

BIONDO BIONDI: *Le servitù prediali nel Diritto romano*. Milán, Giuffrè, 1946; XII + 314 págs.

Después de un interesante estudio sobre *La categoría romana delle "servitutes"* (Milán, 1938), el ilustre profesor de la Universidad Católica de Milán nos ofrece esta obra en forma de lecciones, donde sintetiza, en una exposición sencilla y reconstructiva, las enseñanzas que en torno a las servidumbres prediales en el Derecho romano—con atinadas observaciones sobre los Códigos modernos—nos había dado en parte ya en aquella obra de mayor extensión y de carácter más general. Sin embargo, contra lo que pudiera parecer, esta nueva publicación no es solamente una síntesis o epitome para estudiantes, a la antigua guisa recapituladora, sino que a través de sus páginas aparece esa penetrante agudeza que siempre ha mostrado este insigne romanista en la investigación, esa convicción metodológica que ha seguido en todos sus trabajos, y esa claridad didáctica que tanto resalta en los buenos maestros.

El plan de exposición en esta obra, de marcado carácter pedagógico, es, naturalmente, distinto del seguido en la de 1938, trabajo de investigación. Consta de 10 capítulos, más un índice bibliográfico y otro de fuentes. Estas son únicamente pasajes del Digesto, Instituciones y Código justinianos, y en la bibliografía se advierte que este trabajo confirma algunas y rectifica otras de las conclusiones críticas apuntadas en su *Corso di diritto romano. Le servitù prediali* (1933, reeditado en 1942).

La sistemática elaborada por la técnica moderna del Derecho, que constituye una de sus facetas más importantes, no se adecúa a las instituciones jurídicas romanas, que vienen tratadas en forma algo desordenada a este respecto, debido no sólo a la finalidad esencialmente práctica que perseguían los jurisconsultos romanos, sino principalmente a la misma evolución que ha seguido en su formación el Derecho romano, que es resultado—insiste una vez más Biondi, repitiendo los que nos dijo ya en sus *Prospettive romanistiche* (1)—de la estratificación de diversos elementos jurídicos (*ius civile, ius honorarium, ius extra ordinem*) que los jurisconsultos romanos no trataron de superar. Ha de notarse empero, que tal superación era en efecto el primer presupuesto para llegar a una sistematización que tomara en cuenta la conexión estructural existente entre cada una de las instituciones. Por ello conviene tener en cuenta—advierte Biondi, en justificación de su posición metodológica—que la sistematización que por los modernos

(1) Milán, 1933, pág. 24 y ss. De esta concepción estratificadora del Derecho, en un sentido de superposición horizontal, como parece concebirla Biondi, tuvimos ocasión de ocuparnos recientemente en nuestro trabajo sobre *La actividad jurisdiccional del pretor...*, publicado en *Información Jurídica*, 81 (1950) 180 y ss., donde recogemos las advertencias que sobre esta tesis, punto de apoyo de muchas concepciones de Biondi, han hecho los romanistas españoles, Alvarez Suárez, d'Ors, principalmente. Apuntamos entonces que a partir de la época de Augusto puede advertirse un sentido de aportación integrador *ad unum*, que vemos en este trabajo no pasa inadvertido para Biondi, si bien hay que reconocer que hasta el *Corpus iuris* no existe una tentativa sistematizadora de toda la materia jurídica.

se considera como indicio de un trabajo científico, para el romanista presenta escaso interés, pues los problemas de arquitectura jurídica son para él casi indiferentes.

En las obras clásicas de los jurisconsultos romanos, según ha demostrado Lenel reconstruyendo los libros de Sabino, Paulo y Pomponio, las servidumbres vienen tratadas en la última parte, y precisamente entre la donación y la *actio aquae pluviae arcendae*, cuya conexión no es fácil explicar. En las que nos han llegado fuera de la complicación justiniana, la materia de servidumbres viene tratada incidentalmente, bien entre las cosas incorporales o entre las acciones, y en algunas falta totalmente, como en los *Tituli ex corpore Ulpiani*. Sólo en las Pandectas adquiere un puesto en cierto modo sistemático, en el libro 8, después del 6, referente al dominio, y del 7, referente al usufructo.

La servidumbre es indudablemente un derecho real sobre cosa no propia. Definición en la que se comprende la servidumbre sobre *res nullius*. En el Derecho romano, al lado del dominio, ya en el *ius civile*, se colocan algunas relaciones tuteladas mediante *vindicatio*, como el usufructo, al que se reúne el uso y las servidumbres (2). La cuestión de la prioridad cronológica de las servidumbres sobre el usufructo, afirmada por Karlowa, RRG. II 533, e implícitamente por Perozzi, Ist. I 753, es también de este modo aceptada por Biondi, que apunta