, a partir del derecho posclásico y sobre todo en la compilación justiniana, se ve consolidada la labor realizada por el pretor y la jurisprudencia en los siglos anteriores, sobre todo en el derecho clásico, en cuanto a las servidumbres y al usufructo.

En lo que atañe estrictamente al régimen jurídico del suelo situado en la península itálica, cabría en primer lugar realizar una contraposición entre el denominado *ager privatus* y el *ager publicus*. El suelo itálico, en su mayoría, constituía, o llegó a constituir en su momento, *ager privatus*. Estos terrenos eran de propiedad privada y, consiguientemente, sobre ellos los particulares y, más concretamente, los *cives* —y no otros sujetos que no tuvieran la ciudadanía romana, como consecuencia del principio de personalidad del derecho—, detentaban el *dominium ex iure Quiritium*, y podían llegar a constituirse todo tipo de gravámenes de acuerdo con el antiguo *ius civile* (usufructo, servidumbres, etc.).

Una de las grandes diferencias entre el suelo provincial y el itálico se centraría, como hemos visto, en el aspecto tributario. Por regla general y a diferencia del suelo provincial, los predios itálicos estuvieron exentos del pago de impuestos durante toda la época de la república y parte de la clásica. No sería hasta la época del emperador Diocleciano (284-305 d.C.) cuando estos territorios también se sujetan a imposición, concretamente a finales del s. III d. C. y como consecuencia de una reorganización administrativa del imperio que

¹⁶ Cfr. respecto a las servidumbres I. 2, 3, 4; y respecto al usufructo I. 2, 4, 2.

lleva a Italia a convertirse en una provincia y, por tanto, a contribuir como el resto de provincias del imperio. La imposición a la que se somete el suelo itálico, en época diocleciana, no resultaría extraña o sorprendente si se tiene en cuenta la práctica que ya habían llevado a cabo emperadores como Augusto, al imponer la *vicesima hereditatium* (*lex Iulia de vicesima hereditatium*, ca. 5 d.C.) o siglos más tarde Caracalla, quien con una constitución de 212 d. C. concede la ciudadanía a todos los habitantes del imperio, justamente con fines recaudatorios¹⁷.

¹⁷ Nos limitamos a dar unas pinceladas sobre el porqué de la tradicional inmunidad del suelo itálico, un tratamiento mucho más amplio de este tema, desbordaría completamente el ámbito de nuestra investigación. La inmunidad tributaria atribuida al suelo itálico se explicaría por el modo en que se producía la exención y la imposición en Roma, donde al igual que en la Grecia clásica, no existía un registro catastral de los fundos sobre el que organizar la imposición, de modo que la organización fiscal se desarrollaba entorno a la figura del *ensor* y a la atribución de cada propietario de un fundo a una determinada clase o categoría de contribuyente. En Roma, así pues, tan sólo se habría conocido la tributación en función del patrimonio de las personas —no regida únicamente en función de los bienes raíces de que se dispusiera—, basada en el censo que habría creado el rey Servio Tulio. La aparición del catastro en Roma y, por tanto, el registro de los datos relativos a los fundos itálicos para determinar la medida del *tributum soli*, no se produce hasta entrado el siglo I d. C., en época del emperador Augusto, y aparece en primer lugar para las provincias, desde donde se extiende, posteriormente, al resto del imperio. No obstante, la tradición catastral ya se encontraba presente en algunos territorios conquistados por Roma. El primer territorio que cuenta con un catastro bien organizado y bastante anterior a la conquista romana, sobre el que basaban la imposición de los fundos, es Egipto. En este territorio se distinguían dos modos diferentes de aprovechamiento del suelo, que podía dividirse entre: la tierra propiedad del monarca directamente administrada por el estado y dada en arriendo a los particulares a cambio de un cánon; y la tierra que era dejada al disfrute de particulares o entidades, pero bajo el dominio del rey, lo que se manifestaba en el derecho de éste a percibir un cánon periódico. *Vid.* BURDESE, A. *Manual de derecho público romano*, (trad. de Ángel Martínez Sarrión), Barcelona, 1972, p. 253 y ss.

De acuerdo con algunos autores, es a partir de la experiencia egipcia cuando se extiende, paulatinamente, al resto de las provincias romanas la noción de tributo o impuesto que grava directamente el suelo, *vid.* LUZZATO, G.I. «Sul regime del suolo nelle provincie romane», en *I diritti locali nelle provincie romane con particolare riguardo alle condizioni giuridiche del suolo*, *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, Roma, 1974, p. 20 y ss. y en «La riscossione tributaria in Roma e l'ipotesi della proprietà sovranità», *Atti congresso internazionale diritto romano a Verona, 1948*, IV, Milán, 1951, p. 66 a 101.

Iust. C. 7, 31, 1, 5 (a. 531): *Cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.* <a 531 d. xv k. nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.>

Tras ver a grandes rasgos el régimen jurídico del suelo itálico y regresando al tema que nos ocupa, esto es la posible aplicación de las *pactiones et stipulationes* en los fundos itálicos en época clásica, debemos tener en cuenta que en el suelo itálico, en el *ager privatus*, existen en el derecho clásico determinadas situaciones dominicales diferentes al *dominium ex iure Quiritium*, en las cuales se habría podido emplear las *pactiones et stipulationes* para la constitución de servidumbres y del usufructo, ya que no era posible conseguir dicha finalidad a través de los modos previstos por el *ius civile*, al no resultar aplicables en estos supuestos.

Estas situaciones "dominicales" —o *quasi* dominicales, si se prefiere— interinas, diferentes al *dominium ex iure Quiritium*, serían el *in bonis habere*, la *bonae fidei possessio* y la propiedad de los peregrinos. A continuación nos referiremos someramente a estas figuras. No pretendemos estudiarlas de forma exhaustiva, pues consideramos que su tratamiento en esta sede debe ceñirse a su estudio en la medida que pueden justificar que el modo de constitución que estamos estudiando, *pactiones et stipulationes*, se aplicara sobre el suelo itálico. Por otra parte, entendemos que la doctrina romanista ya ha tenido oportunidad en diversas ocasiones de pronunciarse sobre estas figuras de un modo mucho más detenido¹⁸.

A) El *in bonis habere* y la *bonae fidei possessio*:

Gayo nos habla en sus *Institutiones* de la existencia de un *dominium duplex*¹⁹, refiriéndose a la coexistencia del *dominium ex iure Quiritium* y del *in*

¹⁸ Destacable es el tratamiento que del *in bonis habere* y, más concretamente, de la *actio Publiciana* realizada por Appleton a finales del s. XIX: *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, I y II, París, 1889. El tema de la acción publiciana es, sin duda, uno de los puntos más estudiados del derecho romano; nos ofrece buena muestra de ello SANSÓN RODRÍGUEZ, M.V. *La transmisión de la propiedad*, Madrid-Barcelona, 1998, la autora recoge la principal bibliografía sobre esta acción en la p. 129 nt. 3.

¹⁹ Gai. 1, 54: *Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur), ita demum servum in*

bonis habere. La aparición de éste último tendrá mucho que ver con la presencia, desde el derecho romano más antiguo, de la distinción entre las *res Mancipi* y las *nec Mancipi*²⁰ y del régimen previsto para la transmisión del *dominio* sobre ellas en el *ius civile*²¹.

Pese a que, como es sabido, pocas definiciones encontramos en las fuentes romanas —D. 50, 17, 202 (Iav. 11 *epist.*): *omnis definitio periculosa est*—, el *dominium ex iure Quiritium* puede ser contemplado como el señorío del que disfrutaban única y exclusivamente los ciudadanos romanos —como consecuencia del principio de personalidad del derecho, se trataría de una institución propia del *ius civile*, por tanto no accesible a los extranjeros, que serían por ello considerados propietarios de acuerdo con su propio derecho— sobre los fundos itálicos y sobre las cosas muebles.²²

potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: Nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.

Este *dominium duplex* se contraponía al dominio de los peregrinos:

Gai. 2, 40: *Sequitur, ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus non intellegitur. quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegabatur dominus. sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.*

²⁰ Gai. 2, 14^a: *Res praeterea aut Mancipi sunt aut nec Mancipi. <Mancipi sunt uelut fundus in Italico solo, item aedes in Italico solo, item serui et ea animalia, quae collo dorsoue domari solent, uelut boues, equi, muli, asini, item seruitutes praediorum rusticorum. nam> seruitutes praediorum urbanorum nec Mancipi sunt. item stipendiaria praedia et tributaria nec Mancipi sunt.*

²¹ Gai. 2, 19: *Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem.*

Gai. 2, 20: *Itaque si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

Gai. 2, 22: *Mancipi uero res sunt, quae per Mancipationem ad alium transferunt; unde etiam Mancipi res sunt dictae. quod autem ualet Mancipatio idem ualet et in iure cessio.*

²²MIQUEL, J. *Derecho privado romano*, p. 170 y ss.

El *in bonis habere*, por su parte, también se ha considerado como un tipo de señorío sobre las cosas, protegido por el pretor a través de la *actio Publiciana*, una *actio in rem* ficticia y construida sobre el modelo de la *vindicatio rei*. Para poder contraponerlo al régimen del *dominium ex iure Quiritium*, hemos de tener en cuenta la distinción entre las *res Mancipi* y las *res nec Mancipi* y el régimen jurídico que prevé el *ius civile* respecto a la transmisión del dominio. La naturaleza mancipable o no de la cosa tendrá una importancia capital, pues como es sabido, implicará la necesidad de que se lleven a cabo determinados actos (*mancipatio* o *in iure cessio*, en el caso de que se trate de una *res Mancipi*), para que se produzca la transmisión del dominio sobre la cosa —obviamente, además de la necesidad de que se dé una *iusta causa*, en el caso de la *traditio*, y de que el transmitente disfrute de la *potestas alienandi*²³.

La *mancipatio* se caracteriza por ser un acto formal y abstracto, accesible sólo a los ciudadanos romanos y cuya forma es claramente descrita en Gai. 1, 119²⁴. Por su parte, la *in iure cessio* también se caracteriza por ser un acto formal y abstracto, que tiene lugar ante el pretor y que se asemeja a la *legis actio sacramento in rem*, también es perfectamente descrita por Gayo en 2, 24²⁵. Ambos actos habrían cumplido con la finalidad de dar publicidad a las

²³ Sobre estos requisitos, *vid.* SANSÓN RODRÍGUEZ, M.V. *La transmisión de la propiedad... cit.*, desarrolla ampliamente el requisito de la *potestas alienandi* en la introducción y en la primera parte de su monografía.

²⁴ Gai. 1, 119: *Est autem Mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui Mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo Mancipio accipit, quasi pretii loco.*

²⁵ Gai. 2, 24: *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani uelut praetorem urbanum [aut praesides prouvinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio uocatur. hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum.*

transacciones realizadas en Roma, sobre todo cuando las relaciones comerciales no hubieran sido demasiado complejas y ante una población no muy extensa y de base agraria, de ahí la necesidad, por ejemplo, de que en la *mancipatio* estén presentes al menos cinco testigos ciudadanos romanos.

Ya desde los trabajos de Grosso²⁶ sobre los diversos problemas que se habrían generado entorno a los derechos reales, así como sus trabajos acerca de las servidumbres prediales y del usufructo, se puso de manifiesto el proceso de decaimiento de actos legítimos como son la *mancipatio* y la *in iure cessio*. También se sitúan en esta línea, aunque son posteriores en el tiempo, los trabajos de Capogrossi²⁷, sobre la propiedad y los derechos reales y, más recientemente, los de Mannino²⁸ sobre la tolerancia del *usus servitutis* o del *usus iuris*.

Cuando las transacciones se complican al producirse un cambio radical en la sociedad romana —piénsese en la extensión de la ciudadanía a la totalidad de la población de la península itálica en el 89-88 a. C.— tendrá lugar un proceso de decadencia de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, que ya no

²⁶ GROSSO, G. *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Turín, 1942-1944, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Turín, 1957-1958; *Le servitù prediali nel diritto romano*, Turín, 1969.

²⁷ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma, 1998; *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, I, Roma, 1999, p. 153 y ss.

²⁸ MANNINO, V. *La tolleranza del usus servitutis nell'esperienza giuridica romana*, Giappichelli, Turín, 1996. Id. «Conventio e voluntas nell'operatività delle servitù e come fundamento della servitus personae», en *Iuris vincula, Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Nápoles, 2001, p. 145 y ss. Id. «Della tutela della *quasi possessio* delle servitù alla rilevanza dell'*immemorabile tempus* e della *vetustas* nell'esperienza giuridica romana», en *Uso, tempo, possessio dei diritti. Una ricerca storica e di diritto positivo*, Turín, 1999, p. 1 a 47. Vid. asimismo, CORBINO, A. *Il formalismo negoziale*, Turín, 1994, p. 96 y ss., destaca cómo ya desde inicios del Principado, se produce una sustitución de los antiguos actos formales (*mancipatio* e *in iure cessio*) por fórmulas alternativas tuteladas por el pretor o a través de la *cognitio extra ordinem*, citando expresamente el caso de la constitución de derechos reales a través del concurso de *pactiones et stipulationes*.

pueden cumplir con esa función básica de dar publicidad a la transmisión de los inmuebles y de otros bienes de gran importancia económica como habían venido haciendo hasta ese momento. Aunque generalmente se suele tratar del proceso de decadencia, especialmente, entorno a la figura de la *mancipatio*; este mismo proceso se da en relación con la *in iure cessio*²⁹, negocio cuya aplicación en la práctica habría generado también importantes problemas con el paso del tiempo.

Seguramente explica el por qué de este proceso el hecho que, en el decurso de los años, los particulares encontrarán claras dificultades para cumplir con los requisitos formales que exige, por ejemplo, la *mancipatio*: en aquellos casos en los que ésta debía realizarse fuera de Roma, no habría sido especialmente sencillo encontrar cinco ciudadanos romanos que actuaran como testigos; o incluso habría resultado engorroso tener que cumplir con todos y cada uno de los requisitos formales para realizar una *mancipatio* sobre determinadas *res Mancipi* de menor valor económico.

Por otra parte, un factor que probablemente también colaboraría en el progresivo decaimiento de estos actos legítimos sería el que la compraventa se concibiera como un contrato consensual meramente obligacional (ex Gai. 3, 139) y no real (ya desde el s. III a. C.): la compraventa por sí sola no da lugar a la transmisión del dominio sobre la cosa vendida y el vendedor sólo tiene la obligación de garantizar al comprador que disfrutará de la pacífica posesión de la cosa. La obligación del vendedor de garantizar únicamente la pacífica

²⁹ Capogrossi critica la escasa atención que la doctrina ha prestado a la *in iure cessio*, cuando es una institución cuya vida es paralela a la de la *mancipatio* y, sin embargo, en lo que se refiere al tratamiento de la transmisión del dominio, parece que no pueda verse más allá de la contraposición entre *mancipatio* y *traditio*. Este autor critica especialmente la concentración de la doctrina en el estudio de la relación entre *in iure cessio* y el esquema procesal de la *legis actio sacramento in rem* y que no se ocupen de estudiar el hecho que el decaimiento de la categoría de las *res Mancipi* también debió tener claras consecuencias sobre este instituto. CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Proprietà e diritti reali... cit.*, p. 159 y 160.

posesión de la cosa vendida habría conducido a un relajamiento en la realización de los actos formales para la transmisión de la propiedad. A esto debe sumarse que los plazos de adquisición de los bienes a través de la *usucapio* no sean demasiado largos (Gai. 2, 42).

Ésta situación que se genera entorno a la *mancipatio* y también entorno a la *in iure cessio* explicaría por qué buena parte de las cosas consideradas de mayor valor pasan a formar parte de la categoría de las *res nec mancipi* — piénsese por ejemplo en lo que ocurre con las servidumbres urbanas, frente a las antiguas servidumbres rústicas que por tradición eran consideradas *res mancipi*. Este proceso que, según Capogrossi, empezaría a darse a partir de los dos últimos siglos de la República, comportará que en gran medida pase a utilizarse la *traditio* en las transacciones, incluso cuando se trata de *res mancipi*, lo que sin duda alguna hizo que fuera necesaria la intervención del pretor³⁰. Esta intervención tiene lugar, como es lógico en ámbito procesal, con la concesión de la *actio Publiciana* y de la *exceptio rei venditae et traditae*, según se estuviera poseyendo o no la cosa, respectivamente, dándose de este modo una "risposta efficace da parte del diritto onorario a problemi emersi e moltiplicatisi nella pratica negoziale"³¹. A través de la *actio Publiciana*³² el pretor intervenía en dos supuestos:

³⁰ Además del proceso de decaimiento de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* —en el que hemos fijado nuestra atención por ser de especial interés en cuanto a la aplicación de la *pactiones et stipulationes* en suelo itálico—, la mayoría de los autores también atribuyen la aparición del edicto Publiciano a través del cual nace la acción Publiciana a diversas circunstancias que se dan en la sociedad romana desde finales de la república, como serían la progresiva aparición de grandes explotaciones económicas así como la formación de grandes patrimonios que conllevarán la actuación en el tráfico jurídico de los hijos de familia, los esclavos y los procuradores libres de potestad e igualmente se debe a la cada vez más corriente intervención de las mujeres en el tráfico jurídico sin la autorización de su tutor, *vid. SANSÓN RODRÍGUEZ, M.V. La transmisión de la propiedad... cit.*, p. 140 y ss.

³¹CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Proprietà e diritti reali... cit.*, p.153 y ss.

³² En cuanto a la fórmula de dicha acción, *vid. LENEL, O. EP*, § 60 (59), p. 169 y ss.

a) para remediar la falta de la *mancipatio* o *in iure cessio*, en aquellos casos en los que se había producido una transmisión del dominio sobre una *res Mancipi* a través de la simple *traditio*, es decir, a través de una forma no válida según el *ius civile*. Da lugar así a lo que la doctrina ha denominado comúnmente propiedad pretoria o bonitaria, es decir al *in bonis habere*, ya que, en este caso, el pretor mantenía en su adquisición a aquel particular que había adquirido una *res Mancipi* a través de simple *traditio* —y que había perdido la posesión de la cosa. Se consideraba que la cosa se integraba en su patrimonio (*in bonis esse*), para diferenciar esta situación del *dominium ex iure Quiritium*. Como expresa Talamanca³³, teniendo en cuenta la visión dinámica del derecho romano que tiene la jurisprudencia (mucho más proclive a adoptar una perspectiva procesal del derecho), la propiedad pretoria no es más que "la proiezione sostanziale della legittimazione a determinati mezzi giudiziari concessi dal pretore".

b) en el caso de haber adquirido de buena fe un cosa de quien no era su legítimo propietario. Protege el pretor con la misma acción al poseedor de buena fe, con la diferencia, como es lógico, de que éste nunca podía ejercer victoriosamente la acción frente al verdadero propietario de la cosa³⁴.

Como sabemos, gracias a estos remedios pretorios, el propietario bonitario y el poseedor de buena fe podían llegar a consolidar su adquisición, adquirir el dominio quiritario (o el *dominium pleno iure* del que habla Goyo), a través de la *usucapio*³⁵.

³³ TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 393.

³⁴ Gai. 2, 43: *Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, siue Mancipi sint eae res siue nec Mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui traderet, dominum esse.*

³⁵ Gai. 2, 41: *Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipauero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium uero mea permanebit, donec tu eam possidendo permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res*

Interesante será ver qué tipo de relación se establece entre el *dominium ex iure Quiritium* y el *in bonis habere* al ser éstas instituciones paralelas. De acuerdo con Talamanca³⁶, "i poteri riconosciuti al proprietario bonitario coincidevano con quelli del *dominus ex iure Quiritium*, anchese ne differivano formalmente per i modi e gli effetti. La posizione del proprietario civile veniva, dunque, sostanzialmente svuotata, onde Gaio la describe come un *nudum dominium ex iure Quiritium*: come, nel caso della *bonorum possessio cum re* all'erede civile era riconosciuto soltanto il *nudum nomen heredis*".

Al paso de las palabras de Talamanca, si bien el propietario bonitario viene a tener las mismas facultades que el propietario quiritario, como ocurriría también en el caso del poseedor de buena fe, cabe preguntarse qué sucederá cuando aquél deba realizar determinados actos para los cuales sea necesario ser *dominus ex iure Quiritium*, como sería el caso de constituir una servidumbre o un usufructo, y no haya transcurrido el plazo de dos años correspondiente a la *usucapio*. Disponemos de fuentes que se refieren al caso de la manumisión de esclavos realizada por un propietario bonitario; en este supuesto, parece que habría sido necesaria la realización de un acto por parte del *nudum dominum ex iure Quiritium* para que el esclavo adquiriera la ciudadanía romana (UE. 22, 8). Sin embargo, no sabemos qué habría sucedido en otros supuestos, como los que son objeto de nuestro estudio, es decir, en los casos que se hubiera querido constituir una servidumbre o un usufructo.

Efectivamente, para poder constituir una servidumbre *iure civili*, la condición previa sería disponer del *dominium ex iure Quiritium* sobre el fundo o fundos afectados. Si dicho requisito no se verificaba, porque sólo se disponía

esse, ac si ea mancipata uel in iure cessa esset.

³⁶ TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 393 y 394.

del *in bonis habere* o de la posesión de buena fe, no se podría constituir servidumbre ni usufructo alguno, al menos conforme al viejo *ius civile*. No obstante, no nos parece imaginable que, en estos supuestos, quedara excluida automáticamente la posibilidad de constitución de servidumbres o de relaciones jurídicas con un contenido similar al de las servidumbres del *ius civile*, debiendo esperar el particular a que se verificara la adquisición del *dominium ex iure Quiritium* sobre el predio mediante la *usucapio*. Esta conclusión nos parece totalmente insatisfactoria. Seguramente en estos supuestos se habría recurrido a otros mecanismos para la constitución de servidumbres, como sería la aplicación de las *pactiones et stipulationes*, modo de constitución ampliamente conocido y aplicado en el ámbito provincial, o la *traditio vel patientia* teniendo en cuenta la importancia creciente de la *traditio*, en detrimento de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*. No podemos llegar a otra conclusión diferente, sobre todo, si prestamos atención, por una parte, a la situación de decaimiento o crisis en la que se encuentran tanto la *mancipatio* como la *in iure cessio*, y, por otra, a la imposibilidad de adquirir mediante *usucapio* las servidumbres como consecuencia de la *lex Scribonia*, lo que impediría que pudiera aplicarse aquí la misma solución que respecto a la adquisición del dominio, es decir, la existencia de esta ley no permite subsanar el defecto de forma en la constitución de las servidumbres, a través del recurso a la *usucapio*.

Para Talamanca³⁷, resulta bastante probable que el pretor hubiera intervenido en estas situaciones concediendo acciones modeladas conforme a las acciones propias del *ius civile* para el caso concreto, del mismo modo que el pretor también concedía en vía útil otros medios propios de la tutela del *dominium ex iure Quiritium* —la *cautio damni infecti*, *actio aquae pluviae arcendae*, *actio communi dividundo*, etc.—. De ahí que podamos hallar una

³⁷ TALAMANCA, M. *Istituzioni...* cit., p. 394. En el mismo sentido se manifiesta KASER, M. *RPR*, I, p. 373.

explicación a por qué encontramos en las fuentes algunas referencias generales a las servidumbres y al usufructo constituidos *tuitione praetoris*³⁸.

Esta intervención del pretor, de acuerdo con algunos estudiosos³⁹, comportará un creciente desinterés en la sociedad romana de finales de la república por las antiguas formas del *ius civile*, desinterés que también se manifiesta en la jurisprudencia, como expresan Capogrossi y Lauria. de acuerdo con este último autor, la difusión del *in bonis habere* "nella età imperiale e l'importanza notevolissima delle concessioni immobiliari provinciali abbiano progressivamente privato di rilevanza sociale le regole arcaizzanti del *dominium*, specie su immobili, e le abbiano perciò conservate in massima".

³⁸ Sirvan de ejemplo estos dos textos que se refieren al usufructo constituido sobre suelo provincial y que provendrían del mismo autor, Ulpiano:

D. 7, 4, 1 pr. (Ulp. 17 Sab.): *Non solum usum fructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usu fructu. Et parvi refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tuitione praetoris: proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur.*

Vat. Fr. 61: *Amitti autem usum fructum capitis minutione constat nec solum usum fructum, sed etiam actionem de usu fructu: scilicet si Titio usum fructum... testamento vel per fideicommissum lego vel relinquo et die eius cedente is capite minutus est... agere non potest. Et parvi refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tuitione praetoris; proinde usus fructus licet in fundo stipendiario vel tributario, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur..... capitis minutio extinguit usum fructum...*

En relación con estos dos textos, *vid.* Capítulo. V, epígrafe 3.1.1.

El siguiente fragmento sería un ejemplo de servidumbre constituida *tuitione praetoris* según KASER, M. *RPR*, I, p. 371, nt. 32, la tutela de la servidumbre tendría lugar a través del uso de una *exceptio* y también de una acción (*in factum/utilis?*), según el caso: D. 8, 5, 16 (Iul.7 dig.): *Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere et postea te sciente ex causa emptionis immissum habeam, quaero, an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim. respondi utroque auxilio me usurum.*

Más controvertido resulta el siguiente texto, la mayoría de autores consideran que la *vindicatio servitutis utilis*, en el caso de la servidumbre constituida por un superficiario no se dio en época clásica, sino que se trataría de una interpolación, sin embargo, la referencia a la posibilidad de constituir una servidumbre *iure praetorio*, al igual que la referencia al interdicto, sí podrían ser clásicas: D. 43, 18, 1, 9 (Ulp 70 *ad ed.*): *servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur: sed et interdictum de his utile competit. Vid. Capítulo VI, epígrafe 5.2.2.*

³⁹ Como sería el caso de LAURIA, M. «Problemi dei diritti reali», en *AG*, 136 (1949), p. 1 a 8, aunque hemos consultado la versión publicada en sus *Studii e recordi*, Nápoles, 1983, p. 665, artículo del que hemos extraído el fragmento que reproducimos en este párrafo.

En definitiva y como bien expresa en conjunto la postura de Capogrossi, desde finales de la época republicana se vendría gestando una situación totalmente contradictoria respecto al dominio y a los *iura in re aliena*: mientras el pretor interviene, como consecuencia del decaimiento progresivo de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, dando lugar a un nuevo tipo de dominio, el *in bonis habere* —intervención que, como es propio del derecho romano, tiene lugar en sede procesal con la concesión de la *actio Publiciana*—, remediando, de esta manera, aquellos casos en los que se había transmitido una *res Mancipi* a través de *traditio* y permitiendo, así pues, que el adquirente consolide su adquisición a través de la *usucapio*; paralelamente, en lo que a la constitución de servidumbres y del usufructo se refiere, la evolución parece quedar bloqueada, pues estas figuras continúan constituyéndose *iure civili* a través de dichos actos legítimos⁴⁰ y la situación adquiere mayor complejidad, sobre todo desde el punto de vista de las servidumbres, en tanto que existe la *lex Scribonia*⁴¹, que no permite su adquisición por *usucapio*⁴². La *lex Scribonia* cierra definitivamente la puerta a la posibilidad de subsanar el defecto de forma

⁴⁰ Siguiendo con los reproches que razonablemente Capogrossi hace a la doctrina por la falta de tratamiento de la *in iure cessio*, si bien es cierto que las servidumbres urbanas, a diferencia de las servidumbres más antiguas, son consideradas *res nec Mancipi*, su naturaleza no nos resuelve el problema, pues éstas deberán constituirse a través de *in iure cessio*, al no serles aplicable la *traditio* por ser cosas incorporales (cfr. Gai. 2, 19); los autores no tienen en cuenta la dificultad que dicho negocio del *ius civile* entraña en determinadas épocas del derecho romano. CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Proprietà e diritti reali... cit.*, p. 159 y 160.

⁴¹ Sobre la datación de la *lex Scribonia*, su alcance y los motivos de esta intervención legislativa, Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI, «Alle origini di un divieto legislativo: la *Lex Scribonia*», en *Studi Gallo*, I, Jovene, Nápoles, 1997, p. 79 a 96, asimismo, en *Ai margini della proprietà fondiaria... cit.*, p. 107 y ss. y en *Proprietà e diritti reali... cit.*, p. 91 y ss. Resulta interesante la teoría defendida por Rainer en «Nochmals zu den Grunden und der Datierung der *Lex Scribonia*», en *ZSS* (1987), p. 632 y ss., de la que difiere el profesor italiano. Asimismo, Cosima MÖLLER, *Die Servituten... cit.*, p. 247 y ss. *Vid.* asimismo, Capítulo I, epígrafes 3.8 y 4.1.1.

⁴² Cfr. D. 41, 3, 4, 28 (29) (Paul. 54 *ad ed.*): *Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute (...).*

en la constitución de la servidumbre, ya sea ésta predial o urbana, a través de su adquisición por usucapión.

En este orden de cosas, no podemos más que mostrarnos plenamente de acuerdo con las posturas de Grosso, Capogrossi y Mannino, como expresa este último autor "da qui lo sforzo dell'*interpretatio* di *dare iure praetorio* riconoscibilità e tutela a situazioni di asservimento invalide secondo il *ius civile* per mancanza di *mancipatio* o *in iure cessio*, aggirando l'ostacolo rappresentato dalla *lex Scribonia* e dall'incorporalità delle servitù stesse, secondo moduli concettuali che paiono ben espressi (...) da quelle formule come *traditio vel patientia* o *pactiones vel stipulationes*"⁴³.

Desgraciadamente, en cuanto al estudio del posible uso de fórmulas como la *traditio vel patientia* o las *pactiones et stipulationes* en suelo itálico dando lugar a la denominada servidumbre pretoria o al usufructo pretorio, prácticamente hasta nuestros días se ha impuesto una visión crítica más pendiente de ver interpolaciones que de apreciar la evidencia⁴⁴. A través del

⁴³MANNINO, V. *La tolleranza dell "usus iuris"... cit.*, p. 77, también en «*Conventio e voluntas nell'operatività delle servitù e come fundamento della servitus personae*», en *Iuris vincula, Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Nápoles, 2001, p. 149.

⁴⁴ Valga destacar autores como PEROZZI, S. «I modi pretori di costituzione delle servitù», *Rivista italiana per la scienze giuridiche*, 23-1 (1897), p. 3 y ss, atribuía a época justiniana la constitución de servidumbres y usufructo mediante la *traditio* o la *longi temporis praescriptio*. COLLINET, P. «La tradition des servitudes dans le droit Justinien», *Mélanges P.F.Girard*, I (*Histoire des sources*), París, 1912, p. 185 a 198, atribuía diferentes funciones a la *traditio* en derecho clásico y en el justiniano, se suma a las teorías de KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut*, Münster, 1911, y considera que en época clásica la *traditio* pudo dar lugar a la constitución *iure praetorio* de servidumbres, aunque al igual que este último autor también cae en el error de considerar la mayor parte de los textos que se refieren a acciones útiles interpolados, la tutela pretoria se ceñiría a la concesión de *exceptiones* e interdictos; RABEL, E. «Zu den sogenannten praetorischen Servituten», en *Mélanges Girard*, II (*Droit privé et procédure*), París, 1923, p. 387 a 413, al igual que los anteriores autores, también se deja ofuscar por las interpolaciones, como también le ocurre a ALBERTARIO, E. «La protezione pretoria delle servitù», *Filangieri*, 36 (1912), p. 207 y ss., aunque hemos consultado la versión en sus *Studi di diritto romano*, II (*cose-diritti reali-possesso*), Milán, 1941, p. 479 a 490, este autor atribuye a Justiniano la *traditio* y la *longi temporis praescriptio* de las servidumbres dejándose llevar por las interpolaciones, así como niega la posibilidad de que se hubiera concedido una *actio in rem utilis*, en el caso de las servidumbres

estudio de los textos podremos comprobar la importancia y la claridad de la intervención pretoria y de la jurisprudencia en la materia que nos ocupa.

B) La propiedad de los peregrinos:

Como consecuencia del principio de personalidad del derecho⁴⁵, los peregrinos no podían adquirir el *dominium ex iure Quiritium*, que resultaba accesible únicamente a los ciudadanos romanos. Pero, como contrapartida de este mismo principio, los extranjeros se consideraban, asimismo, propietarios de acuerdo con el derecho propio de su pueblo o comunidad. A pesar de la vigencia de este principio, las relaciones entre ciudadanos romanos, latinos y peregrinos debieron estar a la orden del día; de ahí que la doctrina, en cuanto a aquellas situaciones que tienen que ver con la transmisión de situaciones dominicales, hable, a raíz de un texto de Gayo, de la existencia de una propiedad peregrina, al contraponer este jurista, en Gai. 2, 40, la propiedad peregrina al *dominium duplex* (cfr. Gai. 1, 54):

Sequitur, ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.

pretorias. CARCATERRA, A. *Il possesso dei diritti nel diritto romano*, Milán, 1942, vid. capítulos V y VI, p. 81 a 128, también considera posiblemente justiniana la *traditio vel patientia*. SOLAZZI, S. *Requisiti e modi... cit.*, p. 155 y ss. y en «Stipulazioni di servitù prediali», *IURA*, V, 1954, p.126 y ss. Más recientemente, BASILE, R. *Pactionibus et stipulationibus ... cit.*, p. 335 a 359.

⁴⁵ Gai. 1, 1: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus.*

Como consecuencia de este principio de personalidad del derecho, en principio, solamente los ciudadanos romanos habrían disfrutado del *commercium*, es decir el derecho que, como ciudadanos romanos, les permitía realizar los negocios jurídicos propios del *ius civile*, especialmente la *mancipatio*. También disfrutaban del *commercium* los *latini prisci*, los *coloniarii* y los *Iuniani*, así como ocasionalmente algunos *peregrini*⁴⁶.

No obstante, a pesar de que un peregrino o un latino tuviera concedido el *commercium*, la realización de una *mancipatio* —o incluso, fuera de la esfera del *ius commercii*, la realización de la *traditio* respecto de las *res nec mancipi*, un instituto *iuris gentium*— nunca habría conllevado la adquisición del *dominium ex iure Quiritium*.

Al adquirir a través de la *mancipatio*, un latino o un peregrino se habría limitado a afirmar “*meum esse*” sin añadir la referencia “*ex iure Quiritium*”, que era propia de los ciudadanos romanos⁴⁷. Estas situaciones dominicales, que no podían consistir en supuestos de *dominium ex Iure Quiritium* por las razones que hemos expuesto, debieron de tener reconocimiento, a tenor del texto de Gayo, y recibir tutela por parte del pretor peregrino. Si bien, de acuerdo con

⁴⁶ UE. 19, 4 : *Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos coloniarios Latinosque Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est.*

⁴⁷ Vid. KÜBLER, B. voz «Peregrinus», *RE*, XXXVII, Stuttgart, 1937, p. 649-650; Ludwig MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, p. 110, nt. 28. GROSSO, G. *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Turín, 1970, p. 203, nt. 3. KASER, M. *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, p. 91.

Igualmente se ha discutido hasta la saciedad la posibilidad de que los latinos y peregrinos que disfrutaran del *commercium* pudieran adquirir a través de *usucapio*. En relación con la adquisición de la propiedad por los *peregrini*, resulta destacable la naturaleza meramente obligacional del contrato de compraventa. La compraventa en el derecho clásico romano no da lugar por sí sola a la transmisión de la propiedad sobre la cosa que se compra y el vendedor quedaría únicamente obligado a garantizar la posesión pacífica de ésta, precisamente por la imposibilidad de transmitir a un peregrino el *dominium*, vid. MIQUEL, J. *Derecho privado romano*, p. 321 y 322.

Capogrossi, ya desde antiguo se habría provisto de una tutela al margen de los paradigmas del *ius civile* para los extranjeros y sus derechos, empezando por la propiedad, basándose en el derecho del pueblo o en un primitivo sistema de *ius gentium* de lo que quedaría huella en los tratados internacionales de Roma⁴⁸.

Pese a las diferencias entre la propiedad de los peregrinos y el *dominium ex iure Quiritium*, tal y como apreciamos en el texto de Gayo, parece ser que, al menos en lo que a la época del proceso formulario se refiere, se habrían concedido a los extranjeros acciones creadas de acuerdo con el modelo de la acción del *ius civile*, en las que se habría fingido la ciudadanía del peregrino, así Gai. 4, 37:

Item ciuitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinus extendi. uelut si furti agat peregrinus aut cum eo agatur, formula ita concipitur: IUDEX ESTO. SI PARET LVCIO TITIO A DIONE HERMAEI FILIO OPEVE CONSILIO DONIS HERMAEI FILII FVRTVM FACTVM ESSE PATERAE AVREAE, QVAM OB REM EVM, SI CIVIS ROMANVS ESSET. PRO FVRE DAMNVM DECIDERE OPORTERET et reliqua; item si peregrinus furti agat, ciuitas ei Romana fingitur, similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat aut cum eo agatur, ficta ciuitate Romana iudicium datur.

Siendo esto así, cabe preguntarse cómo podrían los peregrinos constituir servidumbres o usufructos, si no podían disponer del dominio quiritario y, en cualquier caso, a menos que se les hubiera condedido el *commercium*, tampoco les sería posible realizar una *mancipatio* o una *in iure cessio*, actos propios del

⁴⁸ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. voz «Proprietà», en *ED*, XXXVII, Milán, 1988, p. 200. y en «In margine ai primo trattato fra Roma e Cartagine», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, V, Milán, 1971, p. 171 y ss. donde el autor se refiere a la existencia, como consecuencia de un primer tratado entre Roma y Cartago, de un sistema procesal diferente al romano, así como a la existencia de determinadas normas de derecho sustantivo diferentes a las propias de Roma y a las de Cartago.

ius civile y que resultan completamente inadecuados cuando empiezan a internacionalizarse las relaciones económicas.

Este problema se habría resuelto, en algunos casos, a través de la concesión del *ius italicum* y, finalmente, a partir de la *Constitutio Antoniniana* (212 d. C.), cuando se concede la ciudadanía a todos los habitantes del imperio. El problema que surgirá entonces tendrá que ver con el decaimiento de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, tema al que ya nos hemos referido anteriormente.

Con anterioridad a la concesión universal de la ciudadanía romana el año 212 d. C. a través de la *Constitutio Antoniniana*, de acuerdo con Kaser⁴⁹, los peregrinos, aún siendo considerados propietarios de acuerdo con su derecho, también disfrutaban de acciones concedidas por el pretor y creadas a imagen y semejanza de las acciones del *ius civile*, como nos resulta conocido a través de Gai. 4, 37, y, en cuanto a la transmisión de las situaciones dominicales de los peregrinos, éstas habrían discurrido con toda seguridad a través de la *traditio*. Sin embargo y como decíamos, si bien la *traditio*, siendo considerada un negocio del *ius gentium*, comportaba que los ciudadanos romanos adquiriesen la propiedad civil sobre las *res nec mancipi*; en el caso de los peregrinos, su uso nunca puede llevar a la consecución de dicho tipo de dominio, del mismo modo que el uso de la *mancipatio* tampoco hubiera implicado la adquisición del *dominium ex iure Quiritium*, aún disponiendo del *commercium*. Como decíamos anteriormente, al realizarse la *mancipatio*, se hubieran limitado a realizar la afirmación “*meum esse*” sin añadir “*ex iure Quiritium*”, a diferencia de lo que ocurría cuando se trataba de ciudadanos romanos.

⁴⁹KASER, M. *RPR*, I, § 97, p. 341. También en *Ius gentium*, p. 91 y ss. MIQUEL, J. *Derecho privado romano*, p. 171.

Más dificultades entraña todavía la idea de propiedad de los peregrinos cuando ésta recae sobre fundos —a diferencia de los latinos que sí habrían podido gozar del *dominium ex iure Quiritium* en este caso (Cfr. Gai. 1, 33)— que parece quedar descartada en Frag. Vat. 47 a), que considera inadecuados los actos *iuris gentium* (*traditio*) para deducir un usufructo cuando interviene un peregrino⁵⁰.

Así pues, si de acuerdo con el principio de personalidad del derecho, los peregrinos se regían por el derecho de su pueblo y se les consideraba propietarios de acuerdo con ese derecho que les era propio, con toda seguridad debieron recurrir también a sus prácticas y costumbres, que eran respetadas por Roma, para constituir aquellas relaciones que, desde la perspectiva de los romanos constituían situaciones análogas a las servidumbres o al usufructo. Prácticas que debieron ser reconocidas por los romanos, al igual que sucedía con la propiedad. Así no sería extraño que un mecanismo usado en las provincias, pero de plena matriz romana, como son las *pactiones et stipulationes*, fuera también usado en suelo itálico para cumplir las mismas funciones. Sobre todo teniendo en cuenta que seguramente la mayoría de estos peregrinos podrían haber tenido como derecho propio el derecho helénico o, como mínimo, derechos con una fuerte influencia helénica, en los que la constitución, al menos de servidumbres, parece que tuvo lugar, generalmente, a través de acuerdos entre particulares⁵¹. A estos acuerdos se les habrían unido la estipulación, un negocio *iuris gentium* y ampliamente utilizado en Roma, que

⁵⁰ Frag. Vat. 47a): *Potest constitui et familiae erciscundae uel communi diuidendo iudicio legitimo. In re nec mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest nec in homine, si peregrino tradatur ; ciuili enim actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est*

⁵¹ Como claramente se desprende de la *Oratio* de Demostenes contra Calicles, a la que volveremos a referirnos más adelante en relación con la constitución de servidumbres en derecho griego, *vid.* SCIALOJA, V. «L'orazione di Demostene contro Callicle in rapporto alla teoria delle servitù prediali in diritto greco», en *Atti della R. Accademia di Torino*, 25 (1890), p. 792, pero hemos consultado la versión publicada en sus *Studi Giuridici*, I, Roma, 1933, p. 403 a 416. MARTINI, R. *Diritti greci*, Bologna, 2005, p. 126.

aseguraba el ejercicio de la servidumbre o del usufructo así constituidos. Por otra parte, teniendo en cuenta la situación de crisis en la que se encontraban la *mancipatio* y la *in iure cessio* y el hecho que las relaciones entre ciudadanos y extranjeros —que no siempre disfrutaban del *commercium*— debieron ser cada vez más frecuentes, no resultaría descabellado plantearse la posibilidad de que, en estos casos, se hubiera recurrido a las *pactiones et stipulationes* o a la *traditio vel patientia* —en este último supuesto, recordemos que la transmisión *inter vivos* de la propiedad en el caso de los extranjeros se habría dado a través de *traditio*, forma que también venía imponiéndose progresivamente en las transacciones entre los propios ciudadanos romanos.

Grosso, por su parte, se muestra más cauteloso cuando se trata de atribuir una eficacia general a las *pactiones et stipulationes*, sobre todo cuando se trata de la propiedad peregrina y considera que nos encontramos ante un interrogante que no halla una respuesta definitiva en las fuentes, frente a la postura de Riccobono, mucho más proclive al reconocimiento por parte del pretor de este modo de constitución⁵². La constitución a través de pactos y estipulaciones debió haber tenido lugar solamente en casos muy específicos y, al menos, en consecuencia, no parece que pudiera hablarse de un modo de constitución con eficacia general en suelo itálico: "la costituzione di un usufrutto non riconosciuto *iure civili*, ma tutelato per diritto onorario, era considerata dai romani per alcune categorie di oggetti, in rapporto alla loro condizione giuridica, in ogni modo per singole ipotesi, non come conseguenza generale di un dato modo di costituzione"⁵³.

Sin embargo, creemos que ambas opiniones pueden llegar a casar: cuando Gayo se refiere a las *pactiones et stipulationes* como modo de

⁵² RICCOBONO, S. *Dies e condicio... cit.*, p. 365.

⁵³ GROSSO, G. *Usufrutto... cit.*, p. 364 y en *Le servitù... cit.*, p. 204.

constitución de las servidumbres y del usufructo en las provincias (Gai. 2, 31), está asimismo subrayando que dicho modo de constitución se da en suelo provincial, ya que sobre éste no es posible realizar una *mancipatio* o una *in iure cessio*, pues un particular nunca disfrutará del *dominium ex iure Quiritium*, que está, en este caso, en manos del pueblo romano. Del mismo modo, podemos llegar a entender que, al igual que sucedía en las provincias, debido a las especiales circunstancias de las situaciones dominicales de los peregrinos y de otros sujetos que no podían acceder a la *mancipatio* ni a la *in iure cessio*, en estos supuestos sobre suelo itálico, que debieron ser reducidos en un principio, se aplicaran figuras de ámbito provincial, sobre todo en cuanto a los peregrinos, quienes generalmente habrían recurrido a sus prácticas y éstas habrían sido reconocidas por el pueblo romano. Obviamente, las servidumbres y el usufructo constituidos en estas circunstancias debieron ser tutelados por el pretor; mantener una teoría contraria, como expresa Riccobono⁵⁴, sería totalmente incompatible con la función del derecho del pretor, sobre todo, teniendo en cuenta que el territorio en el cual debió aplicarse el *ius civile* con el paso del tiempo fue cada vez mayor, de modo que parece imposible que el pretor no hubiera intervenido e introducido correcciones para responder a las nuevas necesidades que iban surgiendo en la realidad.

Estas situaciones que hemos descrito, como son la propiedad de los peregrinos, el *in bonis habere* o la posesión de buena fe, que en un principio debieron ser casos aislados, con el tiempo debieron estar a la orden de día, lo que dio lugar a que modos de constitución como las *pactiones et stipulationes* o la *traditio vel patientia*, que hasta ese momento se habrían aplicado exclusivamente en determinados casos debido a sus especiales circunstancias jurídicas, se fueran imponiendo progresivamente, seguramente impulsados por su sencillez y las enormes ventajas que presentaban frente a los modos de constitución del *ius civile*.

⁵⁴ RICCOBONO, S. *Dies e condicio... cit.*, p. 357.

El uso de estos modos de constitución habría resultado totalmente normal ya desde el derecho postclásico. Esta situación es la que llegaría a hacerse patente finalmente en el derecho justiniano, como expresa I. 2, 3, 4, en relación con las servidumbres, y I. 2, 4, 1, en relación con el usufructo.

C) Otros casos

Otros casos que debemos destacar y en los que no sería posible la constitución de servidumbres o de usufructo mediante los modos constitutivos del *ius civile* serían los relativos al vectigalista y al superficiario.

En lo que se refiere al vectigalista, éste disfrutaría de la concesión⁵⁵ de un terreno público (*ager vectigalis*), a cambio del pago de un determinado cánon, denominado *vectigal*. La finalidad de esta concesión sería asegurar el disfrute y explotación de terrenos públicos por parte de los particulares.

El vectigalista no es propietario de estos terrenos, pero goza de una posición jurídica muy cercana a la del propietario civil, ya que puede disponer de su derecho a través de actos *inter vivos* (mediante la *traditio*) y *mortis causa* (cfr. Gai. 3, 145). La posesión sobre estos terrenos estaría tutelada por los interdictos y, además, por una *actio in rem (actio vectigalis)*⁵⁶ análoga a la *rei vindictio*. De acuerdo con d'Ors⁵⁷, la *actio in rem* concedida al vectigalista

⁵⁵ La discusión de la jurisprudencia clásica sobre la naturaleza de esta concesión, como *locatio* o bien *emptio-venditio*, puede observarse en Gai. 3, 145.

⁵⁶ Cfr. D. 6, 3, 1, 1 (Paul. 21 *ad ed.*), D. 21, 2, 66 pr. (Pap. 28 *quaest.*), D. 39, 2, 15, 26 (ulp. 35 *ad ed.*).

⁵⁷ D'ORS, A. *Sobre las pretendidas acciones reales... cit.*, p. 70 a 76. ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie... cit.*, p. 126 y ss. VALIÑO, E. *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, p. 69 y ss.

no sería una acción *in factum*⁵⁸, sino la *vindicatio* concedida útilmente, en la que se se incluiría la ficción de considerar al vectigalista como propietario del terreno. Para este autor, la concesión de la *vindicatio utilis*, sin duda alguna, habría aproximado la posición jurídica del vectigalista a la del propietario civil, por lo que de manera lógica se le habrían concedido útilmente otras acciones propias de un *dominus ex iure Quiritium*, entre ellas, la *vindicatio servitutis*. Para llegar a esta conclusión se fija en la parte final del texto de Juliano de D. 8, 1, 16 (49 *dig.*):

Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

D'Ors defiende la legitimidad de la parte final del texto, sobre todo porque la opinión de Juliano viene recordada por Ulpiano en D. 43, 25, 1, 5 (71 *ad ed.*). Considera, además, que Juliano, al expresar "*non est iniquum utilem petitionem servitutis dari*", está introduciendo una novedad.

La inclusión de la ficción de la propiedad en la *vindicatio utilis* se desprendería, según este autor, de D. 6, 3, 1, 1 (Paul. 21 *ad ed.*), cuando se refiere al hecho de que el vectigalista no es propietario:

*Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, **quamvis non efficiantur domini**, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes,*

⁵⁸ Como defiende LENEL, O. *EP*, § 70, p. 186 y ss.

La concesión de la *vindictio servitutis utilis* al vectigalista plantea la cuestión de si ésta se concede para tutelar las servidumbres que ya se encuentren constituidas sobre el *ager vectigalis*, o bien, si el vectigalista podría constituir, similarmente a un propietario civil, nuevas servidumbres que estarían tuteladas a través de dicha acción concedida útilmente. Resulta obvio que la constitución de servidumbres sobre el *ager vectigalis* no podría tener lugar a través de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, precisamente, porque no es propietario civil.

En este sentido, un conocido texto de Ulpiano reconoce la posibilidad de constituir un derecho de usufructo al vectigalista (así como al superficiario), bajo la tutela del pretor. El texto, que habría sido recortado por los compiladores, se encuentra asimismo en Frag. Vat. 61, con lo cual el contenido del texto no nos parece tan sospechoso⁵⁹:

D. 7, 4, 1 (Ulp. 17 Sab.): *Non solum usum fructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usu fructu. Et parvi refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tuitione praetoris: proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur.*

Frag. Vat. 61: Ulp. 17 Sab. *Amitti autem usum fructum capitis minutione constat nec solum usum fructum, sed etiam actionem de usu fructu: scilicet si Titio usum fructum... testamento uel per fideicommissum lego uel relinquo et die eius cedente is capite minutus est... agere non potest. [et parui] refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an uero tuitione praetoris; proinde] usus fructus licet in fundo stipendiario uel tributario. [item in fundo uectigali uel superficie non] iure constitutus capitis minutione amittitur... capitis minutio extinguit usum fructum*

⁵⁹ A diferencia de lo que expresa D'ORS, A. *Sobre las pretendidas acciones reales... cit.*, p. 75 nt. 83 en relación con p. 66, nt. 42. Sobre este texto, *vid.* Capítulo. I, epígrafe 4.1.3; también, Capítulo V, epígrafe 3.1.1.

En lo que se refiere al superficiario, también de manera similar al vectigalista, disfruta de la concesión sobre suelo público o privado de un edificio o construcción (*superficies*), a cambio del pago de un cánon, denominado *solarium*. En principio, no es considerado poseedor, pero el pretor tutela el disfrute (*uti frui*) del edificio a través de un interdicto especial, el *interdictum de superficibus* (D. 43, 18, 1 y 2 Ulp. 70 *ad ed.*), así como el *interdictum de loco publico fruendo*, en el caso de que la concesión sea de carácter público⁶⁰.

Pese a que esta institución estaría regida por el principio *superficies solo cedit*, el superficiario estaría protegido frente a la *vindicatio rei* del propietario civil del suelo y, por tanto, de la superficie, mediante la *exceptio doli* (D. 43, 18, 1, 4 Ulp. 70 *ad ed.*). El pretor le habría concedido, asimismo, una *actio in rem* previa *causae cognitio*, generalmente denominada *actio in rem superficialia* (D. 43, 18, 1 pr. Ulp. 70 *ad ed.*). Según d'Ors⁶¹, en este caso volveríamos a encontrarnos ante una *actio in rem utilis* que también incluiría la ficción relativa a la condición de propietario, basándose en dos textos de Ulpiano: D. 43, 18, 1, 4 (70 *ad ed.*) y D. 39, 1, 3, 3 (52 *ad ed.*). A través de la ficción de la propiedad, también se extenderían útilmente el resto de acciones reales propias del *dominus* (ex D. 13, 7, 16, 2 Paul. 29 *ad ed.*), de ahí que se le reconozca la posibilidad de disponer de la *superficies* por actos *mortis causa* (Cfr. D. 43, 18, 1, 7 Ulp. 70 *ad ed.*) o *inter vivos* (Cfr. D. 6, 2, 12, 3 Paul. 19 *ad ed.*).

Como hemos visto antes, Ulpiano se hace eco de la posibilidad de que el superficiario pudiera constituir un usufructo a favor o a cargo de la *superficies*, del mismo modo, sería imaginable la constitución de servidumbres prediales⁶²,

⁶⁰ GUARINO, A. *Diritto privato romano*, p. 664 y ss. TALAMANCA, M. *Istituzioni...* cit., p. 472 y ss.

⁶¹ D'ORS, A. *Sobre las pretendidas acciones reales...* cit., p. 77 y ss.

⁶² Y de otros derechos reales, como el *pignus*, cfr. D. 13, 7, 16, 2 (Paul. 29 *ad ed.*); D. 20, 1, 13, 3 (Marc. lib. .sing. *ad form. hypoth.*); D. 20, 4, 15 (Paul. 68 *ad ed.*) Vid. ALBANESE, B.

que, en cualquier caso, no puede tener lugar a través de los modos constitutivos del *ius civile*.

Así pues, es muy posible que el vectigalista y el superficiario pudieran recurrir al uso de las *pactiones et stipulationes* para la constitución de estos derechos reales, ya que, al no ser considerados propietarios, no podrían haber recurrido a los modos de constitución propios del *ius civile*⁶³.

Como sabemos, el pretor también habría extendido útilmente la *vindicatio rei*, así como la *vindicatio servitutis* al acreedor pignoraticio (D. 8, 1, 16 Iul. 49 *dig.*). Ante este hecho, nos surge la duda de si la extensión útil de la *vindicatio servitutis* al acreedor pignoraticio tendría lugar únicamente con la finalidad de que pudiera reclamar las servidumbres existentes a favor del predio hipotecado, o bien, fuera posible la constitución de nuevas servidumbres prediales (especialmente a favor del predio que actúa como garantía de una obligación y cuando el propietario-deudor se negara a ello), teniendo en cuenta que la constitución de estos derechos supondrían un aumento del valor económico del predio y, por tanto, asegurar la garantía del futuro cobro de una obligación.

3. Conclusiones

En el presente capítulo hemos hecho hincapié en las diversas situaciones jurídicas que podrían justificar que los particulares recurrieran al uso de las *pactiones et stipulationes* para la constitución de servidumbres, teniendo en cuenta la imposibilidad de que se aplicara los modos de constitución del *ius civile*, concretamente, la *mancipatio* y la *in iure cessio*.

Le situazioni possessorie... cit., p. 139 y ss.

⁶³ *Vid.* asimismo, Capítulo VI, epígrafe 5.2.2.

En el caso del suelo provincial, no sería posible la constitución de servidumbres o del usufructo, debido a que los fundos provinciales habrían sido considerados de dominio estatal. Siendo esto así, los particulares nunca habrían podido disfrutar del *dominium ex iure Quiritium* sobre estos territorios, sino de la *possessio vel usufructus*, como expresa Gai. 2, 7, o de una "plenísima posesión" en palabras de Teófilo (*Theoph. ad I. 2, 1, 40*). Estas situaciones jurídicas, muy próximas, materialmente, a la idea de propiedad, habrían sido transmisibles por actos *inter vivos* o *mortis causa*, así como habrían permitido la constitución sobre dicho suelo de todo tipo de relaciones jurídicas similarmente a las que podría constituir un propietario civil; todo ello siempre y cuando se mantuviera el pago del tributo, estipendio o cánon correspondiente.

En el caso del suelo itálico, también existirían situaciones jurídicas en las que no sería posible la constitución de servidumbres o de usufructos según el *ius civile*. Se trataría de casos en los que los particulares no dispondrían del *dominium ex iure Quiritium*, lo que justificaría que se hubiera recurrido al uso de las *pactiones et stipulationes* más allá del ámbito provincial. En estos caso, generalmente, suele hablarse de "servidumbre o de usufructo pretorios", en tanto que, no cumpliéndose las condiciones exigidas por el *ius civile* para constituir un usufructo o una servidumbre, estos se constituyen al amparo del pretor, generalmente a través de *pactiones et stipulationes* o de la *traditio vel/ et patientia*.

Entre estas situaciones jurídicas encontraríamos, en primer lugar, el *in bonis habere* y la *bonae fidei possessio*, que si bien se caracterizarían por ser situaciones interinas —en el sentido de que los particulares pueden llegar a adquirir la plena propiedad sobre los fundos a través de la *usucapio*—, no parece justificable que, mientras no se hubiera verificado la adquisición, no fuera posible constituir servidumbres prediales o usufructos, debiendo esperar

el particular a que hubiera transcurrido el tiempo necesario para la *usucapio*. Este hecho resultaría aún más absurdo, teniendo en cuenta que la constitución de estos *iura in re aliena* solía ocurrir, muy frecuentemente, en el momento de enajenarse un predio y, por tanto, cuando debía realizarse el acto formal para que tuviera lugar la transmisión de la propiedad sobre el fundo, a la vez que la constitución del derecho real limitativo del dominio. En esta compleja situación, ha de tenerse en cuenta, además, la existencia de la *lex Scribonia* y la propia naturaleza de las servidumbres y del usufructo que no permitiría la subsanación del defecto de forma en la constitución, a través de la *usucapio*. El recurso a fórmulas como las *pactiones et stipulationes* debió de ser cada vez más normal, debido al paulatino proceso de decaimiento de los actos formales como la *mancipatio* y la *in iure cessio* a favor de la *traditio*.

En segundo lugar, tampoco los peregrinos habrían podido recurrir a la constitución de las servidumbres y del usufructo *iure civili*, al no poder ser *domini ex iure Quiritium* de los fundos sites en suelo itálico. Sin embargo, sabemos, a través de Gai. 4, 37, que el pretor les habría concedido útilmente acciones civiles en las que se incluiría la ficción de la propiedad o de la ciudadanía. Asimismo, las situaciones dominicales de los peregrinos habrían sido transmisibles *inter vivos* seguramente a través de la *traditio*. Todo ello nos permite pensar que, muy posiblemente, en estos casos se hubiera recurrido al uso de las *pactiones et stipulationes* para la constitución de servidumbres y del usufructo.

Finalmente, nos hemos referido a los casos del vectigalista y del superficiario, cuya posición jurídica tiende a aproximarse a las del propietario civil. En ambos casos, el pretor concede, de manera útil, las *vindicationes* propias de un *dominus ex iure Quiritium*, incluyendo la ficción de la propiedad. Tanto el vectigalista como el superficiario podrían ejercer útilmente la *vindicatio servitutis*, pero cabe preguntarse si podrían constituir un derecho de

servidumbre o un usufructo, obviamente no a través de los modos constitutivos del *ius civile*, sino a través de *pactiones et stipulationes*, lo que parece poder confirmarse a través de Ulpiano en D. 7, 4, 1 (17 *Sab.*) y en Frag. Vat. 61, donde el jurista expresamente reconoce, al vectigalista y al superficiario, la posibilidad de constituir un usufructo constituido *tuitione praetoris*.

CAPÍTULO V

**Estudio sistemático de las referencias a las
«*pactiones et stipulationes*»
en las fuentes jurisprudenciales romanas**

1. Preliminar

En los capítulos anteriores a éste, hemos intentado reflejar el estado de la doctrina acerca del estudio de las *pactiones et stipulationes* constitutivas de servidumbres prediales, especialmente a través de las diversas lecturas que se han realizado de la principal fuente jurisprudencial, mediante la cual tenemos conocimiento de este negocio constitutivo de las servidumbres, es decir, de Gai. 2, 31, de la que suele partir la mayoría de los autores para iniciar el estudio de las *pactiones et stipulationes*.

Asimismo, nos hemos preguntado sobre las especiales circunstancias que podrían justificar el recurso a este negocio constitutivo no sólo en las provincias, donde su utilización se explicaría por la imposibilidad de la realización de la *mancipatio* o *in iure cessio* sobre suelo provincial (Gai. 2, 31 *in fine*), sino también en el caso de los fundos itálicos. En este sentido, hemos llegado a la conclusión de que, con mucha seguridad, tanto el progresivo decaimiento que debieron sufrir la *mancipatio* y la *in iure cessio* a lo largo de la época clásica, como la existencia de situaciones, en dicha época, en las que no era posible el uso de los modos constitutivos del *ius civile* —que requieren que los particulares que deseen constituir una servidumbre dispongan del *dominium ex iure Quiritium* sobre los fundos— habrían dado lugar, en un primer momento, a que en estos supuestos, en los que no sería posible la constitución de servidumbres o del usufructo conforme al *ius civile* —piénsese en el caso de disponer del *in bonis habere* sobre un fundo, o la propiedad de los peregrinos, o la posesión de buena fe o de un derecho de superficie, etc.—se hubieran aplicado las *pactiones et stipulationes* y que, de manera paulatina, este negocio constitutivo hubiera acabado por imponerse (debido a su sencillez y a que facilitaba a los particulares constituir la servidumbre adecuándola a las especiales necesidades de cada situación).

En el presente capítulo, nos proponemos abordar un estudio plenamente casuístico de la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, a través de sus manifestaciones en las fuentes jurisprudenciales.

Iniciamos tal estudio intentando aportar una nueva visión e interpretación de Gai. 2, 31, para seguir, a continuación, con un análisis de los principales textos de la compilación justiniana que reflejan, en mayor o menor medida, la constitución *pactionibus et stipulationibus* de las servidumbres prediales y sobre los que, por regla general, se han ido pronunciando la doctrina para fundamentar las diversas teorías existentes.

Cabe destacar que, a pesar de que hemos rubricado el epígrafe de este capítulo, en el que analizamos Gai. 2, 31, con el título de “fuentes prejustinianas”, como tales también podríamos incluir, en este apartado, algunos textos de los *Fragmenta Vaticana*, que se refieren al caso del usufructo constituido *tuitione praetoris*, como sería el caso de Frag. Vat. 61; nos parece, sin embargo, más adecuado referirnos a estas fuentes dentro del estudio de los casos del Digesto pertenecientes a la jurisprudencia clásica, ya que nos permiten contemplar el *iter* que han seguido estos textos hasta su inclusión en la compilación justiniana.

Las referencias *indiscutibles* a la constitución de servidumbres prediales y del usufructo *pactionibus et stipulationibus* que encontramos en las fuentes, sobre todo en el Digesto, aparecen tanto explícita como implícitamente. Es decir, en las fuentes jurisprudenciales que estudiaremos pueden aparecer referencias directas a la constitución de las servidumbres o del usufructo; se trata de textos que se ocupan expresamente del estudio de la constitución de estos derechos; o bien, por el contrario, pueden aparecer indirectamente, a través de referencias a algún aspecto problemático surgido de la especial naturaleza y estructura de este negocio constitutivo. Así, por ejemplo, existen

textos relacionados con la posibilidad de someter a términos o condiciones la servidumbre predial que las partes desean constituir; con la transmisibilidad o no de la relación constituida *pactionibus et stipulationibus*, o, en relación con la *stipulatio* de ejercicio, existen no pocos textos que se refieran al régimen jurídico de estas *stipulationes*, sobre todo en cuanto a la responsabilidad de los herederos del promitente y al pago de la pena, ya que generalmente se trata de *stipulationes poenae*.

A partir de los textos jurisprudenciales que usualmente la doctrina ha relacionado con la constitución de servidumbres o de usufructo *pactionibus et stipulationibus*, intentaremos contribuir a aportar una nueva lectura de estos textos, sobre los que, en la mayor parte de las ocasiones, ha planeado la sombra de haber sido objeto de modificaciones, sobre todo por parte de los compiladores; teniendo en cuenta que, en época justiniana, el principal modo de constitución de las servidumbres y del usufructo por actos *inter vivos* son las *pactiones et stipulationes* (I. 2, 3, 4).

En primer lugar, nos ocuparemos de aquellos textos que, en principio, parecen contener una referencia expresa a las *pactiones et stipulationes*, para determinar si, realmente, dicha alusión se realiza originariamente respecto de *este negocio constitutivo* o no. Sobre todo nos fijaremos en supuestos en los que el jurista parece expresar que la constitución del derecho real tiene lugar o bien a través de un pacto o a través de una *stipulatio*, textos que en muchas ocasiones han permitido a la doctrina argumentar que *pactiones et stipulationes* serían dos actos constitutivos diferentes y no un negocio complejo. En segundo lugar, nos ocuparemos de otros textos en los que, si bien los juristas no dicen de manera expresa que el derecho real del que tratan en el caso estudiado se haya constituido *pactionibus et stipulationibus*, existen indicios para poder afirmar que éste sea el negocio constitutivo. Seguimos un orden cronológico en el estudio de estos textos. Finalmente, hacemos referencia a los textos que se ocupan de la denominada *stipulatio* de ejercicio,

aunque el estudio del régimen jurídico de ésta, a partir de los diferentes textos jurisprudenciales, creemos que es más oportuno reflejarlo, con mayor profundidad, en el capítulo VI de este trabajo.

En la traducción que ofrecemos de los textos comentados, hemos tenido en cuenta, cuando ha sido posible, la traducción al alemán del *Corpus Iuris Civilis* de Behrends, Knütel, Kupisch y Seiler¹ y reflejamos, en una nota a pie de página, la referencia al texto jurisprudencial estudiado, en cada caso, en esta traducción alemana.

Este análisis casuístico ha de permitirnos elaborar, a partir del capítulo VI de este trabajo, una reconstrucción plausible del régimen jurídico de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*.

¹ BEHRENDTS, O.- KNÜTEL, R.- KUPISCH, B.- SEILER, H. H. *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung (Auf der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben)*, Heidelberg, 1990. Sólo hemos podido consultar los tres primeros volúmenes de esta traducción, que contendrían la traducción de las *institutiones* y de *digesta* hasta el libro 20, aunque actualmente se encuentra disponible en el mercado un cuarto volumen.

Asimismo, hemos consultado la conocida traducción del *Corpus iuris civilis* al castellano de GARCÍA DEL CORRAL, I. *Cuerpo del Derecho civil romano*, Barcelona, 1889-1898 y la traducción del Digesto de D'ORS, A.- HERNÁNDEZ-TEJERO, F.- FUENTESECA, P.- GARCIA GARRIDO, M.J.- BURILLO, J. *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1968.

2. Fuentes prejustinianas: nueva lectura de Gai. 2,31.

2.1. Gai. 2, 31: constitución de servidumbres y de usufructo *pactionibus et stipulationibus en las provincias*

En el capítulo IV de este trabajo, hemos realizado una primera aproximación a esta fuente, con la finalidad de contextualizar el estudio por parte de la doctrina romanista de las *pactiones et stipulationes*, pues, sin lugar a dudas, no es posible referirse a este modo de constitución de las servidumbres y del usufructo sin partir de este texto gayano, al tratarse de la fuente jurídica más antigua de la que disponemos y que, además, presenta la ventaja de no haber sido sometida a las alteraciones de los compiladores justinianos.

El texto gayano, que volvemos a reproducir a continuación, hace expresa referencia a la constitución de servidumbres en suelo provincial a través de *pactiones et stipulationes*, de ahí que sea el texto del que la doctrina suele partir para iniciar cualquier estudio sobre la constitución de servidumbres o de usufructo *pactionibus et stipulationibus*:

Gai. 2, 31: *Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, qui et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usufructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiat, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem, aut in iure cessionem recipiunt.*

Creemos que, para entender mejor este texto, debemos observar antes los fragmentos que le preceden. Este fragmento en cuestión pertenece al comentario segundo, en el que Gayo se ocupa del estudio de las cosas (cfr. la *divisio* en Gai. 1, 8). Una vez ha diferenciado las cosas en públicas y privadas, a partir del párrafo 12, Gayo se ocupa de la división de las cosas según sean corporales o incorpóreas, e intenta armonizar esta división con la relativa a las *res Mancipi* y *nec Mancipi* —lo que especialmente puede inferirse de Gai. 2, 17—, pues, al estar tratando del *ius civile*, para poder pasar al régimen de transmisión de las cosas (Gai. 2, 19), en primer lugar, debe diferenciarlas según éstas sean Mancipables o no.

En ese intento por armonizar las dos clasificaciones de las cosas, expresa Gayo que, generalmente, las cosas incorpóreas no suelen ser Mancipables, y establece una excepción en cuanto a las servidumbres prediales rústicas, que pese a no ser cosas corporales, sí son consideradas *res Mancipi* (Gai. 2, 17)².

² Gai. 2, 12: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporeales.*

13. *Corporales hae sunt, quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles.*

14. *Incorporeales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum. <Praediorum urbanorum iura sunt uelut ius altius tollendo aedes suas officiendi luminibus uicini aedium aut> non extollendi, ne luminibus uicini officiat: item fluminum et stillicidiorum idem ius ut —vv. 5—.*

14a. *Res praeterea aut Mancipi sunt aut nec Mancipi. <Mancipi sunt uelut fundus Italico solo, item serui et ea animalia, quae collo dorsoue domari solent, uelut boues, equi, muli, asini, item seruitutes praediorum rusticorum. Nam> seruitutes praediorum urbanorum nec Mancipi sunt. item stipendiaria praedia et tributaria nec Mancipi sunt.*

15. *Sed quod diximus ea animalia, quae domari solent, Mancipi esse, —vv. 1 3/4— statim ut nata sunt, Mancipi esse putant; Nerua uero et Proculus et ceteri diuersae scholae auctores non aliter ea Mancipi esse putant quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc uideri Mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem peruenerint, in qua domari solent.*

16. *At ferae bestiae nec Mancipi sunt, uelut ursi, leones, item ea animalia, quae ferarum bestiarum numero sunt, uelut elefanti et cameli, et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsoue domari solent; nam ne notitia quidem eorum animalium*

Cabe destacar que, seguramente en la época de Gayo, buena parte de las cosas de más valor patrimonial debían entrar ya en la categoría de las *res nec Mancipi*, siendo de mayor importancia la clasificación de las cosas según fueran éstas corporales o incorporales y, sucesivamente, muebles o inmuebles, sobre todo, en vistas a su adquisición a través de *usucapio*³.

A continuación, Gayo se centra en explicar el régimen de transmisión de las cosas, partiendo de las *res nec Mancipi*, que serían transmisibles a través de la simple entrega en virtud de una *iusta causa* (Gai. 2, 19 y 20, el mismo régimen resulta aplicable a los predios provinciales, Gai. 2, 21)⁴.

Las *res Mancipi*, en cambio, se transmiten a través de *mancipatio* o de *in iure cessio*, ésta última tendría la misma eficacia que la *mancipatio* (Gai. 2, 22). La explicación sobre el contenido y la realización de la *mancipatio* — remitiéndose a Gai. 1, 119— o de la *in iure cessio* sigue a continuación —Gai. 2, 22 a 28⁵. A partir de § 29, Gayo se ocupa en especial del régimen de

illo tempore fuit, quo constituebatur quasdam res Mancipi esse, quasdam nec Mancipi.

17. *Sed item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis seruitutibus praediorum rusticorum; nam eas Mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium.*

³ En este sentido, Bonfante ya destacaba el especial esfuerzo de Gayo por intentar armonizar la categoría de *res Mancipi* con la de cosa corporal y la de *res nec Mancipi* con la cosa incorporal BONFANTE, P. «Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (*Res Mancipi e res nec Mancipi*)», en *Scritti giuridici*, II, p. 105 y ss.

⁴ Gai. 2, 18: *Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi.*

19. *Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem.*

20. *Itaque si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

21. *In eadem causa sunt prouincialia praedia, quorum alia stipendiaria, alia tributaria uocamus: stipendiaria sunt ea, quae in his prouinciis sunt, quae propriae populi Romani esse intelleguntur; tributaria sunt ea, quae in his prouinciis sunt, quae propriae Caesaris esse creduntur.*

⁵ Gai. 2, 22: *Mancipi uero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam Mancipi res sunt dictae. quod autem ualet mancipatio, idem ualet et in iure cessio.*

adquisición y transmisión de las servidumbres y del usufructo en párrafos diferentes. En cuanto a las servidumbres, distingue la adquisición de las servidumbres urbanas y las rústicas; las primeras sólo podrían transmitirse a través de la *in iure cessio*, mientras, en el caso de las segundas, también resultaría aplicable la *mancipatio*, al ser consideradas *res Mancipi* (Gai. 2, 29). En lo que se refiere al usufructo, éste tan sólo sería susceptible de *in iure cessio* (Gai. 2, 30)⁶.

Una vez se ha referido al régimen de adquisición de las servidumbres y del usufructo de acuerdo con el *ius civile*, se ocupa de su constitución en suelo provincial, a modo de excepción en relación con lo que acaba de expresar. De este modo, el jurista afirma “*Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia Mancipationem et in iure cessionem recipiunt*”. Es decir, el jurista expresa que el régimen que acaba de desarrollar en los párrafos

23. *Et Mancipatio quidem quemadmodum fiat, superiore commentario tradidimus (Gai. 1, 119).*

24. *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani uelut praetorem urbanum [aut praesides prouinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio uocatur. hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum.*

25. *Plerumque tamen et fere semper Mancipationibus utimur: quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non interest nec necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem prouinciae agere.*

26. *Quod si neque Mancipata neque in iure cessa sit res Mancipi —vv. 8—.*

27. *Praeterea admonendi sumus, quod ueteres dicebant soli Italici nexum esse, prouincialis soli nexum non esse, hanc habere significationem: solum Italicum Mancipi esse, prouinciale nec Mancipi esse. aliter enim ueteri lingua actus uocatur, et quod illis nexum, idem nobis est Mancipatio.*

28. *Res incorporales traditionem non recipere manifestum est.*

⁶ Gai. 2, 29: *Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum possunt; rusticorum uero etiam Mancipari possunt.*

30. *Ususfructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et conuertatur in proprietatem; alii uero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi.*

precedentes tan sólo sería aplicable a los predios itálicos, pues estos sí serían susceptibles de la realización de una *mancipatio* o de una *in iure cessio*. Sin embargo, la situación de los predios provinciales es totalmente diferente, al no ser susceptibles de la realización de dichos actos, con lo cual, a falta de estos actos formales para la consitución de las servidumbres o del usufructo, debe recurrirse a otro modo de constitución: las *pactiones et stipulationes*.

Así pues, y traduciendo textualmente del fragmento gayano, quien quiera constituir un usufructo o un derecho de paso, de conducción de agua, de edificar más alto o bien de no edificar, de no quitar las luces al vecino u otro derecho semejante puede hacerlo a través de pactos y estipulaciones, porque estos predios —es decir, los predios provinciales— ni siquiera son susceptibles de *mancipatio* o de *in iure cessio*.

Debemos tener en cuenta que las *institutiones* de Gayo, como advertíamos en el capítulo IV, son ante todo una obra didáctica y de carácter elemental, dirigida al estudio del Derecho probablemente en alguna escuela de la parte oriental del Imperio romano. Estamos frente a un manual para estudiantes⁷ y es desde esa perspectiva desde la que debe afrontarse la exégesis de este texto. Nos encontramos, por tanto, ante una concisa exposición del *ius civile*, dirigida a quienes se están iniciando en el estudio del Derecho, de ahí que el autor no tenga mayor intención que la de dibujar someramente determinadas instituciones y, teniendo en cuenta que los estudiantes a los que va dirigida la obra se encuentran en provincias, también la de comentar brevemente las excepciones que pueden darse en ámbito

⁷ Una opinión algo diversa sería la mantenida por Michel, quien considera que esta obra, sin negar su carácter elemental, se habría dirigido específicamente a los funcionarios de la cancillería imperial, de la que el mismo Gayo habría formado parte. MICHEL, J. H. «Du neuf sur Gaius?», en *RIDA*, 38 (1991), p. 175 a 217. Citamos a través de la versión disponible del artículo en *Synthèses romaines. Langue latine-Droit romain-Institutions comparées. Études publiées en hommage au prof. J-H. Michel*, Bruselas, 1998, p. 312 y ss.

provincial en relación con el *ius civile*, sin perder de vista, por tanto, el hecho de que Gayo, pese a tener posiblemente la ciudadanía romana y haberse formado en Roma, es un jurista que desarrolla su oficio en alguna provincia de Oriente⁸.

Si se observa el conjunto de esta obra, veremos que, pese a tratarse de una obra elemental sobre el *ius civile*, encontramos constantes referencias al ámbito provincial⁹, especialmente en el comentario segundo, como consecuencia del diferente régimen jurídico al que está sometido el suelo provincial. Pero también existen más allá del comentario segundo. En cuestiones relativas al proceso, se suele recordar que el proceso en las provincias se desarrolla ante el gobernador. En ocasión del estudio de las más diversas instituciones o figuras, el jurista establece asimismo referencias al ámbito provincial, sobre todo, cuando la cuestión de la que se ocupa presenta un régimen jurídico, que ofrece especialidades respecto del *ius civile*, así por ejemplo:

*Gai. 2, 7: Sed in prouinciali solo placet plerisque solum
religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi
Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum
et usumfructum habere uidemur; utique tamen, etiamsi*

⁸ HONORÉ, A. M. *Gaius a biography*, Oxford, 1962, para este autor, Gayo fue un ciudadano romano en las provincias, p. 80. KUNKEL, W. *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Viena, 1967 (citamos a través de la edición de Böhlhaus de 2001), p. 191 y ss. BEHREND, O. voz «Gaius», en *Juristen. Ein biografisches Lexikon*, München, 2001, p. 229 a 213. LIEBS, D. voz «Gayo», en *Juristas universales*, DOMINGO, R. (ed.) et al., I, p. 179. Para algunos autores es probable que este jurista hubiera desarrollado su actividad en algunas de las ciudades que menciona en D. 50, 15, 7 (Gai. 6 *ad leg. Iul. et Pap.*), posiblemente en Troas, colonia situada en Asia menor, actual Estambul.

⁹ En este mismo sentido, HONORÉ, A. *Gaius a biography...*, p. 77 y ss. Para este autor, las *institutiones* contendrían las lecciones de Gayo, en las que el jurista haría constante referencia al Derecho de las provincias, especialmente de aquella en la que impartiría su docencia, así como se referiría a los problemas con los que normalmente deberían encontrarse los ciudadanos romanos en la vida provincial.

Asimismo, KUNKEL, W. *Die römischen Juristen...* cit. p. 201 y ss. CASAVOLA, F. «Gaio nel suo tempo», en *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio Romanistico*, Nápoles, 1966, p. 1.

non sit religiosum, pro religioso habetur: item quod in prouinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur.

Gai. 2, 63: *Nam dotale praedium maritus inuita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamuis ipsius sit uel mancipatum ei dotis causa uel in iure cessum uel usucaptum. Quod quidem ius utrum ad Italica tantum praedia an etiam ad prouincialia pertineat, dubitatur.*

No resulta extraño pues que, en cuanto a la constitución de las servidumbres y del usufructo, Gayo recogiera en sus *institutiones* la referencia a las *pactiones et stipulationes*, ya que el régimen previsto por el *ius civile* no resulta aplicable en las provincias. Esta mención no es, a nuestro entender, baladí, pues con toda seguridad el arraigo que este modo de constitución debía tener en las provincias hacía imposible omitir su referencia, por lo que Gayo entendió necesario mencionarlas, ni que fuera brevemente¹⁰, en las *institutiones*.

2.2. Cuestiones terminológicas en Gai. 2, 31

Del fragmento 31 destaca también el hecho de que Gayo se refiera a las diferentes servidumbres como *iura* —teniendo en cuenta que en los fragmentos anteriores al 31, en los que se está refiriendo al *ius civile*, ya habla de

¹⁰ Basile censura que Gayo no desarrollara, en sus *institutiones* ni, posteriormente, en las *res cottidianae* (especialmente en el caso de D. 7, 1, 3, pr. Gai. 2 *rer. cott.*, del que nos ocupamos más adelante, en el epígrafe 3.1.1), en qué consistía y cómo se plasmaba en la práctica este negocio, en comparación con el amplio tratamiento que ofrece de la *mancipatio* (Gai. 1, 119 y ss), de la *in iure cessio* (Gai. 2, 25), de la *manus iniectio* y la *pignoris capio* (Gai. 4, 21) o de las partes de la fórmula (Gai. 4, 39). Nos parece que el carácter de ambas obras, eminentemente didáctico e incluso introductorio al *ius civile*, seguramente sirve para justificar con creces que Gayo únicamente mencionara las *pactiones et stipulationes*, sin mayores pretensiones. Con más razón, si se tiene en cuenta que mayoritariamente se considera que las *institutiones* recogerían por escrito una serie de lecciones impartidas por Gayo oralmente. BASILE, R. *Pactionibus et stipulationibus id efficere... cit.*, p. 344. MICHEL, J. H. *Du neuf sur Gaius?... cit.* p. 306 y ss.

servitutes praediorum (Gai. 2, 14a y 17) y de *iura praediorum* (Gai. 2, 14 y 29) — y con el nombre en concreto que las identifica: *ius eundi agendi, aquam ducendi, altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur*. Y, por si no quedara claro que está hablando de *iura praediorum*, acaba su enumeración con un "*ceteraque similia iura*", dejando abierta la enumeración, en el sentido de que mediante este modo de constitución es posible constituir diferentes *iura praediorum* y no sólo los que enumera a modo de ejemplo.

Como hemos comentado en el capítulo I, el Derecho romano clásico no conoce un concepto abstracto de servidumbre, sino diferentes figuras típicas. La denominación de las servidumbres más antiguas, *iter, via, actus* y *aquaeductus*, se correspondía con la entidad corporal que las identificaba. Cuando del concepto arcaico de las servidumbres, entendidas como cosas corporales encuadrables en un esquema de pertenencia, se pasa a concebirlas como derechos de los predios, es decir como cosas incorpóreas, facultades que un sujeto puede detentar sobre el predio perteneciente a otro, estas figuras empiezan a ser denominadas *iura* y, en su conjunto, constituyen *iura praediorum rusticorum* o *urbanorum*. De este modo, la jurisprudencia suele referirse a cada una de las servidumbres como *iura*. Así por ejemplo, recogiendo las servidumbres de las que nos habla Gayo en el fragmento que comentamos, se habla de *ius eundi agendi, ius aquam ducendi, ius altius tollendi aedes aut non tollendi, ius ne luminibus vicini officiatur, etc*¹¹. La

¹¹ Sirvan de ejemplo estos dos textos en los que se enumeran, sin ánimo de exhaustividad, algunas servidumbres urbanas y rústicas, respectivamente, podemos observar cómo el jurista en cuestión se refiere a las diferentes servidumbres como *iura*: D. 8, 2, 2 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *Urbanorum praediorum iura talia sunt: altius tollendi et officiendi luminibus vicini aut non extollendi: item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini aut non avertendi: item immittendi tigna in parietem vicini et denique proiciendi protegendive ceteraque istis similia.*

D. 8, 3, 1 pr. (Ulp. 2 Inst.): *Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquae ductus. Iter est ius eundi ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. Actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. Via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. Aquae ductus est ius aquam ducendi per fundum alienum.*

denominación de *iura praediorum* subrayaría la predialidad de la relación.

Las servidumbres serían una institución propia del *ius civile* y, como advertíamos en el capítulo I, sería una condición indispensable para su constitución el hecho de disponer del *dominium ex iure Quiritium* sobre los fundos entre los cuales se quiere constituir una servidumbre. Pese a que Gai. 2, 31 se está refiriendo a la constitución en suelo provincial de las servidumbres, para hablar de éstas utiliza la misma terminología que se emplearía para referirse a la institución perteneciente al *ius civile*, es decir, emplea la denominación propia de esta institución en el *ius civile* para referirse a la relación resultante de las *pactiones et stipulationes*.

Algunos autores¹² dudan de que, a través de la referencia a “*iura*”, Gayo esté utilizando en 2, 31 la misma terminología que en el caso de las servidumbres civiles, al evitarse el uso del término *servitus*. Sin embargo, si observamos las referencias a las servidumbres en las *institutiones* gayanas, podemos ver cómo conviven los términos *iura* y *servitus*, siendo *iura* un término más antiguo que el de *servitus* y, a su vez, el término *servitus* suele usarse en el sentido de englobar el conjunto de los *iura praediorum*; mientras que, para referirse a una concreta servidumbre, Gayo emplea la palabra *ius*. Así por ejemplo, se menciona *servitus* en Gai. 2, 14a —de acuerdo con la versión del epítome visigótico— o en 2, 17; mientras se refiere a *iura (praediorum)* en Gai. 2, 14 y 29. Gayo utiliza expresamente el término *iura praediorum urbanorum* justamente en 2, 29 para referirse a su constitución en el *ius civile* mediante *in iure cessio*, y no cabe duda de que se trata de la misma terminología de que se sirve, a continuación, en 2, 31, una vez se ha

¹² En este sentido, BIONDI, B. *Le servitù... cit.* p. 261 y ss. El uso del vocablo *servitus* en algunos textos jurisprudenciales, como D. 43, 18, 1, 9 (Ulp. 70 *ad ed.*) , Alex. Sev. C. 3, 34, 3 (a. 223) ó D. 7, 4, 1 pr. (Ulp. 17 *ad Sab.*), donde pueden recogerse referencias a la servidumbre pretoria, tradicionalmente ha dado lugar a que las mencionadas referencias se consideren justinianeas. Para Maschi, defender esta postura sería caer en la exageración, *Contributi... cit.* p. 293 y ss.

referido al usufructo y a su constitución en el *ius civile*.

La doctrina¹³ ha reconocido en múltiples ocasiones que la evolución y desarrollo de las servidumbres no se debe a la intervención legislativa, sino más bien a un largo proceso de reflexión jurisprudencial. Sin embargo, allí donde la reflexión jurisprudencial no puede llegar, al encontrarse ligada a la interpretación tradicional de la institución, intervendría el pretor confiriendo modernidad a esta institución y dando lugar a la aparición de principios, que acabarán por consolidarse en el Derecho justiniano y que no se deben a la rígida concepción de las servidumbres presente en el *ius civile*.

En otros ámbitos, la intervención del pretor ha dado lugar a que, junto a la institución propia del *ius civile*, surja una institución paralela con una denominación diferente: así en el caso de la sucesión, frente al concepto de *hereditas* surge el de *bonorum possessio*; en el caso del *dominium ex iure Quiritium*, frente a éste encontramos el *in bonis habere*; frente a la *obligatio* del *ius civile*, se suele hablar de *actione teneri*. En todos estos supuestos, hallaríamos instituciones paralelas a las del *ius civile* creadas al amparo de la jurisdicción pretoria, gracias a la concesión de una determinada tutela procesal. Ésta última sería el *prius* para la existencia de la institución, pues el pretor no crea relaciones jurídicas sustanciales, como por ejemplo indica Gayo, cuando, en referencia al *heres*, figura propia de la sucesión del *ius civile*, afirma que el pretor *heredes facere non potest* (Gai. 3, 32), pero puede conceder una tutela procesal en determinadas situaciones.

Como decíamos, el amparo de determinadas situaciones a través de la concesión de una tutela procesal por parte del pretor da lugar a la existencia de instituciones paralelas a las del *ius civile*, cuya denominación no suele ser la misma que la de la institución civil. Sin embargo, parece que esta tendencia a

¹³ Entre otros, MASCHI, C. A. *Contributi... cit.*, p. 247 y ss. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 41 y ss.

rehuir del uso de la misma denominación, para referirse a instituciones pertenecientes a estratos jurídicos diferentes, ya habría sido superada en época clásica¹⁴, subrayando la progresiva aproximación que habría tenido lugar entre los diferentes estratos jurídicos. El empleo de la misma terminología para referirse a instituciones del *ius civile* y a las instituciones paralelas tuteladas por el pretor se produciría, sobre todo, en los casos en los que se haría referencia a reglas o principios que son aplicables a ambas instituciones, al haber quedado éstas englobadas en una categoría sustancial más amplia¹⁵.

El hecho de que Gayo emplee la misma terminología para referirse a las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* en provincias, a nuestro entender, deja entrever que la institución de las servidumbres es una institución viva, en pleno desarrollo o formación, y que la intervención pretoria debió hacerse necesaria para intentar salvar o armonizar las reglas de la servidumbre civil a las nuevas exigencias que aparecían en la práctica, especialmente a partir del surgimiento de las servidumbres urbanas. En este desarrollo —y ya no sólo partiendo desde el punto de vista de las servidumbres constituidas en provincias— juega un vital papel el *ius praetorium* en sus

¹⁴ Se puede apreciar una tendencia, en la jurisprudencia clásica, a aproximar ambos estratos a través del uso de los mismos términos para referirse a instituciones paralelas. Así por ejemplo, puede observarse cómo acaba por emplearse el término *obligatio* para referirse, no sólo a la *obligatio civilis*, sino también a los vínculos tutelados por el pretor o por la *congnitio extra ordinem*, v. SEGRÈ, G. «*Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e dei tempi di Diocleziano*», en *Studi Bonfante*, III, 1930, p. 510 a 617. En contra, ARANGIO-RUIZ, V. «*Le gente e la città*», en *Annuario Univ. Messina* (1913-1914), aunque hemos consultado la versión en sus *Scritti di diritto romano*, I, Camerino, 1954 (reedición 1974), p. 519 y ss. ALBERTARIO, E. «*La cosidetta obligatio honoraria*» y «*La cosidetta obligatio ex causa fideicommissi*», en sus *Studi*, III, p. 19 y ss y 43 y ss., respectivamente.

Asimismo, en algunas ocasiones podemos ver cómo Gayo emplea el término *dominium* para referirse a la propiedad de los peregrinos (cfr. Gai. 2, 40).

¹⁵ GROSSO, G. *I problemi dei diritti... cit.*, p. 41. De acuerdo con este autor, es obvio que el *ius civile* sería el campo de valoración y formulación principal de las instituciones y de las categorías sustanciales, pero la innovación se debe al *ius praetorium*. Se debe tener en cuenta la contraposición existente entre *ius civile* y *ius praetorium*, durante la época clásica, pero desde el punto de vista en que la contemplaron los romanos, con su separación en el tratamiento y en la sistemática, pero sin llegar al extremo de esquematismo formal absoluto.

En el mismo sentido, MASCHI, C. A. *Contributi... cit.*, p. 291 y ss.

funciones de ayudar, suplir o corregir al *ius civile*. El hecho de que las servidumbres sean un instituto que, en su concepción de *ius praediorum*, se puede considerar bastante reciente, explicaría asimismo el uso de la misma terminología¹⁶.

Del mismo modo, entendemos que Gayo, al referirse a las servidumbres constituidas en suelo provincial como *iura* (en el sentido de *iura praediorum*), estaría subrayando el carácter predial y no meramente personal de la relación que surge *pactionibus et stipulationibus*, que vincularía a los predios entre los cuales se constituye la servidumbre y a los sucesivos titulares con dichos predios, y no exclusivamente a aquéllos que constituyeron la servidumbre con arreglo a este modo de constitución. El uso de la misma terminología por parte de Gayo, cuando se refiere a la constitución de las servidumbres en el *ius civile* y, posteriormente, a su constitución en las provincias, denota que este jurista se estaba ocupando de la constitución de relaciones análogas, con efectos similares, de modo que podría decirse que, materialmente, Gayo se está refiriendo a un mismo instituto y que la diferencia principal entre la servidumbre civil y la constituida en provincias sería, precisamente, el modo de constitución del que derivan, según se trate del suelo itálico o del suelo provincial¹⁷. Así pues, creemos que no cabe duda de que, en época clásica, la relación resultante de las *pactiones et stipulationes* debió denominarse empleando la misma terminología que respecto a la servidumbre civil, al ser ambas instituciones sustancialmente muy similares.

¹⁶ Lo que expresamente se ha reconocido en el caso del usufructo, *vid.* GROSSO, G. *I problemi dei diritti... cit.*, p. 40.

¹⁷ En el mismo sentido se pronuncian, MASCHI, C. A. *Contributi... cit.*, p. 291 y ss. LA ROSA, F. *Pactionibus et stipulationibus... cit.*, p. 30 y ss.

2.3. La constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus* en *Gai. 2, 31*

En lo que se refiere concretamente al modo de constitución de las servidumbres, esto es a las *pactiones et stipulationes*, como ya hemos tenido oportunidad de expresar en el capítulo III, pese a que algún sector de la doctrina¹⁸ defendió que bajo la expresión *pactionibus et stipulationibus* debía entenderse, en realidad, dos modos diferentes de constitución de las servidumbres —sobre todo debido a la existencia de fuentes en las que el pacto y la estipulación aparecen unidos por una conjunción disyuntiva, o bien, sólo recogen la *stipulatio* como acto constitutivo¹⁹—, la opinión mayoritaria²⁰ sostiene —y entendemos que ésta puede considerarse una opinión consolidada hoy en día— que nos encontraríamos ante un modo de constitución complejo, en el que el pacto y la *stipulatio* cumplen cada uno sus propias funciones²¹,

¹⁸ Especialmente en los primeros trabajos que aparecen sobre la servidumbre pretoria a finales del s. XIX e inicios del s. XX, en concreto, KRÜGER. H. *Die prätorische ... cit.*, capítulo 1 § 3 p. 14 y ss., § 6 (Die *pactio* als *Servitutbestellung*) y § 7 (Die *stipulatio* als *Servitutbestellung*) y PEROZZI, S. *Scritti giuridici: Servitù e obbligazioni*, II, Milán, 1948, p. 199 y ss. aunque años más tarde, éste último cambiaría de opinión en sus *Istituzioni*, I, p. 770 y ss.

¹⁹ *Ad exemplum*, D. 8, 3, 33, 1 (Afr. 9 *quaest.*): *Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuius neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: **pacto enim vel stipulatione** intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest.*

Se menciona exclusivamente la *stipulatio* en D. 7, 1, 25, 7, D. 7, 1, 27, 4, D. 8, 4, 13 pr. y en C. 8, 10, 12, 1. *Vid.* Capítulo III, epígrafe 4.1 de este trabajo.

²⁰ Claramente en palabras de Corbino "L'idea di un ricorso alternativo ai due strumenti, affacciata sulla scorta di alcuni testi nei quali si parla di 'pactio vel stipulatio' o solo di 'stipulatio' (D. 8, 3, 33, 1; D. 7, 1, 25, 7; D. 7, 1, 27, 4; D. 8, 4, 13 pr; C. 8, 10, 12, 1), debe considerarsi ormai abbandonata", CORBINO, A. voz «Servitù», *ED*, XLII, Milán, 1990, p. 256, nt. 187. Asimismo, GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 196 y ss. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 248 y ss. parece asumir que se trata de un modo complejo. MASCHI, C. A. *Contributi... cit.*, p. 278 y ss. Recientemente, recupera la opinión contraria, basándose en la monografía de Krüger sobre la servidumbre pretoria, BASILE, R. *Pactionibus et stipulationibus id efficere... cit.*, p. 343 y ss.

²¹ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 196 y ss. y en *Riflessioni sulla costituzione delle servitù ... cit.*, p. 708.

siendo ambos necesarios para la consititución de las servidumbres y del usufructo.

Para referirse al pacto, en 2, 31, Gayo utiliza la forma *pactio*. *Pactum* y *pactio* pertenecen a la misma familia y serían sinónimos, como expresamente reconoce Ulpiano en D. 2, 14, 1, 1 (Ulp. 4 ad ed.): *Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est)*²². E incluso este mismo jurista nos ofrece una definición en D. 2, 14, 1, 2 (Ulp. 4 ad ed.): *Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*.

Como recuerda Biscotti²³, el uso de *pactio* y *pactum*, términos que ya aparecerían en las obras de Plauto y de Cicerón, se consolidaría, sin embargo, a partir del s. I a. C., aunque predominaría el uso de *pactum*²⁴. Sin embargo, en esta misma época, puede observarse cómo el uso de *pactio* es mucho más frecuente desde una vertiente iuspublicista, mientras que *pactum* suele emplearse en el ámbito del derecho privado. Así por ejemplo, *pactio* suele utilizarse para designar tratados internacionales, pero con un contenido menos oficial que el del *foedus*²⁵. En este mismo sentido, Magdelain²⁶ se hace eco del amplio uso del término *pactio* en el ámbito provincial, éste aparecería en el Edicto provincial²⁷ y suele relacionarse con materia fiscal, con los acuerdos

²² Para Melillo, la derivación de *pactum* a partir de *pactio* en el texto de Ulpiano se explicaría por el carácter abstracto de *pactum*, que indicaría no un comportamiento, sino la idea de algo ya acaecido; mientras *pactio* indicaría la actividad productiva del fenómeno. MELILLO, G. *Contrahere... cit.*, p. 151. Para Biscotti, sin embargo, *pactum* no podría derivar de *pactio*, en tanto que ambos términos se refieren a dos procesos lógico-lingüísticos de sustantivización de un verbo completamente diferentes entre sí, aunque paralelos. BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, nt. 36, p. 12.

²³ BISCOTTI, B. *Dal pacere... cit.*, p. 14 y ss.

²⁴ *Vid.* Capítulo II, sección I, epígrafe 4 de este trabajo. Asimismo, VÉGH, Z. *Ex pacto ius... cit.*, p. 207 y ss.

²⁵ VÉGH, Z. *Ex pacto ius... cit.*, p. 203 y ss.

²⁶ MAGDELAIN, A. *Le consensualisme... cit.*, p. 7 y ss.

²⁷ Encontramos referencias en este sentido en obras en Cicerón, *In Verrem* 2, 3, 14, 36 y *Ad*

entre el contribuyente y el perceptor de un impuesto relativos al hecho imponible y a la cuantía a satisfacer en el impuesto. La *pactio* también estaría presente en el ámbito penal para designar determinados acuerdos ilícitos²⁸. En cualquier caso, y a tenor de las palabras de Ulpiano de D. 2, 14, 1, 1 y 2 (*supra*), a finales de la época clásica, *pactum* y *pactio* son considerados sinónimos, como resultado de un progresivo acercamiento entre ambos términos.

Si comparamos Gai. 2, 31 con el resto de párrafos de las *institutiones* en las que Gayo se refiere a los pactos, o bien utiliza términos pertenecientes a la misma familia semántica, podemos comprobar que, por regla general, Gayo emplea *pactio* como sustantivo para referirse a un acuerdo de voluntades, mientras que sólo usa el término *pactum* cuando emplea la expresión *pactum conventum* –en una única ocasión, Gai. 4, 116– o la de *exceptio pacti conventi*. Reproducimos a continuación los fragmentos de las *institutiones* en los que Gayo se refiere al pacto. En la mayoría de los supuestos puede observarse que la forma utilizada es *pactio*:

1) Gai. 1, 84: *Ecce enim ex senatus consulto Claudiano poterat civis Romana, quae alieno servo volente domino eius coit, ipsa ex **pactione** libera permanere, sed servum procreare; nam quod inter eam et dominum istius servi convenerit ex senatus consulto ratum esse iubetur. Sed postea divus Hadrianus iniquitate rei et inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam, ut cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat.*

2) Gai. 2, 31: *vid. supra*

3) Gai. 2, 64: *Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator <rem absentis, cuius negotiorum administratio ei permissa> est; item creditor pignus ex **pactione**, quamvis eius ea res non sit. sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate*

Atticum 6, 1, 16.

²⁸ Cfr. D. 48, 10, 1, 1 (Marc. 14 *inst.*) ó D. 48, 10, 20 (Herm. 6 *iur. Epito.*).

debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus uendere, si pecunia non soluatur.

4) Gai. 3, 94: *Unde dicitur uno casu hoc uerbo peregrinum quoque obligari posse, uelut si imperator noster principem alicuius peregrini populi de pace ita interroget: PACEM FVTVRAM SPONDES? uel ipse eodem modo interrogetur. quod nimium subtiliter dictum est, quia si quid aduersus **pactionem** fiat, non ex stipulatu agitur, sed iure belli res uindicatur.*

5) Gai. 3,149: *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Quintus Mucius contra naturam societatis esse censuit. Sed Seruius Sulpicius, cuius etiam praeualuit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimauit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa uideatur, ut aequum sit eum cum hac **pactione** in societatem admitti. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia ualet.*

6) Gai. 4, 116 *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. saepe enim accidit, ut quis iure ciuili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. uelut si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numerauerim. nam eam pecuniam a te peti posse certum est. dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. item si pactus fuero tecum, ne id, quod mihi debeas, a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum dari mihi oportere, quia obligatio **pacto conuento** non tollitur; sed placet debere me petentem per **exceptionem pacti conuenti** repelli.*

A partir de la lectura de los fragmentos anteriores, puede observarse que Gayo utiliza la expresión *pactio* para referirse, con carácter general, a acuerdos de voluntad que no parecen concluirse con la finalidad de renunciar al ejercicio de una acción o derecho, sino que, más bien, nos encontraríamos ante supuestos de acuerdos con un valor creador. Se adivina, asimismo, un uso de *pactio* referido preferentemente a la esfera del derecho privado —a excepción del texto de Gai. 3, 94—. El uso, además, de la fórmula *pactio*, frente a la prácticamente inexistente utilización de *pactum* en las *institutiones*, a nuestro entender, podría explicarse por la gran difusión de este término en las

provincias y a ese progresivo acercamiento entre ambas formas²⁹.

La consulta de los fragmentos de Gayo que se conservan en el Digesto también nos revela un uso preferente de *pactio* en el lenguaje de este jurista y enmarcado en el derecho privado. Concretamente, en el Digesto podemos encontrar quince fragmentos³⁰ pertenecientes a obras de Gayo en los que, de un modo u otro, se hace referencia a los pactos. Nos interesa fijarnos en D. 2, 14, 28, 2 (Gai. 1 *ad. ed. prov.*):

Si filius aut servus pactus sit, ne ipse peteret, inutile est pactum. Si vero in rem pacti sunt, id est ne ea pecunia peteretur, ita pactio eorum rata habenda erit adversus patrem dominumve, si liberam peculii administrationem habeant et ea res, de qua pacti sint, peculiaris sit. Quod et ipsum non est expeditum: nam cum verum est, quod Iuliano placet, etiamsi maxime quis administrationem peculii habeat concessam, donandi ius eum non habere: sequitur ut, si donandi causa de non petenda pecunia pactus sit, non debeat ratum haberi pactum conventum. quod si pro eo ut ita pacisceretur aliquid, in quo non minus vel etiam amplius esset, consecutus fuerit, rata habenda est pactio.

El texto pertenece al comentario de Gayo al Edicto provincial, obra que fue escrita con anterioridad a las *institutiones*³¹. En el libro al que pertenece el fragmento, se recoge un comentario de Gayo acerca de los pactos.

²⁹ MAGDELAIN, A. *Le consensualisme... cit.*, p. 7 y ss.

³⁰ Como resultado de la búsqueda realizada a través de BIA: D. 2, 14, 28 pr., 1 y 2 (Gai. 1 *ad. ed. prov.*); D. 2, 14, 30 pr., 1 y 2 (Gai. 1 *ad. ed. prov.*); D. 2, 14, 48 (Gai. 3 *ad. leg. XII tab.*); D. 7, 1, 3 pr. (Gai. 2 *rer. cott.*); D. 12, 2, 1 (Gai. 5 *ad. ed.*); D. 16, 1, 13 pr. (Gai. 9 *ad. ed.*); D. 19, 2, 25, 1 (Gai. 10 *ad. ed.*); D. 20, 1, 4 (Gai. *form. hyp.*); D. 20, 6, 7, 2 (Gai. *form. hyp.*); D. 44, 1, 3 (Gai. 1 *ad. ed. prov.*); D. 47, 22, 4 (Gai. 4 *ad. leg. XII tab.*).

La consulta del *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, p. 469 y ss. permite observar que el número de referencias a las voces "pactum" y "pactio" en los textos jurisprudenciales viene a ser muy similar.

³¹ Según indica el propio jurista, en Gai. 1, 188.

Concretamente, en D. 2, 14, 28 pr. y 1, Gayo se ocupa de la validez de los pactos concluidos por los pupilos y de los pactos realizados por el curador del demente y del pródigo. En el fragmento que recogemos, estudia el caso de los pactos realizados por los esclavos y los hijos de familia, especialmente en los supuestos en los que estos tienen asignada la libre administración del peculio. Sin extendernos en el fondo del texto³², lo que resulta destacable de éste es el hecho de que Gayo emplea los términos *pactio*, *pactum* y *pactum conventum* indistintamente, como sinónimos, lo que corrobora la idea anterior de que, en época de Gayo, dichos términos eran empleados como sinónimos y que el uso de la forma *pactio* también se utilizaba para referirse a los acuerdos entre particulares relativos a la esfera del derecho privado (y no exclusivamente con efectos extintivos).

Regresando al texto de Gai. 2, 31 y en cuanto a las *pactiones* de las que habla Gayo en este fragmento, tras la consulta del uso del término *pactio* en los principales textos que conservamos de este jurista, nos parece que no es posible objetar que el jurista, al hablar de *pactiones*, se está refiriendo más bien a un acuerdo de voluntad relativo a la servidumbre que las partes quieren constituir antes que a un acuerdo por el que uno de los constituyentes renuncia al ejercicio de un derecho o de una acción derivada de su condición de titular (poseedor) del suelo provincial.

Resulta más lógico pensar que, a través de *pactiones*, es decir, a través de diferentes acuerdos libres de forma —de ahí que Gayo utilice el plural “*pactiones*”—, los constituyentes acordaran los extremos relativos a la servidumbre que pretendían constituir, configurándola conforme a sus especiales necesidades, a la especificidad de los predios entre los que se

³² Del que, sin embargo, nos interesa destacar cómo Gayo habla claramente de un *pactum in rem*, realizado por el esclavo o el hijo de familia y que vincula al *paterfamilias* “*Si vero in rem pacti sunt, id est ne ea pecunia peteretur, ita pactio eorum rata habenda erit adversus patrem dominumve, si liberam peculii administrationem habeant et ea res, de qua pacti sint, peculiaris sit*”. Vid. Capítulo II, sección I, epígrafe 6.

constituía, etc. Que la conclusión de tales acuerdos constitutivos implique, además, la renuncia al ejercicio de la acción que tuviera el titular del predio sirviente, frente a las intromisiones en el disfrute de su predio, resulta obvio, pero los acuerdos en sí a los que llegaran las partes no están encaminados única y exclusivamente a esa renuncia, sino más bien a la creación de un derecho sobre un fundo, a permitir al titular del fundo dominante el ejercicio de determinadas facultades sobre el fundo sirviente. El recurso a este modo de constitución debió ofrecer a los particulares enormes ventajas para la configuración de la servidumbre de acuerdo con sus necesidades, en comparación con la *mancipatio* o la *in iure cessio*, negocios que requerían del cumplimiento de una serie de exigentes formalidades (presencia mínima de cinco testigos ciudadanos romanos púberes y un *libripens*, en el caso de la *mancipatio*; presencia del pretor, tribuno o gobernador de la provincia, en el caso de la *in iure cessio*; realización de un determinado ritual, etc.) para que surtieran los efectos deseados, además de ser considerados *actus legitimi* y, por tanto, no admitir condiciones o términos³³.

Obviamente, el texto de Gayo no nos permite conocer con plena exactitud cómo habrían funcionado en la práctica las *pactiones et stipulationes*, ya que el jurista se limita a mencionar que existe este modo de constitución y que se aplica en las provincias, al no ser el suelo provincial susceptible de *mancipatio* ni de *in iure cessio*. No se puede exigir una mayor concreción o explicación a Gayo sobre este punto, sino más bien agradecerle que refleje mínimamente esta cuestión³⁴, pues no debemos olvidar que las *institutiones*

³³ Cfr. D. 50, 17, 77 (Pap. 28 *quaest.*): *Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem. nonnumquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt. nam si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur, si obligationis condicio extiterit: quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.*

Sobre esta cuestión, *vid.* más adelante, el epígrafe 3.2.2.

³⁴ Como mencionábamos al inicio de este capítulo, que Gayo mencione, en su explicación de la adquisición de las servidumbres y del usufructo en el comentario segundo de las *institutiones*, que en provincias estos derechos se constituyen *pactionibus et stipulationibus*

son una obra elemental, dedicada al estudio del Derecho y, concretamente, al estudio del *ius civile*, por lo que no sería ésta la sede adecuada para que Gayo abordara una explicación más detenida de las *pactiones et stipulationes*. Sin embargo, creemos que se puede llegar a reconstruir hipotéticamente cómo se habría producido la aplicación en la práctica de las *pactiones et stipulationes* y cuáles serían las funciones de cada uno de los elementos de este modo de constitución de las servidumbres y del usufructo, a la luz de lo que expresan algunas fuentes jurisprudenciales a las que nos referiremos a continuación.

Algunos autores³⁵ entendieron que la referencia al pacto junto a la *stipulatio*, en el texto de Gayo, ha de entenderse en el sentido de que nos encontraríamos ante pactos revestidos de la forma de una *stipulatio*³⁶, de modo que, en la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, el pacto

no nos parece que pueda considerarse como algo anecdótico. No sólo debe tenerse en cuenta que las *institutiones* son una obra didáctica dirigida a estudiantes que se encuentran en las provincias y deben aprender el *ius civile* y, a su vez, también deben ser conscientes de las particularidades provinciales, sino que también debe valorarse que seguramente la aplicación de las *pactiones et stipulationes* en provincias debía encontrarse tan arraigada y ser tan usual que se hacía necesaria su inclusión en el comentario de Gayo.

³⁵ BONFANTE, P. *Istituzioni... cit.*, p. 330. PEROZZI, S. *Istituzioni... cit.*, I.2, p. 770. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 255. MASCHI, C. A. *Contributi... cit.*, p. 281.

³⁶ En este sentido, Maschi defiende que, junto a las *stipulationes* constitutivas de relaciones obligatorias de acuerdo con el *ius civile*, existirían *stipulationes* constitutivas de derechos reales según el *ius praetorium*. La voluntad de las partes, que se derivaría de la *pactio*, sería el elemento que determinaría si con la *stipulatio* se quiso constituir un derecho real o una obligación. El autor fundamenta su opinión en textos de la compilación justiniana en los que expresamente se habla de la *voluntas*, como serían:

D. 39, 3, 8 (Ulp. 53 *ad ed.*): *In concedendo iure aquae ducendae non tantum eorum, in quorum loco aqua oritur, verum eorum etiam, ad quos eius aquae usus pertinet, voluntas exquiritur, id est eorum, quibus servitus aquae debebatur, nec immerito: cum enim minuitur ius eorum, consequens fuit exquiri, an consentiant. et generaliter sive in corpore sive in iure loci, ubi aqua oritur, vel in ipsa aqua habeat quis ius, voluntatem eius esse spectandam placet.*

Alex. Sev. C. 3, 34, 4 (a. 223): *Aquam, quae in alieno loco oritur, sine voluntate eius, ad quem usus eiusdem aquae pertinet, praetoris edictum non permittit ducere.*

Nos parece que no es pensable que la *stipulatio* tuviera una eficacia diferente, se realizara en Italia o en las provincias. Menos creíble aún nos resulta que la eficacia real u obligacional de la *stipulatio*, como por ejemplo defiende Maschi, viniera determinada, en cada caso, de acuerdo con la voluntad de las partes. MASCHI, C. A. *Contributi... cit.*, p. 280 y ss.

sería el contenido y la *stipulatio* la forma.

No consideramos que Gayo, al hablar de *pactiones et stipulationes* estuviera haciendo referencia a acuerdos que, posteriormente, debían vertirse en una *stipulatio*, para asegurar su accionabilidad, pues, en este caso, seguramente el jurista nunca hubiera mencionado las *pactiones*, sino directamente la *stipulatio*. Llegar a una conclusión como esta supondría tener que aceptar que *pactionibus et stipulationibus* únicamente se conseguía constituir un subrogado obligatorio de una servidumbre, pues no nos parece plausible que la *stipulatio* pudiera dar lugar a consecuencias jurídicas diferentes, según se aplicara en Italia o en las provincias.

La *stipulatio* es un acto con eficacia obligatoria, con independencia de donde se realice este contrato. La mención de *pactiones et stipulationes* en el texto gayano, por tanto, creemos que debe entenderse en el sentido de que cada una de estas instituciones debió cumplir con una determinada función en la constitución de las servidumbres y del usufructo, de ahí que Gayo las mencionara conjuntamente.

En este punto, estamos de acuerdo con Grosso³⁷ y con Kaser³⁸ cuando afirman que la mención en el texto a la constitución *pactionibus et stipulationibus* supone que la *pactio* tiene una función esencial y que, seguramente, de ésta derivaría la eficacia jurídico real del acto. Debe tenerse en cuenta, además, que el uso de los pactos para la constitución de derechos reales no sólo se da en relación con las servidumbres o el usufructo, la *conventio pignoris* constituiría un claro ejemplo de cómo, a través de un

³⁷ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 196 y 201 y en *I problemi dei diritti... cit.*, p. 293 y ss. En el mismo sentido se pronuncia BURDESE, A. voz «Servitù», en *NNDI*, XVII, Turín, 1970, p. 122.

³⁸ KASER, M. *RPR*, I, § 105, IV.2.a), p. 445 y en «Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre», en *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, p. 100.

acuerdo no formal, es posible constituir un derecho real de garantía³⁹. Además, cabe tener en cuenta que, en este caso, los efectos tendrán lugar al amparo del derecho pretorio y no del *ius civile*.

Esta esencial función de la *pactio* nos permitiría entender, a título de ejemplo, que Alejandro Severo, en un rescripto del año 223 (C. 3, 34, 3), en el que trata de la constitución de una servidumbre de acueducto en suelo

³⁹ D. 13, 7, 1 pr. (Ulp. 40 Sab.): *Pignus contrahitur non sola tradidione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.*

D. 20, 1, 4 (Gai. form. hyp.): *Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae: nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus quae consensu contrahuntur. et ideo et sine scriptura si convenit ut hypotheca sit et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt.*

En el caso de la *conventio pignoris*, el pretor concedería, para proteger los intereses del acreedor pignoraticio, la *actio Serviana* —que también recibiría la denominación de *actio pignoraticia in rem, actio/formula hypothecaria, actio quasi Serviana, vindicatio pignoris, persecutio pignoris...*—, una acción real que dataría de finales de época republicana y cuya autoría se suele atribuir al jurista Servio Sulpicio Rufo. Esta acción habría tenido una finalidad muy similar a la del *interdictum Salvianum*, pues en sus orígenes, se habría aplicado, en el supuesto de arrendamientos rústicos, para que el acreedor pignoraticio obtuviese la posesión instrumental del colono y situarlo en una posición similar a la del acreedor pignoraticio con prenda posesoria, de modo que pudiera cubrirse por el impago de las rentas por parte de los colonos. Esta acción no habría gozado de un edicto propio que la introdujera, sino que se recogería a continuación del *interdictum Salvianum*. La fórmula de la *vindicatio rei* y de la *actio Publiciana* seguramente debieron influir en la estructura de la fórmula de esta acción (vid. el árbol lógico sobre la analogía entre las *actiones Publiciana* y *Serviana* del prof. Miquel en *Derecho privado romano*, p. 243). Un intento pedagógico por mostrar la evolución histórica de la *actio Serviana* puede hallarse en I. 4, 6, 7: *Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecasve persequuntur.*

Sobre la *conventio pignoris* y la *actio Serviana*: FREZZA, P. *Le garanzie... cit.*, II, p. 81 y ss. BOVE, L. voz «Pegno», en *NNDI*, XII, Turín, 1965, p. 763 y ss. BURDESE, A. voz «Pegno», en *ED*, XXXII, Milán, 1982, p. 662 y ss. KASER, M. *Studien zum römischen Pfandrecht*, Nápoles, 1982, p. 155 y ss.; p. 183 y ss. CHURRUCA, J. «Pignus», en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José L. Murga*, Madrid, 1994, p. 333 y ss. KASER, M. *RPR*, I, p. 464 y ss.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que no resulta anecdótica la existencia de pactos que generan una acción, ya sea personal o real. Así por ejemplo en el *pactum fiduciae*, que se trataría también de un acuerdo libre de forma, el deudor fiduciante dispone de la *actio fiduciae* (en este caso, una acción personal) para exigir al acreedor fiduciario la realización del acto oportuno para volver a transmitirle la propiedad sobre la cosa que, a su vez, le transmitió en propiedad como garantía de una obligación, cuando el deudor hubiere satisfecho la deuda debidamente. BURDESE, A. voz «Fiducia», en *NNDI*, VII, Turín, 1961, p.

provincial, exprese:

*Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt, si ea praecesserint, quae servitutem constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent. Quare non ignorabis, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere iure non potuerunt, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emptores eadem praedia posse. * Alex. a. Ricanae. * <a 223 pp. k. mai. Maximo II et Aeliano Conss.>*

En este rescripto —ofrecemos un estudio más detallado de este texto más adelante, en este mismo capítulo⁴⁰—, el emperador Alejandro Severo responde a una consulta sobre la existencia de una servidumbre de acueducto que debe soportar el predio de Ricana, habitante de una provincia desconocida —al menos sabemos que nos encontramos ante un caso de servidumbre constituida sobre suelo provincial—. Con toda seguridad, la servidumbre de acueducto a la que el texto se refiere debió ser constituida a través de *pactiones et stipulationes*, a tenor de lo que expresa Gai. 2, 31 y, además, por lo que podemos inferir de la referencia a *placita*. Del texto destaca la importancia que el emperador concede al pacto, al expresar “*tueri enim placita inter contrahentes debent*”, cuando se trata de responder a Ricana, sobre si debe soportar o no la servidumbre de acueducto.

Para entender mejor este rescripto de Alejandro Severo y la importancia de las *pactiones* creemos que ha de tenerse en cuenta, asimismo, el siguiente

294 y ss. GROSSO, G. voz «Fiducia», en *ED*, XVII, Milán, 1968, p. 384 y ss. KASER, M. *RPR*, I, § 109, p. 460 y ss. FUENTESECA, P. «Líneas generales de la “fiducia cum creditore”», en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José L. Murga*, Madrid, 1994, p. 387 y ss.

Tampoco deben perderse de vista los diferentes pactos pretorios, denominados de este modo porque el pretor los dotó de una acción, como son el *constitutum debiti* y los *recepta*. KASER, M. *RPR*, I, § 136, p. 583 y ss.

⁴⁰ *Vid.* a continuación el epígrafe 3.2.4.

fragmento de Paulo de D. 8, 3, 36 (Paul. 2 Resp.):

Cum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, empto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur: nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emptoris, si ei forte frui non licuisset, relata est.

El propietario de dos fundos vende uno de ellos y grava con una servidumbre de acueducto el fundo que conserva para sí. De esta manera, podemos decir que el fundo objeto de la compraventa sería el fundo dominante, mientras que el fundo que retiene sería el fundo sirviente. Si el fundo dominante es posteriormente vendido de nuevo a un tercero, este fundo conserva la servidumbre a su favor, servidumbre que se constituyó en aquella primera compraventa. Y además, de acuerdo con lo que expresa Paulo, no importaría que la *stipulatio poenae*, realizada en esa primera compraventa, sólo hubiese mencionado el nombre del primer comprador, para el caso que no hubiera podido disfrutar de la servidumbre. Dicho de otro modo, el hecho de que la *stipulatio poenae* solamente mencionara a las partes que participaron en la primera compraventa no es un elemento determinante para decir que el nuevo adquirente del predio dominante no puede gozar de la servidumbre de acueducto⁴¹.

Podemos pensar que la servidumbre de la que se habla en este fragmento de Paulo debió constituirse con toda seguridad a través de *pactiones et stipulationes*, por las referencias que encontramos a la *stipulatio poenae*. No sabemos si la constitución tuvo lugar en suelo provincial o en suelo itálico⁴²,

⁴¹ Sobre esta cuestión se tratará más adelante al referirnos a la transmisibilidad de las *stipulationes* de ejercicio, *vid.* capítulo VI, epígrafe 3.

⁴² Para Grosso, la servidumbre de acueducto del texto de Paulo tuvo lugar sobre suelo provincial, aunque no acaba de justificar su opinión ni da razones suficientes para descartar

pero creemos que tratándose del finales de la época clásica y teniendo en cuenta que las *pactiones et stipulationes* serían el modo de constitución de las servidumbres por excelencia en época postclásica y justiniana, previsiblemente la aplicación de las *pactiones et stipulationes* para la constitución de servidumbres debía producirse, en época de Paulo, con total normalidad, incluso en suelo itálico —pues como advertíamos en el capítulo IV de este trabajo, el uso de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* se encontraba, desde hacía tiempo, en plena decadencia⁴³—. Ello nos conduce a pensar que la constitución de la servidumbre tuvo lugar a través de pactos que debieron ser concluidos al realizar la primera compraventa del predio.

Por su parte, la *stipulatio poenae* de la que se hace eco el texto no es otra que la *stipulatio* de ejercicio⁴⁴ que acompaña a las *pactiones* y que suele incorporar una pena para el caso de incumplimiento. En esta *stipulatio poenae*, generalmente, además de los constituyentes de la servidumbre, solía añadirse la expresa mención a los herederos de las partes para asegurar la transmisibilidad de la *stipulatio* a estos, al tratarse de *stipulationes in non faciendo*⁴⁵.

que se hubiera constituido sobre suelo itálico. GROSSO, G. «Riflessioni sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto *pactionibus et stipulationibus* sui fondi provinciali», en *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1970, p. 416 y en sus *Scritti storico giuridici*, II, p. 712. Siguen esta opinión, PERALTA ESCUER, T. *La evicción de las servidumbres... cit.*, p. 64 y ss. y MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 345 y 346. FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 397 y ss.

⁴³ Vid. Capítulo IV, epígrafe 2.1.2.

⁴⁴ En el mismo sentido, FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 398 y 399. Para el autor se trataría además de una *stipulatio poenae* bajo la estructura de la *Doppelstipulation*.

⁴⁵ V. gr. D. 45, 1, 2, 5 (Paul. 12 *ad Sab.*): *Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero: "per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat?" et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes eius, sed familiae erciscundae iudicio ab eo repetent quod praestiterint. hoc et Iulianus et Pomponius probant.*

Nos ocuparemos más adelante de la estructura de estas *stipulationes* vid. capítulo VI, epígrafes 2.2 y ss.

El elemento clave del fragmento se encuentra en su parte final: “*empto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur: nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emptoris, si ei forte frui non licuisset, relata est*”. Vendido el predio dominante, la servidumbre se conserva, sin que sea un obstáculo el hecho de que, en la *stipulatio* de ejercicio, estuviera mencionado sólo el primer comprador —y con toda seguridad también sus herederos.

Si aplicamos esta doctrina de Paulo a la servidumbre de acueducto constituida sobre el predio de Ricana —cabe tener en cuenta la posibilidad de que Paulo fuera prefecto del pretorio en esta época⁴⁶ y, por tanto, eso explicaría que este rescripto de Alejandro Severo se encuentre en plena sintonía con el anterior fragmento de sus *responsa*—, si se hubieran dado las condiciones necesarias para la constitución de la servidumbre, el predio de Ricana debería soportar el ejercicio de la servidumbre de acueducto, a pesar de que Ricana no estuviera mencionada en la *stipulatio poenae* que se realizó en el momento de constituir esa servidumbre y que, por la época del rescripto, debió de estar reflejada en un documento, pues en definitiva, el elemento crucial sería el del acuerdo: *placita inter contrahentes*; y no las personas que fueron mencionadas en la *stipulatio poenae*.

Creemos que estos textos nos permiten apreciar cómo las *pactiones et stipulationes* no pueden entenderse como simples acuerdos revestidos para su eficacia de la forma de la *stipulatio*. En estos textos puede verse cómo la *pactio* es el factor que determina la existencia de la servidumbre y que los sucesivos adquirentes de los predios sobre los que se constituyó la servidumbre puedan ejercer la servidumbre o deban soportar su ejercicio, según sea el caso. Todo ello incluso sin haber sido mencionados en la *stipulatio* que se realizó cuando se

⁴⁶ KUNKEL, W. *Die römischen Juristen... cit.*, p. 244 y 245. KNÜTEL, R. voz «Paulus, Iulius», en *Juristen... cit.*, p. 490. MURGA, J. L. - SERRANO-VICENTE, M. voz «Julio Paulo», en *Juristas universales... cit.*, p. 205.

constituyó la servidumbre.

Si bien la *stipulatio* sí nos permite conocer cuál habría sido el contenido de dichos acuerdos, ya que su fórmula suele reflejar el contenido de la servidumbre que se quiere constituir⁴⁷.

A la misma conclusión nos permite llegar el texto de la Paráfrasis de *Theoph. ad I. 2, 3, 4*. Aún cuando debe tenerse en cuenta que el texto data de época justiniana, en la que el modo de constitución *inter vivos* de las servidumbres, por regla general, son las *pactiones et stipulationes* (cfr. I. 2, 3, 4), sin embargo nos transmite claramente cuál habría sido el funcionamiento de este modo de constitución:

<p>25 ἔχει οἰκίαν ἢ ἀγρόν. 4. Ὁ δὲ βουλόμενος τῷ γείτονι παρα- 4. χωρήσαι δουλείαν διὰ συμφώνων καὶ¹¹⁾ ἐπερωτήσεων τοῦτο¹²⁾ δύναται ποιεῖν. συμφώνου γὰρ γενομένου περὶ τοῦ παραχωρη- θῆναι τὴν δουλείαν, ἐπερωτᾷ ὁ μέλλον λαμβάνειν κατὰ παρα- χώρησιν· ὁμολογεῖς ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ 30 δουλείᾳ; εἰ δὲ μὴ ἐμμένῃς ὁμολογεῖς διδόναι μοι¹³⁾</p> <p>λόγῳ προστίμου νομίματα ἑκατον; δύναται δὲ καὶ ἐν διαθήκῃ τὸν ἴδιον τις¹⁾ κληρονόμον καταδικάζειν λέγων· κατα- δικάζω σε, ὡ κληρονόμῃ, μὴ ἀνυψοῦν σε τὰ οἰκήματα, ἵνα μὴ καταβλάψῃς τῆς γειτνιαζούσης οἰκίας τὸ φῶς. 5 ἢ καταδικάζω σε, ὡ κληρονόμῃ, ὥστε σε ἀνέχεσθαι τοῦ γείτονος βουλομένου ξύλον ἐπιτιθέναι κατὰ τοῦ σοῦ τοίχου²⁾, ἢ τοὺς σταλαγμοὺς ἐκπέμπειν τὸν γεί- τονα κατὰ τῶν σῶν θωμάτων ἢ, ἵνα ἀνάσῃ τὸν ἀγρογείτονα³⁾ τὴν τοῦ ἴτερ δουλείαν ἢ τοῦ⁴⁾ actus 10 ἔχειν κατὰ τοῦ σοῦ ἀγροῦ ἢ ὕδωρ ἔλκειν ἐξ αὐτοῦ ἐπὶ τὸν ἴδιον ἀγρόν. ὥστε οὐδὲν συνίσταται ἡ δουλεία πράτοις καὶ ἐπερωτήσαι ἢ⁵⁾ ἐν διαθήκῃ.</p> <p>48</p>	<p>4. uel fundum habeat. 4. Qui uicino uelit ius aliquod con- stituere pactionibus et stipulationibus id facere potest. pacto enim facto de seruitute constituenda, is cui ea ce- denda est ita stipulatur: spondesne cessam seruitu- 25 tem seruare? sin autem minus, spondesne dare mihi poenae nomine aureos centum? potest et in testa- mento suum heredem quis ita damnare: damno te, heres, aedes altius non tollere ne aedium uicinarum lu- minibus officias. uel damno te, heres, ut uicino permittas tignum in parietem tuum, si uelit, im- 5 mittere uel stillicidium in aedes tuas conuertere uel ut sinas uicinum iter uel actum in tuo agro ha- bere uel aquam ex tuo in suum agrum ducere: ita- que constituitur seruitus pactis et stipulationibus uel testa- mento.</p> <p>10</p>
---	---

Quien quiera constituir algún derecho a favor del vecino, debe hacerlo

⁴⁷ Vid. Capítulo VI, epígrafe 2.2.

⁴⁸ FERRINI, C. *Institutionum Graeca Paraphrasis... cit.*, I, reimpresión de 1967, p. 123. En general, este texto de Teófilo ha recibido escasa atención por parte de los autores que han estudiado las *pactiones et stipulationes*, exceptuando el caso de LA ROSA, F. *Pactionibus et stipulationibus... cit.*, p. 29 y ss. Lo estudian o simplemente mencionan: SOLAZZI, S. *Requisiti e modi... cit.*, p. 126; BONFANTE, P. *Corso... cit.*, III, p. 141; GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 196 o CORBINO, A. voz «Servitù», en *ED*, XLII, Milán, 1990, p. 257 nt. 197.

pactionibus et stipulationibus. Una vez realizado el pacto de constitución de la servidumbre, aquél a quien se le debe ceder (entregar)⁴⁹ la servidumbre, se hace prometer de esta manera: ¿prometes respetar la servidumbre cedida (entregada)? ¿Si no fuera así, prometes pagarme una pena de 100 áureos?

A partir de la traducción latina de Ferrini, se puede comprobar la función del pacto como elemento del que deriva la servidumbre que las partes quieren constituir —*pacto de servitute constituenda*—, y la *stipulatio* como una *stipulatio* de ejercicio tendente a garantizar el contenido de la servidumbre desde el punto de vista obligacional. Este tipo de *stipulationes* de ejercicio solían emplearse no solamente en las servidumbres constituidas en provincias, sino que también en el caso de las servidumbres constituidas sobre fundos itálicos⁵⁰. Generalmente estas *stipulationes* incorporan, además, una pena para el caso de incumplimiento, como puede apreciarse en el texto de Teófilo. El uso de la forma en plural “*stipulationes*” por parte de Gayo, creemos que puede explicarse por la posibilidad de que los particulares concluyeran más de una *stipulatio* de ejercicio o incluso por el recurso a una *stipulatio* de ejercicio y a otra diferente para la promesa de una pena (estructura de la *Doppelstipulation*) —como sería el caso de la *stipulatio poenae* del fragmento de la Paráfrasis.

Asimismo, debemos diferenciar este tipo de *stipulationes* de aquéllas por las que se promete *dare servitutem*⁵¹. En estas últimas, el promitente no está

⁴⁹ Ferrini utiliza el verbo *cedere*, lo que ha sido duramente criticado por algunos autores, especialmente por LA ROSA, F. *Pactionibus et stipulationibus... cit.*, p. 32 y ss.

No cabe duda de que, en el verbo usado por Teófilo en el ejemplo de *stipulatio* de ejercicio, queda implícita la idea de ceder, transferir, etc. En cualquier caso, no nos resulta plausible la postura defendida por La Rosa, según la cual la *stipulatio* de ejercicio incluiría una ficción relativa a la realización de la *in iure cessio*, pues creemos que ha de tenerse cuenta la progresiva decadencia de los actos legítimos y la tendencia a acercar el *usus servitutis* a la idea de posesión.

⁵⁰ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 197 y ss. CORBINO, A. voz «Servitù», en *ED*, p. 256. TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 468.

⁵¹ A título de ejemplo, recogerían la promesa de constitución futura de una servidumbre D. 8, 2, 33 (Paul. 5 *epit. Alf. dig.*) ó D. 45, 1, 136, 1 (Paul. 5 *sent.*).

obligado a respetar el libre ejercicio de la servidumbre, sino a constituir la realizando el acto legítimo correspondiente, se trataría, por tanto, de *stipulationes* por las que se promete la constitución futura de una servidumbre.

A estas *stipulationes* de ejercicio se refiere el siguiente texto de Javoleno, quien recuerda una opinión de Labeón al respecto:

D. 8, 1, 20 (Iav. 5 *ex post. Lab.*): *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.*

Javoleno trae a colación la opinión de Labeón, según el cual, cuando se comprase la *via* o cualquier otro derecho sobre un fundo, el vendedor debía prestar caución de que no haría nada que impidiera el uso de ese derecho –el vendedor debe garantizar, por tanto, al comprador, el pleno ejercicio del derecho en cuestión.

El vendedor debe prestar esta caución, porque no es posible la *vacua traditio* del derecho, al ser consideradas las servidumbres *res incorporales*⁵², y recordemos que una de las obligaciones esenciales de todo vendedor es la entrega de la cosa comprada.

Javoleno va más allá de esta primera opinión de Labeón y parece defender que el uso del derecho se entiende como equivalente a que se hubiera

⁵² Cfr. D. 8, 1, 14 pr. (Paul. 15 *Sab.*): *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.*

Asimismo, Gai. 2, 28: *res incorporales traditionem non recipere manifestum est.*

realizado la *traditio possessionis* y que, por ello, se concedieron los interdictos cuasi posesorios (*interdicta veluti possessoria*).

Nos encontramos ante un interesantísimo y polémico texto de Javoleno en el que, aparte de las dudas que se puedan cernir sobre él, en cuanto a las posibles interpolaciones⁵³, el jurista nos aporta una significativa opinión de Labeón, que nos ayuda a entender la función que la *stipulatio* desarrolla en las *pactiones et stipulationes*. Este texto, además, se enmarcaría dentro de un proceso de evolución en el pensamiento de la jurisprudencia clásica, entorno a la configuración de la *possessio iuris* y de la tutela del *usus servitutis*, frente a la imposibilidad de adquisición de las servidumbres a través de la *usucapio*, como recientemente ha puesto de manifiesto, en sus estudios, Mannino⁵⁴.

La transformación de las servidumbres en *iura* comporta, a su vez, que éstas entren en la categoría de cosas incorporales. Debido a ello, no resulta posible poseer una servidumbre y aún menos su adquisición a través del *usus*, sobre todo teniendo en cuenta la vigencia de la *lex Scribonia*⁵⁵. Por este motivo, en el caso que se enajenara una servidumbre, el enajenante no podría proceder a la *traditio* de ésta, por tratarse de una cosa incorporal.

La misma idea es expresada por Pomponio en D. 19, 1, 3, 2 (Pomp. 9 Sab.):

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

⁵³ Cfr. MANNINO, M. *La tolleranza... cit.*, p. 18, nt. 12. No nos referiremos a ellas en este epígrafe, pues este texto es objeto de estudio más adelante en este mismo capítulo, *vid. infra* epígrafe 3.2.1. Asimismo, *vid.* LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 90 y ss.

⁵⁴ MANNINO, V. «Tutela della "quasi possessio" delle servitù», en *Usus, tempo, possesso dei diritti. Una ricerca storica e di diritto positivo*, Turín, 1999, p. 1 a 47.

⁵⁵ *Vid.* Capítulo I, epígrafes 3.8 y 4.1.1.

Si comprara el *actus*, la *via* o el *aquaeductus* por tu fundo, no hay *traditio* de la *vacua possessio*, por lo que debes dar caución de que no harás nada para que no pueda usar la servidumbre.

En este fragmento, Pomponio regresa a la idea, anteriormente expuesta por Labeón, de que en cuanto a la compraventa de servidumbres, al ser éstas *res incorporales*, no puede tener lugar la entrega de su posesión, motivo por el cual, el vendedor está obligado a garantizar al comprador, mediante una *stipulatio*, el pleno uso de este derecho. Para Mannino⁵⁶, este fragmento pone de relieve que, pese al arco temporal que separa a Pomponio de Labeón, en época de Pomponio aún seguiría vigente la misma línea de pensamiento de Labeón de considerar una de las obligaciones del vendedor, en la compraventa de una servidumbre, la prestación de una caución para garantizar al adquirente el pleno ejercicio de dicha servidumbre.

En el contrato de compraventa, el vendedor estaría obligado, frente al comprador, a entregarla la cosa comprada y a garantizarle la pacífica posesión y disfrute de ésta —obligación que se extiende en el tiempo—, pero en ningún caso se obliga a la transmisión de la propiedad sobre ella⁵⁷. La compraventa se concibe, así pues, como un contrato consensual con eficacia meramente obligacional, pero nunca real. Si aplicamos esta idea a la compraventa de una servidumbre, este contrato no daría lugar a su constitución, debido a que su eficacia es obligacional. La constitución del derecho real ha de tener lugar con la realización de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, caso de constituirse la servidumbre sobre suelo itálico y conforme al *ius civile*⁵⁸.

⁵⁶ MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 25 y 26.

⁵⁷ ARANGIO RUIZ, V. *La compravendita in diritto romano*, I, Nápoles, 1978, p. 168 y ss. KASER, M. *RPR*, I, p. 550 y ss. TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 586 y ss. MIQUEL, M. *Derecho privado romano... cit.*, p. 323 y ss. ZIMMERMANN, R. *The Law of obligations... cit.*, p. 293 y ss.

⁵⁸ En este mismo sentido, ARANGIO RUIZ, V. *La compravendita... cit.*, I, p. 114. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 228 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 197 y ss. y en *I problemi dei*

La ejecución de las obligaciones derivadas de la compraventa se daría con la transmisión de la posesión sobre la cosa comprada, posesión que el vendedor está obligado a garantizar. En el caso de las servidumbres, la transmisión de la posesión no sería posible, ya que las servidumbres, al ser *iura praediorum*, son cosas incorpóreas y, por regla general, la posesión así como el instituto de la *traditio* se relacionan con las cosas corporales⁵⁹. Por ese motivo, tanto Labeón como Pomponio expresan que, cuando tiene lugar la compraventa de una servidumbre, el vendedor está obligado a prestar una caución en garantía de que no impedirá el ejercicio del derecho comprado.

El papel de la *stipulatio* de ejercicio, como subrogado de la *traditio*, cobraría mayor importancia en cuanto se tratara de la constitución de servidumbres sobre suelo provincial, si tenemos en cuenta que, en provincias, imperaba el uso de la *traditio* para la transmisión *inter vivos* de las situaciones jurídicas existentes sobre dicho suelo⁶⁰. Esto nos permite pensar en el uso de la *stipulatio* de ejercicio, como subrogado de la *traditio*, cuando ésta no pudiera tener lugar, al tratarse de la constitución de un derecho y por tanto de una cosa incorpórea, de modo que fuera posible diferenciar el *habere possidere frui* en que consistiría la propiedad provincial del contenido del derecho que se constituía⁶¹.

diritti... cit., p. 295 y ss.

⁵⁹ Cfr. Gai. 2, 28. En cuanto a las servidumbres, en concreto, destaca el discutido fragmento de D. 8, 1, 14 pr. (Paul. 15 *ad Sab.*), que claramente las excluye, como cosas incorpóreas, del ámbito de la *possessio*: *Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporeales 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.*

⁶⁰ El uso de la *traditio* para la transmisión de las situaciones existentes sobre suelo provincial se desprende de Gai. 2, 19-21; Frag. Vat. 285 (Diocl. a.386), 289 (Imp. inc.); 293 (Diocl. a. 293), 315 (Diocl. a. 291), 316 (Diocl. a. 291); *Theoph. ad I.* 2, 1, 40. ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie... cit.*, p. 147. *Vid.* Capítulo IV, epígrafe 2.1.1 de este trabajo.

⁶¹ Para Grosso, la *stipulatio* de ejercicio permitiría diferenciar, en el caso del usufructo, el *habere possidere frui* en que consiste la propiedad provincial del *uti frui* en que consiste el

La *stipulatio* de ejercicio siempre tendría una eficacia obligacional, con independencia de que tenga lugar su realización en Italia o en las provincias, pues no sería constitutiva, por sí sola, del derecho de servidumbre –si bien, en el caso de las *pactiones et stipulationes*, la relevancia de la *stipulatio* de ejercicio es diferente al caso de la compraventa de la servidumbre seguida de la realización de una *mancipatio* o *in iure cessio* para la constitución de la servidumbre, como recuerda Grosso⁶²—, de ahí que la relevancia de esta *stipulatio* de ejercicio sea diferente, según se trate de servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* o conforme a los modos del *ius civile*.

Para Grosso esta hipótesis estaría, además, claramente refrendada por la evolución histórica: la necesidad de reconocer relaciones jurídicas que respondieran a la función del usufructo y de las servidumbres prediales (al menos en el caso de los fundos provinciales), o de dar eficacia a las relaciones análogas ya existentes en la práctica cotidiana, podría haber sido resuelta, en un primer momento, a través de *stipulationes* de ejercicio con eficacia obligacional. Cuando hubiera sido necesario reconocer a estas relaciones eficacia real, seguramente a través del Edicto provincial, dicha eficacia se habría reconocido a través de la *pactio*, a la que continuaba acompañando la

usufructo, de acuerdo con esto, podría entenderse la parte final de Frag. Vat. 283 (Diocl. a. 386): *Idem Aurelio Carrenoni. Si praediorum stipendiariorum proprietatem dono dediste ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad tempus proprietates transferri nequiverit. Si uero usum fructum in eam, contra quam supplicas, contuluisti, usu fructum a proprietate alienare non potuisti. Proposita V id. Mart. Maximo et Aquilino cons.*

Para Grosso, la referencia final debe ser entendida en el sentido de que a través de la simple *traditio* del fundo, no es posible separar el usufructo de la propiedad provincial, de ahí el plus que supondría la *stipulatio* de ejercicio en el caso de las provincias. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 194 nt. 2.

⁶² Según Grosso, el uso habitual de este tipo de *stipulationes*, que tan claramente queda reflejado en las fuentes, sobre todo en D. 45, 1, cuando se daba sobre suelo itálico junto a la *mancipatio* o *in iure cessio* constitutivas de la servidumbre no representaba una necesidad tan subrayada como en el caso de las provincias, en las que la *stipulatio* de ejercicio, por el rol que históricamente habría tenido esta *stipulatio*, de acuerdo con este autor, aparecía prácticamente como necesaria: para acompañar y delimitar el ámbito de la *pactio*, demostrar su existencia y su eficacia, etc. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 199 y ss.

stipulatio de ejercicio, que permitiría conocer el contenido de la *pactio* y, por tanto, del derecho que habrían querido constituir las partes —especialmente si se tiene en cuenta que estas *stipulationes* solían recogerse por escrito.

Nos parece que, además de la razones esgrimidas por Grosso, cabe tener en cuenta que el simple acuerdo constitutivo de la servidumbre no se entendería si el ejercicio del derecho constituido no se pusiera a disposición del titular del predio dominante, lo que indica que el ejercicio de ese derecho no se encuadraría en un mero acto de tolerancia por parte del titular del fundo sirviente, sino que dicha tolerancia es debida a que el predio se encuentra realmente gravado con una servidumbre, es decir, que ha tenido lugar la constitución de ese derecho y, por tanto, el titular del fundo sirviente queda obligado a tolerar el ejercicio de la servidumbre. Esto sólo podría tener lugar a través de la promesa, por parte del titular del predio sirviente que constituye la servidumbre, de que no impedirá el ejercicio efectivo de la servidumbre constituida, en tanto que no es posible la *traditio possessionis* por ser la servidumbre una cosa incorporal. Por otra parte, la *stipulatio* de ejercicio sólo encontraría pleno sentido si se pone en relación con el acuerdo o los acuerdos constitutivos de la servidumbre, que son los que justifican su realización. Esta sería la clave para entender por qué Gai. 2, 31 expresa que las servidumbres se constituyen *pactionibus et stipulationibus*. Por este motivo, nos parece que la *stipulatio* de ejercicio tiene un papel más destacado y relevante en el caso de las *pactiones et stipulationes* que cuando la servidumbre se constituye a través de *mancipatio* o *in iure cessio*.

Nos encontraríamos, por tanto, con la transposición, en el caso de la constitución de servidumbres, de las reglas que regirían para la transmisión de las situaciones análogas al dominio existentes sobre suelo provincial, en las que predomina el uso de la *traditio*, pero con la especialidad que supone la transmisión de una cosa incorporal como son las servidumbres o el usufructo, motivo por el cual se acaba recurriendo al uso de *stipulationes* de ejercicio. De

ahí que la constitución tenga lugar, como decía Gayo, *pactionibus et stipulationibus*.

Así pues y a modo de conclusión de este epígrafe, la inclusión por parte de Gayo en sus *institutiones* de la referencia a la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, al tratar de la constitución de las servidumbres conforme al *ius civile*, nos parece que no puede entenderse como algo meramente anecdótico, en tanto que dicha obra de carácter elemental estaba dirigida, probablemente, a los juristas en formación de una provincia oriental. A nuestro entender, esta mención se explicaría, no sólo porque las *institutiones* eran una obra de referencia en ámbito provincial, sino porque este modo de constitución debió encontrarse tan arraigado en la práctica de las provincias, que para Gayo resultaba casi imposible obviarlo. Sin embargo, no creyó oportuno desarrollar la estructura y el funcionamiento de las *pactiones et stipulationes*, al no ser las *institutiones* la sede oportuna para abordar un estudio más profundo de este tema, pues se trataría, como decimos, de una obra elemental con la que iniciarse en el estudio del Derecho y, concretamente, en el estudio del *ius civile*.

A pesar de que Gayo sólo menciona el uso de las *pactiones et stipulationes* en las provincias, merced a otros textos jurisprudenciales, puede llegarse a la conclusión de que, cuando Gayo se refería en 2, 31 a que la constitución de las servidumbres y del usufructo tenía lugar en las provincias, a través de *pactiones et stipulationes*, intentaba expresar que dicha constitución se producía a través de acuerdos relativos al derecho que las partes querían constituir y de los que derivaría la eficacia real del acto, acompañados de *stipulationes* de ejercicio, que solían incluir la mención a los herederos, además de una pena para el caso de incumplimiento.

Que la relación que surge de las *pactiones et stipulationes* tendría un

contenido prácticamente idéntico al de las servidumbres del *ius civile*, puede extraerse del uso por parte del jurista adrianeo de la misma terminología que emplea para referirse a las servidumbres civiles: los términos "*ius eundi agendi, ius altius tollendi aedes aut non tollendi, ius ne luminibus uicini officitur*" y un contundente "*ceteraque similia iura*". El uso de esta terminología denota, asimismo, que la relación que se constituía *pactionibus et stipulationibus* no era una mera relación obligacional entre los poseedores de los predios provinciales, sino que realmente se trataba de una situación con carácter predial.

3. Fuentes justinianas

Los diferentes textos en la compilación justiniana que hacen referencia directa a las *pactiones et stipulationes* no son muchos y, *prima facie*, recae sobre ellos la sombra de la interpolación, al ser este mecanismo uno de los modos de constitución característico del derecho justiniano (cfr. I. 2, 3, 4 y 2, 4, 1). Pese a ello, creemos que sí podemos encontrar referencias a las servidumbres y al usufructo constituido *tuitione praetoris*, que no resultan de tan dudosa credibilidad o incluso, indirectamente, podemos hallar referencias al régimen jurídico de la *stipulatio* en casos de constitución de servidumbres, sobre todo en textos de la jurisprudencia de la época clásica tardía, que claramente reflejan la aplicación en la práctica de las *pactiones et stipulationes*.

3.1. Casos que contienen una mención expresa a *pactiones et stipulationes*

Nos ocuparemos a continuación de los textos pertenecientes a la compilación justiniana y en los que tradicionalmente se ha entendido que existe una referencia expresa a las *pactiones et stipulationes* para la constitución de servidumbres y de usufructo.

Así pues, los fragmentos que estudiaremos a continuación son textos, pertenecientes, en la mayoría de las ocasiones, a la literatura casuística desarrollada por la jurisprudencia de la época clásica alta y tardía⁶³. Estos textos se caracterizan por contener una mención expresa a pactos y

⁶³ Hemos optado por centrar nuestra atención en los textos pertenecientes a obras de época clásica que nos han llegado a través de la compilación justiniana, ya que nuestro estudio se centra en la aplicación de las *pactiones et stipulationes* durante dicha época. Por este motivo, no dedicamos un epígrafe específico a I. 2, 3, 4, a *Theoph. ad I. 2, 3, 4*, ó a C. 8, 10, 12, 1 y ss. que contienen menciones expresas a las *pactiones et stipulationes*. No obstante, recuperamos el estudio de estas fuentes en los epígrafes que siguen a continuación, ya que son esenciales para la mejor comprensión de los textos clásicos.

estipulaciones y por tratar supuestos relativos a las servidumbres y al usufructo. En algunos casos, la referencia a pactos y estipulaciones veremos que no se produce, expresamente, en relación con las *pactiones et stipulationes*, pero, a pesar de ello, algunos autores han partido de estos textos para fundamentar que las referencias a las *pactiones et stipulationes* que se encuentran en las fuentes, sobre todo las fuentes jurisprudenciales, son producto de las interpolaciones justinianeas.

3.1.1. La constitución de usufructo en D. 7, 1, 3 pr. (Gai. 2 rer. cott.):

D. 7, 1, 3 pr. (Gai. 2 rer. cott.): *Omnium praediorum iure legati potest constitui usus fructus, ut heres iubeatur dare alicui usum fructum. Dare autem intellegitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiat uti frui. Et sine testamento autem si quis velit usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.*⁶⁴

En este fragmento de Gayo de las *res cottidianae*, se hace referencia a algunos de los modos de acuerdo con los cuales se puede constituir un usufructo.

Según este jurista, sobre cualquier tipo de predio, se puede constituir el usufructo a través de un legado, encargando al heredero que entregue el usufructo a alguien (legatario). Se entiende que dicho usufructo quedaría constituido, si el heredero condujera al legatario a aquel fundo sobre el que se debe constituir el usufructo o permitiera (soportara) su uso y disfrute. Finalmente el jurista apostilla que, sin recurrir al testamento, el usufructo se puede constituir *pactionibus et stipulationibus*.

⁶⁴ BEHRENDTS, O. *et al.*, *CIC*, II, p. 591.

A partir de una primera lectura, podemos diferenciar dos partes o apartados en este texto. En la primera parte, que se extendería hasta "*patiatur uti frui*", Gayo se centraría en estudiar la constitución del usufructo a través de actos *mortis causa*, concretamente a través de los legados, mientras que en la parte final del texto, se ocupa de su constitución por actos *inter vivos*.

Así, después de advertir que es posible la constitución del usufructo, sobre cualquier tipo de predio, a través del acto *mortis causa* por excelencia, el testamento, y concretamente, mediante un legado –generalmente mediante un *legatum per vindicationem*, aunque como veremos, en el texto Gayo se está refiriendo, en cualquier caso, al *legatum per damnationem* y al legado *sinendi modo*—, si se quiere constituir un usufructo sin recurrir al testamento, es decir, por actos *inter vivos*, debería recurrirse a las *pactiones et stipulationes*.

Este texto de Gayo aparece a continuación de dos textos de Paulo y Celso que reflejan la naturaleza del derecho de usufructo, sin llegar a pronunciarse acerca de cómo se produce su constitución: el fragmento perteneciente al libro 3 *ad Vitellium* de Paulo (D. 7, 1, 1) recoge la famosa definición de Paulo del usufructo, como derecho a usar y disfrutar de las cosas ajenas *salva rerum substantia*; mientras que el fragmento de Celso del libro 28 *digestorum* (D. 7, 1, 2) recoge igualmente una referencia general al usufructo, como derecho que recae sobre una cosa corporal, de modo que cuando se produce la destrucción de ésta, se extinguiría también el usufructo.

De acuerdo con la *Palingenesia* de Lenel⁶⁵, este fragmento de Gayo de las *res cottidianae* sería el que encabezaría una serie de textos en los que se estudiaría el usufructo (Gai. D. 22, 1, 28 y D. 7, 8, 11) y seguiría, a su vez, a los textos pertenecientes al libro segundo de dicha obra, sobre la división de las

⁶⁵ LENEL, O. *PIC*, § 494, p. 256.

cosas (Gai. D. 8, 1, 5) y los relativos a la adquisición de la propiedad sobre éstas (Gai. D. 41, 1, 1; 3; 5; 7 y 9).

Este fragmento presentaría, además, un texto similar al de otros textos pertenecientes a obras atribuidas a Gayo, referidos a la constitución del usufructo y que habrían sido redactados en diferentes etapas de la vida de este jurista. Así, por ejemplo y como hemos estudiado en el epígrafe anterior, respecto de la constitución de servidumbres y del usufructo sobre suelo provincial, en Gai. 2, 31, el mismo jurista escribe: “(..) *alioquin in prouincialibus praediis siue quis usufructum siue ius aeundi agendi aquamue ducendi uel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus uicini officiat, ceteraque similia iura constituere uelit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest (...)*”. La similitud entre ambos textos puede explicarse por el hecho de que, con mucha seguridad, las *institutiones* habrían sido redactadas con anterioridad a las *res cottidianae*, de manera que el texto perteneciente a esta última obra no sería más que una repetición, reelaboración o incluso el desarrollo de una idea que el jurista ya habría reflejado, ni que fuera someramente, en sus *institutiones*⁶⁶, sin perjuicio de que, posteriormente, el texto recogido en el Digesto hubiera estado sujeto a las modificaciones que los compiladores hubieran considerado necesarias. Las *res cottidianae* serían, asimismo, una obra de carácter elemental, una breve exposición del *ius civile* con las referencias oportunas al derecho provincial, típicas en Gayo.

En plena consonancia con el texto de las *res cottidianae*, se encuentra también el fragmento de I. 2, 4, 1: “(...) *sine testamento uero si quis uelit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet (...)*”. El texto de las *institutiones* justinianeas simplemente estaría recogiendo los diferentes modos de constitución del usufructo vigentes en el derecho

⁶⁶ DOMINGO. R. (dir.), CUENA, F. CHURRUCA., J. [et al.] *Textos de Derecho romano* (Instituciones de Gayo § 2), p. 38. LIEBS, D. voz «Gayo», en *Juristas universales... cit.*, I, p. 182.

justiniano, diferenciando entre modos de constitución *mortis causa* e *inter vivos*. Sin embargo, en este fragmento podemos observar un cambio respecto del verbo modal utilizado en los textos de Gayo, se sustituye *potest* por *debet*, seguramente porque en esta época no existe otro posible modo de constitución *inter vivos*. En multitud de ocasiones, la doctrina⁶⁷ ha señalado la relación existente entre las *institutiones* gayanas y las justinianas, en las que las *res cottidianae* actuarían a modo de puente o texto intermedio.

De acuerdo con autores como Grosso⁶⁸ o Arangio Ruiz⁶⁹, el texto de Gai. D. 7, 1, 3 pr. debe contemplarse desde el punto de vista de los predios provinciales, de modo que la referencia, en primer lugar, del texto respecto a la naturaleza del predio sobre el que se quiere constituir el usufructo ("*omnium praediorum*"), o bien no sería obra de Gayo —quien habría hecho referencia única y exclusivamente a los predios provinciales y, posteriormente, los compiladores habrían generalizado la referencia gayana a todos los predios—, o formando parte del texto originario de las *res cottidianae* —idea que nos resulta más sensata, tal y como aparece en el marco del Digesto—, habría perdido el significado que habría querido atribuirle el jurista cuando redactó las *res cottidianae*, pues habría querido realizar seguramente una comparación entre los modos de constitución del usufructo en suelo itálico y en suelo provincial, centrándose en la figura de los legados, más que en la de las *pactiones et stipulationes*⁷⁰.

Desde nuestro punto de vista y en relación con la referencia inicial del

⁶⁷ En este sentido, por ejemplo, LLANOS PITARCH, J. M. voz «Teófilo», en *Juristas Universales... cit.*, I, p. 232.

⁶⁸ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 203 y ss.

⁶⁹ ARANGIO RUIZ, V. *Istituzioni... cit.*, p. 246.

⁷⁰ En este sentido, KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut*, p. 2 y 8. RABEL, E. *Zu den sogennanten... cit.*, p. 392. FREZZA, P. *Appunti esegetici... cit.*, en *Scritti*, I, p. 294 y ss. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 251 y ss.

texto "*omnium praediorum*", no nos parece lógico que, como resultado de una posible modificación por parte de los compiladores, se quisiera hacer hincapié en el texto, en derecho justiniano, sobre la posibilidad de constituir un usufructo de acuerdo con los modos que expresa el texto, subrayando que la regla es válida para cualquier predio. Por eso nos parece que esta referencia a "*omnium praediorum*" ya debió constar en el texto tal y como lo redactó Gayo.

Esta mención nos parece totalmente innecesaria en un texto justiniano: ¿qué explicación tendría que los compiladores hubieran retocado el texto originario de Gayo –en el caso que éste se hubiera referido únicamente a los predios provinciales— para decir que el usufructo se constituía sobre cualquier predio? Sobre todo, teniendo en cuenta que, en el derecho justiniano, ya hacía tiempo que había quedado superada la diferenciación entre suelo itálico y provincial. Si realmente el texto de Gayo hubiera contenido originariamente una referencia exclusiva al suelo provincial, parece que hubiera sido mucho más sencillo, para los compiladores, eliminarla antes que sustituirla por "*omnium praediorum*". Tendría más sentido pensar que los compiladores hubieran omitido cualquier referencia a la naturaleza de los predios, del mismo modo que se hace en I. 2, 4, 1, donde no se incluye ninguna aclaración al respecto, sino que se limita a recoger los diferentes modos de constitución.

Otra posible explicación a la que se recurre para defender la inclusión de "*omnium praediorum*" por parte de los compiladores sería que la referencia se haga para diferenciar predios rústicos y urbanos. Sin embargo, tampoco parece tener sentido que, en derecho justiniano, se mantenga la mención a la naturaleza de los predios, ya que los medios de constitución del usufructo son los mismos para ambos tipos de predios, al igual que sucedía en derecho clásico. Únicamente habría podido tener algún tipo de implicación, en el caso de referirse a la constitución de servidumbres en el derecho clásico, ya que las servidumbres rústicas se constituirían mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio*, mientras que las servidumbres urbanas se constituirían a través de la *in*

iure cessio. No tendría sentido, por tanto, defender que a través de “*omnium praediorum*” se pretendía establecer una distinción entre predios rústicos y urbanos, ya que esta diferenciación no resulta relevante en cuanto se refiere al usufructo, ya sea en derecho clásico o justiniano.

Por otra parte, tampoco tendría mayor sentido que los compiladores hubieran introducido “*omnium praediorum*” al inicio del texto gayano, para subrayar la idoneidad del legado en general como modo de constitución del usufructo, especialmente para el caso del legado *per damnationem* y el *sinendi modo* —a los que se refiere el texto—, cuando en época justiniana, a través de una constitución de Justiniano del año 529 (C. 6, 43, 1) la voluntad del testador pasa a ser el elemento determinante para la individualización de la eficacia del legado, en detrimento del uso de unos concretos *verba*. Anteriormente, ya había contribuido a llegar hasta este régimen otra constitución de Constantino del año 320 (C. 6, 23, 15), en la que derogaba el uso de los *verba solemnia* en los legados. Con lo cual, resulta indiferente el tipo de legado empleado por el testador para la constitución del usufructo, al igual que tampoco tendría mayor incidencia la ubicación del predio sobre el que deba constituirse este derecho.

Todo ello nos hace pensar, en primer lugar, que probablemente, en la redacción del fragmento hecha por Gayo, la referencia a los predios se hacía con carácter general; seguramente debido a que el jurista estaría comparando la constitución sobre suelo itálico y sobre suelo provincial, partiendo de la constitución del usufructo en el *ius civile* y sobre suelo itálico, al igual que ocurre en Gai. 2, 31, si se pone en relación con los párrafos precedentes; y, en segundo lugar, creemos que la importancia del texto radicaba, como decíamos anteriormente, no tanto en el estudio de las *pactiones et stipulationes*, como en el estudio del posible uso de los legados para la constitución del usufructo de acuerdo con el *ius civile*, y también en cuanto a las provincias, ya que la constitución de este derecho a través de legados era una práctica bastante usual.

Una lectura atenta del fragmento nos da a entender la posibilidad de constituir un usufructo a través de los legados en términos generales y aunque Gayo se refiere, *lato sensu*, a la constitución del usufructo "*iure legati*", sin embargo, el jurista centraría su estudio en el caso de los legados que, en época clásica, gozarían de eficacia obligacional. Concretamente y como veremos, en el texto, Gayo trata los supuestos de constitución a través del *legatum sinendi modo* e incluso del *legatum per damnationem* –idea que ocupa la mayor parte del texto.

Como sabemos, la eficacia de los legados, en el derecho clásico, vendría determinada, en principio, por el uso de concretos *verba* por parte del testador y no a partir del mero contenido de la disposición testamentaria: "*do lego*", en el caso del legado *per vindicationem*; "*praecipito*", en el legado *per praeceptionem*; "*damnas esto dare/facere*", en el legado *per damnationem*, y "*damnas esto sinere*", en el legado *sinendi modo*⁷¹. Los dos primeros tipos de legados serían idóneos para la transmisión de situaciones de carácter real del testador al legatario, mientras que los dos últimos tipos de legados darían lugar a obligaciones que recaerían sobre el heredero.

Tradicionalmente, la constitución de usufructo a través de legados tendría lugar mediante el *legatum per vindicationem*, un legado con eficacia real que implica la constitución en sí del usufructo, sin necesidad de que el heredero deba realizar ningún acto constitutivo. Este tipo de legado hubiera sido el preferentemente utilizado para la constitución del usufructo en el derecho clásico, como se advierte en algunos textos⁷².

⁷¹ Cfr. Gai. 2, 192 y ss.

⁷² *Ad exemplum*: D. 33, 2, 41 (Iav. 2 *ex post. Lab.*), D. 7, 1, 19 (Pomp. 5 *Sab.*). Se presume que se trata de un legado vindicatorio: D. 32, 2, 32 pr. (Scaev. 15 *dig.*), D. 32, 2, 37 (Scaev. 33 *dig.*), Frag. Vat. 47 y 57 (Paul. 1 *man.*), Frag. Vat. 62, 75, 83, 86 y 87 (Ulp. 17 *Sab.*), D. 7, 1, 20 (Ulp. 18 *Sab.*).

Mucho más discutida resultaría la utilización de este tipo de legado en suelo provincial, ya que tiene como requisito previo que el heredero disponga del *dominium ex iure Quiritium*⁷³ del predio sobre el cual se quiere constituir el usufructo, lo que no es posible en el caso de las provincias.

No obstante, cabe tener en cuenta que, a raíz del senadoconsulto Neroniano (54-68 d. C. Cfr. Gai. 2, 197) se empieza a otorgar eficacia, desde la esfera del derecho pretorio, a los casos en los que el uso de una determinada forma de legado por el testador comporta su nulidad, manteniendo la disposición testamentaria de acuerdo con otra forma de legado que permitiera su validez, a través de la concesión de la *actio ex testamento utilis certi o incerti*, según el caso. Así por ejemplo, el caso más usual habría sido el del legado *per vindicationem* de una cosa ajena, en este supuesto el legado es nulo de acuerdo con el *ius civile*, pero conforme al *ius honorarium*, la disposición testamentaria podría salvarse como legado *per damnationem*.

La aparición de este senadoconsulto también se enmarcaría en la práctica habitual de disponer sobre una cosa a través de legado, acumulando las formas del legado *per vindicationem* y *damnationem* —*Fundum Cornelianum Titio do lego et heres meus ei damnas esto dare*—, lo que permitiría, sin duda, asegurar la eficacia del legado, por ejemplo en el caso que el testador no dispusiera de la propiedad civil sobre la cosa a legar, sino que ésta se encontrara *in bonis* o fuera un poseedor de buena fe. En los casos en que ambos tipos de legados fueran válidos, la disposición testamentaria

⁷³ En el caso del legado *per vindicationem*, Gayo exige expresamente que el testador sea el *dominus ex iure Quiritium* de la cosa legada, cfr. Gai. 2, 196. Esto implicaría que, en el caso de la constitución de usufructo (o de servidumbre) a través de este tipo de legado, el testador debería tener la propiedad civil del predio sobre el que se constituye el derecho para que éste quede válidamente constituido. Dicho requisito ha de verificarse en el momento de otorgar el testamento que contiene el legado, pero también en el momento de la muerte del testador. En este sentido, GROSSO, G. *I legati nel diritto romano (Parte Generale)*, Turín, 1962, p. 74 y ss.

produciría efectos reales y obligatorios y el legatario podría ejercer la *vindicatio rei* o la *actio ex testamento*. Este sería el prelude de la paulatina convergencia de las diversas formas de legado⁷⁴.

Para Grosso⁷⁵ y Arangio Ruiz ⁷⁶, el legado *per vindicationem* habría permitido, sobre todo a partir de la época de los Severos —por tanto, en época de Gayo, la situación habría sido diversa—, la transmisión de derechos reales tutelados por el pretor, como puede extraerse de algunos textos jurisprudenciales, desde Juliano⁷⁷ —por lo que parece que estos autores consideran que dicha práctica encuentra sus inicios en los años inmediatamente anteriores a que los emperadores Severos lleguen al poder— y especialmente de Ulpiano⁷⁸. De acuerdo con la hipótesis de estos autores, esta situación habría facilitado que el pretor extendiera la eficacia del legado *per vindicationem* a los supuestos de la propiedad pretoria, a la propiedad provincial o incluso a otros derechos reales tutelados por el pretor, como pudiera ser la servidumbre o el

⁷⁴ En este sentido, TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 734 y ss.

⁷⁵ GROSSO, G. *I legati... cit.*, p. 77 y ss.

⁷⁶ ARANGIO RUIZ, V. «Parerga 6», en *Atti Napoli*, 61 (1942), p. 273 y ss.

⁷⁷ En relación con el legado de superficie, D. 30, 86, 4 (Iul. 34 *dig.*): *Valet legatum, si superficies legata sit ei, cuius in solo fuerit, licet is dominus soli sit: nam consequetur, ut hac servitute liberetur et superficiem lucrifaciat.*

⁷⁸ En concreto, D. 30, 71, 5 y 6 (Ulp. 51 *ad ed.*): *Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit, videamus. et Iulianus libro trigensimo octavo digestorum scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod ius in eo is qui legavit habet, valere legatum. Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius in vectigalibus fundis habemus.*

En este caso, no quedaría claro el tipo de legado del que nos habla Ulpiano, sin embargo, al tratarse del legado del *fundo vectigal* que poseía el testador, se puede entender que se trate de un legado *per vindicationem*. Obviamente, en este supuesto, el legado no puede suponer la transmisión de la propiedad civil.

En referencia al legado de la superficie, D. 43, 18, 1, 7 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Sed et tradi posse intellegendum est, ut et legari et donari possit.*

D. 13, 7, 26 pr. (Ulp. 3 *disp.*): *Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse imperator noster cum patre saepissime rescripsit.*

El texto admitiría la constitución del pignus a través de letestamento.

usufructo pretorios.

Sin embargo, los legados a los que Gayo se refiere en el texto no parecen ser *per vindicationem*, sino que, en función de las palabras que emplea, parece estar refiriéndose al legado *per damnationem* —*ut heres iubeatur dare alicui usum fructum*— e incluso al *legatum sinendi modo* —*patiatur uti frui*. Este tipo de legados, a diferencia del legado *per vindicationem* y *per praeceptionem*, solamente eran capaces de generar una obligación en el heredero, motivo por el cual la doctrina⁷⁹ suele considerar que este texto de Gayo se encuentra, en su mayor parte, interpolado, pues seguramente, en el texto original, Gayo habría comparado el legado vindicatorio, que sí constituiría el usufructo, con los legados damnatorio y *sinendi modo*, que sólo tendrían eficacia obligacional. Debido a ello, algunos autores, como sería el caso de Solazzi⁸⁰, defendían que, en los fundos provinciales, a través de legados no podrían constituirse auténticos derechos de usufructo o servidumbre, ya que Gayo en este fragmento de las *res cottidianae* sólo se refiere a la “constitución” de usufructo a través de legados con eficacia obligacional.

En un sentido similar, Perozzi⁸¹ consideraba que el texto se encuentra interpolado incluso si se estuviera refiriendo únicamente al caso de la constitución del usufructo en los predios provinciales, pues el texto parece hacer referencia a la *traditio* del usufructo, que, pese a no ser nombrada expresamente, se puede inferir a partir de “*si induxerit in fundum legatarium*”, o a la *patientia*, en “*eumve patiatur uti frui*”, lo que no sería atribuible a Gayo, sino a la mano de los compiladores. En el caso de la constitución del usufructo

⁷⁹ En este sentido, MESSINA VITRANO, F. *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, (reimpresión anastática de la edición de 1912), Roma, 1972, p. 21 y 35 y ss. SOLAZZI, S. *Requisiti... cit.*, p. 116 y 117.

⁸⁰ SOLAZZI, S. *Requisiti... cit.*, p. 116 y 117.

⁸¹ PEROZZI, S. *Scritti giuridici... cit.*, p. 227 y ss.

en suelo provincial, Gayo no podría, de acuerdo con Perozzi, haberse referido más que a las *pactiones et stipulationes*, conforme a lo que expresaba en Gai. 2, 31, pues no serían aplicables la *in iure cessio* ni la *traditio*, por eso entiende que el texto estaría interpolado en aquellas partes en las que implícitamente se habla de *traditio*. Nos parece que, en parte, Perozzi no estaba tan desencaminado cuando expresaba que el texto se refería de hecho a la *traditio* del usufructo, pero no podemos coincidir con el profesor italiano, en cuanto a la conclusión a la que llegaba, de considerar el texto interpolado por este motivo.

En cualquier caso, la posibilidad de constitución del derecho de usufructo, *tuitioe praetoris*, a través de legados sobre los fundos provinciales, y en comparación con la constitución del usufructo mediante legado en el *ius civile*, es mencionada expresamente por Ulpiano en el siguiente texto:

Frag. Vat. 61 (Ulp. 17 Sab.): *Amitti autem usum fruc[tum capitis minutione constat nec solum usum] fructum, sed etiam actionem de usu [fructu] : scilicet si Titio usum fructum... testamento uel per fideicommissum lego uel relinquo et die eius cedente is capite minutus est... agere non potest. [et parui] refert, utrum iure sit constitut[us usus fructus an uero tuitioe praetoris; proinde] usus fructus licet in fundo stipendiario uel tributario. [item in fundo uectigali uel superficie non] iure constitutus capitis m[inutione amittitur]... capitis minutio extinguit usum fructum...*

En este texto, Ulpiano trata de la extinción del usufructo como consecuencia de la *capitis deminutio maxima/media* que padece el usufructuario, así como la consiguiente pérdida de la acción de usufructo (*vindicatio usufructis*), y expresa que, ante esta situación, resulta indiferente que el usufructo se haya constituido conforme al *ius civile* o *tuitioe praetoris*, incluso si el usufructo se constituyó sobre un predio *stipendiario* o *tributario*, entre otros supuestos. El ejemplo que se utiliza para ilustrar el problema

tratado en el texto de Ulpiano sería un supuesto de legado o fideicomiso de usufructo. La referencia al fideicomiso de usufructo hace que algunos autores⁸² lleguen a la conclusión de que, en este supuesto, se estaría tratando, en cuanto a los legados, de legados con eficacia obligacional, pues parten de la eficacia obligacional del fideicomiso, que supondría la obligación para el fiduciario de constituir el usufructo a favor del fideicomisario. No obstante, también cabe la posibilidad de que se tratara de un legado *per vindicationem* del fideicomiso de usufructo⁸³. Que la naturaleza del legado al que se referiría el texto de Ulpiano, tal y como lo recogen los *Fragmenta Vaticana*, sea obligacional o se trate de una referencia en general a la institución de los legados, nos parece que se trata de una cuestión que adquiere pleno sentido si se plantea desde el punto de vista de entender las modificaciones que va a sufrir el texto de Ulpiano cuando se compile en el Digesto.

El mismo texto de Ulpiano es recogido en D. 7, 4, 1 pr., pero ha sido

⁸² FREZZA, P. *Appunti esegetici... cit.*, en *Scritti*, I, p. 303, basándose en la reconstrucción que hace Beseler de D. 7, 4, 1 pr. (Ulp. 17 Sab.) Frag. Vat. 61, en *Beiträge*, IV, p. 84.

⁸³ En este sentido, *vid.* ANKUM, H. «Quelques remarques sur le *fideicommissum* d'un usufruit légué dans le droit romain classique», en *RIDA*, 24 (1977), p. 137 y ss. "(...) le légataire devait *restituere* au moyen d'une tradition les choses usufruituaires (ou peut-être déjà d'après quelques juristes classiques, selon une terminologie souvent considérée comme postclassique, la «*quasi*» *possessio* de l'usufruit) au fidéicommissaire" (p. 139).

El legado vindicatorio de fideicomiso de usufructo, habría tenido, según Ankum, una gran difusión hasta el s. II d. C. Este tipo de fideicomiso se habría dispuesto por el testador, generalmente, a favor de hijos (especialmente las hijas) que no hubieran contraído matrimonio o que, debido a una enfermedad o discapacidad, no pudieran asegurarse el sustento por sí mismos, o bien a favor de las concubinas o de la viuda. A través del legado vindicatorio de fideicomiso de usufructo, sería posible favorecer a estas personas que, de otro modo, no podrían adquirir el usufructo (problemas a nivel de *testamenti factio pasiva*), pues debe tenerse en cuenta la vigencia de la legislación matrimonial de Augusto, en cuanto a la incapacidad para adquirir de los *caelibes* y los *orbi*, el caso que la viuda fuera una liberta o el beneficiario fuera un peregrino o *latinus Iunianus*, etc. El recurso a esta compleja construcción, en vez de a un simple fideicomiso de usufructo, evita que la constitución de este derecho dependa de un acto del heredero e incluso de su solvencia. La restitución de la cosa usufructuada o de la *quasi possessio* del usufructo al fideicomisario únicamente depende del fiduciario-usufructuario, que es una persona de confianza del testador (con las ventajas que esto conlleva, *vid.* p. 153) y no es propietario de la cosa sobre la que recae el usufructo, por lo que se hace más difícil la existencia de posibles recelos en relación con el cumplimiento de la última voluntad del *de cuius* (que supone que el heredero tenga solamente la nuda propiedad sobre la cosa usufructuada).

recortado y ya no encontramos la referencia al legado y fideicomiso de usufructo, que ha sido sustituida por la inclusión de "*proinde traditus quoque usus fructus*"⁸⁴, al estar reconocida la idea de *traditio* del usufructo en el derecho justiniano (*possessio iuris*):

D. 7, 4, 1 pr. (Ulp. 17 Sab.) *Non solum usum fructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usu fructu. Et parvi refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tutione praetoris: proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur.*

Nuevamente Ulpiano, en D. 7, 1, 7, 2 (17 Sab.) *in fine*, deja entender la posibilidad de constituir un usufructo a través de legado, en el caso de los predios provinciales, cuando, partiendo de las opiniones de Marcelo y de Celso, establece que es obligación del usufructuario satisfacer el estipendio o el tributo derivados de la cosa dejada en usufructo a través de legado:

Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum ad aedes per arbitrum cogi Celsus scribit Celsus libro octavo decimo digestorum, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat: si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si heres refecerit, passurum fructuarium uti. unde Celsus de modo sarta tecta habendi quaerit, si quae vetustate corruerunt reficere non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertinet, quoniam et alia onera adgnoscat usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta. Et ita Marcellus libro tertio decimo scribit.

Regresando al texto de Gayo que nos ocupa en este epígrafe, si

⁸⁴ Sobre este texto, *vid.* WIEACKER, F. *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1975, p. 285 y ss. Asimismo, MANNINO, V. *La tolleranza dell'usus... cit.*, p. 47 y 48. Estamos de acuerdo con este autor en cuanto que la adición de "*traditus quoque*" al texto recogido en el Digesto "evidenzi la particolarità della situazione del fideicomissario e la necessità di costituire il diritto con il suo esercizio, tutelabile *iure praetorio*; il che, a sua volta, sottolinea l'omogeneità della situazione descritta nel passo con quella che altri giuristi classici e lo stesso Ulpiano in D. 7, 1, 25, 7 ed in D. 6, 2, 11, 1 qualificavano come *traditio usus fructus*".

mantenemos como auténtica la referencia "*omnium praediorum*", así como partimos de la idea de que, en este fragmento de las *res cottidianae*, el jurista se ocupaba de la constitución del usufructo, partiendo del *ius civile*, y, comparándola con el régimen jurídico existente en el suelo provincial, el inicio del fragmento no nos parece que pueda considerarse interpolado: "*Omnium praediorum iure legati potest constitui usus fructus*" (sobre cualquier tipo de predio se puede constituir el usufructo a través de legados). Claro ejemplo de ello nos aportan los dos textos anteriores de Ulpiano.

La continuación del fragmento nos plantearía más dudas. Si Gayo estaba estudiando los legados como modo de constitución del usufructo, con toda seguridad debió tener en cuenta el legado *per vindicationem* —o incluso el legado *per praeceptionem*— pero, no obstante, éste no aparece en el texto tal y como lo recogen los compiladores, que parecen querer centrar su atención en el caso del legado *per damnationem* y el legado *sinendi modo*, legados que, en principio, hubieran requerido la realización de un acto por parte del heredero para la constitución del usufructo (cfr. Gai. 2, 204). Nos parece muy posible que el texto original de Gayo hubiera sido mucho más extenso que el fragmento que podemos encontrar en la compilación justiniana.

De acuerdo con las palabras del Gayo y con D. 7, 1, 3 pr., se constituye por legado el usufructo "*ut heres iubeatur dare alicui usum fructum. Dare autem intellegitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui*". Se puede constituir el usufructo a través de legado mandando al heredero que dé el usufructo y se entiende, además, que también se entregó el usufructo si se hubiera introducido en el fundo al legatario o se hubiera consentido que éste empezara a usar del fundo y a percibir sus frutos.

En el caso del legado *sinendi modo*, en sus *institutiones*, Gayo parece plasmar lo que habría constituido una disensión entre las dos escuelas de juristas de la época clásica en referencia a la eficacia del legado *sinendi modo*.

La opinión de la escuela de los sabinianos aparecería en Gai. 2, 213:

Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque, donec is tradendo uel mancipando uel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato iuris est; et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET.

Mientras que la opinión de los proculeyanos puede extraerse de Gai. 2, 214:

Sunt tamen, qui putant ex hoc legato non uideri obligatum heredem, ut mancipet aut in iure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiat; quia nihil ultra ei testator imperauit, quam ut sinat, id est patiat, legatarium rem sibi habere.

De acuerdo con los textos de Gayo, los sabinianos entenderían que el legado *sinendi modo* se encuentra más próximo al legado damnatorio que al vindicatorio y, por tanto, tendría eficacia obligacional, pues, a través de este legado, el legatario no adquiriría directamente la propiedad sobre la cosa legada, sino que haría falta la realización de la *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*, según el caso, por parte del heredero —por tanto, el legado generaría la obligación para el heredero de realizar alguno de estos actos.

Los proculeyanos, por su parte, consideran que el legado *sinendi modo* se encuentra más próximo a la figura del legado vindicatorio, pues la adquisición de la cosa legada tendría lugar a través de la aprehensión de ésta por parte del legatario y el legado no impondría al heredero otra carga que la de tolerar que el legatario tome la cosa.

Ante la lectura de estos textos, se nos plantea la duda de si hubiera sido posible que, en el caso de los fondos provinciales, sobre los cuales los

particulares disponían de una "*plenissima possessio*" (*Theoph. ad I. 2, 1, 40*) —o *possessio vel usufructus*, según Gai. 2, 7—, se hubiera aplicado, en un principio y preferentemente para la constitución del usufructo y de las servidumbres a través de actos *mortis causa*, no tanto el legado vindicatorio, como defienden Grosso y Arangio Ruiz, al ser un legado en el que se partía de la condición de que el testador tuviera la propiedad civil del fundo sobre el que se debía constituir el usufructo o servidumbre, sino que se hubiera partido del uso de los legados *per damnationem* y, especialmente, del legado *sinendi modo*.

A través de los legados damnatorio y *sinendi modo*, se podría imponer al heredero, no tanto la carga de constituir un usufructo o una servidumbre por actos *inter vivos* —en el caso de los predios provinciales, a través de las *pactiones et stipulationes*—, sino la carga de soportar el ejercicio del usufructo o de la servidumbre: el heredero habría soportado una obligación de no hacer similar a las que encontramos en el caso de las *stipulationes* de ejercicio en las *pactiones et stipulationes*⁸⁵, lo que variaría sería la causa que fundamenta la existencia de dicha obligación de no hacer⁸⁶. De este modo, se aseguraría que

⁸⁵ Resulta curioso, además, que en algunos textos se compare la *stipulatio* con los legados en cuanto a la adquisición del usufructo o de la servidumbre, como sería el caso de Frag. Vat. 55 (Paul. 2 manu. ex tribus): *Usus fructus sine persona esse non potest et ideo seruus hereditarius inutiliter usum fructum stipulatur. Legari autem ei posse dicitur, quia dies eius non cedit statim, stipulatio autem pura suspendi non potest. Quid ergo, si sub condicione stipuletur? Videamus an nec hoc casu ualeat, quia ex presenti uires accipit stipulatio, quamuis petitio ex ea suspensa sit.*

Frag. Vat. 56 (Paul. 2 manu. ex tribus): *Item seruo via inutiliter legatur, stipulatur autem eam utiliter, si dominus fundum habeat.*

En relación con el legado vindicatorio, Frag. Vat. 57 (Paul. 2 man. ex tribus): *Usus fructus do lego seruo legatus morte et alienatione serui perit, si stipuletur, non perit; igitur et post mortem suam sicut cetera usum fructum seruus stipulari potest; quod aliter est in legatis.*

En relación con el legado y la *stipulatio* de la *via*, D. 33, 3, 2 (Marc. 13 dig.): *Fundum communem habentibus legari potest via, cum et communis seruus recte viam stipulatur et, cum duo ei qui ipse viam stipulatus fuerit heredes exstiterint, non corrumpitur stipulatio.*

Asimismo, vid. KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut... cit.*, p. 48 a 50.

⁸⁶ Ayuda a corroborar esta idea el hecho de que la *intentio* en la fórmula de la *actio ex testamento* sea sustancialmente idéntica a la de la fórmula de la *actio ex stipulatu*:

Gai. 2, 213: *Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam*

el legatario gozara del pleno ejercicio del derecho legado, lo que, en un primer momento, debido a la necesidad de poder establecer en provincias relaciones con un contenido similar al usufructo y al no ser aplicable en los predios provinciales su constitución *mortis causa* a través del legado vindicatorio, ni su constitución *inter vivos* mediante *in iure cessio*, modos de constitución del usufructo en el *ius civile*, la constitución de estas relaciones se habría regulado desde el punto de vista obligacional. En un momento más avanzado en el tiempo, se habría hecho necesaria la concesión de una acción real para la tutela de estas relaciones, al igual que sucedería con el modo de constitución *inter vivos* en provincias (las *pactiones et stipulationes*). Esta situación habría colaborado, sin duda alguna, a diluir las diferencias entre los diversos tipos de legados.

En este sentido, debe tenerse en cuenta, a propósito del legado *sinendi modo* —al que claramente se puede poner en relación con el caso de la *patientia* de las servidumbres y del usufructo, pues en este tipo de legados el heredero está obligado a *patientiam praestare* (Cfr. Gai. 2, 213 y 214)—, que la adquisición de la posesión sobre la cosa (corporal) legada por parte del legatario tendría lugar, como defendían los proculeyanos, a través de la aprehensión de dicha cosa de manera consentida por el heredero. En el caso de las servidumbres o del usufructo, tal aprehensión no puede tener lugar, porque se trata de cosas incorpóreas, por lo que debe traducirse en la obligación del heredero de tolerar el ejercicio del derecho en cuestión⁸⁷.

hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque, donec is tradendo uel mancipando uel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato iuris est; et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est QUIDQVID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET.

Gai. 4, 136: *Item admonendi sumus, si cum ipso agamus, qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo: IVDEX ESTO. QVOD AVLVS AGERIVS DE NVMERIO NEGIDIO INCERTVM STIPVLATVS EST, CVIVS REI DIES FVIT, QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET et reliqua.*

En este mismo sentido, *vid.* FREZZA, P. *Appunti esegetici... cit.*, en *Scritti*, I, p. 286.

⁸⁷ El legado *sinendi modo* habría tenido en sus orígenes eficacia real. Sobre esta cuestión y sobre la adquisición de la posesión en los legados y especialmente en el caso del legado

El ejercicio de hecho del usufructo o de la servidumbre podría ser equiparado a la posesión sobre una cosa corporal y tutelado a través de interdictos cuasipositorios (de acuerdo con D. 8, 1, 20 Iav. 5 *ex post. Lab.*⁸⁸).

En D. 8, 4, 16 (Gai. 2 *rer. cott.*), claramente se expone el caso de legados damnatorios (incluso pudiera pensarse en el legado *sinendi modo*, por

sinendi modo, vid. SALOMÓN SANCHO, L. "Sine vitio nancisci possessionem". *La adquisición de la posesión de los legados en el Derecho Romano Clásico*, Madrid, 2003, p. 163 y ss.

Como ejemplos de legados *sinendi modo* de usufructo, encontramos los complejos supuestos tratados en:

Frag. Vat. 85 (Ulp. 17 *Sab.*): *Si tamen per damnationem usus fructus legetur, ius adcrendi cessat non inmerito, quoniam damnatio partes facit. Proinde si rei alienae usus fructus legetur et ex Neroniano confirmetur legatum, sine dubio dicendum est ius adcrendi cessare, si modo post constitutum usum fructum fuerit amissus. quod si ante et socius amittat, erit danda totius petitio. idemque et si sinendi modo fuerit legatus usus fructus. an tamen in Neroniano, quoniam exemplum vindicationis sequimur, debeat dici utilem actionem amisso usu fructu ab altero alteri dandam, quaeri potest; et puto secundum Neratium admittendum. in fideicommisso autem id sequimur quod in damnatione. En este caso destaca, además, que se habla de legado damnatorio y sinendi modo.*

Frag. Vat. 87 (Ulp. 17 *Sab.*): *Sabinus certe uerbis istis non ostendit, utrum legatarii fuerint necne. sed Iulianus libro XXXV digestorum relata Sabini scriptura ait intellegendum eum, qui solos liberos heredes scribit, non ut legatariorum fecisse mentionem, sed ut ostenderet magis matrem ita se uelle frui, ut liberos secum habeat. alioquin, inquit, in damnatione ratio non permittebat ius adcrendi. proposuit autem Iulianus uel do lego legatum usum fructum uel per damnationem et sic sensit, quamuis legatarii sint et heredes soli, in do lego legato non esse ius adcrendi; atque, si alteri ab altero legetur (quoniam a semet ipsis inutiliter legatum est), sibi non concurrunt, matri uero non in totum concurrunt, sed alter pro alterius portione et in eo dumtaxat ius adcrendi erit; mater tamen aduersus utrumque ius adcrendi habet.*

D. 32, 30, 1 (*Lab. 2 post. a Iav. epit.*): *Qui hortos publicos a re publica conductos habebat, eorum hortorum fructus usque ad lustrum, quo conducti essent, Aufidio legauerat et heredem eam conductionem eorum hortorum ei dare damnauerat sinereque uti eum et frui. respondi heredem teneri sinere frui: hoc amplius heredem mercedem quoque hortorum rei publicae praestaturum.*

D. 33, 2, 14 (*Cels. 18 dig.*): *Duos separatim uti frui sinere damnatus heres communiter uti frui passus est: quaerebatur, an utriusque ex testamento teneretur. dixi teneri, si testator utrumque solidum habere uoluit: nam ipsius onus est, ut solidum singulis legatum praestaret: qua parte igitur alterum uti frui sineret heres, ea parte eum non sinere alterum uti frui, ideoque per aestimationem unicuique quod deest replere debet.*

⁸⁸ D. 8, 1, 20 (*Iav. 5 Ex post. Lab.*): *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 ueluti possessoria constituta sunt.*

la referencia "patiatur"), cuyo contenido se resume en una obligación de no hacer relativa a una servidumbre:

Potest etiam in testamento heredem suum quis damnare, ne altius aedes suas tollat, ne luminibus aedium vicinarum officiat, vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidia adversus eum habere, vel ut patiatur vicinum per fundum suum vel heredis ire agere aquamve ex eo ducere.

Este fragmento de las *res cottidianae* ratificaría la anterior doctrina de Gayo sobre la constitución del usufructo, pero en este caso, aplicada a las servidumbres. De acuerdo con la reconstrucción de Lenel⁸⁹, este fragmento seguiría a continuación de los textos de las *res cottidianae* referidos al usufructo.

El interés que la constitución del usufructo a través de los legados damnatorio y *sinendi modo* habría provocado en la jurisprudencia romana clásica puede advertirse en el siguiente texto de Ulpiano, D. 7, 1, 25, 7 (Ulp. 18 Sab.):

Quod autem diximus ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens iure legati usus fructus sit constitutus, an et si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcumque modum, videndum. Et vera est Pegasi sententia, quam et Iulianus libro sexto decimo secutus est, omni fructuario adquiri.

Lo que anteriormente dijimos de que el usufructuario puede adquirir a partir de los bienes o por los servicios (del esclavo entregado en usufructo, del que se habla en fragmentos anteriores), ha de verse si se da únicamente en el caso de la constitución del usufructo por derecho de los legados o también cuando se ha constituido por *traditio*, *stipulatio* o cualquier otro modo. Y es verdadera la opinión de Pegaso, que es seguida por Juliano en su libro 16 (*dig.*), de que todo se adquiere para el

⁸⁹ LENEL, O. *PIC*, I, p. 257.

usufructuario.

Ulpiano se pregunta, en este texto, si el régimen al que se refiere en fragmentos anteriores, relativo al usufructo constituido conforme al *ius civile* y mediante el legado —en este caso entendemos que legado vindicatorio—, sería aplicable a los casos de usufructo constituido *tuitione praetoris*, esto es mediante los legados damnatorio o *sinendi modo*, que en el texto se han sustituido por “*traditio*”, al igual que ocurría en el caso de D. 7, 4, 1 pr., perteneciente al mismo comentario *ad Sabinum* de Ulpiano, pero al libro 17, en comparación con Frag. Vat. 61, y en el que se habla de “*tradius usus fructus*”⁹⁰—. La misma pregunta se hace en cuanto al usufructo constituido a través de *stipulatio*, lo que nos parece que deba entenderse como constituido *pactionibus et stipulationibus*, aunque los compiladores sólo se hayan fijado en la *stipulatio* de ejercicio como subrogado de la *traditio*, al menos desde el punto de vista del titular del fundo sirviente, pues recordemos que se trata de un derecho y no es posible la *traditio possessionis*, al ser una cosa incorporal⁹¹.

⁹⁰ Para Frezza, los compiladores hablarían en general del usufructo “per traditionem constitutus” cuando se refieren al usufructo que no ha sido constituido de acuerdo con los modos del *ius civile* y concretamente, parecen referirse, al caso de constitución mediante legados con eficacia obligacional. Paolo FREZZA, *Appunti esegetici... cit.*, en *Scritti*, I, p. 302.

En cuanto a los textos de Frag. Vat. 61 y D. 7, 4, 1 pr., ambos de Ulpiano 17 *Sab.*, en estos ya se trataba el problema de cómo afectaba la *capitis deminutio* del usufructuario al usufructo y se llegaba a la conclusión de que, con independencia de donde (y cómo) se hubiera constituido el usufructo, en este supuesto se extinguía el derecho. Cfr. Giuseppe PROVERA, «Servitù prediali ed obbligazioni propter rem», en *Studi Edoardo Volterra*, II, p. 15 a 48, asimismo en:

<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/proveraseruitu.pdf> (p. 13 y 14)

⁹¹ Seguiría sustancialmente esta hipótesis Paolo FREZZA, P. *Appunti esegetici... cit.*, en *Scritti*, I, p. 301. GROSSO, G. *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, II, Turín, 1958, p. 370. KASER, M. *RPR*, I, p. 452, nt. 9. MANNINO, V. *La tolleranza dell'usus... cit.*, p. 44. Para Perozzi, este texto viene a refrendar que la sola *stipulatio* constituye el usufructo, PEROZZI, S. *Scritti giuridici... cit.*, p. 203.

En cualquier caso, creemos que para entender el fragmento debe de tenerse en cuenta las referencias a la *stipulatio* de ejercicio y al *usus servitutis* que encontramos en D. 8, 1, 20 (Iav. 5 *ex post. Lab.*), *vid.* el epígrafe 3.2.1 de este mismo capítulo.

Vid. FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 372. Considera que la mención de la *stipulatio* junto a la *traditio* supone un avance más en el reconocimiento de la *stipulatio* como acto constitutivo de un usufructo sobre esclavos, teniendo en cuenta que Gai. 2, 31 y D. 7, 1, 3 pr. (Gai. 2 *rer.cott.*) únicamente hablan de fundos.

La respuesta de Ulpiano al respecto es clara, con independencia de cómo haya sido constituido el usufructo, el resultado es el mismo, opinión que sustenta en Pegaso y en Juliano, quien se habría adherido a la opinión del jurista proculeyano. De lo que se extraería que los principios relativos al usufructo del *ius civile* serían de aplicación en aquellos casos en los que los modos de constitución del *ius civile*, ya sea a través de actos *inter vivos* o *mortis causa*, no resultaran aplicables, por ejemplo por tratarse de la constitución del usufructo en provincias, o bien por no disponer del *dominium ex iure Quiritium* sobre la cosa entregada en usufructo, caso que se disponga del *in bonis habere*, la *bonae fidei possessio* o la propiedad de los peregrinos⁹².

⁹² Cabe destacar la interpretación que realiza de este texto ANKUM, H. *Quelques remarques sur le fideicommissum d'un usufruit légué... cit.*, p. 133 a 158. Este autor ofrece una interpretación alternativa a las dos posturas tradicionales ofrecidas por la doctrina al estudiar este fragmento. De acuerdo con estas dos posturas, la primera —mantenida por Perozzi, Krüger ó Solazzi— considera la parte final del texto interpolada, pues, en su formato originario, el texto debió hacer referencia a la *mancipatio* y a la *in iure cessio*, en lugar de a la *traditio* y a la *stipulatio*; para la segunda postura, en el texto, Ulpiano estaba realizando una comparación entre el usufructo constituido *iure civili* (*legatum per vindicationem*) y la constitución del usufructo sobre los fundos provinciales *pactionibus et stipulationibus* —Kaser y Grosso; este último autor ofrecería, según Ankum, tres soluciones posibles a la interpretación de este texto de Ulpiano en su monografía sobre el usufructo (*vid.* p. 135 y ss. del artículo del profesor holandés).

Según Ankum, en este texto de Ulpiano, se escondería un caso de fideicomiso de usufructo legado *per vindicationem*, aunque el texto ha sido oportunamente alterado por los compiladores, con la finalidad de extender, a la totalidad de modos constitutivos del usufructo en época justiniana, la regla que permite diferenciar los frutos que adquiere el *servus fructuarius* para su dueño, de los que adquiere para el usufructuario. El problema del que se ocuparía Ulpiano, en este fragmento, en el que además se refleja que sobre esta cuestión ya habrían reflexionado Pegaso y Juliano, estaría relacionado con la posibilidad de aplicar la regla relativa a la adquisición por parte del usufructuario, a través del *servus fructuarius ex re fructuarii et ex operis*, al fideicomisario, partiendo de que la posición de éste último estaría tutelada por el pretor, ya que el usufructo no sería transmisible *mortis causa* o *inter vivos*, y en lugar de la aplicación de esta regla a favor del legatario-fiduciario, quien dispondría del derecho en sí. De acuerdo con Ulpiano, la adquisición de los frutos tiene lugar a favor del fideicomisario, merced a la intervención pretoria (p. 143).

Para Ankum, la referencia a la *traditio* en el texto no sería obra de los compiladores. Ulpiano sí se habría referido a la *traditio* de las cosas sobre las que recae el usufructo al fideicomisario. En cuanto a la posibilidad de que Ulpiano se hubiera referido a la *traditio* de la *quasi possessio* del usufructo, Ankum se muestra cercano a la opinión de Pugliese (voz «Usufrutto», en *NNDI*, XX, Turín, 1975, p. 375), de acuerdo con la cual, existirían textos en el Digesto que, a pesar de contener “spunti classici” (como sería el caso de este texto de Ulpiano), cuando se refieren a la *traditio* están recogiendo, más bien, el derecho justiniano (p. 155 y ss.). La referencia a la *stipulatio* (“*vel stipulationem*”) la considera clásica, pero la atribuye a una *stipulatio* realizada por el fideicomisario a favor del fiduciario, en virtud de la

Regresando al fragmento de Gayo de D. 7, 1, 3 pr., nos parece que éste puede entenderse en el sentido de que Gayo, al igual que hace en su comentario segundo de las *institutiones*, estaba comparando los modos de constitución del usufructo en suelo provincial e itálico y que, concretamente, centraba su interés en el uso de los legados. Es posible, aunque no seguro, que el texto incluyera la referencia al legado vindicatorio, excluyendo su aplicación en el caso de los fundos provinciales. Los compiladores debieron conservar del fragmento gayano, mucho más extenso en sus orígenes, las referencias únicamente a los legados *per damnationem* y, especialmente, al legado *sinendi modo*; pues en el derecho justiniano, para determinar la eficacia del legado se debe estar a la intención del testador y no a los *verba* utilizados, además de justificar el pleno reconocimiento, en época justiniana, de la *traditio* de las servidumbres y el usufructo.

La mención final del texto viene a recordar el uso de las *pactiones et stipulationes* en las provincias como modo de constitución *inter vivos* por excelencia – “*Et sine testamento autem si quis velit usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest*”—, lo que concuerda con lo que este jurista ya habría expuesto en sus *institutiones*. Los compiladores mantuvieron esta referencia, porque en época justiniana las *pactiones et stipulationes* eran el modo general de constitución *inter vivos* del usufructo y de las servidumbres. (I. 2, 3, 4 y 2, 4, 1).

Así pues, la mención a las *pactiones et stipulationes* del fragmento de

cual se promete el reembolso (por parte de los herederos del fideicomisario) de las cantidades que deba pagar el fiduciario-usufructuario a los herederos, como consecuencia de la *cautio usufructuaria* (p. 157).

En cualquier caso, la referencia a la *traditio* y a la *stipulatio*, aunque se considere que el texto haya podido ser manipulado por los compiladores con el objetivo de unificar el régimen de adquisición de los frutos en los diferentes modos de constitución del usufructo, es un claro reflejo de la evolución que ha tenido lugar en cuanto al reconocimiento de la *possessio iuris*, en el caso del usufructo.

Gayo de las *res cottidianae*, recogido en D. 7, 3, 1 pr., es clásica, pero hay que entenderla desde el contexto en el que Gayo redactó el fragmento: una comparación entre la constitución del usufructo conforme al *ius civile* en suelo itálico y su constitución sobre suelo provincial o incluso, sobre cualquier predio, *tuitione praetoris* y teniendo en cuenta que, en este fragmento, Gayo se ocupaba preferentemente de la constitución del usufructo a través de los legados.

3.1.2. Constitución de una servidumbre de acueducto en la división convencional de dos fundos comunes, D. 8, 3, 33 pr. (Afr. 9 quaest.)

Otro fragmento que recoge una mención expresa a *pactiones et stipulationes* y que, para algunos autores, sería propia del derecho clásico, lo hallamos en D. 8, 3, 33 pr. (Afr. 9 quaest.):

*Cum essent mihi et tibi fundi duo communes Titianus et Seianus et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret: recte esse servitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit.*⁹³

El texto de este fragmento pertenece a las *quaestiones* de Africano, un jurista cuya procedencia se encuentra en el ámbito provincial, como indicaría el *cognomen* por el que resulta conocido. Fue discípulo de Juliano y contemporáneo a Gayo. En cuanto a la época en la que aparecen las *quaestiones*, la mayor parte de la doctrina⁹⁴ la sitúa tras la aparición del

⁹³ BEHRENDTS O. *et al.*, *CIC*, II, p. 695.

⁹⁴ D'ORS, A. *Las Quaestiones de Africano*, Roma, 1997, p. 11. SEILER, H.H. voz «Africanus (Sextus Caecilius A.)», en *Juristen... cit.*, p. 19 y ss. RODRÍGUEZ ENNES, L. voz «Sexto Cecilio Africano», en *Juristas Universales*, p. 176 y ss.

*Edictum Perpetuum*⁹⁵ y antes de la muerte de Antonio Pío (161 d. C.)⁹⁶, aunque se trata de una cuestión de difícil solución, al igual que sucede con la autoría de la obra, atribuida, algunas veces, a Juliano.

Las *quaestiones*, tal y como indica su nombre, serían una obra de carácter casuístico, que se encontraría plenamente vinculada a la obra de Juliano, especialmente a sus *digesta*. A pesar de la adhesión que Africano muestra hacia la obra de su maestro, y como ha destacado reiteradamente la doctrina⁹⁷ que se ha ocupado del estudio de la figura y obra de Africano, no se trataría de una mera reiteración de la doctrina del maestro, sino que, en algunos casos, Africano aporta una aclaración o incluso rectifica a Juliano. Una de las cuestiones más problemáticas entorno a las *quaestiones* sería la relativa a su reconstrucción palingenética; los diversos intentos de reconstrucción de esta obra han partido, no sin pocas dificultades, del orden del edicto pretorio⁹⁸. Para d'Ors, Africano no parece seguir ningún orden sistemático en sus *quaestiones*; ahora bien, en determinados libros, puede darse una aproximación entre textos afines⁹⁹.

Centrándonos en el texto de D. 8, 3, 33 pr., en este caso se hace referencia a la constitución de una servidumbre de acueducto al realizarse la división de dos fundos comunes y finalizar la situación de copropiedad en que

⁹⁵ Cfr. D. 37, 5, 18 y 19 (Afr. 4 *quaest.*)

⁹⁶ En las *quaestiones* se echa en falta la cita de un rescripto de este emperador del que sí se hace eco Ulpiano en D. 30, 77 (5 *disp.*).

⁹⁷ WACKE, A. «D. 19, 2, 3: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt», en *Austieg und Niedergang*, II.15, 1976, p. 455 y ss. WIEACKER, F. «Juristen und Jurisprudenz im Prinzipat», en *SZ*, 94 (1977), p. 349. D'ORS, A. *Las Quaestiones... cit.*, especialmente su introducción, p. 9 a 22.

⁹⁸ Sería éste el caso de Lenel, cfr. LENEL, O. *PIC*, I, p. 2 a 36. Cuyacio partía de un orden totalmente diverso y tendía a observar las aproximaciones entre los textos por razones temáticas.

⁹⁹ D'ORS, A. *Las Quaestiones... cit.*, p. 16 y ss.

se encuentran. Así el texto expresaría que, siendo comunes los fundos Ticiano y Seyano, se conviene la disolución del régimen de copropiedad existente entre los comuneros, conforme a la cual cada comunero pasa a ser propietario de uno solo de los fundos. Al realizar esta división, los dos comuneros convienen la constitución de una servidumbre de acueducto a favor de cada uno de los predios resultantes de la división —es decir, cada predio es, al mismo tiempo, sirviente y dominante respecto del otro—. Africano entiende que la servidumbre se constituyó debidamente, sobre todo si al pacto se le añadió una *stipulatio*.

Este texto de Africano se recoge a continuación de otro texto del mismo jurista, en el que trata también un caso de copropiedad y constitución de una servidumbre de camino perteneciente al libro 6 de las *quaestiones* (D. 8, 3, 32¹⁰⁰). Asimismo, ambos fragmentos siguen a otros textos de Juliano, maestro de Africano, como sería el de D. 8, 3, 31 (Jul. 2 *ex Minicio*) —que cabe relacionar con D. 8, 3, 27 y 28, ambos pertenecientes a los libros 7 y 34 *digestorum* de Juliano, respectivamente— y de Paulo, discípulo de Africano, D. 8, 3, 29 y 30, fragmentos pertenecientes a los libros 2 y 4 *epitomae Alfeni digestorum*, respectivamente. Según d’Ors¹⁰¹, estos fragmentos constituyen una “serie Juliana” sobre las servidumbres rústicas, pues los casos plasmarían el pensamiento de Juliano, que es seguido y ampliado por Africano y Paulo. Todos ellos estarían tratando casos muy parecidos. Concretamente y partiendo del caso de Africano que nos ocupa, se estaría estudiando la constitución de

¹⁰⁰ D. 8, 3, 32 (Afr. 6 *quaest.*): *Fundus mihi tecum communis est: partem tuam mihi tradidisti et ad eundem viam per vicinum tuum proprium. Recte eo modo servitutem constitutam ait neque quod dici soleat per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse isto casu locum habere: hic enim non per partem servitutem adquiri, ut pote cum in id tempus adquiratur, quo proprius meus fundus futurus sit.*

Lo mismo puede apreciarse en la parte final de D. 8, 4, 6, 1 (Ulp. 28 *Sab.*): *Si quis partem aedium tradet vel partem fundi, non potest servitutem imponere, quia per partes servitus imponi non potest, sed nec adquiri. Plane si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus. Quod et in aedibus potest dici, si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas dividerit, ut plerique faciunt: nam et hic pro duabus domibus accipi debet.*

¹⁰¹ D’ORS, A. *Las Quaestiones... cit.*, p.429.

servidumbres en relación con supuestos de copropiedad, así como la extinción de la servidumbre al reunirse la propiedad del fundo sirviente y del dominante en la misma persona. Lenel¹⁰² sitúa este texto, al reconstruir el libro 9 de las *quaestiones*, a continuación de otro relativo a la *cautio damni infecti* (recogido en D. 39, 2, 44 Afr. 48 *ad ed.*), siguiendo el orden del edicto del Pretor.

En el fragmento que nos ocupa en este epígrafe, los copropietarios deciden dividir la cosa común, es decir los fundos Ticiano y Seyano, de modo que cada copropietario tenga la propiedad sobre uno de ellos —“*in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet*”—. Además, la situación de los fundos sería tal que permitiría, una vez disuelto el régimen de copropiedad, la constitución de una servidumbre de acueducto respecto de cada fundo—“*in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret*”—. Se nos ocurre la posibilidad de que, estando vigente el régimen de copropiedad, se hubiera construido algún tipo de canalización común entre los fundos, para facilitar la obtención y conducción de las aguas y asegurar, de este modo, la óptima explotación de estos, de ahí que, al realizar la división, los comuneros tengan interés en que se constituya una servidumbre de acueducto para asegurar que ambos predios puedan seguir utilizando esta canalización.

La división de la cosa común, en el derecho romano, habría tenido lugar generalmente —además de en los casos en que la copropiedad derivaba de la *hereditas* o de la *societas*—, ya desde los inicios del s. III a. C., a partir de la *lex Licinnia*, a través de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* y, posteriormente, en el proceso formulario, a través de la *actio communi dividundo*, en cuya fórmula se incorporaba la *adiudicatio*, a partir de la cual el juez privado realizaba la división de la cosa común. Asimismo, el juez podía establecer, en el caso de la división de un/unos inmueble/s común/es, las servidumbres oportunas entre estos.

¹⁰² LENEL, O. *PIC*, I, p. 32. No obstante, han de tenerse en cuenta las dificultades de reconstrucción que entrañan las *quaestiones* de Africano (*supra*).

Frente a este tipo de división, que tenía lugar en sede procesal, también existía la división convencional de la cosa común, que no venía configurada como un negocio típico, sino que tenía lugar como consecuencia de la realización de determinados actos encaminados todos ellos a la consecución de la división. De acuerdo con Talamanca¹⁰³, la división convencional, que raramente aparece recogida en las fuentes romanas, habría sido de tal complejidad que los copropietarios casi siempre habrían preferido recurrir a la división judicial.

En la *quaestio* planteada por Africano, la división de la cosa común tendría lugar, no como consecuencia de un juicio divisorio, sino que se trataría de un caso de división convencional. Como decíamos, la división se produciría a raíz de una concatenación de actos: "*invicem partes eorum tradidimus*". A partir de estos actos encaminados a la división, además, se constituyen dos servidumbres de acueducto: "*et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret*". Es decir, cada fundo se convierte a su vez en dominante y sirviente respecto del otro.

El acto que se realiza para la división de los fundos y la constitución de la servidumbre de acueducto, de acuerdo con el texto, sería la *traditio* —*tradidimus, in tradendo...*—. Generalmente la referencia que se hace a la *traditio* se ha entendido como un caso claro de interpolación¹⁰⁴, de modo que, seguramente, en el texto original de Africano, debió tratarse de una *mancipatio*, o incluso podría pensarse en una *in iure cessio* (cfr. "*tibi Seianus cederet*"), pues en su época eran estos los actos necesarios para poder

¹⁰³ TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 412 y ss. En el mismo sentido, GUARINO, A. *Diritto privato romano... cit.*, p. 481 y 482.

¹⁰⁴ En esta línea, KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut... cit.*, p. 9 y ss. PEROZZI, S. *Scritti giuridici... cit.*, p. 201, en relación con el texto que estudiaremos en el siguiente epígrafe, D. 8, 3, 33, 1 (Afr. 9 *quaest.*). SOLAZZI, S. *Requisiti... cit.*, p. 118 y ss. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 223 y 264. D'ORS, A. *Las Quaestiones... cit.*, p. 429.

transmitir la propiedad sobre un fundo —en este caso, para que se produzca la recíproca transmisión de las cuotas de propiedad— y, en consecuencia, poder imponer una servidumbre a través de *deductio*. La expresión “*dictum est*” precisamente se referiría a la *deductio servitutis* a través de la *lex* al realizar el acto legítimo correspondiente (*mancipatio* o *in iure cessio*).

Sin embargo, y a pesar de la discusión acerca de la mención a la *traditio*, lo que realmente ha de captar nuestra atención es la parte final del texto, en la que se destaca que la servidumbre habría quedado correctamente constituida *maxime* si al pacto se le hubiera añadido o le hubiera seguido una *stipulatio* —“*recte esse servitutum impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit*”. Esta parte final, en conjunción con la mención a la *traditio*, para la mayor parte de la doctrina, permitiría ver claramente cuáles habrían sido las modificaciones efectuadas por parte de los compiladores sobre el texto original de Africano.

En este sentido, Biondi¹⁰⁵ entendía que el fragmento final del texto al que nos referimos se correspondería con la “glossa di un pedante maestro, il quale, per maggiore sicurezza, suggerisce che la convenzione sia rivestita della *stipulatio*, in guisa que la servitù risulti costituita dal generale modo di costituzione, che é la *pactio et stipulatio*, piuttosto che da semplice riserva”.

En un sentido similar, d'Ors¹⁰⁶ considera que la parte final del texto —“*maxime si pacto stipulatio subdita sit*”— debió ser añadida por los compiladores, ya que, al modificar la referencia a la *mancipatio*, caería el efecto de la *lex mancipationis* de constitución de la servidumbre, de modo que, para asegurar la constitución de este derecho, añadieron la referencia final acerca del pacto y de la *stipulatio*, pues en época justiniana la constitución *inter vivos* de las servidumbres tiene lugar *pactionibus et stipulationibus*. Se trataría, en

¹⁰⁵ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 223.

¹⁰⁶ D'ORS, A. *Las Quaestiones... cit.*, p. 429 y 430.

definitiva, de la sustitución de la *deductio servitutis*, a través de una *lex mancipio dicta*, por las *pactiones et stipulationes*, que es el nuevo modo de constituir las servidumbres en época justiniana. Es más, recordando a Grosso¹⁰⁷, asevera d'Ors que ni Juliano ni Africano pudieron interesarse por este modo de constitución de las servidumbres propio del mundo provincial. Así pues, la referencia "*recte esse servitutem imposita ait*" no tiene relación alguna con la parte final relativa a la conveniencia de añadir una *stipulatio*, sino a las dudas que podría generar la constitución de la servidumbre a través de la *mancipatio*, en este supuesto de copropiedad, como consecuencia del principio de indivisibilidad de las servidumbres.

Grosso y d'Ors no se fijarían tanto en la naturaleza de cosa incorporal de las servidumbres, como en el hecho de que, al realizarse la división de la cosa común por un acuerdo, la transmisión de las cuotas de cada propietario habría tenido lugar a través de una *mancipatio* —y no una *traditio*— que, además, no se produce por la totalidad de cada fundo, sino por partes o cuotas ideales y cabe recordar que no es posible constituir una servidumbre por partes¹⁰⁸. Ante este problema, Africano recoge la opinión de su maestro, Juliano (de ahí la forma verbal *ait*), quien entendía que a pesar de que la *mancipatio* se diera por cuotas ideales de cada fundo, igualmente podía entenderse deducida la servidumbre. Llama la atención, en todo caso, que tanto en este fragmento como en el de D. 8, 3, 32 (Afr. 6 *quaest.*), en el que Africano trata también de un caso de constitución por partes de una servidumbre, se refiera a la servidumbre como impuesta "*recte*". Para los compiladores, la solución de Juliano sería aceptable, pero les resultaba más fácil de entender si al pacto de

¹⁰⁷ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 107 y 227.

¹⁰⁸ En este sentido se pronuncia MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 322 y ss. La imposibilidad de constituir una servidumbre, en este caso, a través de *deductio*, justificaría que la constitución tuviera lugar a través de un acuerdo reforzado con una *stipulatio*. Esta autora parece aceptar la clasicidad de la parte final del texto e implícitamente defendería una constitución de la servidumbre *pactionibus et stipulationibus*: "Die Kombination eines *pactum* und einer *stipulatio* erinnert denn auch an die sogleich näher zu betrachtende Bestellungsform von Servituten in den Provinzen, wie sie uns von Gaius überliefert ist".

constitución de la servidumbre se le añadía la *stipulatio*, de ahí la referencia final: “la *deductio servitutis* mancipatoria habría sido sustituida por la nueva forma de constituir las servidumbres, procedente de la práctica provincial: *pactionibus et stipulationibus*. Ni Juliano ni Africano podían interesarse por este modo provincial de constituir las servidumbres”. Esta idea bien podría explicar la opinión de Biondi que hemos recogido anteriormente.

La explicación de d'Ors y de Grosso nos parece, a primera vista, impecable, pero, sin embargo, nos suscita algunas dudas. La división convencional de la copropiedad podría tener lugar, por regla general, como consecuencia de un permuta, donación o de una compraventa de las cuotas. Obviamente, la división tendría plenos efectos al realizarse la *mancipatio* o la *in iure cessio*, y siempre y cuando se tratara de la propiedad civil. En el caso que nos ocupa, además, no se trataría de la división en cuotas de un único fondo común que haga surgir dos fondos diferentes, sino que habría que tener en cuenta que en el caso ya existen dos fondos que constituyen entidades diferenciadas, por mucho que sean los mismos sujetos los que disponen de la propiedad sobre ellos. Por tanto, no nos parece que pueda hablarse de una constitución de una servidumbre por partes de un fondo, sino sobre dos fondos distintos. Teniendo en cuenta el carácter incorporeal de las servidumbres y la práctica de realizar *stipulationes* de ejercicio, no sólo en ámbito provincial, como subrogado de la *traditio possessionis* (cfr. D. 8, 1, 20 Iav. 5 *ex post. Lab.* ó D. 19, 1, 3, 2 Pomp. 9 *Sab.*¹⁰⁹) nos surge el interrogante de si, en realidad, la parte final de este fragmento de Africano no estuviera haciendo referencia a la conveniencia de que los comuneros concluyeran *stipulationes* de ejercicio para asegurarse el pleno disfrute de la servidumbre, que se constituiría, en su caso, a través de la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Es más, cabría preguntarse cómo tendría lugar la constitución de la servidumbre, en un supuesto similar a este de Africano, de no ser posible la realización de una *mancipatio* o una *in iure*

¹⁰⁹ *Vid.* más adelante, el epígrafe 3.2.1.

cessio, al tratarse del *in bonis habere*, la posesión de buena fe o la propiedad provincial y, sobre todo, partiendo de la progresiva decadencia de estos actos formales. Incluso sería posible pensar que la referencia a la *traditio* en el texto fuera genuina y que, en este caso, nunca se hubiera realizado una *mancipatio* o *in iure cessio*, de modo que hubiera tenido lugar una constitución no formal de la servidumbre¹¹⁰. Por todo ello, nos parece que no se puede descartar tan a la ligera la clasicidad de la parte final del fragmento¹¹¹.

3.1.3. La cesión del "haustus ex rivo" en D. 8, 3, 33, 1 (Afr. 9 quaest.)

Otro texto perteneciente a Africano, en el que tradicionalmente la doctrina ha considerado que se realiza una mención expresa a las *pactiones et stipulationes*, sería el que sigue al anteriormente comentado: D. 8, 3, 33, 1 (Afr. 9 quaest.). Nos encontramos, por tanto, ante otro texto del mismo jurista y perteneciente a la misma obra y que seguiría, así pues, la línea de los casos que le preceden en el Digesto pertenecientes a Juliano, Africano y Paulo:

Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuius neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest.

Conduces el agua (en virtud de una servidumbre de acueducto) a través de fincas pertenecientes a diversos propietarios, con independencia de cómo se constituyera la servidumbre: si no se hubiera añadido un pacto o una *stipulatio* al respecto, no podrás ceder agua del río a

¹¹⁰ Similarmente, MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 323. FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 364.

¹¹¹ Krüger ya recoge referencias a autores, como Girard, que parten, en este fragmento, de la constitución de la servidumbre mediante un acuerdo libre de forma, la mención al pacto confirmaría el uso de "*in tradendo dictum*". KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut... cit.*, nt. 8 p. 9.

ninguno de los otros dueños ni a cualquier otro vecino, pues a través de pacto o de *stipulatio* suele concederse esto, aunque ningún predio pueda servirse a sí mismo, ni puede constituirse usufructo de una servidumbre¹¹².

En este fragmento, *prima facie*, parece que se mencionarían las *pactiones et stipulationes* dos veces y además es de destacar que se utiliza una conjunción disyuntiva y no copulativa entre ambos términos: *vel*.

Del texto se deriva la existencia de una servidumbre de acueducto que afecta a diferentes fundos intermedios de diversos propietarios. El problema que se plantea sería la posibilidad de que estos fundos intermedios —fondos sirvientes—, así como aquellos vecinos del fundo dominante puedan beneficiarse de la servidumbre de la que goza únicamente dicho fundo, cuyo titular parecería ser la persona a la que se dirige Africano, como se infiere del uso de los diferentes tiempos verbales en la segunda persona del singular —*ducis, poteris*.

Frezza¹¹³ plantea, con bastante coherencia, el posible contenido de la *quaestio* de Africano: Ticio constituye sobre el fundo de Cayo una servidumbre de acueducto, a favor del fundo del que es propietario. El canal conductor del agua atraviesa, sin embargo, otros fundos intermedios entre los predios de Ticio y de Cayo. Los propietarios de los fundos intermedios solicitan a Ticio la posibilidad de extraer agua del canal que atraviesa sus fundos, probablemente a modo de compensación por la concesión del paso del canal. Ticio solicita al jurisconsulto cómo debe regularse esta situación y éste le responde advirtiéndole de la imposibilidad de la concesión del *haustus* conforme al *ius civile*, pero le sugiere posibles remedios para la consecución de esta misma finalidad.

¹¹² BEHRENDTS, O. *et al.*, *CIC*, II, p. 695 y 696.

¹¹³ FREZZA, P. *Appunti esegetici... cit.*, en *Scritti*, I, p. 287 y 288.

Así pues, de acuerdo con Africano, y siempre desde el punto de vista del *ius civile*, el propietario del fundo dominante no puede ceder la facultad de extraer agua —*haustus*— a los propietarios de los fundos intermedios gravados con la servidumbre, pues recordemos que, de acuerdo con el *ius civile* (*nemini res sua servit*), no sería posible constituir una servidumbre en la que el mismo predio fuera a la vez sirviente y dominante. Por otra parte, cabe recordar que la constitución de dicha servidumbre, en el *ius civile*, ha de tener lugar *ex capite*¹¹⁴, lo que no sucedería en este caso. Tampoco podría ceder el *haustus ex rivo* a terceros, pues las servidumbres, también conforme al *ius civile*, son concebidas como una *qualitas fundi*, motivo por el cual resultan inescindibles e inalienables respecto del fundo sobre el que se han constituido, de este modo, en el texto, no sería posible la concesión, así como no sería posible constituir un usufructo sobre la servidumbre —*usus fructus (servitus) servitutis esse non potest*¹¹⁵—, pues se excluye la posibilidad de que determinadas facultades inherentes al derecho de servidumbre fueran cedidas a terceros. De acuerdo con las reglas que regirían las servidumbres en el *ius civile* y según algunos autores¹¹⁶, se ha intentado reconstruir el texto de Africano de la siguiente forma (incorporamos entre paréntesis, aquellas partes del texto sobre las que no existe unanimidad de opiniones sobre si debían estar incluidas en el texto

¹¹⁴ D. 8, 3, 9 (Paul. 1 *sent.*): *Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest: hodie tamen ex quocumque loco constitui solet.*

La parte final del texto ("*hodie...solet.*") se reputa interpolada, *vid.* CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Le servitù d'acqua in diritto romano*, Milán, 1966, p. 13, nt. 29.

¹¹⁵ Sobre la vigencia y contenido de este principio, *vid.* PEROZZI, S. «Fructus servitutis esse non potest», en *BIDR*, 6 (1893) y en sus *Scritti giuridici... cit.*, II, p. 167 y ss. METRO, A. «Fructus servitutis esse non potest?», en *Iura*, 23 (1972), p. 104 a 114. Para este último autor, la referencia "*neque servitutis fructus constitui potest*" en el texto de Africano nada tendría que ver con este principio que parece desprenderse de D. 33, 2, 1 (Paul. 3 *Sab.*), sino que más bien indicaría la imposibilidad de obtener una ventaja económica personal de la servidumbre, lo que sería contrario a la *utilitas* objetiva (*vid.* p. 108 y 109). Este autor, además, pone en tela de juicio las teorías de Perozzi sobre la existencia en época clásica de dicho principio y la reconstrucción que de él realiza como "*fructus servitutis esse non potest*".

¹¹⁶ LENEL, O., *PIC*, I, § 112, p. 32, nt. 4. PEROZZI, S. *Scritti giuridici... cit.*, II, p. 183 y ss., 201 y 202. SOLAZZI, S. *Requisiti... cit.*, p. 121, *vid.* especialmente la nt. 40.

original de Africano):

*Per plurium praedia aquam ducis (quoquo modo)¹¹⁷
imposita servitute: neque eorum cuius neque alii vicino
poteris haustum ex rivo cedere: (pacto enim vel
stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet) quia
nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis
fructus constitui potest.*

La vigencia de estos principios, propios de la servidumbre civil a los que se alude en el texto, de acuerdo con algunos autores¹¹⁸, se habrían relajado considerablemente en el derecho justiniano, motivo por el cual se habría introducido, en el fragmento de las *quaestiones* de Africano, las referencias al pacto y a la *stipulatio*; teniendo en cuenta, además, que las *pactiones et stipulationes* eran el modo de constitución *inter vivos* característico de esta época. Así, como expresa Krüger¹¹⁹, el texto intentaría diferenciar reglas y excepciones a éstas, excepciones que, en cualquier caso y de acuerdo con el autor alemán, no serían clásicas.

En consonancia con esta última opinión, el texto original de Africano no debió recoger tal referencia a las *pactiones et stipulationes*, sino que debió recordar la imposibilidad de ceder el uso de una servidumbre a otros predios que no fueran el dominante, así como la imposibilidad de que el mismo predio sirviente hiciera uso de la servidumbre. Resulta curioso, sin embargo, que los

¹¹⁷ "Quoquo modo" es mantenido por Perozzi en su reconstrucción, *vid. sus Scritti... cit.*, II, p. 183 *in fine*. La frase plantea más dudas a Riccobono, *Dies e condicio... cit.*, p. 353. Por su parte, Lenel considera que el texto original debió indicar "civilis modo", *PIC*, I, p. 32. Para Frezza, esta referencia en abstracto a los modos de constitución de las servidumbres en el *ius civile* "civilis modo" resulta poco verosímil en un jurista clásico, *vid. Appunti esegetici... cit.*, en sus *Scritti... cit.*, I, p. 287, nt.19. Más recientemente, FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und drittwirkungen... cit.*, p. 361 considera injustificada la sospecha de interpolación sobre este punto.

¹¹⁸ En este sentido, PEROZZI, S. *Scritti ... cit.*, II, p. 188 a 196, 201 y 202. CARCATERRA, A. *Il possesso dei diritti nel diritto romano*, Milán, 1942, p. 120 y ss. SOLAZZI, S. *Requisiti... cit.*, p. 121 (con algunos matices), D'ORS, A. *Las Quaestiones... cit.*, p. 430 y 431.

¹¹⁹ KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut... cit.*, p. 11 y ss.

compiladores sigan haciendo hincapié en estos principios, pese a matizarlos al hablar de *pactiones et stipulationes —pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest—* e incluso en una época en que la vigencia de dichos principios, como decíamos, parece haberse relajado.

Sin embargo, nos parece que el texto de Africano debió tratar una cuestión de mayor complejidad que la única referencia al régimen de las servidumbres en el *ius civile*, como entienden Perozzi o Solazzi, quienes sólo se fijan en aquellos puntos que hacen alusión al *ius civile*, pero no advierten que la cuestión planteada por Africano podría tener implicaciones desde el punto de vista del *ius honorarium*, implicaciones que ayudarían a explicar el camino que sigue esta institución desde el riguroso régimen del *ius civile* hasta el pleno relajamiento de algunos principios básicos en materia de servidumbres en época justiniana, relajamiento en virtud del cual se suele considerar el texto interpolado.

Para otros autores, como sería el caso de Riccobono¹²⁰, Maschi¹²¹ o Frezza¹²², el texto de Africano incluiría una clara referencia clásica a las *pactiones et stipulationes*, a través de las cuales sí podría cederse el *haustus ex rivo* al titular del predio sirviente e incluso a terceros. Así, el derecho pretorio permitiría a los particulares la consecución de las más diversas finalidades, imposibles desde la perspectiva del *ius civile*. Las interpolaciones efectuadas sobre este texto no permitirían observar tan fielmente como en el texto originario la contraposición entre las servidumbres constituidas *iure civile* y conforme al derecho pretorio. De acuerdo con la postura de estos autores, parecería que las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* no

¹²⁰ PEROZZI, S. *Scritti giuridici... cit.*, II, p. 352 y ss.

¹²¹ MASCHI, C. A. *Contributi... cit.*, p. 314 y ss.

¹²² FREZZA, P. *Appunti esegetici... cit.*, en *Scritti*, I, p. 286 y ss.

estarían sujetas a principios como el de *nemini res sua servit o fructus servitus esse non potest*.

Desde la época de Labeón existen opiniones encontradas, en la jurisprudencia, en cuanto a la posibilidad de ceder a terceros el agua en el *aquaeductus*:

D. 8, 3, 24 (Pomp. 33 Sab): *Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est.*

Escribe Labeón, que puedo ceder agua de mi acueducto a cualquier vecino: por contra, Próculo considera que no se puede llevar agua a otra parte de mi fundo, que no sea aquella a favor de la cual se adquirió la servidumbre. La opinión de Próculo es más verdadera¹²³.

Este texto de Pomponio parece expresar las diferentes opiniones que, ante la cuestión de la cesión del agua a terceros, en materia de servidumbre de *aquaeductus*, muestran Labeón y Próculo.

Labeón, uno de los juristas más destacados de la época de Augusto, considera que es posible ceder el agua del acueducto —en el texto se habla de “*commodare*”, si bien se entiende que Labeón debió hablar, en general, de una cesión gratuita del agua al vecino, pues no existe, obviamente, la obligación por parte de éste de restituir el agua pasado cierto tiempo¹²⁴. Próculo, discípulo de Labeón, entiende todo lo contrario al maestro y argumenta su opinión

¹²³ BEHRENDTS, O. *et al.*, *CIC*, II, p. 693.

¹²⁴ En este sentido, FERRINI, C. «Storia e teoria del contratto di comodato», en *Archivio Giuridico*, 52 y 53 (1894) y en sus *Opere*, III, Milán, 1929, p. 142 y ss. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 147. CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua... cit.*, p. 160. MÖLLER, C. «Servituten im römischen Recht», en *Sachsen im Spiegel des Rechts*, Köln-Weimer-Wien, 2001, p. 130, nt. 14 y en *Die Servituten... cit.*, p. 267.

basándose en el hecho de que no es posible llevar el agua a otra parte del fundo, diferente de aquella a favor de la cual se constituyó la servidumbre. Pomponio, jurista de la etapa clásica alta que recuerda las diferentes opiniones de Labeón y Próculo en este texto, se muestra conforme con la opinión de Próculo.

Para Capogrossi¹²⁵, a lo largo del s. I a. C. convivirían aún la servidumbre *aquae ductus*, entendida como el derecho de extracción y conducción de agua, con una concepción más antigua representada por la propiedad del *fons* en conjunción con la servidumbre *iter aquae*. La opinión de Labeón, que podemos apreciar en este texto, se correspondería con esa concepción más antigua o conservadora¹²⁶. De acuerdo con este autor, el propietario del *fons* debía gozar de unas facultades en relación con el agua mucho más amplias que las que, posteriormente, tendría el titular de una servidumbre de acueducto, de modo que podría disponer del agua del *fons* como considerase oportuno. Asimismo, se debe tener en cuenta que el *iter aquae* tenía la función de conectar el manantial con un fundo del mismo propietario, facilitando a éste el ejercicio de su derecho de propiedad sobre el agua. La *utilitas* que representa la servidumbre de acueducto sería totalmente diversa a la del *iter aquae*, punto del que parte Próculo para fundamentar su opinión, pues en su época debía encontrarse muy consolidada la concepción de la servidumbre de acueducto como derecho de toma y conducción del agua. Para el profesor italiano debe tenerse en cuenta que en el texto y en cuanto a la opinión de Próculo: “non si dice infatti che l'acqua non può essere portata in un fundo diverso da quello dominante, si afferma invece che essa non può essere condotta in un'altra parte di questo stesso fondo”¹²⁷. Si Próculo hubiera querido expresar, en el

¹²⁵ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua... cit.*, p. 149 y ss.

¹²⁶ En este sentido también se pronuncia GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 98 y ss.

¹²⁷ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua... cit.*, p. 164.

texto, que necesariamente el agua del acueducto debería quedar destinada exclusivamente a la obtención de una utilidad por parte del fundo dominante y no de otros fundos, no tiene demasiado sentido la mención “*per aliam partem*”, en vez de usar “*alium fundum*”, cuando “*aliam partem*” se refiere, en cualquier caso, al mismo fundo dominante. Esta idea determinaría que la servidumbre no se constituiría a favor de la totalidad del fundo dominante, sino únicamente a favor de una parte del fundo, que sería la que realmente obtiene una *utilitas*, lo que conllevaría una concepción más rigurosa de la *utilitas* en el caso de la servidumbre de acueducto¹²⁸.

Para Möller¹²⁹ la divergencia de opiniones entre Labeón y Próculo se explicaría a partir de una concepción de Labeón, en cuanto a la servidumbre del fragmento, entendida como la asignación de una utilidad natural, aquello que la naturaleza proporciona pertenecería a todos los hombres y, en consecuencia, no es posible prohibir su aprovechamiento a nadie; éste sería el caso del agua: “Der *usus* wird von Labeo in einem naturrechtlichen Sinne aufgefaßt. Labeo knüpft damit an das naturrechtlichen Verständnis der vorklassischen Juristen und insbesondere von Quintus Mucius, dem Vollender der vorklassischen Jurisprudenz (Konsul 95 v. Chr., ermordet 82 v. Chr.), an, die den *usus* als naturrechtliche Grundlage der Servituten ansahen”. Mientras que la opinión de Próculo comporta la interpretación del *usus* como base factual de la servidumbre, que únicamente justificaría su aprovechamiento por parte de los dos predios entre los que se constituye la servidumbre, no siendo posible autorizar el aprovechamiento más allá de estos. Al tener la servidumbre una base legal que justifica el uso/aprovechamiento del predio del vecino, se produce la limitación en la propiedad del vecino, por lo que una interpretación

¹²⁸ Según este autor, sería la glosa la que interpretaría la opinión de Próculo en el siguiente sentido: *Pone quod constitui certae parti fundi mei praedictam servitatem (scil. Aquae ducendae). Nunquid ad aliam partem fundi mei passim ducere? Et respon. Quod non: ergo multo fortius nec alii concedere possim.* CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua... cit.*, p. 165, nt. 270.

¹²⁹ MÖLLER, C. *Servituten im römischen Recht... cit.*, p. 131 y en *Die Servituten... cit.*, p. 268 y ss.

que permitiera ampliar la esfera de predios que pudieran beneficiarse de la servidumbre no sería posible.

Si se acepta que el texto original de Pomponio debió expresar “*duci*”, en lugar de “*uti*”, como defiende Mommsen, más bien parece que Próculo estaría subrayando que la servidumbre de acueducto se constituiría, no a favor de la totalidad del fundo dominante, si no a favor de una determinada parte de éste y únicamente sería esta parte del fundo la que obtendría una utilidad, de modo que el agua no podría ser conducida a otra parte diferente del mismo fundo dominante; todo lo contrario a lo que defendería Labeón, como puede extraerse, a título de ejemplo, de D. 43, 20, 1, 16 (Ulp. 70 *ad ed.*)¹³⁰. Parecería, así pues, que Próculo niega la posibilidad de modificar la conducción del agua, respecto de los términos conforme a los cuales se constituyó la servidumbre de acueducto, pero nada expresa acerca de si el agua que obtiene el fundo dominante se puede ceder a un tercero, una vez el agua llega al fundo dominante regularmente, a través del acueducto¹³¹. La misma idea de que la servidumbre de acueducto no se adquiere para la totalidad del fundo dominante, sería la que reflejarían D. 8, 3, 22 y 8, 4, 11, pertenecientes al libro 33 *ad Sabinum* de Pomponio, fragmentos entre los que Lenel ubica el texto que nos ocupa en la reconstrucción palingenética de la mencionada obra de Pomponio¹³².

Resulta cuando menos curioso que Pomponio recuerde esta disparidad de opiniones que arrancarían de las primeras décadas del Principado, cuando se

¹³⁰ D. 43, 20, 1, 16 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Illud Labeo dicit omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, eiusdem numero esse. Ergo et si forte actor confinem agrum emerit et ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, postea fundi empti nomine velit aquam ducere, ita demum eum recte hoc interdicto (ut de itinere actuque) uti putant, ut semel in suum ingressus inde egredi qua velit possit, nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit.*

¹³¹En este sentido, BARTOLO, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Turín, 1574, p. 188.

¹³² LENEL, O. *PIC*, II, § 787-788, p. 144 y 145.

supone que, en su época, debía encontrarse plenamente reconocida la servidumbre de *aquaeductus* como derecho de toma y conducción del agua. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la obra de la que se extrajo este fragmento sería un comentario al *ius civile*, con lo cual, probablemente Pomponio, al recordar esta disparidad de opiniones, intentaría explicar cómo la opinión de Próculo sería la que marcaría la doctrina jurisprudencial posterior, relativa a la naturaleza de la servidumbre de acueducto.

Capogrossi¹³³ ha subrayado, en algunas ocasiones, a través del estudio de documentos epigráficos, la separación existente entre la práctica negocial y la doctrina jurisprudencial, sobre todo en relación con las más antiguas figuras de las servidumbres rústicas. Cabría plantearse la posibilidad de que, debido a las necesidades y exigencias que fueran surgiendo en la vida cotidiana, la cesión del agua a terceros hubiera constituido una práctica del todo habitual, por parte del titular del predio dominante, pese a que la construcción jurisprudencial de la servidumbre de acueducto discurriera en un sentido contrario. Así, por ejemplo, puede pensarse que las enormes dificultades de acceso al agua en algunos territorios hubieran justificado, en la práctica, la cesión del agua a las fincas vecinas. La supuesta modulación de algunos de los principios o reglas propios del *ius civile* en relación con las servidumbres, que tendría lugar en el Derecho justiniano, no haría más que otorgar pleno reconocimiento a prácticas que se venían aplicando desde hacía largo tiempo.

Regresando al fragmento de Africano y como expresábamos anteriormente, nos parece que el texto, en su redacción original, no se limitaba a recordar la imposibilidad de constituir, en este caso, una servidumbre conforme al *ius civile* o a la imposibilidad de ceder el contenido de la

¹³³ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua... cit.*, p. 188. *La struttura della proprietà... cit.*, II, p. 208 y ss, nt. 24. Sobre estas prácticas negociales, vid. PEROZZI, S. *Scritti... cit.*, I, p. 191 y ss.

servidumbre a un tercero. Como bien expresaba Riccobono¹³⁴, el texto no debió referirse únicamente al *ius civile*, sino que tendría mayores implicaciones y, además, permite apreciar el intento del jurista por dar una respuesta eminentemente práctica a la controversia que se le plantea. A su vez, sería bastante sospechoso que los compiladores hubieran incluido por duplicado una supuesta mención a las *pactiones et stipulationes*, justificándose en la plena vigencia de este modo de constitución en el derecho justiniano¹³⁵.

El planteamiento de Frezza¹³⁶, sobre el posible contenido de la *quaestio* planteada a Africano, al que nos referíamos al inicio de este epígrafe, nos parece que no puede ser más acertado: al constituirse la servidumbre de acueducto sobre los fundos intermedios, los titulares de estos podrían haber exigido al titular del fundo dominante la posibilidad de extraer agua del acueducto como compensación por el paso de la canalización de agua sobre sus fundos. Ante esta exigencia, el titular del fundo dominante le plantea al jurista cómo debe regularse esta situación.

El jurista responde que no sería posible, en estos casos, la constitución de una servidumbre, por los motivos que ya hemos expuesto anteriormente: "*quia nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest*". Y no sería posible "*quoquo modo imposita servitutis*", es decir, con independencia del modo a través del cual se hubiera constituido la

¹³⁴ RICCOBONO, S. *Dies e condicio... cit.*, p. 353.

¹³⁵ LENEL, O., *PIC*, I, p. 32, parece considerar clásica la mención final a los pactos y estipulaciones, lo que daría a entender que el texto recogía, una vez más, la contraposición entre la solución que ofrecía en el caso concreto la aplicación del *ius civile*, y la solución del derecho pretorio. Así, en un intento por reconstruir el texto original, Lenel presume la posibilidad de que el texto hubiera indicado: "*poteris haustum ex rivo mancipare vel in iure cedere*".

En el mismo sentido, RICCOBONO, S. *Dies e condicio... cit.*, p. 352 y ss. MASCHI, C.A. *Contributi... cit.*, p. 314 y ss. FREZZA, P. *Appunti esegetici... cit.*, en *Scritti*, I, p. 286 y ss.

¹³⁶ FREZZA, P. *Appunti esegetici... cit.*, en *Scritti*, I, p. 287 y 288.

servidumbre, ya fuera a través de los modos propios del *ius civile* o del derecho pretorio.

Nos parece que la mención "*quoquo modo imposita servitutis*" ha de entenderse clásica, pues menciones similares pueden encontrarse en diferentes textos jurisprudenciales, así por ejemplo, y sin pretender ser exhaustivos, en D. 7, 1, 25, 7 (Ulp. 18 *Sab.*) se habla de "*alium quemcumque modum*" o en D. 8, 2, 20, 5 (Paul. 15 *Ad Sab.*), de "*Stillicidium quoquo modo acquisitum sit*". Tampoco tendría mayor sentido que se hubiera indicado "*civili modo*" y que, posteriormente, los compiladores hubieran modificado este extremo, como defienden Lenel¹³⁷ o Krüger¹³⁸. No tendría sentido que Africano hiciera una referencia general a los modos de constitución de las servidumbres en el *ius civile*, a menos que se hiciera por contraposición con la constitución de estos derechos *iure pretorio*, lo que no ocurriría en este supuesto, pues sobre todo, cabe tener en cuenta que los mismos autores que defienden que "*quoquo modo*" es una interpolación y que el texto debió expresar "*civili modo*", por regla general, entienden además que las menciones a los pactos y *stipulationes* también serían justinianeas. Por tanto, "*civili modo*" no estaría introduciendo, en el texto de Africano, una comparación entre modos de constitución de las servidumbres en el *ius civile* y en el derecho pretorio. En el mismo sentido, a Frezza¹³⁹ no le parece demasiado verosímil un recuerdo tan abstracto a los modos de constitución de las servidumbres en el *ius civile* en boca de un jurista clásico.

Si se acepta que la frase "*quoquo modo imposita servitute*" se refiere en general a los modos civiles y pretorios y que la mención es clásica, la idea que expresa Africano es que, en ningún caso, puede cederse el *haustus ex rivo* a

¹³⁷ LENEL, O. *PIC*, II, & 112.

¹³⁸ KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut*, p. 11, nt. 10.

¹³⁹ FREZZA, P. *Appunti esegetici... cit.*, en *Scritti*, I, p. 287 nt. 19.

través de la constitución de una servidumbre, ya se constituya ésta de acuerdo con el *ius civile* o según el derecho pretorio, pues la servidumbre civil y la servidumbre pretoria se construirían sobre las mismas reglas (*nemini res sua servit, servitus usufructus esse non potest*). Servidumbre pretoria y civil compartirían, sin duda alguna, algunos de sus principios configuradores. Que los compiladores incluyeran este fragmento de Africano en el Digesto implica, además, que la concesión del agua, en este caso y desde el punto de vista del derecho justiniano, tampoco tendría lugar a través de la constitución de una servidumbre, incluso cuando, en esta época, las servidumbres se constituirían *pactionibus et stipulationibus*. Se trataría, así pues, de principios inherentes a la naturaleza de las servidumbres, con independencia de su modo de constitución.

Africano, desde una visión eminentemente práctica del caso —como buen discípulo de Juliano—, una vez advierte que no es posible la constitución de una servidumbre, expresa que suele concederse la facultad de extraer agua a través de pactos o de *stipulationes* "*pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet*". Sería posible que, en la práctica comercial fuera habitual conceder el uso del agua a través de un pacto o de una *stipulatio*, es decir, a través de una relación obligatoria; de ahí que en el texto se utilice la conjunción disyuntiva "vel", en vez de la copulativa "et".

La mención a los pactos y *stipulationes* contenida en el texto no sería, por tanto, una mención a las *pactiones et stipulationes* constitutivas de servidumbres en un sentido estricto, si bien la concesión de la facultad de extraer agua del acueducto al titular del fundo sirviente o incluso a terceros hubiera sido mucho más sencilla, en el caso de la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, pues la propia naturaleza de este modo de constitución habría permitido a las partes incluir los acuerdos o *stipulationes* relativas a estas concesiones, en el momento de constituirse la servidumbre.

3.2. Casos en los que existiría una posible constitución de servidumbre *pactionibus et stipulationibus*.

3.2.1. La compraventa de servidumbre en D. 8, 1, 20 (Iav. 5 ex post Lab.)

El siguiente texto de Javoleno (ca. 49 – ca. 140 d. C.)¹⁴⁰, sobre la compraventa de servidumbre, recuerda la necesidad de prestar una caución para asegurar que el vendedor no hará nada que impida que usemos el derecho comprado:

D. 8, 1, 20 (Iav. 5 Ex post. Lab.): *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.*

Siempre que se comprase la servidumbre de *via* o cualquier otra servidumbre predial, según opina Labeón, debe garantizarse que no harás nada para impedir que yo use de ese derecho, ya que no es posible la entrega de su libre posesión. Yo opino que el uso de ese derecho equivale a la entrega de la posesión y que por ello se han establecido los interdictos cuasi posesorios (interdictos análogos a los posesorios)¹⁴¹.

Este texto forma parte de los *libri ex posterioribus Labeonis*, que constituiría una revisión o comentario a partir de la doctrina de Labeón, jurista fundador de la escuela proculeyana —por contra, Javoleno pertenece a la sabiniana—, de ahí que no sea extraño que, en el fragmento, Javoleno traiga a

¹⁴⁰ KUNKEL, W. *Die römischen Juristen... cit.*, p. 138 a 140. SEILER, H.H. voz «Iavolenus Priscus», en *Juristen... cit.*, p. 317 y 318. FUENTESECA, M. voz «Javoleno Prisco», en *Juristas universales... cit.*, p. 162 a 164.

¹⁴¹ BEHRENDTS, O. *et al.*, *CIC*, II, p. 669 y 670. LENEL, O., *PIC*, I, § 206, p. 309 y 310, el título del libro sería "De venditionibus et donationibus".

colación una opinión del jurista de inicios del Principado, a partir de la cual, va a perfilar su propio discurso. De acuerdo con esta opinión de Labeón, cuando tiene lugar la compraventa de la *via* o de cualquier otro derecho sobre un fundo, el vendedor debe prestar caución de que no hará nada que impida el uso del derecho comprado –el vendedor debe garantizar, por tanto, al comprador, el pleno ejercicio del derecho en cuestión. Esta opinión de Labeón se justifica en que no es posible la *traditio* de la *vacua possessio* del derecho que se compra, al ser consideradas las servidumbres *res incorporales*¹⁴².

La parte final del texto recoge la opinión de Javoleno, quien nos habla en primera persona “*Ego puto*”. La opinión de Javoleno parece ir más allá de la de Labeón, pues entiende el uso del derecho como equivalente a la misma *traditio possessionis* de éste y justifica su afirmación en el hecho de que, por ello, se conceden interdictos análogos a los posesorios (*interdicta veluti possessoria*).

El texto no se encuentra exento de polémica ni de la sospecha de posibles interpolaciones¹⁴³, entre las que destaca la presunta interpolación de la toda la parte final que refleja la opinión de Javoleno, desde “*Ego puto*” hasta

¹⁴² D. 8, 1, 14 pr. (Paul. 15 Sab.): *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.*

Gai. 2, 28: *res incorporales traditionem non recipere manifestum est.*

¹⁴³ En el inicio del texto se ha sospechado que la locución “*aut aliquid ius fundi*” se correspondería con una interpolación, lo que ya indicaría la sustitución de “*aliud*” por “*aliquid*”, cfr. ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale delle servitù... cit.*, nt. 99, p. 79. De modo que en la redacción original del texto, la opinión de Labeón se habría referido únicamente a la *via*, WINSCHIED, B. *Diritto delle Pandette... cit.*, p. 665. Con razón no le parece justificada esta presunta interpolación a Mannino, pues, si los compiladores hubieran extendido la opinión de Labeón a todas las servidumbres, no se entiende que hubieran mantenido la referencia a la *via* por separado, sino que habría sido más lógico que hubieran eliminado esta mención. MANNINO, V. *La tolleranza dell' usus servitutis... cit.*, p. 19. En cualquier caso, las dudas sobre una posible interpolación que hubiera extendido la opinión de Labeón a las servidumbres en general se disiparían con la lectura de D. 19, 1, 3, 2 (Pomp. 5 Sab.), en el que se recuerda, cuando se trata de la compraventa del *iter*, la *via*, el *actus* y el *aquaeductus*, que es conveniente realizar una *stipulatio* por la que se prometa que no se impedirá el ejercicio de la servidumbre.

“*constituta sunt*”¹⁴⁴. Opinión que se enmarcaría en una tendencia evolutiva, en el pensamiento de la jurisprudencia clásica, hacia el progresivo reconocimiento de la posesión de los derechos (*quasi possessio, possessio iuris*) y la consiguiente posibilidad de adquirir una servidumbre a través de *usucapio*, que cristalizaría plenamente en el Derecho justiniano¹⁴⁵.

La transformación de las servidumbres en *iura* supone que éstas pasen a

¹⁴⁴ Defienden la interpolación: COLLINET, P. «La tradition des servitudes dans le droit Justinien», en *Mélanges Girard*, I, p. 189. FREZZA, P. *Appunti esegetici... cit.*, en *Scritti*, I, p. 306. ALBERTARIO, E. *Il possesso dell'usufrutto, dell'uso, della habitatio*, en *Studi di Diritto romano... cit.*, p. 346. CARCATERRA, A. *Il possesso dei diritti... cit.*, p. 123. SOLAZZI, S. *Requisiti... cit.*, p. 11, 156 y ss. *La tutela ... cit.*, p. 134. *Stipulazioni di servitù prediali... cit.*, p. 136.

La rechazan: KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut... cit.*, p. 50; RABEL, E. *Zu den sogennanten... cit.*, p. 396 y ss. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 267. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 209. BREONE, M. *La nozione romana di usufrutto... cit.*, I, p. 30. MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 18, nt. 12. Asimismo, vid. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 90 y ss.

¹⁴⁵ Cuestión que se ha sido objeto de una profunda discusión en la doctrina romanista, en la que se puede identificar dos posturas contrapuestas: la más antigua, que defiende que las referencias que encontramos en las fuentes sobre la *possessio* en relación con algunos derechos, como es el caso de las servidumbres, serían producto de la manipulación de los textos en época postclásica y justiniana; y la que afirma que, frente a esa concepción interpolacionista, se percibe la existencia, en el seno de la jurisprudencia clásica, de un debate, especialmente en época del Principado, que empieza a desarrollar la idea de que la posesión —así como la *traditio* y la *usucapio*— también pueda darse respecto de los derechos.

Dentro de este debate destacarían, sin pretender ser exhaustivos, los estudios de PEROZZI, S. *I modi pretorii d'acquisto delle servitù... cit.*, en *Scritti giuridici... cit.*, p. 197 y ss; *Corso di diritto romano*, I. *Teoria del possesso*, Pavia, 1906, p. 169 y ss. DI MARZO, S. «La *possessio iuris* nella *hereditatis petitio*», en *Studi Moriani*, II, Turín, 1906, p. 23 y ss. KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut*, 1911. COLLINET, P. «La tradition des servitudes dans le droit Justinien», en *Mélanges Girard*, I, p. 187 y ss. RICCOBONO, S. «Quasi possessio», en *SZ*, 34 (1913), p. 251 y en el *Corso di diritto romano. Il possesso*, Roma, 1933-34, p. 222 y ss. ALBERTARIO, E. *Studi di Diritto romano... cit.*, p. 307 y ss. CARCATERRA, A. *Il possesso dei diritti nel diritto romano*, Milán, 1942. SOLAZZI, S. *La tutela e il possesso... cit.*, Nápoles, 1949. SARGENTI, M. «Appunti sulla quasi possessio e la possessio iuris», en *Scritti C. Ferrini in occasione della sua beatificazione*, Milán, 1947, p. 240 y ss. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, § 37 p. 265 y ss. y § 50 p. 355 y ss. GROSSO, G. *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Turín, 1958, p. 344 y ss. y p. 366 y ss; *Le servitù... cit.*, p. 207 y ss. y p. 304 y ss. TALAMANCA, M. *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio*, Milán, 1956. BREONE, M. *La nozione romana di usufrutto*, II, Nápoles, 1967. CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura de la proprietà... cit.*, II, p. 368 y ss; en «Appunti sulla quasi possessio iuris nell'opera dei giuristi medievali», en *BIDR*, 80 (1977), p. 69 y ss; «Ancora sulla *lex Scribonia*», en *Index* 22 (1994), p. 211 y ss; *Ai margini della proprietà fondiaria... cit.*, p. 97 y ss; *Proprietà e diritti reali... cit.*, p. 91 y ss. y p. 183 y ss. ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie... cit.*, p. 149 y ss.; MANNINO, V. *La tolleranza dell' usus servitutis*

ser consideradas *res incorporales* y, como tales, no sea posible disfrutar de la posesión sobre ellas. La vigencia de la *lex Scribonia* impide, además, que pueda adquirirse un derecho de servidumbre a través de la *usucapio*¹⁴⁶. Por este motivo, en el caso que se enajenara una servidumbre, el enajenante no podría proceder a la *traditio* de ésta, por tratarse de una cosa incorporal.

Sin embargo y como destacábamos anteriormente¹⁴⁷, observando las fuentes jurisprudenciales, puede advertirse cómo, a pesar de esa concepción de las servidumbres como *res incorporales*, aquéllas parecen conservar algunos rasgos de su antigua concepción material, pues todavía se reproducirían sobre éstas esquemas jurídicos más propios de la posesión, en previsión de la tendencia evolutiva que les aguarda hacia el pleno reconocimiento de la *possessio iuris*. En este sentido, el ejercicio de las servidumbres prediales, aun tratándose de cosas incorporales, viene protegido a través de interdictos

nell'esperienza giuridica romana, Turín, 1996; «Tutela della *quasi possessio* delle servitù», en *Uso, tempo, possesso dei diritti. Una ricerca storica e di diritto positivo*, Turín, 1999, p. 1 a 47; «Nuove osservazioni sulla rilevanza dell'elemento soggettivo dell'*usus servitutis* ai fini del riconoscimento della tutela interdittale», en *Mélanges Fritz Sturm*, I, 1999, p. 339 y ss; «*Conventio* e *voluntas* nell'operatività delle servitù e come fondamento della *servitus personae*», en *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, 2001, p. 145 y ss. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo*, Castellón de la Plana, 2002. ZUCCOTTI, F. «Il *locus servitutis* e la sua tutela interdittale», en *SDHI*, 60 (1994), p. 159 y ss; «Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali», en *RDR*, 2 (2002):

<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano02zuccotti.pdf>;

«Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie», en *Atti del Convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico"* publicados en *RDR*: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html>

Más recientemente, MÖLLER, C. *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen, 2010.

¹⁴⁶ Vid. Capítulo I, epígrafes 3.8 y 4.1.1.

¹⁴⁷ Vid. Capítulo I, epígrafe 3.8.

especiales¹⁴⁸, por lo que parece, en palabras de Capogrossi Colognesi¹⁴⁹, “che la tutela possessoria fosse sopravvissuta per queste al loro passaggio della concezione materialistica della *pars dominii* alla più evoluta nozione di *ius in re aliena*. Ma forse l'interesse maggiore costituito da tali interdetti non consiste neppure nella conferma dell'originario carattere delle più antiche servitù rustiche, quanto nella possibilità di illuminare il successivo processo evolutivo subito da queste figure”.

Como recuerda Lázaro Guillamón¹⁵⁰, debe tenerse en cuenta, además, que esta tutela interdictal, que parte de inicios del s. II a. C., debe, sin duda, reconducirse al devenir de una nueva realidad jurídica, como es la aparición de las servidumbres urbanas y a la nueva dimensión que han adquirido las servidumbres, especialmente las más antiguas, que ahora son consideradas *iura in re aliena*, amén de la imposibilidad de su adquisición mediante *usucapio*. Esta nueva realidad conlleva la necesidad de dispensar una tutela, pero como no es posible recurrir a los interdictos existentes, porque no es posible la posesión de las servidumbres, se hacen necesarios interdictos especiales, que generalmente se construyen a imagen del interdicto *uti possidetis* o del *unde vi*.

Junto a esta tutela interdictal del ejercicio de las servidumbres prediales por parte de quienes son titulares de estos derechos constituidos conforme al *ius civile*, también se tutela, como resulta obvio, el ejercicio de hecho de una servidumbre por quien no es titular —de acuerdo con los requisitos del *ius civile*. En todos estos supuestos, la jurisprudencia clásica suele hablar de *quasi*

¹⁴⁸ D. 43, 21 a 23. CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura della proprietà... cit.*, II, p. 368 y ss. ; *Proprietà e diritti reali... cit.*, p. 129 y ss. BURDESE, A. voz «Possessio», en *ED*, XXXIV, Milán, 1985, p. 465 y ss. FALCONE, G. «Testimonianze plautine in tema di *interdicta*», en *Annali Palermo*, 40 (1988), p. 175 y ss; «Ricerche sull'origine dell'interdetto *uti possidetis*», *Annali Palermo*, 44 (1996), p. 9 y ss. ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali... cit.*, p. 483 y ss.

¹⁴⁹ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura della proprietà... cit.*, II, p. 369.

possessio y de *interdicta veluti possessoria* (o suele emplear expresiones similares)¹⁵¹, partiendo de que se trata de situaciones de hecho análogas a la posesión, pues existiría una relación de hecho con un objeto o disponibilidad sobre éste (en el caso de las servidumbres, un fundo), a pesar de que no pueda hablarse de posesión en sentido estricto.

Así pues, no es extraño que al realizarse la compraventa de una servidumbre, Labeón recuerde que al no ser posible la entrega de la libre posesión de este derecho, se haga necesario, por parte del vendedor, prometer que no impedirá en modo alguno el disfrute de ese derecho. Esta caución tendría lugar a través de la realización de una *stipulatio* de ejercicio que incluiría, en la mayoría de ocasiones, una *poena*.

¹⁵⁰ LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 73 y ss.

¹⁵¹ Esta expresión, que buena parte de la doctrina considera, hoy en día, clásica, puede observarse en algunos textos de la jurisprudencia clásica: Gai. 4, 139: *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controuersiis interponit. Quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. formulae autem et uerborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretae uocantur.*

D. 8, 1, 20 (Iav. 5 *ex post. Lab.*): *supra*

D. 4, 6, 23, 2 (Ulp. 12 *ad ed.*): *Item ei, qui per captiuitatem fundi possessionem vel usus fructus quasi possessionem amisit, succurrendum esse Papinianus ait, et fructus quoque medio tempore ab alio ex usu fructu perceptos debere captiui restituere aequum putat.*

D. 8, 5, 10 pr. (Ulp. 53 *ad ed.*): *Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse.*

D. 43, 16, 3, 17 (Ulp. 69 *ad ed.*): *Qui usus fructus nomine qualiterqualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto. Sed si quis, posteaquam prohibitus est, capite minutus sit vel mortuus, recte dicitur heredibus et successoribus competere hoc interdictum, non ut in futurum constituatur usus fructus, sed ut praeterita causa et damnum praeteritum sarciatur.*

Sobre la clasicidad de la expresión "quasi possessio": GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 182 y 183. TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 490. CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Appunti sulla quasi possessio iuris... cit.*, p. 73 y ss. ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie... cit.*, p. 149 y ss. MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 3 y ss. La *quasi possessio* que conocería la jurisprudencia clásica sería una *quasi possessio* que, en el caso de la servidumbre o del usufructo, recae sobre el fundo, sobre el que se ejercen las facultades inherentes a estos derechos, mientras en época bizantina, la *quasi possessio* pasaría a recaer sobre el mismo derecho y no sobre la cosa sobre la que éste se ejerce.

La misma observación que se atribuye a Labeón en D. 8, 1, 20 (Iav. 5 ex *post. Lab.*) es recuperada por un jurista posterior en el tiempo, Pomponio, en D. 19, 1, 3, 2 (Pomp. 9 *Sab.*):

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

Si comprara el *actus*, la *via* o el *aquaeductus* por tu fundo, no hay entrega de la libre posesión, por lo que debes dar caución de que no harás nada para que no pueda usar la servidumbre¹⁵².

Pomponio regresa a la idea, anteriormente expuesta por Labeón, de que, en cuanto a la compraventa de servidumbres, al ser éstas *res incorporales*, no puede tener lugar la entrega de su posesión, motivo por el cual el vendedor está obligado a garantizar al comprador, mediante una *stipulatio*, el pleno uso de este derecho. Para Mannino¹⁵³, este fragmento pone de relieve que, pese al arco temporal que separa a Pomponio de Labeón, en época de Pomponio (s. II d. C.) aún seguiría viva la línea de pensamiento de Labeón de considerar una de las obligaciones del vendedor, en la compraventa de una servidumbre, la prestación de una caución para garantizar al adquirente el pleno ejercicio de dicha servidumbre, al no ser posible la *traditio possessionis*¹⁵⁴.

¹⁵² BEHRENDTS, O. *et al.*, *CIC*, III, p. 516 y 517. LENEL, O. *PIC*, II, § 552, p. 110

¹⁵³ MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 25 y 26.

¹⁵⁴ Las referencias a la *stipulatio* de ejercicio como subrogado de la *traditio possessionis* incluso siguen apareciendo en textos de época postclásica, como nos parece que podría ser el caso de la siguiente constitución de Honorio y Teodosio del año 471 (CTh. 8, 12, 9), recogida en C. 8, 54, 28, en la que se habla de la reserva de usufructo en la compraventa, donación o dación en dote de una cosa: *Quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendendo usumfructum eius retinuerit etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idem in bis causis usumfructum retinere, quod tradere. Dat. prid. Id. Mart. Constantinop. Honorio A. XI. et Constantino V. C. II. Conss. [417.]*

En este caso, cuando se produce la retención en usufructo de la cosa vendida, donada o entregada en dote, pese a que no exista *stipulatio*, se entiende realizada la *traditio* de la cosa a quien la adquiere en virtud de compraventa, donación o de dote. En la lógica de

Cabe recordar que, en términos generales, en el contrato de compraventa, el vendedor estaría obligado, frente al comprador, únicamente a garantizarle la pacífica posesión y disfrute de la cosa objeto de compraventa, siendo ésta una obligación que se extiende en el tiempo, pero en ningún caso se obliga a la transmisión de la propiedad sobre la cosa comprada¹⁵⁵. En esta línea, se suele decir que la compraventa es un contrato consensual con eficacia meramente obligacional. Si aplicamos esta idea a la compraventa de una servidumbre, este contrato no daría lugar a la constitución del derecho real, pues no está en su naturaleza generar situaciones de carácter jurídico-real. La constitución del derecho real debería tener lugar con la realización del acto indicado a tal efecto, esto es con la realización de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, cuando la constitución deba tener lugar sobre suelo itálico y conforme al *ius civile*¹⁵⁶.

Debemos diferenciar, por tanto, el supuesto de compraventa de una servidumbre, al que se refieren el texto de Javoleno y el de Pomponio, de los casos de constitución de este derecho a través de una reserva, en ocasión de la

la respuesta, debe tenerse en cuenta, además, que respecto de la cosa usufructuada se daría un caso de *constitutum possessorium*. Creemos que esta referencia a la *stipulatio* es posible entenderla como una *stipulatio* de ejercicio del usufructo que justifique el uso de la cosa por el usufructuario (vendedor, donante o constituyente de la dote, respectivamente) y a través de la cual se puede conocer la existencia de la reserva de usufructo.

Otra posible interpretación del texto, basada en Iust. C. 8, 54, 35, 5 (a. 530), entendería que la *stipulatio* se refiere a la exteriorización, en este caso, de la donación y no a una *stipulatio* de ejercicio. En esta constitución, Justiniano se refiere a una donación acompañada de *stipulatio*, el donante se reservaría el usufructo de la cosa donada, pero al existir la *stipulatio* el donatario podría exigir la entrega de la cosa.

¹⁵⁵ ARANGIO RUIZ, V. *La compravendita in diritto romano*, I, Nápoles, 1978, p. 168 y ss. KASER, M. *RPR*, I, p. 550 y ss. TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 586 y ss. MIQUEL, J. *Derecho privado romano... cit.*, p. 323 y ss. ZIMMERMANN, R. *The Law of obligations... cit.*, p. 293 y ss.

¹⁵⁶ En este mismo sentido, ARANGIO RUIZ, V. *La compravendita... cit.*, I, p. 114. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 228 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 197 y ss. y en *I problemi dei diritti... cit.*, p. 295 y ss. WUBBE, F. «Iavolenus contra Labeonem», en *Satura R. Feenstra oblata*, Friburgo, 1985, p. 108 y 109. TALAMANCA, M. voz «Vendita (Diritto romano)», en *ED*, XLVI, Milán, 1993, p. 359.

compraventa de un fundo, en los que la compraventa se acompaña del acto constitutivo de la servidumbre, que es la *mancipatio* —la constitución de la servidumbre tiene lugar a través de las *leges mancipio dictae*—o de la *in iure cessio*. En la realización de estos actos solemnes, se produce la declaración expresa de la constitución de la servidumbre¹⁵⁷. Pese a que se trate de supuestos algo diferentes, igualmente, en el caso de la reserva de servidumbre, en el precio a pagar por el fundo ya suele tenerse en cuenta la constitución de la servidumbre, pues ésta supone un aumento o disminución del valor del fundo, según el fundo adquirido deba ser el dominante o sirviente, respectivamente.

También debe tenerse en cuenta, que tampoco nos encontramos ante la compraventa de una servidumbre preexistente, pues estos derechos son concebidos como *qualitas fundi*, inescindibles del predio sirviente o dominante¹⁵⁸.

Si la simple compraventa de la servidumbre no supone su constitución, cabría preguntarse qué sentido tiene su realización, teniendo en cuenta que las fuentes jurisprudenciales la mencionan en diversas ocasiones. Obviamente, resulta del todo lógico pensar que el particular que debiera constituir una servidumbre sobre su predio, en la mayoría de los casos, no estaría dispuesto a hacerlo sin recibir una oportuna compensación económica a cambio. Como decíamos, la realización del acto constitutivo debía seguir, usualmente, a la celebración de la compraventa. Pero el vendedor no queda obligado a su

¹⁵⁷ Según Ulpiano, la reserva de la servidumbre deberá de hacerse de forma expresa y no cabría una reserva hecha de manera genérica, D. 8, 4, 10 (Ulp. 10 Sab.): *Quidquid venditor servitutis nomine sibi recipere vult, nominatim recipi oportet: nam illa generalis receptio "quibus est servitus utique est" ad extraneos pertinet, ipsi nihil prospicit venditori ad iura eius conservanda: nulla enim habuit, quia nemo ipse sibi servitutem debet: quin immo et si debita fuit servitus, deinde dominium rei servientis pervenit ad me, consequenter dicitur extingui servitutem.*

¹⁵⁸ Vid. Capítulo I., epígrafe 3.2.

realización, como tampoco queda obligado cuando se trata de la transmisión de la propiedad sobre la cosa corporal objeto de la compraventa: porque sólo se obliga a la entrega de la cosa vendida y a garantizar su pacífica posesión y disfrute —en nuestro caso, de la servidumbre. Esto implica que la realización de la *mancipatio* o de la *in iure cessio* sería asumida voluntariamente por el vendedor o, en todo caso, si la cosa objeto de la compraventa se trata de una *res Mancipi*, al comprador le quedaría la posibilidad de ejercer la *actio empti* para exigir la realización de la *mancipatio*¹⁵⁹ —lo que pudiera llegar a suceder en el caso de las servidumbres rústicas. De ahí la precaución, expresada por Labeón, de realizar una *stipulatio* de ejercicio para mayor seguridad del adquirente, ante un eventual incumplimiento del vendedor.

Siguiendo con la *stipulatio* de ejercicio de la que habla el texto, hemos de partir de la idea de que la ejecución de cualquier compraventa se daría con la transmisión de la posesión sobre la cosa comprada, posesión que el vendedor está obligado a garantizar. En el caso de las servidumbres, la transmisión de la posesión no sería posible, ya que las servidumbres, en tanto que concebidas como *iura praediorum*, son cosas incorpóreas y, por regla general, la posesión así como la figura de la *traditio* se relacionan con las cosas corporales¹⁶⁰. Por ese motivo, Labeón y, más tarde, Pomponio consideran que, en la compraventa de una servidumbre, el vendedor está obligado a prestar una caución para

¹⁵⁹ Cfr. Gai. 4, 131a : *Item si uerbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus Mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: EA RES AGATVR DE FVNDO MANCIPANDO, ut postea, si uelimus uacuum possessionem nobis tradi, [. vv. 1 1/4] re sumus, totius illius iuris obligatio illa incerta actione: QUIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere uolentibus de uacua possessione tradenda nulla supersit actio.*

En el mismo sentido, pero respecto de la concesión de la *actio venditi* e incluso de la *condictio incerti*, parece pronunciarse Marciano en este caso de reserva de servidumbre, en el que la mención a la *traditio* debió ser introducida en sustitución de la *mancipatio*: D. 8, 2, 35 (Marc. 3 reg.): *Si binarum aedium dominus dixisset eas quas venderet servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest vel incertum condicere, ut servitus imponatur.*

En relación con este último texto y la concesión de la *actio venditi* o de la *condictio incerti*, vid. MOHINO MANRIQUE, A. *Pactos en el contrato de compraventa... cit.*, p. 229 y ss.

¹⁶⁰ Cfr. Gai. 2, 28 y D. 8, 1, 14 pr. (Paul. 15 Sab.).

garantizar que no impedirá el ejercicio del derecho comprado. En definitiva, el contenido obligacional que reside en toda servidumbre y que recaerá sobre el sujeto que sea titular del predio sirviente sería lo que se acabaría deduciendo en dicha *stipulatio* de ejercicio: esto es la obligación de no impedir el ejercicio del contenido de la servidumbre en cuestión¹⁶¹.

Esta *stipulatio* de ejercicio, por tanto, tendría efectos meramente obligacionales y no daría lugar a la constitución de la servidumbre, por sí sola, sobre suelo itálico, sino que actuaría como subrogado de la *traditio* en la compraventa, en cumplimiento de la obligación del vendedor de garantizar la pacífica posesión de la cosa. Esto explicaría por qué la jurisprudencia no parece otorgar la misma relevancia a la *stipulatio* de ejercicio cuando se trata de una servidumbre constituida de acuerdo con el *ius civile* (la servidumbre se constituye a través de *mancipatio* o *in iure cessio* y, además, las partes habrían incluido una *stipulatio* de ejercicio), a cuando la servidumbre se constituye *pactionibus et stipulationibus*. Pero, a pesar de la diferente relevancia que se le otorgue a la *stipulatio* de ejercicio, ésta siempre tendría una eficacia obligacional, con independencia de que tenga lugar su realización en Italia o en las provincias, pues no sería constitutiva del derecho de servidumbre en sí –si bien, en el caso de las *pactiones et stipulationes*, la relevancia de la *stipulatio* de ejercicio es diferente al caso de la compraventa de la servidumbre, pues en este último caso su constitución debe tener lugar por *mancipatio* o *in iure cessio*, como nos recuerda Grosso¹⁶².

¹⁶¹ En relación con la estructura y contenido de la prestación prometida a través de estas *stipulationes*, vid. Capítulo VI, epígrafe 2.2.

¹⁶² Para Grosso el uso habitual de este tipo de *stipulationes*, que tan claramente queda reflejado en las fuentes, sobre todo en D. 45, 1, cuando se daba sobre suelo itálico junto a la *mancipatio* o *in iure cessio* constitutivas de la servidumbre, no representaba una necesidad tan subrayada como en el caso de las provincias, en las que la *stipulatio* de ejercicio, por el rol que históricamente habría tenido esta *stipulatio*, según este autor, aparecía prácticamente como necesaria: para acompañar y delimitar el ámbito de la *pactio*, demostrar su existencia y su eficacia, etc. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 199 y ss.

Estas *stipulationes* de ejercicio se asemejarían a la *stipulatio habere licere*, que suele acompañar a la compraventa de las *res nec mancipi* corporales. A través de esta *stipulatio*, el comprador se asegura el *habere licere* sobre la cosa comprada, es decir, el disfrute efectivo de la cosa y que dicho disfrute estará libre de perturbaciones, ya provengan éstas del vendedor, sus herederos o incluso de terceras personas¹⁶³. En la *stipulatio habere licere*, el vendedor respondería en tanto que el comprador se viera perturbado o impedido en ese disfrute efectivo de la cosa comprada, por el interés de éste en tener la cosa.

En el fragmento de Javoleno que nos ocupa, no parece que, a la compraventa de la servidumbre, siga la realización de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, que no son mencionadas en el texto. Por otra parte, el hecho de que se recuerde, en términos generales, la necesidad de que el vendedor garantice que no hará nada que impida el disfrute de la servidumbre por parte del comprador (contenido de una *stipulatio* de ejercicio) permite decir que el supuesto estudiado por Javoleno recuerda plenamente a un caso de constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, como parece

¹⁶³ ARANGIO RUIZ, V. *La compravendita... cit.*, II, p. 332 y ss. KASER, M. *RPR*, I, p. 555 y 556. MEYLAN, P. «La stipulation *habere licere*», en *TR*, 38 (1970), p. 67 a 106. TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 589 y 590 y en la voz "Vendita", en *ED*, XLVI, Milán, 1993, p. 389 y ss. Arangio Ruiz contempla la *stipulatio habere licere* como algo más que una mera garantía frente a la evicción: para este autor constituye un refuerzo y una sanción de la voluntad, implícitamente declarada en la *traditio*, de renuncia a cualquier derecho sobre la cosa objeto de la compraventa.

En cuanto a la responsabilidad del vendedor y sus herederos derivada de la *stipulatio habere licere*, frente a los ataques provenientes de terceros, parece existir una opinión consolidada en la doctrina, en el sentido de entender que la jurisprudencia clásica se mostró más restrictiva en la interpretación de los ataques comprendidos en esta *stipulatio*, que la jurisprudencia más antigua, debido a la posibilidad del comprador evicto de entablar su reclamación en cualquier caso, a través de la *actio empti*. En este sentido se expresan ARANGIO RUIZ, V. *La compravendita... cit.*, II, p. 339 y ss. Este autor parte de la opinión de Kaser aunque con algunas puntualizaciones a las que, más tarde, se sumaría el profesor alemán. KASER, M. «Das Ziel der *actio empti* nach Eviktion», en *SZ*, 54 (1934), p. 162 y ss. (sobre la *stipulatio habere licere*, a partir de la p. 176 y ss.); «Neue Studien zum altrömischen Eigentum», en *SZ*, 68 (1951), p. 131 y ss. (sobre la *stipulatio habere licere*, *vid.* p. 161 y ss.); «Die Stipulationsklausel "quanti ea res erit"», en *SZ*, 90 (1973), p. 192 y ss.

entender una gran parte de la doctrina¹⁶⁴, y que dicha constitución tendría lugar, muy probablemente, sobre suelo itálico, lo que evidenciaría que el uso de las *pactiones et stipulationes* no se ceñiría únicamente a las provincias, sino también al suelo itálico, ya desde inicios del Principado (época de Labeón). Los acuerdos relativos a la servidumbre que las partes desean constituir quedarían incorporados a la compraventa del derecho, a la que seguiría la realización de una *stipulatio* de ejercicio, lo que daría lugar a una situación de hecho muy similar a si hubiera tenido lugar una *mancipatio* o una *in iure cessio*, es decir, a si se hubiera constituido la servidumbre con arreglo al *ius civile*.

El empleo de *pactiones et stipulationes* sobre suelo itálico se explicaría, además, por la existencia de situaciones que harían imposible el recurso a los modos constitutivos de las servidumbres prediales del *ius civile*; serían casos en los que los particulares no disponen del *dominium ex iure Quiritium* sobre los fundos, sino del *in bonis habere*, la *bonae fidei possessio*, fueran *peregrinii*, superficiarios, etc.¹⁶⁵; de ahí la necesidad de que la compraventa de la servidumbre se acompañara de una *stipulatio* de ejercicio, pues no era posible la realización posterior de una *mancipatio* o *in iure cessio*.

La opinión de Javoleno implica, a primera vista, una innovación respecto de la de Labeón, pues entiende que el uso del derecho equivale o tiene el

¹⁶⁴ En este sentido, RABEL, E. *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig, 1902 (hemos consultado la edición de Walter De Gruyter, Berlín -Nueva York, 1973), p. 61. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 198. PERALTA ESCUER, T. *La evicción de las servidumbres... cit.*, p. 68 y ss. MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 21; *Tutela della quasi possessio... cit.*, p.10; *Conventio e voluntas... cit.*, p. 153. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres ... cit.*, p. 90. ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 78 y ss. MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, nt. 6, p. 318 y nt. 12 p. 319.

¹⁶⁵ FREZZA, P. *Appunti esegetici... cit.*, en *Scritti*, I, p. 281 y ss. MANNINO, V. *Tutela della quasi possessio... cit.*, p. 10. ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 82.

mismo valor (gleichwertig¹⁶⁶) a la *traditio possessionis*¹⁶⁷.

Para Mannino¹⁶⁸, las opiniones de Labeón y de Javoleno sitúan a estos juristas en posiciones que no serían homogéneas, pues mientras que el jurista de inicios del Principado expresa la necesidad de la realización de la *stipulatio* de ejercicio, cuando tenga lugar la compraventa de una servidumbre, al no ser posible la *traditio possessionis* de este derecho, el jurista de la época flavia, basándose en el reconocimiento del recurso a los *interdicta veluti possessoria* ("constituta sunt"), admitiría la plena equivalencia del *usus iuris* ("via aut aliquid ius fundi") a la *traditio possessionis*, subrayando la existencia de una situación cuasi posesoria similar a la que se daría respecto de la *traditio* de la posesión en el caso de la compraventa de una cosa corporal¹⁶⁹. Obviamente, en

¹⁶⁶ BEHRENDTS, O. *et al.*, *CIC*, II, p. 670: "Ich aber bin der Meinung, dass man die Ausübung jenes Rechts als [gleichwertig einer] Besitzübertragung gelten lassen kann, und deshalb sind auch Interdikte analog den Besitzinterdikten dafür geschaffen worden".

¹⁶⁷ Peralta ve en este fragmento un caso de disensión entre las escuelas de juristas, la opinión de Labeón mostraría la postura seguida por la escuela proculeyana, mientras que la de Javoleno sería la postura defendida por la escuela sabiniana, de equipara el *usus servitutis* con la *traditio servitutis*. PERALTA ESCUER, T. *Evicción de las servidumbres... cit.*, p. 68 y ss. Para Möller, la visión que defiende Peralta, antes de que se produzca la fundación de la escuela proculeyana, resulta prematura. Lo que resultaría crucial en la afirmación de Labeón no sería el hecho de que las servidumbres fueran consideradas *res incorporales* y por ello no se pudiera dar la *traditio* sobre ellas, sino la negación de la posibilidad de la *traditio* del *usus*. MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, nt. 9, p. 319.

¹⁶⁸ MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 21 y ss.; *Tutela della quasi possessio... cit.*, p.10 y ss.; *Conventio e voluntas... cit.*, p. 154 y ss. El autor se centra en la *patientia* como modo constitutivo de las servidumbres *iure praetorio*, a partir de la opinión de Javoleno de D. 8, 1, 20, para fundamentar su teoría sobre la concesión, por parte de la jurisprudencia de la época clásica-tardía, de la tutela del ejercicio tolerado de las servidumbres a través de la *actio Publiciana*, cuando dicho ejercicio tuviera lugar una *iusta causa* y conforme a la buena fe. La lectura de la reconstrucción exegética que realiza este autor nos deja con la sensación de que la opinión de Javoleno implica una superación de la opinión de Labeón —si bien expresa que no le parece que esa superación tenga lugar, todavía, cuando Javoleno formula su opinión en D. 8, 1, 20 —, que a su vez, supone la condena a la desaparición de la *stipulatio* de ejercicio como subrogado de la *traditio possessionis*: cuando la necesidad de su presencia es recordada por Pomponio y, además, el modo de constitución de las servidumbres, por regla general, en derecho justinianeo son las *pactiones et stipulationes*. La misma sensación parece compartirla ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale delle servitù... cit.*, nt. 185, p. 111.

¹⁶⁹ En el mismo sentido, MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 320 y 321. Cabe resaltar que, a partir de este texto, los comentaristas extraen la posibilidad de constituir una servidumbre a través de una *iusta causa*, cuando a ésta le sigue la *traditio et patientia* del titular del fundo

este caso no se produciría la constitución *iure civili* de la servidumbre. Si bien, acaba por reconocer que la opinión de Javoleno "non rende necessariamente inutile l'obbligazione del venditore di prestare la *cautio*: infatti, como si è detto, la previsione di tale obbligazione riguarda evidentemente il regolamento dei rapporti tra venditore ed acquirente"¹⁷⁰. En definitiva, nos encontraríamos ante dos planos diferentes de tutela de aquél que adquiere una servidumbre: la protección que derivaría de la *stipulatio* de ejercicio y la tutela interdictal, respectivamente.

Zuccotti¹⁷¹ destaca cómo, mientras en el caso de las servidumbres constituidas *iure civili* la posibilidad de ejercer la servidumbre deriva del modo constitutivo (*mancipatio, in iure cessio, legatum per vindicationem*), en el caso de las servidumbres constituidas *iure praetorio*, la imposibilidad de que el titular del fundo sirviente se oponga al ejercicio de la servidumbre surge de la *stipulatio* de ejercicio, que da pie, además, al *usus servitutis*: "dall'illegittimità della sua opposizione sorgeva quindi un *usus servitutis* in senso proprio e l'atto di esercizio compiuto dal titolare faceva così sorgere una situazione di fatto analoga al possesso che è appunto quella presa in considerazione dall'ordinamento altresì ai fini della concessione della tutela interdittale."¹⁷². No

sirviente, en tanto que equiparan la *traditio possessionis* con el *usus servitutis*, a lo que se añade la necesidad de que el titular del fundo sirviente tolere dicho *usus*. Vid. BARTOLO, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Turín, 1574, p. 185. BALDO, *In primam Digesti Veteris partem commentaria*, Venecia, 1577, p. 325. DE CASTRO, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venecia, 1592, p. 167, quien claramente indica que "(...) qui tenetur constituere servitute, loco traditionis, quae vere non cadit in iuribus incorporalibus, **debet pati illum uti et cauere de non impediendo ipsum uti**. Et ex duob. resultat traditio et resultat quasi possessio (..)". Asimismo, vid. DONELLO, *Opera omnia commentariorum de iure civili*, Roma, 1829, III, lib. XI, capítulo X § XVI, p. 329 y ss. Extrae, asimismo, la idea que la *traditio possessionis*, en el caso de las servidumbres, tiene lugar a través del *usus servitutis* y la *domini constituentis patientia* de las siguientes fuentes: D. 8, 1, 20 (Iav. 5 ex post. Lab.); D. 8, 1, 9 (Cels. 5 dig.); D. 8, 3, 11 (Cels. 27 dig.); D. 8, 3, 14 (Pomp. 32 ad Quint. Muc.); D. 8, 4, 18 (Paul. 1 man.); D. 8, 3, 1, 2 (Ulp. 2 inst.).

¹⁷⁰ MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 24.

¹⁷¹ ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale delle servitù... cit.*, p. 97 y ss.

¹⁷² ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale delle servitù... cit.*, p. 109.

se podría decir lo mismo del ejercicio de la servidumbre que tiene lugar la obligación del vendedor de constituir la servidumbre. Para este autor, la opinión de Javoleno no implicaría una exclusión o superación de la opinión de Labeón, sino que, de una lectura literal del fragmento, podría extraerse que el jurista de época flavia, aún cuando no se hubiera prestado la *cautio* de la que hablaba Labeón, entiende que se tutelaría igualmente al adquirente del derecho; el ejercicio del derecho daría lugar a la tutela interdictal, pero no se excluiría la obligación del vendedor de prestar una *cautio*, la prestación de la cual podría ser exigida mediante el ejercicio de la *actio empti*.

En el mismo sentido, Talamanca¹⁷³ también ha puesto en duda que Javoleno, en este fragmento, defendiera que el *usus iuris* pudiera sustituir la *stipulatio* de ejercicio. Cabría la posibilidad, según este autor, de que el *usus servitutis* se sumara a dicha *stipulatio*.

En la misma línea de Mannino, Zuccotti o Talamanca, no nos parece que la opinión de Javoleno deba entenderse en el sentido de considerar totalmente superada la opinión de Labeón, según la cual, cuando se adquiere por compraventa una servidumbre, el vendedor debe prestar una caución, opinión que, además, vuelve a repetirse como hemos visto en Pomponio¹⁷⁴, así como en otros textos de finales de época clásica se mantiene (en cuanto a la reserva de servidumbre en la compraventa de un fundo,) la mención a la *stipulatio* de ejercicio, como sería el caso de D. 8, 3, 36 (Paul. 25 *resp.*)¹⁷⁵. Es más, frente a esta opinión de Pomponio, en la que recuerda la necesidad, anteriormente

¹⁷³ TALAMANCA, M. voz «Vendita (Dir. Rom.)», en *ED*, XLVI, Milán, 1993, p. 359.

¹⁷⁴ En el mismo sentido, LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 93. Esta autora, sin embargo, parte de que la referencia a los interdictos cuasipositorios sería postclásica, al existir los interdictos útiles.

¹⁷⁵ *Vid.* también las constantes referencias a las *stipulationes* de ejercicio que encontramos en textos de finales de la época clásica y que presentan una estructura idéntica a los ejemplos que podemos encontrar en los textos anteriormente mencionados de Javoleno y Pomponio, *infra* epígrafe 3.3 de este mismo capítulo.

expresada por Labeón, de acompañar la compraventa de servidumbre de una caución, encontramos textos del jurista de la época de los *divi fratres*, en los que, partiendo de nuevo de la opinión de Labeón, se ocupa de la *patientia* y le atribuye una serie de consecuencias respecto del ejercicio de la *actio aquae pluviae arcendae*:

D. 39, 3, 19 (Pomp. 14 *ad Quint. Muc.*): *Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae*.¹⁷⁶

D. 39, 3, 20 (Pomp. 34 *Sab.*): *Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est*.¹⁷⁷

Dice Labeón que si yo hiciera una obra, con la tolerancia del vecino, por la cual le perjudicara con el agua de la lluvia, no estoy sujeto a la *actio aquae pluviae arcendae*.

¹⁷⁶ Esta opinión de Labeón se encontraría en consonancia con la opinión atribuida a este mismo jurista que recoge Paulo en D. 39, 3, 2, 10 *in fine* (Paul. 49 *ad ed.*): *Illud etiam verum puto, quod Ofilius scribit, si fundus tuus vicino serviat et propterea aquam recipiat, cessare aquae pluviae arcendae actionem, sic tamen, si non ultra modum noceat. Cui consequens est, quod Labeo putat, si quis vicino cesserit ius ei esse aquam immittere, aquae pluviae arcendae eum agere non posse*.

Acerca de la servidumbre a la que se estaría refiriendo el texto y a las opiniones de Ofilio y Labeón, *vid.* GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, nt. 4, p. 236 y CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura della proprietà... cit.*, II, p. 518 y ss.

Cicerón también recoge un caso de alteración del flujo natural de las aguas a través de una servidumbre en *ad Atticum* 15, 26, 4: *M. Aelium cura liberabis; is me paucos specus in extremo fundo et ero quidem subterraneos servitutis putat aliquid habituros. id me iam nolle neque mihi aquam esse tanti; sed ut mihi dicebas, quam lenissime, potius ut cura liberetur quam ut me suscensere aliquid suspicetur (...)*.

¹⁷⁷ De acuerdo con Lenel, Pomponio en el libro 34 *Sab.* se ocuparía de las aguas y de la contención de las aguas de lluvia y relaciona este fragmento con el anterior del libro 14 *ad Quint. Muc.*, en el que parte de una opinión de Labeón. LENEL, O. *PIC*, II, § 795, p. 146.

Para Mannino, la necesidad de recurrir a dos obras diferentes para poder completar esta opinión de Pomponio permite sospechar que el texto del comentario *Ad Sab.* habría sido modificado o recortado por los compiladores. En cualquier caso, nos parece que de ambos textos puede extraerse que para Pomponio el uso tolerado de una servidumbre no era una idea extraña y que vinculaba a esta tolerancia ciertas consecuencias, como en el caso, la imposibilidad de ejercer la *actio aquae pluviae arcendae* al verificarse la *patientia* del titular del fundo sirviente.

MANNINO, V. *La tolleranza dell'usus... cit.*, p. 27 y ss.

Pero esto en el caso que no hubiera sido engañado por error o impericia: pues es nula la voluntad del que yerra.

Cabe recordar que, en las relaciones de vecindad, los fundos inferiores deben soportar el cauce natural de las aguas de lluvia provenientes de los fundos superiores. Frente a las modificaciones del cauce natural de las aguas por parte de los particulares, en perjuicio de los fundos vecinos, a través de la realización de determinadas obras (cfr. D. 39, 3, 1, Ulp. 53 *ad ed.*), puede ejercerse la *actio aquae pluviae arcendae*. El ejercicio de esta acción se excluiría, sin embargo, en algunos casos, como en el supuesto en que entre los particulares se hubiera constituido una servidumbre, en virtud de la cual se permitiera al titular del fundo superior modificar el curso natural del agua de lluvia (D. 39, 3, 2, 10, Paul. 49 *ad ed.*)¹⁷⁸.

En los anteriores fragmentos puede observarse cómo Pomponio, nuevamente apoyándose en una opinión de Labeón, se fundamenta en la *patientia* del vecino, titular del fundo inferior (fundo sirviente), para negar que éste pueda ejercer la *actio aquae pluviae arcendae* contra el titular del fundo vecino superior (fundo dominante) que realiza una obra, a través de la cual se modifica el cauce natural del agua de lluvia en perjuicio del fundo inferior: "*non teneri me actione aquae pluviae arcendae*". Sólo excluye la eficacia de la *patientia* en tal sentido, cuando el titular del fundo sirviente hubiera sido víctima del error o de la impericia. El *usus servitutis* tolerado por el titular del que sería el fundo sirviente impide, en este caso, que se pueda ejercer la *actio aquae pluviae arcendae*, del mismo modo que si se hubiera constituido una

¹⁷⁸ Sobre las inmisiones y el ejercicio de la *actio aquae pluviae arcendae* vid. GÓMEZ ROYO, E. *El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma*, Valencia, 1997, p. 60 y ss. y p. 227 en relación con el texto de Pomponio en el que se recoge la opinión de Labeón. GARCÍA SÁNCHEZ, J. *Teoría de la immissio*, Oviedo, 1999, p. 127 y ss. JIMÉNEZ SALCEDO, M.C. *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, Córdoba, 1999, p. 109 y ss. y 203 y ss.

servidumbre conforme al *ius civile* (Cfr. *supra* D. 39, 3, 2, 10, Paul. 49 *ad ed.*).

Asimismo, si a través de la opinión de Javoleno se entendiera superada la necesidad de realizar una *stipulatio* de ejercicio cuando tiene lugar la compraventa de una servidumbre, resulta cuando menos enigmático que Gayo, perteneciendo a la escuela sabiniana y desarrollando su labor como jurista en una época todavía no muy lejana a la de Javoleno, en sus *institutiones*, continúe hablando de constitución de las servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, aún cuando se refiere a la concesión de interdictos en los casos de *quasi possessio* en Gai. 4, 139¹⁷⁹ y a la *patientia* en el caso del legado de usufructo en D. 7, 1, 3 pr. (Gai. 2 *rer. cott.*).

Creemos, asimismo, que el elevado número de textos que recogen referencias y ejemplos de *stipulationes* de ejercicio¹⁸⁰ permite constatar el normal uso de estas *stipulationes* en la práctica.

Nos parece que lo novedoso, en la opinión de Javoleno, es que éste considera equiparable o similar, basándose en su tutela a través de interdictos similares a los posesorios, el supuesto de ejercicio de hecho de una servidumbre, derivado de una compraventa, con el de la posesión de una cosa corporal por parte del comprador. Esta nueva visión complementaría a la necesidad de prestar una caución, cuando se realiza una compraventa, en tanto que el vendedor está obligado a la entrega de la cosa y a garantizar su pacífica

¹⁷⁹ Aunque para algunos autores, esta referencia a la *quasi possessio* sea considerada un glosema, especialmente se destaca su semejanza con I. 4, 15, pr., si bien cabe tener en cuenta que las *institutiones* justinianas se inspiran en las *gayanias*, *vid.* LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, nt. 221 y 222, p. 93 y ss. Esta autora además reprocha que Gayo sólo mencione la *quasi possessio* en ese único fragmento, sin referirse a ella en Gai. 4, 143 a 154, cuando habría podido destacar esta novedad. Nos parece que la naturaleza de la obra, centrada en el estudio del *ius civile*, bien puede justificar que Gayo no desarrollara esta cuestión, además es muy probable que las *institutiones* recogieran una colección de lecciones pronunciadas oralmente por Gayo, lo que claramente puede influir en el desglose de las materias de las que se ocupaba el jurista.

¹⁸⁰ *Vid.* el epígrafe 3.3 de este capítulo, así como los ejemplos de *stipulationes* que ofrecemos en el Capítulo VI, epígrafes 3 y 4.

posesión, teniendo en cuenta que, en el caso de las servidumbres, su entrega material no es posible por tratarse de cosas incorpóreas. El cumplimiento de esta obligación básica del vendedor no puede tener lugar a través del *usus servitutis* por parte del comprador, sino a través de la prestación de una caución.

Así, en el supuesto de la compraventa de una servidumbre predial, si ésta no se acompañara de una *stipulatio* de ejercicio, sino de la *patientia* del titular del fundo sirviente, éste ejercicio de hecho, a falta de *stipulatio* que obligue al vendedor a no impedir el ejercicio de la servidumbre comprada y la cual tiene lugar el ejercicio de la servidumbre, quedaría igualmente protegido, frente a la obstaculización u oposición por parte del vendedor, a través de interdictos similares a los que tutelan la posesión. Implicaría, por tanto, la extensión de una tutela similar a la que se da respecto de la posesión de las cosas corporales, a los supuestos en que se ejerce de hecho el contenido de una servidumbre derivado de una compraventa. Esta idea se vería reforzada, además, en tanto que el ejercicio continuado de una servidumbre no daría lugar a su adquisición de *iure*, de modo que justificaría la tutela de esta situación de hecho que se asemejaría al ejercicio de la servidumbre por quien fuera su titular.

3.2.2. La inclusión de "dies" o "condicio" en la constitución de servidumbres en D. 8, 1, 4 pr. (Pap. 7 quaest.)

Un conocido texto de Papiniano habla de la posibilidad de constituir una servidumbre sometiéndola a *dies* o *condicio*:

D. 8, 1, 4 pr. (Pap. 7 quaest.): *Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia "quamdiu volam") constitui possunt: sed tamen si haec*

adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurratur contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere.

Las servidumbres de pleno derecho —constituidas conforme al *ius civile*— no pueden constituirse ni a partir de un cierto término, ni hasta un cierto término, ni bajo condición, ni hasta que cierta condición se produzca (por ejemplo “hasta cuando yo quiera”). Pero si esto se añadiera, se suele conceder la *exceptio pacti* o la *exceptio doli* contra quien vindique la servidumbre en contra de lo acordado. Y esto que respondió Sabino, lo mantuvo Casio, a quien le parece correcto¹⁸¹.

Este texto, que pertenece a las *quaestiones* de Papiniano, posiblemente la obra más conocida de este jurista de la época de los Severos, precedería al famoso pasaje del Digesto en el que se ocupa del *modus servitutis*¹⁸².

Tradicionalmente se han identificado dos partes. La primera parte, que iría desde el inicio del texto hasta “constitui possunt”, expresaría, en términos generales, una regla propia del *ius civile* (*ipso iure*), conforme a la cual las servidumbres no pueden constituirse someténdolas a un término final o inicial o someténdolas a condición suspensiva o resolutoria.

La segunda parte del texto, introduciría una salvedad respecto a la regla expuesta inicialmente, pues indicaría que la adición de términos o condiciones supondría la concesión de la *exceptio pacti* o *doli* contra aquél que vindicara la servidumbre sin respetar el término o condición acordado. Esta segunda parte del texto sería motivo de discusión en la doctrina, que por costumbre se ha

¹⁸¹ BEHRENDT, O. *et al.*, *CIC*, II, p. 665.

¹⁸² D. 8, 1, 4 (Pap. 7 *quaest.*): (..) 1. *Modum adici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur veluti ut equo dumtaxat) vel ut certum pondus vehatur vel grex ille transducatur aut carbo portetur. 2. Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent iure constitutae servitutis.*

dividido entre la opción de considerar dicha parte interpolada y más propia del derecho justiniano¹⁸³ —opción que, actualmente, parece encontrarse totalmente abandonada¹⁸⁴—, y la opción de considerar que se trataría de una novedad introducida, ya en época clásica, por el derecho pretorio¹⁸⁵. En este último sentido, algunos autores, como sería el caso de Riccobono¹⁸⁶, llegaron a plantearse la posibilidad de que la parte final del texto se esté refiriendo a una servidumbre constituida *pactionibus et stipulationibus*, especialmente en virtud de los pactos mencionados en el texto (“*placita*”), de modo que la inclusión de cláusulas suspensivas o resolutorias únicamente sería posible en el caso de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*.

La primera parte del texto, como decíamos, expresaría una regla concerniente al *ius civile*: las servidumbres no pueden constituirse, desde este

¹⁸³ Sería el supuesto de autores más antiguos: WINDSCHEID, B. *Pandette* (trad. it. de Fadda y Bensa de 1902), p. 291, nt. 9; SOLAZZI, S. *Specie de estinzioni... cit.*, p. 179 y ss; GUARNERI CITATI, A. «Legato condizionale e costituzione di servitù pendente condicione», en *Studi Bonfante*, III, p. 439 y ss.

¹⁸⁴ Especialmente a raíz de la publicación de Riccobono de «*Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali*», en *TR*, 3 (1922), p. 333 a 362, si bien Perozzi ya había expuesto, anteriormente, la posibilidad de que el texto de Papiniano recogiera las innovaciones que, en esta materia, habría introducido el pretor, PEROZZI, S. «Perpetua causa nelle servitù prediali romane», en *Rivista italiana per le scienze giuridica*, 14 (1893) y en sus *Scritti*, especialmente en las p. 141 y 142. Vid. CAIAZZO, E. «In tema di servitù *ad tempus*», en *Index*, 25 (1997), p. 334.

¹⁸⁵ La primera parte del texto recogería una regla general del *ius civile* y podría considerarse clásica, a excepción del ejemplo de condición resolutoria “*quamdiu volam*”, que sería una glosa. La segunda parte del fragmento, contendría la corrección establecida por el *ius honorarium*. Mantienen esta opinión, RICCOBONO, S. *Dies e condicio... cit.*, p. 333 y ss; GIUFFRÈ, V. *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante conversione in diritto romano*, Nápoles, 1969, p. 213 y ss; BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. p. 188; GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 116 y ss. y en «*Servitù ad tempus e concezione economica liberalistica della proprietà*», en *Iura*, 20 (1969), p. 148 a 153 y en sus *Scritti*, II, p. 713 a 718, en este último artículo, recupera el estudio que, sobre esta cuestión, realizaba en su monografía; VOCI, P. *Diritto ereditario romano*, II, Milán, 1967, p. 208 y ss. CAIAZZO, E. *In tema di servitù ad tempus... cit.*, p. 333 y ss.

¹⁸⁶ RICCOBONO, S. *Dies e condicio... cit.*, p. 341. Se sumarían a esta interpretación: CIAPESSONI, P. «*Servitus personae e usus personae*», en *Per il XIV centenario della codificazione di Giustiniano*, 1934, p. 930 y ss; MASCHI, C.A. *Contributi... cit.*, p. 320 y ss; BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 190 y ss. Más recientemente, vuelve a defender esta interpretación ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 213 y ss.

punto de vista, con la inclusión de un término inicial (*ex tempore*) o final (*ad tempus*), ni estableciendo una condición suspensiva (*sub condicione*) o resolutoria (*ad certam condicionem*). Papiniano, sin embargo, no expresa el motivo por el que no sería posible tal inclusión, así como tampoco nos dice cuáles serían las consecuencias jurídicas, respecto del acto constitutivo o, en su caso, de la servidumbre, de llegar a incluirse un término o una condición.

Perozzi¹⁸⁷ habría sido el primer autor en subrayar que la referencia a la

¹⁸⁷ PEROZZI, S. *Scritti... cit.*, p. 136 y ss. Una contribución más reciente, sobre la cuestión de la *perpetua causa* en las servidumbres, sería la de GEREZ KRAEMER, G. «El requisito de la *perpetua causa*», en *RIDA*, 45 (1998), p. 229 a 242. Desde la aparición del conocido artículo de Perozzi sobre la *perpetua causa*, la mayor parte de la doctrina ha negado que se trate de un requisito general a todas las servidumbres y vigente en el derecho clásico, en contra de la máxima "*omnes servitutes perpetuas causas habere debent*" (D. 8, 2, 28, Paul. 15 *Sab.*). Esta máxima sería un glosema postclásico, una generalización de una opinión de Paulo, formulada frente a la solución de Sabino en el fragmento anteriormente citado: el jurista de la época del Principado no considera que el "*foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa*" pueda dar lugar a una servidumbre de *flumen*, ya que el agua, en este caso, se procuraría en virtud de la mano del hombre y no de la naturaleza, la causa no sería natural. Sin embargo, Paulo distingue entre el caso en el que el agua que recibiera dicho lugar proviniera de la lluvia y el boquete se utilizara para evacuarla, respecto del caso en el que el boquete se usa sólo para eliminar las aguas de limpieza (que no provienen de la lluvia) de la habitación o *triclinium*. En el primer caso, sí podría hablarse de la existencia de una servidumbre de *flumen*, pues la causa sería natural: "*at quod ex caelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur*". La *perpetua causa* sería un requisito a tener en cuenta en relación con las servidumbres concernientes a las aguas, especialmente a su uso, respecto a las cuales, en las fuentes jurisprudenciales, suele hablarse del requisito de que se trate de *aqua viva* o *perennis*, es decir, aguas que provienen de un manantial, una naciente, un lago, etc.

Si la imposibilidad de añadir un término final o una condición resolutoria se intenta plantear desde el punto de vista de la naturaleza duradera de las servidumbres, de acuerdo con Grosso: si bien es cierto que, por regla general, puede predicarse de las servidumbres un carácter duradero o de continuidad —es decir, la utilidad que obtendría el fundo dominante, en principio, tiende a perdurar en el tiempo, lo que incluso podría explicarse a través de un paralelismo con la propiedad—, no obstante y seguramente debido a la progresiva aparición de diferentes tipos de servidumbres, parece que no podría identificarse un requisito general de perdurabilidad de éstas. En este sentido, las fuentes permiten apreciar casos, en los que determinadas servidumbres se constituyen para finalidades, que han de extinguirse en un concreto momento. Así, por ejemplo, en D. 8, 3, 6, pr. y 1 (Paul. 15 *Plaut.*), se trataría de una servidumbre de extracción de materiales como cal, arena o piedras, para edificar en el fundo dominante. La utilidad, en este caso, finalizaría al acabar la construcción. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 121 y ss.

Asimismo, Paulo en D. 33, 1, 12 (13 *resp.*) parece aceptar la posibilidad de que las servidumbres puedan constituirse por la vida de una persona, pese a que en el caso concreto del que se ocupa, rechaza que se haya constituido una servidumbre entre los fundos legados, ya que las servidumbres *in faciendo consistere nequit*: "*Gaius Seius praedia diversis pagis Maeviae et Seiae legavit et ita cavitt: praestari autem volo ex praediis Potitianis*

imposibilidad de incluir un término final o una condición resolutoria en la constitución de servidumbres, a la que se refiere Papiniano en este texto, nada tendría que ver con el principio de la *perpetua causa servitutis*, frente a la teoría de Vangerow¹⁸⁸. Éste último autor distinguía, en la primera parte del texto de Papiniano, dos reglas diferentes: la primera justificaría la exclusión del término final y de la condición resolutoria, en la constitución de servidumbres, la *perpetua causa*; la segunda, relativa a la exclusión del término inicial y la condición suspensiva, respondería a un fundamento totalmente distinto. Para Perozzi, el texto de Papiniano contiene una única regla y ésta no tiene relación con la *perpetua causa*, pues dicho requisito no habría sido conocido en el derecho clásico como regla general y común a todas las servidumbres.

Para entender por qué no se puede incluir un término o condición en la constitución de las servidumbres, debemos recurrir a otro texto perteneciente al mismo jurista y a la misma obra y con el que la exposición de Papiniano de D. 8, 1, 4 pr., al menos en esta primera parte, se encontraría en plena armonía, D. 50, 17, 77 (Pap. 28 *quaest.*):

Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem. Nonnumquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub condicione

*praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundaie annua librarum singula milia': quaero, an id legatum defuncta legataria extinctum sit. **Paulus respondit servitatem iure constitutam non videri neque in personam neque in rem: sed fideicommissi petitionem competisse ei, cui praedia Lutatiana legata sunt, et ideo, cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri**". Sobre el fragmento, vid. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 125 y ss.*

La misma idea puede extraerse de la parte final del texto de Papiniano D. 8, 3, 4 (2 *resp.*): *Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur: si tamen testator personam demonstravit, cui servitatem praestari voluit, emptori vel heredi non eadem praestabitur servitus.*

¹⁸⁸ VANGEROW, K.A. *Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg-Leipzig, 1865-1869, p. 711.

promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur, si obligationis condicio exstiterit: quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.

Los actos legítimos, que no admiten término ni condición, como serían la *mancipatio*¹⁸⁹, la *acceptilatio*, la adición de herencia, la opción de esclavo, la dación de tutor, se vician en su totalidad por la adición de término o condición. Pero algunas veces, estos actos, admiten tácitamente circunstancias que, de manera expresa supondrían un vicio. Porque si se diera por recibido a aquél que prometió bajo condición, se entendería que la *acceptilatio* habría producido algún efecto, si se hubiera dado la condición incluida en la obligación, condición que de ser entendida tajantemente en las palabras de la *acceptilatio*, convertirían el acto en nulo.

Este texto de Papiniano, que claramente habría sido modificado por los compiladores —al menos en cuanto a la lista de actos que recoge—, expresa que determinados negocios, que entrarían dentro de una categoría general de actos denominados “actos legítimos”, no admitirían la adición de condiciones ni términos, pues su incorporación en el negocio lo viciaría en su totalidad. En el texto también podríamos identificar dos partes e incluso un paralelismo entre ambos fragmentos de las *quaestiones* de Papiniano: en la primera parte se hace referencia, del mismo modo que ocurría en el texto de D. 8, 1, 4 pr., a la imposibilidad de añadir *dies* o *condicio* en los actos legítimos que enumera, ya que esto daría lugar a la nulidad del acto; en la segunda parte, el jurista puntualiza la regla que acaba de expresar, advirtiendo que tácitamente, *dies* o *condicio* sí pueden tenerse en cuenta, hecho que ilustra con un ejemplo relativo a una *acceptilatio* que incluye una condición (“*qui sub condicione promisit*”).

¹⁸⁹ A pesar de que el texto habla de emancipación, se encuentra plenamente aceptado que el texto original se refería a la *mancipatio*, pues los compiladores debieron eliminar del texto aquellos actos que no estaban vigentes en época justiniana o incluso modificar su denominación. En el análisis del texto que sigue a continuación, volveremos a tratar esta cuestión.

Como actos legítimos, el texto sólo menciona la *mancipatio* —a pesar de que el texto habla de emancipación, se entiende que los compiladores eliminaron, en este punto, la mención a la *mancipatio*, que no era de aplicación en época justiniana, y posiblemente la de otros actos en los que ésta tenía lugar, como la *datio in adoptionem*, la *emancipatio* (la única mantenida en el texto), o la *coemptio*¹⁹⁰, la *acceptilatio*, la *aditio hereditatis* —posiblemente el texto original sólo hablase de la *cretio* (D. 29, 2, 51, 2, Afr. 4 *quaest.*)— y la *servi optio*. Aunque el texto también incluye la *datio tutoris* como acto legítimo, seguramente el texto original recogía la *tutoris optio*, en el caso de la mujer púber *sui iuris*¹⁹¹.

El texto no los cita, pero también debieron entrar en la categoría de actos legítimos: la *solutio per aes et libram* (Frag. Vat. 329, Pap. 2 *resp.*); la *auctoritas interpositio* del tutor (ex D. 26, 8, 8, Ulp. 48 *Sab.*), la *cognitoris datio* (Frag. Vat. 329, Pap. 2 *resp.*) y la *in iure cessio* —para la que debe tenerse en cuenta, que sí se admitió la adición del término final, en el caso del usufructo constituido a través de *in iure cessio*, precisamente por la naturaleza temporal de este derecho (Frag. Vat. 48, Paul. 1 *man. ex trib.*). Tampoco habrían admitido la adición de términos o condiciones algunos tipos de *manumisiones*, a excepción de la *manumissio* testamentaria o fideicomisaria, que sí aceptarían la inclusión de término inicial o de condición suspensiva. La *adrogatio* también podría quedar incluida dentro de los actos legítimos, en tanto que no sería pensable, por la naturaleza del acto, que en él se incluyeran términos o condiciones¹⁹².

¹⁹⁰ RICCOBONO, S. *Dies e condicio... cit.*, p. 335 y 336, especialmente, nt. 1; ALBANESE, B. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 267.

¹⁹¹ Cfr. ALBANESE, B. *Gli atti negoziali... cit.*, p. 267, nt. 107.

¹⁹² RICCOBONO, S. *Dies e condicio... cit.*, p. 335 y ss. ALBANESE, B. *Gli atti negoziali... cit.*, p. 268.

La denominación de *actus legitimus* se explicaría, seguramente, por la forma originaria de cada uno de estos negocios, que implicaría que los ciudadanos debieran pronunciar de forma rigurosa determinadas palabras prescritas de antemano (*lex dicta*). De no observarse estas formalidades, el negocio no daría lugar a las consecuencias jurídicas deseadas por las partes.

El texto de Papiniano expresa, de manera general, que estos actos legítimos no aceptan *diem vel condicionem*. Las referencias a la condición que se encuentran en las fuentes jurisprudenciales, en su mayoría, suelen ser relativas a la condición suspensiva, ya que ésta sería la principal condición que conoció el derecho romano. Lo mismo sucedería en el caso del término, que suele relacionarse con el término inicial (*ex die*)¹⁹³. Tanto la condición suspensiva como el término inicial se caracterizan por postergar la producción de efectos jurídicos del negocio en cuestión, hasta un determinado momento: en el caso de la condición, hasta que ésta se cumpla, es decir, hasta que tenga lugar un acontecimiento futuro y objetivamente incierto; en el caso del término, hasta la llegada de una fecha determinada o determinable. Hasta dicho momento, se dice que el negocio se encuentra en suspenso.

Por su parte, la condición resolutoria y el término final suponen la cesación de los efectos jurídicos del negocio. Éste genera sus efectos normalmente, como si fuera un negocio puro, pero si se cumple la condición o al producirse la llegada del término, los efectos cesan y el negocio se resuelve. La condición resolutoria y el término final chocarían con la naturaleza propia de determinados derechos, como serían la propiedad o las servidumbres, que tradicionalmente son concebidos como permanentes o duraderos (Cfr. Frag. Vat. 283, Diocl. et Max. a. 286), de ahí que no se considere admisible su adición en aquellos negocios que versan sobre estos derechos. No obstante,

¹⁹³ En este sentido, ÁLVAREZ, U. *El negocio jurídico en el derecho romano*, Madrid, 1954, p. 23 y ss. ALBANESE, B. *Gli atti negoziali... cit.*, p. 272 y ss.

estos elementos sí que gozarían de gran aplicación, en el caso de los negocios que tienen por objeto la generación o transmisión de obligaciones, debido a la naturaleza temporal de los derechos de crédito.

Si regresamos al fragmento de D. 8, 1, 4 pr., podemos entender por qué motivo Papiniano expresa, en la primera parte del texto, que no es posible constituir conforme al *ius civile* una servidumbre, sometiéndola a condición o a término.

Cuando Papiniano se refiere a la constitución de servidumbres *ipso iure*, nos parece que resulta innegable que se está refiriendo a la constitución a través de *mancipatio* o de *in iure cessio* —también se vería afectada la *deductio*, pues en ella tiene lugar una *mancipatio*—; a su vez, la constitución a través de legado sí permitiría incluir una condición suspensiva o un término inicial. Como actos legítimos que son, ni la *mancipatio* ni la *in iure cessio* admitirían condiciones o términos, de modo que su inclusión en el acto determinaría la nulidad de éste. La segunda parte del texto claramente estaría en contradicción con esta regla, ya que supone que el acto no es considerado nulo, sino simplemente que el término o condición se tengan por no puestos, pero puedan ser recuperados *ope exceptionis*¹⁹⁴. Mientras, en la primera parte del texto, Papiniano no necesita refrendar la regla que está expresando, pues se basa en el *ius civile*, en la segunda parte del fragmento, al estar introduciendo una corrección de la regla, a la que acaba de referirse, por parte del *ius honorarium*, el jurista justifica su afirmación las opiniones de Sabino y del discípulo de éste, Casio.

¹⁹⁴ Voci se plantea la hipótesis de que los titulares de los fundos sirviente y dominante pudieran concluir un pacto, tras la constitución de la servidumbre, conforme al cual se establecería, *ad exemplum*, que la servidumbre sólo podría ser ejercida por quien fuera, en ese momento, titular del fundo dominante, o que sólo podría ejercerse durante un determinado tiempo. No parece que éste deba ser el caso de D. 8, 1 4 pr. VOCI, P. *Diritto ereditario romano... cit.*, p. 196 y ss. Cfr. GIUFFRÈ, V. *L'utilizzazione degli atti giuridici... cit.*, p. 218 y 219.

Para algunos autores¹⁹⁵, la referencia inicial en el texto al término y a la condición genera ciertas dudas en cuanto a su autenticidad, pues en ella puede observarse que el jurista mezcla las condiciones y términos, a pesar de que su adición no tendría las mismas consecuencias, respecto del acto legítimo —en este caso, la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Según estos autores, la adición de una condición suspensiva al acto constitutivo de la servidumbre o de un término inicial supondría la nulidad del acto, en tanto que afectan directamente al negocio y no a la servidumbre que éste pretende crear. Por contra, la condición resolutoria y el término final inciden directamente sobre la servidumbre y no sobre el acto, motivo por el cual la nulidad no afecta a todo el negocio, sino al término o condición añadidos, que se tienen por no puestos, pero son recuperados en virtud del *ius honorarium* a través de la *exceptio pacti* o *doli*.

Esta argumentación se fundamentaría, en primer lugar, en una interpretación *a contrario* de Frag. Vat. 48¹⁹⁶, según la cual, si es posible constituir *ad tempus* el usufructo a través de *mancipatio* o *in iure cessio*, por el carácter temporal de este derecho, *a contrario*, se deduce que, allí donde el derecho no admite término final —caso de la servidumbre—, la nulidad no afecta al acto, sino a la sola *adiectio temporis*, que se considera no formulada¹⁹⁷. Y en segundo lugar, en el hecho de que la misma solución puede observarse, respecto de la *stipulatio* en la que se incluye una condición resolutoria o un término final, en D. 44, 7, 44, 1 (Paul. 74 *ad ed.*)¹⁹⁸, D. 45, 1,

¹⁹⁵ En este sentido, GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 118 y ss; CAIAZZO, E. *In tema di servitù ad tempus... cit.*, p. 336.

¹⁹⁶ Frag. Vat. 48 (Paul. 1 *man. ex trib.*): *Ad certum tempus et in iure cedi et legari et officio iudicis constitui potest.*

¹⁹⁷ BRUTTI, M. *La problemática del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milán, 1973, p. 668.

¹⁹⁸ D. 44, 7, 44, 1 (Paul. 74 *ad ed.*): *Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem. Ex die veluti " kalendis martiis dare spondes?" cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur. Ad diem autem " usque ad kalendas dare spondes?" placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum: nam*

56, 4 (Iul. 52 *dig.*)¹⁹⁹ e I. 3, 15, 3²⁰⁰. De la lectura de estos fragmentos puede extraerse que la *stipulatio* sí admitiría la condición suspensiva o el término inicial, pero no el término final o la condición resolutoria, que se tienen por no puestos y “pure facta obligatio intellegitur et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest”²⁰¹. Sin embargo, se concede la *exceptio pacti conventi* o la *exceptio doli* si se ejerciera la acción derivada del contrato verbal sin respetar el término final o condición resolutoria acordados.

Concretamente, Juliano en D. 45, 1, 56, 4 (Iul 52 *dig.*) aplica la misma solución, en el caso de una servidumbre de paso constituida con carácter vitalicio: “servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet”. En el texto, Juliano razona acerca de una *stipulatio* en la que se promete pagar una cantidad de dinero durante la vida del estipulante (la *stipulatio* incluiría una condición resolutoria) y la compara con otra *stipulatio*, en la que el promitente se obliga a pagar hasta cierta fecha “in kalendas” (término final), preguntándose, en cada supuesto, cuál habría sido la voluntad del estipulante.

Los ejemplos que expone Juliano nos conducen a pensar que, muy

quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi. Plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoverti poterit. Sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret.

¹⁹⁹ D. 45, 1, 56, 4 (Iul. 52 *dig.*) *Qui ita stipulatur: "decem, quoad vivam, dari spondes?", confestim decem recte dari petit: sed heres eius exceptione pacti conventi summovendus est: nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est, quemadmodum is, qui usque in kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur. Nam et heres eius, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur.*

²⁰⁰ I. 3, 15, 3: *At si ita stipuleris DECEM AUREOS ANNUOS, QUOAD VIVAM, DARE SPONDES?, et pure facta obligatio intellegitur et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest. Sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.*

²⁰¹ Sobre la inclusión de condiciones y términos en la *stipulatio*, vid. COCH ROURA, N. *La forma estipulatoria... cit.*, p. 245 y ss.

posiblemente, en este caso, el jurista se estuviera ocupando de una *stipulatio* de ejercicio relativa a la servidumbre de paso y no forzosamente de una servidumbre constituida a través de *in iure cessio*, como entienden Solazzi o Grosso²⁰². El jurista compararía la inclusión del término final o de la condición resolutoria en el caso de diferentes *stipulationes*, cuyo objeto es una obligación de *dare*, con el caso de una *stipulatio* que tiene por objeto una obligación de *facere* (o *non facere*) relativa a una servidumbre. En ambos casos, la obligación tiene un carácter vitalicio, el promitente se obliga mientras viva el estipulante. Para Juliano la solución es la misma en los dos supuestos, cumplida la condición resolutoria —esto es la muerte del estipulante—, no se produciría la extinción *ipso iure* de la obligación, sino que, frente a la reclamación de los herederos, el promitente puede oponer la *exceptio pacti* y, aunque no la menciona, con toda seguridad también la *exceptio doli*. Por tanto, la cláusula resolutoria actuaría a modo de *pactum de non petendo*, que daría lugar a la extinción de la obligación verbal *ope exceptionis*²⁰³.

Como decíamos, no nos parece que Juliano se esté ocupando en este supuesto de una servidumbre constituida a través de *in iure cessio*, y que los

²⁰² Para estos autores Juliano, en vez de “*servitus praedii ita concessa*” debió decir, en el texto original, “*servitus praedii in iure cessa*”. SOLAZZI, S. *Requisiti... cit.*, p. 75 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 119. Para Riccobono se habría suprimido la mención a la *stipulatio* y el texto debió indicar en cuanto a la servidumbre “*stipulatione concessa*”, RICCOBONO, S. *Dies e condicio... cit.*, p. 342. Para Provera, este caso recogería un ejemplo de constitución de servidumbre *pactionibus et stipulationibus*, aunque la razón fundamental para sostener esta idea es la inadmisibilidad de las condiciones y términos resolutorios en la *mancipatio* o en la *in iure cessio*, PROVERA, G. *Servitù prediali... cit.*, p.12. Asimismo, FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 393, entiende que el uso de *concedere* en el texto no tiene necesariamente un valor técnico.

Para Zuccotti, no resulta del todo clara la relación que quiere establecer Juliano entre las diferentes *stipulationes* que recoge en el fragmento y la parte final del texto. Aunque no le cabe duda de que se trata de una servidumbre constituida *pactionibus et stipulationibus*, no le parece pensable que los compiladores hayan eliminado la referencia a la *stipulatio*, ni que el jurista se estuviera refiriendo a que la reclamación de los herederos debiera tener lugar estrictamente a través de la *actio ex stipulatu*, pues, paso previo al ejercicio de ésta, se encontraría el ejercicio de los interdictos (*vid.* p. 207 y ss). Más adelante, en este mismo epígrafe, nos pronunciamos sobre esta cuestión. ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale delle servitù... cit.*, p. 203 y ss.

²⁰³ En el mismo sentido, COCH ROURA, N. *La forma estipulatoria... cit.*, p. 139 y 140.

compiladores hubieran eliminado la referencia a este acto legítimo. Nos parece más razonable entender que Juliano recoge un caso de *stipulatio* de ejercicio de la servidumbre, pese a que ciertamente no hace mención expresa de la *stipulatio*, pero la referencia a ella está presente de manera inherente en todo el fragmento. Todo ello, con independencia de que la servidumbre fuera constituida conforme al *ius civile* o *pactionibus et stipulationibus*, aunque nos parece mucho más probable esta última opción, ya que de haberse constituido la servidumbre a través de *mancipatio* o *in iure cessio*, las partes bien podrían haber introducido la cláusula resolutoria en la realización del mismo acto legítimo, en las *leges dictae* y ésta mención se entendiera por no realizada, sin necesidad de incluirla, además, en una *stipulatio* de ejercicio adjunta.

Para acabar de descartar que Juliano estuviera comparando la inclusión de cláusulas resolutorias en el caso de *stipulationes* con el supuesto de la constitución de servidumbres a través de actos legítimos y, por tanto, poder afirmar que nos encontramos ante un caso de *stipulatio* de ejercicio y de constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, téngase en cuenta, además, que, en el mismo texto, se está refiriendo a *stipulationes* a las que se les ha añadido una condición resolutoria y un término final, respectivamente. Asimismo, el fragmento de D. 45, 1, 56 se refiere a diferentes supuestos de *stipulationes*, en algunas de las cuales, el estipulante incluye a sus herederos o incluso a un *adiectus solutionis causa*, promesas a favor de los que están sometidos a su potestad, etc. También resulta bastante ilustrativo el título que Lenel²⁰⁴ concede al libro 52 *digestorum* “De stipulationibus/ De verborum obligatione”.

Como hemos expresado al analizar Gai. 2, 31, estas *stipulationes* de ejercicio solían recoger la *mentio heredis*, para asegurar su transmisibilidad.

²⁰⁴ LENEL, O. *PIC*, I, § 697, p. 453. En cualquier caso, el jurista se fija más en las consecuencias de la inclusión de la condición resolutoria, que no en el acto constitutivo en concreto de la servidumbre de paso.

Mención que en este caso no tendría sentido, al haberse incluido la condición resolutoria. De ahí que, probablemente, los herederos del titular del fundo dominante, partiendo de la inadmisibilidad de la condición resolutoria o del término final, y del carácter duradero de las servidumbres, hubieran intentado —y no sin cierta malicia— la *actio ex stipulatu*²⁰⁵ contra el titular del fundo sirviente, al verse impedidos en el ejercicio de la servidumbre de paso, con la finalidad de reclamar la pena —recordemos que normalmente, este tipo de *stipulationes* incluyen una pena para el caso de su incumplimiento. El titular del fundo sirviente podría oponer, en tal caso, ante los herederos, la *exceptio pacti conventi* o la *exceptio doli*²⁰⁶.

²⁰⁵ ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 205 y ss. Entender que el caso se refiere al ejercicio de la *actio ex stipulatu*, según Zuccotti, es “una congettura certo legittimata de anzi per vari versi anche suggerita dal passo stesso, ma non una certezza definitiva e soprattutto tale da escludere ogni altra concomitante possibilità di estrinsecazione del rapporto contenzioso tra le parti...non è per questo vero che l'*actio ex stipulatu* esaurisse ogni tutela del titolare in ordine a tale diritto, poiché com'è ovvio prima di arrivare ad essa vi è il fondamentale momento della tutela interdittale della servitù.”

Para este autor, cabe la posibilidad de que los herederos del titular del fundo dominante se hicieran valer de los interdictos, posiblemente del *interdictum de itinere actuque privato*, pues en algunos supuestos, las fuentes recogen la concesión de *exceptiones* similares a la *exceptio pacti* frente al ejercicio de la tutela interdictal: D. 43, 24, 3, 2-4 (Ulp. 71 *ad ed.*) se concede la *exceptio si permiserit* en el caso del *interdictum quod vi aut clam*; D. 39, 1, 1, 10 (Ulp. 52 *ad ed.*) en el caso de la denuncia de obra nueva, se concede una *conventionis exceptio* cuando las partes convinieron la realización de la obra; D. 43, 26, 12 pr. (Cels. 25 *dig.*), se niega que el precarista disponga de una *exceptio* un pacto relativo a un término final, cuando el dueño de la cosa que se posee en precario la reclama, antes de la llegada del término.

Nada impediría, por tanto, que los herederos recurrieran, con carácter previo al ejercicio de la correspondiente acción, a la vía interdictal, como indica Zuccotti, y que la cláusula resolutoria fuera tenida en cuenta por el pretor en la *causae cognitio*. Aunque nos parece, sin embargo, más plausible interpretar que los herederos del estipulante, no habiendo sido expresamente mencionados en la *stipulatio* —por motivos obvios— no procederían, en este caso, con la finalidad de asegurarse el ejercicio de la servidumbre, sino más bien con el objetivo del cobro de la pena prometida en la *stipulatio* de ejercicio, pues parece evidente que existe una cierta mala fe en su conducta. Por otra parte, en los restantes supuestos de *stipulationes* a los que se refiere Juliano en este texto, la *exceptio pacti* o *doli* se ejercería frente a la acción derivada del contrato de *stipulatio*, pues no es posible el ejercicio de un interdicto. Todo ello, sin olvidarse de que, en este texto, Juliano parece ocuparse, desde un punto de vista genérico, del valor de las cláusulas resolutorias en la *stipulatio* y cómo éstas se hacen valer frente a la reclamación del estipulante o de sus herederos.

²⁰⁶ En relación con la concesión de la *exceptio pacti* o la *exceptio doli*, de acuerdo con Talamanca, en D. 8, 1, 4 pr. la concesión de la *exceptio pacti* se podría considerar una innovación introducida por Papiniano, la opinión de Juliano, quien la concede en D. 45, 1, 56, 4 (*supra*); mientras que Sabino y Casio, seguramente, hubieran concedido sólo la

La mezcla de condiciones y términos en el inicio de D. 8, 1, 4 pr. ha sido interpretada partiendo de dos hipótesis diferentes: Papiniano interpretaría que la *mancipatio* y la *in iure cessio* serían nulas, con independencia del tipo de término o condición que se incluyera en dicho negocio, de manera que la referencia a la *exceptio pacti* o *doli*, en la parte final del fragmento, sería un añadido realizado en época postclásica o por los compiladores, partiendo de que esa misma solución es la que aportarían otros juristas en casos similares; o bien, que Papiniano sí distinguiera la diversidad de regímenes entre las condiciones y términos y el texto que encontramos en el Digesto se encuentre epitomado. Esta última opción sería la que defenderían autores como Grosso o Caiazzo²⁰⁷.

Esta explicación no nos parece del todo satisfactoria, pues hay que tener en cuenta: por una parte, que Papiniano, en D. 8, 1, 4 pr., se está refiriendo a la constitución de servidumbres a través de actos legítimos (*mancipatio* e *in iure cessio*), en los que se incorpora una cláusula suspensiva o resolutoria; y por otra, que se intenta justificar la solución final del texto, partiendo de lo que ocurriría en el caso de la *stipulatio* sometida a condición o término resolutorios, sin considerar que la *stipulatio*, aun siendo un contrato formal, no es un acto legítimo y además sí admitiría cláusulas suspensivas.

exceptio doli (Cfr. D. 8, 3, 13 pr. Iav. 9 ex Cass.). TALAMANCA, M. «*Conventio* e *stipulatio* nel sistema dei contratti romani», en *Le Droit romain et sa reception en Europe*, Varsovia, 1978, p. 241.

Por contra, Wacke considera que se concederían ambas *excepciones*, partiendo del hecho de que la *exceptio pacti* sería más antigua que la *exceptio doli*, ésta última no sería en ningún caso una *exceptio* subsidiaria, sino que más bien cumpliría con una función de auxilio en aquellos casos en los que el demandado no pudiera oponer la *exceptio pacti*. Igualmente, el demandado siempre podría acumular ambas *excepciones* (cfr. D. 2, 14, 10, 2 Ulp. 4 *ad ed.*). WACKE, A. «Zur Lehre vom *pactum tacitum* und zur Aushilfsfunktion der *exceptio doli*», en *SZ*, 90 (1973), p. 220 a 261.

²⁰⁷ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 120. CAIAZZO, E. *In tema di servitù ad tempus... cit.*, p. 336. SANTOS ROJOS, C. *La reserva de servidumbre... cit.*, p. 139 y ss.

La denominación *actus legitimus*, como expresábamos anteriormente, tendría que ver con el sometimiento de dichos actos al cumplimiento de unas determinadas solemnidades, entre las cuales, la pronunciar unas concretas palabras prescritas (*lex dicta*). La inclusión, en esta declaración solemne y rigurosamente preestablecida, de cualquier tipo de condición o término, ya fueran suspensivos o resolutorios, no tendría cabida posible y determinaría la nulidad del acto²⁰⁸, a pesar de que ciertamente las condiciones o términos resolutorios no incidirían sobre la eficacia del acto, sino la de la servidumbre constituida. De este modo, nos parece muy posible que Papiniano, al expresar la regla del *ius civile*, estuviera refiriéndose a la nulidad del acto con independencia del tipo de condición o término añadido.

La solución prevista por la jurisprudencia, en relación con las *stipulationes* sometidas a cláusulas resolutorias, sería extrapolable al caso de la constitución de servidumbres a través de un acto legítimo, pero no nos parece del todo admisible considerar, en el caso de los actos legítimos, que los únicos términos o condiciones que pudieran hacerse valer *ope exceptionis*, en época clásica, debieran ser las cláusulas resolutorias y no las suspensivas, aún cuando, evidentemente, éstas últimas incidieran sobre la eficacia del acto legítimo. Ha de tenerse en cuenta, que la *stipulatio* sí aceptaría las cláusulas suspensivas, de modo que no habría planteado problemas su inclusión en este tipo de contratos, a diferencia de las cláusulas resolutorias²⁰⁹. Nos parece concebible que las cláusulas suspensivas, impuestas en el caso de los actos legítimos, y siempre y cuando la naturaleza de la relación jurídica resultante las admitiera, hubieran sido consideradas como no puestas, del mismo modo que ocurre con las cláusulas resolutorias, de manera que se habría mantenido el negocio, concediendo eventualmente las *exceptiones pacti o doli* para hacer

²⁰⁸ ALBANESE, B. *Gli atti negoziali... cit.*, p. 268.

²⁰⁹ En cualquier caso, como haría la jurisprudencia republicana, siempre cabría la posibilidad de plantear una condición resolutoria desde el punto de vista de una condición suspensiva contraria. Cfr. ÁLVAREZ, U. *El negocio jurídico... cit.*, p. 28 y ss.

valer dichas cláusulas²¹⁰.

Debe tenerse en cuenta, que la corrección operada por el *ius honorarium* se enmarcaría en un proceso que tiende a reconocer o a otorgar relevancia a la *voluntas* de las partes y a la conservación del negocio, en la medida en que ello sea posible. Ya desde el s. III a. C., como destacaba Corbino²¹¹, el derecho romano estaría viviendo un proceso que tiende hacia un reconocimiento gradual pero inexorable de la voluntad como causa directa capaz de determinar efectos con independencia de la forma a través de la cual ésta se exprese. Así por ejemplo, y en relación con la *stipulatio*, en este proceso de reconocimiento del elemento de la *voluntas*, el mismo autor subraya que la forma de este contrato se presenta como forma *ad substantiam* respecto del consenso, pero no respecto de su contenido, que ha de ser valorado su concreta dimensión, con independencia de la medida en que la forma llegue a cubrirlo.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las cláusulas suspensivas sí estarían admitidas no sólo en el caso de la constitución de la servidumbre a través de legado, sino que también en el caso de constitución *pactionibus et stipulationibus*, por la estructura de este modo de constitución. No sería extraño, por tanto, que, merced al *ius honorarium*, estas cláusulas suspensivas se pudieran hacer valer *ope exceptionis* y que no nos encontremos, en este caso, ante un simple epítome como defenderían Grosso o Caiazzo.

Para algunos autores, como sería el caso de Riccobono²¹², la mención de

²¹⁰ Parece aceptar la eficacia *ope exceptionis* de las cláusulas suspensivas ALBANESE, B. *Gli atti negoziali... cit.*, p. 311 y ss.

²¹¹ CORBINO, A. *Il formalismo negoziale... cit.*, p. 88 y ss. Asimismo, SACCONI, G. *Ricerche sulla stipulatio... cit.*, p. 168 y ss.

²¹² RICCOBONO, S. *Dies e condicio... cit.*, p. 341. Cuya opinión comparten: CIAPESSONI, P. «*Servitus personae e usus personae*», en *Per il XIV centenario della codificazione di Giustiniano*, 1934, p. 930 y ss; MASCHI, C. A. *Contributi... cit.*, p. 320 y ss; BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 190 y ss. ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 210 y ss. FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 394 y 395.

“placita” en D. 8, 1, 4 pr. *in fine*, determinaría que la servidumbre de la que habla Papiniano, hubiera sido constituida *pactionibus et stipulationibus* y sobre suelo provincial, aunque la mención a éste último habría sido eliminada por Justiniano, al ser superflua en su época. El texto no recogería, sin embargo, la mención a la *stipulatio* de ejercicio que acompañaría al pacto, que sí aparecería implícitamente en Juliano D. 45, 1, 56, 4 (*supra*). De este modo, partiendo de que se trataría de un fragmento perteneciente a las *quaestiones*, cabría tener en cuenta que los juristas, en este tipo de obras casuísticas, examinarían desde todas las perspectivas posibles la *quaestio* que les ocupa, para ofrecer un estudio exhaustivo del asunto. De ahí la posibilidad de que Papiniano, en el estudio de la *quaestio*, se fijara en la inclusión de *dies* y *condicio* en el caso de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*. Las servidumbres de este modo constituidas, y reconocidas como tales por el derecho pretorio, no contarían con las limitaciones derivadas de las reglas del *ius civile*, sino que evidenciarían las ventajas que dicha constitución suponía frente a los actos legítimos del *ius civile*. En el caso de las *pactiones et stipulationes*, la inclusión de *dies* o *condicio* no supone la nulidad del acto, como ocurre en el caso de los actos constitutivos del *ius civile* (*mancipatio* e *in iure cessio*), sino que, en el caso de la *stipulatio*, dichas cláusulas se tienen por no puestas, pero se concedería la *exceptio pacti* o *doli* frente al estipulante que no respetara la cláusula acordada.

Para Riccobono, esta solución sería atribuible a Sabino, es más, sería la escuela de los Sabinianos la responsable de la afirmación enérgica del valor de la *voluntas* y de las convenciones en los actos solemnes y, en primer lugar, en la *stipulatio*²¹³.

En este punto, debemos mostrar nuestra conformidad con la opinión de

²¹³ RICCOBONO, S. *Dies e condicio... cit.*, p. 343.

aquellos autores que ponen en duda que “*placita*”, en D. 8, 1, 4 pr., sea una referencia a las *pactiones et stipulationes* como acto constitutivo de las servidumbres, aunque cabe resaltar que nos encontramos a finales de la época clásica y que, con toda seguridad, el uso de las *pactiones et stipulationes* para la constitución de servidumbres debía estar al orden del día, hecho que no es tenido en cuenta en la mayoría de ocasiones.

Ciertamente, no parece que Papiniano esté comparando, en este fragmento, diversos modos de constitución de las servidumbres ni estudiando cómo incidirían sobre éstos la inclusión de cláusulas temporales. En este sentido, más bien parece que el jurista, estudiando la inclusión de condiciones o términos suspensivos o resolutorios al constituir una servidumbre, desde un punto de vista teórico, en primer lugar, para después pasar a la práctica, subraye cómo, a través del derecho pretorio, se concede relevancia a determinados acuerdos, mediante los cuales, las partes modulan la vigencia de la servidumbre conforme a sus especiales intereses. Se trataría por tanto, de estudiar cómo se otorga reconocimiento a la voluntad de las partes en estos casos²¹⁴. Estos acuerdos, relativos a la adición de cláusulas suspensivas o resolutorias, adquieren relevancia, desde el punto de vista del derecho pretorio, a través de la concesión de la *exceptio pacti* y la *exceptio doli*.

Razón de peso, además, para mantener esta interpretación sería la ubicación del fragmento, pues este texto de Papiniano precede al que recoge el *modus servitutis* (D. 8, 1, 4, 1) y, asimismo, en D. 8, 1, 4, 3, el jurista de la época de los Severos claramente distingue los intervalos de días y horas, que considera dentro del *modus*, respecto de las cláusulas relativas al tiempo (cláusulas suspensivas o resolutorias). En este texto el jurista, se ocuparía, por tanto, de estudiar cómo la voluntad de las partes puede incidir sobre la

²¹⁴ En este mismo sentido, TALAMANCA, M. *Conventio e stipulatio... cit.*, p. 240 y ss; GIUFFRÈ, V. *L'utilizzazione degli atti giuridici... cit.*, p. 224 y ss; BRUTTI, M. *La problematica... cit.*, II, p. 666 y ss; CAIAZZO, E. *In tema di servitù ad tempus... cit.*, p. 335.

configuración de la servidumbre, en el momento de su constitución, a través de la inclusión de elementos accesorios, para adecuarla a sus necesidades e intereses²¹⁵.

En lo que se refiere a las servidumbres constituidas a través de *pactiones et stipulationes*, la propia naturaleza y estructura de éstas, permitiría a las partes incluir las cláusulas suspensivas o resolutorias que consideraran oportunas, éstas quedarían reflejadas en la *stipulatio* de ejercicio y se harían valer a través de la *exceptio pacti* o *doli*. No sería extraño que, en la praxis diaria, hubiera surgido la necesidad de incorporar este tipo de cláusulas, para limitar la vigencia de las servidumbres a la vida del titular del fondo sirviente — piénsese en el titular del fondo sirviente, temeroso de quién pudiera beneficiarse de la servidumbre constituida a favor del vecino, después de su muerte, o incluso, en previsión de un cambio en la persona del titular del fondo dominante al producirse la enajenación del predio. Esta limitación habría sido posible, en un primer momento, para las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*, pues estas cláusulas, como hemos visto, no viciaban la *stipulatio* de ejercicio; y posteriormente, la misma solución prevista para la *stipulatio*, se hubiera aplicado a las servidumbres constituidas *iure civili*.

Especial referencia merece la opinión de Zuccotti²¹⁶ en relación con este texto de Papiniano, en cuya parte final, advierte una clara alusión a la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*. Para este autor, el conjunto de la referencia final “*occurrentur contra placitam servitutum vindicanti*” no sería obra de Papiniano, sino que se trataría de un epítome de la opinión de este jurista, que contribuye a oscurecer aún más el fragmento. Considera que el uso del término *placitum* es bastante infrecuente en la jurisprudencia clásica y más propio del lenguaje burocrático de la cancillería, de

²¹⁵ Vid. CURSI, M.F. *Il modus servitutis... cit.*, p. 321 a 325. LENEL, O., *PIC*, I, § 129, p. 823.

²¹⁶ ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale delle servitù... cit.*, p. 210 y ss.

las constituciones imperiales. Justamente y a través de una búsqueda en la base de datos *BIA*²¹⁷, el profesor italiano confirma que su uso por la jurisprudencia se da en once textos y todos ellos pertenecientes a juristas de la época de los Severos y posteriores, frente a los más de ciento veinte textos pertenecientes a constituciones imperiales y compilaciones postclásicas de *iura*, casos en los que además se hace referencia a la tutela de los pactos mediante *exceptiones*. Teniendo en cuenta la vinculación de Papiniano con la cancillería imperial²¹⁸, precisamente en época de los Severos, no parece tan extraño el uso del término “*placita*”, un término de uso tardío y que irremediablemente nos recuerda la definición de pacto de Ulpiano de D. 2, 14, 1, 2 (4 *ad ed.*): “*et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*”.

Igualmente, el uso de *vindicare* en este texto de Papiniano, más que una referencia a la *vindicatio servitutis*, para este autor, parece utilizarse de forma genérica e impropia, como queriendo indicar “*agire in giudizio*”. Este uso del término *vindicare* estaría presente en la legislación postclásica y justiniana, aunque aparecería ya en la jurisprudencia severiana, a tenor de una nueva consulta de la base de datos *BIA*²¹⁹.

²¹⁷ ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale delle servitù... cit.*, p. 213, nt. 378. Concretamente:

- Textos pertenecientes a Papiniano: D. 17, 1, 7 (3 *resp.*), D. 23, 4, 26, 4 (4 *resp.*), D. 46, 3, 96, 2, (11 *resp.*), D. 8, 1, 4 pr. (7 *quaest.*).
- Textos pertenecientes a Ulpiano: D. 2, 14, 1, 2 (4 *ad ed.*) y D. 10, 2, 20, 3 (19 *ad ed.*), éste último incluye cita a Papiniano.
- Un texto de Modestino: D. 22, 1, 41, 2 (3 *resp.*).
- Textos pertenecientes a Hermogeniano: D. 2, 15, 16 (1 *iur. epit.*), D. 5, 1, 53, 1 (1 *iur. epit.*), D. 2, 14, 45 (2 *iur. epit.*) y D. 21, 2, 74 pr. (2 *iur. epit.*).

²¹⁸ Afirma en D. 22, 1, 3, 3 (Pap. 20 *quaest.*) haber sido *adessor* del prefecto pretorio. Habría sido *magister libellorum*, en época de los Severos, de acuerdo con Trifonino, D. 20, 5, 12pr. (8 *disp.*) y prefecto pretorio en el año 203, como sucesor de Plautiano, según Paulo D. 12, 1, 40 (3 *quaest.*).

KUNKEL, W. *Die römischen Juristen... cit.*, § 56, p. 224 y ss. KNÜTEL, R. voz «Papinianus, Aemilius», en *Juristen... cit.*, p. 485 y 486. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. voz «Emilio Papiniano», en *Juristas universales... cit.*, p. 192 y ss.

²¹⁹ En esta ocasión, el resultado sería de 1235 textos en los que aparece la raíz “*vindic**”. A través de esta consulta, se advierte que no se da con mucha frecuencia un uso impropio del verbo *vindico*. ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, nt. 381, p. 214.

En cualquier caso, si las anteriores dudas no resultan concluyentes para poder afirmar que la parte final del texto de D. 8, 1, 4 pr. se refiere a la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, más dudas le plantea mantener una interpretación en la que la parte final del texto se entienda como una rectificación pretoria de una regla del *ius civile*, sobre todo desde el punto de vista del ejercicio de la *vindicatio servitutis*, frente a la cual se haría valer, en vía de *exceptio*, las cláusulas temporales. Lo mismo le ocurre, cuando se trata del ejercicio la acción negatoria, caso en el que considera que, especialmente, se aprecia cómo esta interpretación deviene insostenible. Según este autor, esta interpretación tradicional perturbaría la estructural correspondencia que el *ordo iudiciorum privatorum* clásico postula entre estas dos acciones.

Conforme a esta interpretación tradicional y a la reflexión que realiza Zuccotti²²⁰, las cláusulas temporales actuarían por la vía de excepción, paralizando el ejercicio de la *vindicatio servitutis*, en el caso de haberse verificado el contenido de la condición o término correspondientes, todo ello, a la espera de la extinción de la servidumbre a través del *non usus*. Cuando el titular del fundo sirviente es el que ejerce la acción negatoria, el tema deviene más peliagudo. La primera cuestión que surge es cómo haría valer estas cláusulas temporales el actor –titular del predio sirviente–, cómo podría incluirlas en la fórmula de la acción negatoria y cómo el juez podría tener en cuenta un elemento como éste, que constituiría un hecho extintivo *ope exceptionis*. Partiendo de que se pudieran superar las anteriores dudas, una sentencia que admitiera la pretensión del actor y declarara la inexistencia de la servidumbre como consecuencia de un pacto (cláusula temporal), supondría el reconocimiento de eficacia real al pacto que podría extinguir automáticamente la servidumbre. Una sentencia como ésta, para Zuccotti, es imposible, pues se

²²⁰ ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 217.

encuentra en contradicción con lo que se indica por el propio Papiniano en D. 8, 1, 4 pr., es decir, que las servidumbres no pueden constituirse *ad tempus* o *sub condicione, etc.* Otra posibilidad que apunta sería que el juez reconociera, en su sentencia, la existencia de la servidumbre –que recordemos, sólo parece poder extinguirse por el *non usus*—, pero negando *de facto* el ejercicio al demandado. Para el autor, esta solución sería bastante absurda.

Nos parece, sin embargo, que tal complicación es más bien aparente. Las cláusulas temporales se harían valer únicamente en el supuesto que se incoara un procedimiento, por lo que la servidumbre en cuestión podría, como dice Zuccotti, extinguirse por el *non usus*, sin necesidad de hacer valer los términos o condiciones por la vía de excepción. Cuando Zuccotti se plantea estas dudas, no sólo tiene en mente el fragmento de Papiniano, sino también el de Juliano de D. 45, 1, 56, 4 (52 *dig.*), relativo a una *stipulatio* de ejercicio en relación con una servidumbre constituida con carácter vitalicio. El autor contrapone el supuesto en que se hace valer la cláusula resolutoria frente al ejercicio de una acción personal –caso de la *stipulatio* de ejercicio— o bien frente a una acción real, la *vindicatio servitutis* o la *actio negatoria* –caso de la servidumbre constituida por *mancipatio* o *in iure cessio*—. Sin embargo, no parece fijarse en que, en ambos fragmentos, los juristas están pensando, no en que el titular del fundo sirviente sea el actor en un proceso, sino el demandado y, como tal, pueda hacer valer las cláusulas temporales en vía de excepción, de ahí que Papiniano hable de “*servitutum vindicanti*”. Si observamos el fragmento de Juliano relativo a una *stipulatio* de ejercicio, el demandado es el promitente quien, a su vez, es el titular del predio sirviente. Igualmente, en el resto de *stipulationes* de las que se ocupa Juliano en D. 45, 1, 56, 4, el demandado es siempre el promitente, por la lógica de que se ejerce la acción derivada del contrato de *stipulatio*.

La acción negatoria bien podría plantearse por el titular del fundo sirviente, ya se hubiera constituido la servidumbre con cláusula temporal

conforme al *ius civile* o *pactionibus et stipulationibus*, y estaría por ver si, en este último caso, el pretor concedería al demandado algún tipo de *exceptio* — piénsese en la *exceptio pacti* o la *exceptio doli*—, ya que en los acuerdos constitutivos se incluyó la cláusula temporal.

No nos parece tan imposible que los acuerdos de las partes fueran apreciados por el juez y fueran tenidos en cuenta en el momento de dictar sentencia, sobre todo si se advierte la relevancia que, progresivamente, adquiere el elemento de la *voluntas* en el tráfico jurídico.

En cualquier caso, la sentencia absolutoria, que recayera como consecuencia del ejercicio de la *vindicatio servitutis*, sería la que daría lugar a que no pudiera ejercerse la servidumbre, y no la cláusula temporal, por mucho que el juez la tenga en cuenta para fundamentar su sentencia y absolver al titular del fundo sirviente. Obviamente, en el caso de las *actiones in personam*, se cuenta a favor con el efecto consuntivo de la *litis contestatio*, que impide al actor la posibilidad de ejercer la acción nuevamente, con lo cual se considera extinguidos *ipso iure* no sólo la acción sino también el derecho subjetivo. Mientras que, en el caso de las *actiones in rem*, la eficacia extintiva de la *litis contestatio* es meramente preclusiva, a través de la concesión al demandado de la *exceptio rei in iudicium deducta*.

Por otra parte y concretamente en el caso de ejercerse la acción negatoria, hemos de recordar que dicha acción no está encaminada al reconocimiento de la existencia o no de un derecho de servidumbre, como sí sería el caso de la *vindicatio servitutis*, sino al cese de una perturbación considerada ilegítima y al restablecimiento de la situación dominical anterior a esa perturbación. En esta acción, es el juez privado quien debe valorar la legitimidad de la conducta intromisiva del demandado. En este sentido, al actor no le incumbe la prueba de la inexistencia de la servidumbre, sino de su derecho de propiedad sobre la cosa, partiendo de la base de la *libertas rei* (D.

7, 6, 5 pr. Ulp. 17 *ad ed.*)²²¹. Correspondería, por tanto, al demandado la prueba de la existencia de una servidumbre y que podía hacer uso de éste derecho. Todo ello, teniendo en cuenta la vigencia del principio *nemo rem cogitur defendere* (D. 50, 17, 156 pr., Ulp. 70 *ad ed.*), con lo cual el demandado no estaría obligado a la *defensio* de la servidumbre. En el caso que el demandado no defendiera su derecho de servidumbre, el actor dispondría contra él de una tutela afín a la del *interdictum quem fundum*²²² cuando se ejerce la *vindicatio rei*, y para discutir sobre la existencia de la servidumbre se haría necesario un segundo procedimiento en el que se se ejerciera, ahora sí, la *vindicatio servitutis* por parte del *indefensus*.

Si llegara a trabarse la *litis contestatio*, en el caso de la acción negatoria, cabe apreciar, además, que aún cuando el demandado fuera absuelto por acogerse a la cláusula arbitraria y prestar la *cautio de non amplius turbando*, podría verse obligado a tener que hacer frente a una cuantiosa *condemnatio*²²³ para reparar el daño ocasionado por la perturbación, lo que claramente podría disuadir al demandado de proseguir con el procedimiento. Y finalmente, en el caso que recayera una sentencia condenatoria, el pago de la no desdeñable *condemnatio* daría lugar, a fin de cuentas, a la constitución de una nueva servidumbre.

En definitiva, nos parece que Papiniano, en la parte final de D. 8, 1, 4

²²¹ Ésta sería la opinión dominante de acuerdo con BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 355. PEZZANA, A. voz «Azione confessoria e negatoria», en *ED*, IV, Milán, 1959, p. 840. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 303. TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 449.

Una opinión diversa a ésta sería la que mantiene Arangio Ruiz, basándose en la parte final de D. 39, 1, 15 (*Afr. 9 quaest.*). ARANGIO RUIZ, V. «Sulle azioni confessorie e negatorie», en *Scritti di diritto romano*, I, 1974, p. 132 y ss.

²²² PEZZANA, A. *Azione confessoria e negatoria... cit.*, p. 839. GUARINO, A. *Diritto privato romano... cit.*, p. 592 y ss.

²²³ VALIÑO, A. «¿Cesación de la intromisión e indemnización del daño causado a través del ejercicio de la *actio negatoria*?», en *REHJ*, 24 (2002).

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552002002400002&script=sci_arttext

pr., recogería una novedad introducida por el pretor, respecto del régimen general de los *actus legitimi*, expresado en la primera parte del mismo fragmento y en plena concordancia con lo que este jurista expresa en D. 50, 17, 77. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el texto ha sido recortado y adaptado por los compiladores, para su mejor comprensión y aplicación en época justiniana, pues seguramente el jurista debió ocuparse de esta cuestión de un modo mucho más extenso, propio de la naturaleza casuística de la obra a la que pertenece.

La novedad de la que se ocupa Papiniano en este texto afecta a la adición de cláusulas temporales en la constitución, mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, de servidumbres prediales. La inclusión de estas cláusulas temporales no supone, como sería de esperar, la nulidad del acto legítimo, sino que éste se mantiene vigente y produce los efectos que le corresponden, como si dicha cláusula no hubiera sido incorporada.

La *adiectio temporis* se consideraría, por tanto, como no formulada en el acto legítimo, pero sería recuperada a través de la concesión de la *exceptio pacti* o *doli*, contra quien reclamara judicialmente la servidumbre sin tener presente la cláusula temporal. Esta solución sería la misma que se adoptaría en el caso de las obligaciones, fundamentalmente en el caso de las *stipulationes*. La posibilidad de constituir servidumbres *pactionibus et stipulationibus*, incorporando este tipo de cláusulas temporales, debió influir, sin duda, en que el pretor concediera relevancia a estas cláusulas, cuando la servidumbre se constituyera *iure civili*, a través de la concesión de las *exceptiones* mencionadas.

3.2.3. Servitus thynnos non piscandi, D. 8, 4, 13 pr. (Ulp. 6 opin.)

El siguiente texto, atribuido al jurista clásico tardío Domicio Ulpiano y perteneciente a los *libri opinionum*²²⁴, también ha dado lugar a que algunos autores²²⁵ se planteen la posibilidad de que la prohibición de ejercer la pesca del atún, impuesta al enajenar un fundo, y de la que se ocupa el jurista en este texto, pueda tratarse del contenido de una servidumbre negativa constituida *pactionibus et stipulationibus*, de un modo similar al supuesto de la servidumbre *altius non tollendi*. Esta hipótesis, además, contaría a su favor con el hecho de que el fragmento parece referirse a fundos provinciales:

D. 8, 4, 13 pr. (Ulp. 6 opin.): *Venditor fundi Geroniani*

²²⁴ La autoría de esta obra ha sido objeto de un vivo debate en la doctrina: Santalucia la atribuye sin duda a Ulpiano, opinión diametralmente opuesta a la de Schulz, Provera, Liebs u Honoré. Para Schulz, esta obra habría sido redactada en época postclásica, partiendo de los comentarios de Ulpiano al edicto, pues parece que la sistemática empleada por su autor sería la misma que la del edicto pretorio, como bien habría observado Lenel en *PIC*, II, § 2296, p. 1001 nt. 2. Hallebeek también ha planteado sus dudas acerca de que Ulpiano sea su autor, sin llegar a excluir del todo esta idea, pues data la obra como perteneciente a época clásica tardía. Considera, asimismo, que sería necesario realizar un análisis crítico de la obra, en el que se combinen el estudio exhaustivo de las cuestiones lingüísticas, así como el estudio de las cuestiones de fondo y de metodología que usa el jurista en cada fragmento. *Vid.* SCHULZ, F. *Storia della giurisprudenza romana*, Florencia, 1968, p. 324 y ss. SANTALUCIA, B. *Libri Opinionum di Ulpiano*, I, Milán, 1971, p. 1 y ss. PROVERA, G. *Servitù ed obbligazione propter rem... cit.*, p. 17. LIEBS, D. «Ulpiani opinionum libri VI», en *TR*, 41 (1973), p. 279 y ss. HONORÉ, A. *Ulpian*, Oxford, 1982, p.120 y ss. HALLEBEEK, J. «Legal problems concerning a draught of tunny. Exegesis of D.8.4.13pr.», en *TR*, 55 (1987), p. 48. FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 377.

²²⁵ Sería el caso de FRANCIOSI, G. «Il divieto della *piscatio thynnaria*: un'altra servitù prediale?», en *RIDA*, 49 (2002), p. 101 a 107 y más recientemente, PURPURA, G. «*Servitus thynnos non piscandi* (D.8.4.13 PR.)», en *Scritti per Gennaro Franciosi (a cura di Federico Maria d'Ippolito)*, III, Nápoles, 2007, p. 2163 a 2174. El texto estaría tratando un caso de aplicación de las *pactiones et stipulationes*, aunque con meros efectos obligatorios, de acuerdo con SANTALUCIA, B. *Libri Opinionum di Ulpiano... cit.*, I, p. 190 y ss. y II, p. 253 y ss; KASER, M. *Der Privatrechtsakt... cit.*, p.99 y ss; HALLEBEEK, J. *Legal problems concerning a draught of tunny... cit.*, claramente en p. 45. TALAMANCA, M. «Pubblicazioni pervenute alla Direzione», en *BIDR*, 91 (1998), p. 909 y ss. Sigue la opinión de Santalucia y Talamanca, pero se plantea la posibilidad de la eficacia real de las *pactiones et stipulationes* en provincias, Gai. 2, 31, FIORENTINI, M. *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milán, 2003, p. 424 nt. 85. PROVERA, G. *Servitù ed obbligazione propter rem... cit.*, p. 17.

fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.

El vendedor del fundo Geroniano estableció, a favor del fundo Botriano, fundo que él retuvo, la prohibición de pescar atún en perjuicio de este último predio. Aunque por una cláusula privada no es posible imponer una servidumbre sobre el mar, ya que, por naturaleza, el mar se encuentra a disposición de todo el mundo, no obstante, la buena fe del contrato exige que se respete dicha cláusula de la venta, de modo que las personas que poseen el fundo y sus sucesores queden obligados por la mencionada cláusula de la *stipulatio* o de la venta²²⁶.

El supuesto del que trata el texto, en resumidas cuentas, sería el siguiente: los fundos Geroniano y Botriano serían fundos vecinos pertenecientes a un mismo sujeto. Estos fundos, por lo que puede inferirse del texto, estarían situados en la costa y tendrían acceso directo al mar. Al realizarse la venta del fundo Geroniano, el vendedor impone una cláusula, que favorecería al fundo Botriano, en virtud de la cual, el adquirente del fundo vendido debe abstenerse de practicar la pesca del atún en dicho predio —en concreto, se prohíbe la práctica de la pesca que pudiera perjudicar al fundo Botriano²²⁷.

La inclusión de esta prohibición, seguramente, se explicaría por la

²²⁶ BEHRENDTS, O. *et al.*, *CIC*, II, p. 704.

²²⁷ Precisamente, como nos advierte Franciosi en *Il divieto della piscatio thynnaria... cit.*, p. 102, para entender cómo la pesca del atún en el fundo Geroniano podría hacerse en perjuicio del fundo Botriano, debe tenerse en cuenta las técnicas usadas en época romana para dicha actividad económica, que en gran medida aún se encontrarían vigentes en algunas zonas del Mediterráneo. La pesca del atún no se desarrollaría solamente en alta mar, sino que requeriría del avistamiento desde tierra de los bancos de atunes, que en muchos de los casos hallaban la muerte en las riberas del mar o en tierra, a través del uso de arpones o bastones. En este mismo epígrafe nos ocupamos de esta cuestión.

posibilidad de que el fundo Botriano se dedicara a la explotación de la pesca del atún, dada su proximidad al mar, y el vendedor quisiera evitar la más que probable competencia futura del fundo vecino, que también podría dedicarse a la misma actividad. De este modo, el vendedor evitaría posibles pérdidas económicas, así como las variaciones en los flujos migratorios del atún.

Cabe destacar la acertada hipótesis que plantea Wacke²²⁸, para quien la compraventa no tendría únicamente por objeto el fundo Geroniano, sino que, de hecho, también se estaría refiriendo a la empresa de pesca existente en el predio, de ahí que a éste le interese incluir en la venta tal prohibición, incluso con vistas a evitar la perturbación de la paz y tranquilidad en el disfrute de su propio fundo²²⁹.

La *quaestio* surgiría entorno a la naturaleza de esta prohibición, si podría considerarse o no una servidumbre y en qué medida el adquirente y sus sucesores podían quedar sujetos al cumplimiento de esta cláusula prohibitoria. El jurista de la época de los severos sostiene que, en este supuesto, no puede entenderse que se constituya una servidumbre, en la cual el fundo Botriano sea el fundo dominante y el Geroniano el sirviente, debido a que no es posible constituir una servidumbre sobre el mar, pues se trata de un bien accesible a todo el mundo (*res communis omnium*). Ahora bien, y en atención a la buena fe del contrato de compraventa, entiende que sí puede decirse que el comprador quedaría vinculado por la cláusula prohibitoria de la venta o de la *stipulatio*. Pero no sólo el comprador quedaría vinculado, pues Ulpiano también

²²⁸ WACKE, A. «Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotklauseln im antiken und modernen Recht», en SZ, 99 (1982), p. 213.

²²⁹ En contra de esta idea, PURPURA, G. *Servitus thynnos non piscandi... cit.*, p. 2165 y ss. Aunque resulte difícil conocer con exactitud cuál era la intención del vendedor, resulta extraño que el único caso de prohibición de ejercer la pesca del atún que se encuentra en el Digesto tenga que ver con un deseo de mantener la paz y tranquilidad en el fundo del vendedor. Tal prohibición claramente se justifica por motivos económicos, evitar un descenso de los ingentes ingresos que el negocio pesquero debía reportar al fundo Botriano, como consecuencia del establecimiento de un negocio similar en el fundo vecino, y no para asegurar la tranquilidad (*Ruhe*) del vendedor.

incluye a sus sucesores, sin especificar si se trata únicamente de los sucesores a título universal o se incluyen también los sucesores a título particular —“*personae possidentium aut in ius eorum succedentium*”—, puntualización que, como veremos más adelante, ha dado lugar a multitud de interpretaciones y opiniones.

Esta última cuestión deviene más compleja si cabe, especialmente para la doctrina y no tanto para el jurista clásico tardío, si se tiene en cuenta que los fundos Geroniano y Botriano no parecen estar situados en Italia, sino en alguna provincia, lo que claramente puede extraerse de la referencia “*personae possidentium*” (cfr. Gai. 2, 7)²³⁰.

Resulta conocida la importancia de la pesca del atún y de los establecimientos para la preparación y salazón de este pescado o la producción de la salsa *garum* en las costas de Sicilia, así como las del norte de África, la costa mediterránea de la península ibérica, principalmente del Estrecho, y la parte meridional de la costa de la península itálica²³¹. La importancia del atún en la antigüedad no radicaba únicamente en los grandes beneficios económicos que generaba su comercialización²³², sino también en las propiedades

²³⁰ La doctrina parece pronunciarse unánimemente en este sentido: WACKE, A. *Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotklauseln... cit.*, p. 213; HALLEBEEK, J. *Legal problems concerning a draught of tunny... cit.*, p. 41; DAJCZAK, W. «L'uso della *bona fides* nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali», en *RIDA*, 44 (1997), p. 81 y ss. (<http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/1997/dajczak2.pdf>); FRANCIOSI, G. *Il divieto della piscatio thynnaria... cit.*, p. 102; PURPURA, G. *Servitus thynnos non piscandi... cit.*, p. 2164. MOHINO MANRIQUE, A. *Pactos en el contrato de compraventa... cit.*, p. 252.

²³¹ PURPURA, G. *Servitus thynnos non piscandi... cit.*, p. 2164, nt. 4.

²³² La importancia del atún como elemento básico de la economía en algunas ciudades puede apreciarse en la acuñación de monedas, en las que aparecen referencias a este animal. Sería el caso de ciudades hispanas como Baelo Claudia, Asido Caesarina, Gades o Iulia Traducta. Concretamente, en Baelo Claudia está documentada la existencia de cuatro fábricas de salazones y se calcula que, en época de pesca, la producción mensual podía alcanzar los mil metros cúbicos de pescado.

Vid. LIAÑO RIVERA, M. «La pesca del atún. Salir por la vía de Tarifa», en *Aljaranda. Revista de estudios tarifeños. Ayuntamiento de Tarifa*, 26, (1997), p. 1. GOZALBES CRAVIOTO, E. «La pesca del atún en la antigüedad», en *Aljaranda. Revista de estudios*

medicinales de las que goza este pescado, que lo hacen especialmente apreciado en la dieta romana²³³.

En lo que se refiere a la ubicación geográfica de los fundos Geroniano y Botriano, Franciosi²³⁴ los sitúa en Sicilia, partiendo de su denominación, especialmente del *fundus Geronianus*, y por la importancia, en época romana, de la pesca del atún en la isla. Por contra, Hallebeek²³⁵, cuya hipótesis parece gozar de mayor aceptación²³⁶, asocia el nombre del *fundus Botrianus* con la ciudad de Botria, situada en las costas del norte de África, próxima a Cartago y Hadrumeto, y en territorio de la actual ciudad de Acholla, en Túnez. En esta ciudad, se encuentra la villa de Asinius Rufinus, senador y cónsul en el año 184, bajo el imperio de Cómodo, cuyos mosaicos con motivos marinos dan fe de lo provechoso que el negocio del atún y de la pesca en general debía resultar en dichas tierras²³⁷.

tarifeños. *Ayuntamiento de Tarifa*, 34, (1999), nt. 1. Estos artículos se encuentran disponibles *online*: www.tarifaweb.com/aljaranda/revistas-ant.htm

Sobre la importancia de la pesca en la economía romana, resulta muy interesante la lectura de BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, J.M. «La pesca en la antigüedad y sus factores económicos», en *Antigua. Historia y arqueología de las civilizaciones. Portal temático de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, p. 7 y ss.:

<http://www.cervantesvirtual.com/Portal/Antigua/index.shtml>

²³³ Así, por ejemplo, se hacen eco de los beneficios para la salud del uso del atún en la cocina autores como Estrabón, Plinio, Galeno o Marco Manilio. También resulta conocido el uso del *garum* en la medicina y en la cosmética. *Vid.* FRANCIOSI, G. *Il divieto de la piscatio tinnaria... cit.*, p. 103.

²³⁴ FRANCIOSI, G. *Il divieto de la piscatio tinnaria... cit.*, p. 102.

²³⁵ HALLEBEEK, J. *Legal problems concerning a draught of tunny... cit.*, p. 41, nt. 11. Referencias a la pesca de atún en el norte de África y en época romana pueden hallarse en Plinio o Estrabón, que hablan de la pesca en Leptis, Syrtis Minor o en la isla de Meninx, así como en sus alrededores.

²³⁶ Así, por ejemplo, DAJCZAK, W. *L'uso della bona fides... cit.*, p. 81, ni tan sólo menciona la teoría de Franciosi. PURPURA, G. *Servitus thynnos non piscandi... cit.*, p. 2165 y nt. 8. MOHINO MANRIQUE, A. *Pactos en el contrato de compraventa... cit.*, p. 252.

²³⁷ *Vid.* PURPURA, G. *Servitus thynnos non piscandi... cit.*, p. 2165. GOZLAN, S. «Les mosaïques de la maison d'Asinius Rufinus à Acholla (Tunisie)», en las actas de *Mosaïque Gréco-romaine V*. Bath, 1994, p. 161 a 172.

Asimismo, Hallebeek²³⁸ subraya que, generalmente, los *libri opinionum* servirían a modo de manual para los gobernadores de las provincias, consideración que ratificaría la idea de que los fundos, a los que se refiere el texto, se encuentran en provincias. No sería de extrañar que Ulpiano, merced a su dilatada experiencia como funcionario en la cancillería imperial —fue miembro del *Consilium* de Papiniano, secretario de la cancillería *a libellis* bajo el mandato de Septimio Severo (hasta 209), bajo los gobiernos de Heliogábalo (218—222) y de Alejandro Severo, pudo desempeñar el cargo de *praefectus annonae*, hasta que fue ascendido a prefecto pretorio y *parens* (finales del año 222)²³⁹— hubiera podido redactar una obra, que los gobernadores de las provincias pudieran utilizar como guía en el enjuiciamiento de los casos de los que debieran conocer, especialmente si se tiene en cuenta, como expresa Santalucía²⁴⁰, que como consecuencia de su experiencia en la cancillería imperial, este jurista habría tenido múltiples ocasiones para examinar los principios y reglas del derecho romano, desde la óptica de la compleja realidad provincial, motivo que claramente habría propiciado la redacción de una obra de esta naturaleza.

Partiendo, así pues, de que los fundos Botriano y Geroniano son predios provinciales y en cuanto a la posibilidad de que se constituyera una servidumbre negativa de no pescar atún, se debe descartar que la constitución tuviera lugar de acuerdo con el *ius civile*, a través de *mancipatio* o de *in iure cessio*, al no ser posible su realización sobre suelo provincial (Gai. 2, 14a, 27 ó 31).

²³⁸ HALLEBEEK, J. *Legal problems concerning a draught of tunny... cit.*, p. 41.

²³⁹ KUNKEL, W. *Die römischen Juristen... cit.*, p. 245 y ss. KNÜTEL, R. voz «Ulpianus, Domitius», en *Juristen... cit.*, p. 640 y 641. HONORÉ, A. voz «Domicio Ulpiano», en *Juristas universales... cit.*, p. 208 a 211.

²⁴⁰ SANTALUCIA, B. *Libri Opinionum di Ulpiano*, I, p. 208.

Como sabemos a través de Gai. 2, 31, en provincias las servidumbres se constituían *pactionibus et stipulationibus*, pues los predios provinciales no eran susceptibles de *mancipatio* o de *in iure cessio* —las referencias en el texto a la *lex venditionis* en conjunción con la presencia de una *stipulatio*, para autores como Franciosi, ha de interpretarse como un caso de constitución de servidumbre *pactionibus et stipulationibus*²⁴¹. Por tanto, no tiene sentido entender que el texto está interpolado y defender que, originariamente, Ulpiano habría recogido un caso de *deductio servitutis*²⁴². Dado que el suelo provincial no es susceptible de *mancipatio*, el jurista nunca pudo hablar de una *lex mancipio dicta*²⁴³, de ahí que exprese que se trata de una *lex venditionis* o *stipulationis*.

Cabe recordar, como expresábamos en el epígrafe anterior²⁴⁴, que la sola compraventa no sería capaz de constituir una servidumbre, pues, en el Derecho romano clásico, la compraventa no se concibe como un contrato generador de derechos reales, sino consensual y meramente obligacional, de modo que, si la compraventa por sí misma no es suficiente para transmitir la

²⁴¹ FRANCIOSI, G. *Il divieto della piscatio thynnaria... cit.*, p. 102: "La menzione della *stipulatio* accanto alla *lex venditionis* non deve meravigliare, in quanto il giurista, allargando il discorso, comprende l'ipotesi della costituzione aggiuntiva della servitù mediante *pactio et stipulatio*". TALAMANCA, M. «Pubblicazioni pervenute alla Direzione», en *BIDR*, 91 (1998), p. 909 y ss. Sigue la opinión de Talamanca, pero se plantea la posibilidad de la eficacia real de las *pactiones et stipulationes* en provincias, Gai. 2, 31, FIORENTINI, M. *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milán, 2003, p. 424 nt. 85.

²⁴² En este sentido, PEROZZI, S. *Scritti giuridici... cit.*, II, p. 204 y ss. Para Solazzi, los compiladores habrían adecuado este fragmento a la nueva realidad de la compraventa como modo de constitución de las servidumbres, la *lex venditionis* habría dado lugar a la servidumbre y la referencia final a la *stipulatio* sería una interpolación o glosa. SOLAZZI, S. *Requisiti... cit.*, p. 97 y 98.

²⁴³ KASER, M. *Der Privatrechtsakt... cit.*, p. 93 y ss. ALBANESE, B. *Gli atti negoziali... cit.*, p. 45, nt. 59. HALLEBEEK, J. *Legal problems concerning a draught of tunny... cit.*, p. 41. RANDAZZO, S. *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milán, 1998, p. 103, nt. 58. Cabe destacar que éste es el único texto del Digesto que recoge la expresión "*lex privata*", expresión que es interpretada como una referencia poco técnica a *legem dicere*. KASER, M. *Der Privatrechtsakt... cit.*, p. 94.

²⁴⁴ *Vid.* epígrafe 3.2.1 de este capítulo.

propiedad sobre la cosa comprada, por lógica tampoco permitirá la constitución de una servidumbre.

Obviamente, en época clásica, el titular de dos predios que decide enajenar uno de ellos, puede disponer en la compraventa, a favor del predio que conserva o del que enajena, la constitución de una servidumbre. Sin embargo, y conforme al *ius civile*, tal servidumbre no surge de la propia compraventa, sino de la realización de un negocio formal como sería la *mancipatio*. En la celebración de la *mancipatio*, el *mancipio dans* expresamente debe reservarse la servidumbre —ex D. 8, 4, 10 (Ulp. 10 Sab.)— pronunciando determinadas cláusulas de estilo: las *leges mancipio dictae*. Esta modalidad de constitución viene indicada, en los textos de la jurisprudencia clásica, con el uso de los términos *excipere*²⁴⁵, en el caso de constituir una servidumbre a cargo del fundo enajenado, o *recipere*²⁴⁶, en el caso de que la servidumbre se constituya a su favor. La utilización de estos *verba* se remontaría a época republicana, desde el s. II a. C.²⁴⁷

En ámbito provincial, la reserva de servidumbre realizada en la compraventa no tendría una eficacia diferente a lo que sucedería sobre suelo itálico y, por tanto, no sería suficiente para la constitución de la servidumbre. Pues no parece que pueda concebirse una compraventa con una eficacia diferente, según se celebre ésta en Roma o en las provincias. Ello no impide

²⁴⁵ Cfr. D. 8, 3, 30 (Paul. 4 ep. Alf. dig.) ó D. 8, 4, 7 pr. (Paul. 5 Sab.).

²⁴⁶ Cfr. D. 8, 4, 6, 3a (Ulp. 28 Sab.) o D. 8, 4, 10 (Ulp. 10 Sab.).

²⁴⁷ La elaboración jurisprudencial de *detrahere/deducere usufructum* sería posterior, de finales de la época republicana e inicios de la época imperial. Tendría lugar a través de una modificación de la estructura de la declaración principal relativa a la propiedad de un inmueble, realizada por el vendedor o comprador. Esta modificación confiere a la declaración un efecto más restringido del que tendría normalmente. Esta forma de constitución no sería aplicable en el caso de la *mancipatio*, al representar una parte del contenido de la propiedad, lo que no era posible en el caso de las servidumbres prediales. Vid. LA ROSA, F. «*Deducere usum fructum, excipere servitutem*», en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, VII, Milán, 1987, p. 321 y ss. SANTOS ROJO, C. *La reserva de servidumbre... cit.*, p. 117 y ss. MOHINO MANRIQUE, A. *Pactos en el contrato de compraventa... cit.*, p. 222 y ss.

pensar que la constitución *pactionibus et stipulationibus* de las servidumbres no pudiera tener lugar con motivo de la compraventa de un fundo, como pudiera haberse producido en la venta del fundo Geroniano. En tal sentido debe entenderse el siguiente fragmento del comentario de Gayo al Edicto provincial:

D. 8, 4, 3 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *Duorum praediorum dominus si alterum ea lege tibi dederit, tu id praedium quod datur serviat ei quod ipse retinet, vel contra, iure imposita servitus intellegitur.*

Si el dueño de dos predios te hubiese dado uno incluyendo la cláusula de que el predio que se da preste servidumbre al que se retiene, o al revés, se entiende impuesta la servidumbre con arreglo a derecho²⁴⁸.

Tratándose de un comentario al edicto provincial y, por tanto, partiendo de que Gayo está tratando de fundos provinciales, la primera cuestión que nos resulta un tanto extraña sería el uso de “*dominus*” para referirse a la relación que tiene el individuo con los predios. Normalmente, *dominus* se asocia con la idea de *dominium ex iure Quiritium*. Sobre el suelo provincial, los particulares no disponían de este tipo de propiedad, reservada al suelo itálico, sino de una plenísima posesión que el mismo Gayo denomina *possessio vel usufructus* (Gai. 2, 7). Es posible que el texto sufriera las modificaciones oportunas por parte de los compiladores, antes de ser recogido en el libro 8 del Digesto²⁴⁹, aunque el uso de *dominus* bien podría deberse al propio Gayo, hecho que subrayaría, en cierto modo, la plenísima posesión de que disfrutaban los particulares sobre el suelo provincial, que justificaría que se refiera a ellos como *domini*.

La referencia a una *lex* en conjunción con la *datio* también genera no

²⁴⁸ BEHRENDTS, O. *et al.*, *CIC*, II, p. 699.

²⁴⁹ Hemos podido comprobar, anteriormente, cómo Ulpiano, jurista posterior a Gayo, en D. 8, 4, 13 pr. (6 *opin.*) habla de *possessores* al referirse a fundos provinciales.

pocas dudas. Para Biondi²⁵⁰, el texto de Gayo seguramente debió referirse, originariamente, a *mancipio dare*, tratándose, por tanto, de un caso de *mancipatio* o de *in iure cessio*, a través de las cuales era posible la transmisión de la propiedad del fundo (*dare*), a la vez que se constituía la servidumbre mediante una *lex mancipio dicta*. Grosso²⁵¹ también entiende que el texto está interpolado y que, en su versión clásica, Gayo se ocupaba de una reserva de servidumbre en el marco de una *mancipatio* o *in iure cessio*. En esta misma línea de pensamiento se encontraría Albanese²⁵². Solazzi²⁵³ partía de la posibilidad de que el texto contuviera una comparación entre el régimen propio del suelo itálico y el de las provincias, pero los compiladores habrían eliminado dicha comparación por no tener sentido en época justiniana, de ahí que la parte final del fragmento, "*iure imposita servitus intellegitur*", en realidad se estaría refiriendo a la reserva de servidumbre en el *ius civile*.

Sin embargo, creemos, al igual que Randazzo²⁵⁴, que esta referencia final no parece que se haga en relación con la *mancipatio* o la *in iure cessio*, pues no sería necesaria tal especificación, que podría considerarse una redundancia, ya

²⁵⁰ BIONDI, B. *Corso di diritto romano... cit.*, p. 196 y en *Le servitù... cit.*, p. 223.

²⁵¹ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 188, nt. 2.

²⁵² ALBANESE, B. *Gli atti giuridici... cit.*, p. 47, nt. 62.

²⁵³ SOLAZZI, S. *Requisiti... cit.*, p. 89 y ss.

²⁵⁴ RANDAZZO, S. *Leges mancipii... cit.*, p. 103 y ss. y en «"Servitus iure imposita". Destinazione del padre di famiglia e costituzione "ipso iure" della servitù», en *RDR*, 2 (2002), p. 289 y ss; disponible *online*:

<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano02randazzo.pdf>

No podemos estar más de acuerdo con este autor cuando expresa que, para entender el significado de "iure imposita" en el fragmento, es necesario dar por superados no pocos condicionantes dogmáticos. Para Gayo, la constitución de las servidumbres *pactionibus et stipulationibus* se situaría al mismo nivel que la constitución conforme a los modos del *ius civile*, se trataría por tanto de diferentes modos de constitución, pero todos ellos serían jurídicamente fundados y vinculantes. De otro manera, esta mención a "iure" no podría entenderse, más que como una referencia poco técnica o casual o incluso como fruto de un añadido compilatorio. El autor sigue a La Rosa y defiende que el origen de las *pactiones et stipulationes* se encontraría en los fundos itálicos, desde donde pasarían a los fundos provinciales.

que es obvio que la *mancipatio* o la *in iure cessio* dan lugar a que la servidumbre se constituya con arreglo a derecho. En cambio, tal expresión o puntualización de Gayo sí resulta más acorde con una posible constitución de la servidumbre en provincias conforme a lo que Randazzo denomina "*pactio servitutis*", en consonancia con lo que el mismo jurista expresa en Gai. 2, 31; es decir, la constitución *pactionibus et stipulationibus*. Gayo estaría, por tanto, subrayando que, en el caso de los fundos provinciales, se constituía la servidumbre conforme a derecho, es decir, conforme al modo de constitución vigente en las provincias, las *pactiones et stipulationes*.

Regresando al fragmento de Ulpiano que nos ocupa, la prohibición de pescar atún se establece en el momento de realizarse la compraventa y, de acuerdo con lo que expresa el fragmento, puede materializarse jurídicamente incorporándose a este contrato como un *pactum adiectum (lex venditionis)*, acompañado de una *stipulatio* de ejercicio (*lex stipulationis*). De este modo, se explicaría la referencia a la "*lex venditionis vel stipulationis*" que recoge el texto, utilizando una conjunción disyuntiva. Para algunos autores²⁵⁵, la referencia a la "*lex stipulationis*" se correspondería con una interpolación, los compiladores habrían incluido la mención a la *stipulatio* debido a que, en época justiniana, el modo general de constitución de las servidumbres son las *pactiones et stipulationes*. Se aduce, además, que el caso del que se ocupa Ulpiano se ceñiría al estudio de la compraventa y de las cláusulas añadidas a este contrato, pero no a la *stipulatio*, que rara vez solía cumplir con este tipo de funciones, al utilizar las partes preferentemente los *pacta adiecta* para ajustar el contrato a su conveniencia.

Nos parece que, como bien subraya Wacke²⁵⁶, la compraventa, en este

²⁵⁵ Silvio PEROZZI, *Scritti... cit.*, II, p. 205 y, nt. 1. Siro SOLAZZI, *Requisiti... cit.*, p. 27. En contra de este último, BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 194. SANTALUCIA, B. *I libri opinionum... cit.*, p. 254 nt. 20. MOHINO MANRIQUE, A. *Pactos en el contrato de compraventa... cit.*, p. 254 y 255.

²⁵⁶ WACKE, A. *Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotklauseln... cit.*, p. 213.

supuesto, no sólo tiene como objeto el fundo Geroniano, sino también el negocio de pesca existente en éste; lo que sin duda alguna debió de influir en la decisión de comprar el fundo así como en el precio a pagar por él. El fundo Geroniano no es un simple fundo de recreo, sino que en él existe una explotación pesquera y ésta es la que interesa al comprador. Debemos tener en cuenta, asimismo, que la prohibición que se establece en la venta no es una prohibición genérica de pescar, pues esto hubiera impedido la explotación pesquera del fundo y seguramente hubiera disuadido al comprador en su adquisición. La prohibición afecta únicamente a un pescado en concreto: el atún; con lo cual, el comprador podría dedicarse a la pesca y elaboración posterior de cualquier otro tipo de pescado, moluscos o marisco, sin problema alguno. Esta prohibición de pescar atún no se impone por un mero deseo de paz o tranquilidad del poseedor del fundo Botriano, sino para asegurar que el negocio del fundo vecino no le hace la competencia o, incluso, para asegurarse el monopolio en la comercialización del atún en la población en la que estuvieran situados los fundos Geroniano y Botriano²⁵⁷.

Posiblemente, el vendedor intentó imponer la prohibición de pescar atún en el fundo vendido, a través de la constitución de una servidumbre y de acuerdo con la estructura de las *pactiones et stipulationes*, ya que así es cómo se constituyen las servidumbres en provincias (Gai. 2, 31). Aunque lo hizo de un manera un tanto torpe, pues como señala Ulpiano, no es posible constituir una servidumbre sobre el mar. De ahí que no podamos desdeñar tan de prisa la

²⁵⁷ En el caso de la pesca del atún en el Estrecho de Gibraltar, Gozalbes ha destacado que las investigaciones arqueológicas muestran que el mayor apogeo de la pesca de atún debió producirse durante el s. II d. C., mientras que en el s. III d. C. se inicia una fuerte disminución de la pesca y de la producción de salazones, hasta el punto de poder hablar de decadencia de esta actividad. En el s. IV d. C., la producción ya era muy escasa, pese a que algunas factorías de salazón continuaban con su actividad comercial. Es posible que esta progresiva decadencia de la pesca del atún, que se vivía en el Estrecho, también hubiera afectado al resto de zonas en las que tradicionalmente se pescaba atún, como consecuencia de una disminución de las poblaciones de esta especie. Este hecho podría justificar, con más razón, el interés del vendedor por evitar la posible competencia en el fundo vecino. *Vid. GOZALBES CRAVIOTO, E. La pesca del atún en la antigüedad... cit., p. 3.*

referencia final a la *lex stipulationis*. Incluso con toda seguridad es posible que se hubiera tratado de una *stipulatio poenae*, pues debido al elevado interés económico en juego, el vendedor podría haber fijado una suculenta pena en previsión de un posible incumplimiento de la prohibición.

Es más, basta con observar el motivo en el que el jurista basa su decisión para no considerar que exista una servidumbre en este caso. Este motivo no se refiere tanto a la existencia o validez del acto constitutivo de la servidumbre —caso que esto, la constitución de una servidumbre, fuera lo que pretendieran las partes realmente en el momento de realizar la compraventa, como nos parece que debió ser—, como al hecho de que no es posible la constitución de la servidumbre sobre el mar, lo que las partes habrían indicado al intentar constituir la servidumbre —téngase en cuenta, que es muy posible que se documentara la compraventa.

No es posible constituir una servidumbre sobre el mar, ya sea sobre los predios itálicos o los provinciales, ya sea en virtud del *ius civile* o del *ius praetorium*, pues el mar se concibe como una cosa que pertenece a todo el mundo²⁵⁸ (*res communis omnium*) y que, por tanto, puede ser usada por todos:

D. 1, 8, 2, 1 (Marc. 3 *inst.*): *Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

No sería posible limitar o prohibir el uso de las cosas que, por Derecho natural, se encuentran a disposición de todos los hombres. En este sentido, la prohibición de pescar en el mar se consideraría una lesión constitutiva de *iniuria* y permitiría ejercer la *actio iniuriarum* conforme a Pomponio y a Ulpiano

²⁵⁸ Sobre el régimen jurídico del mar, recientemente, GARCÍA QUINTAS, M.M. «El mar desde la perspectiva jurisprudencial romana» en *RGDR* 15 (2010), *vid.* especialmente p. 4 y ss., concretamente, en la p. 9 la autora hace hincapié en la imposibilidad de constituir una servidumbre sobre el mar y cita expresamente el texto de Ulpiano de D. 8, 4, 13 pr.

en D. 47, 10, 13, 7 (Ulp. 57 *ad ed.*):

Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece σαγήνη dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest. in lacu tamen, qui mei domini est, utique piscari aliquem prohibere possum.

La servidumbre podría haberse constituido, en principio, si en vez de referirse al mar, la prohibición se hubiera referido al fundo Geroniano. En la pesca del atún —nos referiremos a ella a continuación—, también jugaría un papel capital el fundo, pues algunas de las actividades relacionadas con la pesca tendrían lugar en él, como sería el avistamiento de los bancos de atunes desde torres de vigilancia situadas en la costa o, en algunos casos, en tierra podría darse muerte a los atunes. También se prepararía en tierra el pescado para su salazón. De este modo, sería posible que la prohibición se hubiera podido referir a la realización de dichas actividades sobre el fundo, en lugar de la pesca sobre el mar, dando lugar a una servidumbre consistente en un *non facere*.

Debe observarse también, que la pesca del atún sólo puede producirse

en determinadas épocas del año, esto es a finales de primavera (el mayor tránsito de este pescado se produce durante la denominada "luna de mayo"), cuando tiene lugar su migración, desde el Atlántico hacia el Mediterráneo y viceversa, para el desove. Estrabón (3, 2, 7 y 8) describía a los atunes que se pescaban en la costa del Estrecho, como especímenes espectaculares en cuanto a tamaño, orondos y grasos, ya que se alimentaban de las bellotas, que crecían en supuestas encinas a nivel del mar; de ahí que también fueran conocidos con el nombre de "cerdos de mar".

El atún nada en grandes bancos, bordeando las zonas costeras, lo que permite su captura, ya desde época romana, a través de técnicas similares a las modernas almadrabas o atunaras (*tonnara* en Sicilia). Las almadrabas (denominación que proviene del árabe y que significa lugar donde se golpea o lucha) se caracterizan por ser un dispositivo laberíntico de mallas mediante las que se acorrala y encierra a los atunes y cuyas redes están fijadas al fondo del mar del litoral en distintas formas (de vista o tiro, de monte y leva y de buche) y con una base en tierra.

Recientemente, Purpura²⁵⁹ ha destacado que, en época medieval y moderna, se habría perdido el uso de las técnicas de captura del atún del mundo antiguo, según las cuales, los atunes no morirían en alta mar, en las denominadas cámaras de la muerte, como ocurre hoy en día, sino en las riberas del litoral mediterráneo. En la antigüedad, se conocieron, como instalaciones de pesca fija, únicamente los denominados *corrales* (laberintos de caña en aguas bajas), los recintos de redes y los recintos de presa de los

²⁵⁹ PURPURA, G. *Servitus thynnos non piscandi... cit.*, p. 2167 y ss. En el mismo sentido, García Vargas ha expresado, para el caso de las costas andaluzas, que la introducción de las denominadas almadrabas de buche o sicilianas, que incluyen una "cámara de la muerte" (la *tonnara* siciliana), no tendría lugar hasta el s. XIX y muy a pesar de la decidida oposición de los pescadores. GARCÍA VARGAS, E. «Pesca, sal y salazones», en *Treballs del Museu Arqueològic d'Eivissa i Formentera*, 47 (2001), número que recoge las actas del congreso *De la mar y de la tierra: producciones y productos fenicio-púnicos. XV Jornadas de Arqueología fenicio-púnica (Eivissa, 2000)*, p. 9 y ss.

bancos migratorios de peces.

La técnica utilizada en la Roma clásica, para la pesca del atún, por regla general y según Purpura²⁶⁰, consistía en establecer una trampa de redes, normalmente de carácter fijo, cercana a la costa, en la que se capturaba el pescado. La llegada de bancos de atunes se controlaría desde torres de vigilancia o atalayas situadas en tierra y, una vez los peces quedaran atrapados en las redes, se conducirían hacia el fondo de la ensenada costera, a través de redes de arrastre y con la ayuda de barcas. La estrechez de las redes daba lugar a la muerte de los atunes por asfixia o incluso como consecuencia de los golpes de sus colas. Para procurar su muerte, los pescadores también solían valerse de arpones o bastones con los que golpeaban a los atunes capturados.

Este método sería muy similar al descrito por Claudio Eliano²⁶¹ en su *Natura animalium*, en relación con la pesca en el mar Negro. Este autor advierte, además, que el método debía ser muy parecido al que se empleaba en Sicilia. Según Claudio Eliano, que habría vivido en la misma época que Ulpiano, los pescadores utilizaban barcas, redes y establecían una atalaya que se ubicaba en el litoral. El vigía en la atalaya debía dar aviso a las barcas de la proximidad de los bancos de atunes. Cada barca tenía, a cada costado, seis remeros jóvenes y buenos conocedores del oficio. Las redes eran de grandes dimensiones y lastradas con plomo y los peces entraban en ellas en tropel. Asimismo, el poeta Oppiano de Corycus²⁶², poeta griego del s. II d. C., algo anterior, por tanto, a Claudio Eliano, dedica un poema sobre la pesca al

²⁶⁰ Este autor defiende que esta técnica de pesca sería la que permitiría entender el fragmento de Ulpiano y apreciar la existencia de una servidumbre negativa. PURPURA, G. *Servitus thynnos non piscandi... cit.*, p. 2167: "La soluzione del dubbio giuridico e testuale si trova, a mio avviso, nel fatto che nell'età medioevale e moderna si era ormai perduta la conoscenza di una tecnica di cattura del tonno tipica dell'età classica che implicava l'uccisione dei pesci, non in alto mare in una "camera della morte" come avviene oggi, ma proprio sulla riva del fondo litoraneo".

²⁶¹ *Natura Animalium*, 15, 5 y 6.

²⁶² *Halieutica*, 3, 631 y ss.

emperador Marco Aurelio y a su hijo Cómodo: *Halieutica*. En él también describe el método de pesca del atún, en las costas hispanas, sobre todo en el Estrecho, subrayando que era el mismo método que se utilizaba en la costa de la península ibérica, en la Galia y en Sicilia. También se refiere al trabajo del experto vigía, que era capaz de calcular el tamaño y cantidad de atunes desde la atalaya. Después del avistamiento, se preparaban las redes, que el poeta compara con una especie de ciudad entre las olas, dentro de las cuales entraban los atunes en hileras y con gran rapidez, hasta completar el número de atunes que la red fuera capaz de apresar. En algunos casos, se empleaba como cebo un pescado denominado *coracinos* (pez cuervo)²⁶³.

Atendiendo al método empleado para la pesca del atún, Fiorentini²⁶⁴ sabiamente considera que la finalidad última del vendedor del fundo Geroniano, al intentar constituir una servidumbre, pudo ser evitar que se implantara una almadraba en el fundo vecino, con las consecuencias que ello comportaba en relación a la instalación en tierra de torres de vigilancia, cámaras para la conservación y elaboración del pescado, las actividades de pesca a desarrollar frente el fundo vecino, etc.

Otros de los elementos a tener en cuenta, para determinar la posibilidad de constitución de una servidumbre sobre el fundo Geroniano, sería si se verificaría, en este caso, el requisito de la *utilitas*. Una característica de toda servidumbre es la de reportar al fundo dominante una determinada ventaja o utilidad objetiva y no un simple interés personal u ocasional de su propietario. La servidumbre que se pretendía imponer sobre el fundo Geroniano buscaría evitar que el comprador se dedicara a la misma actividad que el vendedor, con el consiguiente perjuicio económico para éste último, si bien el texto señala que la prohibición se establece, no en favor del vendedor, sino del fundo Botriano —

²⁶³ GOZALBES CRAVIOTO, E. *La pesca del atún en la antigüedad... cit.*, p. 2.

²⁶⁴ FIORENTINI, M. «Sulla rilevanza economica e giuridica delle ville marittime durante la Repubblica e l'Impero», en *Index*, 24 (1996), p. 169.

si se entiende que "*ne contra eum*" se está refiriendo a dicho fundo y no al vendedor²⁶⁵. Esta prohibición, además, debió influir en la determinación del precio final del fundo. Para Wacke²⁶⁶, la prohibición de pescar atún bien podría ser el contenido de una servidumbre negativa. El problema sería determinar si, en derecho romano clásico, se admitían o no las denominadas servidumbres industriales, es decir, una servidumbre cuya constitución se justifique por aportar una ventaja en relación con la industria desarrollada en el fundo dominante.

En este sentido, en época clásica, no parece aceptarse la constitución de servidumbres que benefician al negocio del titular del predio dominante y no al propio predio, como parece extraerse de la opinión de Paulo, contemporáneo de Ulpiano, en D. 8, 3, 6 pr. (Paul. 15 *Plaut.*), en el que se considera usufructo y no servidumbre el tener alfarerías en el fundo vecino para un negocio de venta de vasijas:

Veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur (sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur aut ut dolina fiant), vel tegulae vel ad villam aedificandam. Sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, usus fructus erit.

Sin embargo, como recuerda Grosso²⁶⁷ y dada la naturaleza casuística del derecho romano, a raíz de este texto no puede establecerse una generalización²⁶⁸, según la cual, el derecho romano clásico no habría conocido

²⁶⁵ En el mismo sentido, HALLEBEEK, J. *Legal problems concerning a draught of tunny... cit.*, p. 46.

²⁶⁶ WACKE, A. *Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotklauseln... cit.*, p. 214.

²⁶⁷ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 101 y ss.

²⁶⁸ Otros posibles argumentos para subrayar la inadmisibilidad de las servidumbres industriales tendrían que ver con la imposibilidad de constituir una servidumbre para el disfrute de un sujeto o por su mero capricho, de acuerdo con D. 8, 1, 8 pr. (Paul. 15 *Plaut.*); o que la *utilitas* que obtiene el fundo dominante no puede consistir en que este fundo tenga un mayor valor económico como consecuencia de la servidumbre. Sin embargo el aumento del valor del fundo dominante puede considerarse, en el caso de las servidumbres

la servidumbre industrial²⁶⁹, sino que se debería estar al caso concreto y determinar, así pues, en cada supuesto, si la utilidad la obtiene directamente el titular o bien el propio fundo.

Una servidumbre cuyo contenido sea la prohibición de la práctica de la pesca del atún en el fundo vecino, no sólo implica una limitación a los derechos del titular del fundo gravado, sino que también estaría reportando una utilidad objetiva al fundo a favor del cual se constituye la servidumbre, pues sin duda alguna, posibilita la mejor explotación económica de este predio, dedicado a la pesca y comercialización del atún²⁷⁰.

Otra de las cuestiones que se aducen para argumentar que la prohibición de pesca en el fundo no podría ser el contenido de una servidumbre negativa sería la de la tipicidad de las servidumbres. Una servidumbre cuyo contenido fuera la prohibición de practicar la pesca del atún se separaría del pretendido *numerus clausus* de servidumbres reconocidos por la jurisprudencia. No obstante, expresábamos en el primer capítulo de este trabajo, que el derecho romano clásico no conoce un concepto unitario de servidumbre, sino que en cada caso la jurisprudencia se encarga de construir diferentes tipos unas características y requisitos comunes. En ámbito provincial, merced a la constitución *pactionibus et stipulationibus* de las servidumbres, las partes habrían gozado de mayor libertad si cabe, en cuanto a la configuración de la servidumbre que querían constituir. Como recuerda Franciosi²⁷¹ una cosa sería la tipicidad y el *numerus clausus* de los *iura in re aliena* como categoría y otra

industriales, como un *plus*, que también se produce respecto de cualquier otro fundo que disfruta de una servidumbre. En cualquier caso, la cuestión determinante es que, a través de la servidumbre, el fundo dominante obtenga una utilidad en relación con la finalidad económico social a la que se destina dicho predio, lo que no parece suceder en el anterior texto relativo a las alfarerías.

Vid. TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 457 y 456. GIUFFRÈ, V. *L'emersione dei iura in re aliena... cit.*, §17, p. 182 y ss.

²⁶⁹ En este sentido, BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 191 y ss. Siro SOLAZZI, *Requisiti... cit.*, p. 25 y ss.

el problema del presunto y rígido *numerus clausus* de los supuestos que pueden dar lugar a una servidumbre predial, en palabras de este mismo autor, "il *numerus clausus* è orientamento tendenziale, non un tabù inviolabile".

De este modo, el vendedor del fundo Geroniano pudo llegar a constituir una servidumbre negativa, cuyo contenido sería la prohibición de ejercer la pesca del atún sobre el fundo Geroniano en perjuicio del Botriano, siempre y cuando no hubiera cometido el error de intentar constituir la sobre el mar. Esta constitución habría tenido lugar a través de *pactiones et stipulationes*, sobre todo teniendo en cuenta que éste era el modo de constitución propio de las provincias, como indica Gai. 2, 31. Por tanto, nos encontraríamos ante un caso en el que sí se emplean las *pactiones et stipulationes* para constituir una servidumbre, si bien, el error de la mención del mar por parte del vendedor impide que la servidumbre pueda llegar a surgir.

Este error del vendedor al formular la *lex venditionis* refiriéndose al mar, en vez de al fundo vendido, es lo que conduce a Ulpiano a decir que no puede entenderse que, en este caso, se hubiera constituido una servidumbre válidamente: "*quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest*".

Pero aunque no pudo constituirse una servidumbre sobre el fundo Geroniano, Ulpiano considera que la prohibición introducida a través de una *lex venditionis* o la *stipulatio*, vincula igualmente, basando su opinión en la buena fe del contrato de compraventa.

²⁷⁰ Corbino admite expresamente la existencia de un ejemplo de servidumbre industrial en este texto de Ulpiano, *vid.* CORBINO, A. voz «Servitù», en *ED*, XLII, Milán, 1990, p. 259 nt. 234.

²⁷¹ FRANCIOSI, G. *Il divieto della piscatio tinnaria... cit.*, p. 105 y ss. Asimismo, sobre esta cuestión, *vid.* GIUFFRÈ, V. *L'emersione dei iura in re aliena... cit.*, p. 198 y 199.

Según Mohino²⁷², la decisión de Ulpiano de admitir la validez de esta cláusula prohibitoria podría plantearse desde el punto de vista de entender que esta cláusula tendría un carácter esencial en la compraventa, en el sentido de que, sin ella, seguramente no habría tenido lugar la compraventa. Hasta el punto de que, si la cláusula se entiende nula —al no haberse constituido correctamente la servidumbre—, esto podría determinar, a su vez, la nulidad del contrato. Para evitar esta solución extrema, Ulpiano recurre a la buena fe inherente en el contrato de compraventa y sostiene su validez²⁷³.

La duda en cuanto a quién queda vinculado a través de la cláusula surge especialmente por la referencia de Ulpiano a "*personae possidentium aut in ius eorum succedentium*", pues no parece corresponderse con la idea de que los contratos tendrían eficacia obligacional únicamente *inter partes*, con lo cual vincularían a las partes y, eventualmente, a sus herederos.

Para un sector de la doctrina²⁷⁴, la más antigua y correspondiente a la época de la caza de interpolaciones, esta mención sólo puede referirse a la persona del comprador y del vendedor, denominados "*personae possidentium*" por Ulpiano, ya que, al tratarse de un fundo provincial, no pueden ser propietarios, y de sus herederos, "*in ius eorum succedentium*". Esta interpretación se basaría en el texto correspondiente a éste en las Basilicas, en el palimpsesto ambrosiano del s. X, en el volumen VI de la edición de Heimbach —considerada la más imperfecta—, en el que se habla expresamente del comprador y de sus herederos como únicos sujetos vinculados por la

²⁷² MOHINO MANRIQUE, A. *Pactos en el contrato de compraventa... cit.*, p. 262 y 263.

²⁷³ El recurso a la buena fe en el contrato de compraventa para sostener el carácter vinculante de determinadas cláusulas contractuales, a mediados del s. I d. C., es empleado por la jurisprudencia no como una premisa para la ejecución del contrato según su letra, sino en relación con la valoración del resultado que las partes querían alcanzar cuando incluyeron la mencionada cláusula. DAJCZAK, W. *L'uso de la locuzione bona fides... cit.*, p. 83.

²⁷⁴ Como por ejemplo, PEROZZI, S. *Scritti giuridici... cit.*, II, p. 204 y 205. SOLAZZI, S. *Requisiti... cit.*, p. 27 y 28.

cláusula. Asimismo, en la Glosa ordinaria (mediados s. XIII) la mención a los sucesores se entiende hecha respecto de los sucesores a título universal. Bártolo también contempla que la cláusula afecta únicamente al comprador y a sus herederos. Baldo considera, asimismo, que la cláusula sólo vincula a los sucesores del comprador a título universal y expresamente excluye que se dé un caso de obligación ambulatoria; en esta misma tendencia se pronuncia de Castro. Esta interpretación que reconoce una eficacia restrictiva a la cláusula es mantenida, más adelante, por Savigny y Pernice²⁷⁵.

No obstante, esta interpretación no resulta satisfactoria si se compara con el contenido literal del fragmento de Ulpiano. Hallebeek²⁷⁶ subraya muy acertadamente que el jurista, pudiendo haber mencionado únicamente al comprador, sólo menciona a los poseedores, del mismo modo que no habla de herederos, sino de sucesores, con lo que no excluye expresamente que los sucesores a título particular también se vieran afectados por la *lex venditionis*. Es más, si realmente Ulpiano hubiera estado pensando en el comprador y los herederos de las partes, hubiera sido más lógico que la conjunción utilizada en el texto hubiera sido *et* o *vel*, en lugar de *aut* —“*personae possidentium aut in ius eorum succedentium*”—. El problema de interpretar qué personas quedarían vinculadas por la cláusula se agrava todavía más, si tenemos en cuenta que el jurista acaba de advertir que no pudo constituirse una servidumbre en este supuesto por las razones expuestas anteriormente. Pero a pesar de esto, de que no se considere constituida una servidumbre, la *lex venditionis* o *stipulationis* parece afectar, a tenor del texto, no sólo al comprador, sino a los sucesivos poseedores del fundo Geroniano, con independencia de que sean sucesores a título universal o particular, por actos *mortis causa* o *inter vivos*.

²⁷⁵ BARTOLO, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Turín, 1574, p. 189. BALDO, *In primam Digesti Veteris partem commentaria*, Venecia, 1577, p. 329. DE CASTRO, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venecia, 1592, p. 176.

Vid. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 194. HALLEBEEK, J. *Legal problems concerning a draught of tunny... cit.*, p. 40 y 41, nt. 5 a 8.

²⁷⁶ HALLEBEEK, J. *Legal problems concerning a draught of tunny... cit.*, p. 45 y ss.

No son pocas las fuentes jurisprudenciales que recogen supuestos en los que, con motivo de una compraventa, se incluye algún tipo de cláusula prohibitoria al comprador, que limita su derecho de propiedad sobre la cosa adquirida y que parecen dar lugar a una vinculación de carácter real que, de no ser respetada, puede suponer la resolución de la compraventa²⁷⁷. Así por ejemplo, este tipo de cláusulas aparecen frecuentemente en el caso de la compraventa de esclavos: dentro de este tipo de acuerdos prohibitorios, encontraríamos la cláusula *ne manumittatur* (D. 30, 44, 7, Ulp. 20 *Sab.*; D. 40, 1, 20, 2, Pap. 10 *resp.*; Alex. C. 4, 57 [a. 222]; PS. 4, 12, 2); *ne serva prostituatur* (D. 2, 4, 10, 1, Ulp. 5 *ad ed.*; D. 18, 1, 56 Paul. 50 *ad ed.*; D. 18, 7, 9, Paul. 5 *quaest.*; Alex. C. 4, 56, 1 [a.223]), o *ut servus exportetur* (D. 18, 7, 1, Ulp. 32 *ad ed.*; D. 18, 7, 9, Paul. 5 *quaest.*; Frag. Vat. 6 Pap. 3 *resp.*). En todos estos supuestos, la eficacia real de la cláusula derivaría de la realización de una *mancipatio* (*lex dicta in mancipio*)²⁷⁸.

Cláusulas que implican límites en la libertad de disponer sobre una cosa las encontramos también respecto de la *hypotheca* o el *pignus* (D. 20, 5, 7, 2, Marc. *sing. ad form. hypoth.*), en el caso de la *societas*, cuando se acordó por los socios que ésta no se dividiría (D. 10, 3, 14, 3, Paul. 3 *Plaut.*; D. 17, 2, 16, 1, Ulp. 30 *Sab.*) o en los testamentos, concretamente en el caso de los fideicomisos, en los que podría incluirse prohibiciones de enajenar respecto de determinados bienes, pensando en el beneficio de concretas personas, como los hijos, descendientes, libertos, etc. del causante (D. 30, 114, 14, Marc. 8 *inst.*). En todos estos supuestos, nos encontramos con cláusulas (*leges dictae*) que no sólo afectan a los herederos de las partes, sino también a los terceros que

²⁷⁷ Téngase en cuenta lo que expresa Juliano en D. 18, 5, 5, 1 (15 *dig.*): *Emptio nuda conventionione dissolvitur, si res secuta non fuerit.*

²⁷⁸ KASER, M. *RPR*, I, p. 562, también en «Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht», en *Festgabe für J. Sontis*, 1977, p. 11 a 31 y en *Privatrechtsakt... cit.*, p.97 y ss. KUNKEL, W. *Römisches Recht*, 4ª ed., 1987, p. 321 y ss. HAUSMANINGER, H. – SELB, W. *Römisches Recht*, 8ª ed., 1997, p. 205 y ss.

adquieren la cosa. Como expresa Kaser²⁷⁹, estas disposiciones suponen una limitación del derecho de propiedad equivalente a las limitaciones que sólo podrían provenir de un legislador o sujeto similar —en el caso de los particulares, en principio, sólo podrían darse en el círculo de los *iura in re aliena*—. Respecto de estos casos, Jhering²⁸⁰ habla de “dinglich wirkende Beschränkungen im Bereich obligatorischer Verhältnisse (dinglich geschützte Obligation)”, que constituirían casos especiales dentro de los derechos de servidumbre: “Sonderfälle aus dem Recht der Servituten”.

El texto de Ulpiano que nos ocupa contribuye a dar muestra de la clasicidad de la *divisio* perteneciente a este mismo jurista *pacta in rem*—*pacta in personam*, de D. 2, 14, 7, 8 (Ulp. 4 *ad ed.*), y de las consecuencias prácticas de su vigencia, pues para Ulpiano, el pacto añadido a la compraventa del fundo Geroniano, en virtud del cual se prohíbe la pesca del atún, es un pacto a favor del fundo Botriano, de modo que su naturaleza es la de un *pactum in rem*:

Como expresábamos en el capítulo II²⁸¹ de este trabajo, la cuestión de que un pacto sea considerado *in rem* o *in personam* no es baladí, pues en el caso de los *pacta in rem*, se asegura la transmisibilidad *mortis causa* o *inter vivos* de las situaciones del causante derivadas de dicho pacto. El pacto a través del cual se prohíbe la práctica de la pesca en el fundo Geroniano es un pacto que se concluye, no en beneficio exclusivo del vendedor, sino en beneficio del fundo Botriano, claramente en el texto se expresa que la

²⁷⁹ KASER, M. *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen... cit.*, p. 12 y ss. Para Kaser, siguiendo la opinión de Jhering, “Die Römer haben den Privaten die Macht zugestanden, bei bestimmten Geshäften durch einseitige Zusätze zu modifizieren, vor allem einzuschränken. Eine solche *lex dicta*, *lex privata* hat man, soweit sie von der staatlichen Ordnung zugelassen wird, als für den Geshäftsgegner ebenso verbindlich angesehen wie die *lex publica* und die anderen bindenden Quellen des römischen Staates”.

²⁸⁰ JHERING, R. «Passive Wirkungen der Rechte», en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, X, p. 387 y ss; *Gesammelte Aufsätze*, II, p. 178 y ss. Max KASER, *privatrechtsakt... cit.*, p. 98.

²⁸¹ *Vid.* Capítulo II, Sección I, epígrafe 6.

prohibición afecta a la pesca que se realiza “*contra eum*”. En tanto que puede entenderse que el pacto concluido por el vendedor es un pacto *in rem*, éste afectará a cualquier sucesor del comprador, ya tenga lugar la sucesión por actos *inter vivos* o *mortis causa*.

Esta misma idea es la que refleja Ulpiano en D. 43, 20, 1, 43 (Ulp. 70 *ad ed.*):

Et datur interdum praediis, interdum personis. Quod praediis datur, persona extincta non extinguitur: quod datur personis, cum personis amittitur ideoque neque ad alium dominum praediorum neque ad heredem vel qualemcumque successorem transit.

En el texto, se habla de la concesión de conducir agua desde un depósito, arroyo o lugar público, en relación con la cuestión de si dichas conducciones quedan protegidas por el pretor a través de interdictos, al igual que sucede con las protección interdictal, en el caso de conducción de agua perenne. Ulpiano distingue si la concesión se realiza a favor del fundo “*datur interdum praediis*” o a favor de una persona, “*datur interdum personis*”. En el caso que la facultad de conducir agua se da a favor de una persona, cuando ésta desaparece o enajena el fundo al que conducía el agua, dejan de disponer de este derecho el nuevo propietario del fundo, o cualquier sucesor de esa persona: “*neque ad alium dominum praediorum neque ad heredem vel qualemcumque successorem transit*”. Es decir, dicha facultad es intransmisible. En cambio, cuando la facultad de conducir agua se concede a favor de un fundo y no de su titular, a la muerte del titular, no se extingue dicha facultad, sino que se transmite a los sucesivos propietarios de ese fundo. Ulpiano determina, por tanto, la transmisibilidad del derecho de conducir agua en función de que éste se conceda en beneficio de una persona (*pactum in personam*) o en beneficio del fundo (*pactum in rem*). En el mismo sentido parecen expresarse Escévola en D. 8, 5, 20, 1 (Scaev. 4 *dig.*)²⁸² y Paulo en D. 8, 3, 37 (Paul. 3

²⁸² D. 8, 5, 20, 1 (Scaev. 4 *dig.*): *Plures ex municipibus, qui diversa praedia possidebant, saltum communem, ut ius compascendi haberent, mercati sunt idque etiam a successoribus*

resp.)²⁸³.

La determinación de si el beneficio se concede a una persona o a un fundo dependería, como indica Escévola en D. 8, 5, 20, 1, del *id quod actum*, "*id observandum, quod actum inter contrahentes esset*"²⁸⁴ y, en definitiva, de la interpretación de cuál es la voluntad de las partes, a lo que parece atender Ulpiano, partiendo de la buena fe del contrato de compraventa, para expresar que la prohibición de la pesca de atún afecta al comprador y a cualquier sucesor de éste, no sólo a sus herederos. Pues efectivamente, cuando el vendedor incluyó la cláusula prohibitoria, lo hizo en beneficio del fundo que retenía y con independencia de quien pudiera poseer el fundo vecino, debido a ello, su intención primera era constituir una servidumbre predial. Obviamente la

eorum est observatum: sed nonnulli ex his, qui hoc ius habebant, praedia sua illa propria venum dederunt. 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.

²⁸³ D. 8, 3, 37 (Paul. 3 *resp.*): "*Lucius Ticius Caio Seio fratri pluriam salute! De aqua fluente in fontem, quem pater meus in isthmo instruxit, do concedoque tibi gratuito digitum sive ad domum, quam in isthmo tenes, sive quocunque tandem volueris*". *Quaero, an ex hac scriptura usus aquae etiam ad heredes Gaii Seii pertineat. Paulus respondit usum aquae personalem ad heredem Seii quasi usuarii transmitti non oportere.* Creemos que en este caso, podría incluso defenderse la existencia de una servidumbre constituida por la vida del titular del predio beneficiado con la concesión del agua, si bien habría que determinar si se darían, en este supuesto, los requisitos necesarios para la existencia de una servidumbre predial, lo que nos parece del todo posible, sobre todo cuando se refiere al uso del agua para la casa del beneficiario, aunque creemos que faltan datos en el texto para poder pronunciarnos con total seguridad.

Una solución similar puede apreciarse en otro texto de Ulpiano, pero en referencia al usufructo. El jurista interpretaría la *stipulatio* a la luz del acuerdo constitutivo del derecho de usufructo, que se suele constituir en beneficio de una persona y no de un fundo (*pactum in personam*). D. 45, 1, 38, 10-12 (Ulp. 49 *Sab.*): 10. *Si quis ita stipulatus fuerit "uti frui sibi licere" ad heredem ista stipulatio non pertinet.* 11. *Sed etsi non addiderit "sibi", non puto stipulationem de usufructu ad heredem transire; eoque iure utimur.* 12. *Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit. et putem posse, licet diversi sint fructus: nam et si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaverimus.*

²⁸⁴ BABUSIAUX, U. "*Id quod actum est*". *Zur Ermittlung des Parteienswillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, Munich, 2006, p. 133 y ss. y p. 200 y 201.

lex venditionis o stipulationis no da lugar, en este caso, a la constitución de un derecho real, sino a una obligación, como se indica de forma expresa en el texto "*per stipulationis vel venditionis legem obligantur*"²⁸⁵, que sin embargo ha de afectar a cualquiera que posea el fundo Geroniano, dando lugar a una obligación ambulatoria²⁸⁶.

Este texto sirve nuevamente de muestra de cómo los pactos podían dar lugar a las más diversas situaciones jurídicas y cómo, en este supuesto, el pacto concluido en ocasión de una compraventa se escapa de la eficacia limitada que se atribuye, por regla general, a los contratos.

3.2.4. La servidumbre de aquaeductus constituida en provincias, Alex. Sev. C. 3, 34, 3 (a. 223)

La posibilidad de constituir un derecho de servidumbre sobre suelo provincial se encuentra expresamente reconocida en un rescripto del emperador Alejandro Severo²⁸⁷ del año 223. Pese a la oscuridad y dudas que plantea este rescripto, que ha pasado con más pena que gloria en las contadas

²⁸⁵ Contrariamente, que el texto hable de *obligatio* no sería óbice, según Finkenauer, para entender que existe una servidumbre, pues en definitiva lo que importaría sería que la prohibición de pescar atún se transmite a cualquier sucesor del comprador. Aún cuando Ulpiano claramente expresa que no se ha constituido una servidumbre en este caso ("*servitus imponi privata lege non potest*"). FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 381.

²⁸⁶ En el mismo sentido, aunque partiendo de la constitución de una servidumbre *pactionibus et stipulationibus*, que sólo puede dar lugar a una obligación ambulatoria, Giuseppe PROVERA, *Servitù ed obbligazione propter rem... cit.*, p. 17 y ss. HALLEBEEK, J. *Legal problems concerning a draught of tunny.... cit.*, p. 45 y 46.

²⁸⁷ Pese a que las versiones que nos han llegado del *Codex* suelen atribuir este rescripto a Antonino Caracalla, existe actualmente unanimidad en la doctrina en reconocer que pertenece a Alejandro Severo. MOMMSEN, T.- KRUEGER, P. *Corpus iuris civilis*, II, 24^a ed. (1963), nt. 11 p. 141.

ocasiones en las que la doctrina se ha pronunciado sobre él²⁸⁸, se ha contemplado la posibilidad de que la servidumbre de acueducto de la que se ocupa el texto se constituyera *pactionibus et stipulationibus*²⁸⁹ a raíz de la referencia a “placita” que encontramos en su texto, y dada la naturaleza provincial del caso estudiado:

C. 3, 34, 3: *Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt, si ea praecesserint, quae servitutem constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent. Quare non ignorabis, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere iure non potuerunt, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emptores eadem praedia posse. * Alex. a. Ricanae. * <a 223 pp. k. mai. Maximo II et Aeliano Conss.>*

En los predios de las provincias también pueden constituirse la servidumbre de acueducto o las demás servidumbres, si hubieren precedido las condiciones o requisitos que constituyen las servidumbres; porque deben respetarse los pactos entre los contratantes. Por lo cual no ignorarás, que si los anteriores poseedores no pudieron conforme a derecho prohibir que se condujera agua por los predios, pueden pasar los mismos predios de los compradores con la misma carga, de tener que sufrir la servidumbre.

²⁸⁸ A parte de las conocidas monografías de Grosso, Biondi o Solazzi sobre las servidumbres prediales y de la de Krüger sobre la servidumbre pretoria, así como a artículos aparecidos en revistas sobre esta misma cuestión, la verdad es que las referencias a este texto en trabajos doctrinales durante el s. XX, en muchas ocasiones, se resumen en una mera nota a pie de página para ratificar la posibilidad de constituir servidumbres prediales en provincias. Mientras que, curiosamente, el texto suele omitirse en los trabajos que se ocupan de la *vetustas* o la *longi temporis praescriptio*, que sin embargo sí mencionan los textos correlativos a éste en el *Codex*.

²⁸⁹ RICCOBONO, S. *Dies e condicio... cit.*, nt. 1 p. 340; GROSSO, G. *I problemi dei diritti reali... cit.*, p. 298, *Le servitù...*, p. 201 y ss. y en *Riflessioni sulla costituzione...(Scritti)*, p. 711 y ss. MASCHI, C.A. *Contributi... cit.*, p. 287. BONFANTE, P. *Corso di diritto romano... cit.*, p. 141. KASER, M. *Der Privatrechtstakt... cit.*, p. 102. PROVERA, G. *Servitù prediali ed obbligazioni propter rem... cit.*, p. 15. ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie... cit.*, nt. 552 p. 147. HALLEBEEK, J. *Legal problems concerning a draught of tunny... cit.*, nt. 37 p. 47.

En este rescripto, el emperador Alejandro Severo responde a una pregunta planteada por Ricana en relación con una servidumbre de acueducto constituida en provincias. Ricana sería una habitante de una provincia, pues la referencia inicial en el rescripto, "in provinciali praedio", deja claro que el problema jurídico planteado por Ricana tiene lugar en relación con un fundo provincial. Desgraciadamente, a falta de datos más precisos en el texto, no es posible relacionar el nombre de Ricana con algún territorio en particular, de modo que no nos es posible situar geográficamente la provincia en la que surgió la controversia planteada en el rescripto.

La cuestión a la que responde el rescripto sería la siguiente: Ricana sería la titular de un predio provincial, a través del cual se conduce agua al predio vecino, al parecer, en virtud de una servidumbre de acueducto, que se habría constituido con anterioridad a que Ricana adquiriera el inmueble. El predio de Ricana sería por tanto, en este caso, el predio sirviente. Posiblemente la adquisición del predio tuvo lugar a través de una compraventa, ya que la parte final del rescripto alude a los sucesivos compradores del fundo, "*cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emptores eadem praedia posse*". Teniendo en cuenta que la existencia de una servidumbre sobre el predio de Ricana incide claramente sobre el valor económico del inmueble, así como las posibles molestias que esta servidumbre pueda ocasionar a Ricana en el disfrute del predio adquirido, ésta se plantea si debe soportar o no la servidumbre, en cuya constitución ella no participó.

El emperador le responde afirmativamente, en resumidas cuentas, subraya e incluso enfatiza que también en los predios de las provincias pueden constituirse las servidumbres, cuando se dieran las condiciones necesarias para su constitución, si bien no expresa precisamente cuáles son esas condiciones o requisitos, aunque a continuación de haber expresado lo anterior, indica que deben respetarse los "placita inter contrahentes".

Un dato clave, por tanto, en el rescripto sería que el emperador parece fundamentar su respuesta en el hecho de que se deben respetar los pactos entre los contratantes, de manera que, si los anteriores poseedores de dicho predio provincial no pudieron impedir el ejercicio de la servidumbre, Ricana tampoco podría impedirlo ahora, l respeto que dichos acuerdos merecen.

Creemos que es posible diferenciar dos partes en el rescripto de Alejandro Severo, incluso podría afirmarse que la estructura de este texto parece aproximarse al estilo de la literatura casuística de la jurisprudencia clásica: la primera parte se extendería hasta "*tueri enim placita inter contrahentes debent*" y tendría un carácter más general que la parte final del rescripto, pues expresaría un enunciado o regla general acerca de la posibilidad de constituir servidumbres sobre los fundos provinciales; la segunda parte nos parece mucho más concreta, el rescripto se refiere a la cuestión planteada por Ricana y responde acerca de si ésta debe soportar o no que el vecino conduzca el agua a través de su finca.

Para algunos autores²⁹⁰, la primera parte del texto no estaría libre de interpolaciones. Así, por ejemplo, para Krüger²⁹¹ la afirmación al inicio del rescripto "*constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt, si ea praecesserint, quae servitatem constituunt*" es una *Weisheit*, consecuencia de

²⁹⁰ KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut... cit.*, p. 80. CARCATERRA, A. *Il possesso dei diritti... cit.*, nt. 1 p.99. SOLAZZI, S. *Requisiti... cit.*, p. 113 y 114. BESELER, G. *Beiträge... cit.*, IV, p. 83, más radical que Solazzi, aboga por la siguiente reconstrucción del texto "[Et] in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes <nisi pactionibus et stipulationibus non> possunt [, si ea praecesserint, quae servitatem constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent]. Quare non ignorabis <dass du unmittelbar gegen den Käufer nur dann vorgehen kannst, wenn der Verkäufer den Käufer pflichtmäßig zu eigener Promission veranlasst hat>[, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere iure non potuerunt, cum eodem onere preferendae servitutis transire ad emptores eadem praedia posse]". BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 261 y 262 y en *Le categorie romana delle servitute... cit.*, p. 224 y ss. Más recientemente, *vid.* SANTOS ROJOS, C. *La reserva de la servidumbre... cit.*, p. 104.

²⁹¹ KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut... cit.*, p. 80.

una manipulación del texto original. En el mismo sentido, Solazzi²⁹² tilda de insoportable banalidad esta misma afirmación de que puede constituirse una servidumbre "*si ea praecesserint, quae servitutem constituunt*". No le parece razonable que la cancillería imperial, al frente de la cual se encontraría Ulpiano, se hubiera expresado de esta manera. Debido a ello, este autor considera que la frase anterior, así como la parte final del texto, relativa a la transmisibilidad de la servidumbre a los posteriores compradores, son obra de Triboniano. La misma opinión le merece a Biondi²⁹³, para quien estaría fuera de toda duda pensar que el emperador y la cancillería imperial se hubieran pronunciado de una manera tan indeterminada, sobre todo cuando poco después se expresa que "*tueri enim placita inter contrahentes*".

Más reciente en el tiempo resulta el estudio de Zuccotti sobre la tutela de la servidumbre pretoria, en el que vuelve a ocuparse de este rescripto. El autor relaciona la respuesta de Alejandro Severo con el *diuturnus usus*, a través del cual se conseguiría, en provincias, la transmisibilidad de las relaciones existentes entre fincas a terceros adquirentes. Para este autor, que parte de reconocer a las servidumbres pretorias una tutela exclusivamente interdictal, en suelo itálico, la tutela de terceros adquirentes, como serían los sucesores a título universal, los *emptores* y los *bonorum possessores* del fundo sirviente y del dominante, estaría asegurada a través del edicto pretorio, que permite la extensión a estos de los interdictos relativos a las servidumbres²⁹⁴. En

²⁹² SOLAZZI, S. *Requisiti... cit.*, p. 113 y 114.

²⁹³ BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 250 y 251, 261 y 262 y en *Le categorie romana delle servitutes... cit.*, p. 224 y ss. Respecto al posible acto constitutivo de la servidumbre, esta locución tan imprecisa le provoca serios problemas Biondi. Al tener en cuenta que, en el año 212, Caracalla ya había concedido la ciudadanía romana a la totalidad de habitantes del Imperio, cabe preguntarse en qué pueden consistir estas "condiciones necesarias" y a qué modos de constitución de las servidumbres podían acceder los nuevos ciudadanos. Con independencia del nuevo estatuto personal de los habitantes de las provincias, debe subrayarse la especial situación del suelo provincial, que no lo hacía susceptible de *mancipatio* ni de *in iure cessio*, además de tener en cuenta que el rescripto que nos ocupa data de finales de la época clásica y que la *mancipatio* y la *in iure cessio* se encontraban, desde hacía tiempo, inmersas en un proceso de decaimiento o decadencia.

²⁹⁴ ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale delle servitù... cit.*, p. 182 y 183.

provincias, al estar vigente la *cognitio extra ordinem* —en el caso de las provincias imperiales— y por tanto, no ser aplicables los principios y reglas relativos a las relaciones entre fincas propios del *ordo iudiciorum privatorum*, el problema de la tutela de los terceros adquirentes debía revestir mayor gravedad y el *diuturnus usus* habría colaborado a otorgar a las servidumbres un tipo de tutela más acorde con las nuevas coordenadas de finales de la época clásica del Derecho romano. En este sentido, pese a las interpolaciones que el texto presentaría, identificaría la frase “*iure prohibere non potuerunt*” —siempre partiendo de que no es aplicable aquí el procedimiento formulario— con el hecho de que, con la constitución de la servidumbre, “il proprietario del fondo si è privato della facoltà di impedire al vicino di svolgere sul proprio fondo la attività di transito, di derivazione idrica e così via oggetto della servitù, in una impostazione che, nella generale ostilità specie del tardo impero verso un atto di autotutela privata quale la *prohibitio* stragiudiziale, tende a identificare in linea di massima la existencia stessa del rapporto in tale assenza di «*ius prohibendi*», in un contesto ove più generale ci si preoccupa soprattutto che da simili atti di autotutela stragiudiziale non debbano nascere motivi di lite e disordine”.

Así, mientras en C. 3, 34, 3 la obligación de respetar la servidumbre de *aquaeductus* parece derivarse de los “*placita*” —práctica que también se seguiría en D. 8, 3, 36 (Paul. 2 *resp.*) (*infra*), lo que Zuccottii²⁹⁵ vincula, además, con un oscurecimiento de la distinción entre actos con eficacia real y actos con eficacia obligacional en las provincias, como preludio a lo que ocurrirá en época postclásica— y se expresa con un genérico “*posse*”, en cuanto que esta obligación afecta a terceros adquirentes, en Ant. C. 3, 34, 1 y 2 (a. 211 y 215, respectivamente)²⁹⁶ tal resultado se relaciona de forma automática con la

²⁹⁵ ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale delle servitù... cit.*, p. 188 y ss.

²⁹⁶ C. 3, 34, 1: *Imperator Antoninus . Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis*

longi temporis consuetudo o con el ejercicio durante largo tiempo que conduciría a la adquisición, de hecho, de la servidumbre. Esta disparidad de respuestas en las constituciones imperiales es interpretada por Zuccotti, como expresión del esfuerzo por parte de la Cancillería imperial de adecuarse a las diferentes situaciones locales para asegurar la tutela de las servidumbres y la obligación de respetar su ejercicio por los sucesivos adquirentes del fundo sirviente: “le vie seguite a tale scopo, forse in riferimento altresì alle varie diverse situazioni locali, non dovettero essere certo univoche né prive di ripensamenti, anche se talune di queste soluzioni – ed, ovviamente, quella connessa al fattore temporale– erano in ogni caso destinate a prevalere nella loro empiricità incontrando l’incondizionato favore della cultura giuridica del tardo impero”²⁹⁷.

En cuanto a la referencia en el texto a “*si ea praecesserint, quae servitutem constituunt*”, para Zuccotti, tal locución indicaría que la servidumbre se habría constituido regularmente y parecería presuponer un acto constitutivo, por lo que se excluiría que se tratara de una mera tolerancia, de modo que descartaría que el emperador se hubiera referido a un caso de *patientia*²⁹⁸.

Como decíamos, nos parece que no puede obviarse ese carácter general de la primera parte del rescripto, en la que el emperador subraya la posibilidad de constituir servidumbres en provincias. Obviamente, esta primera parte no está exenta de sospechas de una más que segura manipulación del texto y una

*obtinere sciet, modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet. * Ant. a. Calpurniae. * <a 211 pp.III id. nov. Gentiano et Basso consss.>*

C. 3, 34, 2: *Idem. Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum mobilium tempore quaesiisti. Quod si ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumptus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertinet, cuius est possessio. * Ant. a. Martiali. * <a 215 pp. k. Iul. Laeto II et Cereale consss.>*

²⁹⁷ ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale delle servitù... cit.*, p. 190.

primera lectura de ella da la sensación de que, posiblemente, el rescripto original hubiera contenido una explicación más extensa del asunto y que el texto hubiera sido posteriormente, en época postclásica o justiniana, epitomado, en un intento de reflejar las ideas principales en que el emperador basaba su opinión. Esto explicaría la enigmática condición "*si ea praecesserint, quae servitutem constituunt*".

El inicio del rescripto también resulta curioso, en tanto que el emperador parece subrayar, incluso enfatizar —"*Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt*"—, la posibilidad de constituir una servidumbre en provincias, lo que no resultaría ninguna novedad, pues esto mismo ya lo habría afirmado, siglos antes, Gayo en sus *institutiones* 2, 31. Sería por tanto, extraño, que a finales de época clásica, se estuviera poniendo en duda la posibilidad de constituir una servidumbre en provincias²⁹⁹. Este hecho nos hace plantearnos la idea de que, en realidad, el particular que se

²⁹⁸ ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale delle servitù... cit.*, p. 232.

²⁹⁹ Vid. BIONDI, B. *La categoria romana delle servitutes... cit.*, p. 224 y ss. De hecho, si contemplamos el comentario de Baldo a este rescripto, podemos observar cómo subraya que probablemente la duda de Ricana tuviera que ver con la posibilidad de constituir o no una servidumbre en provincias, a lo que contesta afirmativamente, comparando este caso con el del enfiteuta o vectigalista. *In primum, secundum et tertium Cod. lib. commentaria*, Venetiis, 1577, p. 333 y ss.

Según Finkenauer, la servidumbre se habría constituido, en este caso, únicamente a través de un pacto (recordemos que este autor defiende que *pactiones et stipulationes*, en Gai. 2, 31, significa que las servidumbres pueden constituirse ya sea a través de pactos o de *stipulationes*). El autor parte de que, en época de Alejandro Severo, estaría plenamente aceptado el hecho de que la servidumbre pretoria gozara de una eficacia real, lo que es ratificado nuevamente en el rescripto. "*Si ea praecesserint, quae servitutem constituunt*" únicamente haría referencia a la voluntad de las partes en este supuesto; es decir, habría que determinar en el caso concreto si las partes habrían querido, a través del acuerdo, constituir un derecho real o una mera relación obligatoria. Este planteamiento, sin embargo, nos parece que no permite explicar la oportunidad de la consulta formulada por Ricana, a finales de época clásica, por mucho que podamos estar de acuerdo con este autor en que Ricana sea una persona lega. Creemos que el problema no se planteaba entorno a la eficacia que pudiera tener el pacto, sino, seguramente, a la presencia de la *stipulatio*, aunque ésta no aparezca mencionada en el texto, pues sería el elemento que permitiría conocer la existencia de una servidumbre sobre la finca. El problema debió surgir a raíz de la *prohibitio* del ejercicio de la servidumbre de acueducto por parte de Ricana y, de ahí, que ésta última planteara su duda al emperador. FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 362 y 363.

dirige a la Cancillería imperial no estuviera únicamente solicitando consejo, en cuanto a si debía soportar o no la servidumbre impuesta por otros sujetos de los que su posesión sobre el fundo provincial traería causa, sino que planteara, como cuestión previa, si realmente el derecho del titular de fundo vecino de conducir agua a través de su predio fuera constitutivo de una servidumbre y no una mera relación obligatoria a extinguirse en tanto que hubiera un cambio en la titularidad del fundo adquirido por Ricana.

Además, el rescripto de Alejandro Severo sí parece referirse a un acto constitutivo de la servidumbre, a diferencia de las constituciones de Caracalla que preceden a este rescripto en el *Codex*, y que se referirían, en términos generales, a casos en los que el ejercicio pacífico de la servidumbre durante un largo tiempo (*vetustas*) es digno de protección y exonera a quien ejerce la servidumbre de tener que demostrar la existencia de un acto de adquisición de ésta³⁰⁰, especialmente en el caso de la servidumbre de acueducto: así, en el supuesto de C. 3, 34, 1 (*supra*), la constitución se refiere a una situación digna de tutela, en los términos anteriormente expuestos, y sobre todo, por derivarse de la reglamentación edilicia de las construcciones ("*qui aedificium contra veterem formam exstruxit*"); mientras que, en el caso de la constitución recogida en C. 3, 34, 2 (*supra*), se pronuncia sobre un supuesto en el que se produce un pacífico ejercicio durante largo tiempo de una servidumbre con la mera tolerancia del titular del fundo sirviente ("*Si aquam per possessionem*

³⁰⁰ BONFANTE, P. «La *longi temporis praescriptio* delle servitù», en *Scritti giuridici varii*, II. *Proprietà e servitù*, Turín, 1918, p. 961 y ss. ALBERTARIO, E. «Il possesso delle servitù prediali», en *Studi di diritto romano*, II. *Cose-Diritti reali-Possesso*, Milán, 1941, p. 354 y ss. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 281 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 217 y ss. NÖRR, D. *Die Entstehung der "longi temporis praescriptio". Studien zum Einfluss der Zeit im Recht und zur Rechtspolitik in der Kaiserzeit*, Köln-Opladen, 1969, p. 48 y ss. ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie... cit.*, p. 158 y nt. 577 y 596. CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Proprietà e diritti reali... cit.*, p. 171 *in fine* y ss. MANNINO, V. *La tolleranza dell'usus servitutis... cit.*, nt. 94, p. 57 y 58, este autor, sin embargo, parte de que la *longa consuetudo* sí daría lugar a la adquisición de la servidumbre (*quasi servitus*) en época clásica, *La tolleranza dell'usus servitutis... cit.*, p. 66 y ss. y *Tutela de la "quasi possessio" delle servitù... p. 35 y ss.* LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 104, nt. 256.

Martialis, eo sciente duxisti)³⁰¹.

En contestación a la *quaestio previa* sobre la existencia o no de una servidumbre o bien una relación personal, el emperador expresa que hay que atender a los *placita*, es decir, a los acuerdos los cuales se concedió el derecho a conducir agua por el fundo vecino. En este sentido, en cuanto al modo de constitución del acueducto del que se ocupa esta constitución, pese a que el rescripto no nos informa expresamente de ello, indicando únicamente, de una manera bastante imprecisa “si ea praecesserint, quae servitutem constituunt”, nos parece que la referencia a *placita* bien puede concordar con la constitución de la servidumbre *pactionibus et stipulationibus*, pese a que no se encuentre en el texto una referencia expresa a la *stipulatio*³⁰². La falta de mención a las

³⁰¹ KASER, M. *RPR*, I, p. 445. D'ORS, A. *Derecho privado romano... cit.*, p. 219. La referencia final a la adquisición de la servidumbre en C. 3, 34, 2, “*Si aquam per possessionem Martialis, eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti*”, podría no ser una interpolación justiniana, de acuerdo con estos dos autores, en el caso de referirse a un fundo provincial, donde probablemente la servidumbre pudiera adquirirse, ya desde época clásica, merced a la *longi temporis praescriptio*.

³⁰² Lo que nuevamente es interpretado, por algunos autores, como un claro indicio de que las servidumbres podrían constituirse o bien por pactos, o bien por *stipulationes*. Entre otros, KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut... cit.*, p. 17. PEROZZI, S. *Scritti giuridici... cit.*, I, p. 207 y ss. CARCATERA, A. *Il possesso dei diritti... cit.*, p. 99 y ss. Esta tendencia, en las constituciones imperiales, se vería refrendada, según estos autores, por una constitución de época bizantina del emperador Zenón, acerca de la ordenación de las construcciones privadas, recogida en C. 8, 10, 12 (a. 471-491) en la que vuelve a hablarse de *pactio vel stipulatio*:

C. 8, 10, 12, 1: *Et nos praecipimus, ut, qui seas aedes renovant nequaquam veterem formam excedant, ne aedificantes lumina vel prospectum vicinorum contra prius constituta auferant. Neque tamen addiderim, quid quodcumque debeat obtinere, qualecunque ius aedificator habeat, competens ei ex pacto vel stipulatione, quo antiquam formam, si velit, mutare permittatur. Tunc enim sancimus, si pactum vel stipulatio aedificantem iuvet, licere ei secundum pacti vel stipulationis vires aedificare, etiam si vicini, quibus adversatur pactum, inde laedi videantur.*

3. (...) *Hoc enim si liceat, rursus luciferae propter falsum solum prospectivarum usui inservient et vicinum laederit; quod fieri prohibemus, nullo tamen modo auxilium, quod ex pactis vel stipulationibus aedificatoribus competit, si quod tale oimnino succurrat, auferentes.*

4. (...) *Tunc enim, et non observato intervallo, iuxta pactum permittimus extollere aedificia, licet ii, qui contraxerunt vel in horum domos successerunt, circa maris prospectum laedantur, quandoquidem iura, quae ex pactis competunt, per generales leges tolli non convenit.*

En esta constitución, el emperador Zenón corrige, aclara y desarrolla la legislación del emperador León, que ordenaba la edificación en Constantinopla. La constitución de León

stipulationes de ejercicio que suelen acompañar a las *pactiones*, sin embargo, puede deberse a que serían éstas, las *pactiones*, las que determinarían el tipo de relación que las partes quisieron constituir y a las que debe atenderse para determinar la transmisibilidad a terceros de esa relación.

La misma solución puede observarse en D. 8, 3, 36 (Paul. 2 resp.):

no se ha conservado, pero a tenor de lo que expresa Zenón en C. 8, 10, 12 pr., debió dar lugar a problemas interpretativos y ambigüedades, de ahí que Zenón sienta la necesidad de legislar esta materia, la normativa de su predecesor, utilizando un lenguaje claro, para que los particulares puedan entender el texto de la norma, sin necesidad de recurrir a intérpretes. La constitución prohíbe las construcciones —ya sea de edificios nuevos, pero especialmente respecto de la restauración o reconstrucción de los viejos— que no se realicen de acuerdo con la antigua forma o estructura de los edificios y respetando las luces y vistas de los vecinos. En este punto, Zenón añade a la legislación de su padre, la posibilidad de que el constructor se separe de la configuración originaria del edificio, a través de la adquisición de la correspondiente servidumbre *pactionibus et stipulationibus*. Pese a que el texto recoge una referencia a las *pactiones et stipulationes* empleando la conjunción disyuntiva “vel”, no cabe duda de que el negocio constitutivo de la servidumbre son las *pactiones et stipulationes*. Vid. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 262.

Frezza ya subrayó, en su momento, ni que fuera como conjetura, la posibilidad de que respecto de un único acto, *pactiones et stipulationes*, hubiera existido la voluntad de transformación hacia dos actos constitutivos diferentes. FREZZA, P. *Appunti esegetici... cit.*, en *Scritti giuridici... cit.*, I, p. 315. Grosso, por su parte, habla de una tendencia a la confusión de los actos con eficacia real y obligacional en época postclásica. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 226 y ss.

Nos parece que la clave para entender las referencias a *pactiones vel stipulationes*, en esta constitución de Zenón, se encuentra en la parte final del § 4. En este texto, el emperador claramente establece que las leyes generales no pueden eliminar aquellos derechos que derivan de los acuerdos de los particulares. En este caso, únicamente se menciona el término pacto —*ex pactis*—, pero no la *stipulatio*, a diferencia de lo que ocurre en los anteriores párrafos. Cuando Zenón se refiere a pacto, creemos que puede entenderse como constitución un negocio que no se encuentra documentado, mientras que cuando habla de *stipulatio*, el emperador se refiere al documento que recoge el negocio constitutivo, pues en esta época, la *stipulatio* debía consistir en un acto escrito (Vid. *supra*, capítulo II, sección II, epígrafe 4 de este trabajo). Téngase en cuenta, además, la voluntad del emperador de utilizar, en dicha constitución, un lenguaje lo suficientemente claro y asequible para los particulares.

Sobre esta constitución, vid. RIBALTA I HARO, J. *Dret urbanístic de la mediterrània*, Barcelona, 2005, p. 61 y ss, y nt. 53 a).

En cualquier caso, Justiniano en su compilación mantiene la expresión clásica *pactiones et stipulationes*—sobre todo, I. 2, 3, 4 ó 2, 4, 1—, pese a que, por ejemplo, sólo se refiera a la *pactio* en C. 3, 34, 14 (a. 531), pues el emperador se fija en el acuerdo constitutivo que establece cuando es posible ejercer la servidumbre de paso, lo que no implica que la servidumbre se constituya con un mero pacto. La estructura del negocio constitutivo como *pactiones et stipulationes* —y no *vel*— se desprende claramente de *Theoph. ad I. 2, 3, 4*. Asimismo, en el derecho bizantino posterior, también se habla de *pactiones et stipulationes*, vid. LINGHENTAL, Z. *Supplementum Basilicorum, Libri XV-XVIII*,

Cum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, empto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur: nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emptoris, si ei forte frui non licuisset, relata est.

Cuando quien tenía dos fundos, vendió uno y gravó el predio que retuvo con una servidumbre de acueducto, si el predio es nuevamente comprado, conserva la servidumbre de acueducto adquirida (en la primera compraventa), sin perjuicio de que la *stipulatio* en la que se prometió una pena se refiera al primer comprador para el caso de que no pudiera disfrutar de la servidumbre³⁰³.

El texto recoge expresamente un supuesto de constitución de una servidumbre de acueducto con motivo de una compraventa, en la que, además, las partes celebran una *stipulatio* de ejercicio, que incorpora una pena para el caso que el comprador no pueda disfrutar del ejercicio de la servidumbre. Desconocemos si la constitución de la servidumbre tiene lugar en virtud de una *mancipatio* o una *in iure cessio* que sigan a la realización de la compraventa, para transmitir la propiedad sobre el fundo vendido, caso de tratarse de un fundo itálico. De todos modos y dado que se trata de un texto de Paulo, por tanto, de finales de época clásica, podemos plantearnos la posibilidad de que se trate de una constitución de servidumbre *pactionibus et stipulationibus*, sin entrar en mayores consideraciones sobre la naturaleza del predio sobre el que se constituye³⁰⁴.

en relación con el usufructo, B. 16, 1, 3, p. 63.

³⁰³ BEHRENDT, O. *et al.*, *CIC*, II, p. 697.

³⁰⁴ GROSSO, G. *Scritti... cit.*, p. 712. Este autor considera, asimismo, que nos encontramos ante un supuesto de servidumbre constituida *pactionibus et stipulationibus*, pero que los fundos son provinciales. Sigue la opinión de Grosso, PERALTA ESCUER, T. *La evicción de las servidumbres... cit.*, p. 64 y ss. MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 345 y 346, para Möller la *stipulatio* de ejercicio, en este supuesto, no sería más que "eine Zutat, die für die *constitutio servitutis* keine Rolle spielt", la naturaleza obligacional de la *stipulatio* no afectaría a la eficacia real de la servidumbre.

Nos parece legítimo valorar la posibilidad de que la constitución de la servidumbre

De acuerdo con Paulo, el hecho de que la *stipulatio* de ejercicio no recoja una referencia a los sucesivos compradores del predio dominante no es óbice para que estos disfruten de la servidumbre de acueducto, pues el pacto constitutivo de la servidumbre sería, en este caso, un *pactum in rem*, de modo que las situaciones derivadas de los pactos constitutivos de la servidumbre también afectarían —o beneficiarían, según se mire— a los sucesivos adquirentes de los predios sirviente y dominante³⁰⁵, como hemos visto en el epígrafe anterior al referirnos a la prohibición de pesca del atún en D. 8, 4, 13 pr. (Ulp. 6 *Op.*). En este caso, además, la interpretación de la *stipulatio* de ejercicio se realizaría a la luz del acuerdo constitutivo de la servidumbre. Debe apreciarse además, que no es de extrañar que esta solución que hemos visto en textos de Paulo y Ulpiano sea la misma presente en el rescripto dirigido a Ricana, pues la época de esta constitución coincidiría con la plena actividad de estos juristas en la Cancillería imperial³⁰⁶.

Como decíamos, el texto del rescripto en sí no nos informa expresamente acerca del acto constitutivo de la servidumbre, pero nos parece coherente pensar que pudiera tratarse de una constitución *pactionibus et stipulationibus* y que la locución “si ea praecesserint, quae servitutem constituunt”, en realidad, pudiera entenderse en el sentido de que se dieran los requisitos necesarios para que fuera posible la constitución de una servidumbre

tenga lugar, en este texto, sobre un fundo itálico y conforme a las *pactiones et stipulationes*, debido al progresivo decaimiento en el que estarían sumidas, desde bastante tiempo, la *mancipatio* y la *in iure cessio*.

³⁰⁵ Cfr. D. 2, 14, 17, 5 (Paul. 3 *ad ed.*): *Pactum conventum cum venditore factum si in rem constituatur, secundum plurium sententiam et emptori prodest, et hoc iure nos uti Pomponius scribit: secundum Sabini autem sententiam etiam si in personam conceptum est, et in emptorem valet: qui hoc esse existimat et si per donationem successio facta sit.*

Vid. Capítulo II Sección I, epígrafe 6.

³⁰⁶ KUNKEL, W. *Die römischen Juristen... cit.*, nt. 503 y 510. KNÜTEL, R. voz «Paulus, Iulius» y «Ulpianus, Domitius», en *Juristen... cit.*, p. 490 y 640, respectivamente. MURGA, J.L.-SERRANO-VICENTE, M. voz «Julio Paulo», en *Juristas Universales... cit.*, p. 205. HONORÉ, A. voz «Domicio Ulpiano», en *Juristas Universales... cit.*, p. 208.

sobre el fundo de Ricana, como serían la vecindad, *utilitas*, etc.

Para Grosso³⁰⁷, el interrogante que motiva este rescripto de Alejandro Severo debió surgir, en realidad, en relación con la *stipulatio*, concretamente en ver si ésta también afectaba a los sucesivos poseedores del predio sirviente, seguramente debido a que el conocimiento de la existencia del acueducto derivaba del documento en el que se recogía la *stipulatio poenae* y a que en ésta únicamente se mencionaba al constituyente de la servidumbre y, muy probablemente, también a sus herederos. De ahí que Ricana, al adquirir dicho predio, pudiera plantearse, no sin astucia, si en realidad no existía una servidumbre de acueducto sino una relación obligatoria cuyo contenido sería el correspondiente a dicha servidumbre, en cuyo caso, ella no quedaría obligada a través de la *stipulatio*. Además, Ricana podría tener en mente que la concesión de la facultad de conducir agua a través del predio se hubiera concedido a la persona titular del fundo y no en beneficio de éste último, como ocurriría en D. 8, 3, 37 (Paul. 3 *resp.*) —*supra*—.

Para dar respuesta a Ricana y determinar que en este caso sí se habría constituido una servidumbre, el emperador se fija en el pacto, el acuerdo libre de forma que aseguraría la constitución del derecho a favor del predio. En este sentido, el emperador recuerda que *tueri enim placita inter contrahentes debent*. De este rescripto puede extraerse, a nuestro entender, la configuración del pacto, en las *pactiones et stipulationes*, como un *pactum in rem*, conforme a la *divisio* de los pactos que establece Ulpiano en D. 2, 14, 8. La configuración del pacto como un *pactum in rem*, determinaría su transmisibilidad, no sólo a través de actos *mortis causa*, sino que también a través de actos *inter vivos*, como sería la compraventa, lo que explicaría la parte final del texto “cum eodem onere preferendae servitutis transire ad emptores eadem praedia posse” —de ahí que se utilice “posse” en el texto, pues la transmisibilidad a terceros

³⁰⁷ GROSSO, G. *Scritti... cit.*, p. 712. Parte, por tanto, de que la servidumbre de acueducto fue constituida sobre el predio de Ricana *pactionibus et stipulationibus*.

dependerá de la naturaleza del pacto y, en definitiva, de la voluntad de las partes, que bien podrían incluir un término final o una condición resolutoria en la constitución de la servidumbre—, así como que los anteriores poseedores del predio “*prohibere iure non potuerunt*”, al no tratarse de un *pactum in personam* o incluso al no haberse extinguido la servidumbre.

La servidumbre de acueducto constituida *pactionibus et stipulationibus* sobre un fundo deberá, así pues, ser soportada por todos aquellos que adquieran dicho fundo, incluida Ricana. Sin que ello sea incompatible con el hecho de que, en el futuro, a los sucesivos poseedores del predio dominante, frente a una *prohibitio* del ejercicio de la servidumbre de acueducto, siempre les sea posible recurrir a la *vetustas* como prueba de la existencia de una servidumbre digna de tutela, sin necesidad de demostrar la existencia de un acto de adquisición.

3.3. Referencia general a otras fuentes jurisprudenciales que contienen stipulationes de ejercicio de servidumbres y de usufructo

Más allá de los textos examinados detenidamente en los epígrafes anteriores, resultan bastante frecuentes a lo largo del Digesto (pero, como es obvio, principalmente en el libro 45) los fragmentos que aluden a *stipulationes* en relación con las servidumbres prediales o el usufructo, así como los que reflejan expresamente fórmulas estipulatorias³⁰⁸, en las que es posible observar el contenido concreto de las *stipulationes* de ejercicio y, por ello mismo, la fisonomía de la servidumbre a la que se refieren³⁰⁹; sin perjuicio de su estudio

³⁰⁸ Para la búsqueda de textos que recojan menciones a *stipulationes* de servidumbres o de usufructo, así como a las fórmulas estipulatorias de las *stipulationes* de ejercicio nos hemos valido de la base de datos *BIA* y de GARCÍA GARRIDO, M.J.- REINOSO BARBERO, F. *Digestorum similitudines*, VIII, Madrid, 1995.

³⁰⁹ Las referencias a las servidumbres constituyen la mayoría de los casos, pues no son tan frecuentes las relativas al usufructo. Téngase en cuenta que, en la época clásica del derecho romano, como consecuencia de que el usufructo supone, para el usufructuario, la

sistemático en el capítulo siguiente, ofrecemos, en este epígrafe, una primera aproximación a los mismos.

Del estudio de estos textos jurisprudenciales se ocupó en los años 50 del siglo pasado, especialmente, Solazzi³¹⁰, aunque desde una perspectiva interpolacionista. En este epígrafe pretendemos aportar un nuevo enfoque a cómo debe abordarse dicho estudio, si bien debe tenerse en cuenta que, en el capítulo VI³¹¹, nos ocupamos de estudiar el régimen jurídico de estas *stipulationes* de ejercicio, de modo que algunos de los aspectos tratados en estos textos jurisprudenciales son objeto de un estudio más profundo en el mencionado capítulo, sobre todo en lo que se refiere a la transmisibilidad de este tipo de *stipulationes* a los herederos de las partes y terceros adquirentes de los fundos sirviente y dominante, así como la responsabilidad derivada de la *comissio poenae*. En este epígrafe pretendemos aportar una panorámica general de los diferentes textos de la jurisprudencia clásica, en los que se recogen casos de *stipulationes*, cuyo contenido versa sobre una servidumbre o un usufructo.

De los diferentes textos que encontramos en la compilación justiniana que se refieren a la *stipulatio* en relación con las servidumbres prediales o con el usufructo, algunos de ellos recogen casos de *stipulationes* de servidumbre o de usufructo a través de las cuales más bien parece prometerse la futura

disponibilidad de la cosa sobre la que recae este derecho, se desarrollaría la noción de *quasi possessio rei utendi fruendi causa*, que actuaría como subrogado de la *traditio* (vid. Capítulo I, epígrafe 4.1.3). En cualquier caso, creemos que constituyen ejemplos de este tipo de *stipulationes* de ejercicio, en relación con el usufructo, los casos de D. 45, 1, 38, 10 a 12 (Ulp. 49 Sab.) y D. 45, 1, 92 (Paul. 18 Plaut.), sobre este último texto y la posibilidad de que se trate de un caso de usufructo, vid. FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen...* cit., p. 160 y ss.

³¹⁰ SOLAZZI, S. «Stipulazioni di servitù prediali», en *Iura*, 5 (1954), p. 126 a 150. Asimismo en *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, 1947, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, 1948 y en *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, 1949.

³¹¹ Capítulo VI, epígrafes 2.2 y ss.

constitución de una servidumbre³¹², serían casos similares a aquellos en los que se estipula un fundo, con lo cual el promitente se obliga a una futura transmisión de la propiedad sobre el fundo. En otros textos, se recogen supuestos en los que se hace referencia a la *stipulatio* de servidumbre y se tiene en cuenta el carácter indivisible de la prestación contenida en la servidumbre. Esta naturaleza indivisible de la prestación tiene consecuencias, desde el punto de vista de la necesidad de que, en los casos de copropiedad de los fundos, la *stipulatio* sea realizada por todos los comuneros o incluso por un esclavo común³¹³, debido a que en la constitución de la servidumbre también

³¹² Ad exemplum, D. 45, 1, 136, 1 (Paul. 5 sent.): *Si, qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum partemve eius ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio.*

D. 8, 2, 33 (Paul. 5 epit. Alf. dig.) in fine: *Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet. nam cum in lege aedium ita scriptum esset: "paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit", satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset qui onus sustineret: quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitutem praeberet, qui onus suum sustineret, si ea res quae servit et tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat.*

Asimismo, nos parece que puede tratarse de una promesa de futura constitución de una servidumbre el caso recogido en el siguiente texto, en tanto que el estipulante aún no dispone del que debería ser el fundo dominante, por eso somete la *stipulatio* a la condición de que se adquiera el fundo, D. 45, 1, 98 pr. (Marc. 20 dig.): *Existimo posse id quod meum est sub condicione stipulari, item viam stipulari ad fundum posse, quamquam interim fundus non sit meus: aut, si hoc verum non est et alienum fundum sub condicione stipulatus fuero isque ex lucrativa causa meus esse coeperit, confestim peremeretur stipulatio, et si fundi dominus sub condicione viam stipulatus fuerit, statim fundo alienato evanescit stipulatio, et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere.*

³¹³ D. 8, 3, 19 (Paul. 7 Sab.): *Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest: sed si omnes stipulentur sive communis servus, singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt, quia ita dari eis potest: ne, si stipulator viae plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat.* LENEL, O. PIC, I, "De societate et communione", § 1739, p.1269.

D. 33, 3, 2 (Marc. 13 dig.): *Fundum communem habentibus legari potest via, cum et communis servus recte viam stipulatur et, cum duo ei qui ipse viam stipulatus fuerit heredes exstiterint, non corrumpitur stipulatio.* LENEL, O., PIC, I, "De servitute legata", § 164, p.615.

D. 45, 1, 140, 2 (Paul. 3 ad Nerat.): *Etsi placeat extinguere obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, non tamen hoc in omnibus verum est. Ecce stipulari viam iter actum ad fundum communem socius non potest, et tamen si is, qui stipulatus fuerat, duos heredes reliquerit, non extinguitur stipulatio. et per partem dominorum servitus adquiri non potest, adquisita tamen conservatur et per partem domini: hoc evenit, si pars praedii servientis vel cui servitur alterius domini esse coeperit.* LENEL, O. PIC, I, § 1046, p.1142.

D. 45, 3, 7, 1 (Ulp. 48 Sab.): *Si servus communis ab uno ex sociis stipulatus sit, si*

sería necesario que concurrieran todos los comuneros, ya que la servidumbre no puede imponerse ni adquirirse por partes. En el mismo sentido, la realización de la *stipulatio* por un esclavo común supone que los comuneros queden obligados por dicha *stipulatio* o se beneficien de ella, según se encuentren en la posición deudora o acreedora, siempre y cuando el fundo sobre el que se constituye la servidumbre o el usufructo, al igual que el esclavo, también sea común.

La naturaleza indivisible de la prestación de estas *stipulationes* también tiene consecuencias en cuanto al ejercicio de la *actio ex stipulatu*, acerca de quién y contra quién se puede plantear esta acción, sobre todo en los casos en los que se produce la sucesión de una de las partes, dando lugar a una situación en la que existen coherederos y, por tanto, una pluralidad de sujetos en la parte acreedora o deudora³¹⁴. Los textos parecen determinar que, en el

quidem nominatim alteri socio, ei soli debetur: sin autem sine ulla adiectione pure stipulatus sit, reliquas partes is servus ceteris sociis praeter eam partem, ex qua promissor dominus esset, adquiret. sed si iussu unius socii stipulatus est, idem iuris est, quod esset, si eidem illi socio nominatim dari stipulatus esset. Interdum etiamsi neque iussu neque nominatim alteri ex dominis stipularetur, ei tamen soli acquirere eum Iuliano placuit: ut puta si quid forte stipuletur, quod utriusque acquiri non potest. veluti servitutem ad fundum Cornelianum stipulatus est, qui fundus Sempronii erat alterius ex dominis: ei soli acquirat. LENEL, O. PIC, II, "De verborum obligatione (De stipulatione servorum)", § 2952, p.1187.

D. 45, 3, 17 (Pomp. 9 Sab.): *Si communis servus meus et tuus viam vel iter vel actum stipuletur sine adiectione nominis nostri, cum ego solus fundum vicinum habeam, soli mihi eam acquirat: quod et si tu fundum habeas, mihi quoque in solidum servitus acquiratur.* LENEL, O. PIC, II, "emptio et venditio", § 556, p. 111.

³¹⁴ D. 8, 1, 17 (Pomp. reg.): *Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est: et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt: et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.* LENEL, O. PIC, II, "Cum notis Marcelli", § 372, p. 85.

D. 10, 2, 25, 9 y 10 (Paul. 23 ad ed.): *An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur: veluti si is qui viam iter actus stipulatus erat decesserit, quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest. sed verius est non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem et, si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet .10. Contra si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio nec dubium est quin duret, quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet. igitur quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut, si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur.* LENEL, O. PIC, I, "Familiae erciscundae", § 387, p. 1015.

D. 45, 1, 2, 1 (Paul. 12 Sab.): *Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eandem rem omnes dederint: non enim ex*

caso de pluralidad de sujetos, existiría un régimen de solidaridad en la relación externa entre los sujetos de la parte deudora o acreedora.

Asimismo, la indivisibilidad de la prestación también tiene consecuencias sobre la existencia de la *stipulatio*, en tanto que se produce la división de los fundos sirviente o dominante³¹⁵, lo que puede suponer la imposibilidad de la prestación. En otros textos, el jurista en cuestión se ocupa de casos en los que se promete diferentes partes del contenido del derecho de usufructo o de una servidumbre y las consecuencias de esto respecto a la obligación que surge de la *stipulatio*³¹⁶.

persona heredum condicio obligationis immutatur. et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur: sed quo casu unus ex heredibus solidum praestiterit, repetitionem habebit a coherede familiae erciscundae iudicio. ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viae vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem: sed quidam hoc casu extinguere stipulationem putant, quia per singulos acquiri servitus non potest: sed non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis. LENEL, O. PIC, I, "De verborum obligatione", § 1841, p. 1283 y ss.

³¹⁵ D. 8, 1, 11 (Mod. 6 Diff.): *Pro parte domini servitatem acquiri non posse volgo traditur: et ideo si quis fundum habens viam stipuletur et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. pro parte quoque neque legari neque adimi via potest et, si id factum est, neque legatum neque ademptio valet. LENEL, O. PIC, I, "De toto et parte", § 21, p. 704.*

³¹⁶ D. 45, 1, 58 (Iul. 54 dig.): *Qui usum fructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum, quia fundus dari non intellegitur, si usus fructus detrahatur. et e contrario qui fundum stipulatus est, deinde usum fructum, similis est ei, qui totum stipulatur, deinde partem. Sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit. item si quis fructum, deinde usum stipulatus fuerit, nihil agit. Nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit: tunc enim priore obligatione exspirante ex secunda introducitur petitio et tam iter quam usus nec non quinque exigi possunt. LENEL, O. PIC, I, "De stipulationibus (De solutionibus et liberationibus)", § 715, p. 458.*

D. 46, 2, 9, 2 (Ulp. 47 Sab.): *Qui actum stipulatur, deinde iter, nihil agit: item usum fructum stipulatus si usum stipuletur, nihil agit. sed qui iter stipulatus actum postea stipuletur, aliud magis stipulatur: aliud est enim iter, aliud actus. LENEL, O. PIC, II, "De verborum obligatione", § 2944, p. 1185.*

En relación con la extinción de la *stipulatio*, D. 46, 4, 13, 1 (Ulp. 50 Sab.): *Si id, quod in stipulationem deductum est, divisionem non recipiat, acceptilatio in partem nullius erit momenti, ut puta si servitus fuit praedii rustici vel urbani. plane si usus fructus sit in stipulatum deductus, puta fundi Titiani, poterit pro parte acceptilatio fieri et erit residuae partis fundi usus fructus. Si tamen viam quis stipulatus accepto iter vel actum fecerit, acceptilatio nullius erit momenti: hoc idem est probandum, si actus accepto fuerit latus. Si autem iter et actus accepto fuerit latus, consequens erit dicere liberatum eum, qui viam promisit. LENEL, O. PIC, II, "De verborum obligatione", § 2981, p. 1195.*

En D. 10, 2, 25, 10 (Paul. 23 *ad ed.*) y D. 45, 1, 98 pr. (Marc. 20 *dig.*) se afirma la posibilidad de estipular una servidumbre aun cuando no se dispone del fundo sobre el que ha de recaer este derecho. En estos casos, la eficacia de la *stipulatio* estaría sometida a la condición de que se verificara la adquisición del fundo.

En algunos de estos textos, podemos comprobar que la prestación prometida en la *stipulatio* se caracteriza por ser claramente una prestación de *dare servitutem* o *usufructum* (D. 45, 1, 2, 1, Paul. 12 *Sab.* ó D. 45, 1, 136, 1, Paul 5 *sent.*). En D. 10, 2, 25, 9 (Paul. 23 *ad ed.*) se menciona *praestare viam*. En otros supuestos, siguiendo la reconstrucción palingenética de Lenel de la obra del jurista en cuestión, es posible pensar que la referencia a la *stipulatio* tenga que ver con una *stipulatio* de ejercicio, sobre todo cuando el libro del que se ha extraído el fragmento parece ocuparse de la compraventa o incluso de las obligaciones del vendedor —sería el caso, por ejemplo, de D. 45, 3, 17 (Pomp. 9 *Sab.*)—.

Destaca que la mayor parte de estos textos pertenezcan, en general, a Paulo y Ulpiano y que se hayan extraído de los comentarios de estos juristas al *ius civile*:

- Los textos de Paulo que recogen menciones a la *stipulatio* de servidumbre pertenecen, concretamente, a los libros 6 y 12 de su comentario *ad Sabinum*, al libro 3 del comentario al edicto del Pretor y a los libros 5 *sententiarum* y 3 *ad Neratium*.

- En el caso de Ulpiano, igualmente los textos se extraen de su comentario *ad Sabinum*, libros 40, 47 y 48.

- Finalmente, también encontramos menciones a las *stipulationes* de servidumbre en algunos textos de Juliano, libro 4 *digestorum*; Pomponio, libro 9 *ad Sabinum* y del libro *singulari regularum*; de Marcelo, libro 3 y 20

digestorum, y Modestino, libro 6 *differentiarum*.

En otros fragmentos del Digesto, encontramos textos que parecen recoger directa o indirectamente la fórmula estipulatoria de las *stipulationes* de ejercicio. Este tipo de *stipulationes* tienen por objeto una prestación consistente en un *non facere* y posiblemente, en la mayoría de ocasiones, habrían incluido una pena para el caso de incumplimiento.

Hemos de recordar que la inclusión de la *stipulatio* de ejercicio cumpliría, en las *pactiones et stipulationes*, con la función de ser un subrogado de la *traditio possessionis* (cfr. D. 8, 1, 20, Iav., 5 ex. post. Lab.), en tanto que, como hemos visto anteriormente, las servidumbres y el usufructo son considerados cosas incorpóreas y no sería posible su posesión. La incorporación de una *stipulatio* de ejercicio comporta, además, la ilegitimidad de la obstaculización o el impedimento del ejercicio de la servidumbre o del usufructo provenientes del promitente. Asimismo, por regla general, estas *stipulationes* incorporarían una pena para el caso de incumplimiento, lo que permitiría anticipar la cuantificación del daño ocasionado, en caso de impedir el ejercicio de la servidumbre.

La mayor parte de los textos que recogen casos en los que puede apreciarse una posible referencia a *stipulationes* de ejercicio o incluso la fórmula de éstas pertenecen, asimismo, a Paulo y Ulpiano, concretamente:

– Pertenecen a Paulo los textos de D. 8, 3, 36 (2 *resp.*); D. 10, 2, 25, 9 y 12 (23 *ad ed.*); D. 45, 1, 2, 5 y 6 (12 *Sab.*); D. 45, 1, 4, 1 (12 *Sab.*); D. 45, 1, 49, 1 (37 *ad ed.*); D. 45, 1, 83 pr. (72 *ad ed.*); D. 45, 1, 85, 3 (75 *ad ed.*); D. 45, 1, 130 (15 *quaest.*)³¹⁷.

³¹⁷D. 8, 3, 36 (Paul. 2 *resp.*): *supra*.

D. 10, 2, 25, 12 (Paul. 23 *ad ed.*): *In illa quoque stipulatione prospiciendum est coheredibus, si testator promiserat "neque per se neque per heredem suum fieri, quo minus ire agere possit", quoniam uno prohibente in solidum committitur stipulatio, ne unius factum*

- Pertencen a Ulpiano los textos de D. 7, 1, 27, 4 (18 Sab.); D. 45, 1, 38, 6, 10, 11 y 12 (49 Sab.); D. 45, 1, 72 pr. (20 ad ed.); D. 45, 1, 75, 7 (22 ad ed.); D. 46, 3, 31 (7 disp.)³¹⁸,
- Otros textos pertenecientes a Javoleno D. 8, 1, 20 (5 ex post. Lab.)³¹⁹; Pomponio, D. 19, 1, 3, 2 (9 Sab.), D. 45, 1, 111 (5 ad Quint. Muc.)³²⁰ y a Escévola, D. 45, 1, 131 pr. (13 quaest.)³²¹.

ceteris damnosum sit. (Vid. supra los textos que preceden a éste).

D. 45, 1, 2, 5 y 6 (Paul. 12 Sab.): *Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero: "per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat?" et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes eius, sed familiae erciscundae iudicio ab eo repetent quod praestiterint. hoc et Iulianus et Pomponius probant. 6. Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio an pro parte eius, qui prohibitus est. nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur: si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur stipulatio.*

D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 Sab.): *Cato libro quinto decimo scribit poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria aut ab uno pro portione sua: ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti "iter fieri", quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur: at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti "amplius non agi", tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem "per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?" sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione "Titium heredemque eius ratum habiturum": nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum: idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.*

D. 45, 1, 49, 1 (Paul. 37 ad ed.): *Si stipulatus sim "per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat" et fideiussorem accepero: si per fideiussorem steterit, neuter tenetur, si per promissorem, uterque.*

D. 45, 1, 83 pr. (Paul. 72 ad ed.): *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. et qui spondet "dolum malum abesse afuturumque esse", non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolum malus absit: idemque in illis stipulationibus "habere licere" item "neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat".*

D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 ad ed.): *Quod si stipulatus fuero: "per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari?" et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae erciscundae iudicio sarcient damnum.*

D. 45, 1, 130 (Paul. 15 quaest.): *Quod dicitur patrem filio utiliter stipulari, quasi sibi ille stipularetur, hoc in his verum est, quae iuris sunt quaeque adquiri patri possunt: alioquin si factum conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio, veluti ut tenere ei vel ire agere*

Destaca cómo, al igual que sucedía anteriormente, casi la mayoría de los textos pertenecientes a Paulo y Ulpiano se han extraído de sus comentarios al *ius civile* y al edicto pretorio, precisamente ambos juristas destacarían por ser los grandes comentaristas del edicto pretorio y del comentario de Sabino al *ius civile*³²². Concretamente, en el caso de Paulo, los fragmentos pertenecerían al libro 12 del comentario *ad Sabinum*, relativo a la obligación verbal³²³ y a los libros del comentario al edicto del Pretor 23, en que se ocuparía de la acción de

liceat. Contra autem filius etiam ut ire patri liceat stipulando acquiret ei: immo et quod in suam personam conferre non potest, hoc patri adquirat.

³¹⁸ D. 7, 1, 27, 4 (Ulp. 18 Sab.): *Si qua servitus imposita est fundo, necesse habebit fructuarius sustinere: unde et si per stipulationem servitus debeatur, idem puto dicendum.*

D. 45, 1, 38, 6, 10, 11 y 12 (Ulp. 49 Sab.): *Hi, qui sunt in aliena potestate, his, in quorum sunt potestate, habere licere stipulari possunt ea ratione, qua cetera quoque his possunt stipulari. Sed si servus fuerit stipulatus sibi habere, quaesitum est, an recte stipulatus videatur. et ait Iulianus libro quinquagensimo secundo digestorum, si servus stipuletur sibi habere licere aut per se non fieri, quo minus habere stipulatori liceat, promittat: stipulatio, inquit, non committitur, quamvis auferri res ei et ipse auferre eandem possit: non enim factum, sed ius in hac stipulatione vertitur. cum vero stipulatur per promissorem non fieri, quo minus sibi ire agere liceat, non ius stipulationis, inquit, sed factum versatur. sed videtur mihi, licet iuris verba contineat haec stipulatio "habere licere", tamen sic esse accipiendam, ut in servo et in filio familias videatur actum esse de possessione retinenda aut non auferenda et vires habeat stipulatio. 10. Si quis ita stipulatus fuerit "uti frui sibi licere" ad heredem ista stipulatio non pertinet. 11. Sed etsi non addiderit "sibi", non puto stipulationem de usufructu ad heredem transire; eoque iure utimur. 12. Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit. et putem posse, licet diversi sint fructus: nam et si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaverimus.*

D. 45, 1, 72 pr. (Ulp. 20 ad ed.): *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigensimo octavo digestorum refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici iusta aestimatione facti dandam esse petitionem.*

D. 45, 1, 75, 7 (Ulp. 22 ad ed.): *Qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur: in faciendo, veluti "fossam fodiri" "domum aedificari" "vacuam possessionem tradi": in non faciendo, veluti "per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat" "per te non fieri, quo minus mihi hominem Erotem habere liceat".*

D. 46, 3, 31 (Ulp. 7 disp.): *Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum. quare etiam si illis stipulationibus fideiussor accesserit: "per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?", prohibens ire fideiussor stipulationem non committit et, si patientiam praestet, non efficiet, quo minus committatur stipulatio.*

deslinde³²⁴, 37 sobre la *stipulatio*³²⁵, 72 "*Iudicatum solvi*"³²⁶ y 75 "*Solutio matrimonio*"³²⁷; mientras que en el caso de Ulpiano, los textos se habrían extraído del comentario *ad Sabinum*, libros 18, "*De legatis*"³²⁸, y 49, "*De verborum obligatione*"³²⁹; y del comentario al edicto de Pretor, los libros 20, "*De adpromissoribus*"³³⁰, y 22, "*Si cum eo agatur, cui incertum promiset*"³³¹.

Mientras que menos numerosos serían los ejemplos extraídos de obras pertenecientes a libros de naturaleza casuística, como serían las *quaestiones* de

³¹⁹ *Vid. supra.*

³²⁰ D. 19, 1, 3, 2 (Pomp. 9 *Sab.*): *supra.*

D. 45, 1, 111 (Pomp. 5 *ad Quint. Muc.*): *Si stipulatus fuero "per te non fieri, quo minus mihi illa domo uti liceat", an etiam, si me non prohibeas, uxorem autem meam prohiberes, vel contra uxore mea stipulata me prohibeas, an committatur stipulatio? et Latius est haec verba sic accipi. nam et si stipulatus fuero "per te non fieri, quo minus mihi via itinere actu uti liceat", etsi non me, sed alium nomine meo ingredientem prohibeas, sciendum erit committi stipulationem.*

³²¹ D. 45, 1, 131 pr, (Scaev. 13 *quaest.*): *Iulianus scripsit, si "neque per te neque per heredem tuum titium fieri, quo minus mihi ire liceat" stipuler, non solum Titium teneri, si prohibeat, sed etiam coheredes eius.*

³²² MURGA, J.L.-SERRANO-VICENTE, M. voz «Julio Paulo», en *Juristas universales... cit.*, p. 205. HONORÉ, A. voz «Domicio Ulpiano», en *Juristas universales... cit.*, p. 209.

³²³ LENEL, O. *PIC*, I, § 1841, p. 1283 y ss.

³²⁴ LENEL, O. *Op. cit.*, I, § 387, p. 1015.

³²⁵ LENEL, O. *Op. cit.*, I, § 798, p. 1088.

³²⁶ LENEL, O. *Op. cit.*, I, § 810, p. 1092 y ss.

³²⁷ LENEL, O. *Op. cit.*, I, § 548, p. 1043.

³²⁸ LENEL, O. *Op. cit.*, II, § 2588, p. 1074.

³²⁹ LENEL, O. *Op. cit.*, II, § 2967, p. 1193.

³³⁰ LENEL, O. *Op. cit.*, II, § 634, p. 540.

³³¹ LENEL, O. *Op. cit.*, II, § 675, p. 547.

Paulo, el libro 15, "*De stipulationibus*"³³², y las *disputationes* de Ulpiano, libro 7, "*De stipulationibus (De adpromissores)*"³³³.

O en los casos de Pomponio, libro 5 de su comentario *ad Quintum Mucium lectiones*, "*De legatis*"³³⁴, y de Escévola, libro 13 de las *quaestiones* de Escévola, "*De stipulationibus*"³³⁵.

De acuerdo con los diferentes ejemplos de *stipulationes* de ejercicio que encontramos en las fuentes, a través de dicha *stipulatio*, el promitente se obligaría a no hacer nada que impidiera u obstaculizara el ejercicio de la servidumbre, *ad exemplum*:

D. 45, 1, 131 pr. (Scaev. 13 *quaest.*): *Iulianus scripsit, si " neque per te neque per heredem tuum Titium fieri, quo minus mihi ire liceat" stipuler, non solum Titium teneri, si prohibeat, sed etiam coheredes eius.*

Escribe Juliano, si se estipula que ni tú ni tu heredero Ticio haréis nada que me impida el paso (por tu finca), no sólo queda obligado Ticio, sino también sus coherederos.

Estas *stipulationes* se caracterizarían, como advertíamos anteriormente, por tener por objeto una obligación consistente en un *non facere*, lo que claramente coincidiría con el contenido obligacional que supone una servidumbre para el titular del fundo sirviente o, en el caso del usufructo, para el nudo propietario. La obligación de no hacer que se desprende de este tipo de *stipulationes* consistiría, de acuerdo con lo que expresa Ulpiano en D. 45, 1, 50 pr. (Ulp. 50 *ad ed.*), no en la inactividad completa del promitente, sino más

³³² LENEL, O. *Op. cit.*, I, § 1394, p. 1252.

³³³ LENEL, O. *Op. cit.*, II, § 132, p. 413.

³³⁴ LENEL, O. *Op. cit.*, II, § 241, p. 64.

³³⁵ LENEL, O. *Op. cit.*, II, § 174, p. 280.

bien en que éste procure, con su comportamiento, que el estipulante pueda hacer algo en todo momento: en el caso de un derecho real, que pueda ejercer su contenido sin intromisión alguna por parte del promitente³³⁶:

In illa stipulatione: "per te non fieri?" non hoc significatur, nihil te facturum, quominus facere possis (possim), sed curaturum, ut facere possis (possim).

En el mismo sentido se pronuncia Paulo en D. 45, 1, 83 pr., (72 *ad ed.*):

Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. et qui spondet "dolum malum abesse afuturumque esse", non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolum malus absit: idemque in illis stipulationibus "habere licere" item "neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat".

Éste sería el sentido de la fórmula estipulatoria que podemos ver en la parte final de *Theoph. ad I. 2, 3, 4*³³⁷:

<p>25 ἔχει οἰκίαν ἢ ἀγρόν. [4. 'Ο δὲ βουλόμενος τῷ γείτονι παρα- χωρήσαι δουλείαν διὰ συμφώνων καὶ¹¹⁾ ἐπερωτήσεων τοῦτο¹²⁾ δύναται ποιεῖν. συμφώνων γὰρ γενομένου περὶ τοῦ παραχωρη- θῆναι τὴν δουλείαν, ἐπερωτᾷ ὁ μέλλον λαμβάνειν κατὰ παρα- χώρησιν· ὁμολογεῖς ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ 80 δουλείᾳ; εἰ δὲ μὴ ἐμμένῃς ὁμολογεῖς διδόναι μοι¹³⁾</p> <p>λόγῳ προστίμου νομίματα ἑκατον; δύναται δὲ καὶ ἐν διαθήκῃ τὸν ἴδιόν τις¹⁾ κληρονόμον καταδικάζειν λέγων· κατα- δικάζω σε, ὡ κληρονόμῃ, μὴ ἀνοψοῦν σε τὰ οἰκήματα, ἵνα μὴ καταβλάψῃς τῆς γειτνιαζούσης οἰκίας τὸ φῶς. 5 ἢ καταδικάζω σε, ὡ κληρονόμῃ. ὥστε σε ἀνέχεσθαι τοῦ γείτονος βουλομένου ξύλον ἐπιτιθέναι κατὰ τοῦ σοῦ τοίχου³⁾, ἢ τοὺς σταλαγμοὺς ἐκπέμπειν τὸν γεί- τονα κατὰ τῶν σῶν θωμάτων ἢ, ἵνα ἀνάσῃ τὸν ἀγρογεῖτονα³⁾ τὴν τοῦ ἴτου δουλείαν ἢ τοῦ⁴⁾ actus 10 ἔχειν κατὰ τοῦ σοῦ ἀγροῦ ἢ ὕδαρ ἔλκειν ἐξ αὐτοῦ ἐπὶ τὸν ἴδιον ἀγρόν. ὥστε οὖν συνίσταται ἡ δουλεία πράκτοισι καὶ ἐπερωτήσῃσι ἢ⁵⁾ ἐν διαθήκῃ.</p>	<p>4. uel fundum habeat. 4. Qui uicino uelit ius aliquod con- stituere pactionibus et stipulationibus id facere potest. pacto enim facto de seruitute constituenda, is cui ea ce- denda est ita stipulatur: spondesne cessam seruitu- 25 tem seruare? sin autem minus, spondesne dare mihī poenae nomine aureos centum? potest et in testa- mento suum heredem quis ita damnare: damno te, heres, aedes altius non tollere ne aedium uicinarum lu- minibus officias. uel damno te, heres, ut uicino permittas tignum in parietem tuum, si uelit, im- 5 mittere uel stillicidium in aedes tuas conuertere uel ut sinas uicinum iter uel actum in tuo agro ha- bere uel aquam ex tuo in suum agrum ducere: ita- que constituitur seruitus pactis et stipulationibus uel testa- mento. 10</p>
--	--

³³⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* Capítulo VI, epígrafe 2.2 y 4.

³³⁷ FERRINI, C. *Institutionum Graeca Paraphrasis... cit.*, I, 1967, p. 123.

Podemos observar que, en este supuesto, el ejemplo de *stipulatio* de ejercicio que nos ofrece Teófilo no se parece a los que encontramos en los textos de la jurisprudencia clásica, sino que se promete un genérico “servare” una servidumbre, sin que el jurista nos mencione en concreto la servidumbre que se pretende constituir, lo que sí aparecería en los textos de los juristas de época clásica tardía. Obviamente, el texto de Teófilo recogería una explicación en términos generales de cómo se materializaría en la práctica la constitución de servidumbres *pactionibus et stipulationibus*. El carácter genérico de este texto se explicaría por la naturaleza de la obra a la que pertenece, que intenta ser una explicación o interpretación concisa de las *institutiones* justinianas, para hacerlas más asequibles a los estudiantes de las escuelas de Derecho de Constantinopla y Beirut³³⁸.

En definitiva, mediante la *stipulatio* de ejercicio, el estipulante se reservaba para sí y para sus herederos —incluso para terceros sucesores a título particular, si fuera el caso— las facultades correspondientes a la servidumbre que se hacía prometer —el paso a través de un fundo a pie, con carroza, paso de ganado, conducción de agua, etc.— y el promitente así como sus herederos, debían garantizar que el estipulante, efectivamente, pudiera hacer uso de tales facultades que comprendía aquel derecho real.

En cuanto a las servidumbres que aparecen reflejadas en los ejemplos de las fórmulas de las *stipulationes* de ejercicio que encontramos en los textos clásicos, en la mayor parte de los casos, se mencionan la *via*, *iter*, *actus* y *aquaeductus*, casualmente las servidumbres más antiguas. Estas referencias pueden tener lugar de forma directa “*viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium*” (D. 8, 1, 20 Jav. 5 *ex post. Lab.*; D. 8, 3, 36, Paul. 2 *resp.*; D. 45, 1, 111, Pomp. 5 *ad Quint. Muc.*), o se promete el *ire agere liceat/possit*, “*ire agere stipuletur, minus mihi ire agere liceat, minus ire agere*

³³⁸ LLANOS PITARCH, J.M. voz «Teófilo», en *Juristas universales... cit.*, p. 233.

possit” —fórmulas que aparece en la mayor parte de los casos que hemos hallado, lo que denota el constante uso de este tipo de *stipulatio* por los juristas clásico—tardíos, a modo de ejemplo para ilustrar sus opiniones. Las referencias a otros tipos de servidumbres son mucho más escasas al igual que las referencias al usufructo, aunque también encontramos textos en las fuentes que se refieren directa o indirectamente a la *stipulatio* de usufructo (Frag. Vat 55 a 57, Paul. 2 *man. ex tribus*, D. 7, 1, 25, 7, Ulpiano, 18 *Sab.*; D. 45, 1, 38, 10, Ulp. 49 *Sab.*). Que las fuentes estudiadas contengan un mayor número de referencias a las servidumbres anteriormente mencionadas posiblemente se deba a que éstas fueran económicamente las más importantes y las más usuales.

Los juristas comparan estos ejemplos de fórmulas estipulatorias relativas al ejercicio de una servidumbre con las fórmulas de las *stipulationes* de *habere licere* o *vim fieri*, dando a entender que nos encontramos ante *stipulationes* con una estructura y funcionamiento muy similar. Se subrayan las similitudes entre estas *stipulationes* en D. 43, 27, 1, 6 (Ulp. 71 *ad ed.*) y D. 45, 1, 38, 6 (Ulp. 49 *Sab.*).

Estas *stipulationes* de ejercicio son generalmente efectuadas por la persona que, en principio, detenta el derecho de propiedad (o cabría entender también la *possessio vel usufructus*, de acuerdo con Gai. 2, 7, cuando se trate de fundos provinciales) sobre el predio o por los copropietarios o socios en casos de condominio (D. 8, 3, 19 Paul. 6 *Sab.*). También aparecen referencias a *stipulationes* realizadas por un esclavo común (D. 45, 3, 7, 1 Ulp. 48 *Sab.*; D. 45, 3, 17 Pomp. 9 *Sab.*) o por quien se encuentra sometido a potestad —se comprendería en este supuesto el *filiusfamiliae*, además de los esclavos— (D. 45, 1, 38, 6 Ulp. 49 *Sab.*; D. 45, 1, 130, Paul. 15 *quaest.*). Por regla general, las partes suelen incluir la mención a sus herederos en los *verba* estipulatorios, como vemos en D. 10, 2, 25, 12 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 45, 1, 2, 5, y 6 (Paul 12 *Sab.*); D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 *ad ed.*); D. 45, 1, 131 pr. (Scaev. 13 *quaest.*).

Normalmente estas estipulaciones aparecen entorno al estudio de dos temáticas jurídicas: la indivisibilidad de la prestación contenida en la *stipulatio*, recordemos que uno de los principios configuradores de las servidumbres es el de la indivisibilidad³³⁹, así como la transmisibilidad de las *stipulationes in non faciendo* —o *stipulationes mixtae ex dando et faciendo*, en el caso de que dichas *stipulationes* incluyan la promesa de una pena— a los herederos de las partes y sucesores a título particular y cómo estos deben responder ante el incumplimiento de la prestación prometida en la *stipulatio*³⁴⁰.

En algunos textos, los juristas también se ocupan de estudiar si se incurre en la *stipulatio* cuando no es el promitente ni uno de sus herederos los que impiden el ejercicio de la servidumbre: así por ejemplo, el caso del fiador el que impide el ejercicio, en D. 45, 1, 49, 1 (Paul. 37 *ad ed.*) ó D. 46, 3, 31 (Ulp. 7 *disp.*); o cuando el ejercicio de la servidumbre se le impide a una persona diferente a la del estipulante, como sería el caso de la *uxor* que no puede ejercer la servidumbre adquirida por su marido en D. 45, 1, 111 (Pomp. 5 *ad Quint. Muc.*)³⁴¹.

Como decíamos anteriormente, algunas de estas *stipulationes* incorporan la promesa de una pena pecuniaria para el caso de su incumplimiento. Concretamente, se menciona la promesa de una *poena* en: D. 45, 1, 2, 6 (Paul. 12 *Sab.*); D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 *Sab.*) y en D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 *ad ed.*). Este último texto perteneciente a Paulo sería el único que nos permitiría ver la estructura de la *stipulatio poenae*, en este caso se trataría de una pena convencional propia o “Doppelstipulation”, siguiendo la denominación de Knütel

³³⁹ Cfr. Capítulo I, epígrafe 3.3.

³⁴⁰ Cfr. Capítulo VI, epígrafes 3 y 4.

³⁴¹ Cfr. Capítulo VI, epígrafe 4.1.2

³⁴² KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 65 y ss.

:*"per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari?"*

La inclusión de una *poena* en la *stipulatio* también aparece en *Theoph. ad I.* 2, 3, 4, en este supuesto la *stipulatio* también se presentaría bajo la estructura de la pena convencional propia o "Doppelstipulation": *"spondesne cessam servitutum servare? Sin autem minus, spondesne dare mihi poenae nomine aureos centum?"*.

En los textos en los que aparece la promesa de una pena, los juristas generalmente se ocupan de algún problema entorno a la *stipulatio poenae*, especialmente a las consecuencias que derivan de la *commissio poenae*, sobre todo en los casos en los que existen coherederos, que responderían solidariamente del pago de la *poena* —cfr. D. 45, 1, 2, 6 (Paul. 12 Sab.); D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 Sab.)—.

En las fuentes, podemos observar dos textos en los que el promitente aporta como garantía de la obligación derivada de la *stipulatio* una fianza, a través de la forma de la *fideiussio*, serían los casos de D. 45, 1, 49, 1 (Paul. 37 *ad ed.*) o D. 46, 3, 31 (Ulp. 7 *disp.*).

Finalmente, cabe destacar que, a excepción de los textos que se extraen de los comentarios *ad Sabinum*, en algunos de estos casos no es posible determinar a ciencia cierta si la *stipulatio* se da en relación a fundos itálicos o provinciales.

En el siguiente capítulo de este trabajo ofrecemos un amplio estudio, desde una perspectiva sistemática, del régimen jurídico de estas *stipulationes* de ejercicio, que plantearían una serie de problemas en la práctica, como podemos apreciar a tenor de las cuestiones sobre las que se pronuncia la

jurisprudencia clásica en los textos a los que brevemente nos hemos referido en este epígrafe: la transmisibilidad o no de estas estipulaciones a los herederos de las partes y a terceros adquirentes a título particular; el régimen de responsabilidad de los herederos ante el incumplimiento de la *stipulatio* y el pago de la *poena*; la posibilidad de que se incurra o no en la *stipulatio* a raíz de cualquier acto que pudiera suponer una obstaculización en el ejercicio de las facultades de la servidumbre en cuestión, con independencia de la persona que lleve a cabo dicha conducta; la posibilidad de incurrir en la *stipulatio* en más de una ocasión.

4. Conclusiones

Hemos iniciado este capítulo intentando aportar una nueva visión del principal texto a partir del cual podemos conocer la aplicación de las *pactiones et stipulationes* para la constitución de servidumbres prediales y de usufructo, al menos en lo que a las provincias se refiere, Gai. 2, 31.

Que Gayo incluyera en sus *institutiones* la mención a este negocio constitutivo de las servidumbres nos parece que no puede entenderse como una cuestión anecdótica o accidental, sobre todo teniendo en cuenta la naturaleza de las *institutiones*, como obra didáctica, dirigida a juristas en formación y partiendo de que la obra debía servir, en un principio, para formar juristas que desarrollarían su actividad en provincias.

La referencia a las *pactiones et stipulationes* en Gai. 2, 31 tendría lugar, no sólo porque las *institutiones* son una obra de referencia en ámbito provincial, sino porque este modo de constitución debía encontrarse totalmente arraigado en la práctica provincial.

Pese a que Gayo sólo menciona el uso de las *pactiones et stipulationes* en las provincias y no nos explica cómo este negocio habría tenido lugar en la praxis diaria, a través de otros textos jurisprudenciales de época clásica y que hemos tenido oportunidad de estudiar en este capítulo, puede llegarse a la conclusión de que, cuando Gayo habla de constitución *pactionibus et stipulationibus*, refleja someramente un negocio constitutivo de las servidumbres y del usufructo de carácter complejo, que se materializaría a través de acuerdos relativos al derecho que las partes quieren constituir y de los que derivaría la eficacia real del acto. Estos acuerdos constitutivos de las servidumbres o del usufructo, en virtud de los textos jurisprudenciales que hemos estudiado, podrían concluirse en ocasión de la compraventa del mismo derecho que se pretende constituir (D. 8, 1, 20, Jav. 5 *ex post. Lab.*; D. 19, 1, 3, 2, Pomp. 9 *Sab.*) o incluso en el caso de la compraventa de un fundo (D. 8, 3, 36, Paul. 2 *resp.*; D. 8, 4, 3, Gai. 7 *ad ed. prov.*; D. 8, 4, 13 pr., Ulp. 6 *opin.*). No se descartaría que el acuerdo constitutivo de la servidumbre y del usufructo también pudiera quedar incorporado a una donación o incluso a la constitución de una dote (C. 8, 54, 28, Honorio y Teodosio, a. 471).

La jurisprudencia clásica, especialmente la de época tardía, no parece tener duda de la naturaleza de estos acuerdos y considerarlos como *pacta in rem* (D. 2, 14, 7, 8, Ulp. 4 *ad ed.*), motivo por el cual afectarían a los sucesores universales o a título particular de aquellos que concluyeron el pacto (D. 8, 3, 36, Paul. 2 *resp.* ó Alex. C. 3, 34, 3 [a. 223]).

Los acuerdos constitutivos irían acompañados de *stipulationes* de ejercicio, que suelen incluir la mención a los herederos de las partes, además de una pena para el caso de incumplimiento. Estas *stipulationes* de ejercicio tendrían por objeto una obligación de no hacer, que impondría al promitente y a sus herederos, así como a terceros adquirentes, la obligación de no impedir el ejercicio de la servidumbre o del usufructo que se constituye.

A través de esta *stipulatio*, se pondría a disposición del estipulante el ejercicio del derecho de este modo constituido, y actuaría, por tanto, como subrogado de la *traditio possessionis*, que no podría tener lugar, en este caso, debido a que las servidumbres y el usufructo son considerados *res incorporales*. Este hecho puede apreciarse claramente en el caso de la compraventa de un derecho de servidumbre (D. 8, 1, 20, Jav. 5 *ex post. Lab.*; D. 19, 1, 3, 2, Pomp. 9 *Sab.*). En cualquier compraventa, el vendedor está obligado a la entrega material de la cosa y a garantizar su pacífica posesión, en tanto que las servidumbres y el usufructo son *res incorporales*, el vendedor cumpliría con esta obligación a través de la realización de una *stipulatio*, en la que promete que ni él ni sus herederos impedirán el ejercicio del derecho adquirido por el comprador. Esta idea se ve complementada con la tendencia jurisprudencial a equiparar la situación del que ejerce de hecho el contenido de un derecho de servidumbre o de usufructo (*quasi possessio, possessio iuris*), como consecuencia de haberse realizado, por ejemplo, una compraventa, con la posesión sobre las cosas materiales (*possessio rei*), como empieza a verse en la opinión de Javoleno en D. 8, 1, 20 (Iav. 5 *ex post. Lab.*).

La relación surgida de las *pactiones et stipulationes* tendría un contenido prácticamente idéntico al de las servidumbres del *ius civile*, motivo por el cual la jurisprudencia clásica emplea la misma terminología para referirse a las servidumbres civiles y a las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*, como fielmente refleja Gai. 2, 31 cuando habla de "*ius eundi agendi, ius altius tollendi aedes aut non tollendi, ius ne luminibus vicini officitur*" y un contundente "*ceteraque similia iura*". El uso de esta terminología denota, asimismo, que la relación que se constituía *pactionibus et stipulationibus* no era una mera relación obligacional entre los poseedores de los predios provinciales, sino que realmente se trataba de una relación con carácter predial.

Creemos que las referencias que pueden encontrarse en el Digesto en

relación a la constitución de servidumbres y del usufructo *pactionibus et stipulationibus* son, en su mayoría, fidedignas y no responden a la intención, por parte de los compiladores, de incluir en estos textos una alusión a las *pactiones et stipulationes*, al haberse convertido en el negocio constitutivo *inter vivos* de las servidumbres y del usufructo, por excelencia, en época justiniana.

Los textos estudiados, además, reflejan cómo las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* seguirían, en gran parte, los mismos requisitos o principios configuradores de las servidumbres en el *ius civile*, como serían los requisitos de vecindad, la existencia de la *utilitas*, el principio *nemini res sua servit*, la indivisibilidad de la servidumbre o su consideración como una *qualitas fundi* (D. 8, 3, 33, 1, Afr. 9 *quaest.*) etc. Pero a su vez, este negocio constitutivo, merced a su sencilla estructura, permitiría a las partes configurar las servidumbres conforme a sus especiales necesidades: así en el caso de la venta de un fundo costero dedicado a la pesca, permitiría la constitución de una servidumbre negativa de no pescar atún (D. 8, 4 13 pr., Ulp. 6 *opin.*); o bien, la inclusión de cláusulas temporales en la constitución de una servidumbre *ad tempus* (D. 8, 1, 4 pr., Pap. 7 *quaest.*), lo que, en un principio, no habría sido posible respecto de la servidumbre constituida de acuerdo con el *ius civile*; o incluso incorporar acuerdos por los que se cediera a un tercero la facultad de obtener agua del acueducto que pasa por su finca (D. 8, 3, 33, 1, Afr. 9 *quaest.*).

En definitiva, la constitución *pactionibus et stipulationibus* de las servidumbres y del usufructo conferiría a las partes una mayor libertad en cuanto a la configuración del derecho que quieren constituir, a diferencia de lo que ocurre con la *mancipatio* o la *in iure cessio*, como actos legítimos que son. Las enormes ventajas que ofrecerían las *pactiones et stipulationes*, frente a los actos constitutivos del *ius civile*, así como el progresivo decaimiento del uso de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, permite entender cómo este negocio constitutivo es el que se acaba imponiendo en la práctica negocial.

CAPÍTULO VI

**Estudio del régimen jurídico de las servidumbres constituidas
*pactionibus et stipulationibus***

1. Preliminar

En este capítulo nos centraremos especialmente en estudiar la estructura y el posible régimen jurídico de las servidumbres constituidas a través de *pactiones et stipulationes*, a la luz de las fuentes jurisprudenciales que hemos tenido oportunidad de estudiar en el capítulo anterior.

Partiremos de una hipótesis sobre cuál habría sido la estructura y funcionamiento de las *pactiones et stipulationes* y nos centraremos, especialmente, en el estudio del régimen jurídico de la *stipulatio* de ejercicio.

Así pues, partiendo de los diferentes textos jurisprudenciales en los que es posible observar la estructura de estas *stipulationes*, estudiaremos cuál habría sido su contenido; nos fijaremos en la estructura que habría presentado la *stipulatio poenae*, a través de la cual se habría garantizado el cumplimiento de la obligación de no obstaculizar el ejercicio de la correspondiente servidumbre; nos ocuparemos de su posible transmisibilidad a los herederos de las partes e incluso a terceros; así como de la responsabilidad del promitente en caso de incumplimiento y de cómo tenía lugar el pago de la *poena* prometida —cuestiones que adquieren cierta complejidad cuando existe una pluralidad de sujetos en la parte deudora o acreedora, lo que suele ocurrir, como consecuencia de haber tenido lugar la sucesión de las partes que concluyeron la *stipulatio*. También nos preguntaremos si es posible incurrir en más de una ocasión en la *stipulatio poenae*, o bien si ésta únicamente protegería al estipulante frente a un solo acto por el cual se impidiera o prohibiera el ejercicio de la servidumbre o del usufructo.

Finalmente, haremos referencia a la posible tutela de la que habrían disfrutado las servidumbres o el usufructo constituidos *pactionibus et stipulationibus*.

Hemos de advertir que, en relación con algunas de las cuestiones que trataremos, debemos pronunciarnos partiendo de hipótesis, debido a la falta de fuentes jurídicas que nos permitan conocer con seguridad cuál habría sido la solución ofrecida por el derecho romano clásico.

2. Estudio de la estructura y funcionamiento de las *pactiones et stipulationes*.

2.1. Una hipótesis sobre la estructura y el funcionamiento de las *pactiones et stipulationes*

En el capítulo anterior, hemos podido comprobar, a través de un estudio casuístico, cómo la jurisprudencia clásica recoge, en muchas ocasiones, referencias a la constitución de servidumbres prediales en el supuesto de la realización de una compraventa de un fundo (D. 8, 4, 3, Gai. 7 *ad ed. prov.*; D. 8, 3, 36, Paul. 2 *resp.* O D. 8, 4, 13 pr. Ulp. 6 *opin.*), la división convencional de dos fondos comunes (D. 8, 3, 33 pr., Afr. 9 *quaest.*) o de la misma compraventa del derecho de servidumbre (D. 8, 1, 20, Iav. 5 *ex post. Lab.* ó D. 19, 1, 3, 2, Pomp. 9 *Sab.*). En estos casos, además, suele estar presente una *stipulatio* de ejercicio —de acuerdo con las opiniones de Labeón (D. 8, 1, 20 , Iav. 5 *ex post. Lab.*) ó de Pomponio (D. 19, 1, 3, 2, Pomp. 9 *Sab.*)—, a través de la cual el particular, cuyo fundo ha de soportar la servidumbre, se obliga a respetar el ejercicio de este derecho por el adquirente y sus herederos, prometiendo que ni él ni sus herederos harán nada para impedir dicho

ejercicio¹. En la mayoría de las ocasiones², estas *stipulationes* suelen incorporar la promesa del pago de una *poena* si el constituyente o sus herederos impiden el ejercicio del derecho prometido.

Estos casos, como advertíamos al ocuparnos de ellos en el capítulo anterior, nos recuerdan al modo de constitución de las servidumbres en suelo provincial al que se refiere Gai. 2, 31, es decir a las *pactiones et stipulationes*.

En relación con Gai. 2, 31, advertíamos que, a pesar de la escueta referencia a la constitución *pactionibus et stipulationibus* que hace este jurista en sus *Institutiones*, no nos parece que, en este caso, Gayo se estuviera refiriendo a una constitución a través de pactos que debieran volcarse posteriormente en una *stipulatio* para que pudieran hacerse valer a través de una acción (*actio ex stipulatu*), sino a un negocio complejo en el que cada uno de sus elementos cumple con una función específica, hecho que ya habría sido subrayado, especialmente por Grosso³ y Kaser⁴.

De este modo, la constitución de las servidumbres y del usufructo, en el caso de los fundos provinciales y partiendo de Gai. 2, 31, tendría lugar a través de acuerdos libres de forma —de ahí que Gayo hable en plural, *pactiones*—, mediante los cuales las partes pueden establecer y diseñar la servidumbre o el usufructo con arreglo a sus especiales circunstancias o a sus necesidades. De

¹ Como puede observarse en los ejemplos de este tipo de *stipulationes* presentes, además de en los casos anteriormente mencionados de Javoleno y de Pomponio, en D. 45, 1, 111 (Pomp. 5 *ad Quint. Muc.*); D. 45, 1, 131 pr. (Scaev. 13 *quaest.*); D. 10, 2, 25, 9 y 12 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 45, 1, 2, 5 y 6 (Paul. 12 *Sab.*); D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 *Sab.*); D. 45, 1, 49, 1 (Paul. 37 *ad ed.*); D. 45, 1, 83 pr. (Paul. 72 *ad ed.*); D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 *ad ed.*); D. 45, 1, 72 pr. (Ulp. 20 *ad ed.*); D. 45, 1, 75, 7 (Ulp. 22 *ad ed.*); D. 46, 3, 31 (Ulp. 7 *disp.*).

² *Vid.* Capítulo V, epígrafe 3.3.

³ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 194 y ss.

⁴ KASER, M. *RPR*, I, p. 445.

estos acuerdos se derivaría la eficacia jurídico-real del acto, similarmente a lo que ocurre en el caso de la *conventio pignoris*.

De esta manera, a través de estos acuerdos, las partes constituyentes de la servidumbre podrían determinar el régimen del derecho que desean constituir: el tipo de servidumbre, las modalidades de ejercicio, la anchura en el caso de la senda o paso, el lugar por el que se debe ejercer la servidumbre (Cfr. entre otros casos, D. 8, 1, 13, Pomp. 14 *ad Quint. Muc.*; D. 8, 3, 13, Iav. 9 *ex Cass.*; D. 8, 3, 14, Pomp. 32 *ad Quint. Muc.*) e incluso la incorporación de condiciones o términos (D. 8, 1, 4 pr., Pap. 7 *quaest.*)⁵.

Los acuerdos relativos a la constitución de la servidumbre, por lo que hemos podido observar en los textos estudiados en el capítulo anterior, tendrían, generalmente⁶, la consideración de *pacta in rem* (cfr D. 2, 14, 7, 8, Ulp. 4 *ad ed.*), es decir, acuerdos concluidos en relación con los fundos y, por ello, serían transmisibles a los sucesores de las partes.

Estos acuerdos se concluirían al realizarse la compraventa, o más ampliamente, la transmisión del fundo sobre el que ha de constituirse la servidumbre o del que resultaría ser fundo dominante, a modo de cláusulas contractuales. O incluso como consecuencia de la compraventa del mismo derecho, a tenor de los numerosos ejemplos que podemos encontrar en las fuentes que mencionan la compraventa de una servidumbre. La constitución de una servidumbre implica, para el fundo que debe soportar este derecho, una disminución de su valor económico, por lo que, en la mayoría de casos, la lógica conduce a pensar que el titular del fundo sirviente sólo estuviese

⁵ En el mismo sentido, LA ROSA, F. *Pactionibus et stipulationibus... cit.*, p. 28 y 29.

⁶ Decimos generalmente, pues como hemos visto en el caso de la *servitus ad tempus*, nada impide que las partes constituyan la servidumbre a beneficio de una determinada persona y no de los sucesores de ésta. En el caso del usufructo, también expresábamos que nos encontraríamos ante un *pactum in personam*. En cualquier caso, cabe recordar que la determinación de que el pacto sea *in rem* o *in personam* depende de la investigación de cuál habría sido la voluntad de las partes (*id quod actum*), *vid.* Capítulo II, sección II, epígrafe 6

dispuesto a constituir este derecho a cambio de una compensación económica por la pérdida de valor del fundo. Esta compensación económica tendría lugar a través del pago del precio, en la compraventa del derecho; o se incorporaría en el precio a pagar por un inmueble, en el caso de la reserva de servidumbre en la compraventa de un fundo. Asimismo, no sería extraño que la constitución *pactionibus et stipulationibus* pudiera tener lugar en el caso de la donación de un fundo o del mismo derecho, o bien a través de una dación en dote (en relación con el usufructo, cfr. Hon. Teod. C. 8, 54, 28, a. 471).

Cabe tener en cuenta, además, que, en sus orígenes, las servidumbres eran consideradas entidades materiales, de modo que su adquisición tenía lugar, generalmente, a través de la compraventa de la franja de terreno sobre la que debía ejercerse el contenido de la servidumbre en cuestión. Al devenir las servidumbres cosas incorpóreas, no es de extrañar que la adquisición de las servidumbres continúe realizándose, por regla general, a través de la celebración de un contrato como la compraventa, al que sigue una *mancipatio* o *in iure cessio*, según el caso. Si bien, a partir de esta nueva configuración de las servidumbres como *res incorpóreas*, la compraventa ya no recae sobre una cosa corporal, como venía sucediendo hasta el momento, sino sobre un derecho, lo que tiene una serie de consecuencias en la práctica, especialmente en cuanto a la obligación del vendedor de entregar la cosa objeto de compraventa y de garantizar su pacífica posesión.

En este sentido, Javoleno recuerda la opinión de Labeón en D. 8, 1, 20 (5 *ex post. Lab.*)⁷:

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

⁷ Sobre este texto, *vid.* Capítulo V, epígrafe 3.2.1.

accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

De acuerdo con Labeón, siempre que se compre la servidumbre de camino o cualquier otra servidumbre predial, debe garantizarse que no se hará nada para impedir que se use ese derecho, ya que no es posible la entrega de la libre posesión. Javoleno estima que el uso del derecho tiene el mismo valor que la entrega de la posesión, motivo por el cual se conceden interdictos análogos a los posesorios⁸.

En el contrato de compraventa, el vendedor queda obligado a la entrega de la cosa y a garantizar la pacífica posesión sobre ésta al comprador. En el caso de la compraventa de una servidumbre, al tratarse de una cosa incorporal, no es posible la entrega de la libre posesión, como expresa Labeón, pues la posesión sólo puede darse sobre las cosas corporales, de modo que la *traditio possessionis* sólo puede tener lugar, asimismo, sobre las cosas corporales (Gai. 2, 28).

Como no es posible la *traditio* de la servidumbre, se hace necesario que el vendedor preste una caución por la que garantice que no impedirá el ejercicio del derecho. Esta *stipulatio* de ejercicio actuaría, por tanto, como subrogado de la *traditio possessionis* que tendría lugar en el caso que la compraventa recayera sobre una cosa corporal, y al igual que cualquier *stipulatio* tendría eficacia obligacional.

La advertencia de Labeón sobre la necesidad de establecer, en la compraventa de una servidumbre, una caución como subrogado de la *traditio servitutis*, se repite en la jurisprudencia posterior al jurista de inicios del Principado, como sería el caso de Pomponio, que subraya nuevamente en D.

⁸ Seguimos la traducción que ofrecen BEHRENDTS, O. *et al.*, *CIC*, II, p. 669 y 670.

19, 1, 3, 2 (5 *Sab.*)⁹ la necesidad de que el vendedor preste la mencionada caución en tanto que no es posible la *traditio* de la *vacua possessio* en el caso de las servidumbres:

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

La *stipulatio* de ejercicio tendría, así pues, efectos meramente obligacionales y actuaría, desde el punto de vista del vendedor, a modo de subrogado de la entrega material de la cosa objeto de compraventa, en este caso, la servidumbre, y en cumplimiento de la obligación de garantizar la pacífica posesión de la cosa. En este caso, no sería posible que el vendedor garantizara el *habere licere*, por la naturaleza incorporeal de las servidumbres, de modo que la única manera de garantizarle al comprador el pacífico disfrute de la cosa sería garantizando que el vendedor se abstendrá de obstaculizar el ejercicio de la servidumbre, dicha garantía se establece a través de una *stipulatio* por la que se promete que no se impedirá el ejercicio de la servidumbre. Al tratarse de una *stipulatio poenae*, la *stipulatio* de ejercicio tendría, además, un efecto disuasorio sobre el constituyente de la servidumbre, pues, de impedir su ejercicio, se vería obligado al pago de la *poena*.

La relevancia de esta *stipulatio* de ejercicio, como recuerda Grosso¹⁰, no sería la misma según se constituyera la servidumbre en provincias o sobre suelo itálico. En este último caso, la constitución del derecho tendría lugar a través de la realización de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, negocios formales del *ius civile* que no pueden tener lugar sobre suelo provincial (Gai. 2,

⁹ Sobre este texto, *vid.* Capítulo V, epígrafe 3.2.1 de este trabajo.

¹⁰ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 199 y ss.

31), de ahí la importancia de que los acuerdos constitutivos de la servidumbre vayan acompañados de este tipo de *stipulationes*.

En el caso de las servidumbres constituidas sobre suelo itálico, a la compraventa de la servidumbre o del fundo con reserva de servidumbre debería seguir, para la constitución de este derecho, la realización de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, a lo que, en principio, el vendedor no queda obligado a través de la misma compraventa. El problema surgiría cuando no se realizaran estos actos, situación que, progresivamente, debió de producirse en la práctica de manera cada vez más frecuente, debido a que en determinadas circunstancias resultaba imposible la realización de estos actos propios del *ius civile*, al no disponerse del *dominium ex iure Quiritium*¹¹, o simplemente debido a que estos actos se encontraban inmersos en un paulatino proceso de decadencia, como bien atestigua la existencia del *in bonis habere* y su tutela a través la *actio Publiciana*¹².

En este sentido y en lo que se refiere a la transmisión de la propiedad sobre las cosas corporales, el uso de la *traditio* se habría demostrado progresivamente como un sistema mucho más fácil y ágil, frente a las formalidades exigidas por la *mancipatio* e *in iure cessio*, por lo que no es de extrañar que aquélla también acabe por aplicarse cuando se trata de la transmisión de la propiedad sobre las *res Mancipi*, especialmente en una sociedad en constante cambio, en pleno auge y desarrollo económico, y cuando las transacciones económicas pueden tener lugar entre sujetos que no necesariamente disponen de la ciudadanía romana. El pretor, mediante la *actio Publiciana* o la *exceptio rei venditae et traditae*, según el caso, mantiene en su adquisición a aquél a quien se hizo *traditio ex iusta causa* de una *res Mancipi*.

¹¹ Vid. Capítulo IV, epígrafes 2.1.2.

¹² Como así constatan CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Proprietà e diritti reali... cit.*, p. 153 y ss. MANNINO, V. *La tolleranza dell'"usus iuris"... cit.*, p. 77 y en *Conventio e voluntas... p.* 149.

El defecto de forma en esta adquisición sería finalmente solventado a través de la *usucapio*.

Frente a la agilidad con la que se produce la transmisión de la propiedad, no parece lógico defender que la constitución de las servidumbres o del usufructo se mantuviera férreamente ligada al uso de la *mancipatio* o a la *in iure cessio*. A ello debe sumarse que, en el caso de constitución de estos derechos reales, el defecto de forma no puede ser subsanado a través de la *usucapio*, en tanto que nos encontramos ante *iura in re aliena* y, por tanto, ante cosas incorporales y, en el caso de las servidumbres, se excluye además expresamente la posibilidad de usucapión a través de la *lex Scribonia*.

Así, frente a los modos de constitución de las servidumbres y del usufructo propios del *ius civile*, no es de extrañar que se desarrolle un modo de constitución alternativo, que dé lugar al ejercicio de hecho de una servidumbre o de un usufructo, en paralelo a lo que sucede en cuanto a la transmisión de la propiedad sobre los bienes inmuebles. En este sentido, nos parece que las *pactiones et stipulationes* debieron configurarse como un negocio complejo propio del *ius gentium*, que surgiría de la práctica cotidiana y cuya aplicación no se circunscribiría únicamente a las provincias¹³.

¹³ Aunque pueda defenderse que, desde antiguo, el origen de las servidumbres pudiera encontrarse en una regulación convencional de las relaciones entre fincas vecinas, como habría ocurrido en el derecho griego, según autores como Scialoja. Pese a que existen dudas de que el derecho griego conociera la figura de las servidumbres como tales, *vid.* SCIALOJA, V. «L'orazione di Demostene contro Callicle in rapporto alla teoria delle servitù prediali in diritto greco», en *Atti della R. Accademia di Torino*, 25 (1890), p.792, también en sus *Studi giuridici*, I, Roma, 1933, p. 403 a 416. En las leyes municipales de la Hispania romana tampoco hemos encontrado referencia alguna relacionada con la constitución de servidumbres o de usufructo, aunque estas leyes habrían contenido disposiciones relativas a las relaciones de vecindad. Así, por ejemplo, en la reconstrucción de la *lex Flavia municipalis* (ca. 90 d. C.) realizada por d'Ors, puede observarse la prohibición de derruir los edificios privados cuando, posteriormente, no vayan a ser reconstruidos (Tab. VIII, cap. 62). La ley también se ocuparía de la restauración y construcción de caminos, carreteras, cauces, canales y acueductos públicos, sin que esto pueda tener lugar en perjuicio de los particulares (Tab. IX, cap. 82). D'ORS, A. *La ley Flavia municipal*, Roma, 1986. Sin embargo, existen documentos epigráficos que muestran la existencia de servidumbres en provincias y que estos derechos recibían la misma denominación que las servidumbres civiles. *vid.* BARRIENTOS GRANDÓN, J. «*Servitus viae* en Hispania y servidumbres rústicas en provincias (A propósito de Cil. II2/7 699a=Ae. 1995, 846)», en *Liber amicorum Juan Miquel*, Barcelona,

Obviamente, y a diferencia de lo que sucede en cuanto a la transmisión de la propiedad sobre las cosas corporales, en el caso de los derechos no resultaría posible la *traditio* o entrega material, por lo que, como indicaba Labeón (*ex D. 8, 1, 20 Iav. 5 ex post. Lab.*), se hace necesaria la conclusión de una *stipulatio* de ejercicio que actúe como subrogado de ésta.

Regresando al texto de Javoleno de *D. 8, 1, 20 (5 ex post. Lab.)*, en la parte final, el jurista expresa "*Ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*". Como hemos expresado en el anterior capítulo al examinar este texto¹⁴, nos parece que en época de Javoleno el *usus servitutis* empieza a identificarse o a señalarse como similar a una situación posesoria, justificándose en su tutela a través de interdictos análogos a los que protegen la posesión de las cosas corporales. Sin embargo, no nos parece que el *usus servitutis* equivalga a la misma *traditio* de la servidumbre ni que deba sustituir la necesidad de realizar una *stipulatio* de ejercicio entre los particulares que quieren constituir un derecho como éste, en tanto que no es posible su entrega material, ya que se trata de una cosa incorporal.

Nos parece que la *traditio* o *quasi traditio* de las servidumbres o del usufructo debe observarse desde dos vertientes diferentes, como bien expresa Krüger¹⁵. Desde el punto de vista del titular del fundo sirviente, el hecho de que a través de una *stipulatio* éste se comprometa a no obstaculizar el ejercicio de la servidumbre, como indica Zuccotti¹⁶, implica otorgar un valor al *usus*

2006, p. 79 a 95. En el caso de la *via* constituida en Sisapo, en el *conventus Cordubensis* en el s. I a. C. , además, puede apreciarse en la inscripción que las partes habrían acordado una determinada *latitudo*.

¹⁴ *Vid.* Capítulo V, epígrafe 3.2.1.

¹⁵ KRÜGER, H. *Die praetorische Servitut... cit.*, p. 42 y ss.

¹⁶ ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 97 y ss. Este autor defiende, además, que el origen de la *patientia* se encontraría en la práctica de otorgar una tutela interdictal al *usus*

servitutis que lo distingue de un ejercicio meramente tolerado u ocasional (cfr. D. 43, 19, 1, 6, Ulp. 70 *ad ed.*), pues el promitente consiente expresamente el *usus servitutis* como tal, es decir, como consecuencia de que se ha constituido un derecho —obviamente, sin recurrir a los actos constitutivos del *ius civile*— y por ello, se compromete a no obstaculizar el ejercicio de la servidumbre que se desarrolle de conformidad con lo que se ha convenido, por ejemplo, en cuanto a las modalidades de ejercicio, a la inclusión de condiciones o términos, etc.

Creemos que esta misma idea en relación con la *stipulatio* de ejercicio, de que el estipulante se compromete a no entorpecer el ejercicio de la servidumbre, en tanto que se ha constituido ese derecho y que no existe una mera tolerancia, puede verse en el texto de *Theoph. ad I. 2, 3, 4*, que refleja, ya en época bizantina, la estructura de la *stipulatio* de ejercicio, garantizada con la promesa de una pena y como parte de un negocio complejo (en tanto que a los acuerdos constitutivos de la servidumbre, por regla general¹⁷, seguiría la realización de la *stipulatio* de ejercicio), motivo por el cual creemos que la jurisprudencia identificó esta manera de constituir las servidumbres prediales como "pactiones et stipulationes"¹⁸ y no como dos actos alternativos para la constitución de estos derechos. Así, mientras las *pactiones* versan sobre la naturaleza y el contenido del derecho que las partes quieren constituir, en la *stipulatio* de ejercicio, el promitente se compromete a respetar la servidumbre

servitutis cuando no hubiera tenido lugar la realización de la *stipulatio* de ejercicio, idea que compartimos.

¹⁷ *Vid.* nt. inmediatamente anterior, sobre el origen de la *patientia*.

¹⁸ Como bien supo ver GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 199 y 200.

que se ha cedido/entregado¹⁹ y, en el caso que ésta no sea respetada, a pagar una suma de dinero²⁰, como puede observarse en el texto de Teófilo²¹:

<p>25 ἔχει οἰκίαν ἢ ἀγρόν. 4. Ὁ δὲ βουλόμενος τῷ γείτονι παρα- χωρῆσαι δουλείαν διὰ συμφώνων καὶ¹¹⁾ ἐπερωτήσεων τοῦτο¹⁹⁾ δύναται ποιεῖν. συμφώνου γὰρ γενομένου περὶ τοῦ παραχωρη- θῆναι τὴν δουλείαν, ἐπερωτᾷ ὁ μέλλων λαμβάνειν κατὰ παρα- χώρησιν· ὁμολογεῖς ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ 30 δουλείᾳ; εἰ δὲ μὴ ἐμμένῃς ὁμολογεῖς διδόναι μοι¹²⁾</p> <p>λόγῳ προστίμου νομίματα ἔκατον; δύναται δὲ καὶ ἐν διαθήκῃ τὸν ἴδιόν τις ¹⁾ κληρονόμον καταδικάζειν λέγων· κατα- δικάζω σε, ὡ κληρονόμος, μὴ ἀνοψοῦν σε τὰ οἰκήματα, ἵνα μὴ καταβλάψῃς τῆς γειτνιαζούσης οἰκίας τὸ φῶς. 5 ἢ καταδικάζω σε, ὡ κληρονόμος, ὥστε σε ἀνέχεσθαι τοῦ γείτονος βουλομένου ξύλον ἐπιτιθέναί κατὰ τοῦ σοῦ τοίχου³⁾, ἢ τοῦς σταλαγμοῦς ἐκπέμπειν τὸν γεί- τονα κατὰ τῶν σῶν δωμάτων ἢ, ἵνα ἀνάσῃ τὸν ἀγρογεῖτονα⁴⁾ τὴν τοῦ ἴτερ δουλείαν ἢ τοῦ⁵⁾ actus 10 ἔχειν κατὰ τοῦ σοῦ ἀγροῦ ἢ ὕδωρ ἔλκειν ἐξ αὐτοῦ ἐπὶ τὸν ἴδιον ἀγρόν. ὥστε οὖν συνίσταται ἡ δουλεία πράκτοις καὶ ἐπερωτήσῃσι ἢ²⁾ ἐν διαθήκῃ.</p>	<p>4. uel fundum habeat. 4. Qui uicino uelit ius aliquod con- stituere pactionibus et stipulationibus id facere potest. pacto enim facto de seruitute constituenda, is cui ea ce- denda est ita stipulatur: spondesne cessam seruitu- 25 tem seruare? sin autem minus, spondesne dare mihi poenae nomine aureos centum? potest et in testa- mento suum heredem quis ita damnare: damno te, heres, aedes altius non tollere ne aedium uicinarum lu- minibus officias. uel damno te, heres, ut uicino 5 permittas tignum in parietem tuum, si uelit, im- mittere uel stillicidium in aedes tuas conuertere uel ut sinas uicinum iter uel actum in tuo agro ha- bere uel aquam ex tuo in suum agrum ducere: ita- mento. 10</p>
---	---

Desde el punto de vista del titular del fondo dominante, la *traditio* se expresaría a través del ejercicio fáctico del derecho constituido, en el sentido que expresa Paulo en D. 8, 6, 25 (5 *sent.*) "*Seruitute usus non uidetur nisi is, qui suo iure uti se credidit*", es decir, el ejercicio de la servidumbre basado en la creencia de que se está ejerciendo un derecho, en que se ha adquirido una servidumbre. Mayor complejidad entraña, desde nuestro punto de vista, la

¹⁹ Sobre las cuestiones terminológicas de este texto y la traducción de Ferrini, resulta interesantísima la lectura de LA ROSA, F. *Pactionibus et stipulationibus... cit.*, a partir de la p. 32. Nos parece que, en el verbo usado por Teófilo en el ejemplo de *stipulatio* de ejercicio queda implícita la idea de ceder, transferir, etc. Sin embargo no nos parece muy plausible la conclusión a la que llega la autora de que la *stipulatio* de ejercicio incluye en sí una ficción en relación con que haya tenido lugar una *in iure cessio*, precisamente por lo que hemos expresado anteriormente sobre la decadencia de los actos legítimos y por la tendencia a acercar el *usus servitutis* a la idea de posesión (*vid.* asimismo, capítulo III, epígrafe 4.2.3 *in fine*).

²⁰ La misma estructura, pero obviamente teniendo en cuenta la época y partiendo del uso del lenguaje indirecto, puede observarse en algunos documentos de época alto-medieval provenientes de la Lombardía, *vid.* CARAVALE, M. *Ricerche sulle servitù prediali nel medio evo (età romano-barbarica)*, I, Milán, 1969, p. 25 y ss.

²¹ Téngase en cuenta, además, que, para la redacción de las *Instituta* y de la *Paraphrasis*, Teófilo contaba con las *Institutiones* de Gayo y es muy posible que tuviera acceso a información que no se nos ha transmitido. *vid.* SCHULZ, F. *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961 (Leipzig, 1975), p. 386 y ss.

cuestión de determinar a partir de qué momento es posible decir que ha quedado constituido un derecho de servidumbre.

La *stipulatio* de ejercicio sería el elemento, dentro de este negocio complejo que son las *pactiones et stipulationes*, que permitiría dar cuenta de la servidumbre que han querido constituir las partes y aseguraría al estipulante la posibilidad de reclamar, a través de la *actio ex stipulatu*, en el caso de incumplimiento de la obligación de respetar el ejercicio de la servidumbre. Esta *stipulatio* incluiría, en la mayoría de las veces, la promesa de una *poena*, lo que permitiría fijar de antemano el pago de una cuantía indemnizatoria para el caso de incumplimiento de la obligación de no hacer. A continuación nos referiremos al régimen jurídico de las *stipulationes* de ejercicio.

2.2. Estructura de la stipulatio de ejercicio: especial referencia a la garantía de su cumplimiento a través de la stipulatio poenae

En el Digesto encontramos diferentes ejemplos de *stipulationes* de ejercicio²². A través de dichas *stipulationes*, el promitente se obligaría a no llevar a cabo conductas que impidieran u obstaculizaran el ejercicio de la servidumbre o del usufructo, según el caso. La estructura de estas *stipulationes* puede observarse en el siguiente texto de Escévola, que recogemos a título de ejemplo:

D. 45, 1, 131 pr. (Scaev. 13 *quaest.*): *Iulianus scripsit, si "neque per te neque per heredem tuum Titium fieri,*

²² *Ad exemplum*: D. 8, 3, 36 (Paul. 2 *resp.*); D. 10, 2, 25, 9 y 12 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 45, 1, 2, 5 y 6 (Paul. 12 *Sab.*); D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 *Sab.*); D. 45, 1, 49, 1 (Paul. 37 *ad ed.*); D. 45, 1, 83 pr. (Paul. 72 *ad ed.*); D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 *ad ed.*); D. 45, 1, 130 (Paul. 15 *quaest.*); D. 7, 1, 27, 4 (Ulp. 18 *Sab.*); D. 45, 1, 38, 6-10-11 y 12 (Ulp. 49 *Sab.*); D. 45, 1, 72 pr. (Ulp. 20 *ad ed.*); D. 45, 1, 75, 7 (Ulp. 22 *ad ed.*); D. 46, 3, 31 (Ulp. 7 *disp.*), D. 8, 1, 20 (Iav. 5 *ex post. Lab.*); D. 19, 1, 3, 2 (Pomp. 9 *Sab.*), D. 45, 1, 111 (Pomp. 5 *ad Quint. Muc.*) y D. 45, 1, 131 pr. (Scaev. 13 *quaest.*).

quo minus mihi ire liceat" stipuler, non solum Titium teneri, si prohibeat, sed etiam coheredes eius.

Escribe Juliano, si se estipula que ni tú ni tu heredero Ticio haréis nada que me impida el paso (por tu finca), no sólo queda obligado Ticio, sino también sus coherederos.

Así pues, estas *stipulationes* tendrían por objeto una obligación consistente en un *non facere*, coincidiendo con el contenido obligacional que supone la existencia de una servidumbre para el titular del fundo sirviente o, en el caso del usufructo, para el nudo propietario, quienes en la *stipulatio* de ejercicio tendrían la condición de promitentes.

Esta obligación de no hacer consistiría, de acuerdo con lo que expresa Ulpiano en D. 45, 1, 50 pr. (Ulp. 50 *ad ed.*), no en la inactividad completa del promitente, sino más bien en que éste procure, con su comportamiento, que el estipulante pueda ejercer el contenido de la servidumbre o del usufructo, sin intromisión alguna por su parte²³. El promitente debe garantizar, por tanto, un estado de cosas en el que el estipulante pueda ejercer, sin alteraciones o impedimentos, la servidumbre a la que se refiere la *stipulatio* de ejercicio:

In illa stipulatione: "per te non fieri?" non hoc significatur, nihil te facturum, quominus facere possis (possim), sed curaturum, ut facere possis (possim).

Cuando se realiza la *stipulatio* "prometes que no se hará por ti?", con ésta no se quiere significar que tú no harás nada para que yo no pueda hacer, sino más bien que procurarás para que yo pueda hacer.

²³ Vid. PASTORI, F. *Il negozio verbale... cit.*, p. 144. COCH ROURA, N. *La forma estipulatoria... cit.*, p. 210; 339 y 340.

La idea que acabamos de expresar puede extraerse, asimismo, de D. 45, 1, 83 pr.(72 *ad ed.*), en el que Paulo explica, de una manera algo más completa que Ulpiano, el contenido de la obligación de no hacer, partiendo de algunos ejemplos:

Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. et qui spondet "dolum malum abesse afuturumque esse", non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolum malum absit: idemque in illis stipulationibus "habere licere" item "neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat".

La *stipulatio* se contrae entre el estipulante y el promitente. De este modo, quien promete que dará o hará algo a un tercero, no queda obligado: pues cada uno debe prometer por sí mismo. Y quien promete que "no hay ni habrá dolo malo", no promete simplemente una abstención, sino que se guardará de que no exista dolo malo; lo mismo puede decirse respecto de las *stipulationes* de "poder tener" y de "no hacer (no impedir) ni por ti ni por tus herederos".

Al tratarse de obligaciones consistentes en no hacer, nos encontraremos, al mismo tiempo, ante obligaciones indivisibles. Esta naturaleza indivisible de la obligación veremos que tiene una serie de consecuencias respecto de la determinación del incumplimiento, especialmente cuando en la parte promitente se da una situación de pluralidad de sujetos, como sería el caso de los coherederos, ya que el acto de prohibición o impedimento de uno de ellos supone que el resto de coherederos también incumplan la *stipulatio* —como veremos a partir del epígrafe 4.2 de este capítulo. El carácter indivisible de la obligación también repercutirá en el pago de la *condemnatio* o de la pena, en el caso de haberse estipulado el pago de ésta última, cuestiones que desarrollamos más adelante.

En cuanto a los sujetos que pueden o deben realizar dicha *stipulatio*, como hemos expresado anteriormente, el promitente sería el titular del fundo sirviente o el nudo propietario, según se trate de una servidumbre o de un usufructo, respectivamente. El estipulante sería el titular del fundo dominante o el usufructuario, según el caso.

En los supuestos en los que existiera una situación de comunidad sobre los fundos, sería necesario que realizaran la *stipulatio* todos los comuneros o socios, como recuerda D. 8, 3, 19 (Paul. 12 Sab.), aunque en este caso más bien nos encontremos ante una *stipulatio* por la que se promete la futura constitución de una servidumbre y no ante una *stipulatio* de ejercicio:

Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest: sed si omnes stipulentur sive communis servus, singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt, quia ita dari eis potest: ne, si stipulator viae plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat.

Si uno de los comuneros se hiciera estipular el *iter* a favor del fundo común, tal estipulación es nula, porque no se le puede conceder sólo a éste la servidumbre de paso: pero si estipularon todos o el esclavo común, cada uno de los comuneros puede pedir que se le conceda el paso, porque si el que se hizo estipular la servidumbre de camino hubiese dejado varios herederos, la estipulación no debe ser nula²⁴.

La razón de que deban participar en la *stipulatio*, ya sea como estipulantes o como promitentes, la totalidad de los comuneros es la naturaleza indivisible de la prestación, así como la imposibilidad de que la servidumbre se constituya por partes.

²⁴ BEHRENDTS, O. *et al.*, *CIC*, II, p. 691.

El texto también se refiere a la posibilidad de que sea el esclavo común quien realice la *stipulatio*, que puede obligar, cuando el esclavo haya sido autorizado a tal efecto, o beneficiar, según el caso, a través de dicha *stipulatio* a todos los comuneros. La misma idea puede extraerse de D. 45, 3, 17 (Pomp. 9 Sab.)²⁵ y D. 45, 3, 7, 1 *in fine* (Ulp. 48 Sab.)²⁶.

Lo mismo ocurriría en el caso de los hijos de familia en relación con su *paterfamilias*, como puede extraerse de D. 45, 1, 130 *in fine* (Paul. 15 *quaest.*)²⁷ y D. 45, 1, 38, 6 (Ulp. 49 Sab.)²⁸.

²⁵ D. 45, 3, 17 (Pomp. 9 Sab.): *Si communis servus meus et tuus viam vel iter vel actum stipuletur sine adiectione nominis nostri, cum ego solus fundum vicinum habeam, soli mihi eam adquirat: quod et si tu fundum habeas, mihi quoque in solidum servitus adquiratur.*

En este caso, la *stipulatio* realizada por el esclavo, sin especificar el nombre de uno de sus dueños, únicamente beneficia a aquél que dispone de un fundo vecino al predio sobre el que se quiere constituir una servidumbre. En el caso en que ambos dueños disponen de fundos vecinos, sobre los que no existe un régimen de copropiedad, se entiende que la servidumbre se adquiere por uno solo de los fundos, pues Pomponio parece entender que, de lo contrario, se adquiriría las servidumbres por partes, lo que no es posible.

²⁶ D. 45, 3, 7, 1 (Paul. 37 *ad ed.*): *Si servus communis ab uno ex sociis stipulatus sit, si quidem nominatim alteri socio, ei soli debetur: sin autem sine ulla adiectione pure stipulatus sit, reliquas partes is servus ceteris sociis praeter eam partem, ex qua promissor dominus esset, adquiret. sed si iussu unius socii stipulatus est, idem iuris est, quod esset, si eidem illi socio nominatim dari stipulatus esset. Interdum etiamsi neque iussu neque nominatim alteri ex dominis stipularetur, ei tamen soli acquirere eum Iuliano placuit: ut puta si quid forte stipuletur, quod utriusque acquiri non potest. Veluti servitutum ad fundum Cornelianum stipulatus est, qui fundus Sempronii erat alterius ex dominis: ei soli adquirat.*

En este caso, pese a que se trata de un esclavo común, al realizarse la *stipulatio* en referencia a un fundo privativo de uno de los dueños del esclavo, la *stipulatio* sólo beneficiaría a dicho dueño.

²⁷ D. 45, 1, 130 (Paul. 15 *quaest.*): *Quod dicitur patrem filio utiliter stipulari, quasi sibi ille stipularetur, hoc in his verum est, quae iuris sunt quaeque acquiri patri possunt: alioquin si factum conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio, veluti ut tenere ei vel ire agere liceat. contra autem filius etiam ut ire patri liceat stipulando adquiret ei: immo et quod in suam personam conferre non potest, hoc patri adquirat.*

En la parte final del texto, se puede apreciar claramente una *stipulatio* de ejercicio en la que el estipulante es un hijo de familia, dicha *stipulatio* si se realiza a favor del padre y no en relación al propio hijo que, en principio, no puede adquirir para sí mismo una servidumbre al ser un sujeto *alieni iuris* —además, no parece que, en este caso, el fundo dominante pertenezca a un peculio, sino más bien que el titular sea el *paterfamilias*—, revierte en el padre.

²⁸ D. 45, 1, 38, 6 (Ulp. 49 Sab.): *Hi, qui sunt in aliena potestate, his, in quorum sunt potestate, habere licere stipulari possunt ea ratione, qua cetera quoque his possunt stipulari.*

Si regresamos al anterior ejemplo de *stipulatio* de ejercicio del texto de Escévola, D. 45, 1, 131 pr. (13 *quaest.*), podemos ver cómo en los *verba* se recogería la servidumbre que las partes han querido constituir, no a través de una denominación genérica de la servidumbre, sino a través de la referencia al contenido o facultades inherentes a ese derecho en cuestión ("*ire agere liceat*"). Asimismo, el ejemplo de Escévola también permite observar la presencia de la *mentio heredis*, tema al que nos referiremos en el epígrafe 3 de este capítulo.

Generalmente, estas *stipulationes* suelen encontrarse garantizadas a través de la promesa de una *poena*. No obstante, existen dos textos pertenecientes a Paulo y a Ulpiano que contemplan la posibilidad de que la obligación de no hacer contenida en estas *stipulationes* se viera reforzada a través de una fianza verbal, concretamente estos textos serían los de D. 45, 1, 49, 1 (Paul. 37 *ad ed.*) y D. 46, 3, 31 (Ulp. 7 *disp.*)²⁹.

La promesa de una *poena* aparece expresamente mencionada en D. 8, 3,

sed si servus fuerit stipulatus sibi habere, quaesitum est, an recte stipulatus videatur. et ait Iulianus libro quinquagesimo secundo digestorum, si servus stipuletur sibi habere licere aut per se non fieri, quo minus habere stipulatori liceat, promittat: stipulatio, inquit, non committitur, quamvis auferri res ei et ipse auferre eandem possit: non enim factum, sed ius in hac stipulatione vertitur. cum vero stipulatur per promissorem non fieri, quo minus sibi ire agere liceat, non ius stipulationis, inquit, sed factum versatur. sed videtur mihi, licet iuris verba contineat haec stipulatio "habere licere", tamen sic esse accipiendam, ut in servo et in filio familias videatur actum esse de possessione retinenda aut non auferenda et vires habeat stipulatio.

Ulpiano parte de la opinión de Juliano para determinar si el esclavo o el hijo de familia pueden prometer el *habere licere*, subrayando que lo que se promete en esta *stipulatio* es una cuestión de derecho y no de hecho, con lo cual aquéllos no podrían incurrir en la *stipulatio* al no poder ser titulares de un derecho de propiedad sobre la cosa vendida, como sujetos sometidos a la potestad de otro que son. Sin embargo, compara este caso con las *stipulationes* de ejercicio de las servidumbres, para las que se promete un hecho — aunque en cierto modo también se refieran a un derecho, pues aluden al ejercicio del contenido de una servidumbre predial—, y llega a la conclusión de que, en ambos casos, sería posible que los esclavos o los hijos de familia participaran en estas *stipulationes* como promitentes.

²⁹ *Vid.* Epígrafe 4.1 de este capítulo.

36 (Paul. 2 *resp.*), D. 45, 1, 2, 6 (Paul. 12 *Sab.*); D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 *Sab.*) y en D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 *ad ed.*), aunque únicamente en este último texto de Paulo es posible ver la estructura de la *stipulatio poenae*.

D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 *ad ed.*): *Quod si stipulatus fuero: "per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari?" et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae eriscundae iudicio sarcient damnum.*

Si me hubiera hecho estipular "ni tú ni tu heredero me impediréis poder pasar y llevar ganado (a través de tu finca): si esto se me impidiera, se pagará tanto (cierta cantidad de dinero)" y uno de los diversos herederos me lo impide, es más cierta la opinión de aquellos que creen que el acto de uno obliga a todos, pues aunque me veo impedido sólo por uno, sin embargo, no se impide parcialmente, pero los otros herederos podrán reembolsarse el perjuicio mediante la *actio familiae eriscundae*.

La estructura que presentaría la *stipulatio poenae*, en este texto de Paulo, sería una doble estructura estipulatoria ("Doppelstipulation"³⁰), aunque a simple vista parezca que solamente existe una sola *stipulatio*. En primer término encontraríamos una *stipulatio* que contendría la obligación primaria "*per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam*" y que se correspondería con la *stipulatio* de ejercicio, pues en ella el promitente se compromete a no impedir u obstaculizar el ejercicio de las facultades inherentes a una servidumbre, en este caso, pasar a través de la finca del promitente y llevar ganado.

³⁰ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 30 y ss. *Vid.* Capítulo II, sección II, epígrafe 5.2.

A continuación, encontraríamos una segunda *stipulatio* en la que se promete el pago de una cantidad para el caso que la obligación contenida en la primera *stipulatio* se incumpla. Esta sería la *stipulatio poenae*: "*si adversus ea factum sit, tantum dari?*".

Nos encontraríamos, por tanto, ante dos obligaciones diferentes: una principal y cuyo contenido es una prestación de no hacer; y otra obligación, la del pago de una *poena*, que se encuentra condicionada a que se produzca el incumplimiento de la anterior obligación de no hacer.

La misma estructura estipulatoria doble es recogida en época bizantina por *Theoph. ad I. 2, 3, 4*.

<p>25 έχει οικίαν ἢ ἀγρόν. (4. Ὁ δὲ βουλόμενος τῷ γείτονι παρα- χωρήσαι δουλείαν διὰ συμφώνων καὶ¹¹⁾ ἐπερωτήσεων τοῦτο¹²⁾ δύναται ποιεῖν. συμφώνου γὰρ γενομένου περὶ τοῦ παραχωρη- θῆναι τὴν δουλείαν, ἐπερωτᾷ ὁ μέλλον λαμβάνειν κατὰ παρα- χώρησιν· ὁμολογεῖς ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ 30 δουλείᾳ; εἰ δὲ μὴ ἐμμένῃς ὁμολογεῖς διδόναι μοι¹³⁾)</p> <p>λόγῳ προστίμου νομίσματα ἑκατον; δύναται δὲ καὶ ἐν διαθήκῃ τὸν ἴδιόν τις¹⁾ κληρονόμον καταδικάζειν λέγων· κατα- δικάζω σε, ὡ κληρονόμος, μὴ ἀνοψοῦν σε τὰ οἰκήματα, ἵνα μὴ καταβλάψῃς τῆς γειτνιαζούσης οἰκίας τὸ φῶς. 5 ἢ καταδικάζω σε, ὡ κληρονόμος, ὥστε σε ἀνέχεσθαι τοῦ γείτονος βουλομένου ξύλον ἐπιτιθέναι κατὰ τοῦ σοῦ τοίχου²⁾, ἢ τοὺς σταλαγμοὺς ἐκπέμπειν τὸν γεί- τονα κατὰ τῶν σῶν δωματίων ἢ, ἵνα ἀνάσχῃ τὸν ἀγρογεῖτονα³⁾ τὴν τοῦ ἴτερ δουλείαν ἢ τοῦ⁴⁾ actus 10 ἔχειν κατὰ τοῦ σοῦ ἀγροῦ ἢ ὕδωρ ἔλκειν ἐξ αὐτοῦ ἐπὶ τὸν ἴδιον ἀγρόν. ὥστε οὖν συνίσταται ἡ δουλεῖα πράκτοιο καὶ ἐπερωτήσεαι ἢ⁵⁾ ἐν διαθήκῃ.</p>	<p>4. uel fundum habeat. 4. Qui uicino uelit ius aliquod con- stituere pactionibus et stipulationibus id facere potest. pacto enim facto de seruitute constituenda, is cui ea ce- denda est ita stipulatur: spondesne cessam seruitu- 25 tem seruare? sin autem minus, spondesne dare mihi poenae nomine aureos centum? potest et in testa- mento suum heredem quis ita damnare: damno te, heres, aedes altius non tollere ne aedium uicinarum lu- minibus officias. uel damno te, heres, ut uicino 5 permittas tignum in parietem tuum, si uelit, im- mittere uel stillicidium in aedes tuas conuertere uel ut sinas uicinum iter uel actum in tuo agro ha- bere uel aquam ex tuo in suum agrum ducere: ita- que constituitur seruitus pactis et stipulationibus uel testa- mento. 10</p>
---	--

Aunque únicamente dispongamos de dos textos, que datan de épocas tan distantes, nos parece posible considerar que ésta sería la estructura que usualmente habría presentado la *stipulatio poenae* en el caso de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*. En el Digesto es posible observar una multitud de textos que se ocupan del estudio del incumplimiento de las *stipulationes* de ejercicio, especialmente en el caso de

pluralidad de sujetos en la parte acreedora o deudora, como veremos a continuación en el epígrafe 4.2, y cómo dicha pluralidad de sujetos afecta al pago o reclamación de la *poena*. También nos permite pensar que esta estructura estipulatoria doble sería la utilizada en este caso, el hecho que Gai. 2, 31 hable en plural de *stipulationes*.

Ante esta estructura estipulatoria doble, cabe preguntarse, en primer lugar, qué tipo de relación existiría entre las *pactiones* y la *stipulatio* de ejercicio, en el sentido de determinar si la *stipulatio* de ejercicio absorbe o no en ella las *pactiones* relativas a la servidumbre o al usufructo que las partes pretenden constituir, o bien, si las *pactiones* mantienen su autonomía y son capaces, por tanto, de producir sus efectos típicos, en este caso, desde el punto de vista del derecho del pretor³¹.

En segundo lugar, cabe preguntarse qué tipo de influencia ejercerían las *pactiones* sobre la *stipulatio poenae*, especialmente cuando se trata de la *commissio poenae*, cuestión de la que nos ocuparemos en el epígrafe 4.1.

Finalmente debemos preguntarnos acerca de la posibilidad de exigir, en el caso de incumplimiento, además de la *poena*, la obligación principal de no hacer.

En lo que se refiere a la relación existente entre las *pactiones* o acuerdos relativos a la servidumbre o al usufructo y la *stipulatio* de ejercicio, no nos parece que aquellos queden incorporados directamente en la *stipulatio*, precisamente debido a la propia estructura que ésta presenta, que, como hemos podido observar, hace referencia a que no se impedirá el ejercicio de las facultades inherentes a la servidumbre o al usufructo, y tan sólo en algunas

³¹ Sobre esta cuestión, en relación con el *compromissum* y su estructura estipulatoria, *vid.* TALAMANCA, M. *Ricerche... cit.*, p. 40 y ss. También *Conventio e stipulatio... cit.*, p. 195 y ss. LINARES PINEDA, J.L. «Reflexión sobre la estructura del *compromissum*», en *Liber amicorum Juan Miquel*, Barcelona, 2006, p. 565 y ss.

ocasiones nos permite ver la inclusión de *dies* o *condiciones* —como parece ser el caso de D. 45, 1, 56, 4 Iul. 52 *dig.*³²—, o referencias a las modalidades de ejercicio de la servidumbre (*locus, intervalla dierum et horarum, etc.*)

En este sentido, creemos que los acuerdos constitutivos darían lugar a la *exceptio pacti*, especialmente en el caso que se ejerciera la *actio negatoria* por parte del titular del fundo sirviente y que, a su vez, sería posible exigir, en este caso, el pago de la *poena*, de haberse estipulado, como consecuencia de haberse producido el incumplimiento de la *stipulatio* de ejercicio³³.

Una vez tiene lugar el incumplimiento por parte del promitente de la obligación de no impedir u obstaculizar el ejercicio de una servidumbre o del usufructo, surge la cuestión de determinar, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a dos *stipulationes* que dan lugar a dos obligaciones diferentes —por mucho que la segunda se encuentre condicionada al incumplimiento de la primera— si sería posible exigir, además de la *poena*, el interés por el incumplimiento de la obligación principal.

Esta cuestión ha sido ampliamente debatida por la doctrina romanista³⁴, que ha venido ofreciendo diferentes soluciones, a tenor de la diversidad de respuestas que pueden encontrarse en las fuentes jurisprudenciales.

³² D. 45, 1, 56, 4 (Iul. 52 *dig.*) *Qui ita stipulatur: "decem, quoad vivam, dari spondes?", confestim decem recte dari petit: sed heres eius exceptione pacti conventi summovendus est: nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est, quemadmodum is, qui usque in kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur. Nam et heres eius, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur.*
Vid. Capítulo V, epígrafe 3.2.2.

³³ *Vid. infra* epígrafe 5.3.1.

³⁴ Knütel recoge esta discusión en *Stipulatio poenae... cit.*, p. 65 y ss y 262 y ss. Asimismo, FREZZA, P. *Le garanzie delle obbligazioni... cit.*, I, p. 330 y ss. TALAMANCA, M. «Pena privata (dir. rom.)», en *ED*, XXXII, Milán, 1982, § 3, p. 714 y ss.

Centrándonos en el caso de las servidumbres y del usufructo constituidos *pactionibus et stipulationibus*, pese a la inexistencia de textos que se refieran a esta cuestión en concreto, creemos que para determinar si el estipulante tendría o no la posibilidad de exigir el pago de la *poena*, además del interés por el incumplimiento de la obligación principal, es necesario tener en cuenta la función que cumple la *stipulatio poenae* en este caso en concreto.

La *stipulatio poenae* actuaría, en el caso de las servidumbres o del usufructo constituidos *pactionibus et stipulationibus*, no sólo como un mecanismo coercitivo o disuasorio para impedir conductas obstaculizadoras del ejercicio de la servidumbre y, de esta manera, asegurar la denominada "Störungsfreiheit" —es decir, garantizar al titular del fundo sirviente un determinado estado de cosas en el que le sea posible el ejercicio pacífico de la servidumbre y que dicho estado de cosas no será alterado—; sino que, además, anticiparía la cuantificación del daño como consecuencia del incumplimiento ("Schadenspauschalierung"), sin necesidad de demostrar que su interés ha sido lesionado, especialmente tratándose de obligaciones de no hacer, para las que la prueba y cuantificación del daño puede entrañar mayor dificultad que en otros supuestos.

Teniendo en cuenta la función que cumpliría en este caso la *stipulatio poenae*, que permitiría al estipulante eludir la obligación de tener que demostrar en un proceso judicial el interés lesionado, así como evitaría una difícil cuantificación del daño, en un caso de obligación *in non faciendo*, creemos muy probable que únicamente fuera posible exigir el pago de la *poena*³⁵.

³⁵ Posiblemente, en el caso de las *stipulationes* de ejercicio garantizadas con la promesa del pago de una pena, nos encontraríamos ante una situación similar a la que describe Paulo en D. 44, 7, 44, 6 (74 *ad ed.*), quien entiende que la segunda *stipulatio* recoge en sí la primera, como si tuviera lugar una novación: *Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.* Cfr. TALAMANCA, M. *Ricerche... cit.*, p. 45 y ss., nt. 25. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 265 y ss.

3. Estudio de la transmisibilidad de las *stipulationes* de ejercicio a los herederos de las partes y a terceros adquirentes

Las *stipulationes* hasta ahora estudiadas se caracterizan por ser *stipulationes* que incluyen una prestación consistente en un “*non facere*” y, a su vez, otra prestación que comprende un “*dare*”, al incorporar una pena para el supuesto en que no se respete la prestación de no hacer prometida³⁶.

Curiosamente, como ya hemos advertido, las referencias que hallamos sobre estas *stipulationes*, en las fuentes jurisprudenciales romanas, aparecen con frecuencia a partir del estudio, en el caso concreto, de la transmisibilidad de las *stipulationes in dando* e *in faciendo*. Así pues, el estudio de la transmisibilidad activa y pasiva de las *stipulationes in faciendo* —o quizás sería más oportuno hablar, en este caso, de *stipulationes in non faciendo*— puede establecerse a partir del estudio de las *stipulationes* en las que se promete que no se hará nada para impedir el ejercicio de una servidumbre concreta o del usufructo.

3.1. Transmisibilidad de las *stipulationes* de ejercicio a los herederos de las partes

En lo que atañe a la transmisibilidad de las *stipulationes* a los herederos del promitente y del estipulante, tradicionalmente, la doctrina romanista más

³⁶ Cabe diferenciar, por lo tanto, estas *stipulationes* de ejercicio de las *stipulationes* en las que se promete la constitución futura de una servidumbre (*supra*), que serían *stipulationes in dando*. En este sentido, para apreciar tal diferencia es esencial el caso de D. 45, 1, 2 (Paul. 12 Sab.), donde Paulo diferencia claramente entre las *stipulationes ire agere licere* y *viam dari*.

antigua³⁷ parte de la idea de que, en época clásica, la transmisibilidad de las *stipulationes* dependería de la naturaleza de la prestación prometida: de este modo, cuando la prestación consistiera en un *dare*, la *stipulatio* sería plenamente transmisible, mientras que en el caso de las prestaciones de *facere*, para asegurar la transmisibilidad de la *stipulatio* a los herederos de las partes, hubiera sido necesario su mención de forma expresa (*mentio heredis*).

La plena transmisibilidad de las *stipulationes*, con independencia de la naturaleza de la prestación prometida, únicamente se habría logrado en la época del emperador Justiniano. La equiparación entre los dos tipos de *stipulationes* —así como la transmisibilidad de la mezcla de ambos tipos de *stipulationes*, es decir, las *stipulationes mixtae ex dando et faciendo*— tendría lugar a través de una constitución de Justiniano del año 530, recogida en C. 8, 37 (38), 13:

(Imp. Justinianus A. Iuliano P. P.) Veteris iuris altercationes decidentis generaliter sancimus omnem stipulationem, sive in dando sive in faciendo sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio sive non: cur enim, quod in principalibus personis iustum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur?

³⁷ Resulta fundamental el artículo de SCHERILLO, G. «La trasmissibilità della *stipulatio in faciendo*», en *BIDR*, 36 (1928), p. 29 y ss., en el que el autor dedica un epígrafe al estudio de la transmisibilidad de las *stipulationes in faciendo* a través del estudio de *stipulationes ire agere licere*, p. 34. Respecto de la tesis defendida por Scherillo, *vid.* KASER, M. *RPR*, II, p. 382, nt. 70. Muy recientemente ha salido a la luz la monografía de FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, donde el autor destaca cómo, en época clásica, las *stipulationes in faciendo* (o *in non faciendo*) serían transmisibles sin necesidad de incorporar la mención a los herederos o a terceras personas. En este sentido destaca la existencia de *stipulationes in personam* o *in rem conceptae*, en este último caso, las *stipulationes* serían transmisibles activa y pasivamente sin necesidad de incluir la mención a los sucesores, *vid.* p. 34 y ss.

Acerca de la transmisibilidad de *pactiones et stipulationes* como *stipulationes in non faciendo*, *vid.* también PROVERA, G. *Servitù prediali ed obbligazioni propter rem... cit.*, p. 12 y 13. Se ocupa de esta cuestión, pero en relación con las *stipulationes compromissi*, que también serían *stipulationes in non faciendo*, TALAMANCA, M. *Ricerche in tema di compromissum... cit.*, p. 85 y ss.

1. *Et sic existimentur huiusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dandum fuerant conceptae, cum nihilo minus et heredes factum possint adimplere: illa subtili et supervacua scrupulositate explosa, per quam putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est.*

2. *Et quare, cum paene similis omnium natura est, non et facta omnes vel plus vel paulo minus adimplere possint, ne ex huiusmodi subtilitate cadant hominum voluntates? <a 530 D. K. Aug. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. Conss.>*

A través de esta constitución, Justiniano intenta poner orden a la disparidad de soluciones presentes en los textos jurisprudenciales clásicos (“*veteris iuris altercationes*”), que tratan de la transmisibilidad de las *stipulationes* y establece, definitivamente, la plena transmisibilidad de cualquier *stipulatio*, ya sea desde el punto de vista de la parte acreedora (“*ad heredes*”), como de la parte deudora (“*contra heredes*”). Resulta destacable, además, que el emperador se ocupe expresamente del caso de las denominadas *stipulationes mixtae ex dando et faciendo*, en las que quedarían claramente incluidos aquellos supuestos de *stipulationes* que tienen por objeto una prestación de *facere* (o *non facere*), cuya realización está garantizada a través de la promesa del pago de una *poena* (*stipulatio in dando*)³⁸.

En consonancia con esta constitución de Justiniano, podemos apreciar cómo en el ejemplo de *stipulatio* de ejercicio presente en *Theoph. ad I. 2, 3, 4* no existe mención alguna a los herederos de las partes: “*spondesne cessam servitutum servare? Sin autem minus, spondesne dare mihi poenae nomine aureos centum?*”³⁹.

³⁸ SCHERILLO, G. *La trasmissibilità... cit.*, p. 40 y ss.

³⁹ Recogemos aquí la traducción al latín de FERRINI, C. *Institutionum Graeca Paraphrasis...*, I, 1967, p. 123.

Como decíamos, con anterioridad a esta constitución —y más concretamente en el derecho clásico—, las *stipulationes in dando* habrían gozado de plena transmisibilidad, mientras que, en el caso de las *stipulationes in faciendo*, para asegurar su transmisibilidad, habría sido necesaria la mención, junto al estipulante y al promitente, de sus respectivos herederos —como nos indican los casos que veremos a continuación—, de ahí que el emperador recuerde, en esta constitución, que las *stipulationes* son transmisibles con independencia de que se mencione o no a los herederos de las partes ("*sive specialis heredum fiat mentio sive non*").

La no transmisibilidad de las *stipulationes in faciendo* derivaría del carácter personal que, generalmente, se suele atribuir a las obligaciones de hacer⁴⁰. A raíz de esta constitución, por tanto, se parte de que cualquier *stipulatio* es, en principio, transmisible a los herederos de las partes, sin embargo, ello no impide que, en el caso concreto, las partes puedan establecer, como objeto de una *stipulatio*, una obligación de carácter personalísimo que se extinga con la muerte de los sujetos que realizaron dicha *stipulatio*.

Así pues, la conclusión tradicionalmente defendida por la doctrina sería que, en el derecho clásico, para que una *stipulatio in faciendo* resultara transmisible a los herederos, era imprescindible que estos fueran mencionados —esta opinión se mantiene, aunque el propio emperador Justiniano subraya que, sobre esta cuestión, existían "iuris veteris altercationes", con lo que cabría

⁴⁰ TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 517, aunque dicho fundamento no parezca del todo claro, pues, como afirma con toda lógica el profesor italiano: "Giustiniano accenna al carattere personale del *facere*, ma solo eccezionalmente ciò può riguardare il creditore e non tutte le prestazioni di *facere* sono infungibili. Ma, in questo caso, non v'era bisogno di sancire l'intransmissibilità dell'obbligazione, ché la morte del debitore ne avrebbe provocato l'estinzione per impossibilità sopravvenuta". Formula la misma crítica MANNINO, V. «*Sulla transmissibilità dell'exceptio pacti*», en *Labeo*, 40.2 (1994), nt. 13, p. 173 y 174.

Para Scherillo, la *mentio heredis* implicaría, desde el punto de vista de la jurisprudencia clásica, que las partes han querido expresamente eliminar el carácter personalísimo a un pacto o a una *stipulatio*, de lo que se derivaría, por tanto, que la intransmisibilidad de las *stipulationes in faciendo* vendría motivada por el hecho de que se suele considerar que las obligaciones de hacer tienen un carácter personal. SCHERILLO, G. *La trasmissibilità... cit.*, p. 92 y ss.

pensar en la posibilidad de que nos encontremos ante un caso de *ius controversum*. De ahí que se afirme que, a diferencia de las *stipulationes in dando*, en las *stipulationes in faciendo* la mención a los herederos no resulta, en ningún caso, superflua, como puede observarse en los siguientes textos pertenecientes a juristas contemporáneos como son Venuleyo y Juliano:

45, 1, 137, 8 (Ven. 1 *stip.*): *Praeterea sciendum est, quod dari stipulemur, non posse nos uni ex heredibus adquiri, sed necesse esse omnibus adquiri: at cum quid fieri stipulemur, etiam unius personam recte comprehendi.*

D. 45, 1, 56, 1 (Iul. 52 *dig.*): *"Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes?" Titii persona supervacua comprehensa est: sive enim solus heres exstiterit, in solidum tenebitur, sive pro parte, eodem modo, quo ceteri coheredes eius, obligabitur. Et quamvis convenisse videatur, ne ab alio herede quam a Titio peteretur, tamen inutile pactum conventum coheredibus eius erit.*

Según Venuleyo, cuando estipulamos que se nos dé algo, no es posible que la adquisición tenga lugar para uno solo de nuestros herederos, sino que es necesario que todos adquieran; mientras que cuando estipulamos que se haga algo, el hacer comprende únicamente a un sujeto (y no a los herederos).

En un sentido similar, Juliano expresa que en la *stipulatio* "¿Prometes que tú y tu heredero Ticio daréis diez?", la mención a Ticio es superflua, de modo que, si él fuera el único heredero del promitente, respondería por la totalidad de la deuda o, si concurriera con otros herederos, respondería por la parte correspondiente a su cuota hereditaria. Además, Juliano considera nulo el pacto por el que se acordara, entre promitente y estipulante, que sólo pudiera exigirse la totalidad de la deuda a Ticio. Se entiende que, en este supuesto, el jurista se refiere a un caso en el que concurren diversos herederos, uno de los cuales es Ticio, de otro modo no tendría sentido la referencia del jurista a este

pacto. Diferente sería el caso en el que el pacto se refiere a la condonación de la deuda por la parte de la que debe hacerse cargo el heredero Ticio, o bien la condonación de la deuda del resto de herederos, exceptuando a Ticio, que aún debería pagar la parte de la deuda correspondiente a su cuota hereditaria (cfr. *a contrario* D. 2, 14, 17, 4, Paul. 3 *ad ed.*; D. 2, 14, 33, Cels. 1 *dig.*; D. 23, 4, 10, Pomp. 26 *Sab.*). Lo mismo puede decirse si se tratara de un pacto personal de condonación de la deuda a favor del propio deudor (cfr. D. 2, 14, 17, 3, Paul. 3 *ad ed.*).

Por contra, la mención del heredero en ningún caso es tildada como superflua cuando se trata de una *stipulatio in faciendo*, como se desprende de D. 45, 1, 131 pr. (Scaev. 13 *quaest.*), en el que Escévola recoge el pensamiento de Juliano, que puede compararse con el texto anterior, perteneciente a este mismo jurista:

Julianus scripsit, si "neque per te neque per heredem tuum Titium fieri, quo minus mihi ire liceat" stipuler, non solum Titium teneri, si prohibeat, sed etiam coheredes eius

Juliano escribe que si se estipulara que "ni tú ni tu heredero Ticio haréis nada para impedir que yo pueda pasar", no sólo queda obligado Ticio, si me prohibiera el paso, sino también sus coherederos.

En este caso, la presencia en la fórmula estipulatoria del nombre de uno de los herederos del promitente, Ticio, no resulta innecesaria, como en el caso de D. 45, 1, 56, 1 (Iul. 52 *dig.*), en el que Juliano expresamente dice "*Titii persona supervacua comprehensa est*". Sin embargo, por mucho que el estipulante únicamente haya mencionado a Ticio como heredero del promitente —posiblemente por pensar que éste sería el único heredero, pues podría haber

hecho una referencia genérica al heredero o herederos sin mayor especificación⁴¹—, el acto de Ticio ("*si prohibeat*") obliga a todos los coherederos —en el caso que Ticio concurriera en la herencia con otros herederos— y no solamente a él, por mucho que sea el único expresamente mencionado⁴².

La *stipulatio* recogida en este fragmento es una *stipulatio* de ejercicio relativa a una servidumbre de paso sobre un fundo que pertenece al promitente. En tanto que la sucesión *mortis causa* se produce en bloque, si Ticio concurre con otros herederos en la sucesión del promitente, respecto de ese fundo se producirá una situación de comunidad. Además, cabe tener en cuenta que la prestación prometida no sería divisible, por lo que, como veremos a continuación —y especialmente a partir del epígrafe 4.2 de este capítulo—, la prohibición del paso proveniente de uno de los herederos da lugar a que todos los herederos incurran en la *stipulatio* y no solamente aquél que prohibió.

Las diferencias existentes en cuanto a la transmisibilidad entre ambos tipos de *stipulationes* pueden apreciarse, asimismo, en un texto de Paulo, que resulta de carácter básico en esta materia, D. 45, 1, 2 (Paul. 12 *Sab.*). En este fragmento, la cuestión de la transmisibilidad de la *stipulatio* entronca, como

⁴¹ Aunque en cualquier caso, debe tenerse en cuenta, además, la opinión de Cascelio recordada por Celso en D. 50, 16, 158 (25 *dig.*): *In usu iuris frequenter uti nos Cascellius ait singulari appellatione, cum plura generis eiusdem significare vellemus: nam "multum hominem venisse Romam" et "piscem vilem esse" dicimus. Item in stipulando satis habemus de herede cavere "si ea res secundum me heredemve meum iudicata erit" et rursus "quod ob eam rem te heredemve tuum": nempe aeque si plures heredes sint, continentur stipulatione.*

Aunque en este fragmento de Celso la referencia se haga a los herederos del estipulante (parte acreedora), se entiende que la misma opinión regiría en el caso de tratarse de los herederos del promitente (parte deudora). *Vid.* SCHERILLO, G. *La trasmissibilità... cit.*, nt. 2, p. 33 y 34.

⁴² En contra de esta idea, Beseler defiende que seguramente este texto debió expresar: "*solum Titio teneri, si prohibeat, non etiam coheredes eius*", con lo cual entiende que la mención a uno solo de los herederos implicaría que la *stipulatio únicamente* se transmita a ese heredero y no al resto. BESELER, G. «Romanistische Studien», en *SZ*, 46 (1926), p. 102 y ss.

podremos apreciar, con el tema de la divisibilidad o no de las *stipulationes in dando e in faciendo*:

D. 45, 1, 2 pr. (Paul. 12 Sab.): *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt.*

1. *Et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur: quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam iter actum stipulamur: quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor aut lancem aut quodlibet vas: nam si Stichus pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest aut in pendenti est, donec alius detur. Eiusdem condicionis est haec stipulatio: "Stichum aut Pamphilum dari?"*

2. *Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eandem rem omnes dederint: non enim ex persona heredum condicio obligationis immutatur. Et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur: sed quo casu unus ex heredibus solidum praestiterit, repetitionem habebit a coherede familiae eriscundae iudicio. Ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viae vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem: sed quidam hoc casu extinguere stipulationem putant, quia per singulos adquiri servitus non potest: sed non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis.*

3. *Si tamen hominem stipulatus cum uno ex heredibus promissoris egero, pars dumtaxat ceterorum obligationi supererit, ut et solvi potest. Idemque est, si uni ex heredibus accepto latum sit.*

4. *Idemque est in ipso promissore et fideiussoribus eius, quod diximus in heredibus.*

5. *Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero: "per te non fieri neque per heredem tuum, quo*

minus mihi ire agere liceat?" et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes eius, sed familiae erciscundae iudicio ab eo repetent quod praestiterint. Hoc et Iulianus et Pomponius probant.

6. Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio an pro parte eius, qui prohibitus est. Nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur: si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur stipulatio.

Paulo parte de la distinción fundamental entre las *stipulationes in dando* e *in faciendo*. En primer lugar, se ocupa del régimen jurídico de las *stipulationes in dando*, en los fragmentos 1 a 4, y ofrece una serie de ejemplos de este tipo de *stipulationes*: "*via, iter, actum dari*", "*Stichum aut Pamphilum dari*", "*hominem aut lancem aut quolibet vas dari*" (§ 1). En estos mismos fragmentos, hasta el § 4, se ocupa, además, de estudiar la divisibilidad o no de estas *stipulationes*, según la prestación de dar que tengan por objeto, y cómo la divisibilidad de éstas incide en el caso de que la *stipulatio* se transmita a los herederos, sobre todo en cuanto a la responsabilidad de estos en caso de incumplimiento. Así, por regla general, Paulo expresa que en las *stipulationes in dando*, cuando la prestación de dar prometida resulta divisible, los herederos responden en función de su cuota hereditaria —*nomina hereditaria ipso iure divisa sunt*⁴³. Más problemas plantea la cuestión cuando la obligación de dar no es divisible. Tendremos oportunidad de detenernos a analizar esta cuestión, en

⁴³ *Lex XII Tab.* 5, 9; D. 10, 2, 25, 9 y 13 (Paul. 23 *ad ed.*). RICART MARTÍ, E. *Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt*, (Manuscrito del trabajo de investigación presentado para la provisión de la plaza de Catedrático de derecho romano en la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona), Tarragona, 1996, p. 16 y ss. Asimismo, *vid.* «Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt indivisa pignoris causa», en *RIDA*, 48 (2001), p. 237 y ss, disponible *on line*: <http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/2001/ricart.pdf>

este texto de Paulo, en el siguiente epígrafe, al tratar de la responsabilidad de los herederos cuando se incurre en la *stipulatio*.

Nos resultan de especial interés, sin embargo, los párrafos que siguen a continuación, § 5 y § 6, ya que tratan de *stipulationes in non faciendo* y en ellos, además, Paulo nos ofrece una serie de ejemplos de transmisibilidad a los herederos de este tipo de *stipulationes*, partiendo de las *stipulationes* de ejercicio relativas a una servidumbre.

Cuando se habla de la transmisibilidad de las *stipulationes*, debe diferenciarse entre la transmisibilidad activa y la pasiva: la primera haría referencia a la transmisión de las *stipulationes* a los herederos del estipulante, mientras que la segunda se referiría a los herederos del promitente. Paulo nos ofrece ejemplos de transmisibilidad activa y pasiva en los fragmentos 5 y 6 de este texto, en los que el jurista estudia las consecuencias del incumplimiento de una *stipulatio* de ejercicio desde la perspectiva de la parte deudora (frag. 5) y de la parte acreedora (§ 6).

En este sentido, podemos apreciar un caso de transmisibilidad pasiva en la *stipulatio* “*per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat*” (§ 5), en la que se incluye la *mentio heredis* en la *stipulatio ire agere licere*, en referencia a los herederos del promitente, mientras nada se dice de los herederos del estipulante. Constituiría, en cambio, un ejemplo de transmisibilidad activa la referencia a la *stipulatio* “*sibi heredique suo agere licere*” (§ 6). En este último caso, además, Paulo tiene en cuenta la posibilidad de que la *stipulatio* estuviera garantizada con una *poena*, pues, al fijarse en la transmisibilidad activa de este tipo de *stipulationes*, estudia cómo se produce la reclamación de la pena por parte de los herederos del estipulante. En ambos ejemplos, puede comprobarse cómo en la fórmula estipulatoria la *mentio heredis* se expresa en singular, pero no obstante, Paulo, al desarrollar su

opinión, parte de la existencia de más de un heredero⁴⁴: “*unus ex pluribus heredibus*”, “*coheredes eius*” (§ 5); “*unus ex heredibus eius*”, “*qui non sunt prohibiti*” (§ 6).

En el Digesto podemos encontrar un número bastante amplio de textos que contemplan la transmisibilidad pasiva de *stipulationes* de ejercicio de servidumbres:

a) D. 10, 2, 25, 12 (Paul. 23 ad ed.): *In illa quoque stipulatione prospiciendum est coheredibus, si testator promiserat “ neque per se neque per heredem suum fieri, quo minus ire agere possit”, quoniam non prohibente in solidum committitur stipulatio, en unius factum ceteris damnosum sit.*

b) D. 10, 2, 44, 5 (Paul. 6 Sab.): *Quod ex facto suo unus ex coheredibus ex stipulatione hereditaria praestat, a coherede non repetet: veluti si a se heredeque suo dolum malum afuturum defunctus spondit vel neque per se neque per heredem suum fore, quo minus quis eat agat. Immo et si reliqui propter factum unius teneri coeperint, quasi condicio stipulationis hereditariae exstiterit, habebunt familiae erciscundae iudicium cum eo, propter quem commissa sit stipulatio.*

c) D. 45, 1, 2, 5 (Paul. 12 Sab.): *Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero: “per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat?” et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes eius, sed familiae erciscundae iudicio ab eo repetent quod praestiterint. Hoc et Iulianus et Pomponius probant.*

d) D. 45, 1, 83 pr. (Paul. 72 ad ed.): *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. Et qui spondet “ dolum malum abesse afuturumque esse”, non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, tu dolum malus absit: idemque in illis stipulationibus “ habere licere” item “neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat”.*

e) D. 45, 1, 85, 3 (Paul 75 ad ed.): *Quod si stipulatus fuero: “per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum*

⁴⁴ Cfr. D. 50, 16, 158 (Cel. 25 dig.), *supra*.

sit, tantum dari?" et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae erciscundae iudicio sarcient damnum.

f) D. 45, 1, 131 pr. (Scaev. 13 quaest.): *Iulianus scripsit, si "neque per te neque per heredem tuum Titium fieri, quo minus mihi ire liceat" stipuler, non solum Titium teneri, si prohibeat, sed etiam coheredes eius.*

g) D. 45, 1, 133 (Scaev. 13 quaest.): *Si sic stipulatus sim: " neque per te neque per heredem tuum vim fieri spondes?" et egi, quod mihi vim feceris, recte remanere factum heredis in stipulatione. Nam et ex ipsius posteriore vi potest committi stipulatio: non enim ad unam vim pertinet. Nam sicut et ipsius et heredis caput, ita ipsius vis vel saepius facta complectitur, tu condemnetur quanti interest. Aut si sic volumus factam esse stipulationem: " neque per te neque per heredem tuum fieri?", tu ad unam vim primam teneat: si vim fecerit, amplius ex heredis committi non poterit: ergo si actum sit quasi ex ipsius vi, tota consumpta sit: quod non est verum.*

La transmisibilidad activa de este tipo de *stipulationes* puede apreciarse en los siguientes casos, menos numerosos:

a) D. 45, 1, 2, 6 (Paul. 12 Sab.): *Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio an pro parte eius, qui prohibitus est. Nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur: si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur stipulatio.*

b) D. 45, 1, 92 (Paul. 18 Plaut.): *Si ita stipuler: "per te non fieri, quo minus mihi heredique meo vindemiam tollere liceat?", etiam heredi datur actio.*

Pese a la necesaria mención de los herederos para asegurar la transmisibilidad de la *stipulatio*, en el Digesto podemos encontrar un considerable número de textos en los que la *stipulatio* de ejercicio de una servidumbre no recoge la mención a los herederos de las partes, a modo de ejemplo, pueden tenerse en cuenta: D. 8, 1, 20 (Iav. 5 ex post Lab.), D. 19, 1, 3, 2 (Pomp. 9 Sab.), D. 45, 1, 49, 1 (Paul. 37 ad ed.), D. 45, 1, 75, 7 (Ulp. 22 ad ed.); D. 45, 1, 111 (Pomp. 5 ad Quint. Muc.); D. 46, 3, 31 (Ulp. 7 disp.).

Tampoco, en D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 Sab.), son mencionados los herederos, pero se sobreentiende que la *stipulatio* de ejercicio de la servidumbre se transmite a estos, por mucho que Paulo sí los menciona en el ejemplo final de *stipulatio* relativa a la *cautio ratam rem dominum habiturum*:

Cato libro quinto decimo scribit poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria aut ab uno pro portione sua: ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti "iter fieri", quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur: at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti "amplius non agi", tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem "per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?" sed videamus, en non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione " Titium heredemque eius ratum habiturum": nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum: idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

Según Scherillo⁴⁵, es posible que la *mentio heredis*, en algunos de estos textos, hubiera sido eliminada por los compiladores, teniendo en cuenta que, en época justiniana, cualquier tipo de *stipulatio* resulta transmisible. Creemos que resulta más creíble que, como advertía la constitución de Justiniano, C. 8, 37 (38), 13 (a. 530), en época clásica, la jurisprudencia considerara la posibilidad de que las *stipulationes in faciendo* —sobre todo en algunos supuestos, como sería el caso de las *stipulationes* de ejercicio relativas a servidumbres prediales— se pudieran transmitir, especialmente a los herederos, incluso

⁴⁵ Vid. SCHERILLO, G. *La trasmissibilità... cit.*, p. 54 y ss.

cuando estos no hubieran sido mencionados —de ahí que Justiniano hable de “*veteris iuris altercationes*” en su constitución. Dicha transmisibilidad se habría apoyado en una interpretación de la *stipulatio*, no tanto de conformidad con los *verba* estipulatorios y, por tanto, en si estos contenían o no la *mentio heredis* o cláusulas similares, como la cláusula “*is ad quem ea res pertinet*”, sino en función de los acuerdos subyacentes a la *stipulatio*, a cuál habría sido la voluntad de las partes (*id quod actum*)⁴⁶, y a la finalidad que la *stipulatio* perseguiría⁴⁷, como podemos observar en los textos a los que nos referimos a continuación.

Así pues y contrariamente a la opinión tradicional, nos parece del todo plausible que, ya desde mediados de época clásica, determinado tipo de *stipulationes*, como sería el caso de las *stipulationes* de ejercicio de las servidumbres, por su finalidad y las circunstancias en que se concluían, se consideraran, por regla general, transmisibles a los sucesores de las partes, exceptuando el caso en que éstas hubieran excluido su transmisibilidad, por ejemplo, al constituir una *servitus ad tempus*⁴⁸.

⁴⁶ CORBINO, A. *Il formalismo... cit.*, p. 92. DOBBERTIN, M. *Zur Auslegung der Stipulation... cit.*, p. 41 y ss.

⁴⁷ Ejemplo de esto sería el texto relativo a la *stipulatio habere licere in fine* de D. 45, 1, 38 pr. (Ulp. 49 Sab.): *Stipulatio ista: "habere licere spondes?" hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat. quae res facit, ut videatur reus promississe per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promississe, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat.*

Vid. ARANGIO RUIZ, V. *La compravendita... cit.*, II, p. 336 y ss. TALAMANCA, M. voz «Obbligazioni (Dir. Rom.)», en *ED*, XXIX, Milán, 1979, p. 31 nt. 208. MANNINO, V. *Sulla trasmissibilità dell'exceptio pacti... cit.*, p. 173 nt. 13.

⁴⁸ Cfr. D. 22, 3, 9 (Cels. 1 dig.): *Si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat, quaeritur, an id actum sit, ut ipsius dumtaxat persona eo statueretur. Sed quamvis verum est, quod qui excipit probare debeat quod excipitur, attamen de ipso dumtaxat ac non de herede eius quoque convenisse petitor, non qui excipit probare debet, quia plerumque tam heredibus nostris quam nobismet ipsis cavemus.*

Vid. Capítulo II Sección I, epígrafe 6.

Paulo en, D. 8, 3, 36 (Paul. 2 resp.)⁴⁹, contempla el supuesto en el que un particular, propietario de dos fundos, vende uno de ellos y constituye sobre el fundo que retiene (predio sirviente) una servidumbre de acueducto a favor del predio vendido (predio dominante). Si el predio dominante es posteriormente vendido, el nuevo adquirente de ese predio adquiere también la servidumbre, todo ello con independencia de que la *stipulatio poenae*, que se concluyó entre el vendedor y el comprador, en la primera compraventa —en la que se constituyó la servidumbre—, hubiera recogido únicamente el nombre del primer comprador en la *conceptio verborum*:

D. 8, 3, 36 (Paul. 2 resp.): *Cum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, empto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur: nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emptoris, si ei forte frui non licuisset, relata est.*

La respuesta de Paulo debió surgir, con toda seguridad, ya que, tras la segunda compraventa, el titular del predio sirviente habría prohibido el ejercicio de la servidumbre al nuevo adquirente del predio dominante y, en consecuencia, se plantearía la cuestión del pago de la pena estipulada por incumplimiento de la prestación de no hacer contenida en la *stipulatio*. En este supuesto, la transmisibilidad activa de la *stipulatio* de ejercicio no se estaría refiriendo a los herederos del estipulante, sino a sus sucesores a título particular por un acto *inter vivos*, como es la compraventa. El titular del fundo sirviente estaría obligado al pago de la pena, en tanto que el nuevo titular del predio dominante se ve impedido en el ejercicio de la servidumbre que existe a favor de su fundo y, obviamente, tiene interés en que el ejercicio de dicha servidumbre no se vea obstaculizado.

⁴⁹ A este texto nos hemos referido anteriormente en el capítulo V, epígrafe 3.2.4 de este trabajo.

Ulpiano, jurista ligeramente posterior en el tiempo a Paulo, en un texto relativo a la *stipulatio* de ejercicio del usufructo, considera que, a pesar de la presencia de la *mentio heredis*, dicha *stipulatio* no se transmitiría a los herederos del usufructuario:

D. 45, 1, 38, 10 a 12 (Ulp. 49 Sab.): *Si quis ita stipulatus fuerit "uti frui sibi licere", ad heredem ista stipulatio non pertinet. 11. Sed et si non addiderit "sibi", non puto stipulationem de usu fructu ad heredem transire, eoque iure utimur. 12. Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit. Et putem posse, licet diversi sint fructus: nam et si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaverimus.*

Siguiendo la opinión de Ulpiano, la *stipulatio uti frui licere* no se transmitiría a los herederos, incluso a pesar de que estos fueran mencionados expresamente. La *mentio heredis*, por tanto, no supondría asegurar la transmisibilidad activa de la *stipulatio*, sino que más bien parece que, para interpretar la *stipulatio* y determinar si cabe hablar de transmisibilidad activa o no, el jurista toma como base la naturaleza de la relación subyacente a la que se refiere la *stipulatio*, es decir, el usufructo: teniendo en cuenta que se trata de un derecho que se constituye a favor de una persona en concreto (derecho personalísimo), y no sobre un predio, como en el caso de las servidumbres prediales, y que, por tanto, se extingue, entre otras circunstancias, con la muerte de dicha persona. Partiendo de esta idea, considera Ulpiano que, por mucho que se mencione al heredero del estipulante (usufructuario), la *stipulatio*, en este caso, no puede transmitirse a los herederos de éste. Es más, en la parte final del texto, el jurista compara esta *stipulatio* con la *stipulatio ire agere licere*, para llegar a la conclusión de que, en el caso que la *stipulatio uti frui licere* incluyera la *mentio heredis*, debería entenderse que se refiere a dos usufructos diferentes y sucesivos ("*Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo*

stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit. et putem posse, licet diversi sint fructus”).

Con anterioridad a Paulo y a Ulpiano, juristas a los que mayoritariamente pertenecen los textos relativos a *stipulationes* de ejercicio que se conservan en el Digesto, ya Juliano no parece recurrir a la falta de la *mentio heredis*, en D. 45, 1, 56, 4 (52 *dig.*)⁵⁰, para determinar que la *stipulatio* de ejercicio de una servidumbre, que puede apreciarse en la parte final de este texto, no se transmite a los herederos del estipulante:

D. 45, 1, 56, 4 (Iul. 52 *dig.*): *Qui ita stipulatur: "decem, quoad vivam, dari spondes?", confestim decem recte dari petit: sed heres eius exceptione pacti conventi summovendus est: nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est, quemadmodum is, qui usque in kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur. Nam et heres eius, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur.*

Cuando en la *stipulatio* de ejercicio de una servidumbre se hubiera hecho constar que la servidumbre se concedía por la vida de la persona que fuera titular del predio dominante, el promitente (titular del fundo sirviente) dispone de la *exceptio pacti* contra los herederos del estipulante. En este caso, el elemento que determina que la *stipulatio* no se transmita a los herederos no es la falta de la *mentio heredis*, sino el hecho de que, al establecerse la servidumbre, las partes acordaron que ésta se constituía por la vida del estipulante (*servitus ad tempus*). El jurista recurre, en este caso, al acuerdo subyacente conforme al cual la servidumbre se constituye por la vida de una persona. Este acuerdo, además, genera a favor del promitente la *exceptio pacti*

⁵⁰ Nos hemos referido anteriormente a este texto en el capítulo V, epígrafe 3.2.2 de este trabajo.

conventi —y con toda seguridad, también la *exceptio doli*⁵¹. Que el jurista se plantee la posibilidad de que los herederos del estipulante puedan reclamar, ante el impedimento del ejercicio de la servidumbre, y que, frente a esta reclamación, el promitente pueda oponer la *exceptio pacti conventi*, denota que presumiblemente este tipo de *stipulationes* se consideraban, en la mayoría de las ocasiones, transmisibles a los herederos de ambas partes, sin necesidad de su expresa mención⁵².

En definitiva, nos parece que sería muy probable que la transmisibilidad de estas *stipulationes* no dependiera tanto de la mención expresa a los herederos, sino más bien de la interpretación de la *stipulatio* conforme a la voluntad de las partes que la realizaron y a la finalidad perseguida por dicha *stipulatio*. Téngase en cuenta, además, que, al fin y al cabo, la *mentio heredis* o el uso de cláusulas similares en la *stipulatio* no sería más que la exteriorización de la voluntad de las partes de transmitir la *stipulatio* a sus sucesores⁵³. Que las partes incluyeran la mención a los herederos y a terceros adquirentes en los *verba* estipulatorios sería una manera de exteriorizar claramente su voluntad de que dichas *stipulationes* fueran transmisibles —cuando esto fuera posible— teniendo en cuenta la relación jurídica subyacente a la *stipulatio*.

⁵¹ Sobre la concesión de la *exceptio pacti conventi* y/o de la *exceptio doli*, *vid.* la discusión que recogemos en el capítulo V, epígrafe 3.2.2 de este estudio.

⁵² Cfr. D. 46, 8, 22, 7 (Iul. 56 *dig.*): *Si in stipulationem ratam rem haberi hactenus comprehensum fuerit "Lucium Titium ratum habiturum?", cum id aperte ageretur, ut heredis ceterorumque personae, ad quos ea res pertinet, omitterentur, difficile est existimari doli clausulam committi. sane cum per imprudentiam hae personae omittantur, actio ex doli clausula competit.*

En este fragmento, la falta de mención a los herederos y a terceros es interpretada por el jurista en el sentido que el estipulante no quiso que la *stipulatio* fuera transmisible a sus herederos o a terceros, es decir, la transmisibilidad o no de la *stipulatio* no depende tanto de la inexistencia de la *mentio heredis*, sino más bien de la interpretación de la voluntad del estipulante, de ahí que las consecuencias sean bien distintas cuando la omisión se hubiera debido a un simple descuido.

⁵³ TALAMANCA, M. voz «Obbligazioni (Dir. Rom.)», en *ED*, XXIX, Milán, 1979, p. 31 nt. 208. MANNINO, V. *Sulla trasmissibilità dell'exceptio pacti... cit.*, p. 173 nt. 13.

La presencia de una pena en las *stipulationes* que nos ocupan nos conduce a referirnos al régimen de transmisibilidad de las *stipulationes mixtae ex dando et faciendo*, que serían un híbrido de las *stipulationes in dando* y de las *stipulationes in faciendo*, y que aparecen expresamente mencionadas en la constitución de Justiniano, C. 8, 37 (38), 13 (a. 530).

Teniendo en cuenta lo que decíamos anteriormente, al referirnos a las *stipulationes* de ejercicio relativas a una concreta servidumbre, podemos observar cómo, en el caso de estas *stipulationes* mixtas y con carácter general, cuando el *facere* —o *non facere*, más concretamente— se refiere a los herederos de una sola de las partes, los herederos de la otra parte están legitimados, aunque no se les haya mencionado en la *stipulatio*.

Si observamos las fuentes jurisprudenciales romanas, podemos inferir que la práctica de añadir *stipulationes poenae* junto a *stipulationes in faciendo* o *in non faciendo* debió ser de lo más usual. Pero para hablar de este tipo de *stipulationes*, debemos traer a colación, primeramente, un texto de las *quaestiones* de Papiniano, que se ha conservado a través de D. 45, 1, 115, 2 (Pap. 2 *quaest.*)⁵⁴ y al que ya tuvimos oportunidad de referirnos en la sección II del capítulo II, al hablar de la estructura de la *stipulatio poenae*.

En este texto de las *quaestiones* de Papiniano, el jurista nos diferencia dos tipos de *stipulationes poenae*, según si se encuentran encabezadas o no por

⁵⁴ D. 45, 1, 115, 2 (Pap. 2 *quaest.*): *Item si quis ita stipuletur: "si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?" Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. Itaque potest sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti "si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?", sed ita concepta sit stipulatio: "Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?" quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. Sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.*

una condición, y además incluye una serie de ejemplos para cada una de las categorías: empieza con una condición la *stipulatio* "si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?", en cambio no empieza con una condición "Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?".

En el caso de las *stipulationes* de ejercicio relativas a servidumbres prediales en las que se incluye la promesa del pago de una pena, cabe preguntarse cuál de estas dos estructuras, que vemos en D. 45, 1, 115, 2 (Pap. 2 *quaest.*), es la que suele aparecer en las fuentes que se nos han conservado.

La fórmula estipulatoria de estas *stipulationes mixtae* que se aplican al caso de las servidumbres pueden verse en dos textos pertenecientes a épocas diferentes, en los que, de acuerdo con el anterior texto de las *Quaestiones* de Papiniano, la estructura de la *stipulatio poenae* respondería al caso en el que ésta no empieza con una condición:

D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 *ad ed.*): *Quod si stipulatus fuero: "per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari?" et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae erciscundae iudicio sarcient damnum.*

Theoph. ad I. 2, 3, 4:

<p>25 έχει οικίαν ἢ ἀγρόν. [4. Ὁ δὲ βουλόμενος τῷ γείτονι παρα- 26 χωρήσαι δουλείαν διὰ συμφώνων καὶ¹⁾ ἐπερωτήσεων τοῦτο²⁾ δύναται ποιῆν. συμφώνων γὰρ γενομένου περὶ τοῦ παραχωρη- θῆναι τὴν δουλείαν, ἐπερωτᾷ ὁ μέλλον λαμβάνειν κατὰ παρα- 30 χώρησιν· ὁμοιογεῖς ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ δουλείᾳ; εἰ δὲ μὴ ἐμμένῃς ὁμοιογεῖς διδοῦναι μοι³⁾</p> <p>λόγῳ προστίμου νομίματα ἕκατον; δύναται δὲ καὶ ἐν διαθήκῃ τὸν ἴδιον τις⁴⁾ κληρονόμον καταδικάζειν λέγων· κατα- δικάζω σε, ὡ κληρονόμῃ, μὴ ἀνοψῶν σε τὰ οὐκ ἔχοντα, ἵνα μὴ καταβλάψῃς τῆς γειννιαζούσης οὐκίας τὸ φῶς. 5 ἢ καταδικάζω σε, ὡ κληρονόμῃ. ὥστε σε ἀνέχεσθαι τοῦ γείτονος βουλομένου ξύλον ἐπιτιθέσθαι κατὰ τοῦ σοῦ τοίχου⁵⁾, ἢ τοὺς σταλαγμοὺς ἐκπέμπειν τὸν γεί- τωνα κατὰ τῶν σῶν θυμάτων ἢ, ἵνα ἀνάσῃ τὸν ἀγρογεῖτονα⁶⁾ τὴν τοῦ ἴτερ δουλείαν ἢ τοῦ⁷⁾ actus 10 ἔχειν κατὰ τοῦ σοῦ ἀγροῦ ἢ ὑδωρ εἰλκεῖν ἐξ αὐτοῦ ἐπὶ τὸν ἴδιον ἀγρόν. ὥστε οὖν συνίσταται ἡ δουλεία πάοις καὶ ἐπερωτήσεσι ἢ⁸⁾ ἐν διαθήκῃ.</p>	<p>4) uel fundum habeat. 4. Qui uicino uelit ius aliquod con- 25 stituere pactionibus et stipulationibus id facere potest. pacto enim facto de seruitute constituenda, is cui ea ce- denda est ita stipulatur: spondesne cessam seruitu- 26 tem seruare? sin autem minus, spondesne dare mihi poenae nomine aureos centum? potest et in testa- mento suum heredem quis ita damnare: damno te, heres, aedes altius non tollere ne aedium uicinarum lu- minibus officias. uel damno te, heres, ut uicino permittas tignum in parietem tuum, si uelit, im- 6 mittere uel stillicidium in aedes tuas conuertere uel ut sinas uicinum iter uel actum in tuo agro ha- bere uel aquam ex tuo in suum agrum ducere: ita- que constituitur seruitus pactis et stipulationibus uel testa- 10 mento.</p>
---	---

Asimismo, encontramos referencias a la *stipulatio poenae* en D. 45, 1, 2, 6 (Paul. 12 *Sab.*) y D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 *Sab.*), aunque no nos permiten conocer la estructura de la *stipulatio poenae* a la que se refieren. El hecho de que se suela hablar de la constitución de las servidumbres y del usufructo a través de *pactiones et stipulationes*, utilizando el plural, puede indicar que generalmente la *stipulatio poenae* habría seguido la estructura de la “Doppelstipulation” o de la pena convencional propia. Como podemos observar, el texto de Paulo sí contendría la referencia a los herederos del promitente “*per te heredemve tuum non fieri*”, mientras que el de Teófilo ya no incluiría la *mentio heredis*, pues la transmisibilidad de cualquier *stipulatio*, en esta época, no viene determinada por la mención a los herederos ni cláusulas similares en los *verba* estipulatorios.

Un ejemplo de transmisibilidad activa, en el caso de una *stipulatio mixtae ex dando et faciendo* relativa a una servidumbre, lo encontraríamos en el precitado caso de Paulo de D. 45, 1, 2, 6 (12 *Sab.*), en referencia a la *stipulatio* “*per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat?*”, a la que habría seguido la promesa de una pena:

*Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi heredique suo (ire) agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio an pro parte eius, qui prohibitus est. Nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur: si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur stipulatio*⁵⁵.

⁵⁵ La parte final del texto según la cual, si la *stipulatio* no incluye una *poena*, el promitente sólo incurre en la *stipulatio* por la parte proporcional al heredero al que se le impidió el ejercicio de la servidumbre, podría considerarse una alteración del texto clásico hecha por los compiladores, GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, Palermo, 1921 (edición anastática, Roma, 1972), p. 198 y ss. Este fragmento es estudiado con más detalle, más adelante, en el epígrafe 4.2 de este capítulo.

En este caso, el estipulante se hizo prometer que ni a él ni a sus herederos se les impediría ejercer la servidumbre de paso. Muerto el estipulante, uno de sus herederos se ve impedido en el ejercicio de la servidumbre. Ante el impedimento en el ejercicio de la servidumbre a uno de los herederos, Paulo se pregunta si se entiende que, en este caso, se incurre en la *stipulatio* por la totalidad o sólo respecto de la parte correspondiente al heredero que se vio impedido. Según Paulo, en este supuesto es más oportuno considerar que se incurrió en la *stipulatio* por la totalidad, especialmente si se prometió el pago de una *poena*, con lo cual el promitente deberá pagar la totalidad de la pena al heredero que se vio impedido en el ejercicio de la servidumbre. En el caso que un heredero diferente a éste último exigiera el pago de la pena, Paulo considera que el promitente dispondría de la *exceptio doli* contra dicho heredero.

Un caso en el que puede apreciarse la transmisibilidad pasiva de una *stipulatio mixtae ex dando et faciendo*, en el caso de las servidumbres, lo hallaríamos en el texto del mismo jurista que sí recoge expresamente el contenido de la *stipulatio*:

D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 ad ed.): *Quod si stipulatus fuero: "per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari?" et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae erciscundae iudicio sarcient damnum.*

En este caso, la *stipulatio* de ejercicio se ve acompañada de una *stipulatio poenae* para el caso de incumplimiento de la obligación de no hacer. La *stipulatio poenae* (*Doppelstipulation*) se transmite igualmente a los herederos del promitente, quienes responden solidariamente ante la conducta

de uno de ellos por la que se impide el ejercicio de la servidumbre.

Asimismo, en materia de transmisibilidad de las *stipulationes de ire agere licere* reforzadas a través de la promesa de una pena, nos encontraríamos con casos que han planteado bastantes controversias en la doctrina romanista y han despertado sospechas sobre su posible alteración por parte de los compiladores justinianos. Éste sería el caso de D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 Sab.), el que no puede apreciarse la inclusión de la *mentio heredis*, por lo que suele partirse de la posibilidad de que dicha la mención podría haber sido retirada por los compiladores justinianos⁵⁶, pues en época justiniana ésta ya no sería necesaria (Just. C. 8, 37 [38], 13, a. 530), pero la transmisibilidad a los herederos —ya sea activa o pasiva— se sobreentiende. A pesar de esto, creemos que es muy probable que, en época clásica, la mayor parte de estas *stipulationes*, para asegurar, en cualquier caso, su transmisibilidad, incluyeran la mención a los herederos, aunque como ya advertíamos, nos parece del todo plausible que la transmisibilidad de las *stipulationes* viniera determinada en función de la interpretación de la *stipulatio* conforme a la voluntad de las partes (*id quod actum*) y a la finalidad perseguida por dicha *stipulatio*, y no simplemente partiendo de la existencia o no de la expresa mención a los herederos.

D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 Sab.): *Cato libro quinto decimo scribit poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria aut ab uno pro portione sua: ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti " iter fieri", quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur: at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti " amplius non agi", tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu*

⁵⁶ SCHERILLO, G. *La trasmissibilità... cit.*, p. 54 y ss. *Index Interpolationum*, p. 374.

omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem " per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?" sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione "Titium heredemque eius ratum habiturum": nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum: idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

En D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 Sab.), al que nos hemos referido anteriormente y del que nos ocuparemos con más detalle a continuación en el epígrafe relativo a la responsabilidad de los herederos por el pago de la pena, Paulo recuerda la doctrina de Catón en relación con la *commissio poenae* por parte de los herederos del promitente (transmisibilidad pasiva) y a cómo ésta se produce en unos caso en proporción a las cuotas hereditarias de cada heredero, o bien, por su totalidad. Aunque Paulo parece hablar de transmisibilidad pasiva de la *stipulatio mixtae ex dando et faciendo*, en ningún caso se menciona a los herederos del promitente en la *stipulatio "per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?"*.

No obstante, cabe destacar que el texto se centra en el estudio de la divisibilidad de la *stipulatio*, en diferentes tipos de *stipulationes* y partiendo de diversos ejemplos, y no tanto en la cuestión de la transmisibilidad o no de éstas a los herederos o a terceros adquirentes. Además, como hemos podido comprobar anteriormente y volveremos a pronunciarnos a continuación al hablar de la divisibilidad o no de las *stipulationes* de ejercicio, la opinión que mantiene el jurista Paulo en este supuesto se repite en otros fragmentos del mismo jurista que encontramos en el Digesto, con lo cual parece difícil pensar que el texto pueda hallarse interpolado o que se haya podido eliminar la *mentio heredis* en la *stipulatio* de ejercicio que encontramos en este fragmento⁵⁷.

⁵⁷ La parte final de este texto, en su referencia a Marcelo y la *cautio ratam rem dominum habiturum*, ha dado lugar a mayores dudas sobre su posible interpolación que la falta de la oportuna *mentio heredis*, pues estaría en contradicción con D. 46, 8, 18 (Pomp. 26 Sab.), al expresar que la ratificación no puede tener lugar por partes. RICART MARTÍ, E. *Nomina hereditaria... cit.*, p. 109. Igualmente las referencias a la responsabilidad *per partes* de los herederos, en el caso de las obligaciones indivisibles también conducen a pensar la posible

3.2. Transmisibilidad de las stipulationes de ejercicio a terceros adquirentes: la cláusula "is ad quem ea res pertinet" (o similares).

Cuestión diferente y mucho más polémica es la de la transmisibilidad de estas *stipulationes* a terceros adquirentes, como defienden, partiendo de Jehring⁵⁸, Arangio Ruiz⁵⁹ o Provera⁶⁰, cuestión que entraría en colisión con el principio de *alteri stipulari nemo potest*⁶¹ y que, en definitiva, podría resolverse a través de la promesa de una pena —como indica Ulpiano en D. 45, 1, 38, 17 (49 *Sab.*)—, de modo que la conducta que no puede ser directamente exigida, sí que puede serlo indirectamente a través de una pena. Sin embargo, partiendo del criterio del interés, creemos que debe tenerse en cuenta que, respecto de las *stipulationes* de ejercicio relativas a las servidumbres, tanto el estipulante, como sus herederos, así como los posibles terceros que adquieran el fundo a favor del cual se constituye una servidumbre tendrían un claro interés en que no se les impida el ejercicio de la servidumbre en cuestión.

manipulación del texto por los compiladores, *vid.* más adelante en el epígrafe 4.2 de este capítulo.

⁵⁸ JHERING, R. *Passive Wirkungen der Rechte... cit.*, p. 387 y ss. y en *Gesammelte Aufsätze*, II, p. 178 y ss.

⁵⁹ ARANGIO RUIZ, V. *Istituzioni di Diritto romano*, Nápoles, 1987 (edición anastática), p. 245 y 246. Respecto de la *stipulatio habere licere*, *vid.* la interpretación de este autor de D. 45, 1, 38 pr.-2, en *La compravendita... cit.*, II, p. 336 y ss.

⁶⁰ PROVERA, G. *Servitù prediali... cit.*, p. 6 y ss.

⁶¹ Debemos diferenciar el supuesto en el que se habla de la transmisibilidad a un tercero de la *stipulatio* de ejercicio de la servidumbre, teniendo en cuenta que ese tercero llegará a ocupar la misma posición jurídica que quien constituyó la servidumbre y realizó dicha *stipulatio*, respecto del caso en que se pretende que un tercero (vecino) disfrute de la servidumbre constituida a favor de nuestro fundo al mismo tiempo que lo hacemos nosotros, como sería el caso que se contempla en D. 8, 4, 5 (Iav. 2 *epist.*): *Proprium solum vendendo an servitutem talem iniungere possim, ut mihi et vicino serviat? Similiter si commune solum vendo, ut mihi et socio serviat, an consequi possim? Respondi: servitutem recipere nisi sibi nemo potest: adiectio itaque vicini pro supervacuo habenda est, ita ut tota servitus ad eum, qui receperit, pertineat. Solum autem communem vendendo ut mihi et socio serviat, efficere non possum, quia per unum socium communi solo servitus adquiri non potest.*

Según Arangio Ruiz⁶², la constitución de servidumbres a través de *pactiones et stipulationes*, en el caso del suelo provincial, habría tenido lugar a través de *stipulationes*, cuya estructura estaría presente en formularios romanos y que seguirían el modelo: *neque per te neque per venientes a te personae fieri, quo minus mihi ire agere liceat*. De acuerdo con este autor, no existiría en las provincias una clara diferenciación entre los derechos reales y las obligaciones y, consecuentemente, tampoco de los respectivos actos constitutivos, a diferencia de lo que sucedía en Roma. Asimismo, en las provincias resultaba muy normal la extensión de los efectos de un contrato no sólo a los herederos de las partes, sino también a los sucesores a título particular. De este modo, la expresión "*venientes a te personae*" seguramente presentaría un contenido diverso, según se usara en Roma o en las provincias: así, cuando la cláusula se utilizara en relación con un fundo itálico, ésta se referiría, por regla general, a los herederos y a cualquier otro tipo de sucesor a título universal (se estaría pensando en el caso del adrogante, el del marido en la *conventio in manu* de una mujer *sui iuris* o, incluso, en el del *bonorum possessor*); mientras que su uso seguramente iba acompañado de una interpretación más amplia del contenido de dicha cláusula, interpretación que incluiría no sólo a los sucesores a título universal, sino también a los sucesores a título particular.

La transmisión de estas *stipulationes*, de acuerdo con Provera⁶³ habría tenido lugar a través de la inclusión, en la estructura de la *stipulatio*, de cláusulas del tipo "*is ad quem ea res pertinet*" u "*omnes ad quos ea res pertinet*", o incluso mediante el recurso a una cláusula general que englobara a todos los sucesores, "*neque per te neque per venientes a te personae*". Este tipo de cláusulas aparece con bastante frecuencia en las fuentes, a continuación

⁶² ARANGIO RUIZ, V. *Istituzioni... cit.*, p. 245 y 246.

⁶³ PROVERA, G. *Servitù ed obbligazioni propter rem... cit.*, p. 6 y ss.

de la *mentio heredis*, y además, habrían resultado idóneas para ampliar el campo de sujetos obligados y de los que pudieran haber gozado de la servidumbre y que no estuvieran incluidos entre los herederos de las partes, es decir, que no fueran los sucesores *mortis causa* a título universal. Por otro lado, no parece que dicho tipo de cláusulas fueran usadas o incluidas en los textos de la mano de los compiladores justinianos —sobre todo teniendo en cuenta que, en época justiniana, sería plenamente transmisible cualquier tipo de *stipulatio*—, sino que ya se habrían empleado normalmente en plena época clásica y, posiblemente, desde mucho antes⁶⁴.

Uno de los principales problemas que plantea este tipo de cláusulas, es el de su significado. La cláusula "*is ad quem ea res pertinet*", o cláusulas similares, no sólo aparece en el caso de las *stipulationes* que participan en la constitución *pactionibus et stipulationibus* de las servidumbres o del usufructo, sino que encontramos fuentes referidas a los más diversos supuestos en las que dicha cláusula aparece: así a título de ejemplo, la cláusula aparece en un texto relativo a la *lex Iulia de adulteriis* en D. 48, 5, 28 (27) pr. (Ulp. 3 de adult.) "*tantam pecuniam et alterum tantum eum, qui nomen eius servi detulerit, ei ad quem ea res pertinet dare iubebunt*"; o en el edicto de los ediles curules en cuanto a las acciones edilicias —véase D. 21, 1, 1, 1 (Ulp. 1 ad ed. aed. cur.) donde Ulpiano hace referencia a la cláusula al tratar de la *actio redhibitoria*, "*emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur*"⁶⁵.

Obviamente, el hecho de que la cláusula aparezca en una pluralidad de

⁶⁴ SCHERILLO, G. *La trasmissibilità... cit.*, p. 31, nt. 1. Asimismo, vid. FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 108 y ss. en relación con la *stipulatio doli mali*, también, a modo de conclusión, en p. 405 y ss. en relación con las *stipulationes* de ejercicio de las servidumbres.

⁶⁵ Una amplia referencia a fragmentos del Digesto en los que aparece la mencionada cláusula podemos hallarla en el artículo de SCHERILLO, G. *La trasmissibilità... cit.*, p. 31 nt. 1. En relación con el tema, es destacable el artículo de LONGO, «L'origine della successione particolare nelle fonti del diritto romano», *BIDR*, 14 (1902), p. 196 y ss.

textos que se ocupan de cuestiones de índole diversa no implica, a su vez y como veremos, que este tipo de cláusulas deba tener el mismo significado en todos los casos en los que aparece, sino que para conocer el significado y extensión de la cláusula más bien debe atenderse al caso concreto, como puede observarse en los diferentes fragmentos que recogemos a continuación. En estos textos, puede apreciarse cómo, en diferentes ocasiones, el mismo jurista o diferentes juristas que son más o menos contemporáneos atribuyen un significado diverso a la cláusula, según el caso en el que ésta aparece.

En D. 48, 5, 27, pr. y 1, (Ulp. 3 de *adult.*), Ulpiano en su comentario a la *lex Iulia de adulteriis*, entiende que puede interpretarse el contenido de la cláusula "*is ad quem ea res pertinet*" del siguiente modo:

*Si postulaverit accusator, ut quaestio habeatur de servo adulterii accusato, sive voluit ipse interesse sive noluit, iubent iudices eum servum aestimari, et ubi aestimaverint, tantam pecuniam et alterum tantum eum, qui nomen eius servi detulerit, **ei ad quem ea res pertinet** dare iubebunt. 1. Sed dispiciamus, cui ista poena praestanda sit, quia lex eum nominavit "**ad quem ea res pertinebit**". Igitur bonae fidei emptorem, quamvis ab eo emerit qui dominus non est, recte dicemus eum esse, **ad quem ea res pertinet**.*

En este fragmento, *is ad quem ea res pertinet* se refiere a la persona a la que le correspondería recibir el pago de la estimación del esclavo acusado de adulterio, que ha de ser sometido a interrogatorio con tortura. Según Ulpiano, en este supuesto, *is ad quem ea res pertinet* incluiría a cualquiera que hubiera adquirido el esclavo, incluso si la adquisición fuera *a non domino*, de lo que puede inferirse que el jurista está aludiendo a cualquier persona que haya adquirido el esclavo, incluso si se trata de un poseedor de buena fe, conforme a la especificación que realiza en el § 1.

Sin embargo, la misma cláusula, en un contexto distinto y según el mismo jurista, presenta un contenido diferente, como puede observarse en el comentario al edicto de los *aediles curules* de D. 21, 1, 19, 5 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*):

Deinde aiunt aediles: "emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus". Pollicentur emptori actionem et successoribus eius qui in universum ius succedunt.

En este caso, el contenido de la cláusula más bien parece hacer referencia a los sucesores del comprador, que le suceden en la totalidad de sus derechos, es decir, como sucesores universales. Este mismo contenido ha sido tomado, en algunas ocasiones, erróneamente, como interpretación auténtica de la cláusula y aparece en textos de Paulo (D. 50, 16, 70, 1; 73 *ad ed.*) y de Modestino (D. 44, 7, 53, 1; 3 *Reg.*) que, como nos indica Provera⁶⁶, han sido extraídos de su contexto originario e insertados en otros pasajes del Digesto bajo los títulos de "*verborum significatione*" y "*de obligationibus et actionibus*". Estos textos, como decíamos, parecen proponer una interpretación auténtica de la cláusula que resultaría aplicable a cualquier caso en que apareciera. Esta interpretación auténtica ha conducido a algunos autores a proponer un significado que serviría para cualquier caso en el que estuviera presente la cláusula, así Frese⁶⁷ entiende que ésta hubiera sido idónea para referirse al *bonorum possessor*.

En D. 50, 16, 70, 1 (Paul. 73 *ad ed.*), Paulo se refiere a la cláusula del siguiente modo:

⁶⁶ PROVERA, G. *Servitù ed obbligazioni propter rem... cit.*, p. 6 y ss.

⁶⁷ FRESE, «Viva vox iuris civilis», en SZ, 43 (1922), p. 478 y ss.

Verba haec "is ad quem ea res pertinet" sic intellegentur, ut qui in universum dominium vel iure civili vel iure praetorio succedit, contineatur.

En este texto, el jurista se ocuparía de las *stipulationes praetoriae*⁶⁸ y en él mantiene la idea de que la cláusula incluye, para el caso que estudia, a los sucesores universales *mortis causa*, con independencia de si la sucesión se da con arreglo al *ius civile* o al edicto del pretor.

Esta misma idea nos la indica nuevamente Modestino en D. 44, 7, 53, 1 (Mod. 3 *reg.*), pero incluye, además, la sucesión *inter vivos*, al menos la de carácter universal, al referirse expresamente a la figura del adrogado:

Cum generaliter adicimus "eive ad quem ea res pertinet", et adrogantes et eorum, qui iure nobis succedunt personas comprehendimus.

Pese a las sospechas de interpolaciones en este fragmento⁶⁹, en este caso Modestino interpreta la cláusula entendiendo que ésta se refiere, como decíamos, a los sucesores a título universal, ya sea por actos *mortis causa* o *inter vivos*⁷⁰.

⁶⁸ LENEL, O. *PIC*, I, § 804, p. 1090, lo sitúa a continuación de un texto que expresamente habla de las *stipulationes praetoriae*, no obstante, Provera considera dudoso que el fragmento originariamente se hubiera referido a las *stipulationes praetoriae*, PROVERA, G. *Servitù ed obbligazioni propter rem... cit.*, p. 6 y nt. 23.

⁶⁹Alguna de ellas en relación con la presencia de la cláusula, *vid. Index Interpolationum*, III, p. 370.

⁷⁰COUDERT, J. *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui*, Nancy, 1957, p. 156, concretamente partiendo de la *stipulatio dolum malum abesse*, excluye que este tipo de cláusulas pueda referirse a cualquier tercero. Según este autor, este tipo de cláusulas únicamente se referiría a los herederos y, por asimilación, al adrogante, pero nada expresa acerca de que pudieran quedar incluidos el *bonorum possessor*, el marido en la *conventio in manu* de una mujer *sui iuris* o terceros adquirentes a título particular por actos *inter vivos* o *mortis causa*, como serían el legatario o los sucesivos compradores del fundo o, incluso, un donatario.

Este tipo de cláusulas podría incorporar, sin embargo, a un conjunto de personas diferentes a los herederos, sobre todo en aquellos casos en los que aparece junto a la *mentio heredis*: pues no tendría sentido que, habiéndose incluido la mención expresa a los herederos, las partes incluyeran una cláusula cuyo contenido fuera prácticamente idéntico a la *mentio heredis*.

Ejemplos del uso de la *mentio heredis* junto a la cláusula *is ad quem ea res pertinet* o similares los encontraríamos en:

a) D. 39, 2, 24, 1 (Ulp. 81 *ad ed.*) : ***Adicitur in hac stipulatione et heredum nomen vel successorum eorumque, ad quos ea res pertinet. Successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur.***⁷¹

De acuerdo con este fragmento, que trataría de la *cautio damni infecti*, a través de la *stipulatio* hubieran quedado obligados a reparar el daño ocasionado por el derribo de una construcción u obra realizada en un lugar público (Cfr. D. 39, 2, 24 pr.), no sólo el promitente, sino que también sus herederos y cualquier adquirente ya sea a título universal o particular ("*hi, qui in rei tantum dominium successerint*"), así pues el promitente no sólo se obliga por el hecho propio y por el de sus herederos, sino que también por el hecho de terceros, actuando de esta manera como si de una cláusula penal se tratara.⁷²

b) Un contenido similar al que hemos visto en el texto anterior respecto de esta cláusula, podría observarse en este texto de Papiniano relativo a la *cautio ratam rem habiturum*, cuando se trata del procurador de los menores de veinticinco años:

D. 46, 8, 3 pr. (Pap. 12 *resp.*): *Cum minor viginti*

⁷¹ Acerca de las posibles interpolaciones que presentaría el texto, *vid. Index Interpolationum*, tomo III, p. 87. Giuseppe PROVERA, *Servitù ed obbligazioni propter rem... cit.*, p. 6 y ss.

⁷² En el mismo sentido, LENEL, O. *EP*, Tit. XLV, § 292, p. 552 y 553.

*quinque annis creditor pecuniam recipere vellet, interpositus procurator debitori de rato habendo cavit: restitutione in integrum data neque indebiti conditionem neque stipulationem committi constabat. Idemque eveniret, si falsi procuratoris actum minor annis ratum habuerit. et ideo ita cavendum erit praecedente mandato: " si ille in integrum restitutus fuerit **heresve eius aut is, ad quem ea res, qua de agitur, pertinebit**, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari". Mandato vero non interveniente vulgaribus verbis de rato habendo haec quoque prudentius inter consentientes adstruentur: alioquin si non conveniat nec creditor minus consentiat, actionem dari oportebit.*

En este supuesto, un menor de veinticinco años, que actuaría mediante procurador, exigiría el pago de una cantidad que se le adeuda. El procurador del menor (acreedor), reclama dicha cantidad y presta la *cautio ratam rem habiturum* al deudor demandado. Posteriormente, el menor de veinticinco años solicita la *restitutio in integrum* (posiblemente se trataría de la compraventa de una cosa, en la que el *minor* es el vendedor). El deudor, que ya había pagado —la *condemnatio*—, no puede hacer valer la *condictio indebiti* ni surte efectos, en este caso, la *stipulatio* —esta misma situación se daría en el supuesto que nos encontráramos ante un falso procurador. De acuerdo con Papiniano, en este caso, el procurador de un menor de veinticinco años debe prestar la *cautio ratam rem habiturum* al deudor, pero además, debe incluir que, si se restituye la cosa al menor de veinticinco años, a sus herederos o a quien ésta acabe perteneciendo, se pagará la cantidad de dinero en que se estime la cosa.

c) Igualmente en este texto de Juliano, también sobre la *cautio ratam rem habiturum*, en el que se habla de la omisión en la *stipulatio* de las personas a quienes llegue a afectar el asunto:

D. 46, 8, 22, 7 (Iul. 56 dig.): *Si in stipulationem ratam rem haberi actenus comprehensum fuerit "Lucium Titium ratum habiturum?", cum id aperte ageretur, ut **heredis ceterorumque personae, ad quos ea res pertinet,***

omitterentur, difficile est existimari doli clausulam committi. Sane cum per imprudentiam hae personae omittantur, actio ex doli clausula competit.

La gran presencia de este tipo de cláusulas en diferentes textos del Digesto, así como el hecho que se hace difícil pensar que pudiera tratarse de una innovación justiniana, nos permite pensar que las *stipulationes* de ejercicio serían transmisibles no sólo a los herederos de las partes, sino también a terceros, como sería el caso del *bonorum possessor* o en la *adrogatio*, entre otros. En cualquier caso y como ya expresábamos al referirnos a la transmisibilidad de estas *stipulationes* a los herederos, nos parece que la jurisprudencia clásica iría más allá de los simples *verba stipulationis*, concediendo especial relevancia a los acuerdos subyacentes a la *stipulatio*, y a la finalidad que cumple la *stipulatio* de ejercicio, que pretende garantizar un determinado estado de cosas, es decir, que no se impedirá que se ejerza una determinada servidumbre.

En este sentido, en el epígrafe anterior nos referíamos al caso de D. 8, 3, 36 (Paul. 2 *resp.*), donde Paulo se pronuncia sobre un caso, en el que el titular del predio sirviente obstaculiza, al nuevo titular del predio dominante, el ejercicio de la servidumbre de que disfruta dicho fundo. De acuerdo con este jurista de finales de la época clásica, en la *stipulatio poenae* concluida entre aquellos que constituyeron la servidumbre en su momento, resulta superfluo que sólo se hubiera mencionado el nombre del anterior titular del predio dominante ("*nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emptoris, si ei forte frui non licuisset, relata est*").

Una situación similar puede observarse en un texto de Ulpiano, al que hemos dedicado una extensa exégesis en el capítulo V de este trabajo⁷³. Ulpiano, en D. 8, 4, 13 pr. (6 *opin.*), se ocupa de un caso en el que al venderse

⁷³ Vid. Capítulo V, epígrafe 3.2.3.

un fundo costero dedicado a la pesca, las partes intentan establecer una servidumbre de no pescar atún, a través de *pactiones et stipulationes*:

D. 8, 4, 13 pr. (Ulp. 6 *opin.*): *Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, **personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.***

Como expresábamos al ocuparnos de este texto en el capítulo anterior, las partes quisieron establecer una servidumbre de no pescar atún, sin embargo, dicha servidumbre no llega a surgir, porque las partes pretenden constituirla sobre el mar, que es una *res communis omnium*. La prohibición es recuperada merced a la buena fe presente en el contrato de compraventa, pues seguramente, de no darse tal prohibición, el vendedor nunca habría vendido el fundo Geroniano. En la parte del final del texto, Ulpiano establece que la *stipulatio* obligaría “*personae possidentium aut in ius eorum succedentium*”, esto es a los poseedores actuales (comprador y vendedor) y a todos aquellos que les sucedieran en dicha posesión —pues recordemos que los fundos Botriano y Geroniano son fundos provinciales.

Según Ulpiano, la prohibición de la pesca de atún afecta al comprador y a cualquier sucesor de éste, y no sólo a sus herederos, teniendo en cuenta que dicha prohibición se estableció en beneficio del fundo Botriano y con independencia de quien pudiera poseer el fundo vecino, por lo que en un primer momento, pretendieron constituir una servidumbre predial. De este modo, partiendo de los acuerdos subyacentes a la *stipulatio*, en este caso, de un acuerdo en beneficio de un predio (*pactum in rem*) y no de un sujeto concreto, y de la interpretación de cuál habría sido la voluntad de las partes (*id quod*

actum), Ulpiano extiende los efectos de la *stipulatio* —seguramente una *stipulatio poenae*, como ya expresábamos al comentar este texto en el capítulo V— más allá de las partes y sus herederos, a cualquiera que fuera poseedor del fundo Botriano.

En definitiva y como conclusión, podemos afirmar que la transmisión de las *stipulationes* de ejercicio de una servidumbre se habría producido, con carácter general, a los herederos de las partes, que normalmente habrían sido mencionados expresamente en la *stipulatio (mentio heredis)*, como nos muestran las constantes referencias en las fuentes que hemos estudiado. Pero nos parece muy probable que la transmisión de las *stipulationes* de ejercicio se diera no únicamente respecto de los herederos de las partes, sino en relación con terceros que ocuparan la misma posición jurídica que los sujetos que realizaron dicha *stipulatio*, como podrían ser los sucesivos compradores de los fundos entre los que se hubiera constituido una servidumbre. Debe tenerse en cuenta que estas *stipulationes* suelen ir acompañadas de la promesa de una *poena* y que, además, como muestran algunos de los textos a los que nos hemos referido anteriormente, la jurisprudencia habría recurrido, en la interpretación de la *stipulatio*, no sólo a los *verba*, sino que, progresivamente, se habría otorgado especial valor a los acuerdos subyacentes a la *stipulatio*, así como a la finalidad perseguida por las partes al realizar la *stipulatio*, esto es la garantía de un concreto estado de cosas o de una situación en la que no existe una obstaculización o impedimento para el ejercicio de una determinada servidumbre⁷⁴.

⁷⁴ Cfr. Ulpiano, respecto de la *stipulatio "per te non fieri"*, en D. 45, 1, 50 pr. (50 *ad ed.*): *In illa stipulatione: "per te non fieri?" Non hoc significatur nihil te facturum, quo minus facere possis (possim), sed curaturum ut facere possis (possim).*

4. El incumplimiento de la *stipulatio* de ejercicio

Una vez hemos concluido la posibilidad de transmitir a los herederos de las partes, e incluso a terceros, las *stipulationes* a través de las cuales se promete respetar el contenido de la servidumbre constituida y el pago de una determinada *poena* pecuniaria en caso contrario, cabe estudiar cómo respondería el promitente y, especialmente, sus herederos —en el caso de haberse producido su sucesión—, ante el incumplimiento de la conducta prometida, así como en qué medida les corresponde afrontar el pago de la pena estipulada. Asimismo, nos ocuparemos de estudiar cómo tendría lugar la reclamación del pago de la pena prometida, por parte del estipulante o de sus herederos, cuando se han visto impedidos en el ejercicio de la servidumbre.

Cabe destacar que nos encontramos ante una cuestión que, en las fuentes jurisprudenciales clásicas, se estudia, como es usual, desde el punto de vista del proceso, es decir, de la reclamación del pago de la pena por parte del estipulante o, incluso, de sus herederos y de cómo debe afrontar dicho pago el promitente o, en su caso, sus herederos.

Por otra parte, hemos de advertir que nos encontramos ante supuestos que, en definitiva, consisten en obligaciones indivisibles, lo que añadiría un plus de complejidad a estos casos, especialmente cuando, en la parte deudora o en la acreedora, encontramos una pluralidad de herederos. Hemos de recordar que, en materia de *nomina hereditaria*, rige la regla *nomina hereditaria ipso iure divisa sunt*, pero dicha regla no se aplicaría cuando se trata de obligaciones indivisibles, como ya expresaba la ley de las XII Tablas⁷⁵. Este tipo de

⁷⁵ Cfr. D. 10, 2, 25, 9 (Paul. 23 ad ed.): *An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur: veluti si is qui viam iter actus stipulatus erat decesserit, quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest. sed verius est non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem et, si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.*

obligaciones permanecerían íntegras y no se dividirían entre los herederos, incluso, como veremos, cuando el incumplimiento suponga que la parte deudora deba pagar una cantidad de dinero —obligación perfectamente divisible. En relación con los *nomina hereditaria*, como expresa Ricart⁷⁶, cuando existe una pluralidad de herederos, en las fuentes encontramos una clara división en la casuística, según se trate de casos que recogen supuestos de obligaciones divisibles, o bien de obligaciones indivisibles. Estos últimos serían los más numerosos, hecho que nos permite advertir la gran complejidad del tema que nos ocupa.

En cualquier caso, con carácter previo al estudio de la responsabilidad del promitente o de sus herederos por el incumplimiento de la *stipulatio* de ejercicio y cómo deben afrontar el pago de la pena prometida, debemos ocuparnos, primeramente, de establecer en qué circunstancias puede decirse que la parte deudora de esta *stipulatio* realiza una conducta contraria a aquello que prometió y, por tanto, se incurre en la *stipulatio*.

4.1. El incumplimiento de la *stipulatio* de ejercicio y la *commissio poenae*. Condiciones objetivas y subjetivas para incurrir en la pena prometida

4.1.1. La *commissio poenae*

En las *stipulationes* de ejercicio relativas a una servidumbre, la prestación prometida se caracteriza por ser una prestación de no hacer. En este sentido, hemos de tener en cuenta lo que expresa Ulpiano en D. 45, 1, 50 pr. (50 *ad ed.*) en relación con las *stipulationes* por las que se promete una

⁷⁶ RICART MARTÍ, E. *Nomina hereditaria ... cit.*, p. 80.

conducta negativa:

In illa stipulatione: "per te non fieri?" Non hoc⁷⁷ significatur nihil te facturum, quo minus facere possis (possim), sed curaturum ut facere possis (possim).

Cuando se realiza la *stipulatio* "prometes que no se hará por ti?", con ésta no se quiere significar que tú no harás nada para que yo no pueda hacer, sino más bien que procurarás para que yo pueda hacer.

La misma idea puede verse expresada en el texto de Paulo de D. 45, 1, 83 pr. (72 *ad ed.*), aunque con algo más de detalle que el anterior fragmento de Ulpiano y aportando algunos ejemplos:

Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. Et qui spondet "dolum malum abesse a futurumque esse", non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolum malus absit: idemque in illis stipulationibus "habere licere" item "neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat".

La *stipulatio* se contrae entre el estipulante y el promitente. De este modo, quien promete que dará o hará algo a un tercero no queda obligado: pues cada uno debe prometer por sí mismo. Y quien promete que "no hay ni habrá dolo malo", no promete simplemente una abstención, sino que se guardará de que no exista dolo malo; lo mismo puede decirse respecto de las *stipulationes* de "poder tener" y de "no hacer (no impedir) ni por ti ni por tus herederos".

⁷⁷ Según Lenel, "*non (hoc) solum*", *vid. PIC*, II, § 1229, p. 730.

Si aplicamos esta explicación de Ulpiano y la de Paulo, sobre el contenido de la promesa de no hacer, al caso de las *stipulationes* de ejercicio de las servidumbres, en éstas últimas, el promitente no se obliga meramente a no hacer nada, sino a procurar que el estipulante no se vea impedido en el ejercicio de la servidumbre correspondiente. Esto supone que el promitente debe garantizar un estado de cosas en el que el estipulante pueda ejercer sin alteraciones o impedimentos la servidumbre a la que se refiere la *stipulatio* de ejercicio.

Ello implicaría, por ejemplo, en el caso del *iter* o de la *via*, que el promitente debiera ocuparse del mantenimiento o adecentamiento mínimo del estado de los caminos, senderos, etc. por los que concedió dichas servidumbres —siempre partiendo del principio según el cual *servitus in faciendo consistere nequit*, además de tener en cuenta que el titular del predio dominante estaría autorizado a realizar, sobre el predio sirviente, las obras y reparaciones que se consideren necesarias para poder ejercer el contenido de la servidumbre (D. 8, 1, 10 Cels. 18 *dig.*; D. 8, 2, 20, 1, Paul. 15 *Sab.*; D. 43, 19, 3, 11 y 12, Ulp. 70 *ad ed.*; o en el caso de la servidumbre de acueducto, D. 8, 3, 15, Pomp. 31 *ad Quint. Muc.* ó D. 8, 4, 11 pr. y 1, Pomp. 33 *Sab.*)—; evitar la realización de obras que alteren, dificulten o hagan imposible el ejercicio de la servidumbre (v. gr. D. 8, 2, 15 y 17, Ulp. 29 *Sab.*; D. 8, 5, 9, Paul. 21 *ad ed.*); no hacer religioso el lugar en el que ha de ejercerse la servidumbre (v. gr. D. 8, 4, 11; Pomp. 33 *Sab.*); evitar que sus esclavos o personas que dependan o estén subordinadas a él obstaculicen el ejercicio de la servidumbre, etc. En definitiva, el promitente, en esta *stipulatio*, se comprometería a garantizar que el estipulante podrá ejercer la servidumbre correspondiente, sin perturbaciones u obstaculizaciones que provengan de la esfera del promitente.

En tanto que el estipulante no pueda ejercer la servidumbre como consecuencia de un acto prohibitorio del promitente (titular del predio sirviente) o de los que se encuentran sometidos a su potestad (cfr. D. 8, 5, 18, Iul. 6 *ex*

Min.), en principio, se incurriría en la *stipulatio*. Se incurre en la *stipulatio* asimismo, cuando la *prohibitio* no se produce directamente respecto del estipulante (titular del predio dominante), sino respecto de aquellos que se encuentran bajo su potestad o ejercen la servidumbre en su nombre, como se deriva de D. 45, 1, 111 (Pomp. 5 *ad Quint. Muc.*):

Si stipulatus fuero "per te non fieri, quo minus mihi illa domo uti liceat", an etiam, si me non prohibeas, uxorem autem meam prohiberes, vel contra uxore mea stipulata me prohibeas, an committatur stipulatio? Et latius est haec verba sic accipi. Nam et si stipulatus fuero "per te non fieri, quo minus mihi via itinere actu uti liceat", etsi non me, sed alium nomine meo ingredientem prohibeas, sciendum erit committi stipulationem.

Si hubiera estipulado que "no harás nada que me impida usar aquella casa", y no me lo prohibieras (impidieras) a mi, sino a mi mujer; o bien, por contra, si mi mujer hubiera estipulado en tal sentido y me prohibieras a mi, acaso se incurre en la *stipulatio*? Estas palabras deben interpretarse ampliamente. Pues si hubiera estipulado que "no harás nada que me impida usar la servidumbre de camino, senda o paso de ganado" y no me prohibes a mi, sino a alguien que entra en mi nombre, debe saberse que se incurre en la *stipulatio*.

En este fragmento, perteneciente al libro 5º de las *Ad Quintum Mucium lectiones*, Pomponio defiende una interpretación amplia de a quién no se le debe impedir el ejercicio de una servidumbre o de un usufructo, como consecuencia de haber realizado una *stipulatio* de ejercicio de estos derechos. Del texto destaca el uso de la primera y segunda personas del singular ("*Si stipulatus fuero*", "*prohibeas/prohiberes*"), mediante las cuales, el jurista nos ofrece una explicación dialogada sobre el tema estudiado, lo que denota que nos encontramos frente a un texto didáctico y a su vez práctico, no en vano se

trata de *lectiones* en las que se ocupa del estudio del *ius civile*, partiendo del comentario del jurista republicano Quinto Mucio Escévola.

El jurista de la época de los *divi fratres* entiende que, por mucho que en estas *stipulationes* de ejercicio se haga referencia, en los *verba* estipulatorios, a la persona que estipula ("*quo minus mihi*"), esta referencia debe interpretarse de manera amplia y no de una manera literal y estricta. Conforme a esta interpretación amplia, cabe entender que la conducta del promitente contraria a aquello que prometió conduce a que se incurra en la *stipulatio*, aún cuando el impedido no sea el propio estipulante en sí, sino una persona que actúa en su nombre ("*sed alium nomine meo ingredientem prohibeas*"), como sería la *uxor*, a la que se cita expresamente.

Dentro del grupo de posibles personas que pueden actuar en nombre del estipulante podríamos incluir además, entre otros, a los esclavos y a los *filiifamilias*, que actuarían como extensión del *paterfamilias*; e incluso a los *liberti*, al arrendatario o al usufructuario del predio dominante. En definitiva, se trataría de sujetos que no serían titulares del usufructo ni del predio dominante, en el caso de las servidumbres, pero que usan de esos derechos en nombre del titular.

No nos parece que en este texto Pomponio estuviera pensando, en concreto, en el caso de los herederos o terceros adquirentes a título universal o particular, especialmente en el caso del legatario⁷⁸, sobre todo, partiendo de que el usufructo es considerado un derecho personalísimo y, por tanto, se extinguiría con la muerte de la persona a quien se concede y, además, porque el jurista se refiere a personas que actúan en nombre del estipulante ("*nomine meo*"; por tanto, estas personas no ejercen estos derechos *nomine proprio*). Más bien, nos parece que el jurista se pregunta sobre la posibilidad de que se

⁷⁸ Pese a que Lenel sitúa este fragmento del libro 5 bajo la rúbrica "*De legatis 3.*", LENEL, O. *PIC*, II, § 241, p. 64.

incurra en la *stipulatio*, cuando el acto prohibitorio realizado por el promitente no tiene lugar frente al estipulante en sí, sino frente a otros sujetos, que, en definitiva, hacen uso de una servidumbre o del usufructo como si se trataran del mismo estipulante, por lo que la prohibición a estos sujetos del ejercicio de la servidumbre o del usufructo es equivalente a prohibirle al estipulante mismo el ejercicio de estos derechos. En tal sentido, el jurista concluye que el promitente incurre en la *stipulatio*, a pesar de que el contenido de ésta se refiera estricta y expresamente al sujeto que estipuló (“*mihi*”).

4.1.2. Régimen de responsabilidad

Cabe preguntarse si, en el caso de las *stipulationes* de ejercicio de las servidumbres o del usufructo, que suelen ser, generalmente, *stipulationes poenae*, la responsabilidad del deudor vendría determinada conforme a un régimen de responsabilidad objetiva —es decir, en tanto que el estipulante se ve impedido en el ejercicio de la servidumbre o del usufructo, el promitente incurriría en la *stipulatio poenae*—; o bien, un régimen de responsabilidad subjetiva, en el que se tendría en cuenta la conducta del deudor o incluso del acreedor, para determinar si aquél incurre o no en la *stipulatio*, en cada caso.

Sobre esta cuestión ya hemos tenido oportunidad de ocuparnos en el capítulo II, sección II, en el que nos referíamos, en términos generales, al régimen de responsabilidad del deudor de la *stipulatio poenae*. Como advertíamos en dicha sede, la doctrina⁷⁹, sobre todo la más antigua, suele partir de las dos estructuras conforme a las cuales suele aparecer la *stipulatio*

⁷⁹ Entre otros, SAVIGNY, F. C. *Das Obligationenrecht*, II, Berlin, 1853, p. 281 y ss. DONATUTI, «Di un punto controverso in materia di *stipulatio poenae*», en *SDHI*, 1 (1935), p. 299 y ss. La doctrina más reciente también suele partir de una duplicidad de regímenes, entre los autores destacan: TALAMANCA, M. *Ricerche... cit.*, p. 55 y ss. y en la voz «Pena privata», en *ED*, XXII, Milán, 1982, p. 720. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 81 y ss. ZIMMERMANN, R. *The law of obligations... cit.*, p. 105 y ss.

poenae en los textos jurisprudenciales para determinar el régimen de responsabilidad aplicable al deudor. Partiendo de esta dualidad de estructuras de la *stipulatio poenae*, existiría también una dualidad de regímenes de responsabilidad. En este sentido, la pena convencional impropia — *selbstständige Strafversprechen* (Knütel), *stipulatio poenae abstracta* (Talamanca)— seguiría el régimen de la condición, es decir, un régimen de responsabilidad objetiva: la obligación a cumplir por el deudor se encuentra formulada, en la pena convencional impropia, como una condición. Cuando se verifica la condición (por el incumplimiento de la carga contemplada como condición), el deudor incurre en la *stipulatio poenae*.

En el caso de la pena convencional propia —*Doppelstipulation* (Knütel), *stipulatio poenae* accesoria (Talamanca)—, el régimen de responsabilidad del deudor sería menos severo que el de la condición. Así generalmente se habla de régimen de responsabilidad subjetivo, en tanto que la *stipulatio poenae* garantiza una obligación primaria que normalmente resulta exigible. Que se incurra o no en la *poena* dependerá del incumplimiento de esta obligación primaria.

Frente a esta doble configuración del régimen de responsabilidad del deudor, en función de la estructura de la *stipulatio poenae*, no faltan autores que parten de la idea de que el Derecho romano clásico únicamente habría conocido un determinado régimen de responsabilidad: en el caso de Siber⁸⁰, el régimen de responsabilidad sería de carácter objetivo; mientras que para Voci⁸¹, el régimen de responsabilidad de la *stipulatio poenae* no podría ser otro que no estuviera basado en criterios subjetivos, pues nos encontramos ante un instituto de naturaleza sancionatoria.

⁸⁰ SIBER, H. *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928, p. 263.

⁸¹ VOICI, P. *La responsabilità... cit.*, p. 327 y ss.

En el caso de las *stipulationes* de ejercicio de las servidumbres, contamos únicamente con dos textos que nos permiten ver la estructura de la *stipulatio poenae*: estos son un texto de Paulo, perteneciente, por tanto, a finales de la época clásica del Derecho romano, D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 *ad ed.*) y *Theoph. ad I.* 2, 3, 4, un texto de época bizantina. En ambos casos, la estructura de la *stipulatio poenae* sería la de la pena convencional propia o *Doppelstipulation*; es decir, encontraríamos, en primer término, una *stipulatio* en la que se promete una conducta *in non faciendo* y, a continuación, otra *stipulatio* en la que se promete el pago de una *poena*, para el caso en que se incumpla la obligación de no hacer principal. Como hemos comentado al iniciar este capítulo, creemos que esta estructura debió ser la empleada normalmente. Para llegar a esta conclusión, nos basamos, en primer lugar, en que Gayo habla de *pactiones et stipulationes* en plural (Gai. 2, 31) y, en segundo lugar, en el conjunto de textos en los que los juristas se ocupan de estudiar, cuando existe una pluralidad de herederos, si el acto de uno da lugar a que se incumpla en su totalidad la *stipulatio* y todos queden obligados al pago de la *poena*, hecho que denota que la obligación de no hacer sería una obligación principal garantizada a través de una *stipulatio poenae* y no se incorporaría como una mera condición en una *stipulatio poenae*.

En este sentido, cabe preguntarse qué relación existe entre la promesa de la *poena* y la obligación principal que garantiza, así como la influencia de las *pactiones* sobre la *stipulatio poenae*, para determinar qué tipo de régimen de responsabilidad se le aplica al deudor. Lamentablemente, no disponemos en sí de textos que nos permitan constatar la solución adoptada por la jurisprudencia clásica en el caso de este tipo de *stipulationes*, sino que, como advertíamos, en la mayor parte de textos, podemos ver cómo la atención de los juristas se centra en determinar, en los supuestos de pluralidad de herederos, si el acto prohibitorio de uno supone el incumplimiento total de la obligación de no hacer principal y, en consecuencia, incurren todos los coherederos en la *stipulatio poenae*.

Pese a ello, es de suponer que ciertas circunstancias relativas a la conducta de las partes se tuvieran en cuenta por la jurisprudencia para determinar si el promitente incurría o no en la *stipulatio poenae*. De este modo, nos inclinamos a pensar que el régimen de responsabilidad, en el caso de las *stipulationes* de ejercicio reforzadas a través de una *stipulatio poenae*, no se fundamentaría únicamente en criterios objetivos.

En lo que se refiere a la posible eficacia de las *pactiones* constitutivas del derecho sobre el funcionamiento de la *stipulatio poenae*, resulta del todo plausible que se excluyera la *commissio poenae* en aquellos supuestos en los que el acto prohibitorio del promitente se produjera como consecuencia de no respetarse los acuerdos relativos al ejercicio de la servidumbre o a las modalidades de ejercicio que derivaran de una práctica habitual del titular del fundo dominante (por ejemplo, el lugar por el que debe ejercerse la servidumbre, los días y horas, etc.)⁸².

Hemos visto, además, que el promitente dispone de la *exceptio pacti* o de la *exceptio doli* ante la reclamación de los herederos del estipulante, cuando la servidumbre se hubiera constituido por la vida de éste último (D. 45, 1, 56, 4, Iul. 52 *dig.*), es decir, a través de estas *exceptiones* se podrían hacer valer

⁸² El ejercicio de la servidumbre ha de tener lugar del modo menos gravoso posible para el fundo sirviente. Existirían, por tanto, unos límites generales al ejercicio de la servidumbre, en este sentido, Celso expresa, en el siguiente texto, que sería lícito el ejercicio de una servidumbre siempre que tenga lugar “*civiliter modo*”:

D. 8, 1, 9 (Cels. 5 *dig.*): *Si cui simplicius via per fundum cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aequae commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. Verum constitit, ut qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae eius potestatem haberet: sicuti sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret: quod et in via servandum esse verum est.*

Vid. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 299 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 165 y 166. Estas modalidades de ejercicio son de gran importancia, por ejemplo, en la tutela interdictal de las servidumbres, para determinar si el *usus servitutis* en que se basa el ejercicio de un concreto interdicto tuvo lugar *nec vi, nec clam, nec precario*, *vid.* ZUCCOTTI, F. *Il locus servitutis... cit.*, p. 171 y ss. Sobre la tutela interdictal, *vid. infra* epígrafe 5.1.

los términos y/o condiciones que las partes hubieran incluido en los acuerdos constitutivos de la servidumbre, por lo que un acto prohibitorio que se basara en el cumplimiento de dichos términos o condiciones entendemos que no daría lugar a al *commissio poenae*.

Sería pensable, del mismo modo, que se excluyera la *commissio poenae* en aquellos casos en los que la servidumbre se hubiera extinguido por el *non usus* y el estipulante pretendiera ejercerla (D. 8, 2, 6, Gai. 7 *ad ed. prov.*).

Sin embargo, salvo excepciones como D. 45, 1, 56, 4 (Iul. 52 *dig*), no contamos con suficiente apoyo textual que refleje concretamente estas situaciones en relación con las *stipulationes* de ejercicio acompañadas de la promesa de una *poena*.

Asimismo, cabe preguntarse si se incurriría en la *poena* cuando no fuera el promitente quien realizara el acto prohibitorio, sino un tercero. En este sentido, creemos que debe tenerse en cuenta el texto de Paulo que reproducimos a continuación. En este texto, la *stipulatio* de ejercicio no va acompañada de una *stipulatio poenae*, sino de una fianza. Cuando el fiador (*fideiussor*) es quien impide el ejercicio de la servidumbre, se pregunta el jurista de la época de los Severos si se incurre o no en la *stipulatio* de ejercicio y, por tanto, quedan obligados el promitente y el fiador:

D. 45, 1, 49, 1 (Paul. 37 *ad ed.*): *Si stipulatus sim "per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat" et fideiussorem accepero: si per fideiussorem steterit, neuter tenetur, si per promissorem, uterque.*

Si he estipulado "que no impedirás que yo pueda pasar y llevar ganado (por tu finca)" y hubiera aceptado la garantía de un fiador: si es el fiador quien me impidiera el paso, ninguno de los dos (promitente y fiador) queda

obligado, si es el promitente quien me lo impide, quedáis obligados ambos.

La misma idea es recordada por Ulpiano en D. 46, 3, 31 (7 disp.) *in fine*:

Inter artifices longa differentia es et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum. Quare etiam si illis stipulationibus fideiussor accesserit: "per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?", prohibens ire fideiussor stipulationem non committit et, si patientiam praestet, non efficiet, quo minus committatur stipulatio.

Existe una gran diferencia entre los artesanos, por su ingenio, temperamento, educación y disposición. Por esto, si alguien hubiera prometido que por sí mismo construiría una nave, o edificaría una casa de viviendas o cavaría una fosa, y se convino que esto se hiciera con su propio trabajo, el fiador que edifica o que cava la fosa él mismo no puede liberar al deudor, sin el consentimiento del estipulante. Por lo que si intercediera un fiador en aquella *stipulatio* "no se hará nada por ti que me impida pasar o llevar ganado", si lo impide el fiador, no queda incumplida la *stipulatio* y, si existe tolerancia del fiador, no por ello dejara de poder incurrirse en la *stipulatio*.

En ambos textos se puede apreciar cómo, en el caso en el que la *stipulatio* de ejercicio se encuentra reforzada a través de una fianza, la conducta del fiador, que supone un impedimento o entorpecimiento en el ejercicio de la correspondiente servidumbre, no supone que se incumpla la *stipulatio*. En cambio, la conducta prohibitoria del promitente sí implicaría el incumplimiento de la *stipulatio* y, por tanto, el promitente y el fiador responderían solidariamente frente al estipulante ("*uterque*").

En este sentido, la obligación de no hacer contenida en la *stipulatio* de ejercicio se configura, de acuerdo con Ulpiano, como una obligación personalísima, del mismo modo que las obligaciones de edificar una vivienda o cavar una fosa, cuando se ha acordado que el sujeto que debe realizar dicha prestación es una persona en concreto, por tener una serie de cualidades o conocimientos específicos para realizar estas tareas, de ahí que Ulpiano haga hincapié en las múltiples diferencias que existen entre los artesanos al inicio del pasaje perteneciente a las *disputationes*. Esta manera de entender la obligación de no hacer derivada de una *stipulatio* de ejercicio de una servidumbre se fundamentaría, a nuestro entender, en el hecho de que únicamente puede ser el titular del fundo sirviente —por tanto, el promitente— quien puede impedir u obstaculizar el ejercicio de una servidumbre sobre su fundo con el efecto de desencadenar la *poena*, pero no un tercero, como sería el fiador, quien únicamente se obliga a garantizar que el promitente no impedirá el ejercicio de la servidumbre⁸³.

Así pues, extrapolando —si se nos permite— esta solución al caso en el que se hubiera acompañado la *stipulatio* de ejercicio de la promesa de una *poena*, únicamente una conducta obstaculizadora o prohibitoria proveniente del promitente, al ser el titular del fundo gravado con la servidumbre predial, sería la que daría lugar al incumplimiento de la *stipulatio* de ejercicio y, en el caso de establecerse la promesa de una *poena* para el caso de incumplimiento, a la *commissio poenae*. Lógicamente, también se incumpliría la obligación principal y se incurriría en la *stipulatio poenae*, cuando el acto prohibitorio tuviera su origen en los esclavos o los hijos de familia, al ser considerados una extensión del *paterfamilias*, u otros posibles sujetos que dependieran o estuvieran al servicio del titular del fundo sirviente. Asimismo, puede pensarse en el caso en

⁸³ En este sentido, SCHERILLO, G. *La trasmissibilità... cit.*, p. 88 y ss. Sobre el uso de la fianza como garantía de prestaciones de hacer (o no hacer) infungibles, *vid.* DÍAZ BAUTISTA, A. «Fideiussor artificis», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, p. 215 y ss.

el que el titular del predio sirviente hubiera cedido dicho predio en arriendo o en usufructo, una conducta prohibitoria del arrendatario o del usufructuario daría lugar al incumplimiento de la *stipulatio* de ejercicio y a que se incurriera en la *poena*⁸⁴. De este modo, podemos imaginar que el acto por el que un tercero⁸⁵ impidiera al titular del fundo dominante el ejercicio de la servidumbre no daría lugar al incumplimiento de la *stipulatio* de ejercicio ni, por tanto, a la *commissio poenae*, por mucho que no pudiera ejercerse la servidumbre.

En cualquier caso y como decíamos anteriormente, no disponemos de fuentes que nos permitan examinar con mayor concreción el régimen de responsabilidad del deudor de la *stipulatio poenae* en el caso de la constitución de servidumbres y de usufructo *pactionibus et stipulationibus*.

4.2. Commissio poenae y pago de la poena prometida: especial atención al caso de pluralidad de sujetos en la parte activa y pasiva de la relación

4.2.1. Pluralidad de sujetos en la parte deudora

En lo que se refiere al pago de la *poena* por parte de los herederos del promitente, esta cuestión ya habría suscitado el interés de la jurisprudencia desde época republicana, como podemos apreciar en D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12

⁸⁴ D. 7, 1, 27, 4, (Ulp. 18 Sab.): *Si qua servitus imposita est fundo, necesse habebit fructuarius sustinere: unde et si per stipulationem servitus debeatur, idem puto dicendum.*

Cuando el fundo entregado en usufructo presta una servidumbre a otro fundo, el usufructuario está obligado a respetar dicha servidumbre, incluso cuando esta se debe por una simple *stipulatio*. Creemos que, en este supuesto, la referencia de Ulpiano a la *stipulatio* debe entenderse como una referencia a una servidumbre que no se ha constituido conforme a los modos del *ius civile*, sino *pactionibus et stipulationibus*. La *stipulatio* es, en este caso, una *stipulatio* de ejercicio.

⁸⁵ Cuando hablamos de terceros, téngase en cuenta lo que hemos expuesto en el epígrafe anterior acerca de la transmisibilidad de las *stipulationes* de ejercicio a los herederos y a terceros adquirentes.

Sab.), donde Paulo se refiere a la opinión de Marco Porcio Catón, el Censor, (234-149 a.C.), en relación con una *stipulatio* de *ire agere licere* que ha sido garantizada con la promesa de una *poena*.

De acuerdo con algunos autores antiguos, entre los cuales cabe destacar a Bonfante⁸⁶ o Guarneri Citati⁸⁷, el texto estudiado viene a desmentir la idea de que, en todas las épocas del Derecho romano, rigió el principio según el cual, las obligaciones indivisibles devienen divisibles al producirse su incumplimiento y transformarse en una obligación de resarcir un daño —obligación consistente, por tanto, en un *dare* y, lógicamente, divisible—, es decir, se convierten en divisibles en el momento de la *condemnatio*.

Al menos, podría decirse que este principio no habría regido en cuanto a las obligaciones indivisibles desde el punto de vista de la parte deudora, es decir, en los supuestos en que existiera una pluralidad de deudores; estos también habrían estado sujetos al resarcimiento *in solidum*⁸⁸.

El principio de divisibilidad se habría consolidado, siempre según estos

⁸⁶ BONFANTE, P. *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*, IV, Milán (reedición de 1979), p. 195 y ss.

⁸⁷ GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, Palermo, 1921 (edición anastática, Roma, 1972).

⁸⁸ Como expresa Arangio Ruiz —*vid.* la referencia al final de esta nota—, la divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones resulta uno de los temas más delicados e intrincados del derecho romano, como puede apreciarse a través del título de la obra de Pierre Du Moulin, *Extrictio labyrinthi dividui et individui*. Sin embargo, parece que la doctrina mayoritaria defiende que, no en todas las épocas del Derecho romano, rigió este principio de divisibilidad de la condena en el caso de incumplimiento de una prestación indivisible. En este sentido se manifiestan, entre otros, WINDSCHEID, B. *Lehrbuch der Pandekten... cit.*, II, § 299; PEROZZI, S. *Istituzioni di diritto romano*, II, p. 92. GIRARD, P. *Manuel élémentaire de droit romain... cit.*, p. 739. ARANGIO RUIZ, A. *Istituzioni di diritto romano*, p. 419. FREZZA, P. *Le garanzie...*, I, p. 361 y ss. KASER, M. *RPI*, § 181, p. 733 y, en relación con las obligaciones indivisibles y la promesa de una pena, KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, § 11. III, p. 85, en referencia al caso de D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 *Sab.*), para este autor no existiría unanimidad respecto a esta cuestión, en la jurisprudencia clásica, aunque sí se advierte una clara tendencia a entender que, en los casos de pluralidad de herederos, el acto de uno de ellos hace que se incurra en la *poena* por su totalidad.

autores, en el Derecho justiniano; de ahí que existan tantos textos contradictorios en el Digesto, si bien es muy posible que las contradicciones que muestran las fuentes fueran fruto, además, de una tendencia hacia la divisibilidad, presente ya en la jurisprudencia clásica tardía —lo que explicaría las abundantes citas a la jurisprudencia anterior que aparecen en los textos estudiados, para refrendar la opción de los juristas tardíos hacia la divisibilidad de la condena. En cualquier caso, a partir de los diferentes textos clásicos que conservamos, en cuanto al incumplimiento de las *stipulationes* de ejercicio de las servidumbres cuando van acompañadas de una pena, veremos cómo ciertamente suele entenderse que la pena prometida se debe *in solidum* y puede ser exigida en su totalidad a cualquiera de los deudores. En contra de esta opinión, autores como Bonini⁸⁹ se muestran partidarios de la tesis de la responsabilidad de los herederos *pro portione hereditaria*.

Para el estudio de cómo responden los herederos del promitente del pago de la pena, debemos partir de este conocido texto de Paulo en el que se recoge el pensamiento de Catón.

D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 Sab.): *Cato libro quinto decimo scribit poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria aut ab uno pro portione sua: ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti "iter fieri", quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur: at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti "amplius non agi", tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. Differentiae hanc esse rationem, quod in*

⁸⁹ BONINI, R. «Obbligazioni indivisibili e clausola penale», en AG, 161 (1961), p. 108 y ss. Este autor defiende la genuinidad de D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 Sab.) que contendría una *regula* atribuible a Catón que es repetida más tarde por Paulo en D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 ad ed.). Aunque no se detiene a reflexionar el contexto en el que se encuentra el § 3 de D. 45, 1, 85, que realmente hace dudar de que la regla Catoniana transcrita por Paulo no haya sido modificada, incluso resumida por los compiladores. Tendremos oportunidad de pronunciarnos más ampliamente sobre ambos textos a continuación, en este mismo epígrafe.

priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, <similemque esse huic> illam stipulationem "per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?" sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione "Titium heredemque eius ratum habiturum": nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum: idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

Escribe Catón, en el libro 15 —de sus comentarios al *ius civile*—, que cuando se promete el pago de una pena consistente en una cierta cantidad de dinero y se realiza una conducta contraria a aquéllo que se prometió, si, fallecido el promitente, uno de los herederos es el que obra en contra de lo prometido, unas veces incurren todos los herederos en la pena, por su correspondiente cuota hereditaria, otras veces, sólo incurre uno solo de los herederos por su cuota. Incurren todos, si lo que se prometió es de tal naturaleza que no se puede dividir, como por ejemplo "hacer un camino", pues al no ser posible la división por partes, se considera que, de algún modo, la conducta contraria se realiza por todos los herederos; pero si se prometió algo que sí admite división, por ejemplo "no volver a demandar", en este caso, sólo el heredero que realiza la conducta contraria incurre en la pena por su cuota hereditaria. La razón de esta diferencia se encuentra en que, en el primer caso, se considera que todos los herederos incurrieron en la pena, porque la realización de la conducta contraria no puede tener lugar más que por entero (en su totalidad). Similar a este caso sería la *stipulatio* "no hacer nada que impida que yo pueda pasar y llevar ganado". Pero veamos si no ocurriría aquí, como en esta otra *stipulatio* en la que se promete "Ticio y su heredero ratificarán la gestión hecha por aquél", pues en esta última *stipulatio*, sólo queda obligado el heredero que no ratificase la gestión y sólo le puede demandar aquél que sufrió la reclamación judicial, en contra de lo prometido en esa *stipulatio*. Lo mismo opina Marcelo, aunque el mismo representado no puede ratificar la gestión por partes.

En este fragmento, el jurista Paulo recurre a la opinión del jurista Catón

reflejada seguramente en sus *comentarii iuris civilis*, aunque el texto no nos indica la obra de que se trata en concreto, simplemente informa de que dicha opinión se encuentra en el libro 15. Esta cita de Paulo a Catón ha sido puesta en tela de juicio en muchas ocasiones⁹⁰, pero creemos que realmente debió tener su peso, ya que es recogida por un jurista clásico-tardío en un comentario al *ius civile*, lo que nos conduce a pensar que la solución que podemos ver en D. 45, 1, 4, 1 debió ser la solución acogida y aplicada por la jurisprudencia romana posiblemente desde los tiempos más antiguos.

La cuestión planteada sería la siguiente: alguien ha asumido la obligación de pagar una pena en el supuesto de llevar a cabo una conducta contraria a la prometida —desconocemos el contenido de la prestación prometida y garantizada con una *stipulatio poenae*⁹¹. El promitente fallece y uno de sus herederos realiza una conducta prohibida.

Ante esta situación, debemos distinguir dos problemas fundamentales. El primer problema tendrá que ver con la *commissio poenae*, desde el punto de vista de la parte deudora: en qué medida el incumplimiento derivado del acto de uno de los herederos perjudica o no al resto de coherederos. Es decir, el acto de uno de los herederos implica que todos los coherederos incurran en la *stipulatio poenae* o, por el contrario, debemos entender que sólo incurre en la *stipulatio poenae* el heredero que realizó la conducta prohibida.

El segundo problema está íntimamente relacionado con la solución que

⁹⁰ El mismo SCHERILLO, G. *La trasmissibilità... cit.*, p. 54 y ss., pone en duda que la referencia a la opinión de Catón sea genuina.

⁹¹ Algunos autores se han atrevido a formular, hipotéticamente, la naturaleza de esta prestación, a partir del intento de explicar por qué se añade una garantía penal en este caso. Así, Berger planteó la posibilidad de que se hubiera añadido una *poena*, porque la promesa del difunto no generaba acción para exigir su cumplimiento. BERGER, A. *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden*, Berlín-Leipzig, 1911, p. 72 y 190. Para Betti, además, habría sido posible que el contenido de la promesa fuera una obligación de no hacer, BETTI, E. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, en *Annuario università di Camerino*, 1918-1919, p. 217.

se dé a la cuestión que acabamos de plantear, pues atañe a cómo deben responder los herederos del pago de la pena frente a la parte acreedora. Partiendo de la idea de que, en el caso de las *stipulationes* de ejercicio de una servidumbre, los textos jurisprudenciales expresan que el acto de uno hace que todos los herederos incurran en la *stipulatio poenae*: en este sentido, cabrá preguntarse si el acreedor puede dirigirse contra cada uno de los herederos y reclamarles la pena en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias o, por contra, basta simplemente con dirigirse contra el heredero que realiza la conducta prohibida (o incluso contra cualquier otro heredero que sea solvente) y reclamar la totalidad de la pena.

Debemos diferenciar, por tanto, en el texto estudiado, entre la *commissio poenae* y cómo se responde por el pago de la pena (determinación de la cuantía condenatoria).

En cuanto a la *commissio poenae*, Catón nos informa de que, cuando se obra en contra de lo convenido y se ha prometido una pena, "*aut ab omnibus heredibus poenam committi (...) aut ab uno*", es decir, a veces incurrirán todos los coherederos en la pena y, en cambio, en otros supuestos, se entenderá que tan sólo uno de los herederos incurre en ella —por el momento no nos fijaremos en si incurren por su cuota hereditaria o por la totalidad de la cantidad prometida como *poena*.

El factor que determina que incurran todos o sólo el que incumplió es la naturaleza de la obligación o comportamiento cuya infracción dará lugar a la *commissio poenae*. Cuando este comportamiento fuera divisible —como por ejemplo, en el caso de la *stipulatio "amplius non agi"*—, como es posible la división de esta prestación entre todos los herederos, cabría entender que sólo incurrió en la pena el heredero que hubiera llevado a cabo el comportamiento contrario a lo prometido.

En cambio, cuando el comportamiento prometido fuera de naturaleza indivisible, es decir según si el objeto de dicha conducta puede ser dividido o no sin que ello modifique su sustancia —como lo sería el caso de prometer “*iter fieri*”—, al no ser posible la ejecución por partes de dicha prestación, cuando se realiza la conducta prohibida, se entiende que incurren en la *poena* todos los herederos, ya que la infracción, según Catón, sólo puede concebirse como cometida por entero.

A este último supuesto descrito por Catón se asemejaría, según el jurista republicano y según Paulo, la *stipulatio* por la que se promete “*per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?*”, es decir, la *stipulatio* de ejercicio de la servidumbre de paso y conducción.

En cuanto al segundo problema que se trata en el fragmento, esto es cómo responden los herederos del pago de la pena prometida, también tendrá consecuencias en este campo, en principio, la diferenciación del régimen de la *commissio poenae* según se trate de un comportamiento divisible o no.

En este sentido, cuando la conducta incumplida resulta divisible, Catón entiende que “*at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti 'amplius non agi', tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere*”. Es decir, si el objeto de la obligación incumplida es susceptible de división, el heredero que incurrió con su comportamiento en la pena, responde únicamente por su cuota hereditaria y no por la totalidad, lo que implica, en contrapartida, que el acreedor sólo pueda exigirle el resarcimiento del daño en la medida de su cuota hereditaria y no por una cuantía superior. Cuestión diferente será la de cómo se desarrolla la aplicación de este régimen desde el punto de vista procesal y del efecto preclusivo de la *litis contestatio*. Seguramente, se haría necesario en este caso la inclusión de una *praescriptio pro actore* en la fórmula, aunque, en el texto, nada se advierte sobre esta cuestión

En cambio, cuando el objeto de la obligación incumplida fuera indivisible, responderían todos los herederos, aunque fuera uno solo de ellos el que hubiera dado lugar al incumplimiento, porque cabe entender la *stipulatio* como totalmente incumplida: “*si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti ‘iter fieri’, quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur*”.

En este último supuesto, aunque es uno de los herederos el que realiza el comportamiento que genera el incumplimiento de la obligación, su conducta no le perjudica únicamente a él, sino que también al resto de herederos, pues se entiende que todos han incurrido en la pena, como razona el jurista: “*differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit*”.

Ahora bien, cada uno de los herederos, según se indica en el texto, estaría obligado, asimismo, por su cuota hereditaria “*aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria*”. Pero nada se expresa sobre la posibilidad de que el acreedor pudiera exigir el pago de la totalidad de la *poena* a uno solo de los herederos, especialmente a aquél que realizó el acto contrario a lo convenido o, incluso, a aquél que resultara más solvente, teniendo en cuenta el efecto consuntivo de la *litis contestatio*.

Así pues, podemos concluir que, con independencia de que la obligación sea divisible o no, los herederos (ya sean todos o únicamente el que incumplió) parecen responder siempre en función de su cuota hereditaria. La divisibilidad o no de la obligación sólo viene a determinar, al fin y al cabo, que el acto prohibido realizado por uno de los herederos le perjudique únicamente a él o también al resto de coherederos, respectivamente, de modo que el acreedor pueda reclamar únicamente al heredero que incumplió —caso que la obligación sea divisible—, o bien tenga que reclamar a todos y cada uno de los herederos

—caso que la obligación sea indivisible.

Esta solución es digna de provocar no pocas dudas y nos permite pensar que es muy posible que éste no fuera el sentido originario del texto o, como mínimo, de la regla Catoniana.

El problema, en este texto, surge, según Bonfante⁹², cuando después de la explicación de Catón acerca de los supuestos en que se trata de conductas indivisibles, la pena tan sólo puede entenderse cometida *in solidum*. Es decir, en el fragmento "*Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit*", el jurista no continúa con un razonamiento sobre la responsabilidad solidaria de los herederos, a diferencia de lo que ocurre cuando habla de las prestaciones divisibles, que advierte que el heredero que incumple responde por su cuota hereditaria ("*pro portione sua solum poenam committere*"). Según este autor, el texto presenta aquí una laguna, pues en el texto original, el jurista debió contraponer la responsabilidad *in solidum* de los herederos, en el caso de tratarse de prestaciones indivisibles, y la responsabilidad *pro portione hereditaria*, en el caso de prestaciones divisibles, pues de otra forma, al existir una pluralidad de herederos, la antítesis entre *pro portione sua* y *pro portione hereditaria* no sería comprensible.

Así pues y según Bonfante, la frase *pro portione hereditaria* no es genuina, seguramente la laguna deriva de la reconstrucción hecha por los compiladores justinianos, ya que la continuación del texto no debía adecuarse a las expectativas del derecho nuevo. Por otra parte, parece poco probable que Paulo hubiera cambiado el sentido de la decisión de Catón.

⁹²BONFANTE, P. *Corso... cit.*, IV, p. 198 y 199. Bonini, en cambio, atribuye el carácter incompleto del texto a un posible error de un copista, BONINI, R. *Obbligazioni indivisibili... cit.*, p. 115.

De todos modos, gran parte de la doctrina considera dicho fragmento interpolado en lo que se refiere a la fijación de la responsabilidad de los herederos por el pago de la pena en el límite de la correspondiente cuota hereditaria de cada uno de ellos⁹³.

Es posible que los compiladores hubieran acortado o resumido la opinión de Catón, que, además, no nos llega a través del propio jurista republicano, sino de Paulo. Nos parece que la parte inicial del texto podría entenderse genuina y que la regla Catoniana únicamente se habría referido a la *commissio poenae*, es decir, el jurista republicano ya se habría pronunciado sobre si, en los casos en que existieran coherederos en la parte deudora, el incumplimiento de uno afectaría o no al resto de coherederos, pero sin entrar en detalle sobre cómo se establecería la condena de aquellos. Resulta curioso, además, cómo ya advertía Bonfante, que, en el ejemplo de una obligación con prestación divisible que encontramos en el texto, Paulo sí establece expresamente que el heredero que incumple responde *pro portione sua* ("at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti 'amplius non agi', tum eum heredum, qui adversus ea fecit, proportione sua solum poenam committere"); mientras que, en el ejemplo de obligación indivisible, tan sólo indica que el acto contrario a lo

⁹³ Entre otros, BESELER, G. *Romanistischen Studien... cit.*, p. 101; acerca de las consideraciones de Beseler sobre el citado texto, KALINKA, E. «Digestenkritik und Philologie», *SZ*, 47 (1927), p. 323. Asimismo, SCHERILLO, G. *La trasmissibilità... cit.*, p. 54, como decíamos, incluso duda de la atribución del texto a Catón, en contra, WATSON, A. «The law of obligations in the later Roman republic», Oxford, 1965, p. 5 y ss. VISKY, K. «La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, I, Milán, 1971, p. 605 y ss., este último autor contempla la posibilidad de que, en época de Catón, hubiera existido una tendencia hacia la indivisibilidad de la obligación de pagar la *poena* por parte de los herederos y que Catón hubiera intentado limitar dicha responsabilidad, en el caso de prestaciones divisibles, a la cuota hereditaria del heredero que realizaba el acto contrario a lo inicialmente convenido. *Vid.* asimismo, BONFANTE, P. *Corso... cit.*, IV, p. 187: "Probabilmente i varii coeredi nell'epoca più vetusta della storia del diritto romano erano ciascuno responsabile *in solidum* dei debiti del defunto, cioè debitori correali, ed è da ritenere che questa sia stata la prima ipotesi in cui la legge è intervenuta a sancire l'obbligazione parziaria invece della correalità".

En cualquier caso, resultan notorias las alteraciones que dicho texto debió sufrir de mano de los compiladores, *vid.* GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazioni... cit.*, p. 249 y ss. FREZZA, P. *Le garanzie... cit.*, I, p. 364 y 365. También se hace eco de las variantes del texto, especialmente de su parte final, en tres manuscritos de la *Vulgata* y de las alteraciones compilatorias, RICART MARTÍ, E. *Nomina hereditaria... cit.*, p. 108, nt. 135.

prometido ejecutado por uno de los herederos, conlleva la *commissio in solidum* respecto de todos los herederos, pero nada dice sobre la cuantía por la que deben responder o, incluso, si es posible exigir la totalidad de la prestación a uno solo de los herederos (“*ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti 'iter fieri', quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur*”).

Es más, después de haber ilustrado su opinión con dos ejemplos diferentes, el jurista continúa con una explicación por la que intenta justificar la regla Catoniana. Esta explicación nada tiene que ver con la cuestión acerca de la cuantía por la que deben responder los herederos, sino con la *commissio poenae*, es decir, con la determinación de si la conducta prohibida de un heredero acaba por perjudicar o no al resto de herederos.

La mención a “pro portione hereditaria”, en relación con la responsabilidad de los herederos del promitente por el pago de la pena, sólo podría considerarse genuina si se interpreta desde la óptica de las relaciones internas entre los coherederos y no de la relación entre acreedor y deudor.

Tradicionalmente, la responsabilidad parciaria de los herederos, en el caso de las obligaciones de no hacer —especialmente cuando se encuentran reforzadas por una cláusula penal—, suele fundamentarse en los siguientes argumentos⁹⁴:

1º. En las fuentes jurisprudenciales en las que se habla de pluralidad de deudores, generalmente, suelen aparecer expresiones del tipo “*unius facto omnis teneri*” y no “*singuli in solidum tenetur*”, como ocurriría en el caso de las obligaciones indivisibles de dar o de hacer, lo que denotaría que los herederos responderían de un modo diferente —muy a pesar de lo que expresa D. 45, 1,

⁹⁴ GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazioni... cit.*, p. 184 y ss.

2, 2 (Paul. 12 Sab.) "*si divisionem res promissa, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur*". Como hemos visto anteriormente, "*unius facto omnis teneri*" se interpreta en el sentido de que el acto de incumplimiento de uno de los herederos acaba perjudicando al resto, ya que la naturaleza de la prestación prometida no permite pensar en una ejecución parcial.

2º. Algunos de los textos en las fuentes darían a entender, ni que fuera indirectamente, que cada deudor respondería *pro parte*, en cuanto se advierte que los coherederos de aquél que realizó la conducta prohibida podrán resarcirse por el daño derivado de dicha conducta, a través del ejercicio de la *actio familiae erciscundae*. Esta afirmación suele apoyarse en textos como los que reproducimos (parcialmente) a continuación: D. 45, 1, 2, 5 (Paul. 12 Sab.) "*sed familiae erciscundae iudicio ab eo repetent quod praesteterint*"; D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 ad ed.) "*sed ceteri familiae erciscundae iudicio sarcient damnum*", ó D. 10, 2, 44, 5, (Paul. 6 Sab.) "*immo et si reliqui propter factum unius teneri coeperit, quasi condicio stipulationis hereditarie exstiterit, habebunt familiae erciscundae iudicium cum eo, propter quem commissa sit stipulatio*".

3º. Y, finalmente, se tiene en cuenta que la cuestión se reduce al pago de una suma de dinero, lo que constituye una obligación perfectamente divisible entre los codeudores y el acreedor, en cuanto que éste último puede dirigirse contra cada uno de los deudores y estos responderán por la propia parte —D. 45, 1, 85, 1 (Paul. 75 ad ed.) "*petitio et solutio ad portiones hereditarias spectat*".

La opinión que defiende la responsabilidad solidaria de los herederos, en el Derecho romano clásico, cuando se trata del pago de la pena prometida o, en general, el pago de la cantidad en que consiste la *condemnatio*, en los supuestos de incumplimiento de conductas que no admiten división, como serían las obligaciones de no hacer, se basaría en los motivos que

desglosaremos a continuación.

De acuerdo con Bonfante⁹⁵, el principio de división del resarcimiento del daño sería un principio disgregativo y distributivo del concepto de la indivisibilidad, que puede conducir a los deudores hacia el incumplimiento para, de este modo, limitar la cuantía condenatoria, con lo cual se estaría construyendo un principio que premiaría al deudor que incumple.

Esto implicaría, así pues, que, en el caso que se intentara la acción contra un solo deudor, siguiendo la idea de que la estimación pecuniaria es divisible, la *condemnatio* fuera fijada en función de la cuota hereditaria de dicho deudor. De esta manera, el efecto consuntivo de la acción al trabarse la *litis contestatio* daría lugar a que la acción intentada ya no pudiera entablarse por el acreedor (o resto de acreedores) contra el resto de deudores.⁹⁶

En este mismo sentido, Archi⁹⁷ justifica la responsabilidad solidaria de los herederos en este supuesto, basándose en la imposibilidad de trabar un litisconsorcio necesario (pasivo, activo o mixto) conforme a la naturaleza del proceso formulario, en el que sólo es imaginable la figura del litisconsorcio voluntario cuando se trata del ejercicio de una *actio in personam*. Así pues, la opción por un régimen de responsabilidad solidaria excluiría la idea de litisconsorcio voluntario.

Además, hay que tener en cuenta que, en el proceso formulario, la

⁹⁵ BONFANTE, P. *Corso... cit.*, IV, p. 196.

⁹⁶ Gai. 4, 107 y ss.

⁹⁷ ARCHI, G. «La funzione del rapporto obbligatorio solidale», *SDHI*, 8 (1942), p. 237 y ss. y en el *Corso di diritto romano - Le obbligazioni solidali*, Pavia-Milán, 1947, p. 140 y ss. MEFFERT, K. *Die Streigenossenschaft im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1974, p. 56 y ss. y, especialmente, las conclusiones a las que llega a partir de la p. 64. Acerca de las figuras liticonsorciales, además, PUGLIESE, G. *Il processo formulare*, I, Génova, 1948, p. 256 y ss; KASER, M. *RZPR*, § 28, IV, p. 208 y ss; MURGA, J. L. *Derecho romano clásico... cit.*, p. 82 y ss.

condemnatio siempre es pecuniaria⁹⁸ y no parece comprensible que se establezcan diferencias, en cuanto a la cuantía condenatoria y cómo se responde ante ella, según se trate del resarcimiento de un daño por el incumplimiento de una obligación indivisible o del pago de la pena prometida (que constituiría una obligación de dar y, por tanto, sería divisible), pues ésta última resulta en definitiva una indemnización pactada de antemano con carácter preventivo, de ahí que no se comprenda que la determinación *a priori* de la cuantía indemnizatoria deba suponer la automática división de ésta entre los herederos en función de sus respectivas cuotas hereditarias.

Asimismo y partiendo de la estructura que suelen presentar las *stipulationes* de ejercicio acompañadas de una pena (*Doppelstipulation*), debe tenerse en cuenta que, al fin y al cabo, la promesa de la *poena* suele realizarse en previsión de un posible daño e incluso para evitar la dificultad, *a posteriori*, de calcular ese daño, al haberse producido el incumplimiento de una obligación de no hacer deducida en una *stipulatio*. Siendo esto así, no tendría demasiado sentido que el acreedor debiera exigir el pago de dicha *poena* a todos y cada uno de los herederos por su cuota de la herencia y con especial cautela —es decir, teniendo en cuenta que debe hacer valer una *praescriptio pro actore*—, por el efecto extintivo de la *litis contestatio*. Sin duda alguna, esto implicaría empeorar, si cabe, la situación del acreedor que ya ha tenido que pasar por sufrir el incumplimiento. La *poena* es una garantía de que, si se produce el incumplimiento de la obligación principal de no hacer, el acreedor recibirá una determinada cantidad pecuniaria como indemnización y sin necesidad de demostrar que se ha vulnerado su interés, de ahí que resulte más coherente que el acreedor pueda exigir la totalidad de la *poena* a uno solo de los herederos (responsabilidad solidaria), sin que deba de verse afectado por el estado de comunidad, como consecuencia de haberse producido la sucesión del promitente, en cuanto al cobro de dicha pena. El haber tenido que hacer frente al pago de la pena es una cuestión a resolver entre los coherederos en el

⁹⁸ Gai. 4, 43; 4, 48 y ss.

momento en que se disuelva el estado de comunidad.

La razón de mayor peso para justificar la responsabilidad solidaria de los herederos por el pago de la *poena*, en el caso de conductas indivisibles, sería que existe una pluralidad de textos —pertenecientes en su mayoría a Paulo y a sus comentarios al *ius civile* y al edicto del pretor— que parecen apuntar hacia dicho régimen de responsabilidad. Si bien es cierto que también existen textos que parecen propugnar la responsabilidad *pro portione* —aunque la mayoría de la doctrina entiende que estos fragmentos ya estarían expresando el régimen jurídico propio del Derecho justiniano de responsabilidad *pro portione*. Este sería el caso del siguiente texto de Paulo:

D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 *ad ed.*): *Quod si stipulatus fuero: "per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari?" et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae erciscundae iudicio sarcient damnum.*

Si hubiera estipulado "ni tú ni tu heredero me impediréis poder pasar y llevar ganado (a través de tu finca) y si esto se me impidiera, se pagará tanto (cierta cantidad de dinero)" y uno de los diversos herederos me lo impide, es más cierta la opinión de aquellos que creen que el acto de uno obliga a todos, pues aunque me veo impedido sólo por uno, sin embargo no se impide parcialmente, pero los otros herederos podrán reembolsarse el perjuicio mediante la *actio familiae erciscundae*.

Nuevamente nos encontramos ante un texto de Paulo, aunque en esta ocasión se trata de un comentario al edicto pretorio. *Prima facie* puede extraerse de su lectura una idea similar a la que aparece en D. 45, 1, 4, 1.

Para entender el § 3, cabe referirse, primero, al texto completo de D. 45, 1, 85. En él, Paulo estudia cuatro categorías diversas en la ejecución de una obligación y se refiere a cada una de estas categorías desde el punto de vista procesal de cómo debe entablarse la reclamación y el pago⁹⁹. Este texto supone, además, de acuerdo con algunos autores¹⁰⁰, un primer intento sistematizador de una cuestión hartamente compleja:

In exsecutione obligationis sciendum est quattuor causas esse:

1ª nam interdum est aliquid, quod a singulis heredibus divisum consequi possumus:

2ª aliud, quod totum peti necesse est nec divisum praestari potest:

3ª aliud quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest:

*4ª aliud, quod solidum petendum est, licet in solutionem admittat secutionem.*¹⁰¹

Nos centraremos únicamente en la segunda categoría, que es la que nos interesa: "*aliud, quod totum peti necesse est nec divisum praestari potest*". Aunque previamente, hemos de detenernos en la primera categoría.

En D. 45, 1, 85, 1, Paulo se refiere a esta primera categoría, en la que incluye aquellos supuestos en los que la ejecución de la obligación puede tener lugar por partes:

Prima species pertinet ad promissorem pecuniae certae: nam et petitio et solutio ad portiones hereditarias spectat.

⁹⁹ "*In executione*" denotaría, en el lenguaje postclásico, la idea de reclamación en sede judicial. D'ORS, A.- BONET CORREA, J. «El problema de la división del usufructo», en *ADC*, 5.1 (1952), p. 66, nt. 6.

¹⁰⁰ Para D'ORS, A.- BONET CORREA, J. *El problema... cit.*, p. 65 nt. 5, probablemente el texto se fundamentaría en una clasificación de los tipos de *stipulationes*. BONINI, R. *Obbligazioni indivisibili... cit.*, p. 108 y ss. RICART MARTÍ, E. *Nomina hereditaria... cit.*, p. 88.

¹⁰¹ *Vid.* RICART MARTÍ, E. *Nomina hereditaria... cit.*, p. 85 y ss.

A la primera clase pertenecería la promesa de una cantidad determinada, pues entonces tanto la reclamación como el pago se realiza en proporción a las cuotas hereditarias.

Como ejemplos incluidos en esta primera categoría encontraríamos el caso de la promesa del pago de una cierta cantidad de dinero. Ésta puede ser reclamada y pagada de acuerdo con las cuotas hereditarias de cada heredero, se estaría refiriendo, con ello, a las obligaciones de dar —¿cabría incluir aquí la obligación de pagar una *poena*, en el caso que ésta garantice una obligación indivisible?.

La segunda categoría (D. 45, 1, 85, 2) se refiere a las obligaciones cuya ejecución ha de producirse necesariamente por entero ya que no es posible su cumplimiento por partes, obligaciones indivisibles. Trataría aquí, por tanto, de las obligaciones de hacer (o no hacer):

Secunda ad opus, quod testator fieri iusserit: nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest.

La segunda (categoría) se refiere a la obra, que el testador haya ordenado hacer, pues cada uno de los herederos responden del todo, ya que la obra no se puede dividir en partes.

A continuación, si se respetara el orden seguido en los § 1 y 2, por lógica, el § 3 parece que debiera referirse a la tercera categoría "*aliud quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest*", no obstante, si observamos D. 45, 1, 85, 4, podemos apreciar claramente que dicho fragmento es el que, en realidad, se refiere a la tercera categoría o supuesto, mientras que D. 45, 1, 85, 3 continúa refiriéndose a la categoría segunda, que recoge obligaciones de

hacer contraídas por el causante y que deben ser reclamadas por entero ("*aliud, quod totum peti necesse est nec divisum praestari potest*"). Así pues, el texto que nos interesa, es decir Paul. D. 45, 1, 85, 3, pertenecería todavía a aquellos supuestos recogidos en la segunda categoría.

En este fragmento, el ejemplo utilizado por el jurista sería la *stipulatio* "*per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari?*". Así pues, si alguno de los herederos realizara una conducta contraria a la prometida, es decir impidiera o prohibiera el paso a pie o el paso de ganado, no impide la realización de dicha facultad de manera parcial y no incurre en la pena únicamente ese heredero en concreto en función de su cuota hereditaria, sino que, como decíamos anteriormente al comentar D. 45, 1, 4, 1, (Paul. 12 *Sab.*) al considerarse su conducta como indivisible, el resto de herederos también incurren en la pena y estarán sujetos al pago de ésta en su totalidad. De no haberse entendido así la *stipulatio* mencionada, sin duda Paulo la hubiera citado como ejemplo en el primer caso o hubiera expresado "*unius facto omnes pro parte hereditaria teneri*".

Asimismo, parece que el jurista quisiera ilustrar la segunda categoría con dos ejemplos diferentes de obligaciones cuya prestación consiste en un *facere*, pero teniendo en cuenta que este tipo de prestación pueden consistir en una conducta positiva (obligación de hacer), o bien en una omisión (obligación de no hacer).

En el primer ejemplo (D. 45, 1, 85, 2), se refiere a la realización de una obra, en este caso puede observarse claramente que el incumplimiento es de todos, ya que ningún heredero cumple la obligación de realizar la obra; en cambio en el segundo ejemplo (D. 45, 1, 85, 3), el incumplimiento deriva sólo del acto de uno de los herederos, impedir el paso, acto que perjudica al resto y hace que todos incumplan (siguiendo, de este modo, la regla Catoniana a la que nos hemos referido anteriormente). Además, la utilización del adverbio *quod* seguido de la conjunción *si* ("*quod si stipulatus fuero*"), que separaría o

mediaría entre ambos ejemplos, podría entenderse en el sentido de enfatizar la idea expresada en el fragmento ("*verior est sententia... unius facto omnes teneri*") y no con un sentido netamente adversativo que pueda conducir a pensar que el fragmento está interpolado o que se trata de dos casos con diferente solución.

Ahora bien, el interrogante que hemos de resolver es si la presencia de la pena convencional puede dar lugar a que la obligación de los herederos de pagar la cantidad prometida, cuando se actuara en contra de lo convenido, siga el régimen de la parciariedad o bien el de la solidaridad.

Parece que no resulta razonable pensar que la presencia de la *poena* es la que convierte la responsabilidad de los herederos en parciaria, el anterior texto de Paulo (D. 45, 1, 85, 3) excluye expresamente que la pena tenga tal influencia en la determinación del tipo de responsabilidad de los herederos, al hacer referencia, con el ejemplo incluido en el § 3, a la segunda categoría "*aliud, quod totum peti necesse est nec divisum praestari potest*"¹⁰².

Se podría pensar, como hace Bonini¹⁰³, que el texto expresa la regla de la responsabilidad *pro parte* a través del texto *in fine* del fragmento tercero: *sed ceteri familiae erciscundae iudicio sarcient damnum*, lo que querría expresar una especie de derecho de repetición a través del cual poder reclamar aquello que se ha debido pagar por el resto de herederos que no hubieran impedido el ejercicio de la servidumbre. Sin embargo, nos parece más razonable pensar que el texto se refiere a la idea del regreso entre coherederos, partiendo de la responsabilidad solidaria, cuando uno de los herederos, que no ha realizado la conducta prohibida, haya tenido que hacerse cargo del pago de la totalidad de la pena. La misma idea parece extraerse de D. 45, 1, 2, 5 (Paul. 12 *Sab.*):

¹⁰² En este sentido, GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazioni... cit.*, p. 197.

¹⁰³ BONINI, R. *Obbligazioni indivisibili... cit.*, p. 119.

Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero: "per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat?" et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes eius, sed familiae erciscundae iudicio ab eo repetent quod praestiterint. Hoc et Iulianus et Pomponius probant.

Así también, si la *stipulatio* consiste en hacer, por ejemplo, si se hubiera estipulado "que ni tú ni tu heredero me impediréis poder pasar o llevar ganado" y uno de los diversos herederos me lo impide, quedan ciertamente obligados también sus coherederos, pero lo que hubieran pagado podrán reembolsarlo por la *actio familiae erciscundae*. Así lo aprueban Juliano y Pomponio.

La parte final del texto parece volver a insistir en la posibilidad de repetir la cantidad pagada por aquellos herederos que no hubieran impedido el ejercicio de la servidumbre. En este caso, además, Paulo refrenda su afirmación apelando a Juliano y Pomponio, mención que puede no referirse en sí a la acción de regreso, sino a la idea de que el acto de impedimento realizado por uno de los herederos obliga a todos¹⁰⁴. Esta parte final del texto ("*sed familiae erciscundae iudicio ab eo repetent quod praestiterint*") es entendida como un añadido compilatorio por algunos autores¹⁰⁵.

La opinión de Juliano, a la que se refiere Paulo en el texto anterior (según "*Hoc et Iulianus et Pomponius probant*"), aparece expresamente recogida por Cervidio Escévola, maestro de Paulo, en el siguiente texto, que hemos comentado en epígrafes anteriores, en el que se afirma que el acto de

¹⁰⁴ En este sentido, se afirma que si, en realidad, la opinión de Juliano y Pomponio se refiriera a la idea de que "unius factio omnis teneri" y a la posibilidad de resarcimiento a través de la *actio familiae erciscundae*, tratándose de dos afirmaciones unidas con un adverbio adversativo ("sed"), la parte final del texto no se iniciaría con el demostrativo "hoc", sino "haec". GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazioni indivisibile... cit.*, p. 190.

¹⁰⁵ GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazioni indivisibili... cit.*, p. 188 y 197. BONFANTE, P. *Corso... cit.*, p. 195 y ss.

uno de los herederos obliga al resto, pero nada se dice de la posibilidad de regreso a través de la *actio familiae erciscundae*, motivo por el cual resulta sospechoso que la referencia a las opiniones de Juliano y Pomponio en D. 45, 1, 2, 5 se refieran a la *actio familiae erciscundae*, sino más bien a lo expresado por Paulo al inicio del fragmento:

D. 45, 1, 131 pr. (Scaev. 13 *quaest.*) *Iulianus scripsit, si "neque per te neque per heredem tuum Titium fieri, quo minus mihi ire liceat" stipuler, non solum Titium teneri, si prohibeat, sed etiam coheredes eius.*

Si estipulo "que ni tú ni tu heredero me impediréis poder pasar o llevar ganado (por tu finca)", no sólo queda obligado Ticio si me lo impide, sino también su coheredero.

Lo mismo ocurre si nos fijamos en la opinión de Pomponio en D. 8, 1, 17 (Pomp. *Reg.*): se insiste en la responsabilidad *in solidum* de los coherederos —en este caso, respecto a una obligación de constituir una servidumbre de *via* y además, nos plantea un caso de pluralidad de sujetos en la parte activa y pasiva de la obligación¹⁰⁶— pero no se menciona en ningún caso la *actio familiae erciscundae*:

Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est: et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt: et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.

Justamente, en D. 2, 10 dedicado a la *actio familiae erciscundae*, nos encontramos con el siguiente texto que pertenece, asimismo, a los comentarios

¹⁰⁶ Vid. SOLAZZI, S. *Stipulazioni di servitù... cit.*, p. 136.

al edicto de Paulo, donde no aparece una referencia expresa a la *actio familiae erciscundae*, sino al establecimiento de cauciones para el caso en que uno de los herederos del promitente realice una conducta prohibida:

D. 10, 2, 25, 10 (Paul. 23 *ad ed.*): *Contra si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio nec dubium est quin duret, quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet. Igitur quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut, si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur.*

Por contra, si el que promete la servidumbre de camino hubiese fallecido, habiendo instituido varios herederos, ni se divide la obligación ni se duda de que subsiste, porque puede prometer servidumbre incluso el que no tiene fundo. En consecuencia, ya que cada uno está obligado por entero, deben interponerse cauciones por ministerio del juez para que si al ser demandado, alguno hubiera pagado la estimación del litigio, lo recobre de los demás a prorrata.

En este fragmento, Paulo que se está refiriendo a una *stipulatio* en la que se promete la constitución futura de la *via*, expresa claramente que dicha *stipulatio* es transmisible a los herederos ("*nec dubium est quin duret*"¹⁰⁷) y, además, establece que la obligación de constituir la *via* no resulta divisible, como consecuencia de ello, todos los herederos estarán sujetos por el todo y, por ello, se exige que se establezcan las cauciones pertinentes para el caso en el que uno de los herederos sea condenado a pagar la estimación del litigio *in*

¹⁰⁷ *Vid.* más adelante, el epígrafe 4.2.2. Es posible que existiera, en la jurisprudencia clásica, una discusión sobre si este tipo de *stipulationes* se extinguían al producirse la sucesión de las partes, por imposibilidad sobrevenida de la prestación, de ahí la insisitencia del jurista en subrayar que "*nec dividitur obligatio nec dubium est quin duret*". Cfr. D. 8, 13, 19 (Paul. 6 *Sab.*), D. 45, 1, 2, 2 (Paul. 12 *Sab.*), D. 45, 1, 140, 2 (Paul. 3 *Nerat.*).

solidum pueda reclamar la parte correspondiente al resto de herederos ("*officio iudicis cautiones interponi debere, ut, si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur*"), debido a que la idea de regreso no es consustancial a la solidaridad en época clásica.

Cabe destacar en el texto, asimismo, cómo el jurista subraya que la muerte del promitente no altera la obligación. Ésta última no se extinguirá ni tampoco resultará divisible, por mucho que en la parte deudora exista una pluralidad de sujetos: "*nec dividitur obligatio nec dubium est quin duret, quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet*"¹⁰⁸.

Esta misma regla serviría, de acuerdo con D.10, 2, 25, 12 (Paul. 23 ad ed.) para el caso que el testador hubiera prometido "*neque per se neque per heredem suum fieri, quo minus ire agere possit*":

In illa quoque stipulatione prospiciendum est coheredibus, si testator promiserat "neque per se neque per heredem suum fieri, quo minus ire agere possit", quoniam uno prohibente in solidum committitur stipulatio, ne unius factum ceteris damnosum sit.

Como decíamos, para Paulo, en este supuesto, es necesario establecer cauciones en previsión de que uno de los coherederos tenga que hacerse cargo de la totalidad del pago de la condena, por lo que existiría una contradicción con lo expresado en D. 45, 1, 2, 5, sobre la posibilidad de que los herederos que no incumplieron repitan la parte pagada, pues no parece que los herederos que no incumplieron puedan reclamar a aquél que sí incumplió el perjuicio ocasionado, a menos que hayan establecido dichas cauciones. Como bien expresa Ricart¹⁰⁹, la referencia a la *actio familiae erciscundae*, en D. 45, 1, 2, 5,

¹⁰⁸ MEFFERT, K. *Die Streitgenossenschaft... cit*, p. 63 y 64.

¹⁰⁹ RICART MARTÍ, E. *Nomina hereditaria...*, p. 91 y 92, en el Derecho romano clásico: "la *actio familiae erciscundae* no contenía esta finalidad añadida de compensar recíprocamente a los coherederos. Las únicas compensaciones eran las surgidas *ex communione*, y es evidente que esta obligación no tiene ese carácter". En el mismo sentido, en «Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt indivisa pignoris causa», en *RIDA*, 48 (2001), p. 244 y 245.

sólo puede entenderse si se parte de que nos encontramos ante obligaciones relacionadas con un bien hereditario (el fundo sirviente), al realizarse por uno de los herederos la conducta de impedir el ejercicio de una determinada servidumbre, nace la obligación de pagar la pena estipulada o el resarcimiento de un daño. Que uno solo de los herederos deba pagar la totalidad de la pena o sea condenado a pagar el daño *in solidum*, puede dar lugar a que se entienda extinguida la obligación de tolerar el ejercicio de aquella servidumbre en cuestión —obviamente, la extinción o no de dicha obligación deberá apreciarse en cada caso, según lo hayan querido así las partes o no, como veremos en el supuesto de D. 45, 1, 133 pr. más adelante. Como resultado de la extinción de dicha obligación, puede ser que el fundo vea aumentar su valor, hecho que debe ser tenido en cuenta en el momento de producirse la adjudicación de los bienes hereditarios, especialmente cuando el heredero que se hizo cargo del pago de la totalidad de la condena no es el heredero que realizó el acto por el que se incurrió en la *stipulatio*. Es decir, en el momento en que se ponga fin al estado de comunidad, es cuando deben tenerse en cuenta las pérdidas o aumentos de valor que el fundo haya experimentado o las indemnizaciones por los perjuicios que la conducta dolosa o negligente de alguno de los herederos haya podido provocar.

Las referencias a la *actio familiae erciscundae* que podemos encontrar en estos textos de Paulo seguramente responden a la evolución jurídica posterior que debió seguir esta acción¹¹⁰, especialmente en relación con aquellas situaciones en las que uno de los coherederos debía hacerse cargo del pago de la totalidad de la prestación, como consecuencia de la indivisibilidad de la obligación —como sucedería, por ejemplo, respecto de de las *stipulationes* de

Sobre el objeto material de la *actio familiae erciscundae*, KASER, M. *RPR*, I, p. 727 y ss.

La referencia a las *cautiones* también le parece clásica a FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 175.

¹¹⁰ Cfr. Gai. 4, 62 e I. 4, 6, 28, en época justiniana la *actio familiae erciscundae* es considerada bajo la categoría de acción mixtas.

ejercicio. De esta manera resulta comprensible que Paulo en D. 10, 2, 25, 10 (23 *ad ed.*) exprese la necesidad de establecer cauciones entre los coherederos, ya que, en época clásica, la *actio familiae erciscundae* no permitiría la compensación de deudas o créditos entre los herederos *manente communione*¹¹¹.

La idea de que la reclamación debe realizarse *in solidum* y que uno solo de los herederos pueda ser condenado por el todo, incluyendo aquellos herederos que no incumplieron, también está presente en la primera parte de este texto de Paulo. La parte final vuelve a hacer referencia a la posibilidad de repetir la cantidad pagada por el resto de coherederos mediante la *actio familiae erciscundae*:

D. 10, 2, 44, 5 (Paul. 6 *Sab.*): *Quod ex facto suo unus ex coheredibus ex stipulatione hereditaria praestat, a coherede non repetet: veluti si a se heredeque suo dolum malum afuturum defunctus spondit vel neque per se neque per heredem suum fore, quo minus quis eat agat. immo et si reliqui propter factum unius teneri coeperint, quasi condicio stipulationis hereditariae exstiterit, habebunt familiae erciscundae iudicium cum eo, propter quem commissa sit stipulatio.*

No puede un coheredero reclamar a otro lo pagado en virtud de una estipulación hereditaria, pero a consecuencia de un acto propio; por ejemplo, si el difunto prometió que ni por su parte ni por la de su heredero habría dolo malo, o que ni él ni su heredero impedirían a alguien pasar (por su finca) a pie o con ganado. Más aún si los demás hubieran quedado obligados por el hecho de uno solo, por haberse cumplido la condición de la estipulación hereditaria, tendrán la *actio familiae erciscundae* contra aquel heredero por el que se incurrió en la estipulación.

¹¹¹ Vid. KASER, M. *RPR*, I, p. 727 y 728, nt. 23. y en *RPR*, II, p. 537 y ss.

Claramente, en el inicio del fragmento, se puede apreciar que es el heredero que incumple quien responde por la totalidad de la deuda ("*Quod ex facto suo unus ex coheredibus ex stipulatione hereditaria praestat*")¹¹². Paulo advierte que no le es posible reclamar al resto de herederos la parte de la deuda que se pagó, por mucho que se tratase de una obligación indivisible y, en consecuencia, el acto de uno de los herederos obligue al resto ("*propter factum unius teneri coeperint, quasi condicio stipulationis hereditariae extiterit*") —téngase en cuenta además, que el adverbio "immo" acompañado por la conjunción "et" se suele usar para ratificar o dar mayor fuerza a lo expresado anteriormente¹¹³.

La parte final insiste en que el resto de coherederos tienen derecho a reclamar al heredero que incumplió, a través de la *actio familiae erciscundae*, en el caso que hayan sido condenados al pago de la condena.

La posibilidad de resarcimiento del heredero viene fijada, en este caso, a partir del criterio de cupabilidad. De este modo, el heredero que realizó la conducta prohibida y debió hacerse cargo de la totalidad de la condena no puede resarcirse a través del ejercicio de la *actio familiae erciscundae*; mientras que, si el heredero que debió pagar la totalidad de la condena no es el heredero que realizó la conducta prohibida, en este caso, sí sería posible el resarcimiento a través de dicha acción. El recurso a la idea de culpabilidad, en este texto, no es considerado, por algunos autores, propio de la época clásica del derecho¹¹⁴.

Finalmente hemos de referirnos al siguiente texto de Ulpiano, que parece subrayar la divisibilidad del pago de la indemnización que deriva del incumplimiento de una obligación de hacer indivisible, basándose en las opiniones de Celso y Tuberón:

¹¹² GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazioni indivisibile... cit.*, p. 188 y 187.

¹¹³ Vid. PARIENTE, A. *Estudios de fonética y morfología latina*, Salamanca, 1949, p. 104 y ss.

¹¹⁴ RICART MARTÍ, E. *Nomina hereditaria... cit.*, p. 134.

D. 45, 1, 72 pr. (Ulp. 20 *ad ed.*): *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium. idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigensimo octavo digestorum refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici iusta aestimatione facti dandam esse petitionem.*

Las estipulaciones que tienen por objeto una prestación indivisible no se pueden dividir, como por ejemplo, las estipulaciones de camino, de senda, de paso de ganado, de acueducto y demás relativas a la constitución de una servidumbre. Lo mismo opino para los casos en los que se estipula hacer algo, como entregar un fundo, cavar una fosa, construir una casa de viviendas, hacer una obra o algo similar, pues la división de estas prestaciones viciaría la estipulación. Celso en el libro 38 *dig.* expresa que Tuberón sería de la opinión que cuando estipulamos que se haga algo, si esto no se hiciera, se debe pagar una cantidad de dinero (indemnización) y que, por lo tanto, una estipulación de este género resulta divisible, de manera que, según Celso, se dará la acción por la justa estimación del hecho.

Cuando se estipula una prestación consistente en hacer algo, si se incumpliera la obligación de hacer, el estipulante tiene derecho a reclamar una indemnización. Cabe destacar que, como indica la reconstrucción palingenética de Lenel¹¹⁵, el texto de Celso al que se refiere, en este caso, Ulpiano, pertenecería a una serie de comentarios a la *lex Furia de sponsu*, en virtud de

¹¹⁵ De acuerdo con Lenel, en este supuesto Celso se refiere a que la acción se da contra el promitente o su fiador, pues el texto pertenecería a una serie de comentarios sobre la *lex Furia de sponsu*. Vid. LENEL, O. *PIC*, I, § 269, p. 168. Por su parte, el texto de Ulpiano también parece referirse a la *lex Furia de sponsu*, vid. LENEL, O. *PIC*, II, § 643, p. 540.

la cual, cuando una deuda estuviese garantizada por diversos *sponsors* o *fideipromissores*, ésta debe dividirse a partes iguales entre los diversos fiadores (Gai. 3, 121). Este hecho permitiría explicar por qué motivo Celso indica que la obligación es divisible, en cuanto se trata del pago de una cantidad de dinero como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de hacer que, en principio, resultan indivisibles. En este caso y para poder salvar este texto, la referencia ha de entenderse realizada en el contexto del incumplimiento de una obligación de hacer garantizada por una pluralidad de fiadores y en aplicación de la *lex Furia de sponsu*, cuando la reclamación se realiza contra estos últimos. Es posible que, además, los compiladores hubieran intentado generalizar una regla que, en un principio, estaba únicamente pensada para el caso de la fianza¹¹⁶.

En cualquier caso, no faltan autores¹¹⁷ que consideran que la frase "*ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem*" es obra de los compiladores justinianos. Ricart¹¹⁸, además, destaca la similitud existente entre la parte final del texto ("*iusta aestimatione facti dandam esse petitionem*") y la constitución de Justiniano del año 530 que encontramos en C. 8, 37 (38), 13, 1.

Así pues y a modo de conclusión, es posible afirmar que, como mínimo durante la época clásica, en el caso de las *pactiones et stipulationes*, cuando el promitente fallecía y dejaba varios herederos, no existe duda de que la obligación de no hacer derivada de la *stipulatio poenae* subsiste y de que no se

¹¹⁶ En este sentido lo entiende GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazioni... cit.*, p. 172 y ss., quien advierte de las dificultades frente a las que se habría encontrado la aplicación de la *lex Furia de sponsu* en el caso de obligaciones indivisible. A tenor del texto de Ulpiano y la opinión de Celso, es posible que fuera Tuberón quien hubiera extendido la aplicación del beneficio de la *lex Furia de sponsu*, en el caso de las obligaciones indivisibles garantizadas por más de un fiador, a través de la interpretación que podemos ver en el texto.

¹¹⁷ Sobre todo la doctrina más antigua. como FERRINI, C. *Pandette*, p. 569 o BONFANTE, P. *Corso... cit.*, IV, p. 197. No nos referiremos aquí a los diferentes ejemplos que el jurista expone como obligaciones *in dando* e *in faciendo*, aunque este último autor subraya la inclusión del ejemplo de "*fundum tradi*" entre las obligaciones de hacer.

¹¹⁸ RICART MARTÍ, E. *Nomina hereditaria... cit.*, p. 94.

divide entre los diversos herederos. En los supuestos en que la conducta prohibida es realizada por uno de los herederos, esto implica, automáticamente, que el resto de coherederos también incurran en la pena que se hubiere pactado —*unius facto omnes teneri*— y que todos los herederos estén sujetos al pago de ésta *in solidum*, dicho de otro modo, se les habría aplicado un régimen de responsabilidad solidaria: *siguli in solidum tenentur*.

En cuanto a las relación interna entre coherederos, para el regreso del heredero que debió pagar la totalidad de la pena o el resarcimiento del daño se haría necesario, según recuerda Paulo en D. 10, 2, 44, 5 (6 *Sab.*), el establecimiento de cauciones; de otro modo, la compensación entre los herederos sólo podría tener lugar en el momento de disolverse el estado de comunidad, al realizarse la adjudicación de las *res hereditarias*, teniendo en cuenta el aumento de valor que ha experimentado el fundo afectado por una servidumbre, al extinguirse la *stipulatio* de ejercicio —siempre y cuando se entienda que la realización de la conducta prohibida por uno de los herederos y el posterior pago de la indemnización extinguen la obligación, cuestión que creemos que se debe determinar según el caso concreto.

4.2.2. Pluralidad de sujetos en la parte acreedora

Mucho más problemática resulta la determinación del régimen aplicable de la reclamación del pago de la pena por los herederos del estipulante, es decir, cuando existe una pluralidad de sujetos en la parte acreedora de la relación, y éstos han sufrido la *prohibitio* del promitente. En este sentido resulta de especial interés el supuesto descrito en D. 45, 1, 2, 6 (Paul. 12 *Sab.*):

Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio an pro parte eius, qui prohibitus est. Nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur: si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur stipulatio.

Por contra, si hubiera fallecido el que se hizo estipular que no se le impediría ni a él ni a su heredero poder pasar y llevar ganado, y uno de sus herederos se viera impedido, diremos que habrá que distinguir cuando se incurre por entero en la estipulación o únicamente por la parte de aquél que se vio impedido. Porque si se añadió una pena, se incurre por entero, pero los herederos que no se han visto impedidos serán rechazados por la excepción de dolo malo; si no se hubiera añadido una pena, se incurre en la estipulación sólo por la parte de aquél heredero que sufrió la prohibición.

Nuevamente nos encontramos ante un texto de Paulo, perteneciente a sus comentarios al *ius civile*. El texto del § 2 de D. 45, 1, trata en general de la diferenciación entre las *stipulationes in faciendo* e *in dando* y estudia el diferente régimen jurídico de dichas *stipulationes*, refiriéndose, asimismo, en alguno de los fragmentos que integran el párrafo, a juristas de la etapa clásica alta como son Juliano y Pomponio.

Recordemos que en D. 45, 1, 2, 5, Paulo se ocupa de un caso de *stipulatio* de ejercicio, en el que se produce la sucesión del promitente, es decir, se ocupa de estudiar el incumplimiento de la *stipulatio* cuando existe una pluralidad de sujetos en la parte deudora y uno de ellos realiza un acto prohibido. Así en D. 45, 1, 2, 6 se ocupa de la situación contraria, la pluralidad de sujetos se da ahora en la parte acreedora.

De acuerdo con D. 45, 1, 2, 6, cuando se produce una conducta contraria a la prometida en la *stipulatio agere licere*, y uno de los herederos del estipulante se ve impedido en el ejercicio de la servidumbre de paso, cabe distinguir si se incurre por entero en la *stipulatio* o sólo por la parte de aquel heredero que se vió impedido. El hecho que determina que ocurra una cosa u otra será el haber estipulado o no una pena.

En el supuesto que se haya añadido una pena pensando en el caso de incumplimiento —recordemos que, en el caso de las *stipulationes* de ejercicio, cuando se añade una *poena*, nos encontraríamos, por regla general, ante la estructura de una *Doppelstipulation*¹¹⁹—, cuando se produce la *commissio poenae*, es posible reclamar la *poena* en su totalidad y no en función de la cuota hereditaria del heredero que sufrió la *prohibitio*¹²⁰.

No obstante, lo que sería importante subrayar en este texto es que, aunque, en los supuestos de pluralidad de sujetos en la parte deudora, se entienda que todos los herederos del promitente incurren en la pena y cualquiera de ellos queda obligado a su pago por entero (*unius facti omnis teneri*), desde el punto de vista de los herederos del estipulante, la *stipulatio* se entiende, asimismo, incumplida totalmente y por ello, sería exigible el total de la pena pactada, sin embargo, si el coheredero que intentara la acción contra el promitente no fuera el mismo que se ha visto impedido en el ejercicio de la servidumbre, el promitente podría oponerle la *exceptio doli*.

Por su parte, el no haber incluido una pena parece que daría lugar al efecto de división automática de la condena, de modo que el heredero que se vió impedido únicamente puede reclamar en función de su cuota hereditaria ("*si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur stipulatio*"). La razón de la diferencia se centraría en el elemento

¹¹⁹ Vid. el epígrafe 2.2 de este capítulo.

¹²⁰ Con dudas, FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 174, nt. 38.

del interés, como nos indica en D. 45, 1, 3, 1 (Ulp. 49 *Sab.*) el jurista contemporáneo a Paulo, Ulpiano, partiendo de un caso relativo a la *stipulatio habere licere* (cabe recordar las semejanzas existentes entre este tipo de *stipulationes* y las relativas al ejercicio de una servidumbre):

Sed haec differentia illam habet rationem, quod, ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subiecta sit: nam poena subiecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit. Enimvero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes: interest enim prohibiti a nemine prohiberi.

La razón de la diferencia está en que cuando uno de los herederos (del estipulante) se ve impedido, no puede otro coheredero ejercitar la *actio ex stipulatu*, pues no tiene interés si no se ha añadido una pena, ya que la inclusión de la pena hace que se incurra en la estipulación respecto de todos los herederos, porque ya no nos preguntamos quién tiene interés¹²¹. En cambio, cuando es uno de los herederos (del promitente) el que prohíbe, todos quedan obligados, pues quien se ve impedido (en el ejercicio de la servidumbre) tiene interés en no verse impedido por nadie más.

La falta del elemento del interés sería lo que determina que, cuando no se ha prometido una pena, tan sólo se incurra en la *stipulatio pro parte* del heredero que se vió impedido ("*si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur stipulatio*"), y el resto de herederos del estipulante no podrán ejercer la *actio ex stipulatu*, porque les faltará el interés ("*ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest*"). Esto sería así, como decíamos, siempre y cuando no se añadiera una pena a la *stipulatio*, porque en el caso que se hubiera

¹²¹ Vid. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 54.

establecido una pena, la situación varía.

La promesa de una pena para el caso que se produzca un incumplimiento provoca que no se tenga en cuenta el elemento del interés y por ello, al producirse el incumplimiento, se incurre por la totalidad de la pena prometida y cada heredero-acreedor está legitimado activamente para reclamar el pago de la pena ("*nam poena subiecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit*"). Si bien, cabe recordar que, en este caso, Paulo en D. 45, 1, 2, 5 (12 Sab.) puntualiza que, frente a la reclamación entablada por cualquiera de los herederos del estipulante que no se hubiera visto impedido en el ejercicio de la servidumbre, el deudor podría oponer la *exceptio doli* ("*sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur*").

Así pues, en la práctica, parece que ambas situaciones no se diferencian tanto, ya que si bien en el caso de no prometerse una pena, de acuerdo con el criterio del interés, tan sólo puede entablar la acción el heredero que se vio impedido, en el supuesto en que sí se incluye una pena en la *stipulatio*, si ejerce la *actio ex stipulatu* uno de los herederos que no sufrió la *prohibitio*, el promitente podrá hacer valer la *exceptio doli*, de acuerdo con Paul. D. 45, 1, 2, 6 ("*Nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur*"); por lo que, en definitiva, la reclamación únicamente podrá efectuarla, en cualquiera de los casos, el heredero del estipulante que sufrió la *prohibitio*.

Así pues, en lo único que incidirá el haber añadido o no una pena a la *stipulatio* será en la fijación de la cuantía condenatoria; pues, cuando no se hubiera añadido una pena, la condena del promitente se deberá establecer en función de la cuota del heredero del estipulante que sufrió la *prohibitio*; mientras que, en el caso de haberse añadido una pena, la condena deberá realizarse por el total de la pena establecida.

La parte final del texto parece contraponer el caso de pluralidad de herederos en la parte acreedora al supuesto en el que la pluralidad de herederos se da en la parte deudora. En éste último caso, el acto prohibitorio de uno de los herederos del promitente perjudica (obliga) al resto, porque, en este último supuesto, se entiende que al acreedor que se ve impedido en el ejercicio de la servidumbre le interesa no verse impedido por el resto de herederos que no incumplieron la obligación ("*Enimvero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes: interest enim prohibiti a nemine prohiberi*"). En este sentido, el interés del estipulante en no verse impedido en el ejercicio de la servidumbre se ve vulnerado en su totalidad, de aquí que el acto de uno de los herederos del promitente obligue al resto de coherederos y, si fueran demandados, no podrían oponer excepción alguna.

Este comportamiento desigual de las *stipulationes* de ejercicio que hemos podido observar a través de los anteriores textos estudiados, según la obligación se contemple desde el lado activo o pasivo de la relación y según incluyan o no la promesa de una pena, para algunos autores, como es el caso de Guarneri Citati¹²², carecería de sentido, por lo que tradicionalmente se ha entendido que el texto de D. 45, 1, 2, 6 no estaría expresando la regla que habría regido en el derecho clásico, sino que responde a las necesidades y reformas llevadas a cabo por el derecho justiniano.

Según estos autores, parece que sería más lógico que se hubiera aplicado también, desde el punto de vista de la parte acreedora, el régimen de la solidaridad. Aunque nos parece muy posible que, ya en época clásica, mediante el pretor o a partir de la jurisprudencia se hubieran introducido algunos criterios correctivos, en pro de la situación del deudor, frente a un régimen jurídico cuya estricta aplicación podía dar lugar a situaciones injustas o problemáticas. Entre estos correctivos podrían citarse la posibilidad de que el

¹²² GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazione... cit.*, p. 198 y ss. SOLAZZI, S. *Stipulazioni di servitù... cit.*, p. 130 y ss.

promitente hiciera valer la *exceptio doli* ante el heredero que no se viera impedido en el ejercicio de la servidumbre¹²³ o, incluso, el hecho de que la condena se limitara interés del demandante, cuando no se hubiera añadido una pena. Todo ello teniendo en cuenta que, por regla general y según se interprete la finalidad de la *stipulatio* de ejercicio, es posible que las partes que la concluyeran estuvieran pensando en que la *stipulatio* debía proteger frente a sucesivos actos prohibitorios y no respecto de un acto aislado.

En cualquier caso, los hechos que hacen dudar a los autores sobre la genuinidad del anterior texto de Ulpiano y que, por tanto, les conduce a pensar que el régimen que expresa sea el propio del derecho justiniano, serían los siguientes:

a) En las obligaciones indivisibles no es el interés del acreedor, sino más bien el carácter indivisible el factor que determina la *commissio in solidum*. La *commissio pro parte* de una obligación indivisible sería contraria a las normas clásicas, que no distinguirían al tratar una obligación indivisible, una situación de pluralidad de sujetos en el lado activo de otra con pluralidad de sujetos en el lado pasivo, como puede comprobarse en el mismo texto de D. 45, 1, 2, 2 (Paul. 12 Sab.):

Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eandem rem omnes dederint: non enim ex persona heredum condicio obligationis immutatur. Et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in

¹²³ Vid. El epigrafe 4.1 de este capítulo, en cuanto nos fijamos a los criterios subjetivos para incurrir en la *stipulatio poenae*.

Asimismo, es destacable que se conceda esta misma *exceptio* en otros casos en los que se aplica la *stipulatio poenae*, si bien, bajo distintas circunstancias. Así por ejemplo, en el caso del *vadimonium*, cuando se promete la comparecencia en juicio de diversos esclavos y se garantiza con una *poena*, vid. D. 2, 11, 9, 1 (Ulp. 77 *ad ed.*). Labeón distingue, en este texto, si la pena se ha estipulado proporcionalmente a cada esclavo o no, si es así y no comparecen todos los esclavos, el promitente puede oponer la *exceptio doli* frente a la reclamación de la pena en la proporción de aquellos esclavos que sí comparecieron. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 167 y ss. ZIMMERMAN, R. *The law of obligations... cit.*, p. 112.

solidum tenentur: sed quo casu unus ex heredibus solidum praestiterit, repetitionem habebit a coherede familiae erciscundae iudicio. Ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viae vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem: sed quidam hoc casu extingui stipulationem putant, quia per singulos adquiri servitus non potest: sed non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis.

(...) Y por esto, si la cosa prometida es indivisible, como la servidumbre de *via*, los herederos del promitente quedan obligados por la totalidad, pero en el caso que uno de los herederos haya pagado la totalidad, este heredero tendrá derecho a repetir lo que corresponda a su coheredero mediante la *actio familiae erciscundae*. Por lo que puede suceder, según dice Pomponio, que los herederos del que se hizo estipular las servidumbres de *via* o de *iter* tengan la acción por el todo; pero algunos consideran que, en este caso, la estipulación se extingue, ya que no es posible que uno solo de los herederos adquiera la servidumbre, sin embargo, la dificultad de la prestación no debe hacer inútil la estipulación.

Nos interesa el contenido de este texto a partir de "*Et ideo...*", pues la parte inicial se refiere al fragmento anterior, en el que Paulo se ocupa de obligaciones alternativas. En este texto, en el que se habla de la obligación de constituir una servidumbre, aparece claramente expresado que "*heredes promissoris singuli in solidum tenentur*"¹²⁴, pero a su vez y refiriéndose a la opinión de Pomponio, indica que "*stipulatoris viae vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem*" y, por tanto, la situación no variaría al producirse el fenómeno de la sucesión. La misma necesidad de entablar la reclamación por entero se desprende de D. 45, 1, 85 pr., anteriormente estudiado, donde se expresa "*aliud, quod totum peti necesse est nec divisum praestari potest*".

¹²⁴ Sobre la referencia a la *actio familiae erciscundae*, téngase en cuenta lo que se ha expresado anteriormente, sobre todo al referirnos a D. 45, 1, 25 (Paul. 12 Sab.). Asimismo, RICART MARTÍ, E. *Nomina hereditaria... cit.*, p. 93 y 98 y en *Nomina hereditaria divisa sunt indivisa pignoris causa... cit.*, p. 244 y 245.

Cabe destacar la parte final del texto en el que, partiendo de la opinión de Pomponio¹²⁵, ambos juristas realizan un esfuerzo por compatibilizar la idea de que cada heredero puede ejercer la acción por el todo ("*heredes singuli in solidum habeant actionem*") y el principio conforme al cual, las servidumbres no se pueden adquirir ni imponer por partes (*per partes nec adquiri nec impone servitutes posse*¹²⁶), lo que no implica la extinción de la *stipulatio* al producirse la sucesión que da lugar a la pluralidad de sujetos en la parte acreedora¹²⁷.

Así pues, del texto únicamente podemos extraer la conclusión de que, desde el punto de vista de los herederos del promitente, cada uno de ellos quedaría obligado a la realización de la totalidad de la prestación, ya que no resulta divisible; mientras que, desde el punto de vista de los herederos del estipulante, sabemos, a través de una cita a Pomponio, que la obligación subsistiría, pese a que no es posible la adquisición de una servidumbre por partes, y que cualquiera de los herederos estaría legitimado a ejercer la reclamación frente al promitente. Sin embargo, nada se indica sobre si la condena, en este último supuesto, se limitaría o no a la cuota del heredero demandante.

La opinión de Pomponio puede comprobarse en el siguiente texto de

¹²⁵ Cfr. D. 8, 1, 17 (Pomp. *sing. reg.*): *Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est: et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt: et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.*

¹²⁶ *Vid.* Capítulo. I, epígrafe 3.3 de este trabajo.

¹²⁷ La referencia final del texto tiene precedente en un libro anterior del mismo comentario al *ius civile* de Paulo, que puede verse en D. 8, 3, 19 (Paul. 7 *Sab.*) *in fine*: *Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest: sed si omnes stipulentur sive communis servus, singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt, quia ita dari eis potest: ne, si stipulator viae plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat.*

Incluso, el generalmente crítico Solazzi parece no poner en duda la autenticidad de la parte final del texto, SOLAZZI, S. *Stipulazioni di servitù... cit.*, p. 132 y 133. GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazioni... cit.*, p. 48, cree posible la alteración del texto en su forma, pero no en el fondo. *Vid.* MEFFERT, K. *Die Streitgenossenschaft... cit.*, p. 59 y ss.

Ulpiano, pero en este caso, la acción a la que se refiere sería la *vindicatio servitutis*. Cabe destacar que, en este caso, se parte del criterio del interés para determinar el alcance de la condena, similarmente a lo que ocurre en D. 45, 1, 3, 1 (Ulp. 49 *Sab.*) :

D. 8, 5, 4, 3 (Ulp. 17 *ad ed.*): *Si fundus, cui iter debetur, plurimum sit, unicuique in solidum competit actio, et ita et Pomponius libro quadragensimo primo scribit: sed in aestimationem id quod interest veniet, scilicet quod eius interest, qui experietur. Itaque de iure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod eius interest revocabitur, quamvis per unum adquiri servitus non possit*¹²⁸.

Si el fundo dominante perteneciere a varios, a cada uno de ellos compete la acción (confesoria) por el todo, y así lo escribió también Pomponio en el libro 41 (*ad ed.*). Pero en la estimación se tomará en cuenta únicamente el interés del demandante. Así cada uno podrá ejercitar la acción por el mismo derecho y su victoria aprovechará también a los otros, pero la estimación se contraerá a su interés, a pesar de que uno solo no pueda adquirir la servidumbre.

Resulta curioso cómo Ulpiano recurre a una opinión de Pomponio para justificar que cada comunero podría ejercer la acción solidariamente, pero en este caso, de producirse la condena, la *litis aestimatio* debería fijarse por el interés lesionado del comunero que ejerce la *vindicatio servitutis*. Que Ulpiano recurra a Pomponio puede ser un indicio de los problemas que una situación como ésta debía plantear a la jurisprudencia clásica, especialmente desde la óptica del proceso, al existir una pluralidad de copropietarios del fundo dominante y partiendo de que el ejercicio de la servidumbre es indivisible (cfr. D. 8, 1, 17 *Pomp. reg.*). Cabe resaltar cómo, en la parte final de D. 45, 1, 2, 2, Paulo recuerda las dificultades que la sucesión del estipulante podía entrañar,

¹²⁸ BEHRENDTS, O. *et al.*, *CIC*, II, p. 708.

en el caso de haberse estipulado una servidumbre, advirtiendo de que "*quidam hoc casu extingui stipulationem putant, quia per singulos adquiri servitus non potest*".

Es muy probable que esta situación planteara dudas y discusiones en la jurisprudencia: de un lado, en relación con el carácter indivisible de las servidumbres, por lo que de proceder la restitución del derecho, ésta no podría tener lugar por partes (cfr. D. 8, 5, 4, 4 Ulp. 3 *ad ed.*), y siguiendo este principio, se entendería que la reclamación y la condena tampoco podrían tener lugar por partes —a lo que se sumaría, además, el efecto preclusivo de la *litis contestatio*, que impediría sucesivas reclamaciones—, de modo que, en la fijación de la *litis aestimatio*, se debería incluir el interés de todos y cada uno de los comuneros; y, de otro lado, si se entiende que procede una condena de acuerdo con el régimen de la solidaridad, cuando fuera uno solo de los comuneros el que se viera impedido en el ejercicio de la servidumbre y, consecuentemente, se ejerciera la *vindicatio servitutis*, se plantearía la duda de si existe en este caso una especie de *pluris petitio*.

La solución que ofrece Pomponio, y que es seguida por Ulpiano, sería limitar la cuantía de la condena al interés del comunero que ejerce la *vindicatio servitutis*. Para evitar la consumición de la acción, el resto de comuneros podrían disponer a su favor de una *replicatio rei iudicatae secundum socium* frente a la *exceptio rei iudicatae* del demandado¹²⁹.

La misma solución se repite en otro conocido texto de Paulo, D. 10, 2, 25, 9 (23 *ad ed.*) *in fine*:

¹²⁹En este sentido, REDENTI, E. «Pluralità di parti nel processo civile (diritto romano)», en AG, 79 (1907), p. 3 y ss. y en sus *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milán, 1961, p. 3 y ss. MEFFERT, K. *Die Streitgenossenschaft... cit.*, p. 34 y ss. Este último autor considera posible que, en el caso en que el comunero hubiera perdido el litigio, el resto de comuneros pudieran exigir la *restitutio in integrum*, conclusión a la que parece llegar ex D. 8, 5, 19 (Marc. 5 *reg.*), a pesar de subrayar que el texto ha sufrido la alteración de los compiladores. En cualquier caso, reconoce la falta de textos jurisprudenciales que corroboren esta hipótesis.

An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur: veluti si is qui viam iter actus stipulatus erat decesserit, quia talis stipulatio per Legem Duodecim Tabularum non dividitur, quia nec potest. Sed verius est non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem et, si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.

Se duda si aquella estipulación en la que cada heredero tiene acción por el todo quedará incluida en esta acción (*actio familiae erciscundae*). Por ejemplo, si aquél que se hizo estipular la *via*, el *iter* o el *actus* hubiera fallecido, porque tal estipulación no se divide según la ley de las XII Tablas, porque no es posible su división. Es más verdadero que no se incluye esta estipulación en la *actio familiae erciscundae*, sino que a todos los herederos (del estipulante) les corresponde la acción por el todo y si no se prestara la servidumbre de camino, debe hacerse la condena en proporción a la cuota hereditaria de cada uno.

Nos parece posible que esta misma solución que hemos visto en el caso de la *vindicatio servitutis* se hubiera adoptado en el caso de las *stipulationes* de ejercicio, en relación con la reclamación realizada por parte de uno de los herederos del estipulante, de modo que la condena del promitente —cuando no se hubiera añadido una pena a la *stipulatio*— se hubiera limitado al interés de dicho heredero. Para evitar la consumición de la acción, sería posible incluir en la fórmula una *praescriptio pro actore*, sobre todo partiendo de la posibilidad de que se pudiera incurrir en la *stipulatio* en más de una ocasión¹³⁰.

b) El siguiente argumento se encuentra íntimamente relacionado con el anterior. La obligación de no hacer, tal y como es delineada en el fragmento, no tiene cabida en ninguna de las categorías en las que se dividen las obligaciones

¹³⁰ *Vid.* a continuación, el epígrafe 4.3.

de hacer o de no hacer desde el punto de vista de su divisibilidad o indivisibilidad, sino que es necesario desmembrarla y considerar separadamente lado activo y lado pasivo de la relación, de modo que uno entraría en la categoría de las obligaciones divisibles y, el otro en la de las indivisibles, respectivamente. No obstante, como hemos destacado anteriormente, es muy posible que la solución atribuida a Pomponio respondiera a necesidades prácticas, lo que justificaría un tratamiento distinto de la obligación, según si la pluralidad de sujetos se da en el lado activo o pasivo.

c) Para estos autores, en el derecho justiniano, resultaría típica la tendencia a tratar de manera diversa las obligaciones indivisibles pasivas y las activas, dando preferencia a la divisibilidad desde el punto de vista activo y a la indivisibilidad respecto del lado pasivo. En este sentido, se considera interpolado el texto de D. 10, 2, 25, 9 (Paul. 23 *ad ed.*), donde se introduce la divisibilidad a través del fraccionamiento de la condena en función de la cuota hereditaria de cada heredero del estipulante¹³¹ —recordemos además, que el regreso no constituye una facultad o derecho propiamente dicho hasta época justiniana, cuando puede ejercerse a través de una *actio utilis*.

Concretamente, Albertario¹³² expresa que la solidaridad romana en el derecho justiniano es irreconocible, pues las innovaciones que introduce Justiniano, sobre todo en materia procesal, conduce a una reforma del régimen

¹³¹ De este modo, la parte final del fragmento "*Sed verius est non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem et, si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet*" no expresaría el derecho propio de la época clásica, según, GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazioni... cit.*, p. 46 y ss. SOLAZZI, S. *Stipulazioni di servitù... cit.*, p. 134. MEFFERT, K. *Die Streigenossenschaft... cit.*, p. 56 y ss.

Todo ello, a pesar de que, como hemos visto anteriormente, la parte final del texto parece estar en concordancia con la opinión de Pomponio.

¹³² Concretamente, ALBERTARIO, E. *Le obbigazzioni solidali*, p. 220. Asimismo, GONZÁLEZ, A. *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en el derecho romano clásico*, Madrid, 1983, p. 155 y ss.

de la solidaridad, así por ejemplo la *litis contestatio* pierde su efecto consuntivo¹³³ de la acción y de la obligación y se convierte en una fase más del proceso, como consecuencia de ello, en materia de obligaciones solidarias, éstas pasaran a extinguirse por el pago de lo debido.

Por contra, de la lectura de D. 45, 1, 2, 6 podríamos extraer las siguientes conclusiones o razonamientos. La *commissio* de la *stipulatio* y, consiguientemente, de la pena se produce por entero, pero sólo puede reclamar el pago de la pena el heredero que ha sufrido la *prohibitio*. De acuerdo con esto, el resto de herederos no podrían entablar una reclamación —debido a la falta de interés o porque se les puede oponer la *exceptio doli*.

Por su parte, el heredero que sufre la *prohibitio* tan sólo tendría derecho al pago de la pena, pero, aunque se produzca la *commissio in solidum*, la obligación persiste (para el resto de herederos del estipulante) y si se produce una nueva *prohibitio*, volvería a darse la *commissio in solidum* de la *stipulatio* y de la pena —el hecho que el heredero que comete la *prohibitio* pueda oponer la *exceptio doli*, contra el resto de herederos del estipulante, demuestra que tiene interés en desvirtuar la acción del resto de herederos, si fuera de otro modo, es decir, si no dispusiera de esa excepción, se entendería que el heredero que

¹³³ Vid. C. 8, 40, 28 pr., 1, 2 y 3 Imp. Iustinianus: *Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari. * iust. a. iohanni pp. * <a 531 d. xv k. nov. constantinopoli post consulatum lampadii et orestis vv. cc.>*

1. *Invenimus enim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum, et ideo generali lege sancimus nullo modo electione unius ex fideiussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum fideiussoribus vel uno ex his electo liberationem mereri, nisi satisfiat creditori, sed manere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur vel alio modo satis ei fiat. <a 531 d. xv k. nov. Constantinopoli post consulatum lampadii et orestis vv. cc.>*

2. *Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. <a 531 d. xv k. nov. Constantinopoli post consulatum lampadii et orestis vv. cc.>*

3. *Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacumque parte possit ius creditoris mutilare? <a 531 d. xv k. nov. Constantinopoli post consulatum lampadii et orestis vv. cc.>*

incumplió debería solidariamente a todos los herederos la totalidad de la pena y su pago lo liberaría de pagar frente al resto.

Pero cabría preguntarse si estos razonamientos serían posibles desde la óptica del derecho clásico. De este modo, contra la hipótesis de que la pena pudiera cometerse más de una vez *in solidum*, Guarneri Citati¹³⁴ encuentra una dificultad de orden procesal, como es el efecto preclusivo de la *litis contestatio* en el Derecho clásico, sobre todo en lo que se refiere al tipo de *stipulationes* que estamos estudiando. Desde nuestro punto de vista, del mismo modo que defiende Knütel¹³⁵, este problema podría resolverse a través de la inclusión de una *praescriptio pro actore* en la fórmula, lo que hubiera permitido al heredero que hubiera sufrido la *prohibitio* reclamar el pago de la pena y que la acción tan sólo se consumiera para él, si éste fuera el caso, y subsistiera para el resto de herederos. Sin embargo no disponemos de textos concretos que nos permitan conocer la solución adoptada en el caso de estas *stipulationes*.

Este problema entroncaría con la cuestión de si resulta posible que la *stipulatio poenae* protegiera no sólo respecto de un único acto aislado que impide, en nuestro caso, el ejercicio de la servidumbre en cuestión, sino respecto de cualquier acto de impedimento, con independencia de que lo cometa el promitente o sus herederos. Sobre esta cuestión nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

¹³⁴ GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazioni... cit.*, p. 204 y ss.

¹³⁵ KNÜTEL, R. «Der mehrfache Verfall von Kautionen», en *SZ*, 92 (1975), p. 153.

4.3. Posibilidad de reiteración de la commissio poenae: semel comissa poena amplius comitti non potest¹³⁶?

En D. 45, 1, 2, 6, (Paul. 12 Sab.) —y será lo que ocurra más frecuentemente— nos encontramos ante una *stipulatio incerta* —*stipulatus erat sibi heredique suo agere licere*—, con lo cual, en el momento de entablar la reclamación de la pena, la fórmula debería presentar una *intentio* que expresara *quidquid dare facere oportet*¹³⁷. No obstante, al actuar con este tipo de fórmulas, de acuerdo con Gayo, suele producirse *qua incertum petimus, totam obligationem in hoc iudicium deducimus*¹³⁸, de modo que se produciría la

¹³⁶ Esta *regula iuris* encuentra su origen en el ámbito del *compromissum*, concretamente en el famoso pasaje de Paulo recogido en D. 4, 8, 34, 1 (13 *ad ed.*): *Semel comissa poena solvi compromissum rectius puto dici nec amplius posse committi, nisi id actum sit ut in singulas causas totiens committatur*. La parte final del texto parece afirmar la posibilidad de que las partes que concluyen el *compromissum* pacten que sea posible incurrir en la pena en tantas ocasiones como cuestiones se someten a arbitraje. Este texto ha sido profundamente estudiado por la doctrina romanista, que suele ponerlo en conexión con otro fragmento de Paulo, presente en D. 4, 8, 30 (13 *ad ed.*). Creemos más prudente no entrar en un análisis del texto, pues, aunque se ocupa de la posibilidad de que se incurra en la *poena* en diversas ocasiones, esta cuestión se encuentra íntimamente ligada a la naturaleza y régimen jurídico del *compromissum*, tema que se escapa de nuestro estudio. Sobre este texto, *vid.* GUARNERI CTATI, A. *Studi sulle obbligazioni... cit.*, p. 213 y ss. TALAMANCA, M. *Ricerche... cit.*, p. 76 y ss.

¹³⁷ Gai. 4, 54: *Illud satis apparet in certis formulis plus peti non posse, qui cum certa quantitas non petatur, sed QUIDQUID PARET adversarium DARE FACERE OPORTERE intendatur, nemo potest plus intendere. Idem iuris est, et si in rem incertae partis actio data sit, velut talis: QUANTAM PARTEM PARET IN EO FUNDO, QUO DE AGITUR, actoris ESSE, quod genus actionis in paucissimis causis dari solet.*

¹³⁸ Gai. 4, 131: *Saepe enim ex una eademque obligatione aliquid iam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est, uelut cum in singulos annos uel menses certam pecuniam stipulati fuerimus. Nam finitis quibusdam annis aut mensibus huius quidem temporis pecuniam praestari oportet, futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intellegitur, praestatio uero adhuc nulla est; si ergo uelimus id quidem, quod praestari oportet, petere et in iudicium deducere, futuram uero obligationis praestationem in integro relinquere, necesse est, ut cum hac praescriptione agamus: EA RES AGATVR, CVIVS REI DIES FVIT. Alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula, qua incertum petimus, cuius intentio his uerbis concepta est: QUIDQUID PARET NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTERE, totam obligationem, id est etiam futuram, in hoc iudicium deducimus, et quae ante tempus obligati [. . . . vv. 1 3/4]*

y 4, 131 a: *Item si uerbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: EA RES AGATVR DE FVNDO MANCIPANDO, ut postea, si uelimus uacuum possessionem nobis tradi, [. . . . vv. 1 1/4] re sumus, totius*

consumición de la acción.

Para evitar la consumición de la acción, obviamente, podría recurrirse a la *praescriptio pro actore*, sin embargo, como decíamos, no encontramos en las fuentes ningún ejemplo que nos ilustre la utilización de la *praescriptio pro actore* en el caso de este tipo de *stipulationes*¹³⁹. No obstante, en D. 45, 1, 133, Escévola se refiere a una *stipulatio* de no hacer violencia que presenta algunas similitudes con las *stipulationes* que nos ocupan y presumiblemente puede relacionarse con la existencia de una servidumbre, a cuya constitución sigue una caución estipulatoria.¹⁴⁰

D. 45, 1, 133 (Scaev. 13 *quaest.*): *Si sic stipulatus sim: "neque per te neque per heredem tuum vim fieri spondes?" Et egi, quod mihi vim feceris, recte remanere factum heredis in stipulatione. Nam et ex ipsius posteriore vi potest committi stipulatio: non enim ad unam vim pertinet. Nam sicut et ipsius et heredis caput, ita ipsius vis vel saepius facta complectitur, ut condemnetur quanti interest. Aut si sic volumus factam esse stipulationem: "neque per te neque per heredem tuum fieri?", ut ad unam vim primam teneat: si vim fecerit, amplius ex heredis committi non poterit: ergo si actum sit quasi ex ipsius vi, tota consumpta sit: quod non est verum.*

Si he estipulado de la siguiente manera "prometes que ni por ti ni por tu heredero se hará violencia?" Y te

illius iuris obligatio illa incerta actione: QUIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere uolentibus de uacua possessione tradenda nulla supersit actio.

¹³⁹ Gayo al tratar la *praescriptio* en los fragmentos anteriormente expuestos señala dos ejemplos en los que debería incluirse la *praescriptio* en la fórmula: el supuesto de la *stipulatio de certam pecuniam in singulos annos vel menses* (Gai. 4, 131) y el caso de la compraventa, para diferenciar si el litigio debe versar sobre la *mancipatio* de la *res Mancipi* comprada o de la entrega de la *vacua possessio* de ésta (Gai. 4, 131 a).

¹⁴⁰ En el mismo sentido, KNÜTEL, R. *Der mehrfacher Verfall... cit.*, se ocupa de este texto en las p. 150 a 153. COCH ROURA, N. *La forma estipulatoria... cit.*, p. 211 y ss. FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 178.

demandé, porque hiciste violencia contra mi, subsiste el hecho de la violencia del heredero en la estipulación. Pues el propio promitente puede incurrir en la estipulación por un acto de violencia posterior, ya que la estipulación no se refiere exclusivamente a un único acto de violencia. Del mismo modo que abarca a la persona del promitente y a la de su heredero, también comprende los diversos actos de violencia del promitente, para que se le condene a indemnizar el interés del demandante. Porque si queremos que la estipulación de no hacer (violencia) ni tú ni tu heredero quede referida únicamente al primer acto de violencia, y el promitente ya lo hubiera cometido, no podría incurrir en la estipulación el heredero y, consecuentemente, si se demandó por ese primer acto de violencia, se habría agotado la acción, lo que no es cierto.

En este fragmento, Escévola trata de la *stipulatio "neque per te neque per heredem tuum vim fieri spondes?"* y se refiere a la posibilidad de que se incurra en más de una ocasión en la pena y debido a actos diferentes llevados a cabo por el promitente o por sus herederos o, incluso, por reiterados actos de violencia de uno de ellos. Nos encontraríamos ante un problema de interpretación de la *stipulatio*, no en balde este texto pertenece a las *quaestiones* de Escévola¹⁴¹.

Las cuestiones que plantea el fragmento serían las siguientes:

a) En primer lugar, se plantea si el promitente, que ya ha incurrido en la *stipulatio* y contra el cual se ha producido la reclamación por parte del estipulante, puede incurrir nuevamente en la *stipulatio* por un acto de violencia posterior o, por el contrario, debe entenderse que la *stipulatio* ya se ha consumido (consumición de la acción como consecuencia de la *litis contestatio*).

Escévola entiende que dicha *stipulatio* incluye o contempla dos tipos de

¹⁴¹ KNÜTEL, R. *Der mehrfache Verfall... cit.*, p. 151.

violencia, la *vis* del promitente y la *vis* de sus herederos. Esta diferenciación recaería en la línea del principio *tot stipulationes quot res*¹⁴², que resultaría esencial para evitar el efecto consuntivo de la *litis contestatio*.

Hay quien entiende —como sería le caso de Knütel¹⁴³ y a cuya opinión nos sumamos— que lo que se estaría prometiendo aquí sería el hallarse libre de intromisiones o de violencia (*Störungsfreiheit*), sobre todo en relación con la expresión "*non enim ad unam vim pertinet*", pero como mínimo, del fragmento puede extraerse que no sólo constituye el objeto de la *stipulatio* el *factum promissoris*, sino que también el *factum heredis*, de manera que ante un supuesto de violencia de los herederos se puede volver a incurrir en la *stipulatio* (*nam et ex ipsius posteriore vi potest committi stipulatio*"). En cualquier caso, tendría sentido pensar que el estipulante, tratándose de una servidumbre, con esta *stipulatio* pretenda evitar cualquier acto de violencia o perturbación en el disfrute de ese derecho. La finalidad de la *stipulatio* sería, por tanto, asegurarse un determinado estado de cosas.

La explicación de por qué debe optarse por esta solución seguiría a continuación "*aut si sic volumus factam esse stipulationem: 'neque per te neque per heredem tuum fieri?', ut ad unam vim primam teneat: si vim fecerit, amplius ex heredis committi non poterit: ergo si actum sit quasi ex ipsius vi, tota consumpta sit: quod non est verum*".

¹⁴² D. 45, 1, 29 pr. (Ulp. 46 Sab.): *Scire debemus in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summae sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt. Secundum quod evenit, ut mixta una summa vel specie, quae non fuit in praecedenti stipulatione, non fiat novatio, sed efficit duas esse stipulationes. quamvis autem placuerit tot esse stipulationes, quot summae, totque esse stipulationes quot res: tamen si pecuniam quis, quae in conspectu est, stipulatus sit, vel acervum pecuniae, non tot sunt stipulationes, quot nummorum corpora, sed una stipulatio: nam per singulos denarios singulas esse stipulationes absurdum est. Stipulationem quoque legatorum constat unam esse, quamvis plura corpora sint vel plura legata. sed et familiae vel omnium servorum stipulatio una est. Itemque quadrigae aut lecticariorum stipulatio una est. At si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt, quot corpora.*

¹⁴³ KNÜTEL, R. *Der mehrfache Verfall... cit.*, p. 151.

Es decir, si se debiera entender comprendida únicamente en la *stipulatio* la violencia del promitente, después de la muerte de éste y ante un nuevo acto de violencia llevado a cabo por sus herederos, ya no sería posible que se incurriera nuevamente en la *stipulatio*. Además, cabe destacar que la *stipulatio* contiene la *mentio heredis*, con lo cual y con más razón, sería plenamente transmisible a los herederos¹⁴⁴. Esta solución sería la que parecería más lógica a la luz del texto y parece que expresaría mejor la verdadera intención de las partes al realizar la *stipulatio*, especialmente si se parte de la existencia de una servidumbre.

b) Más dudas parece suscitar la segunda cuestión que plantea el fragmento "*nam et ex ipsius posteriore vi potest committi stipulatio: non enim ad unam vim pertinet. Nam sicut et ipsius et heredis caput, ita ipsius vis vel saepius facta complectitur, ut condemnetur quanti interest*", que ha sido considerado como interpolado por Guarneri Citati¹⁴⁵, quien entiende que el fragmento viene a expresar la idea propia del derecho justiniano de que la *stipulatio vim non fieri* se refiere no sólo a un único acto de violencia, sino a todas las violaciones sucesivas, de ahí que pueda incurrirse en ella *in solidum* en más de una ocasión, de modo que la condena se fijaría, en cada caso, en función del interés lesionado. Esta teoría no encajaría con el efecto extintivo de la *litis contestatio*.

El fragmento expresaría que la *stipulatio* incluiría no sólo los actos de violencia del promitente, sino que también los de los herederos y, a su vez,

¹⁴⁴ Para Finkenauer, la *mentio heredis*, en este caso, nada tendría que ver con la posibilidad de que la *stipulatio* se transmitiera a los herederos, sino que nos encontraríamos, más bien, ante una obligación con tendencia a extenderse en el tiempo (*dauerhafte Verpflichtung*), de ahí la mención. FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 179 y ss.

¹⁴⁵ GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazioni indivisibili... cit.*, p. 207 y 212. RICART MARTÍ, E. *Nomina hereditaria... cit.*, p. 110, también subraya las dudas que plantearía esta parte del texto de Escévola.

incluiría los sucesivos actos de violencia de estos, de modo que no protegería frente a un único o aislado acto de violencia, sino que respecto de cualquier acto de violencia que pudiera producirse.

En este sentido, el jurista justifica esta idea recurriendo a un *argumentum ad absurdum*: si se entendiera que la *stipulatio* sólo incluye un único acto de violencia, al realizar este acto el promitente, tras su muerte ya no sería posible volver a incurrir en la *stipulatio* y se habría consumido la acción para reclamar ante un nuevo acto de violencia¹⁴⁶. De este modo, también cabe aceptar que la *stipulatio*, al referirse a los sucesivos actos de violencia del promitente y de sus herederos, en definitiva y cómo ya advertíamos anteriormente, la *stipulatio* acabaría por asegurar que se mantuviera una situación en la que se dé la denominada *Störungsfreiheit*: "*aut si sic volumus factam esse stipulationem: "neque per te neque per heredem tuum fieri?"*", *ut ad unam vim primam teneat: si vim fecerit, amplius ex heredis committi non poterit: ergo si actum sit quasi ex ipsius vi, tota consumpta sit: quod non est verum.*"

Del fragmento pues, es posible extraer las siguientes conclusiones: en primer lugar, ante un acto de violencia del promitente, la reclamación entablada contra éste no da lugar a que la acción se consuma y no sea posible iniciar una nueva reclamación posterior contra el heredero. Para que pueda entablarse dicha reclamación posterior cuando se producen sucesivos actos de violencia, sería necesario recurrir a una *praescriptio pro actore*. En segundo lugar, cabe destacar que la condena no se calcula a partir del interés general que el estipulante tiene en la *Störungsfreiheit*, sino a partir de cada acto aislado de violencia, cuando no se hubiera estipulado una pena.

¹⁴⁶ KNÜTEL, R. *Der mehrfache Verfall... cit.*, p. 152, "Es wäre widersinnig wenn man nach einmaliger Verwirkung durch den Promittenten annehmen wollte, die Stipulation könne bis zu dessen Tod nicht mehr verfallen, hernach könne sie aber vom Erben wieder verwirkt werden. Deshalb ist anzunehmen, dass die Stipulation mehrmals verfallen kann; sie sichert folglich den Zustand dauernder Störungsfreiheit. Zum Schutze langwährender Rechtspositionen, wie gerade bei Wegerechten, ist dies das sinnvollste Ergebnis".

5. Tutela de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*

La visión desde un punto de vista propiamente procesal de las constitución de las servidumbres y del usufructo *pactionibus et stipulationibus* es, sin duda, la que más polémica genera. El silencio de Gayo en 2, 31, en cuanto a la posible tutela de las relaciones que surgen de las *pactiones et stipulationes*, así como las diferentes referencias en algunas fuentes jurisprudenciales a la posible concesión de *actiones in rem utiles/in factum* o, incluso, de la propia *actio Publiciana*, han dado lugar a diferentes opiniones, la mayor parte de las veces encontradas.

No se suele poner en duda la tutela interdictal de las servidumbres y el usufructo constituidos *pactionibus et stipulationibus*, así como tampoco —lógicamente— la importancia de la inclusión de la *stipulatio poenae* como garantía del normal ejercicio de los anteriores derechos. Esta situación varía radicalmente, cuando se trata de determinar si la relación que surge de las *pactiones et stipulationes* encontraría tutela mediante una *actio in rem* y, en el caso de ser así, cuál sería la naturaleza de dicha acción.

Como expresa Corbino¹⁴⁷, es muy posible que, en un momento inicial, la eficacia real se consiguiera sólo *de facto*, a través del concurso de la *exceptio pacti* o *doli*, derivada de las *pactiones* y a oponer al ejercicio de la *actio negatoria*, y de la acción personal derivada de la *stipulatio* (generalmente *stipulatio poenae*), amén de la posibilidad de ejercer la tutela interdictal. Posteriormente, se habría considerado necesario la concesión de una acción real, ya fuera una *vindicatio utilis* o incluso la *actio Publiciana*.

¹⁴⁷ CORBINO, A. voz «Servitù (dir. rom.)», en *ED*, XLII, p. 256 y 257.

5.1. Tutela interdictal

Pese a la ya mencionada evolución de las servidumbres, desde una configuración materialista a otra como *iura in re aliena*, el ejercicio de las servidumbres continúa siendo tutelado a través de interdictos, en este caso, especiales —o cuasiposorios, según Gai. 4,139—, al no poder hablarse de posesión más allá de las cosas corporales. Estos interdictos especiales se construyen a imagen y semejanza de los interdictos que protegen la posesión sobre las cosas y se conservaron en la compilación justiniana, concretamente en libro 43º del Digesto, títulos 19. *De itinere actuque privato*, 20. *De aqua cottidiana et aestiva*, 21. *De rivis*, 22. *De fonte* y 23. *De cloacis*, en los que predominan fragmentos pertenecientes a Ulpiano, especialmente de su comentario al edicto pretorio¹⁴⁸.

Esta tutela interdictal se fundamenta, como decíamos, no en la posesión de un derecho —al menos en un principio¹⁴⁹—, sino en el ejercicio de estos derechos (*usus*) *nec vi, nec clam, nec precario* y, en la mayoría de las ocasiones, con independencia de que la servidumbre haya sido constituida conforme al *ius civile* o no. A título de ejemplo, en el caso de las servidumbres rústicas de *iter, via, y actus*:

D. 43, 19, 1 pr. (Ulp. 70 *ad ed.*): *Praetor ait: "quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto"*.

¹⁴⁸ No desarrollamos en este epígrafe los diferentes interdictos relativos a las servidumbres, sino que nos centraremos en estudiar las razones que permiten afirmar la tutela interdictal en el caso de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*, ya sea en provincias o sobre suelo itálico.

¹⁴⁹ Acerca de la discusión sobre el reconocimiento de la *possessio iuris* en el Derecho romano clásico, *vid.* Capítulo V, epígrafe 3.2.1.

Dice el pretor: prohibo que se impida por la violencia que puedas usar la senda o paso de ganado de que se trata, o del camino, que has usado en este último año sin violencia o clandestinidad, ni en precario, respecto a la otra parte.

Como puede observarse en el texto de Ulpiano, el pretor concede este interdicto prohibitorio siempre que se haya ejercido el contenido de la servidumbre en el año anterior y que dicho ejercicio haya tenido lugar *nec vi, nec clam, nec precario*. En el texto nada se dice sobre la necesidad de que quien solicita el interdicto deba ser titular de una servidumbre constituida conforme al *ius civile* (D. 43, 19, 1, 2), sino que debe demostrar que usó *sine vitio* la servidumbre durante ese año —D. 43, 19, 1, 2 indica que no es necesario que el uso se produzca en el mismo momento de darse el interdicto, bastaría con un uso durante un mínimo de 30 días durante ese año¹⁵⁰. El mismo Ulpiano se encarga de explicar, en D. 8, 5, 2, 3 (17 *ad ed.*), por qué no se exige que la servidumbre se haya constituido conforme a derecho, partiendo de la opinión de Pomponio y Juliano, así como se refiere finalmente a Labeón:

Pomponius dicit fructuarium interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est: alibi enim de iure, id est in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur: quod et Iulianus libro quadragensimo octavo digestorum scribit. Pro sententia Iuliani facit, quod Labeo scribit, etiam si testator usus sit qui legavit usum fructum, debere utile interdictum fructuario dari, quemadmodum heredi vel emptori competunt haec interdicta.

Para ejercer este interdicto no sería necesario que la servidumbre se hubiera constituido conforme al *ius civile*, pues "*alibi enim de iure, id est in*

¹⁵⁰ La mayor parte de la doctrina entiende que el plazo sería postclásico al no aparecer en D. 8, 5, 2, 3 (Ulp. 17 *ad ed.*), que se refiere a este mismo interdicto y sólo indica la necesidad del ejercicio de la servidumbre durante el último año. En este sentido, PEROZZI, S. *Istituzioni... cit.*, p. 778. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 305. SOLAZZI, S. *La tutela... cit.*, p. 55. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 74.

confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto". Como bien indica Ulpiano, a través de una cita a Pomponio, el procedimiento interdicial no se ocuparía de cuestiones de derecho —es decir, en el procedimiento interdicial no se trataría de averiguar el derecho a usar la servidumbre—, sino de cuestiones de hecho: el uso de la servidumbre *sine vitio*. Para el reconocimiento de la existencia de un derecho de servidumbre, debería ejercerse la *vindicatio servitutis*. De acuerdo con esta idea, los interdictos cuasiposesorios servirían para tutelar no solamente el ejercicio de las servidumbres constituidas conforme a los modos del *ius civile*, sino también las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*, pues lo que protege el interdicto no es el derecho en sí, sino el ejercicio *sine vitio* de su contenido.

Cabe resaltar que, en el fragmento, no es el titular de la servidumbre quien ejerce el interdicto, sino el usufructuario del fundo dominante—cuyo usufructo se ha constituido, posiblemente y a tenor de la parte final del texto, a través de legado. Asimismo, basándose en la opinión de Labeón, expresa la posibilidad de conceder útilmente el interdicto al usufructuario, cuando fuera el testador y no él quien hubiera usado de la servidumbre en el año anterior, como ocurriría en el caso del heredero y del comprador del fundo dominante¹⁵¹. El hecho de que no se exija ser titular de una servidumbre constituida conforme a derecho implica, además, la posibilidad de que otros sujetos diferentes a los titulares de los predios sirviente y dominante puedan beneficiarse de la tutela

¹⁵¹ Cfr. D. 43, 19, 5, 2 (Ulp. 21 *ad ed.*). Hay quien considera una interpolación la referencia al comprador, ya se trate de la concesión útil del interdicto a favor del comprador del fundo dominante o del sirviente. LENEL, O. *EP*, p. 479. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 74, nt. 169. Nos parece posible que se concediera útilmente el interdicto, en estos casos, más teniendo en cuenta lo que hemos expresado anteriormente sobre la transmisibilidad de las *stipulationes* de ejercicio a terceros, epígrafe 3.2 de este capítulo, y la presencia de los *pacta in rem*.

interdictal¹⁵², como sería el caso del usufructuario en el anterior texto¹⁵³.

La tutela interdictal de las servidumbres resultaría especialmente ágil cuando se trata de asegurar que el ejercicio de una servidumbre tenga lugar conforme a los acuerdos concluidos por las partes en el momento de la constitución o las modalidades de ejercicio que se derivaran de un comportamiento reiterado, en cuanto al *usus* de la servidumbre (*modus servitutis*): *locus, intervalla dierum et horarum, etc.*¹⁵⁴

Partiendo la *clausula vitii*, el pretor podría valorar si, durante el año precedente, el ejercicio de la servidumbre que da lugar a la *prohibitio domini* y a que, en consecuencia, se ejerza el interdicto correspondiente, se adecuaría a la modalidad de ejercicio acordada o que se hubiera producido de manera reiterada, etc. Obviamente, el *usus servitutis* que no se correspondiera con la modalidad de ejercicio exigible en el caso concreto, sería considerado *vitiosus*¹⁵⁵

¹⁵² Así como el interdicto no necesariamente debe dirigirse contra en titular del fundo sirviente, cfr. en cuanto a la legitimación pasiva D. 43, 20, 1, 25 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Competit hoc interdictum adversus eum, qui prohibet me aquam ducere, et nihil interest, utrum quis dominium fundi habeat an non. Idcircoque is tenetur interdicto: nam et si servitus coepit adversus quemvis posse vindicari.*

¹⁵³ Obviamente existirían excepciones, casos en los que sí sería necesario demostrar la existencia de una servidumbre civil, por ejemplo en D. 43, 19, 13 (Ulp. 70 *ad ed.*), quien quiere ejercer el interdicto de *itinere reficiendo* debe, en principio, demostrar la existencia de la servidumbre. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 307 y ss. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 76 y ss.

¹⁵⁴ Así lo destaca ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 89 y ss. y en especial respecto del *locus servitutis*, en *Il locus servitutis... cit.*, p. 159 y ss. Téngase en cuenta el principio general de que la servidumbre debe ser ejercida "civiliter modo", cfr. D. 8, 1, 9 (Cels. 5 *dig.*). BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 299 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 165 y 166.

¹⁵⁵ Así sucedería, por ejemplo, en los siguientes casos:

D. 43, 20, 1, 15 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Illud tamen hic intellegendum est eodem modo praetorem duci aquam iussisse, quo ducta est hoc anno. proinde neque amplioris modi, neque alia permisisse potest videri. quare si alia aqua sit, quam quis velit ducere, quam hoc anno duxit, vel eadem, per aliam tamen regionem velit ducere, impune ei vis fiet.*

D. 43, 20, 1, 18 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Trebatius, cum amplior numerus pecoris ad aquam appelletur, quam debet appellari, posse universum pecus impune prohiberi, quia iunctum pecus ei pecori, cui adpulsus debeat, totum corrumpat pecoris adpulsus. Marcellus autem ait, si quis ius habens pecoris ad aquam appellendi plura pecora adpulserit, non in omnibus*

y, como tal, no sería digno de ser tutelado por el pretor a través de un interdicto.

Cabe tener en cuenta, además, que no cualquier ejercicio fáctico de una servidumbre estaría tutelado a través de los interdictos. En este sentido, Celso y, con posterioridad, Paulo parecen expresar la necesidad de que el ejercicio de la servidumbre se base en la creencia de que se está ejerciendo un derecho:

D. 43, 19, 7 (Cels. 25 dig.): *Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo iure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet*¹⁵⁶.

D. 8, 6, 25 (Paul. 5 sent.): *Servitute usus non videtur nisi is, qui suo iure uti se credidit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.*

Algunos autores afirman que la tutela interdictal, junto con tutela derivada de la *stipulatio poenae*, serían suficientes para garantizar el derecho constituido *pactionibus et stipulationibus*. Al resultar esta tutela suficiente, no habría sido necesario que el pretor concediera ningún tipo de acción. Este sería el caso de Krüger¹⁵⁷ o Zuccotti¹⁵⁸. Nos centraremos en este epígrafe en explicar

pecoribus eum prohibendum: quod est verum, quia pecora separari possunt.

¹⁵⁶ El texto suele considerarse genuino, excluyendo su parte final en la que se refiere a la posesión del *ius fundi*. Entre otros, ALBERTARIO, E. *Il possesso delle servitù prediali... cit.*, p. 343, STELLA MARANCA, F. *Intorno ai frammenti di Celso*, Roma, 1915, p. 146; ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie... cit.*, p. 154. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 75. ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 103, nt. 167.

¹⁵⁷ KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut... cit.*, p. 37 y 38.

¹⁵⁸ ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 93 y ss.

los motivos por los que consideran suficiente la tutela interdictal, reservando las cuestiones relativas al uso de la *stipulatio poenae* para el siguiente epígrafe, al hablar de las acciones.

Para Zuccotti, a través de la tutela interdictal, los particulares habrían hallado una adecuada protección de sus intereses regulados a través de la constitución de la servidumbre *pactionibus et stipulationibus*, que se complementaría con la *actio in personam* derivada de la *stipulatio*, y, además, se habría garantizado la extensión de dicha tutela a sus sucesores y a terceros adquirentes. El razonamiento de Zuccotti, sin embargo, tendría un punto débil, que el mismo autor advierte¹⁵⁹, pues la tutela interdictal exige que el *usus servitutis* haya tenido lugar durante el año precedente. De este modo, los particulares, para poder asegurarse la tutela interdictal, estarían obligados a ejercer el contenido de la servidumbre, ni que fuera una única vez durante ese año. De no ser así, la única protección posible sería la derivada de la *stipulatio poenae*, que aún permitiría que se ejerciera la acción personal. Para Zuccotti, sin duda alguna, las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* habrían gozado de una vida más limitada que las servidumbres civiles, lo que no habría constituido mayor problema, teniendo en cuenta la brevedad del plazo de dos años de la *usucapio libertatis*.

Esta construcción nos suscita fuertes dudas, sobre todo, porque implica que servidumbre civil y pretoria se diferenciarían por algo más que por el modo de constitución¹⁶⁰, lo que no parece tener sentido, en tanto que *pactiones et stipulationes* acaban por devenir el negocio constitutivo por excelencia en el Derecho justinianeo. Asimismo, nos plantea dudas, pues ante el requisito de tener que ejercer la servidumbre al menos una vez al año, cabría preguntarse qué sucedería en el caso de las servidumbres negativas, cuyo ejercicio pasa por

¹⁵⁹ ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 123.

¹⁶⁰ *Vid.* Capítulo V, epígrafe 2.2.

la oposición del titular del fundo dominante a un acto de impedimento del titular del fundo sirviente¹⁶¹ (cfr. D. 8, 2, 6, Gai. 7 *ad ed. prov.*), por tanto, sería necesario que se diera dicho acto de impedimento para que se iniciara el cómputo del año en el que puede ejercerse el interdicto.

Krüger¹⁶², autor bastante anterior en el tiempo a Zuccotti, también llega a la conclusión de que las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* únicamente dispondrían de la tutela interdictal. Para llegar a esta conclusión se fija en los diferentes textos jurisprudenciales en los que las servidumbres o el usufructo se hayan podido constituir mediante *pactio* o *stipulatio* —pues este autor parte de que *pactiones et stipulationes* son dos actos constitutivos distintos. En estos textos, únicamente encuentra referencia a los interdictos en D. 39, 5, 27 (29 *quaest.*):

*Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: "quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo cenaculo eoque uti". Defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse. Quod si expulsus Nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit quasi loco possessoris constitutus, qui usum cenaculi accepit*¹⁶³.

En este supuesto, perteneciente a las *Quaestiones* de Papiniano, Aquilo

¹⁶¹ PEROZZI, S. *I modi pretorii di acquisto... cit.*, p. 239.

¹⁶² KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut... cit.*, p. 28 37-38 y 90 y ss.

¹⁶³ Este fragmento del libro 29 de las *quaestiones*, según Lenel, formaría parte de una serie de casos relacionados con la *lex Cincia de donis et muneribus* (204 a. C.), LENEL, O. *PIC*, I, § 354, p. 876.

Régulo realiza una donación en vida de una vivienda, a través de carta — donación libre de forma—, a favor de Nicostrato, retórico y posiblemente un antiguo esclavo griego de la familia de Aquilo Régulo. En dicha carta, además, éste último permite a Nicostrato que haga uso de la mencionada vivienda, en reconocimiento a su lealtad al haber estado al lado de su padre (haber servido a su padre) y por haber sido su maestro. Tras fallecer Aquilo Régulo, se inicia un litigio por parte de los herederos de éste, en el que Nicostrato es el demandado. Nicostrato formula una consulta a Papiniano sobre este litigio, que versa acerca de su derecho a usar la vivienda (*habitatio*) ("*Defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus*"), sobre cómo defenderse.

El jurista de la época de los Severos, en la parte final y a la cuestión de Nicostrato sobre cómo defender su derecho a usar la vivienda, indica que, habiendo sido expulsado, Nicostrato tendría derecho a ejercer un interdicto. El jurista compara la situación de Nicostrato con la del usufructuario que ha recibido la posesión de la vivienda usufructuada y, posteriormente, ha sido expulsado de ella, solución que concuerda plenamente con lo que indica Ulpiano, quien habría sido asesor del *praefectus praetorio* Papiniano¹⁶⁴, comentando el edicto pretorio, en D. 43, 16, 3, 13 y 16 (Ulp. 69 *ad ed.*)¹⁶⁵.

El hecho de que Papiniano no hable de la posibilidad de ejercer una acción lleva a Krüger a considerar que, la única tutela posible para los derechos constituidos, en este caso, *pactionibus* —según Krüger—, sería la de los interdictos¹⁶⁶. Sin embargo creemos que Papiniano, desde su fuerte sentido

¹⁶⁴ HONORÉ, T. voz «Domicio Ulpiano», en *Juristas universales... cit.*, p. 208 y ss.

¹⁶⁵ D. 43, 16, 3, 13 (Ulp. 69 *ad ed.*): *Interdictum necessarium fuisse fructuario apparet "si prohibeatur uti frui usu fructu fundi"*.

D. 43, 16, 3, 16 (Ulp. 69 *ad ed.*): *Item si non usus fructus, sed usus sit relictus, competit hoc interdictum. ex quacumque enim causa constitutus est usus fructus vel usus, hoc interdictum locum habebit.*

¹⁶⁶ KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut... cit.*, p. 28 y 29: "Hätte es auch nur in der Praxis eine *actio* auf der Grundlage der prätorischen Servitut gegeben, so hätte sie Papinian dem Rechtsuchenden empfohlen, zum Mindestens ihn auch auf sie neben dem Interdikt verwiesen. Aber Papinian weiß ebenvon einer *actio* nichts. Dig. 39, 5, 27 ist eins der

práctico y moral¹⁶⁷, se decanta también por esta opción, no sólo por la agilidad de los interdictos, sino porque de lo que se trataría en el caso, en definitiva, sería de la tutela del uso de un derecho, no del derecho en sí, que ya es objeto de un proceso entablado con los herederos de Aquilo Régulo ("*Defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus*")¹⁶⁸. Con lo cual, resulta difícil partir de este único texto para argumentar que los derechos constituidos *pactionibus et stipulationibus* sólo dispondrían de una tutela interdictal.

La falta de una acción y, por tanto, la posibilidad de tutelar las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* únicamente a través de interdictos, también suele justificarse a partir del siguiente texto, que trata de un caso de evicción por la existencia de una servidumbre sobre el fundo comprado, supuestamente constituida *pactionibus et stipulationibus* —aunque resulta dudoso—, y como consecuencia del ejercicio de un interdicto:

D. 19, 1, 35 (Ulp. 10 *ad ed.*): *Si quis fundum emerit, quasi per eum fundum eundi agendi ius non esset, et interdicto de itinere actuque victus sit, ex empto habebit actionem: licet enim stipulatio de evictione non committatur, quia non est de iure servitutis in rem actione pronuntiatum, tamen dicendum est ex empto actionem competere.*

Tiene lugar la compraventa de un fundo sobre el que, en principio, no se indica que exista una servidumbre de senda y paso de ganado o bien no parece existir dicha servidumbre y por ello el vendedor no informa al comprador— como veremos, el principal problema del texto es interpretar el significado de "*quasi per eum fundum eundi agendi ius non esset*".

stärksten Argumente für meine Ansicht über den Schutz der prätorischen Servitut." (p. 29 *in fine*).

¹⁶⁷ Krüger dice textualmente que Papiniano "zerbricht sich den Kopf" con tal de ayudar al pobre Nicostrato, KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut... cit.*, p. 29.

¹⁶⁸ Similarmente y poniendo en duda la teoría de Krüger, RABEL, E. *Zu den sogenannten praetorischen Servituten... cit.*, p. 398 y 399. BONFANTE, P. *Corso... cit.*, III, p. 471.

El comprador, desconocedor de dicha servidumbre, suponemos que prohíbe su ejercicio y, como consecuencia, el titular del fundo dominante (o quien pueda ejercer esta servidumbre), hace valer el interdicto que hemos podido ver al iniciar este epígrafe, es decir, el interdicto *itinere actuque privato*, y sale victorioso de este procedimiento.

El comprador del fundo sirviente, en este caso, no dispone de la garantía frente a la evicción a través de la *stipulatio duplae*, porque ésta parte de que se hubiera ejercido la *vindicatio servitutis* u otra *actio in rem* (se hubiera declarado la existencia de un derecho sobre el fundo), lo que no se da en este supuesto. Pero Ulpiano concede al comprador, en este caso, la *actio empti*, para exigir una indemnización por el interés del comprador en que dicho fundo estuviera libre de servidumbres (*id quod interest*).

Como decíamos, la parte problemática del texto sería la interpretación de "*quasi per eum fundum eundi agendi ius non esset*". El término *quasi* puede interpretarse desde dos vertientes¹⁶⁹: el vendedor, en su creencia de que el fundo se encontraba libre de cargas, no puso en conocimiento del comprador que el fundo era sirviente respecto de otro, simplemente porque lo desconocía; o bien, puede interpretarse que, en sentido estricto, no existía una servidumbre (servidumbre civil), pero sí la posibilidad de que alguien ejerciera sobre dicho fundo el contenido de una servidumbre de paso o viniera ejerciéndolo ya de forma reiterada (ejercicio fáctico de una servidumbre), lo que sí debía ser conocido por el vendedor.

Nos parece que esta última interpretación sería la que tendría más sentido y que, seguramente, el vendedor ocultó la existencia de la servidumbre, que no se habría constituido conforme al *ius civile*, sino que

¹⁶⁹ Seguimos la interpretación de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. «Un caso especial de *possessio iuris* en D. 19,I,35», en *Revista de Derecho Privado*, 65 (1981), p. 454 y ss.

posiblemente existiera la mera tolerancia del anterior titular del fundo sirviente (*patientia*). Si la constitución hubiera tenido lugar a través de *pactiones et stipulationes*, además del interdicto, sabemos que quien ejerce la servidumbre habría dispuesto de la garantía de la *stipulatio poenae* y, en el texto, nada se menciona al respecto¹⁷⁰.

Del texto destaca, además, la referencia a la existencia de una *stipulatio duplae*, lo que descarta que la compraventa del fundo tuviera lugar a través de *mancipatio* y pudiera ejercerse la *actio auctoritatis*¹⁷¹. En cualquier caso y de acuerdo con Ulpiano, el comprador podría hacer valer la *actio empti* contra el vendedor, pues éste último se obliga a garantizar la pacífica posesión de la cosa¹⁷².

El ejercicio, en este caso, de un interdicto no resulta definitivo para poder decir que la servidumbre pretoria hubiera gozado únicamente de la tutela interdictal, pero no de una tutela por la vía de acción. En este caso, como bien indica Lázaro Guillamón¹⁷³, el uso del interdicto *itinere actuque privato* se

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Un caso especial... cit.*, p. 457 y 459, considera que la servidumbre se constituyó a través de una *stipulatio* (entendemos, *pactionibus et stipulationibus*), partiendo de la opinión de GIRARD, P. «Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain», en *Mélanges de Droit romain*, II, París, 1923, p. 183 nt. 2. En el mismo sentido, pero sin especificar el acto constitutivo, LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 78.

¹⁷¹ A pesar de que nos encontremos ante un texto que pertenece al comentario al edicto de Ulpiano, que no se haya realizado la *mancipatio* puede indicar que lo que se vende es un fundo provincial. También es posible que, al tratarse de finales de época clásica, no se realice la *mancipatio* por la decadencia en que se encuentra ya este tipo de actos o porque el titular del predio lo tiene *in bonis*. En cualquier caso, estas posibles hipótesis servirían para acabar de entender o elucubrar por qué la servidumbre, en este caso, no se ha constituido de acuerdo con el *ius civile*.

¹⁷² No entraremos en consideraciones sobre la concesión de la *actio empti* para reclamar la responsabilidad por evicción del vendedor, ya que supondría desviarnos de la cuestión central que nos ocupa en este texto, que es determinar el porqué del uso de un interdicto y no de una acción por quien ejerce la servidumbre. En lo que se refiere a la evicción y a la reclamación a través de la *actio empti*, vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Un caso especial... cit.*, p. 458 y ss.

¹⁷³ LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 78.

explica por la sencillez y rapidez del procedimiento interdictal, que sólo exige demostrar que el *usus servitutis* tuvo lugar *nec vi, nec clam, nec precario*. Incluso es posible pensar que, quien ejercía la servidumbre como resultado de la mera tolerancia del anterior titular del predio sirviente, tuviera sus dudas sobre si realmente se había constituido o no una servidumbre, motivo por el cual recurre a un interdicto¹⁷⁴. O que se ejerciera el interdicto como paso previo a la interposición de la correspondiente *actio in rem*.

A modo de conclusión podemos afirmar la existencia de una tutela a través de los interdictos cuasiposesorios, en el caso de las servidumbres y del usufructo constituidos *pactionibus et stipulationibus*. Pero no nos parece que las fuentes existentes permitan defender la idea de que los interdictos cuasiposesorios, junto con la garantía de la *stipulatio poenae*, fueran la única tutela posible en este caso.

5.2. Tutela a través de la concesión de una *actio in rem*

En lo que se refiere a una posible tutela de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* debemos distinguir según se hable de la constitución de las servidumbres sobre suelo provincial o sobre suelo itálico.

5.2.1. Constitución de las servidumbres *pactionibus et stipulationibus* sobre suelo provincial

En el caso del suelo provincial, generalmente suele defenderse la concesión de una *actio in rem utilis*, partiendo de la existencia, asimismo, de una *actio in rem utilis*, construida similarmente a la *vindicatio rei*, para la

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Un caso especial... cit.*, p. 457. Entiende posible que se hubiera ejercido alguna acción, en vez del interdicto, concretamente habla de la *vindicatio servitutis*, partiendo del reconocimiento de la *possessio iuris*.

defensa de la denominada propiedad provincial¹⁷⁵, en una tendencia a crear un paralelismo entre las situaciones dominicales existentes en Italia y la posesión del suelo en las provincias. Debemos advertir al lector, que no contamos con suficiente apoyo textual en cuanto a la concesión de estas acciones se refiere y que ésta sería una cuestión no falta de polémica.

En tal sentido, entiende Lenel¹⁷⁶ que dicha acción se encontraría "ohne Zweifel" en el edicto provincial, lo que sería también de esperar respecto de la acción real que tutelaría las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* en provincias¹⁷⁷. La base textual de la que parte Lenel para la reconstrucción de la fórmula de esta acción estaría formada, principalmente, por los fragmentos de Gai. 2, 14 y 21, relativos a la distinción entre fundos estipendiarios y tributarios; Frag. Vat. 61, 259 y 283; algunos fragmentos pertenecientes al libro 17 *ad ed.* de Ulpiano¹⁷⁸, en el que el jurista estudiaría diversas acciones reales¹⁷⁹. Especialmente, Lenel parte de la definición y distinción entre *stipendium* y *tributum* recogida en D. 50, 16, 27, 1, siguiendo

¹⁷⁵ Vid. LENEL, O. *EP*, § 71. La existencia de esta *actio in rem* es defendida, asimismo, por BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 253. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 202. ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie nel diritto romano... cit.*, p. 147, nt. 551. GUARINO, A. *Diritto privato romano... cit.*, p. 614. TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 399.

Asimismo, hay quien defiende que la *actio Publiciana* también podría haberse aplicado para la tutela de los fundos provinciales, partiendo de algunos textos pertenecientes al comentario al edicto provincial de Gayo, que fueron incorporados por los compiladores a D. 6, 2; concretamente D. 6, 2, 8 y 13, ambos del libro 7 del mencionado comentario de Gayo. Vid. APPLETON, C. *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*, I, Paris, 1989 (reedición 1974), § 47, p. 96 y ss.

¹⁷⁶ LENEL, O. *EP*, § 71, p.188 y 189. Vid. la crítica de d'Ors por la insuficiente base textual de esta rúbrica, partiendo de la reconstrucción palingenética del libro 17 de los comentarios la edicto de Ulpianos. vid. D'ORS, A. «Sobre las pretendidas acciones reales *in factum*», en *Iura*, 20 (1969), p. 59 a 63.

¹⁷⁷ KASER, M. *RPR*, I, p. 439. ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie... cit.*, p. 147. GUARINO, A. *Diritto privato romano... cit.*, p. 614. TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 399.

¹⁷⁸ Vid. LENEL, O. *PIC*, II, § 576 y ss. p. 514 y ss.

¹⁷⁹ § 576 a 580 "Communia de vindicatione et Publiciana actione"; § 581 a 583 "Si ager vectigalis petatur"; § 584 a 589 "Si praedium stipendiarium vel tributarium petatur"; § 590 a 592 "Si usufructus petatur"; § 593 a 602 "si servitutis vindicetur", en este último caso distingue, además, según se trate de servidumbres prediales rústicas o urbanas.

la opinión de Pomponio, para llegar a la conclusión de que Ulpiano se habría ocupado de hablar de la acción real relativa a la propiedad de los fundos provinciales en el libro 17 de su comentario al edicto¹⁸⁰.

La fuente más importante (y polémica) que se conserva y que parece hablar de esta *actio in rem* de defensa de la propiedad provincial pertenecería a *De controversiis agrorum* 36, 2, del agrimensor y jurista Agennio Urbico¹⁸¹:

*Et stipendiarios, qui nexum non habent neque possidendo ab alio quaeri possunt, possidentur tamen a privatis, sed alia condicione[m]: et veneunt, sed nec mancipiatio eorum legitima potest esse. possidere enim illis quasi fructus tollendi causa et praestandi tributi condicione concessum est. **vindicant tamen inter se non minus fines ex aequo ac si privatorum agrorum.***

¹⁸⁰ Para d'Ors el resto de textos pertenecientes al libro 17 *ad ed.* de Ulpiano, en los que se basa Lenel para afirmar la existencia de una acción real relativa a la propiedad provincial (§ 585 a 589), no estarían relacionados con los fundos provinciales y podrían haber sido ubicados en otras rúbricas. El autor también critica la separación que establece Lenel, en la reconstrucción palingenética del mencionado libro, entre el texto de D. 50, 16, 27 pr. (§ 581 "Si ager vectigalis petatur") y su § 1 (§ 584 "Si praedium stipendiarium vel tributarium petatur"), aún cuando ambos fragmentos parecen atender a la misma temática. En cualquier caso, esta reconstrucción le plantea serias dudas al no encontrar una rúbrica equivalente en el comentario al edicto de Paulo (como sí sucedería, en cambio, en el caso del *ager vectigalis*). D'ORS, A. *Sobre las pretendidas acciones reales... cit.*, p. 60 y ss.

¹⁸¹ Obra que erroniamente suele atribuirse a Frontino, pues tradicionalmente se ha considerado a Agennio Urbico como un comentarista tardío de la literatura gromática. *vid.* LACHMANN, K. *et alii. Corpus agrimensorum romanorum*, I (Die Schriften der römischen Feldmesser: *Gromatici veteres*), Berlin, 1848, p. 36. MOMMSEN, T. «Die Interpolationen des gromatischen Corpus», en *Bonner Jahrbucher*, 96/67 (1895), p. 272 y ss. y en sus *Gesammelten Schriften*, VII, Berlin, 1909, p. 464 y ss. THULIN, C. *Corpus agrimesorum romanorum*, I.1, Leipzig, 1913, p. 23 y «Der Frontinuskommentar. Ein Lehrbuch der Gromatik aus dem 5.—6. Jahrh.», en *Rheinisches Museum für Philologie*, 68 (1913), p. 110 y ss., disponible *on line* en <http://www.rhm.uni-koeln.de/068/Thulin.pdf>

CASTILLO PASCUAL, M.J. «Aggenius Urbicus: ¿agrimensor o jurista?», en *Iberia*, 1 (1998), p. 95 a 107. Este artículo se puede consultar *on line* en http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=200988&orden=74297. La autora destaca las similitudes entre la obra de Agennio Urbico y la de Frontino, aunque advierte que la obra del primero parte de una estructura y enfoque fundamentalmente distintos, hecho que permite situar a este autor en un momento de la historia de Roma en la que los agrimensores precisaban urgentemente de orientación jurídica, en concreto, a partir de la época Flavia (p. 97). También considera que este tratado sobre las controversias estaría dirigido a los denominados "agrimensores de carrera", es decir, a los *auctores, professores* o *togati Augustorum* (p. 107).

*etenim civile est debere eos discretum finem habere, quo unus quisque aut colere se sciat oportere aut ille qui iure possidet possidere. **nam et controversias inter se tales movent quales in agris immunibus et privatis solent evenire, videbimus tamen an interdicere quis possit, hoc es ad interdictum provocare de eius modi possessione***¹⁸².

En este texto Agennio Urbico nos indica que, respecto del suelo provincial: no cabe la realización de negocios formales, como sería el *nexum*; los particulares disfrutaban de una posesión, pero bajo otra condición diferente a la de la propiedad; también pueden vender los terrenos que poseen, pero no pueden realizar una *mancipatio* sobre ellos legítimamente; la posesión del suelo se concede para recoger los frutos y siempre bajo la condición del pago de un tributo; entre los particulares se entablan reclamaciones judiciales sobre los límites de las fincas como si éstas fueran auténticas fincas privadas (como si los particulares fueran propietarios de estas fincas); finalmente, los titulares de los fundos provinciales dispondrían de interdictos de defensa de la posesión sobre dichos fundos.

La *actio in rem* de defensa de la propiedad provincial suele indentificarse precisamente con la afirmación final de que los particulares en las provincias "*vindicant tamen inter se non minus fines ex aequo ac si privatorum agrorum*", es decir, vindican los límites de sus fundos como si de auténticos predios privados se tratara. Esta vindicación, además, parece fundamentarse sobre la idea de equidad ("*ex aequo*")¹⁸³.

Según d'Ors¹⁸⁴, en sentido estricto, en este texto sólo sería posible identificar, en la parte final, una referencia a la tutela interdictal del fundo

¹⁸² Citamos a través de la edición de THULIN, C. *Corpus agrimesorum romanorum*, I.1, p. 23. (Th. 23.13-24.3).

¹⁸³ Según RUDORFF, A.F. *EP*, § 63. Lo niegan LENEL, O. *EP*, p. 189. D'ORS, A. *Sobre las pretendidas acciones reales... cit.*, p. 68. "Ex aequo" no haría referencia, en este texto, a la idea de equidad, sino más bien a que los particulares litigan paritariamente.

estipendiario y, al inicio, una referencia a una *vindicatio finium* comparable a la *actio finium regundorum*, pero no se ofrece testimonio de una *vindicatio* de los fundos provinciales en época clásica.

No obstante, nos parece que no debe olvidarse que, pese a tratarse de un texto relativo a la agrimensura en el que se estudian las posibles controversias que pueden surgir en la división y asignación del *ager*, el contenido y estructura de la obra parece alejarse del carácter marcadamente técnico de los tradicionales tratados de agrimensura de Higinio, Frontino, Higinio el Gromático, etc. A lo largo de la obra, puede apreciarse claramente que su autor tiene un profundo conocimiento jurídico de las diferentes controversias, así como la riqueza y el uso preciso que hace de la terminología jurídica, de un modo más propio de un jurista que de un agrimensor. En este sentido, Castillo Pascual¹⁸⁵, que ha estudiado ampliamente los diferentes tratados de agrimensura que se conservan, subraya que el tratado de Agennio Urbico destaca entre todos los tratados similares porque el tratamiento jurídico de las controversias "está por encima de las cuestiones técnicas propias de la agrimensura, pero sin olvidarlas. (...) El interés de Agennio Urbico por los temas jurídicos en relación con la resolución de una controversia es evidente si analizamos algunas de las cuestiones y terminología jurídica que emplea, para la que, por otra parte, no encontramos paralelo ni en Frontino ni en Higinio". Esta autora llega a la conclusión de que Agennio Urbico habría gozado de una sólida formación retórica y jurídica y lo considera un *vir egregius*: "la terminología jurídica que emplea (*interdictum, formula, usucapio, actus,*

¹⁸⁴ D'ORS, A. *Sobre las pretendidas acciones reales... cit.*, p. 67. Niega la existencia de tal acción, partiendo de que no habría existido una fórmula petitoria para reclamar los fundos en provincias, porque, sencillamente, en ellas no se habría aplicado el procedimiento formulario, en contra de lo que afirma KASER, M. *RZPR*, p. 468 y ss., para quien está demostrada la aplicación de este procedimiento al menos en las provincias senatoriales. Según d'Ors, la cuestión de la existencia de un edicto provincial único o diverso para cada provincia resulta independiente de la práctica del *agere per formulas* (p. 64, nt. 35). Para este autor, en provincias la defensa de la posesión sobre los fundos tendría lugar conforme a un expediente procesal mucho más próximo al procedimiento interdictal que al formulario (p. 68).

¹⁸⁵ CASTILLO PASCUAL, M.J. *Aggenius Urbicus... cit.*, p. 103 y 104.

ambitus, iter, ripa, etc.), el tratamiento expreso que da a algunas de las controversias que se resuelven siempre por la vía jurídica ordinaria, el conocimiento de la dificultad de interpretación que para algunos juristas tenían ciertas cuestiones, como por ejemplo, la ley Mamilia; o su preocupación porque el agrimensor sea capaz de actuar racionalmente en sus funciones de árbitro o juez, mostrándole cómo el erróneo comienzo de un proceso civil implicaba una sentencia nula es suficiente para afirmar que estamos ante un personaje de excelente preparación jurídica¹⁸⁶.

El fragmento que hemos reproducido anteriormente se encuentra precedido de la distinción entre fundos provinciales e itálicos, con la finalidad de empezar a desglosar las diferentes controversias que pueden suscitarse y cómo éstas deben ser resueltas (a través de la *ars mensoria* o del procedimiento judicial ordinario). Partiendo de esta distinción, el autor establece, en los siguientes párrafos, comparaciones y distinciones en relación con las diferentes situaciones jurídicas que pueden darse en cada tipo de suelo:

Prima enim condicio possidendi haec extat per Italiam; ubi nullus a[iu]ger est tributarium, sed aut colonicus aut municipalis, aut alicuius castelli aut conciliabuli, aut saltus priuati.

At si ad provincias respiciamus, habent agros colonici quidem iuris [habent et colonicos stipendiarii] qui sunt in[com]munes, habent[em] et coloni<co>s stipendiarios. habent autem provinciae et municipales agros aut ciuitatum peregrinarum¹⁸⁷.

Asimismo y continuando con el suelo provincial, tras hacer referencia a la posesión que sobre aquél tendrían los particulares y a las diferentes situaciones jurídicas que pueden tener lugar sobre él, y antes de empezar a

¹⁸⁶ CASTILLO PASCUAL, M.J. *Aggenius Urbicus... cit.*, p. 107.

¹⁸⁷ Th. 23.5-13.

definir cada una de las *controversiae agrorum*, Agennio Urbico se detiene a subrayar cómo la resolución de determinadas controversias por la vía judicial ordinaria ha de tener en cuenta las especificidades de cada provincia, idea que ilustra con un ejemplo relativo a África y a la *actio aquae pluviae arcendae*:

Multa enim et uaria iudiciunt, quae ad ius ordinarium pertinent, per prouinciarum diversitate. Nam cum in Italiam ad quam pluuiam arcendam controuersia[m] non minima concitetur, diuerse in Africa ex eadem re tractatur. Quom sit enim regio aridissima nihil magis in querella habe<n>t quam siquis inhiberint aquam pluuiam in suum in fluere: nam et ag<g>eres faciunt <et> excipiunt et continent eam, tu ibis potius consumatur aquam abfluat¹⁸⁸.

Nos parece, en conclusión y a tenor de las características de esta obra, que el texto de Agennio Urbico, en el que tradicionalmente se indentifica la existencia de una acción real de defensa de la propiedad provincial, no puede ser desdeñado tan rápidamente, en tanto que nos muestra, partiendo de la comparación entre el diferente régimen jurídico al que estaban sometidos el suelo itálico y el suelo provincial, las claras similitudes que se daban respecto de las relaciones o situaciones jurídicas que podían crearse sobre ambos tipos de suelo, subrayando la clara proximidad entre las reclamaciones procesales que podían suscitarse sobre aquéllos.

Así pues, en términos generales y respecto del texto estudiado, hay que tener en cuenta la idea que pretende expresar Agennio Urbico cuando habla de que los habitantes de las provincias *vindicant*, en clara referencia a la similitud existente entre la plenísima posesión de estos últimos y la propiedad sobre los fundos itálicos. Nos llama la atención el uso del verbo *vindicare*, que forzosamente no tiene porque referirse, en un sentido estricto, a una *vindicatio*

¹⁸⁸ Th. 24.4-12.

rei, pero sí denotar una similitud con ésta¹⁸⁹. De ahí que consideremos que sea posible que las soluciones o remedios existentes en Roma se hubieran trasladado a las provincias, pero con las especificidades propias del mundo provincial —especificidades que, como hemos visto, el propio Agennio Urbico subraya, por ejemplo, en relación con la *actio aquae pluviae arcendae*— sobre todo teniendo en cuenta la progresiva equiparación que se irá produciendo entre ambos tipos de suelo.

Según d'Ors¹⁹⁰, el principal obstáculo para poder pensar en la existencia de una acción real de defensa de la propiedad provincial sería que el procedimiento formulario nunca se habría aplicado en las provincias. De acuerdo con este autor, no existen pruebas sólidas que permitan afirmar que dicho procedimiento habría regido en ámbito provincial y en lo que se refiere a la defensa de la posesión sobre los fundos provinciales, el procedimiento que se habría seguido sería de tipo interdictal y no petitorio, según se observa en las fuentes que se conservan de época republicana¹⁹¹ y, partiendo de los estudios de Weber, considera muy probable que, en provincias, no existiera una fórmula edictal, sino acciones diversas, en función de las distintas categorías de fincas provinciales. Estas acciones no se habrían unificado con la codificación del edicto pretorio. En definitiva, la tramitación de las controversias sobre suelo provincial habría tenido lugar a través de un procedimiento de naturaleza administrativa, concretamente a través del procedimiento cognitorio.

Contrariamente a la tesis defendida por d'Ors, la opinión mayoritaria se muestra partidaria de reconocer la vigencia del procedimiento por fórmulas al

¹⁸⁹ Un valor similar debe otorgarse a las referencias a la vindicación en el caso de fundos sometidos a tributos en Frag. Vat. 315 y 316, de origen postclásico. Cfr. Diocl. et Max. C. 3, 32, 15, 2 (a. 293).

¹⁹⁰ D'ORS, A. *Sobre las pretendidas acciones reales... cit.*, p. 64 y ss. *vid.* especialmente la nt. 35.

¹⁹¹ D'ORS, A. *Sobre las pretendidas acciones reales... cit.*, p. 67 y ss.

menos en las provincias senatoriales y, con bastante probabilidad, también en las provincias imperiales, especialmente aquellas más romanizadas¹⁹², si bien es cierto que, en la práctica, este tipo de procedimiento progresivamente se habría ido aproximando al procedimiento cognitorio. Cabe recordar, además, que Gai. 1, 6 expresa que la jurisdicción de los pretores urbano y peregrino corresponde, en las provincias, a los gobernadores y, por otra parte, el mismo jurista es autor de un comentario al edicto provincial¹⁹³.

No es esta la sede oportuna para abordar la ardua cuestión de si el procedimiento formulario llegó o no a aplicarse en las provincias, no obstante, nos parece que es muy posible que éste fuera el tipo de procedimiento que hubiera regido en el ámbito provincial, en un primer momento y salvando las especificidades de cada territorio. En relación con la existencia de una acción real de defensa de la propiedad provincial, las escasas fuentes de las que disponemos no permiten asegurar firmemente que tal acción se hubiera incluido en el edicto provincial. Sin embargo, no parece del todo improbable, a tenor de lo expresado por Agennio Úrbico y por la tendencia a aproximar las situaciones jurídicas existentes sobre suelo provincial a aquéllas que tenían lugar sobre suelo itálico, que se hubiera concedido útilmente a los particulares acciones reales construidas a imagen y semejanza de las *vindicaciones*. La existencia de estas acciones reales se habría ido difuminando con el tiempo, al imponerse la *cognitio extra ordinem* y, sobre todo, al equipararse la situación jurídica del suelo provincial y del itálico.

¹⁹² KASER, M. *ZPR*, p. 468 y ss. MURGA GENER, J.L. *Derecho romano clásico... cit.*, II, p. 370. TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 363, 364 y 399, para este último autor, el progresivo prevailecimiento de la *cognitio extra ordinem* en las provincias habría contribuido, ya desde finales de la época del Principado, a la homologación de la tutela de la propiedad civil y de la provincial (p. 399).

¹⁹³ LENEL, O. *EP*, I, § 53 a 388, p. 189 a 237. VALIÑO, E. *El comentario de Gayo al edicto provincial*, Valencia, 1979.

5.2.2. Constitución de las servidumbres *pactionibus et stipulationibus* sobre suelo itálico.

Generalmente, suele relacionarse la tutela, a través de la vía de acción, de las servidumbres o del usufructo constituidos *iure praetorio*¹⁹⁴ con la concesión de *actiones in rem utiles* como serían la *vindicatio servitutis utilis* y la *actio Publiciana*.

Como hemos destacado en el capítulo IV, en el caso del suelo itálico, existirían situaciones en las que no sería posible la constitución de una servidumbre de acuerdo con el *ius civile*, precisamente porque para la constitución de este derecho sería un requisito previo y necesario disponer del *dominium ex iure Quiritium* del fundo sobre el que se pretende constituir. Esto sucedería, por ejemplo, en el caso de los peregrinos, que no pueden adquirir la propiedad civil sobre los predios, al no ser ciudadanos romanos; también tendría lugar en el caso de quien únicamente dispone del *in bonis habere* sobre una finca; el *bonae fidei possessor*; el superficiario o el vectigalista.

Sabemos, sin embargo, y resulta plenamente aceptado, que en algunos de estos casos, el pretor concedía útilmente la *vindicatio servitutis* o incluso la *actio negatoria*, basada en la ficción de que el actor tendría la propiedad civil¹⁹⁵. En este sentido y de acuerdo con las fuentes, pueden ejercer la *vindicatio servitutis utilis* el acreedor pignoraticio y el vectigalista (D. 8, 1, 16,

¹⁹⁴Incluiríamos aquí, por tanto, las servidumbres o el usufructo constituidos *pactionibus et stipulationibus*, ya que las fuentes no hablan de la tutela de las servidumbres constituidas de acuerdo con este negocio complejo, sino en general *tutitione praetoris* o constituidas *iure praetorio*.

¹⁹⁵ D'ORS, A. *Sobre las pretendidas acciones reales... cit.*, p. 52 y ss. BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 348 y ss. GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 285. VALIÑO, E. *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, p. 80 y ss. PEZZANA, A. voz «Azione confessoria e negatoria», en *ED*, IV, Milán, 1959, p. 841 y 842.

Iul. 49 *dig.*), así como el superficiario (D. 39, 1, 3, 3, Ulp. 52 *ad ed.*)¹⁹⁶

La concesión de la *vindicatio servitutis utilis*, en todos estos supuestos, se relaciona con un esfuerzo por aproximar la posición jurídica de estos sujetos que no son propietarios civiles con la posición jurídica de éste último. No obstante, parece que la concesión de estas acciones, en principio, sólo permitiría la defensa de las servidumbres civiles que ya se encontraran constituidas sobre el fundo en cuestión, pues, en estos casos, no sería posible constituir una servidumbre de conformidad con el *ius civile*.

Contrariamente a lo que acabamos de expresar, Ulpiano en D. 43, 18, 1, 9 (70 *ad ed.*) reconocería la concesión de *actiones utiles*, así como de un interdicto útil, a las servidumbres constituidas conforme al derecho pretorio por parte del superficiario¹⁹⁷:

Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur: sed et interdictum de his utile competit.

El presente texto suele ponerse en relación con la concesión de la *vindicatio servitutis utilis* al superficiario, pero solía tildarse de interpolado¹⁹⁸ en cuanto se refiere a que la servidumbre se constituye *praetorio iure*. Para Zuccotti¹⁹⁹, una señal de que el texto claramente ha sido manipulado por los

¹⁹⁶ Algunos autores consideran que no se trataría de una *vindicatio servitutis utilis*, sino la propia *actio in rem* de defensa de la superficie, como es el caso de BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 349. Recoge la discusión GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 349. D'ORS, A. *Sobre las pretendidas acciones reales... cit.*, p. 79 y VALIÑO, E. *Actiones utiles... cit.*, p. 70 defienden que se trata de la *vindicatio servitutis utilis*, basándose especialmente en D. 13, 7, 16, 2 (Paul. 29 *ad ed.*), que reconoce al superficiario una posición jurídica análoga a la del propietario, pues en el texto Paulo afirma "*hodie utiles actiones superficiariis dantur*".

¹⁹⁷ LENEL, O. *PIC*, II, § 1551 (*in fine*), p. 823. "De superficiebus".

¹⁹⁸ En este sentido, por ejemplo, SOLAZZI, S. *Requisiti... cit.*, p. 140.

¹⁹⁹ ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 64, nt. 75.

compiladores sería la referencia en plural a las acciones útiles, mientras que los interdictos, que no debían ser pocos, se mencionan en singular. Valiño²⁰⁰ considera, asimismo, que el texto debió sufrir alteraciones y que su contenido originario debió referirse únicamente a los interdictos para defender las servidumbres, pero concedidos útilmente al superficiario.

Sin embargo, nos parece muy posible que el texto sea genuino²⁰¹, pues no sería el único atribuible a este jurista en el que se hable de la servidumbre pretoria. Este fragmento debe ponerse en relación con los siguientes pasajes pertenecientes a Ulpiano, a través de los cuales podemos ver dos versiones del mismo texto del comentario al *ius civile*. Ulpiano se ratifica en cuanto a la posibilidad de la constitución de las servidumbres o del usufructo *iure praetorio*, no sólo en el caso de los fundos estipendiarios y tributarios, sino en relación con los fundos vectigales y en las superficies²⁰²:

D. 7, 4, 1 (Ulp. 17 Sab.): *Non solum usum fructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usu fructu. Et parvi refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tuitione praetoris: proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur.*

Frag. Vat. 61: *Ulp. 17 Sab. Amitti autem usum fruc[tum capitis minutione constat nec solum usum] fructum, sed etiam actionem de usu [fructu]: scilicet si Titio usum fructum... testamento uel per fideicommissum lego uel relinquo et die eius cedente is capite minutus est... agere non potest. [et parui] refert, utrum iure sit constitut[us usus fructus an uero tuitione praetoris; proinde] usus fructus licet in fundo stipendiario uel tributario. [item in fundo uectigali uel superficie non] iure constitutus capitis m[inutione amittitur]... capitis minutio extinguit usum fructum*

²⁰⁰ VALIÑO, E. *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, p. 81 y 82.

²⁰¹ Como defiende BIONDI, B. *Le servitù... cit.*, p. 347 y 348. MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 356. No se atreve a pronunciarse GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, 206.

²⁰² Sobre este texto, *vid.* capítulo V, epígrafe 3.1.1.

También cabe recordar la siguiente referencia a la servidumbre pretoria que pertenece también a Ulpiano:

D. 8, 3, 1, 2 (Ulp. 2 *inst.*): *Traditio plane et patientia servitutium inducet officium praetoris.*

Todo ello nos permite pensar que posiblemente el vectigalista, el superficiario y el acreedor pignoraticio hubieran podido constituir servidumbres, ya fuera a favor o a cargo del fundo o del edificio, en el caso del superficiario. Estas servidumbres no se constituirían de acuerdo con el *ius civile*, ya que esto sólo podría hacerlo un propietario civil, pero sí *iure praetorio* y seguramente estarían protegidas a través de la *vindicatio servitutis utilis* o con la específica *actio in rem* de que gozarían el vectigalista, el superficiario o el acreedor pignoraticio, para el caso de querer negar la existencia de una servidumbre, de ahí que no sea tan extraño el uso plural de *actiones utiles* en D. 43, 18, 1, 9. Esta solución nos parece, además, en plena sintonía con la voluntad de acercar la posición jurídica del vectigalista y del superficiario a la del propietario civil, pues no tendría sentido otorgarles la *vindicatio servitutis utilis* para defender las servidumbres existentes a favor del fundo, a la vez que se niega que estos sujetos puedan constituir algún tipo de servidumbre.

Por su parte Paulo, también recuerda en D. 8, 6, 25 (5 *sent.*), la concesión de una acción útil cuando se ejerciera el contenido de una servidumbre partiendo de la creencia de que se está ejerciendo un derecho, lo que permitiría pensar que el pretor concediera una *vindicatio servitutis utilis* — o incluso la *actio Publiciana*, como veremos más adelante— no sólo en los casos anteriormente expuestos:

Servitute usus non videtur nisi is, qui suo iure uti se credit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

En el caso de los peregrinos, sabemos, a través de Gai. 4, 37, que el pretor les habría concedido acciones creadas a imagen y semejanza de las previstas en el *ius civile* para los *cives*, pero incluyendo la ficción de que el extranjero gozaba de la ciudadanía romana²⁰³:

Item ciuitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinus extendi. uelut si furti agat peregrinus aut cum eo agatur, formula ita concipitur: IUDEX ESTO. SI PARET LVICIO TITIO A DIONE HERMAEI FILIO OPEVE CONSILIO DONIS HERMAEI FILII FVRTVM FACTVM ESSE PATERAE AVRAE, QVAM OB REM EVM, SI CIVIS ROMANVS ESSET. PRO FVRE DAMNVM DECIDERE OPORTERET et reliqua; item si peregrinus furti agat, ciuitas ei Romana fingitur, similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat aut cum eo agatur, ficta ciuitate Romana iudicium datur.

Es posible que los peregrinos también hubieran constituido servidumbres *tuitione praetoris* y que se les hubiera concedido, al igual que en los casos que hemos visto anteriormente, la *vindicatio servitutis utilis* y la *actio negatoria utilis*, añadiendo la ficción de la ciudadanía.

Algunas fuentes nos hablan de la concesión de la *actio Publiciana* en algunos casos de constitución de servidumbres o de usufructo *iure praetorio*:

D. 6, 2, 11, 1 (Ulp. 16 *ad ed.*)²⁰⁴: *Si de usu fructu*

²⁰³ KASER, M. *RPR*, I, § 97 p. 341 . ID. *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, p. 91 y ss; MIQUEL, J. *Derecho privado ... cit.*, p. 171.

²⁰⁴ LENEL, O. *PIC*, II, § 573, p. 513, relativo a la fórmula de la *actio Publiciana*. Concretamente este fragmento se incorporaría a una serie de textos de Ulpiano (§ 571 a 575) en los que se examinan supuestos que, aun no siendo reconducibles a situaciones posesorias en las que pueda hablarse de una *possessio ad usucapionem*, la *actio Publiciana* resulta aplicable. Parece como si Ulpiano estuviera estableciendo una especie de excepciones al principio general de D. 6, 2, 9, 5, de no procedencia de esta acción cuando se trata de cosas no usucapibles. Así lo hace notar MANNINO, V. *Tutela... cit.*, p. 16 nt. 33, quien además entiende que en esa ampliación del ámbito objetivo de la acción se incluirían los

agatur tradito, Publiciana datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam (forte si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci): item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

Si se reclama en relación con un usufructo entregado, se da la Publiciana; y lo mismo respecto de las servidumbres prediales urbanas constituidas por *traditio* o *patientia* (así cuando alguien toleró que pasara por su casa una conducción de agua), lo mismo ocurre respecto de las servidumbres rústicas, pues también consta que en ellas debe ampararse la *traditio* y la *patientia*.

Ulpiano claramente afirma que, cuando la servidumbre o el usufructo se han constituido a través de *traditio* o por la mera tolerancia, en ambos casos se tutela la servidumbre así constituida, mediante la concesión de la *actio Publiciana*. Esta opinión, a primera vista, puede parecer revolucionaria y, en la mayoría de los casos, se consideraría que el texto se encuentra interpolado²⁰⁵. Cuesta imaginar que pudiera concederse esta acción en defensa de una servidumbre o de un usufructo constituidos a través de *traditio* o de la *patientia* del titular del fundo sirviente, en tanto que, como hemos advertido anteriormente, las servidumbres y el usufructo no son considerados cosas corporales y, por este motivo, no es posible hablar de posesión sobre estos derechos, como tampoco cabe la posibilidad de que se produzca su adquisición a través de la *usucapio*. Además, hemos de recordar que la *actio Publiciana* se basaría en una *fictio temporis*, esto es la ficción de que ha transcurrido el tiempo necesario para adquirir una cosa mediante *usucapio*, y esta ficción no puede darse en el caso de las servidumbres o del usufructo, porque

casos de constitución de las servidumbres sobre suelo provincial (p. 35, nt. 38).

²⁰⁵ LENEL, O. *EP*, p. 190. KRÜGER, H. *Die praetorische Servitut... cit.*, p. 57. RABEL, E. *Zu den sogennanten... cit.*, p. 395. COLLINET, P. *La tradition... cit.*, p.190 y 191. BONFANTE, P. «*La longi temporis praescriptio delle servitù*», en *Scritti giuridici varii. Proprietà e servitù*, II, Turín, 1918, p. 957 y 965. PEROZZI, S. *I modi pretori... cit.*, p. 226 y 227. SARGENTI, M. *Appunti... cit.*, p. 248 y 249. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 96 y ss. ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 127 y ss. y nt. 214.

precisamente no es posible la *usucapio* de estos derechos.

Sin embargo y de acuerdo con Mannino²⁰⁶, este texto de Ulpiano bien puede encontrarse al final de una evolución tendente a identificar *usus servitutis* con la idea de posesión, en este caso, sobre los derechos. Además de un esfuerzo por parte de la jurisprudencia de ampliar el ámbito objetivo de la *actio Publiciana* a casos dignos de ser amparados, pero en los que, en principio, no sería posible su aplicación, al no existir una *possessio ad usucapionem*. Esta evolución puede contemplarse, básicamente, a través de tres textos: D. 8, 1, 20 (Iav. 5 *ex post Lab.*), D. 8, 5, 16 (Iul. 7 *dig.*) y el anterior fragmento de Ulpiano.

El recorrido se iniciaría con Javoleno en D. 8, 1, 20 (5 *ex post Lab.*)²⁰⁷, cuando expresa "*Ego puto usum eius iuris (via aut aliquid ius fundi) pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*". Javoleno empezaría a identificar el ejercicio del contenido de una servidumbre como subrogado de la *traditio possessionis* que tiene lugar respecto de las cosas corporales, fundamenta su opinión sobre la existencia de los interdictos casiposesorios.

La opinión de Javoleno sería desarrollada por Juliano, su discípulo, como podría observarse a través de D. 8, 5, 16 (Iul. 7 *dig.*)²⁰⁸, en el que se ocupa de

²⁰⁶ MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 33 y ss. ID. *La tutela ... cit.*, p. 1 y ss.

²⁰⁷ Vid. capítulo V, epígrafe 3.2.1.

D. 8, 1, 20 (Iav. 5 *ex post Lab.*): *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.*

MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 18 y ss. y en *La tutela ... cit.*, p. 9 y ss.

²⁰⁸ D. 8, 5, 16 (Iul. 7 *dig.*): *Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere et postea te sciente ex causa emptionis immissum habeam, quaero, an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim. respondi utroque auxilio me usurum.*

LENEL, O. *PIC*, I, § 108, p. 334, "Si servitus vindicetur". Una primera lectura del texto puede llevar a pensar en la posibilidad de que la acción a la que se refiere Juliano sea

la compraventa del estilicidio a la que sigue la mera tolerancia del vendedor (*patientia*). Juliano concede al comprador, para su defensa, una acción, pero también una excepción, aunque no identifica ninguno de los remedios. Según Mannino²⁰⁹, en este caso, puede apreciarse cómo, partiendo de la opinión del maestro respecto del *usus iuris*, el discípulo va más allá y equipara la situación del comprador del estilicidio a la de la transmisión *ex causa emptionis* de una cosa corporal, de la que derivaría la tutela de la *actio Publiciana* y la *exceptio rei venditae et traditae* (o *exceptio doli*). Se subrayaría, de esta manera, la existencia de la *iusta causa* que es la compraventa.

La evolución concluiría con Ulpiano D. 6, 2, 11, 1 (16 *ad ed.*). El jurista claramente reconoce la tutela de las servidumbres constituidas por *traditio vel patientia* a través de la *actio Publiciana*. Téngase en cuenta, además, que el propio Ulpiano, en D. 8, 3, 1, 2 (2 *inst.*), parece expresar una *regula iuris* propia del final de una evolución jurídica: "*traditio plane et patientia servitutium inducet officium praetoris*". Si bien es cierto que, a través de este último texto, no podemos identificar cuál habría sido la tutela dispensada por el pretor, nos parece coherente pensar que pudiera tratarse, además de la tutela interdictal, de la concesión de la *actio Publiciana*²¹⁰, pues, como indica Mannino²¹¹, en D. 6, 2, 11, 1, queda clara la simetría existente entre la tutela de la *traditio* del usufructo y la de la tolerancia del *usus servitutis (patientia)*, lo

la *actio empti*, al haber tenido lugar la compraventa de un derecho. Sin embargo, la reconstrucción palingenética de Lenel del libro 7 *dig.* nos permite ver que, en él, Juliano se ocupa de las *rei vindicationes*, de la *actio Publiciana* y de la petición de usufructo, con lo cual ya no parece tan claro que la acción mencionada en este texto sea la *actio empti*, sino que más bien se trata de la reclamación de un derecho de servidumbre que deriva, no sólo de una compraventa, sino de la tolerancia del vendedor. *Vid.* LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres... cit.*, p. 95 y 96. MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 324 a 326.

²⁰⁹ MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 30 y ss. ID. *La tutela ... cit.*, p. 12 y ss.

²¹⁰ Asimismo, Paulo, en D. 8, 6, 25 (5 *sent.*) *supra*, también haría referencia a la concesión de interdictos y de una acción útil para la tutela del *usus servitutis* por quien "*suo iure uti se credit*".

²¹¹ MANNINO, V. *La tolleranza... cit.*, p. 51 y 52.

que implicaría el reconocimiento de una aplicación extensiva del edicto pretorio.

Debemos fijarnos en que Ulpiano, en D. 6, 2, 11, 1, parece diferenciar entre las servidumbres prediales rústicas y las urbanas, entre las que erróneamente se incluye la servidumbre de acueducto ("*forte si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci*")²¹². La distinción tiene que ver con la naturaleza de las servidumbres, pues recordemos que las servidumbres prediales rústicas son consideradas *res Mancipi*, mientras que las urbanas serían *res nec Mancipi* (Gai.2, 17).

La tutela a través de la *actio Publiciana* tendría lugar para ambos tipos de servidumbres y para el usufructo siempre que se hubieran constituido a través de *traditio et/vel patientia*, según reza el texto en dos ocasiones.

Partiendo de que en época de Ulpiano se aceptara como posible la *traditio* de las servidumbres o del usufructo²¹³, pese a ser cosas incorporales,

²¹² Este error sería, para algunos autores, una señal inequívoca de que el texto no es genuino. La misma idea puede extraerse de la utilización de la conjunción *item* en dos ocasiones. Vid. KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut...* cit., p. 57. RABEL, E. *Die sogennante...* cit., p. 405. LENEL, O. *EP*, p. 172. PEROZZI, S. *I modi pretori...* cit., p. 226 y ss. SOLAZZI, S. *Requisiti...* cit., p. 154 y ss. LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres...* cit., p. 96. ZUCOTTI, F. *Sulla tutela processuale...* cit., p. 128, nt. 214, este último autor considera, además, que lo más sencillo para los compiladores habría sido eliminar el adverbio "non" en la frase inicial del texto, que originariamente debía indicar: "Si de usu fructu agatur traditio, Publiciana non datur" (p. 127, nt. 212).

²¹³ En este sentido, vid. MANNINO, V. *La tolleranza...* cit., p. 35, 51 y 55. Para este autor no existen dudas de que las referencias a la *traditio* del usufructo en las fuentes jurisprudenciales suelen ser clásicas, en tanto que el usufructo estaría íntimamente conectado a la posesión de la cosa sobre la que recae (*quasi possessio rei utendi fruendi causa*). Más dudas le plantea las referencias a la *traditio* en el caso de las servidumbres, al tratarse de *res incorporales*; de ahí que considere que la mención a la *traditio plane* en D. 8, 3, 1, 2 (Ulp. 2 *inst.*) se deba a los compiladores o, incluso, que el texto de Ulpiano hubiera sido mucho más extenso y se hubiera referido a la *traditio* del usufructo —respecto de esta última hipótesis, no se entendería por qué los compiladores habrían optado por eliminar dicha mención, para centrarse únicamente en la *traditio* de la servidumbre.

Las referencias a la *traditio servitutis* también serían postclásicas según LÁZARO GUILLAMÓN, C. *La adquisición de las servidumbres...* cit., p. 90 y ss. Por tanto, para ambos autores las referencias a la *traditio servitutis* en D. 6, 2, 11, 1, serían añadidos compilatorios.

Vid. también GROSSO, G. *Le servitù...* cit., p. 207 y ss.

idea que puede corroborarse a través de textos como D. 7, 1, 25, 7 (Ulp. 18 *Sab.*) ó D. 8, 3, 1, 2 (Ulp. 2 *inst.*), en primer lugar, hemos de tener en cuenta que la *actio Publiciana* amparaba, con carácter general, a aquél que hubiera adquirido una *res Mancipi* a través de una *traditio ex iusta causa* o hubiera adquirido, también *ex iusta causa*, una cosa de quien no era su legítimo propietario. En ambos casos, el adquirente dispondría de la plena propiedad sobre la cosa merced a la *usucapio*. En este sentido, la característica común en estos dos supuestos sería que la adquisición habría tenido lugar *ex iusta causa*. La existencia de una *iusta causa* en el caso de D. 8, 5, 16 (Iul. 7 *dig.*), como hemos visto, sería el elemento determinante para que, al existir la *patientia domini*, se conceda la tutela de la *actio Publiciana*, así como la *exceptio rei venditae et traditae* o *doli*²¹⁴.

En segundo lugar, no debemos olvidar la vigencia de la *lex Scribonia*, que no permitía la adquisición de las servidumbres mediante *usucapio*. La *actio Publiciana*, como hemos expresado anteriormente, sería una acción real que incluye una ficción en su fórmula, en este caso, la *fictio temporis*, es decir, el pretor ordena al *iudex* que enjuicie la causa como si hubiera transcurrido el tiempo necesario para adquirir la cosa por *usucapio*. En el caso de las servidumbres, esta ficción no es posible, ya que nunca podrán adquirirse por *usucapio*. Este motivo es esencialmente el que suele aducirse para argumentar

En cambio, para MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 354 y 355, las referencias a la *traditio servitutis* sí pueden considerarse clásicas, especialmente cuando se trata de servidumbres en las que es posible apreciar el ejercicio fáctico de su contenido, como por ejemplo una servidumbre de paso o de acueducto. La autora parte de la visión de Celso, quien contempla el *usus servitutis* como posesión, en tanto que considera las servidumbres como *qualitas fundi*, es decir, como una condición en que se encuentra un predio, al igual que otras situaciones o ventajas naturales que pueden darse sobre aquél (cfr. D. 50, 16, 86 [5 *dig.*): "So wie das Grundstück mit seinen natürlichen Vorteilen besessen wird, so kann die durch eine Servitut veränderte rechtliche Lage des Grundstücks besessen werden. Ulpian hat also die Lehre des Rechtsbesitzes von Celsus, dem hochklassischen Schulhaupt der Prokulianer, übernommen und damit auch die Möglichkeit geschaffen, die *traditio* auf Servituten anzuwenden" (p. 355).

²¹⁴ MANNINO, V. *Tutela... cit.*, p. 16 y ss. MÖLLER, C. *Die Servituten... cit.*, p. 354 . FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 351 y ss.

que el contenido del texto no es genuino, sino que se correspondería con el Derecho justiniano, en el que las servidumbres resultan usucapibles²¹⁵. Sin embargo, es posible que, en estos supuesto que, como decíamos, constituirían excepciones en las que se aplicaría la *actio Publiciana*, se recurriera a otro tipo de ficción, la *fictio iuris*, es decir, como si se hubiera constituido la servidumbre conforme a los modos de constitución del *ius civile*²¹⁶. Por todo ello, nos parece muy posible que el contenido de este texto de Ulpiano sea fidedigno.

Así pues, nos parece muy probable que la defensa de las relaciones constituidas *pactionibus et stipulationibus* hubiera tenido lugar, en un primer momento mediante la combinación de la *exceptio pacti* derivada de las *pactiones* y frente al ejercicio de la acción negatoria, y de la acción personal derivada de la *stipulatio* de ejercicio, que en la mayoría de las ocasiones debía ir acompañada de otra *stipulatio* en la que se prometía una *poena*. Así como se hubiera recurrido a los interdictos cuasiposesorios²¹⁷ En un determinado momento, debió hacerse necesaria la concesión de una acción, por lo que debió extenderse útilmente a estos supuestos la *vindicatio servitutis* e incluso la *actio Publiciana*, especialmente cuando no se hubiera realizado la *stipulatio* de ejercicio y la servidumbre se ejerciera con la *patientia domini*.

²¹⁵ En este sentido se pronuncia, recientemente, ZUCCOTTI, F. *Sulla tutela processuale... cit.*, p. 135. Este autor se fija, además, en que la *actio Publiciana* tiene una naturaleza provisional, en el sentido de ofrecer una tutela mientras no se haya completado el plazo de la *usucapio*. Siendo las servidumbres inusucapibles, implicaría que la concesión de esta acción tendría lugar de manera indefinida, lo que choca claramente con esta naturaleza provisional (p. 137). Nos parece que, frente a la idea expresada por el profesor italiano, cabría tener en cuenta el hecho de que, ya a finales de época clásica, las servidumbres ejercitadas desde tiempo inmemorial se considerarían válidamente constituidas, aún cuando no pudiera probarse el acto constitutivo, y estarían tuteladas por acciones útiles (cfr. D. 8, 5, 10 pr. Ulp. 53 ad ed.). Vid. KASER, M, *RPR*, I, p. 445.

²¹⁶ MANNINO, V. *Tutela... cit.*, p. 18.

²¹⁷ Cabe recordar que, en el caso de la *conventio pignoris*, se habría concedido, en primer lugar, el *interdictum Salvianum* (s. II-I a. C.) y, posteriormente, la *actio Serviana* (s. I a. C.), vid. LENEL, O. *EP*, § 266, p. 490. TALAMANCA, M. *Istituzioni... cit.*, p. 480.

5.3. Concurrencia entre exceptio pacti/doli y actio ex stipulatu (stipulatio poenae), concurrencia entre actio in rem utilis y actio ex stipulatu (stipulatio poenae)

5.3.1. Exceptio pacti- actio ex stipulatu (stipulatio poenae)

No disponemos de textos en los que podamos examinar la solución a la concurrencia de acciones o excepciones de que habría dispuesto el titular del fundo dominante, en el caso de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*.

Podemos imaginar que, ante el ejercicio de la *actio negatoria*, el titular del fundo dominante habría podido oponer una *exceptio pacti* o *doli* y que, a su vez, el ejercicio de esta acción, supondría que se incurriera en la *stipulatio* de ejercicio que, por regla general suele acompañarse de la promesa de una *poena*. Sin embargo, cabría preguntarse de cuál de estos dos remedios podría servirse, la excepción o la *actio ex stipulatu* para reclamar la pena²¹⁸.

Pese a no disponer de fuentes jurisprudenciales, Scaevola se ocupa de un caso que presenta algunas similitudes con el supuesto en que la servidumbre se haya constituido *pactionibus et stipulationibus*, similitudes que tienen que ver con la presencia de un acuerdo acompañado por una *stipulatio poenae*, que presentaría, seguramente, la estructura de la "Doppelstipulation" y

²¹⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* LEVY, E. *Die Konkurrenz der Aktionen*, II, Berlín, 1922 (hemos consultado la reimpresión de 1964), p. 121 y ss. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 291 y ss. Aunque éste debió ser un tema debatido por la jurisprudencia, en el derecho clásico parece dominar la opinión de que únicamente sería posible ejercer la *exceptio pacti* o bien la *actio ex stipulatu* (conurrencia electiva), de acuerdo con los conocidos textos de Paulo y Ulpiano que recogen las opiniones de Mela y Sabino, respectivamente, *cfr.* D. 23, 4, 12, 2 (Paul. 35 *ad ed.*) y D. 2, 14, 10, 1 (Ulp. 4 *ad ed.*). Sin embargo también encontraríamos textos que se postulan a favor de la concurrencia cumulativa, como podemos ver en D. 45, 1, 122, 6 (Scaev. 28 *dig.*) y en derecho postclásico D. 2, 15, 16 (Herm. 1 *iuris epit.*).

se referiría a una obligación de no hacer.

D. 45, 1, 122, 6 (Scaev. 28 dig.): *Duo fratres hereditatem inter se diviserunt et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem facturos et, si contra quis fecisset, poenam alter alteri promisit: post mortem alterius qui supervixit petit ab heredibus eius hereditatem quasi ex causa fideicommissi sibi a patre relictis debitam et adversus eum pronuntiatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset: quaesitum est, an poena commissa esset. respondit poenam secundum ea quae proponuntur commissam*²¹⁹.

Dos hermanos dividieron entre sí la herencia y se dieron caución de que no harían nada contra esa división y se prometieron recíprocamente el pago de una pena, si se hiciera algo contra lo convenido. Tras la muerte de uno, el superviviente reclamó, a los herederos del hermano fallecido, la herencia como si le fuera debida por fideicomiso establecido por el padre de estos (difunto), y se falló en su contra, en consideración a que había habido una transacción. Se preguntó si se habría incurrido en la pena. Respondí que sí se habría incurrido en la pena, conforme a las circunstancias expuestas del caso.

En este supuesto que nos explica Escévola, dos hermanos realizan un acuerdo transaccional entorno a la división de la herencia, que no puede ser modificado de manera unilateral, en tanto que se prometen recíprocamente una pena si no se cumpliera el citado acuerdo. Es posible que dicho pacto se refiriera a un bien que tenían en común. Este pacto no daría lugar, en principio y que sepamos, a una acción para ser reclamado, sino únicamente a la *exceptio pacti* en el caso de que se ejerciera una acción contra uno de los dos hermanos que lo concluyen. La *stipulatio* de la que se habla en el texto podría tratarse de una *stipulatio* principal en la que se prometiera que no se haría nada para contravenir el pacto, seguida por otra, que contuviera la promesa del

²¹⁹ Sobre este texto, TALAMANCA, M. *Ricerche... cit.*, p. 52, nt. 36. KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 315 a 318, con amplia bibliografía.

pago de una pena, en el caso de incumplir lo prometido en la anterior *stipulatio*. En este caso, podría ejercerse la *actio ex stipulatu* para reclamar la obligación contenida en la primera *stipulatio*.

En el supuesto, no se ejerce la *exceptio pacti*, sino que el hermano vivo reclama a los herederos la mitad de la herencia como si se hubiera establecido un fideicomiso a su favor. Pero el fallo judicial le resulta desfavorable, como consecuencia de subyacer un acuerdo transaccional.

La pregunta que se formula a Escévola es si, dadas las circunstancias, se puede considerar que se ha incurrido en la pena y, por tanto, es posible reclamarla. Escévola contesta afirmativamente, lo que denota que, en este caso, se daría un concurso cumulativo entre la *exceptio pacti* y la reclamación de la *stipulatio poenae*, en tanto que se interpreta que ésta última se estableció para garantizar la "Störungsfreiheit"²²⁰.

Partiendo de las oportunas cautelas por la falta de fuentes en cuanto a las *pactiones et stipulationes*, creemos que la solución adoptada por Escévola en este caso sería aplicable en el supuesto de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*, ya que, como hemos visto, la *stipulatio poenae* garantizaría la "Störungsfreiheit" de quien ejerce la servidumbre, es decir, le garantiza que una determinada situación o estado de cosas no se verá alterado. Este hecho se hace más evidente cuando observamos que es posible que se incurra en la pena en más de una ocasión (cfr. D. 45, 1, 133, Scaev. 13 *quaest.*).

²²⁰ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae... cit.*, p. 318.

5.3.2. Actio in rem utilis- actio ex stipulatu (stipulatio poenae).

No disponemos de textos que nos permitan ver si, en el caso de ejercerse una acción real útil y con independencia del fallo, el estipulante podría o no exigir el pago de la pena prometida.

En las fuentes jurisprudenciales, existen textos que hacen referencia al ejercicio de la *vindicatio rei* en supuestos en los que se ha estipulado el pago de una pena, como sería D. 44, 4, 4, 7 (Ulp. 76 *ad ed.*)²²¹. Concretamente en este texto de Ulpiano, en el que recuerda una opinión de Labeón, no sería posible exigir el pago de la pena, si la pretensión del demandante se hubiera visto satisfecha a través de la *vindicatio rei*, por lo que, de ejercerse la *actio ex stipulatu*, el deudor podría oponer la *exceptio doli*.

En el caso de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* y subrayando que nos movemos en un campo totalmente hipotético por la falta de fuentes, creemos que se ha de tener en cuenta la función que cumpliría, en este caso, la *stipulatio poenae*. Como hemos expresado anteriormente²²², la *stipulatio poenae*, en este caso, permitiría establecer de antemano la cuantía indemnizatoria o fijar parámetros para su cálculo, sobre todo tratándose de conductas *in non faciendo*, para las que la prueba del interés lesionado puede resultar especialmente difícil²²³. Además, hemos de recordar que sería posible incurrir en la pena en más de una ocasión (cfr. 45, 1, 133, Scaev. 13 *quaest.*), es decir, la *stipulatio poenae* protegería al estipulante frente a cualquier

²²¹ D. 44, 4, 4, 7 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Labeo ait, si de homine petitio secundum actorem fuerit iudicatum et iussu iudicis satisdatum sit hominem intra certum diem tradi, et, si traditus non fuisset, poenam stipulatus sit, petitem, qui et hominem vindicat et poenam petit, exceptione esse repellendum: iniquum enim esse et hominem possidere et poenam exigere.*
LEVY, E. *Die Konkurrenz der Aktionen...* cit., II, p. 118 y ss.

²²² *Vid.* Capítulo II, sección II, epígrafe 5 sobre la *cautio de non amplius turbando*.

²²³ KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae...* cit., p. 53 y ss.

conducta proveniente de la esfera del promitente por la que se impidiera el ejercicio de la servidumbre ("Störungsfreiheit").

Por su parte, la *vindicatio utilis* estaría encaminada a obtener un *restituere* —es decir, al restablecimiento del actor en el goce de la servidumbre— y a determinar la existencia o no de una servidumbre —partiendo de que la constitución de ésta no ha tenido lugar según los actos del *ius civile*— que justifique ese ejercicio, así como al cese de la conducta que perturba o impide el ejercicio de la servidumbre, pero, en principio²²⁴, no a fijar el interés lesionado como consecuencia de la conducta perturbadora o prohibitoria y, por tanto, a la obtención de una indemnización. Por este motivo, consideramos que, en el caso de proceder la restitución, hubiera sido posible ejercer ambas acciones (conurrencia cumulativa).

6. Conclusiones

Iniciábamos el capítulo refiriéndonos a una hipótesis sobre la posible estructura y funcionamiento de las *pactiones et stipulationes*, a partir del estudio de las fuentes jurisprudenciales en el capítulo anterior a éste. De esta manera, llegamos a la conclusión de que las *pactiones et stipulationes* serían un negocio complejo, propio del *ius gentium* y cuya aplicación tiene lugar no únicamente en las provincias, sino también sobre suelo itálico.

Las partes, a través de las *pactiones*, acordarían el contenido de la servidumbre que querían constituir. En estos acuerdos, las partes no sólo determinarían el tipo de servidumbre a constituir, sino que además podrían

²²⁴ *Vid.* Capítulo II, sección II, epígrafe 5, en cuanto a la posibilidad de obtener una indemnización por el interés lesionado, pero en el caso de la acción negatoria, *vid.* VALIÑO, A. «Cesación de la intromisión e indemnización del daño causado a través del ejercicio de la *actio negatoria*?», en *REHJ*, 24 (2002).

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552002002400002&script=sci_arttext

acordar las modalidades de ejercicio de ésta, la inclusión de condiciones o de términos, etc. Estos acuerdos, tendrían la naturaleza de *pacta in rem*, pues la servidumbre se constituye, en principio, a favor del fundo y no de una persona en concreto. Las pacciones, generalmente, se concluirían en el momento de realizarse una compraventa del fundo sirviente o dominante o incluso en la compraventa del mismo derecho, aunque también podrían darse en el caso de una donación o incluso en la dación de la dote.

A las *pactiones* seguiría la realización de una *stipulatio* de ejercicio, por la que el titular del fundo sirviente se comprometería a respetar el ejercicio de la servidumbre que se desarrollara en los términos acordados. Esta *stipulatio* suele estar garantizada, en la mayoría de las veces, a través de la promesa de una cantidad de dinero (*poena*), a pagar en el caso de incumplir el estipulante la obligación de no entorpecer el ejercicio de la servidumbre.

Este negocio complejo, seguramente debió surgir de la práctica habitual, en tanto que la constitución de las servidumbres normalmente tenía lugar al realizarse una compraventa de un fundo o del mismo derecho, la servidumbre surgía al realizarse, posteriormente, la *mancipatio* o la *in iure cessio*. El problema debió surgir cuando, de modo cada vez más frecuente, a la compraventa no seguía la realización del acto legítimo oportuno y, especialmente, al devenir las servidumbres *res incorporales* no usucapibles, como consecuencia de la *lex Scribonia*. En estos casos, existiría un ejercicio de hecho de una servidumbre.

En este sentido, tanto Labeón (D. 8, 1, 20, Iav. 5 *ex post. Lab.*) como Pomponio (D. 19, 1, 3, 2 lib. 9 *Sab.*) recuerdan la necesidad de establecer cauciones cuando se adquiere una servidumbre, en tanto que no es posible su entrega por ser un derecho y, como tal, *res incorporalis*. La *stipulatio* de ejercicio, actuaría, así pues, como subrogado de la *traditio*, desde el punto de vista del titular del fundo sirviente.

El contenido de la *stipulatio* de ejercicio sería una obligación de no hacer que, como tal, es de naturaleza indivisible. A través de esta promesa verbal, el promitente no se obliga a no hacer nada, sino a procurar no impedir u obstaculizar el ejercicio de la servidumbre mediante actos u omisiones que provengan de su esfera. esta *stipulatio* estaría generalmente reforzada con una *stipulatio poenae*, aunque también existen fuentes que recogen casos de fianza verbal (D. 45, 1, 49, 1, Paul. 37 *ad ed.*; D. 46, 3, 31, Ulp. 7 *disp.*)

La *stipulatio poenae* presentaría, en este caso, la estructura de la *Doppelstipulation* y tendría como finalidad garantizar la denominada "Störungsfreiheit", es decir, garantizaría al estipulante un determinado estado de cosas en el que no se va a ver perturbado en el ejercicio de la servidumbre. también permitiría anticipar la cuantificación del daño, en caso de incumplimiento, teniendo en cuenta que nos encontramos ante obligaciones de no hacer, sin necesidad de tener que demostrar la lesión del interés del titular del fundo dominante.

Estas *stipulationes*, además, habrían incorporado la *mentio heredis* o incluso cláusulas del tipo "*is ad quem ea res pertinet*", para asegurar su transmisibilidad a los herederos de las partes e incluso a terceros adquirentes de los fundos sirviente y dominante. Aunque es muy posible que, en plena época clásica, a través de una interpretación de la *stipulatio* conforme a la a la voluntad de las partes y a la finalidad que éstas habrían querido otorgarle, fuera el elemento determinante para asegurar la transmisibilidad de la *stipulatio*, aún cuando no contuviera este tipo de cláusulas.

En lo que se refiere a la *commissio poenae* y al pago de la *poena*, aunque no dispongamos de demasiados textos al respecto, hemos concluido que, con mucha seguridad, en este caso, el régimen de responsabilidad del deudor habría incorporado elementos de responsabilidad subjetiva. Asimismo,

las *pactiones* concluidas por las partes habrían podido determinar, en algunos supuestos, la exclusión de la *commissio poenae*, por ejemplo, cuando el ejercicio de la servidumbre no se ciñera a las modalidades de ejercicio acordadas.

Hemos hecho especial referencia al caso en el que existen una pluralidad de sujetos en la parte estipulante o promitente, como consecuencia, normalmente, de haberse producido la sucesión de los sujetos que realizaron aquella *stipulatio*. En estos casos, como hemos podido comprobar, al tratarse de obligaciones indivisibles, cuando uno de los herederos del promitente lleva a cabo una conducta prohibida, este acto perjudica al resto de coherederos y todos incurrir en la *stipulatio* y en la poena, si se hubiera prometido (*unius facto omnes teneri*). En este caso, los herederos responden solidariamente por el incumplimiento.

Cuando la pluralidad de sujetos se produce en la parte estipulante, en principio, cualquiera de los herederos puede reclamar la totalidad de la prestación. Sin embargo, creemos que es muy posible que, en época clásica, el pretor o incluso la jurisprudencia hubiera establecido mecanismos o correctivos para evitar que aquellos herederos que no se habían visto impedidos en el ejercicio de la servidumbre pudieran reclamar la totalidad de la condena o de la pena prometida. Entre estos correctivos se encontrarían la posibilidad de que el promitente hiciera valer la *exceptio doli* ante el heredero que no se viera impedido en el ejercicio de la servidumbre o, incluso, el hecho de que la condena se fijara en función del interés lesionado del demandante.

A través de D. 45, 1, 133 (Scaev. 13 *quaest.*), hemos llegado a la conclusión de que sería posible incurrir en la pena en más de una ocasión, siempre y cuando así lo hubieran querido las partes y se incluyera en la fórmula una *praescriptio pro actore*. La condena se produciría por el interés lesionado en cada acto de inumplimiento de la *stipulatio* de ejercicio.

En lo que se refiere a la tutela de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*, hemos concluido que, muy seguramente, ésta habría discurrido, en un primer momento, a través de la *exceptio pacti* o *doli* derivada de las *pactiones* y a oponer frente a la *actio negatoria*, así como el recurso a la tutela interdictal y, finalmente, a la *actio ex stipulatu* derivada de la *stipulatio* de ejercicio o de la *stipulatio poenae*, según el caso.

Con el tiempo se habría hecho necesaria la concesión de una *actio in rem*, existirían textos que nos hablan de la concesión de *actiones in rem utiles*, especialmente en los casos del superficiario y el vectigalista, quienes no podrían constituir servidumbres conforme al *ius civile*. Esto nos lleva a plantearnos la posibilidad de que, a mediados de época clásica, el pretor hubiera tutelado las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* a través de la concesión de la *vindicatio servitutis utilis*, a la que también se uniría la concesión de la *actio Publiciana*, como muestran las fuentes. Es posible que los particulares que se encontraban en las provincias también hubieran podido valerse de la *vindicatio servitutis utilis* o de una acción similar, aunque sobre este extremo faltan fuentes que permitan corroborar esta idea de forma más o menos fehaciente.

El ejercicio de la *exceptio pacti* o de la *actio in rem utilis* sería plenamente compatible con el ejercicio de la *actio ex stipulatu*, teniendo en cuenta la finalidad que persigue cada uno de estos remedios.

Conclusiones

De acuerdo con Gai. 2, 31, sobre los fundos provinciales, las servidumbres y el usufructo se constituyen *pactionibus et stipulationibus*. El uso de este negocio constitutivo sobre el suelo provincial se explica por el especial régimen jurídico¹ de éste último, que lo excluye del *dominium ex iure Quiritium* de los particulares, así como de la realización de los negocios formales propios del *ius civile*, como son la *mancipatio* o la *in iure cessio*, que suelen participar en la constitución *inter vivos* de estos derechos²

Las tierras situadas en las provincias eran de titularidad estatal (Gai. 2, 7), por lo que los particulares nunca habrían podido disfrutar del *dominium ex iure Quiritium* sobre estos territorios, sino de la *possessio vel usufructus*, como expresa Gai. 2, 7, o de una "plenísima posesión" en palabras de Teófilo (*Theoph. ad I. 2, 1, 40*). Estas situaciones jurídicas, en cualquier caso, resultarían muy cercanas, desde el punto de vista material, a la idea de propiedad y habrían sido transmisibles por actos *inter vivos* o *mortis causa*, así como habrían permitido la constitución sobre dicho suelo de todo tipo de relaciones jurídicas, similarmente a las que podría constituir un propietario civil; todo ello siempre y cuando se mantuviera el pago del tributo, estipendio o cánón correspondiente.

¹ Vid. Capítulo IV, epígrafe 2.1.

² Vid. Capítulo I, epígrafe 4.1.1.

Pese a que Gayo únicamente indica que las *pactiones et stipulationes* se aplicarían en las provincias, se discute si su aplicación habría alcanzado más allá de aquéllas. En este sentido, sobre el suelo itálico, también existirían situaciones jurídicas en las que no sería posible la constitución de servidumbres prediales según los actos formales del *ius civile*. Se trataría de casos en los que los particulares no dispondrían del *dominium ex iure Quiritium*, principalmente, el *in bonis habere*, la *bonae fidei possessio*, la propiedad de los peregrinos y los casos del superficiario, del vectigalista o del acreedor pignoraticio³. En todos estos supuestos, se justificaría el recurso a las *pactiones et stipulationes* para constituir relaciones equivalentes a las servidumbres y al usufructo civiles, pero tuteladas por el pretor. Debido a ello, suele hablarse de "servidumbre o de usufructo pretorios", en tanto que, no cumpliéndose las condiciones exigidas por el *ius civile* para constituir un usufructo o una servidumbre, estos se constituyen al amparo del pretor, generalmente a través de *pactiones et stipulationes* o de la *traditio vel/et patientia*⁴.

La hipótesis de que las *pactiones et stipulationes* se aplicarían más allá del mero ámbito provincial se ve refrendada, además, por los siguientes factores: en primer lugar, la imposibilidad de adquirir una servidumbre sobre los predios itálicos a través de la *usucapio*, debido a la prohibición expresa de la *lex Scribonia* (Cfr. D. 41, 3, 4, 28 Paul. 54 *ad ed.*) —por lo que, a diferencia de lo que sucedería en relación con el derecho de propiedad, quedaría cerrada la posibilidad de adquirir de *iure*, en virtud del transcurso del tiempo, una servidumbre no constituida siguiendo las formalidades exigidas por el *ius civile*—; y, en segundo lugar, por la progresiva decadencia, desde época republicana, de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, frente al auge del uso de la *traditio*, a raíz de los cambios socio-económicos que se producen en el orbe romano y la evolución en la categoría de las *res pretiosiores*, que ya no tiene

³ *Vid.* Capítulo IV, epígrafe 2.1.2.

⁴ *Vid.* Capítulo I, epígrafe 4.1.3 y capítulo IV, epígrafe 2.1.2.

por qué coincidir forzosamente con la categoría de las *res Mancipi* —estos negocios, por tanto, con el tiempo, dejan de ser aptos para cumplir con su función de dar publicidad de las transmisiones de los bienes de mayor importancia económica.

Es más, existirían autores como La Rosa⁵ o Randazzo⁶ que defienden que las *pactiones et stipulationes* encontrarían su origen en Roma y que, posteriormente, se habrían exportado al mundo provincial. Esta teoría no estaría falta de sentido, pues en este negocio constitutivo participan instituciones de clara matriz romana, como son los pactos y las *stipulationes*, y no nos encontraríamos, por tanto, ante un caso de adopción de una práctica jurídica que, en principio, se repite en el derecho provincial. A nuestro entender, además, este modo de constitución habría surgido de la praxis cotidiana y como consecuencia de la paulatina inaplicación de los actos formales del *ius civile*; y aunque un estudio de las diferentes fuentes jurisprudenciales que se conservan no permite afirmar con plena seguridad que las *pactiones et stipulationes* encontraran una primera aplicación en suelo itálico, es posible que así hubiera sucedido.

En lo que se refiere a la estructura y funcionamiento de las *pactiones et stipulationes*, la mención escueta que de éstas encontramos en Gai. 2, 31 —principal fuente de referencia— ha permitido a la doctrina romanista explicar este negocio constitutivo desde diferentes perspectivas, en muchos casos encontradas⁷. Para algunos autores, Gayo se habría referido, en este caso, a la constitución de las servidumbres y del usufructo a través de dos actos distintos⁸; conclusión a la que llegan basándose en la existencia de textos de la jurisprudencia clásica que sólo mencionan el pacto o la *stipulatio* o, incluso, que hablan de *pactiones vel stipulationes*. Esta teoría que, en un principio, se

⁵ LA ROSA, F. *Pactionibus et stipulationibus... cit.*, p. 27 y ss.

⁶ RANDAZZO, S. *Servitus iure imposita... cit.*, p. 289 y ss.

⁷ *Vid.* Capítulo III, epígrafe 4.

⁸ *Vid.* Capítulo III, epígrafe 4.1.

consideraba abandonada, ha vuelto a ser defendida, últimamente, por autores como Basile⁹ o Finkenauer¹⁰. También ha sido objeto de una viva discusión la cuestión relativa a la eficacia jurídica de este negocio constitutivo, que se puede abordar desde el punto de vista del *ius civile* o del derecho del pretor. La doctrina se ha mostrado dividida en este extremo, según se considere que de las *pactiones et stipulationes* sólo surge un subrogado obligatorio de las servidumbres prediales o del usufructo¹¹ —pues los pactos únicamente generan *exceptiones* a hacer valer frente al ejercicio de una acción y la *stipulatio*, como sabemos, es fuente de obligaciones—; o bien que aquéllas gozarían de eficacia real, merced a la figura del pacto, capaz de generar derechos reales como puede comprobarse a través de la *conventio pignoris*¹². La eficacia jurídica de este modo de constitución, en cualquier caso, está plenamente ligada a la tutela que otorga el pretor a la relación jurídica de este modo constituida.

Creemos que para entender la estructura y funcionamiento de las *pactiones et stipulationes* sería necesario acudir a una fuente bastante posterior en el tiempo, *Theoph. ad I. 2, 3, 4*. En este pasaje de la paráfrasis, el jurista bizantino nos informa de cómo debía producirse la constitución de una servidumbre *pactionibus et stipulationibus*. Teófilo expresamente indica que, al pacto constitutivo de la servidumbre, le sigue una *stipulatio* por la que se promete respetar el ejercicio de la servidumbre —concretamente, una *stipulatio poenae* que presentaría la estructura de la *Doppelstipulation*.

Pese al arco temporal que separa a Teófilo de Gayo, nos parece que el ejemplo recogido en la paráfrasis constituiría una muestra fidedigna de que las *pactiones et stipulationes*, al menos en el derecho romano clásico, no serían dos actos alternativos para la constitución de servidumbres o de usufructo, sino un negocio complejo o, si se prefiere, un conjunto de actos tendentes a la

⁹ BASILE, R. *Pactionibus et stipulationibus ... cit.*, p. 335 y ss.

¹⁰ FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen... cit.*, p. 331 y ss.

¹¹ *Vid.* Capítulo III, epígrafe 4.2.1-2.

¹² *Vid.* Capítulo III, epígrafe 4.2.3.

constitución de estos derechos —por mucho que, en la época de Teófilo, las *pactiones et stipulationes* sí podrían llegar a entenderse como dos actos diversos de constitución. La presencia de textos, en la compilación justiniana, que únicamente se refieren al pacto o a la *stipulatio*, o en los que se emplea la conjunción disyuntiva “*vel*”, en lugar del “*et*” que aparece en Gai. 2, 31, no nos parece decisiva para desmentir la teoría de que nos encontramos ante un negocio complejo; ya que es posible encontrar una explicación a través de una revisión de los textos, en la que se atiende preferentemente al fondo del asunto que se trata en cada caso y no meramente a la mención exclusiva de uno de los dos actos o al valor de la conjunción que aparezca entre estos¹³. Una cuestión diferente será determinar qué tipo de función cumple cada uno de los elementos que constituyen el binomio *pactiones et stipulationes*.

De este modo, la constitución de las servidumbres y del usufructo, partiendo de Gai. 2, 31 en conjunción con *Theoph. ad I. 2, 3, 4*, tendría lugar a través de acuerdos libres de forma —de ahí el uso plural de *pactiones*—, mediante los cuales las partes pueden establecer y diseñar la servidumbre o el usufructo con arreglo a sus especiales circunstancias o a sus necesidades. A estos acuerdos les seguiría la realización de una *stipulatio* de ejercicio —siguiendo la denominación de Grosso¹⁴—, por la que se prometería respetar el ejercicio de la servidumbre (*usus servitutis*), so pena del pago de una cantidad de dinero, en caso contrario. La práctica habitual de acompañar los acuerdos constitutivos de una servidumbre con la celebración de una *stipulatio* de ejercicio daría lugar a que los juristas expresaran que la servidumbre se había constituido *pactionibus et stipulationibus*¹⁵.

Las partes constituyentes de la servidumbre podrían determinar, a través de estos acuerdos, el régimen del derecho que desean constituir de conformidad con sus necesidades: el tipo de servidumbre, las modalidades de

¹³ Vid. Capítulo V, epígrafe 3.

¹⁴ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 197, nt. 10.

¹⁵ Como bien señaló GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 199 y 200.

ejercicio, la anchura en el caso de la senda o paso, el lugar por el que se debe ejercer la servidumbre (Cfr. entre otros casos, D. 8, 1, 13, Pomp. 14 *ad Quint. Muc.*; D. 8, 3, 13, Iav. 9 *ex Cass.*; D. 8, 3, 14, Pomp. 32 *ad Quint. Muc.*) e incluso podrían establecer condiciones o términos (D. 8, 1, 4 pr., Pap. 7 *quaest.*)¹⁶.

La conclusión de estos pactos tendría lugar, generalmente, al celebrarse la compraventa del fundo que ha de ser dominante o sirviente, a modo de cláusulas contractuales (D. 8, 3, 36, Paul. 2 *resp.*; D. 8, 4, 3, Gai. 7 *ad ed. prov.*; D. 8, 4, 13 pr., Ulp. 6 *opin.*). Aunque también sería posible que se incluyeran en la compraventa del mismo derecho, a tenor de los numerosos ejemplos que podemos encontrar en las fuentes que mencionan la compraventa de una servidumbre (cfr. D. 8, 1, 20, Jav. 5 *ex post. Lab.*; D. 19, 1, 3, 2, Pomp. 9 *Sab.*). La constitución de una servidumbre implica, para el fundo que debe soportar este derecho, una disminución de su valor económico, por lo que en la mayoría de los casos, la lógica conduce a pensar que el titular del fundo sirviente sólo estuviese dispuesto a constituir este derecho a cambio de una compensación económica por la pérdida de valor del fundo. Esta compensación se produciría, en la compraventa del derecho, mediante el pago del precio; o se incorporaría al precio a pagar por un inmueble, en el caso de la reserva de servidumbre en la compraventa de un fundo. A parte de la compraventa, creemos que la constitución *pactionibus et stipulationibus* podría tener lugar en el caso de la donación de un fundo o del mismo derecho, o bien a través de una dación en dote (en relación con el usufructo, cfr. Hon. Teod. C. 8, 54, 28, a. 471).

Estamos de acuerdo con Grosso¹⁷ y con Kaser¹⁸ en que las *pactiones*

¹⁶ En el mismo sentido, LA ROSA, F. *Pactionibus et stipulationibus... cit.*, p. 28 y 29.

¹⁷ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 196 y 201 y en *I problemi dei diritti... cit.*, p. 293 y ss. En el mismo sentido se pronuncia BURDESE, A. voz «Servitù», en *NNDI*, XVII, Turín, 1970, p. 122.

¹⁸ KASER, M. *RPR*, I, § 105, IV.2.a), p. 445 y en «Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre», en *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, p. 100.

tienen una función esencial y que, seguramente, de éstas derivaría la eficacia jurídico real del acto. El uso de los pactos para la constitución de derechos reales¹⁹ no sólo se da en relación con las servidumbres o el usufructo; como decíamos anteriormente, la *conventio pignoris* constituiría un claro ejemplo de cómo, a través de un acuerdo no formal, es posible constituir un derecho real de garantía (cfr. D. 13, 7, 1 pr. Ulp. 40 *Sab.*; D. 20, 1, 4 Gai. *form. hyp.*). Además, cabe tener en cuenta que, en este caso, los efectos jurídicos tendrán lugar al amparo del derecho pretorio y no del *ius civile*.

Los acuerdos relativos a la constitución de la servidumbre, a tenor de las fuentes estudiadas en el capítulo V, por regla general²⁰, tendrían la consideración de *pacta in rem* (cfr. D. 2, 14, 7, 8, Ulp. 4 *ad ed.*), es decir, acuerdos concluidos en relación con los fundos y, por ello, serían transmisibles a los sucesores de las partes, ya sean estos sucesores a título universal o particular (Cfr. D. 8, 3, 36 Paul. 2 *resp.*; D. 8, 4, 13 pr. Ulp. 6 *opin.*; Alex. Sev. C.3, 34, 3 a. 223).

En lo que se refiere a las *stipulationes*, como decíamos, se trataría de *stipulationes* por las que se promete que no se impedirá el ejercicio de una determinada servidumbre, de ahí la denominación acuñada por Grosso²¹ como "*stipulationes de ejercicio*". De acuerdo con las fuentes estudiadas, suelen presentar una fórmula similar a la que podemos observar, a título de ejemplo, en D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 *ad ed.*): "*per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari?*".

Existe un elevado número de textos que recogen referencias o incluso ejemplos de este tipo de *stipulationes*, hecho que permite concluir que éstas

¹⁹ Vid. Capítulo II, sección I, epígrafe 5.2.4.

²⁰ Ya que nada impide que las partes constituyan la servidumbre a beneficio de una determinada persona y no de los sucesores de ésta (*servitus ad tempus*). En el caso del usufructo, en cambio, nos encontraríamos ante un *pactum in personam*. La determinación de la naturaleza *in rem* o *in personam* de los pactos depende de la investigación de la voluntad de las partes (*id quod actum*). Vid. Capítulo II, sección II, epígrafe 6.

²¹ GROSSO, G. *Le servitù... cit.*, p. 197, nt. 10.

gozaron de gran difusión en la práctica jurídica²².

Mediante la *stipulatio* de ejercicio, se pondría a disposición del estipulante el ejercicio del derecho de servidumbre, por lo que estas *stipulationes* actuarían a modo de subrogado de la *traditio possessionis*, que no podría tener lugar, en este caso, ya que las servidumbres y el usufructo son considerados *res incorporales*²³. Este hecho puede apreciarse claramente en el caso de la compraventa de un derecho de servidumbre (ex D. 8, 1, 20, Jav. 5 ex post. Lab.; D. 19, 1, 3, 2, Pomp. 9 Sab.). En cualquier compraventa, el vendedor está obligado a la entrega material de la cosa y a garantizar su pacífica posesión, como las servidumbres y el usufructo son *res incorporales*, el vendedor cumpliría con esta obligación a través de la promesa de no impedir el ejercicio del derecho adquirido por el comprador. Esta idea se ve complementada con la tendencia jurisprudencial a aproximar la situación de quien ejerce *de facto* el contenido de un derecho de servidumbre con la *patientia domini (quasi possessio)*, como consecuencia de haberse realizado una compraventa, con la posesión sobre las cosas materiales (*possessio rei*) — lo que también puede observarse en la opinión de Javoleno en D. 8, 1, 20 (Iav. 5 ex post. Lab.)²⁴.

El contenido de la *stipulatio* de ejercicio sería una obligación de no hacer que, como tal, es de naturaleza indivisible. A través de esta promesa verbal, el promitente no se obliga a una inactividad absoluta, sino a procurar no impedir u obstaculizar el ejercicio de la servidumbre mediante actos u omisiones que provengan de su esfera (*pati*)²⁵.

Generalmente, la *stipulatio* estaría reforzada a través de la promesa de una *poena*, aunque también existen fuentes que recogen casos de fianza verbal

²² Vid. Capítulo V, epígrafe 3.3.

²³ Vid. Capítulo I, epígrafe 3.8.

²⁴ Vid. Capítulo V, epígrafe 3.2.1.

²⁵ Vid. Capítulo VI, epígrafe 2.2.

(D. 45, 1, 49, 1, Paul. 37 *ad ed.*; D. 46, 3, 31, Ulp. 7 *disp.*). En los pocos casos en los que puede apreciarse la estructura de la *stipulatio poenae*²⁶, ésta se presentaría bajo la estructura de la *Doppelstipulation*²⁷. Que ésta debió ser la estructura normalmente empleada puede justificarse: en primer lugar, porque Gayo habla de *pactiones et stipulationes* en plural (Gai. 2, 31); y, en segundo lugar, porque en el Digesto encontramos una serie de casos, en los que los juristas se ocupan de estudiar —cuando existe una pluralidad de herederos— si el acto de uno da lugar a que se incumpla en su totalidad la *stipulatio* y, por tanto, todos queden obligados al pago de la *poena*, de lo que puede inferirse que la obligación de no hacer sería una obligación principal, garantizada a través de una *stipulatio poenae*, y no se incorporaría como una mera condición en una *stipulatio poenae* (*selbständige Strafversprechen*).

La *stipulatio poenae*, en este caso, tendría como finalidad garantizar la denominada "Störungsfreiheit", es decir, garantizaría al estipulante un determinado estado de cosas en el que no se va a ver perturbado en el ejercicio de la servidumbre. Asimismo, el establecimiento del pago de una *poena* permitiría anticipar la cuantificación del daño, en caso de incumplimiento de la *stipulatio* de ejercicio, teniendo en cuenta que nos encontramos ante obligaciones de no hacer, sin necesidad de tener que demostrar la lesión del interés del titular del fondo dominante.

Habitualmente, estas *stipulationes* habrían incluido la *mentio heredis* o incluso cláusulas del tipo "*is ad quem ea res pertinet*", de modo que se asegurara su transmisibilidad a los herederos de las partes e incluso a terceros adquirentes de los fundos sirviente y dominante. No obstante, creemos que es muy posible que, en plena época clásica, la jurisprudencia tendiera a una interpretación de la *stipulatio* conforme a la voluntad de las partes y a la

²⁶ La promesa de una *poena* se menciona expresamente en D. 45, 1, 2, 6 (Paul. 12 *Sab.*); D. 45, 1, 4, 1 (Paul. 12 *Sab.*) y en D. 45, 1, 85, 3 (Paul. 75 *ad ed.*), pero sólo es posible ver su estructura en este último texto de Paulo y, en época bizantina, en *Theoph. ad I.* 2, 3, 4.

²⁷ *Vid.* Capítulo II, sección II, epígrafe 5.1.; capítulo VI, epígrafe 2.2.

finalidad que éstas habrían querido otorgarle (*id quod actum*), y que dicha voluntad fuera el elemento determinante para asegurar la transmisibilidad de la *stipulatio*, aún cuando no contuviera este tipo de cláusulas (cfr. D. 8, 3, 36 Paul. 2 resp.; D. 8, 4, 13 pr. Ulp. 6 opin.; D. 45, 1, 38, 12 Ulp. 49 Sab.)²⁸.

En lo que se refiere a la *commissio poenae* y al régimen de responsabilidad del deudor de la *stipulatio de ejercicio*, pese a que el número de fuentes que se ocupan de esta cuestión sea más bien escaso, creemos que es muy posible que el régimen de responsabilidad del deudor hubiera sido de carácter subjetivo y no meramente objetivo. En este sentido, las *pactiones* concluidas por las partes habrían podido determinar, en algunos supuestos, la exclusión de la *commissio poenae*, por ejemplo, cuando la infracción proviene de terceros no dependientes del promitente²⁹.

Especial complejidad supone determinar en qué medida responden y cómo debe entablarse la reclamación judicial, en los casos en los que existe una pluralidad de sujetos en la parte estipulante o promitente, como consecuencia, por lo común, de haberse producido la sucesión de los sujetos que realizaron la *stipulatio* de ejercicio.

En lo que se refiere a la *commissio stipulationis*, al tratarse de obligaciones indivisibles, cuando uno de los herederos del promitente obstaculiza o prohíbe el ejercicio de la servidumbre, este acto perjudica al resto de coherederos y todos incurren en la *stipulatio* y en la *poena*, si ésta se hubiera prometido: "*unius facto omnes teneri*" (Cfr. D. 45, 1, 4, 1 Paul. 12 Sab.). En este caso, los herederos responden solidariamente por el incumplimiento³⁰.

²⁸ Vid. Capítulo VI, epígrafe 3.

²⁹ Vid. Capítulo VI, epígrafe 4.1.

³⁰ Vid. Capítulo VI, epígrafe 4.2.1.

Cuando la pluralidad de sujetos se produce en la parte estipulante, en principio, cualquiera de los herederos puede reclamar la totalidad de la prestación. Sin embargo, creemos que es muy posible que, en la época clásica del derecho romano, la jurisprudencia e incluso el pretor, a través del impulso de aquélla, hubiera recurrido a la aplicación de determinados correctivos en sede procesal, con la finalidad de evitar que aquellos herederos, que no se hubieran visto impedidos en el ejercicio de la servidumbre, pudieran reclamar la totalidad de la condena o de la pena prometida. Entre estos correctivos se encontrarían: la concesión de la *exceptio doli* al promitente demandado, frente a la acción intentada por aquel heredero al que no se le hubiera impedido el ejercicio de la servidumbre; o bien, la delimitación de la cuantía condenatoria en función del interés lesionado del concreto heredero demandante y no de la totalidad de coherederos (Cfr. D. 45, 1, 2, 6 Paul. 12 Sab.)³¹.

La exégesis de D. 45, 1, 133 (Scaev. 13 *quaest.*) nos ha permitido observar que es posible incurrir en la *poena* en más de una ocasión, siempre y cuando así lo hubieran querido las partes y se incluyera en la fórmula procesal una *praescriptio pro actore*. La condena se produciría por el interés lesionado en cada acto de incumplimiento de la *stipulatio* de ejercicio³².

En lo que se refiere a la tutela de las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus*, muy seguramente, ésta habría discurrido, en un primer momento, a través de la *exceptio pacti* o *doli* derivada de las *pactiones* y a oponer frente a la *actio negatoria*; así como el recurso a la tutela interdictal³³ y, finalmente, a la *actio ex stipulatu* derivada de la *stipulatio* de ejercicio o de la *stipulatio poenae*, según el caso³⁴.

³¹ Vid. Capítulo VI, epígrafe 4.2.2.

³² Vid. Capítulo VI, epígrafe 4.3.

³³ Vid. Capítulo VI, epígrafe 5.1.

³⁴ Vid. Capítulo VI, epígrafe 5.

Con el tiempo, se habría hecho necesaria la concesión de una *actio in rem*. En este sentido, existirían textos que nos hablan de la concesión de *actiones in rem utiles* (Cfr. D. 43, 18, 1, 9 Ulp. 70 *ad ed.*), especialmente en los casos del superficiario y el vectigalista (Cfr. D. 8, 1, 16, Iul. 49 *dig*; D. 39, 1, 3, 3, Ulp. 52 *ad ed.*), quienes no podrían constituir servidumbres conforme al *ius civile*. Esto nos lleva a plantearnos la posibilidad de que, a mediados de época clásica, el pretor hubiera tutelado las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* a través de la concesión de la *vindicatio servitutis utilis*, a la que también se uniría la concesión de la *actio Publiciana*, en los casos de *traditio et/vel patientia*, como muestran las fuentes (cfr. D. 6, 2, 11, 1 Ulp. 16 *ad ed.*)³⁵. Es posible que los particulares que se encontraban en las provincias también hubieran podido valerse de la *vindicatio servitutis utilis* o de una acción similar, aunque sobre este extremo faltan fuentes que permitan corroborar esta idea de forma más o menos fehaciente³⁶.

Finalmente, cabe destacar que, a través del estudio de los diferentes textos jurisprudenciales de que disponemos, es posible afirmar que la relación surgida de las *pactiones et stipulationes* presentaría un contenido prácticamente idéntico al de las servidumbres del *ius civile*. Debido a ello, la jurisprudencia clásica emplea la misma terminología para referirse a las servidumbres civiles y a las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* —lo que puede apreciarse en Gai. 2, 31, donde el jurista habla de “*ius eundi agendi, ius altius tollendi aedes aut non tollendi, ius ne luminibus vicini officiatur*” y finaliza la lista ejemplificativa de servidumbres con un contundente “*ceteraque similia iura*”. El uso de esta terminología denota, así pues, que la relación que se constituye *pactionibus et stipulationibus* no es una mera relación obligacional entre los titulares de los predios sirviente y dominante, sino que indiscutiblemente se trata de una relación con carácter real y que, por tanto, acaba por gravar al fundo sirviente.

³⁵ Vid. Capítulo VI, epígrafe 5.2.2.

³⁶ Vid. Capítulo VI, epígrafe 5.2.1.

Asimismo, creemos que las fuentes estudiadas permiten observar cómo las servidumbres constituidas *pactionibus et stipulationibus* y las servidumbres constituidas conforme al *ius civile* comparten, en su esencia, algunos de sus principios configuradores, al tratarse de principios inherentes a la naturaleza de las servidumbres prediales, como serían los requisitos de vecindad, la existencia de la *utilitas*, el principio *nemini res sua servit*, la indivisibilidad de la servidumbre o su consideración como una *qualitas fundi* (Cfr. D. 8, 3, 33, 1, Afr. 9 *quaest.*), etc. Pero al mismo tiempo, la sencilla estructura de las *pactiones et stipulationes* ofrecería a las partes una gran libertad para configurar las servidumbres conforme a sus especiales necesidades: así en el caso de la venta de un fundo costero dedicado a la pesca, permitiría la constitución de una servidumbre negativa de no pescar atún (D. 8, 4 13 pr., Ulp. 6 *opin.*)³⁷; o bien, la inclusión de cláusulas temporales en la constitución de una servidumbre *ad tempus* (D. 8, 1, 4 pr., Pap. 7 *quaest.*)³⁸, lo que, en un principio, no habría sido posible respecto de la servidumbre constituida de acuerdo con el *ius civile*; o incluso incorporar acuerdos por los que se cediera a un tercero la facultad de obtener agua del acueducto que pasa por su finca (D. 8, 3, 33, 1, Afr. 9 *quaest.*)³⁹.

En resumidas cuentas, la constitución *pactionibus et stipulationibus* de las servidumbres y del usufructo conferiría a las partes una mayor grado de libertad en cuanto a la configuración del derecho que quieren constituir, a diferencia de lo que ocurre con la *mancipatio* o la *in iure cessio*, como actos legítimos que son. Las enormes ventajas que ofrecerían las *pactiones et stipulationes* frente a los actos constitutivos del *ius civile*, así como el progresivo decaimiento del uso de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, permite entender cómo este negocio constitutivo es el que se acaba imponiendo en la práctica negocial.

³⁷ Vid. Capítulo V, epígrafe 3.2.3.

³⁸ Vid. Capítulo V, epígrafe 3.2.2.

³⁹ Vid. Capítulo V, epígrafe 3.1.3.

Índice de abreviaturas

- AHDE:** Anuario de historia del Derecho español (Madrid).
- AG:** Archivio giuridico Filippo Serafini (Modena).
- BIDR:** Bulletino dell'Istituto di diritto romano (Roma).
- CC:** Código civil español.
- CDCC:** Compilació de Dret civil de Catalunya.
- CCC:** Codi civil de Catalunya.
- CIC:** BEHREND, O.- KNÜTEL, R.- KUPISCH, B.- SEILER, H. H. *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung (Auf der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben)*, Heidelberg, 1990.
- ED:** Enciclopedia del diritto (Milán)
- EP:** Otto LENEL, *Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927. (Reedición Scientia Verlag Aalen, 1985).
- Iura:** Revista internazionale di Diritto romano e Antico (Nápoles).
- Labeo:** Rassegna quadrimestrale di diritto romano (Nápoles).
- NNDI:** Novissimo digesto italiano (Turín).
- PIC:** Otto LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I y II, Leipzig, 1889.
- RDR:** Rivista di diritto romano. Periodico di storia del diritto romano, di diritti antichi e della tradizione romanistica medioevale moderna
<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano>.
- REHJ:** Revista de estudios histórico-jurídicos, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile).
- RGDR:** Revista general de Derecho Romano (Iustel), www.iustel.com.
- RHD:** Revue historique de droit français et étranger (París).
- RIDA:** Revue internationale des droits de l'antiquité (Bruselas).
<http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/>
- RISG:** Rivista italiana per le scienze giuridiche (Roma).
- RPR:** Max KASER, *Das römische Privatrecht*, I - II, Munich, 1971.
- RZPR:** KASER, M. «Das römische Zivilprozessrecht», Munich, edición de 1996.
- SDHI:** *Studia et documenta historiae et iuris*. Pontificia Universitas Lateranensis (Roma).
- SZ:** Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (Viena).
- TR:** Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (La Haya).

Índice de Fuentes

1. Fuentes literarias:

Agenio Úrbico, *De controversiis agrorum* 36, 2.

Cicerón:

Ad Atticum 2, 9, 1

De inventione 2, 68

In Verrem Actio

Pro Caecina 18, 51

Pro Sestio 25, 55

Claudio Eliano, *Natura Animalium*, 15, 5 y 6.

Festo, *De verborum significatu quae supersunt cum Pauli Epitome*, 379, 3

Oppiano de Corycus, *Haliutica*, 3, 631 y ss.

Rhetorica ad Herennium 2, 13, 20

Verrón, *De Lingua latina* 5, 182

2. Fuentes jurídicas:

A) Fuentes prejustinianas:

Lex XII Tabularum:

Tab. 1, 6

Tab. 1, 7

Tab. 1, 8

Tab. 1, 9

Tab. 2, 1

Tab. 3, 1

Tab. 3, 2

Tab. 3, 3

Tab. 3, 4

Tab. 3, 5

Tab. 3, 6

Tab. 5, 9

Tab. 6, 3

Tab. 8, 2

Tab. 8, 27

Gai Institutiones:

Gai. 1, 1

Gai. 1, 3

Gai. 1, 8

Gai. 1, 33

Gai. 1, 54

Gai. 1, 84

Gai. 1, 119

Gai. 1, 188

Gai. 2, 7

Gai. 2, 12
Gai. 2, 13
Gai. 2, 14
Gai. 2, 15
Gai. 2, 16
Gai. 2, 17
Gai. 2, 18
Gai. 2, 19
Gai. 2, 20
Gai. 2, 21
Gai. 2, 22
Gai. 2, 23
Gai. 2, 24
Gai. 2, 25
Gai. 2, 26
Gai. 2, 27
Gai. 2, 28
Gai. 2, 29
Gai. 2, 30
Gai. 2, 31
Gai. 2, 40
Gai. 2, 41
Gai. 2, 53
Gai. 2, 54
Gai. 2, 63
Gai. 2, 64
Gai. 2, 95
Gai. 2, 197
Gai. 2, 204
Gai. 2, 213
Gai. 3, 32
Gai. 3, 92
Gai. 3, 93
Gai. 3, 94
Gai. 3, 103
Gai. 3, 121
Gai. 3, 149
Gai. 3, 154a
Gai. 3, 154b
Gai. 4, 13
Gai. 4, 16
Gai. 4, 17
Gai. 4, 17a
Gai. 4, 21
Gai. 4, 37
Gai. 4, 39
Gai. 4, 43
Gai. 4, 48
Gai. 4, 54
Gai. 4, 62
Gai. 4, 116
Gai. 4, 119
Gai. 4, 131
Gai. 4, 131a
Gai. 4, 139

Paulii Sententiae:

1, 19, 2
2, 3
4, 12, 2

Epitome Ulpiani:

19, 1
19, 4

Vaticana Fragmenta:

Frag. Vat. 6
Frag. Vat. 47
Frag. Vat. 47a
Frag. Vat. 48
Frag. Vat. 54
Frag. Vat. 55
Frag. Vat. 56
Frag. Vat. 57
Frag. Vat. 61
Frag. Vat. 62
Frag. Vat. 75
Frag. Vat. 83
Frag. Vat. 85
Frag. Vat. 86
Frag. Vat. 87
Frag. Vat. 259
Frag. Vat. 283
Frag. Vat. 285
Frag. Vat. 289
Frag. Vat. 293
Frag. Vat. 315
Frag. Vat. 316
Frag. Vat. 316
Frag. Vat. 329

B) Fuentes justinianas y bizantinas:

Corpus iuris

Digesta

	2, 14, 1, 2
	2, 14, 1, 3
	2, 14, 4, 2
	2, 14, 5
	2, 14, 7 pr.
	2, 14, 7, 1
	2, 14, 7, 2
	2, 14, 7, 3
	2, 14, 7, 4
	2, 14, 7, 5
	2, 14, 7, 7
	2, 14, 7, 8
	2, 14, 7, 9
	2, 14, 7, 13
	2, 14, 7, 14
	2, 14, 8
1, 1, 7, 1	
1, 3, 29	
1, 8, 1, 1	
1, 8, 2	
1, 8, 2, 1	
2, 4, 10, 1	
2, 11, 9, 1	
2, 14, 1	
2, 14, 1, 1	

2, 14, 10, 1	8, 1, 13, 1
2, 14, 17, 1	8, 1, 13, 2
2, 14, 17, 3	8, 1, 13, 3
2, 14, 17, 4	8, 1, 14 pr.
2, 14, 17, 5	8, 1, 15 pr.
2, 14, 17, 13	8, 1, 15, 1
2, 14, 21, 5	8, 1, 16
2, 14, 25, 1	8, 1, 17
2, 14, 27, pr.	8, 1, 19
2, 14, 28 pr.	8, 1, 20
2, 14, 28, 1	8, 2, 2
2, 14, 28, 2	8, 2, 6
2, 14, 33	8, 2, 7
2, 14, 40 pr.	8, 2, 15
2, 14, 48	8, 2, 17
2, 15, 2	8, 2, 20, 1
2, 15, 15	8, 2, 20, 5
2, 15, 16	8, 2, 21
4, 2, 1	8, 2, 26
4, 6, 23, 2	8, 2, 30
4, 8, 21, 9	8, 2, 30, 1
4, 8, 23, 1	8, 2, 33
4, 8, 23, 3	8, 2, 34
4, 8, 27, 1	8, 2, 41 pr.
4, 8, 30	8, 3, 1 pr.
4, 8, 34, 1	8, 3, 1, 2
6, 2, 9, 5	8, 3, 4
6, 2, 11, 1	8, 3, 5
6, 2, 12, 2	8, 3, 5, 1
6, 2, 12, 3	8, 3, 6 pr.
6, 3, 1, 1	8, 3, 7, 1
7, 1, 1	8, 3, 8
7, 1, 2	8, 3, 11
7, 1, 7, 2	8, 3, 13 pr.
7, 1, 3 pr.	8, 3, 13, 1
7, 1, 15, 7	8, 3, 13, 2
7, 1, 25, 7	8, 3, 14
7, 1, 27	8, 3, 19
7, 1, 27, 4	8, 3, 20 pr.
7, 4, 1 pr.	8, 3, 22
7, 6, 1 pr.	8, 3, 23, 3
7, 6, 5 pr.	8, 3, 24
7, 6, 5, 1	8, 3, 25
7, 8, 11	8, 3, 27.
8, 1, 1.	8, 3, 28
8, 1, 4 pr.	8, 3, 29
8, 1, 4, 1	8, 3, 30
8, 1, 4, 3	8, 3, 31
8, 1, 5	8, 3, 32
8, 1, 8 pr.	8, 3, 33 pr.
8, 1, 8, 1	8, 3, 33, 1
8, 1, 9	8, 3, 34 pr
8, 1, 10	8, 3, 36
8, 1, 11	8, 3, 37
8, 1, 13	

8, 4, 3	13, 7, 16, 2
8, 4, 4	17, 2, 16, 1
8, 4, 5 pr.	17, 2, 41
8, 4, 6 pr.	17, 2, 42
8, 4, 6, 3a	17, 2, 71 pr.
8, 4, 7	18, 1, 1, 1
8, 4, 8	18, 1, 47
8, 4, 10	18, 1, 48
8, 4, 11 pr.	18, 1, 49
8, 4, 11, 1	18, 1, 56
8, 4, 13	18, 1, 66 pr.
8, 4, 16	18, 7, 1
8, 4, 18	18, 7, 6
8, 5, 1	18, 7, 9
8, 5, 2, 2	19, 1, 3, 2
8, 5, 2, 3	19, 1, 4
8, 5, 4 pr.	19, 1, 13, 26
8, 5, 4, 2	19, 1, 28
8, 5, 4, 3	19, 1, 35
8, 5, 4, 4	19, 2, 44
8, 5, 4, 8	19, 4, 1
8, 5, 6, 2	20, 1, 4
8, 5, 6, 3	20, 1, 13, 3
8, 5, 6, 5	20, 4, 2
8, 5, 6, 6	20, 4, 15
8, 5, 7	20, 5, 7, 2
8, 5, 9	21, 1, 1, 1
8, 5, 10 pr.	21, 1, 19, 5
8, 5, 12	22, 1, 28
8, 5, 16	22, 1, 44
8, 5, 17 pr.	22, 2, 8
8, 5, 18	22, 2, 9
8, 5, 19	21, 2, 66 pr.
8, 5, 20 pr.	21, 2, 75
8, 5, 20, 1	22, 3, 9
8, 6, 1	23, 4, 10
8, 6, 4	23, 4, 12, 2
8, 6, 8 pr.	24, 1, 57
8, 6, 16	26, 8, 8
8, 6, 25	29, 2, 51, 2
8, 13, 19	30, 44, 7
9, 2, 25, 2	30, 81, 3
9, 2, 26	30, 114, 14
9, 4, 30	33, 1, 12
10, 2, 25, 9	33, 2, 1
10, 2, 25, 10	33, 3, 2
10, 2, 25, 12	33, 3, 7
10, 2, 25, 13	38, 1, 24
10, 2, 44, 5	39, 2, 19
10, 2, 44, 6	33, 3, 2
10, 3, 7, 1	39, 1, 2
10, 3, 14, 3	39, 1, 3, 3
12, 1, 3	39, 1, 9
12, 1, 40	39, 2, 15, 26
13, 7, 8, 4	39, 2, 19

39, 2, 24, 1	44, 7, 53, 1
39, 2, 44	45, 1, 1, 6
39, 3, 1	45, 1, 2 pr.
39, 3, 1, 23	45, 1, 2, 1
39, 3, 2, 10	45, 1, 2, 2
39, 3, 8	45, 1, 2, 3
39, 3, 9, 2	45, 1, 2, 4
39, 3, 19	45, 1, 2, 5
39, 3, 20	45, 1, 2, 6
39, 3, 26	45, 1, 3, 1
39, 5, 27	45, 1, 4, 1
40, 1, 20, 2	45, 1, 5 pr.
40, 12, 37	45, 1, 5, 1
41, 1, 1	45, 1, 8
41, 1, 3	45, 1, 22, 6
41, 1, 5	45, 1, 25
41, 1, 7	45, 1, 29 pr.
41, 1, 9	45, 1, 38 pr.
41, 1, 43, 1	45, 1, 38, 2
41, 3, 4, 28	45, 1, 38, 6
41, 3, 4, 28 (29)	45, 1, 38, 10
41, 3, 9	45, 1, 38, 11
42, 8, 1 pr.	45, 1, 38, 12
43, 8, 2, 18	45, 1, 38, 17
43, 8, 2, 21	45, 1, 38, 22
43, 16, 3, 17	45, 1, 38, 23
43, 18, 1	45, 1, 41 pr.
43, 18, 1, 4	45, 1, 49, 1
43, 18, 1, 7	45, 1, 50 pr.
43, 18, 1, 9	45, 1, 56 pr.
43, 18, 2	45, 1, 56, 1
43, 19, 1 pr.	45, 1, 56, 4
43, 19, 1, 2	45, 1, 58
43, 19, 1, 6	45, 1, 69
43, 19, 3, 11	45, 1, 72 pr.
43, 19, 5, 2	45, 1, 75, 7
43, 19, 5, 3	45, 1, 77
43, 19, 7	45, 1, 83 pr.
43, 19, 13	45, 1, 85, 1
43, 19, 13, 12	45, 1, 85, 2
43, 20, 1, 16	45, 1, 85, 3
43, 20, 1, 18	45, 1, 85, 4
43, 20, 1, 43	45, 1, 90
43, 20, 3, 4	45, 1, 92
43, 21, 2	45, 1, 95
43, 25, 1, 4	45, 1, 98 pr.
43, 25, 1, 5	45, 1, 111
43, 27, 1, 6	45, 1, 115, 2
44, 4, 2, 3	45, 1, 122, 3
44, 4, 4, 7	45, 1, 122, 6.
44, 7, 3	45, 1, 130
44, 7, 23	45, 1, 131 pr.
44, 7, 44, 1	45, 1, 133
44, 7, 44, 5	45, 1, 134, 1
44, 7, 44, 6;	45, 1, 134, 2

45, 1, 136, 1
45, 1, 137, 7
45, 1, 137, 8
45, 1, 140
45, 1, 140, 2
45, 3, 7, 1
45, 3, 17
46, 2, 9, 2
46, 3, 31
46, 3, 38 pr.
46, 4, 13, 1
46, 5, 11
46, 8, 3 pr.
46, 8, 22, 7
47, 2, 68, 1
47, 10, 13, 7
47, 22, 4
48, 5, 27, pr.
48, 5, 27, 1
48, 5, 28, 1
48, 8, 28 pr.
50, 12, 3 pr.
50, 16, 27, 1
50, 16, 70
50, 16, 70, 1
50, 16, 158
50, 16, 195, 2
50, 17, 77
50, 17, 156 pr.
50, 17, 202

Codex:

2, 3, 27

3, 34, 2
3, 34, 3
3, 34, 4
3, 34, 14
4, 2, 12
4, 2, 14
4, 21, 17
4, 56, 1
7, 31, 1 pr.
7, 31, 1, 5
7, 33, 12, 4
8, 10, 12
8, 10, 12, 1
8, 10, 12, 2
8, 10, 12, 3
8, 10, 12, 4
8, 10, 12, 5
8, 37, 10
8, 37 (38), 13

8, 37, 14, 2
8, 40, 28 pr.
8, 40, 28, 1
8, 40, 28, 2
8, 40, 28, 3
8, 54, 28
8, 54, 35, 5

Institutiones:

2, 2, 6
2, 3, 4
2, 4, 1
3, 13, 2
3, 15, 3
3, 15, 3
3, 15, 7
3, 19, 19
4, 6, 28
4, 6, 7
7, 31, 1, 5

Nov. Iust. 44
Nov. Iust. 73
Nov. Iust. 76

Theoph. ad I. 2, 1, 40
Theoph. ad I. 2, 3, 4

B. 16, 1, 3

Bibliografía

- ALBANESE, B. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982.
- ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palumbo, 1985.
- ALBERTARIO, E. «Il possesso delle servitù prediali», en *Studi di diritto romano*, II. Cose-Diritti reali-Possesso, Milán, 1941.
- ALBERTARIO, E. «La protezione pretoria delle servitù», *Filangieri*, 36 (1912), p. 207 y ss. También en sus *Studi di diritto romano*, II (cose-diritti reali-possesso), Giuffrè, Milán, 1941, p. 479 a 490.
- ALBURQUERQUE, J.M. «Historia del pactum antes del edictum: pactum como acto de paz de las XII Tablas», *Estudios Iglesias*, III, 1988, p. 1107 y ss.
- ALBURQUERQUE, J.M. *Entorno a la formulación edictal: pacta conventa... servabo*, Córdoba, 1990.
- ALBURQUERQUE, J.M. *La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano pacta sunt servanda en el Derecho europeo actual*, Córdoba, 1995.
- ÁLVAREZ, U. «Los derechos provinciales romanos y el problema del derecho foral español», en *Anuario de Derecho civil*, 2, octubre-diciembre 1 (1948), p. 1330 y ss.
- ÁLVAREZ, U. *El negocio jurídico en el derecho romano*, Madrid, 1954.
- AMIRANTE, L. Recensión a *Le consensualisme dans l'Édict du préteur*, en *BIDR*, 63 (1960), p. 297 y ss.
- ANKUM, H. «Les tabellions romains, ancêtres directs des notaires modernes», en *Atlas du Notariat. Le notariat dans le monde. Huit siècles de notariat latin-Quatre décennies d'union internationale*, *Ars Notariatus XLII* (separata)
- ANKUM, H. «Quelques remarques sur le fideicommissum d'un usufruit légué dans le droit romain classique», en *RIDA*, 24 (1977), p. 133 y ss.
- APPLETON, C. *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*, I, Paris, 1989 (reedición 1974).

ARANGIO RUIZ, V. *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, Estratto dall'AG, 81 (1909), p. 361-470.

ARANGIO RUIZ, V. «Parerga 6», en *Atti Napoli*, 61 (1942), p. 273 y ss.

ARANGIO RUIZ, V. *La compravendita in diritto romano*, I y II, Nápoles, 1956.

ARANGIO RUIZ, V. «Sulle azioni confessorie e negatorie», en *Scritti di diritto romano*, I, 1974, p. 132 y ss.

ARANGIO RUIZ, V. *Istituzioni di Diritto romano*, Nápoles, (edición anastática 1987).

ARANGIO-RUIZ, V. «Azioni confessorie e negatorie», en *Scritti di diritto romano*, I, Camerino, 1974, p. 115 y ss

ARCHI, G. «Ait praetor: "Pacta conventa servabo". Studio sulla genesi e sulla funzione della clausola nell'edictum perpetuum», en *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1981, p. 373 a 403.

ARCHI, G. «La funzione del rapporto obbligatorio solidale», *SDHI*, 8 (1942), p. 237 y ss.

ARCHI, G. *Corso di diritto romano - Le obbligazioni solidali*, Pavia-Milán, 1947.

ARCHI, G. G. « Ait praetor "Pacta conventa servabo"», en *De iustitia et iure. Festgabe für U.V. Lübtov zum 80. Geburtstag*, Berlín, 1981, p. 373 y ss.

ARIAS BONET, J. A. «Societas publicanorum», en *AHDE*, 19 (1948-1949), p. 218 y ss.

ARIAS BONET, J.A. «Recepción de las formas estipulatorias en la Baja Edad Media. Un estudio sobre las "promisiones" de las Siete Partidas», en *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 42 (1967), p. 285 y ss.

ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho público romano e historia de las fuentes*, Valladolid, 1983.

ARNOLD, W. T. *The Roman system of provincial administration to the accession of Constantine the Great*, Roma, 1968.

AVENARIUS, M. *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum: Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift: Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung*, Göttingen, 2005.

BABUSIAUX, U. "Id quod actum est". *Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, Munich, 2006.

BARRIENTOS GRANDÓN, J. «Servitus viae en Hispania y servidumbres rústicas en provincias (A propósito de Cil. II2/7 699a=Ae. 1995, 846)», en *Liber*

amicorum Juan Miquel, Barcelona, 2006, p. 79 y ss.

BASILE, R. «Pactionibus et stipulationibus id efficere», en *Fides, humanitas, ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, I, Nápoles, 2007, p. 335 y ss.

BÉAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne, III (Le droit de propriété)*, París, 1897

BEHRENDTS, O. «Der Zwölftafelprozess», en *Göttingen Rechtswissenschaftliche Studien*, XCII, Göttingen, 1974, p. X y ss.

BEHRENDTS, O.- KNÜTEL, R.- KUPISCH, B.- SEILER, H. H. *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung (Auf der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben)*, Heidelberg, 1990.

BERGER, A. *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden*, Berlín-Leipzig, 1911.

BESELER, G. *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tübingen, 1910-1920.

BESELER, G. «Romanistische Studien», en *SZ*, 46 (1926), p. 101 y ss.

BETTI, E. «La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi», en *Annuario università di Camerino*, 1918-1919.

BIONDI, B. *Contratto e stipulatio*, Milán, 1953.

BIONDI, B. *La categoria romana delle servitutes*, Milán, 1954.

BIONDI, B. *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milán, 1969.

BISCARDI, A. «La double configuration de la clause pénale», *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlín, 1981, p. 257 y ss.

BISCARDI, A. *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milán, 1976.

BISCOTTI, B. *Dal pacere ai pacta conventa*, Milán, 2002.

BLANCH NOUGUÉS, J. M. «Principios básicos de justicia tributaria en la fiscalidad romana», en *Revista de derecho financiero y de Hacienda pública*, 48 (1998), p.53 y ss.

BONET CORREA, J. «Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas», en *AHDE*, 19 (1948-49), p. 304 y ss.

BONET CORREA, J. *La constitución de servidumbre por signo aparente: la destinación del padre de familia*, Madrid, 1970.

BONFANTE, P. «Forme primitive de evoluzione della proprietà romana (Res Mancipi e res nec Mancipi)», en *Scritti giuridici varii, II. Proprietà e servitù*,

Turín, 1918,, II, p. 105 y ss.

BONFANTE, P. «La longi temporis praescriptio delle servitù», en *Scritti giuridici varii, II. Proprietà e servitù*, Turín, 1918, p. 961 y ss.

BONFANTE, P. «Sui contractus e sui pacta», en *Scritti giuridici varii, III*, Turín, 1926, p.135 a 149.

BONFANTE, P. *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1932.

BONFANTE, P. *Corso di diritto romano (Diritti reali)*, III, Milán, 1972.

BONFANTE, P. *Corso di diritto romano (obbligazioni)*, IV, Milán, 1979.

BONINI, R. «Obbligazioni indivisibili e clausola penale», en *AG*, 161 (1961), p. 108 y ss.

BOVE, L. voz «Pegno», en *NNDI*, XII, Turín, 1965, p. 763 y ss.

BOZZA, F. *La possessio del ager publicus*, Milán, 1939.

BRANCA, G. voces «Ager-Ager privatus-Ager publicus-Ager vectigalis», en *NNDI*, I.1 (A-AP), p. 410 a 415.

BRASIELLO, U. Recensión a *Le consensualisme dans l'Édict du préteur*, en *SDHI*, 25 (1959), p. 465 y ss.

BRETONE, M. *La nozione romana di usufrutto*, I y II, Nápoles, 1967.

BRUTTI, M. *La problemática del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milán, 1973.

BUCKLAND, W. W. *A text-book of Roman law*, Cambridge, 1950.

BURDESE, A. voz «Fiducia», en *NNDI*, VII, Turín, 1961, p. 294 y ss.

BURDESE, A. voz «Patto», en *NNDI*, XVIII, Turín, 1961, p. 708 y ss.

BURDESE, A. *Manuale di diritto privato romano*, Turín, 1964.

BURDESE, A. «Considerazioni sulla configurazione arcaica delle servitù», en *Studi in onore di G. Grosso*, I, Turín, 1968, p. 497 a 528 y en *Miscellanea romanistica, Fundación "Seminario de derecho romano Ursicino Álvarez"*, Madrid, 1994, p. 155 y ss.

BURDESE, A. voz «Servitù prediali (Diritto romano)», en *NNDI*, XVII, Turín, 1970, p. 118 a 124.

BURDESE, A. *Manual de derecho público romano* (trad. de Ángel Martínez Sarrión), Barcelona, 1972.

BURDESE, A. voz «Pegno», en *ED*, XXXII, Milán, 1982, p. 662 y ss.

BURDESE, A. «Le vicende delle forme di appartenenza e sfruttamento della terra nelle loro implicazioni politiche tra IV e III secolo a. C.», en *Miscellanea romanistica, Fundación "Seminario de derecho romano Ursicino Álvarez"*, Madrid, 1994, p. 121 y ss. Este artículo también se encuentra publicado en el *BIDR*, 86, (1985) p. 39 a 72.

BURDESE, A. voz «Possessio», en *ED*, XXXIV, Milán, 1985, p. 465 y ss.

CAIAZZO, E. «In tema di servitù ad tempus», en *Index*, 25 (1997), p. 333 y ss.

CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Le servitù d'acqua in diritto romano*, Milán, 1966.

CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*, I y II, Milán, 1969.

CAPOGROSSI COLOGNESI, L. «In margine ai primo trattato fra Roma e Cartagine», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, V, Milán, 1971, p. 171 y ss.

CAPOGROSSI COLOGNESI, L. «Appunti sulla quasi possessio iuris nell'opera dei giuristi medievali», en *BIDR*, 80 (1977), p. 69 y ss.

CAPOGROSSI COLOGNESI, L. voz «Proprietà (dir. rom.)», en *ED*, XXXVII, Milán, 1988, p. 160 a 225.

CAPOGROSSI COLOGNESI, L. «Ancora sulla lex Scribonia», en *Index* 22 (1994), p. 211 y ss.

CAPOGROSSI COLOGNESI, L. «Alle origini di un divieto legislativo: la lex Scribonia», *Studi Gallo*, I, Nápoles, 1997, p. 79 y ss.

CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma, 1998.

CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999.

CARAVALE, M. *Ricerche sulle servitù prediali nel medio evo (età romano-barbarica)*, I, Milán, 1969.

CARCATERRA, A. *Il possesso dei diritti nel diritto romano*, Milán, 1942

CARREÑO SÁNCHEZ, R.M. «La pràctica notarial a Roma: el *tabellio*, l'antecessor immediat dels notaris moderns», publicada en *Documentació notarial i arxius. Els fons notariais com a eina per a la recerca històrica*, Arxiu Històric de Girona - Departament de Cultura i Mitjans de Comunicació, Girona, 2007, p. 107 y ss.

CARREÑO SÁNCHEZ, R.M. «Tras la huella de las *pactiones et stipulationes* romanas como modo de constitución de servidumbres prediales en el derecho

histórico español y especialmente en el caso de Cataluña», en *REHJ*, 31 (2009), p. 199 y ss.

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071654552009000100008&script=sci_arttext

CASTÁN, S. *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, 1996.

CASTILLO PASCUAL, M.J. «Aggenius Urbicus: ¿agrimensor o jurista?», en *Iberia*, 1 (1998), p. 95 y ss. http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=200988&orden=74297

CASTRESANA, A. «La estipulación», en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al prof. José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 439 y ss.

CHURRUCA, J. «Pignus», en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José L. Murga*, Madrid, 1994, p. 333 y ss.

CIAPESSEONI, P. «Servitus personae e usus personae», en *Per il XIV centenario della codificazione di Giustiniano*, 1934, p. 930 y ss.

CICCOTTI, E. *Lineamenti dell'evoluzione tributaria nel mondo antico. I tributi e l'amministrazione finanziaria nel mondo antico*, Padova, 1960.

CIMMA, M. R. *Ricerche sulle società di publicani*, Milán, 1981.

COCH ROURA, N. *La forma estipulatoria. Una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto* (tesis doctoral), Girona, 1995 (http://www.tdr.cesca.es/TESIS_UdG/AVAILABLE/TDX-0114105-133029//tncr.pdf)

COLACINO, V. voz «Fictio iuris», en *NNDI*, VII, Turín, 1961, p. 269 y ss.

COLLINET, P. «La tradition des servitudes dans le droit Justinien», *Mélanges P.F.Girard, I (Histoire des sources)*, París, 1912, p. 185 y ss.

COLLINET, P. *Études historiques sur le Droit Justinien, I (Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident)*, París, 1912.

CONDANARI-MICHLER, S. Voz «Pactum (pactio, conventio)», en *Paulys Real Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Stuttgart, 1923, 2. Reihe, 2. Band (Sarmatia-Sila), p. 2127 y ss.

CORBINO, A. *Ricerche sulla configurazione arcaica delle servitù*, I, Catania, 1981.

CORBINO, A. «XII Tab. 2.2 e la presenza del magistrato nel processo privato romano dell'epoca decemvirale», en *Studios Iglesias*, III, 1988, p. 1179 y ss.

- CORBINO, A. voz «Servitù (dir. rom.)», en *ED*, XLII, Milán, 1990, p. 243 y ss.
- CORBINO, A. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Turín, 1994.
- COUDERT, J. *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui*, Nancy, 1957
- CURSI, M.F. *Modus servitutis: il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Nápoles, 1999.
- D'ORS, A.- BONET CORREA, J. «El problema de la división del usufructo», en *Anuario de Derecho civil*, 5.1 (1952), p. 62 y ss.
- D'ORS, A. *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953.
- D'ORS, A. Recensión a *Le consensualisme dans l'Édict du préteur*, en *AHDE*, 29 (1959), p. 722 y ss.
- D'ORS, A. «Condictio ex stipulatione», en *SDHI*, (1960), p. 323 y ss.
- D'ORS, «Documentos y notarios en el derecho romano post-clásico», en *Centenario de la Ley del Notariado*, I, Madrid, 1964, p. 129.
- D'ORS, A.- HERNÁNDEZ-TEJERO, F.- FUENTESECA, P.-GARCIA GARRIDO, M.J.-BURILLO, J. *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1968.
- D'ORS, A. «Sobre las pretendidas acciones reales in factum», en *Iura*, 20 (1969), p. 53 y ss.
- D'ORS, A. «Conventiones et contractus», en *AHDE*, 1976, p. 130 y ss.
- D'ORS, A. «Réplicas Panormitanas III Conventiones et contractus», en *AHDE*, 46 (1976), p. 125 a 143
- D'ORS, A. «La fórmulas procesales del "Bronce de Contrebia"», en *AHDE*, 50 (1980), p. 1 a 20.
- D'ORS, A. *La ley Flavia municipal*, Roma, 1986.
- D'ORS, A. *Derecho privado romano*, Pamplona, 1989.
- D'ORS, A. *Las Quaestiones de Africano*, Murcia-Roma, 1997.
- DAJCZAK, W. «L'uso della bona fides nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali», en *RIDA*, 44 (1997), p. 71 y ss. <http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/1997/dajczak2.pdf>
- DE LAS CASAS LEÓN, M. E. *De inutilibus stipulationibus*, Madrid, 2006.
- DE MARTINO, F. *Le garanzie personali delle obbligazione*, I, Roma, 1940.

DE VISSCHER, F. «Pactes et religio», en *Archeion idiotikon dikaion*, *Archives de droit privé*, XVI, 1953, p. 138-150 y en *Études de droit romain public et privé*, Milán, 1966, p. 405 y ss.

DÍAZ BAUTISTA, A. «Fideiussor artificis», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, p. 215 y ss.

DIÓSDI, G. *Ownership in ancient and preclassical Roman law*, Budapest, 1970.

DOBBERTIN, M. *Zur Auslegung der Stipulation im klassischen Römischen Recht*, Zurich, 1987.

DOMINGO, R. (dir.); CUENA, F.; CHURRUCA, J. [et ali.] *Textos de Derecho romano*, Pamplona, 1999.

DOMINGO, R. (DIR.), *Juristas universales*, I (Juristas antiguos), Madrid-Barcelona, 2004.

DONATUTI, «Di un punto controverso in materia di stipulatio poenae», en *SDHI*, 1 (1935), p. 299 y ss.

DULCKEIT, G. «Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht», en *Festschrift für Fritz Schulz*, I, 1951, p. 160 y ss.

EGER, O. *Zum ägyptischen Grundbuchwesen in römischer Zeit, Untersuchungen auf Grund der griechischen Papyri*, Leipzig-Berlin, 1909.

ELVERS, R. *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1856.

ERNOUT - MEILLET, A. *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, París, 1959.

FALCONE, G. «Testimonianze plautine in tema di interdicta», en *Annali Palermo*, 40 (1988), p. 175 y ss.

FALCONE, G. «Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis», *Annali Palermo*, 44 (1996), p. 9 y ss.

FATÁS CABEZA, G. «Noticia del nuevo bronce de Contrebia», en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 176 (1979), Cuaderno 3, p. 421 a 437 (<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=13860>)

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. «Un caso especial de possessio iuris en D. 19,I,35», en *Revista de Derecho Privado*, 65 (1981), p. 454 y ss.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho público romano y recepción del derecho romano en España, Europa e Iberoamérica*, Madrid, (6ª ed.) 2002.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. «De los arbitria bonae fidei pretorios a los iudicia

bonae fidei civiles», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9 (2005), p. 331 y ss.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. «A propósito del oficio de tabellio como jurista práctico en la experiencia jurídica romana», en *Liber amicorum Juan Miquel, estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona, 2006, p. 309 y ss.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. «El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos», en *RGDR*, 15 (2010).
http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=15&id=11.

FERRINI, C. *Institutionum Graeca Paraphrasis*, Berlín, 1884 (reimpresión 1967).

FERRINI, C. «Storia e teoria del contratto di comodato», en *AG*, 52 y 53 (1894) y en *Opere di Contardo Ferrini*, III, Milán, 1929, p. 142 y ss.

FERRINI, C. «Sulla teoria generale dei pacti», en *Opere di Contardo Ferrini*, III, Milán, 1929, p. 24 y ss.

FINKENAUER, T. «Stipulation und Geschäftsgrundlage», en *SZ*, 126 (2009), pp. 305 a 357.

FINKENAUER, T. *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulatio im klassischen römischen Recht*, Tübingen, 2010.

FIORENTINI, M. «Sulla rilevanza economica e giuridica delle ville marittime durante la Repubblica e l'Impero», en *Index*, 24 (1996), p. 143 y ss.

FIORENTINI, M. *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milán, 2003.

FLUME, W. *Studien zur Akzessorietät der römische Bürgschaftsstipulationen*, Weimar, 1932.

FRANCIOSI, G. *Studi sulle servitù prediali*, Nápoles, 1967.

FRANCIOSI, G. «Il divieto della piscatio thynnaria: un'altra servitù prediale?», en *RIDA*, 49 (2002), p. 101 y ss.
www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/2002/franciosi.pdf

FRESE, «Viva vox iuris civilis», en *SZ*, 43 (1922), p. 478 y ss.

FREZZA, P. «Appunti esegetici in tema di modi pretori di costituzione di usufrutto e delle servitù prediali», en *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, 22 (1934), p. 84 a 125 y en sus *Scritti*, I, Roma, 2000, p. 275 a 316.

FREZZA, P. «La clausola penale», en *Studi in onore di Lorenzo Mossa*, II, Padova, 1961, p. 272 y ss.

- FREZZA, P. *Le garanzie delle obbligazioni. Garanzie personali*, Padova, 1963.
- FUENTESECA, P. «La necesidad de retornar al estudio del Edicto del Pretor», en *AHDE*, 39 (1969), p. 451 y ss.
- FUENTESECA, P. *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.
- FUENTESECA, P. «Visión procesal de la historia del contrato en Derecho romano clásico» en *Estudios de Derecho romano en honor de Álvaro D'Ors*, I, Pamplona, 1987, p. 469 y ss.
- FUENTESECA, P. «Líneas generales de la "fiducia cum creditore"», en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José L. Murga*, Madrid, 1994, p. 387 y ss.
- GALLO, F. *Synallagma e conventio nel contratto: ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Turín, 1992.
- GARCÍA DEL CORRAL, I. *Cuerpo del Derecho civil romano*, Barcelona, 1889-1898.
- GARCÍA GARRIDO, M.J. «Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano», en *AHDE*, 27-28 (1957-1958), p. 305 y ss.
- GARCÍA GARRIDO, M.J.- REINOSO BARBERO, F. *Digestorum similitudines*, Madrid, 1995.
- GARCÍA QUINTAS, M.M. «El mar desde la perspectiva jurisprudencial romana», en *RGDR*, 15 (2010) http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=15&id=11
- GARCÍA SÁNCHEZ, J. *Teoría de la immissio*, Oviedo, 1999.
- GARCÍA VARGAS, E. «Pesca, sal y salazones», en *Treballs del Museu Arqueològic d'Eivissa i Formentera*, 47 (2001), p. 9 y ss.
- GEREZ KRAEMER, G. «El requisito de la perpetua causa», en *RIDA*, 45 (1998), p. 229 y ss. www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/1998/KRAEMER.pdf
- GIOFFREDI, C. «Rem ubi pacunt orato: XII TAB. I 6-9 (Per la critica del testo decenvirale)», en *BIDR*, 76 (1973), p. 271 y ss.
- GÓMEZ ROYO, E. *El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma*, Valencia, 1997.
- GONZÁLEZ, A. *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en el derecho romano clásico*, Madrid, 1983.
- GOZALBES CRAVIOTO, E. «La pesca del atún en la antigüedad», en *Aljaranda*.

Revista de estudios tarifeños (Ayuntamiento de Tarifa), 34, (1999),
www.tarifaweb.com/aljaranda/revistas-ant.htm

GRELLE, F. *Stipendium vel tributum. La imposizione fondiaria nelle dottrine giuridiche del II e III secolo*, Nápoles, 1963.

GROSSO, G. «In tema di costituzione tacita di servitù», en *BIDR*, 42(1934), p. 377 y ss. y en sus *Scritti storico giuridici*, II, p. 153 y ss.

GROSSO, G. «L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità», en *SDHI*, 3 (1937), p. 265 y ss. también en sus *Scritti giuridici*, II, p. 186 y ss.

GROSSO, G. *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Turín, 1942-1944.

GROSSO, G. *Il sistema romano dei contratti*, Turín, 1949.

GROSSO, G. *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Turín, (2ª ed.) 1957-1958.

GROSSO, G. voz «Fiducia», en *ED*, XVII, Milán, 1968, p. 384 y ss.

GROSSO, G. «Servitù ad tempus e concezione economica liberistica della proprietà», en *Iura*, 20 (1969), p. 148 a 153. También en sus *Scritti storico giuridici*, II, Turín, 2001, p. 713 y ss.

GROSSO, G. *Le servitù prediali nel diritto romano*, Turín, 1969.

GROSSO, G. *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dell'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Turín, 1970.

GROSSO, G. «Riflessioni sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto pactionibus et stipulationibus sui fondi provinciali», en *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, Berlín, 1970, p. 411 a 416. También en sus *Scritti storico giuridici*, II, Turín, 2001, p. 707 y ss.

GROSSO, G. «La condizione del suolo provinciale negli schemi giuridici», en *Atti del convegno su "I diritti locali nelle province romane con particolare riguardo alle condizioni giuridiche del suolo". Accademia Nazionale dei Lincei* (Roma, 26-28 ottobre 1971), Roma, 1974, p. 65 y ss.

GROSSO, G. *Problemi sistematici nel diritto romano. Così-contratti*, Turín, 1974.

GROSSO, G. *Scritti storico giuridici, II (Diritto privato, cose e diritti reali)*, Turín, 2001.

- GUARINO, A. *Diritto privato romano*, Nápoles, 1994.
- GUARNERI CITATI, A. *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, Palermo, 1921 (edición anastática, Roma, 1972).
- GUARNERI CITATI, A. «Legato condizionale e costituzione di servitù pendente condicione», en *Studi Bonfante*, III, Milán, 1930, p. 439 y ss.
- HALLEBEEK, J. «Legal problems concerning a draught of tunny. Exegesis of D.8.4.13pr.», en *TR*, 55 (1987), p. 39 y ss.
- HAUSMANINGER, H. – SELB, W. *Römisches Recht*, 8ª ed., 1997.
- HONORÉ, A. M. *Gaius. A biography*, Oxford, 1962.
- HONORÉ, A. *Ulpian*, Oxford, 1982.
- JIMÉNEZ SALCEDO, M.C. *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, Córdoba, 1999.
- JÖRS, P. - KUNKEL, W. *Derecho privado romano* (trad. PRIETO CASTRO, L.), 1965.
- KALINKA, E. «Digestenkritik und Philologie», *SZ*, 47 (1927), p. 319 y ss.
- KARLOWA, O. *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1885-1901.
- KASER, M. «Das Ziel der actio empti nach Eviktion», en *SZ*, 54 (1934), p. 162 y ss.
- KASER, M. «Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht», *Festschrift Koschaker*, I, Weimar, 1939, p. 445 y ss.
- KASER, M. «Die Typen der römischen Bodenrechte in der späteren Republik», *SZ*, 62 (1942), p. 1 y ss.
- KASER, M. «Neue Studien zum altrömischen Eigentum», en *SZ*, 68 (1951), p. 131 y ss.
- KASER M. *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen, 1967.
- KASER, M. «Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht», *Studi in onore G. Grosso*, I, 1968, p.27 y ss.
- KASER, M. *Das römische Privatrecht*, I y II, Munich, 1971.
- KASER, M. «Die Stipulationsklausel "quanti ea res erit"», en *SZ*, 90 (1973), p. 192 y ss.
- KASER, M. *Ausgewählte Schriften*, II, Nápoles, 1976.

KASER, M. «Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht», en *Festgabe für J. Sontis*, 1977, p. 11 y ss.

KASER, M. «Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre», en *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, p. 90 y ss.

KASER, M. *Studien zum römischen Pfandrecht*, Nápoles, 1982.

KASER, M. *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, Munich, 1992.

KASER, M. *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993

KASER, M. *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1996.

KASER, M. - KNÜTEL, R. *Römisches Privatrecht*, 2003.

KNÜTEL, R. *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln, 1968.

KNÜTEL, R. «Der Mehrfache Verfall von Kautionen», en *SZ*, 92 (1975), p. 130 y ss.

KNÜTEL, R. «Stipulatio und Pacta», en *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976, p. 201 y ss.

KNÜTEL, R. *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976.

KOSCHAKER, Recensione a Bussi, en *SZ*, 58 (1938), p. 254 y ss.

KRÜGER, H. *Die prätorische Servitut*, Münster, 1911.

KÜBLER, B. voz «Peregrinus», *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XXXVII, Stuttgart, 1937, p. 649 y ss.

KUNKEL, W. *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, Köln, 1964.

KUNKEL, W. «Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts», en *SZ*, 99 (1973), p. 150 y ss.

KUNKEL, W. *Historia del Derecho romano* (trad. Juan Miquel), Barcelona, 1966.

KUNKEL, W. *Die römischen Juristen: Herkunft und soziale Stellung*, 1967, (reedición de Böhlau, Köln, 2001).

LA ROSA, F. «Deducere usum fructum, excipere servitutum», en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, VII, Milán, 1987, p. 321 y ss.

LA ROSA, F. «Pactionibus et stipulationibus», en *Labeo*, 40.1,(1994), p. 27 y ss.

LABATUT, E. *Histoire de la Préture. Sources du Droit, attributions procès civils et criminels, administrations des provinces, l'édit*, París, 1868.

LACHMANN, K. et al. *Corpus agrimensorum romanorum*, I (Die Schriften der römischen Feldmesser: Gromatici veteres), Berlin, 1848.

LAURIA, M. «Problemi dei diritti reali», en *AG*, 136 (1949), p. 1 a 8, también en *Studii e recordi*, Nápoles, 1983, p. 664 a 667.

LÁZARO GUILLAMON, C. *La Adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo: derecho romano, derecho germánico, tradición romanística y furs de València*, Castellón de la Plana, 2002.

LENEL, O. *Das Edictum perpetuum*, 1985, Leipzig.

LEONHARD, R. Voz «Servitus», en *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XXXVI.1, Stuttgart, 1942, p. 1822 a 1830.

LEVY, E. *Die Konkurrenz der Aktionen*, I y II, Berlín, 1918-1922.

LEVY, E. «Die nachklassische Ersitzung», *BIDR*, 51-52 (1948), p. 352 y ss.

LEVY, E. *West Roman vulgar law. The law of property*, Philadelphia, 1951.

LIAÑO RIVERA, M. «La pesca del atún. Salir por la vía de Tarifa», en *Aljaranda. Revista de estudios tarifeños (Ayuntamiento de Tarifa)*, 26 (1997).
www.tarifaweb.com/aljaranda/revistas-ant.htm

LIEBS, D. «Ulpiani opinionum libri VI», en *TR*, 41 (1973), p. 279 y ss.

LINARES, PINEDA, J.L. «Compromissum y receptum arbitri. Aspectos negociales del arbitraje privado romano en relación con el moderno», en *Derecho romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 709 y ss.

LINARES PINEDA, J.L. «Nota sobre la poena compromissi en nuestro Derecho histórico», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, VI, Madrid, 1995, p. 83 y ss.

LINARES PINEDA, J.L. «La estipulación. Clases de estipulaciones», en *Materiales para el estudio del Derecho. Derecho romano de "Portal del Derecho" SA/IUSTEL (www.iustel.com)*, 2002-2003.

LINARES PINEDA, J.L. «Reflexión sobre la estructura del compromissum», en *Liber Amicorum Juan Miquel, estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona, 2006, p. 565 y ss.

LINARES PINEDA, J.L. *Ager publicus, ager privatus, ager vectigalis* (veus d'un diccionari jurídic), en *Diccionari jurídic català* (en prensa). Institut d'Estudis Catalans, Barcelona. (http://web.udg.es/hcj/text/dret_roma/ager.pdf).

- LODGE, *Lexikon Plautium*, II, Leipzig, 1926-1933.
- LONGO, C. «L'origine della successione particolare nelle fonti del diritto romano», *BIDR*, 14 (1902), p. 196 y ss.
- LONGO, C. *Corso di diritto romano. Obbligazioni*, Milán, 1936.
- LONGO, C. «La categoria delle servitudes nel diritto romano classico», en *BIDR*, 11 (1989), p. 281y ss.
- LUZZATTO, G. I. *Roma e le province» Storia di Roma XVII, I (Organizzazione, economia, società)*, Bologna, 1985.
- LUZZATTO, G. I. «Sul regime del suolo nelle provincie romane», en *I diritti locali nelle provincie romane con particolare riguardo alle condizioni giuridiche del suolo (Atti dell'Accademia Nazionali dei Lincei)*, Roma, 1974 y en «La riscossione tributaria in Roma e l'ipotesi della proprietà sovranità», *Atti congresso internazionale diritto romano*, IV, Verona, 1948.
- MAGDELAIN, A. *Les actions civiles*, París, 1954.
- MAGDELAIN, A. *Le consensualisme dans l'Édit du Préteur*, París, 1958.
- MANENTI, C. «Contributo critico alla teoria generale dei pacta secondo il Diritto romano», en *Studi Senesi*, 7 (1890), p. 85 y ss. y en *Studi Senesi*, 8 (1891), p. 3 y ss.
- MANENTI, C. «Pacta conventa. Studio critico di diritto romano antico e classico», *Studi Senesi*, 31 (1915), p. 116 y ss.
- MANFREDINI, A. D. «Rem ubi pacunt, orato», en *Atti sulla problemática contractuale*, I, Milán, 1988, p. 73 y ss.
- MANNINO, V. «Sulla trasmissibilità dell'exceptio pacti», en *Labeo*, 40.2 (1994), p. 170 y ss.
- MANNINO, V. *La tolleranza del usus servitutis nell'esperienza giuridica romana*, Turín, 1996.
- MANNINO, V. «Tutela della quasi possessio delle servitù», en *Uso, tempo, possesso dei diritti. Una ricerca storica e di diritto positivo*, Turín, 1999, p. 1 y ss.
- MANNINO, V. «Nuove osservazioni sulla rilevanza dell'elemento soggettivo nell'usus servitutis ai fini del riconoscimento della tutela interdittale», en *Mélanges Fritz Sturm à l'occasion de son 60 ème anniversaire*, I, Lieja, 1999, p.339 y ss.
- MANNINO, V. «Conventio e voluntas nell'operatività delle servitù e come

fundamento della servitus personae», en *Iuris vincula, Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Nápoles, 2001, p. 145 y ss.

MANNINO, V. *La tolleranza del usus iuris nell'esperienza giuridica romana. Forme di tutela e sviluppi teorici*, Turín, 2001.

MARRONE, M. *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 1989.

MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M.L. *Régimen jurídico de las presunciones en el derecho romano*, Madrid, 2008.

MARTINI, R. *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milán, 1969.

MARTINI, R. *Diritti greci*, Bologna, 2005

MASCHI, C. A. «Contributi allo studio delle servitù pretorie», *BIDR*, 41 (1939), p. 274 y ss.

MAYNZ, K. *Curso de Derecho romano. Precedido por una introducción que contiene la Historia de la Legislación y de las Instituciones políticas de Roma*, I, II y III (Trad. de A. J. Pou y Ordinas), Barcelona, 1892.

MEFFERT, K. *Die Streigenossenschaft im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1974.

MELILLO, G. voz «Patto», en *ED*, XXXII, Turín, 1982, p. 479 a 496.

MELILLO, G. «Pacta in rem, pacta in personam: una divisio classica?», *Sodalitas, Scritti Guarino*, III, Nápoles, 1984, p. 1459 y ss.

MELILLO, G. *Contrahere, pasci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Milán, 1994.

MESSINA VITRANO, F. *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, (reimpresión anastática de la edición de 1912), Roma, 1972.

METRO, A. «Fructus servitutis esse non potest?», en *Iura*, 23 (1972), p. 104 y ss.

MEYLAN, P. «La stipulation habere licere», en *TR*, 38 (1970), p. 67 y ss.

MICHEL, J. H. «Du neuf sur Gaius?», en *RIDA*, 38 (1991), pp. 175 y ss. También en *Synthèses romaines. Langue latine-Droit romain-Institutions comparées. Études publiées en hommage au prof. J-H. Michel*, Bruselas, 1998, p. 312 y ss.

MIQUEL, J. «La interpretación de los contratos: vinculación entre teoría y práctica», en *Revista jurídica de Catalunya*, 3 (1981), p. 789 y ss.

MIQUEL, J. *Derecho privado romano*, Madrid, 1992. También en *Derecho privado romano, Materiales de la UOC*, adaptados por LINARES, J.L.; SANSÓN, V. y CABALLÉ, A., Barcelona, 2001.

- MIQUEL, J. *Historia del Derecho romano*, Barcelona, 1990.
- MITTEIS, L. *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891.
- MOHINO MANRIQUE, A. *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Madrid, 2006.
- MÖLLER, C. «Servituten im römischen Recht. Und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts», en *Sachsen im Spiegel des Rechts*, Göttingen, 2001, p. 127 y ss.
- MÖLLER, C. *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen, 2010.
- MOMMSEN, T. «Die Interpolationen des gromatischen Corpus», en *Bonner Jahrbucher*, 96/67 (1895), p. 272 y ss. y en sus *Gesammelten Schriften*, VII, Berlin, 1909, p. 464 y ss.
- MONNIER, H. - PLANTON, G., «La meditatio de nudis pactis», en *RHD*, 37 (1913), p. 135 y ss.
- MURGA, J. L. *Derecho romano clásico. II El proceso*, Zaragoza, 1983.
- NICHOLAS, B. «The form of the stipulation in Roman law», en *LQR*, 69 (1953), p. 63 y ss.
- NÖRR, D. *Die Entstehung der "longi temporis praescriptio". Studien zum Einfluss der Zeit im Recht und zur Rechtspolitik in der Kaiserzeit*, Köln-Opladen, 1969.
- NÚÑEZ LÁGOS, R. *La estipulación en las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1950.
- PACHECO F.L. *Las servidumbres prediales en el derecho histórico español*, Lleida, 1991.
- PARICIO, J. «Génesis y naturaleza de los juicios de buena fe», en *De la Justicia y el Derecho. Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid, 2002, § 15, p. 277 y ss.
- PARIENTE, A. *Estudios de fonética y morfología latina*, Salamanca, 1949.
- PASTORI, F. *Il negozio verbale in diritto romano*, Bolonia, 1994.
- PERALTA ESCUER, T. *Evicción de las servidumbres prediales en el derecho romano clásico*, Lleida, 1996.

- PEROZZI, S. «Fructus servitutis esse non potest», *BIDR*, 6 (1894), p. 165 y ss.
- PEROZZI, S. «I modi pretori di costituzione delle servitù», *Rivista italiana per la scienze giuridiche*, 23-1 (1897), p. 3 y ss.
- PEROZZI, S. «Probleme di origini», *Studi in onore di V. Scialoja*, II, Milán, 1905, p. 509 y ss.
- PEROZZI, S. *Istituzioni di diritto romano*, I y II, Roma, 1928.
- PEROZZI, S. *Scritti giuridici: Servitù e obbligazioni*, II, Milán, 1948.
- PETERS, H. Recensión a la obra de Hugo Krüger *Das prätorische Servitut*, en *SZ*, 33 (1912), p. 595 y ss.
- PEZZANA, A. voz «Azione confessoria e negatoria», en *ED*, IV, Milán, 1959, p. 838 y ss.
- PONTE, V. *Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano*, Madrid, 2007.
- PROVERA, G. «Servitù prediali ed obbligazioni propter rem», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, 1971, p. 15 y ss.
<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/proveraservitu.pdf>
- PUGLIESE, G. *Il processo formulare*, I, Génova, 1948.
- PUGLIESE, G. *Il processo civile romano. I Legis actiones*, Roma-Milán, 1963.
- PUGLIESE, G. *Istituzioni di diritto romano*, Padua, 1986.
- PURPURA, G. «Servitus thynnos non piscandi (D.8.4.13 PR.)», en *Scritti per Gennaro Franciosi (a cura di Federico Maria d'Ippolito)*, III, Nápoles, 2007, p. 2163 y ss.
- RABEL, E. «Zu den sogennanten praetorischen Servituten», en *Mèlanges Girard*, II (*Droit privé et procédure*), París, 1923, p. 387 y ss.
- RABEL, E. *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig, 1902 (reedición de Walter De Gruyter, Berlín -Nueva York, 1973).
- RAINER, J.M. «Nochmals zu den Grunden und der Datierung der lex Scribonia», en *SZ*, 104 (1987), p. 631 y ss.
- RANDAZZO, S. *Legis Mancipi. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milán, 1998.
- RANDAZZO, S. «"Servitus iure imposita". Destinazione del padre di famiglia e costituzione "ipso iure" della servitù», en *RDR*, 2 (2002)
<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano02randazzo.p>

df

REDENTI, E. «Pluralità di parti nel processo civile (diritto romano)», en *AG*, 79 (1907), p. 3 y ss.

RIBALTA I HARO, J. *Dret urbanístic de la mediterrània*, Barcelona, 2005.

RICART MARTÍ, E. *Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt*, Tarragona, 1996 (Manuscrito del trabajo de investigación presentado para la provisión de la plaza de Catedrático de Derecho Romano en la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona).

RICART MARTÍ, E. «Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt indivisa pignoris causa», en *RIDA*, 48 (2001), p. 237 y ss.
<http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/2001/ricart.pdf>

RICCOBONO, S. «Dies e condicio nella costituzione della servitù», *TR*, 3 (1922), p. 333 y ss.

RICCOBONO, S. *Corso di diritto romano. Il possesso*, Roma, 1933-34.

RICCOBONO, S. *Corso Di diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta*, Milano, 1935.

RICCOBONO, S. «Elementi sistematici nei commentari ad Edictum», en *BIDR*, 44 (1936-1937), p. 1 y ss.

RICCOBONO, S. voz «Stipulatio», en *NNDI*, XVIII, Turín, 1971, p. 445 y ss.

RICCOBONO, S. «La destinazione del padre di famiglia. Si per diritto romano sia ritenuta efficace a costituire servitù prediali (A proposito di un recente lavoro dell'avv. G. sala Contarini)», en *RISG*, 21 (1986), p. 380 y ss.

RODRÍGUEZ DÍAZ, E. *De la noción de contrato al "pactum displicentiae" en derecho romano*, Oviedo, 1998.

RODRÍGUEZ MONTERO, R. «Aproximación a la problemática de las formas de constitución de las servidumbres en el sistema civil» en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VIII, 1988. (Separata).

ROTONDI, G. «Di alcune riforme giustiniane relative al "pactum de non petendo», en *Scritti giuridici*, II, Milán, 1922, p. 307 y ss.

RUDORFF, A. F. «Die Prozesseröffnung nach dem Edict», en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 4 (1864), p. 1 y ss.
<http://dlib-zs.mpg.de/pdf/2085079/04/1864/20850790418640005.pdf>

RUDORFF, A. F. *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig, 1869.

SACCONI, G. *Ricerche sulla stipulatio*, Nápoles, 1989.

SALOMÓN SANCHO, L. "Sine vitio nancisci possessionem". *La adquisición de la posesión de los legados en el Derecho Romano Clásico*, Madrid, 2003.

SANFILIPPO, C. *Instituzioni di diritto romano*, Rubbettino, Messina, 1996.

SANSÓN RODRÍGUEZ, M.V. *La transmisión de la propiedad*, Madrid-Barcelona, 1998.

SÁNSON RODRÍGUEZ, M.V. «La stipulatio alteri en el derecho romano», en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna*, 17 (2000), p. 291 y ss.

SANTALUCIA, B. *Libri Opinionum di Ulpiano*, Milán, 1971.

SANTORO, R. «Il contratto nel pensiero di Labeone», *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 37 (1983), p. 5 y ss.

SANTOS ROJO, C. *La reserva de servidumbre*, Valencia, 2001.

SARGENTI, M. «Appunti sulla quasi possessio e la possessio iuris», en *Scritti C. Ferrini in occasione della sua beatificazione*, Milán, 1947, p. 240 y ss.

SAVIGNY, F. C. *Das Obligationenrecht*, II, Berlin, 1853.

SCHERILLO, G. «La trasmissibilità della stipulatio in faciendo», en *BIDR*, 36 (1928), p. 29 y ss.

SCHERILLO, G. *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano* (a cura di Franco Gnoli), Bologna, 1994.

SCHIAVONE, A. «La escritura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del cuarto libro ad Edictum», en *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di diritto romano, Siena 14-15 aprile 1989*, Nápoles, 1991, p. 125 y ss.

SCHMIDTLEIN, E. J. *De servitutibus per pactum constituendis*, Göttingen, 1823.

SCHULZ, F. *Classical Roman law*, Oxford, 1951.

SCHULZ, F. *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961 (Leipzig, 1975).

SCHULZ, F. *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934 (reedición 1954)

SCIALOJA, V. «L'orazione di Demostene contro Callicle in rapporto alla teoria delle servitù prediali in diritto greco», en *Atti della R. Accademia di Torino*, 25 (1890), p. 792 y ss. y en sus *Studi Giuridici*, I, p. 403 y ss.

SEGRÈ, G. «Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e dei tempi di Diocleziano», en *Studi Bonfante*, III, 1930, p. 510 y ss.

SEGRÈ, G. «Sull'efficacia del pactum de non petendo», en *Scritti vari di diritto romano*, Turín, 1952, p. 115 y ss.

SEIDL, E. «Die Stipulatio im ägyptischen Provinzialrecht», en *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II, Milán, 1972, p. 627 y ss.

SELB, W. «Das prätorische Edikt: Vom rechtspolitischen Programm zur Norm», en *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Munich, 1986, p. 259 y ss.

SIBER, H. *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928.

SICARI, A. *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari, 2001.

SOHM, R.- MITTEIS, L.- WENGER, L. *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*, Berlin, 1949.

SOLAZZI, S. «Glosse a Gaio», en *SDHI*, 6 (1940), p. 320 y ss.

SOLAZZI, S. *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Nápoles, 1947.

SOLAZZI, S. *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Nápoles, 1948.

SOLAZZI, S. *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Nápoles, 1949.

SOLAZZI, S. «Stipulazioni di servitù prediali», en *Iura*, 5 (1954), p. 126 y ss.

SOLAZZI, S. «Alla ricerca dei fundi stipendiarii vel tributarii», en *Scritti*, IV, Nápoles, 1963, p. 381 y ss.

STANOJEVIC, O. «Gaius and Pomponius. Notes on David Pugsley», en *RIDA*, 44 (1997), p. 333 y ss.
www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/1997/stanojevic.pdf

STELLA MARANCA, F. *Intorno ai frammenti di Celso*, Roma, 1915.

STOLLEIS, M. et al. *Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jh.*, Munich, 2001.

STURM, F. «Il pactum e le sue molteplici applicazioni», *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della littera Florentina, Copanello, 1-4 giugno 1988*, Nápoles, 1990.

TALAMANCA, M. *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio*, Milán, 1956.

TALAMANCA, M. *Ricerche in tema di compromissum*, Milán, 1958.

TALAMANCA, M. Recensión a *Le consensualisme dans l'Édict du préteur*, en *Labeo*, 6 (1960), p. 297 y ss.

TALAMANCA, M. voz «Documento e documentazione», en *ED*, XIII, Milán, 1964, p. 548 y ss.

TALAMANCA, M. voz «Obbligazioni (Dir. Rom.)», en *ED*, XXIX, Milán, 1979, p. 1 y ss.

TALAMANCA, M. voz «Pena privata», en *ED*, XXXII, Milán, 1982, p. 712 y ss.

TALAMANCA, M. *Istituzioni de diritto romano*, Milán, 1990.

TALAMANCA, M. «Conventio e stipulatio», en *Atti del Convegno di Diritto romano, Siena 14-15 aprile 1989*, Napoli, 1991, p. 195 y ss.

TALAMANCA, M. «La tipicità dei contratti romani fra conventio e stipulatio fino a Labeone», en *Contractus e pactum, tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana : atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della Littera Florentina: Copanello 1-4 giugno 1988* a cura di Francesco Milazzo, Nápoles, 1991, p. 35 y ss.

TALAMANCA, M. voz «Vendita (Diritto romano)», en *ED*, XLVI, Milán, 1993, p. 303 y ss.

TALAMANCA, M. «Pubblicazioni pervenute alla Direzione», en *BIDR*, 91 (1998), p. 909 y ss.

THULIN, C. «Der Frontinuskommentar. Ein Lehrbuch der Grammatik aus dem 5.—6. Jahrh.», en *Rheinisches Museum für Philologie*, 68 (1913), p. 110 y ss., <http://www.rhm.uni-koeln.de/068/Thulin.pdf>

THULIN, C. *Corpus agrimesorum romanorum*, Leipzig, 1913.

TONDO, S. «Note ulpianee alla rubrica edittale per i 'pacta conventa'», en *SDHI*, 64 (1998), p. 441 y ss.

TORRENT, A. «El origen de la servitus aquaeductus a la luz de la Tabula Contrebiensis», en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, II, 1982, p. 261 a 279.

V.V.A.A. *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio Romanistico*, Nápoles, 1966.

VALIÑO, A. «¿Cesación de la intromisión e indemnización del daño causado a través del ejercicio de la actio negatoria?», en *REHJ*, 24 (2002) (http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552002002400002&script=sci_arttext)

VALIÑO, E. *Actiones utiles*, Pamplona, 1974.

- VALIÑO, E. de *El comentario de Gayo al edicto provincial*, Valencia, 1979.
- VANGEROW, K.A. *Lehrbuch der Pandekten, I*, Marburg-Leipzig, 1865-1869.
- VATTIER, C. «Contribución al estudio de las obligaciones facultativas», *Revista de derecho privado*, 1982, p. 643 y ss.
- VÉGH, Z. «Ex pacto ius. Studien zum Vertrag als Rechtsquellen bei den Rhetoren», en *SZ*, 110 (1993), p. 223 y ss.
- VELÁZQUEZ MARTÍNEZ, J.M. «La pesca en la antigüedad y sus factores económicos», en *Antigua. Historia y arqueología de las civilizaciones*. Portal temático de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes <http://www.cervantesvirtual.com/Portal/Antigua/index.shtml>
- VISKY, K. «La pena convenzionale all'inizio del Principato», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, I, Milán, 1971, p. 600 y ss.
- VOCI, P. «La responsabilità del debitore da stipulatio poenae», *Studi in onore di Edoardo Volterra*, III, p. 318 y ss.
- VOCI, P. *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1954.
- VOIGT, M. «Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten», en *Berichte der philologische-historischen Klasse der Königlischen sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, 26 (1874), p. 159 y ss.
- WACKE, A. «Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli», en *SZ*, 90 (1973), p. 220 y ss.
- WACKE, A. «Ein Verfügungsverbot des römischen Verpfänders? (zur dinglichen Wirkung der Verwertungsermächtigung)», *Iura*, 24 (1973), p. 184 y ss.
- WACKE, A. «Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli. Stillschweigender Verzicht und Verwinkung nach klassischem Recht», en *SZ*, 91 (1974), p. 220 y ss.
- WACKE, A. «D. 19, 2, 3: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt», en *Austieg und Niedergang*, II.15, 1976, p. 455 y ss.
- WACKE, A. «Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotklauseln im antiken und modernen Recht», en *SZ*, 99 (1982), p. 188 y ss.
- WACKE, A. «El pluralismo lingüístico y su reglamentación jurídica en el imperio romano», *Seminarios complutenses de derecho romano*, XI(1999), Madrid, 2000, p. 117 y ss.
- WALDE-HOFFMANN, voz «Paciscor», en *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, II.3, Heidelberg, 1954, p. 231 y ss.

- WATSON, A. *The law of obligations in the later Roman republic*, Oxford, 1965.
- WESENBERG, G. *Verträge zugunsten Dritter*, Weimar, 1949.
- WIEACKER, F. *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1975.
- WIEACKER, F. «Juristen und Jurisprudenz im Prinzipat», en *SZ*, 94 (1977), p. 319 y ss.
- WINDSCHEID, B. *Lehrbuch der Pandekten*, Frankfurt, 1906 (reimpresión 1984).
- WUBBE, F. «Iavolenus contra Labeonem», en *Satura R. Feenstra oblata*, Friburgo, 1985, p. 95 y ss.
- ZAMPAGLIONE, G. *L'idea della pace nel mondo antico*, Turín, 1967.
- ZANCAN, L. «Sull possesso dell'ager publicus», en *Atti Accad. Torino*, LXVII, (1932), p. 79 y ss.
- ZANCAN, L. *Ager publicus. Ricerche di storia e di diritto romano*, Padua, 1935.
- ZIMMERMANN, R. *The law of obligations*, Oxford, 1995.
- ZOZ, M. G. *La costituzione tacita delle servitù nell'esperienza giuridica romana*, Milán, 2001.
- ZUCCOTTI, F. «Il locus servitutis e la sua tutela interdittale», en *SDHI*, 60 (1994), p. 159 y ss.
- ZUCCOTTI, F. «Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio delle servitù prediali», en *RDR*, 2 (2002):
<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano02zuccotti.pdf>
- ZUCCOTTI, F. «Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie», en *Atti del Convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico"*, Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001,
<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/attipontignanozuccotti.pdf>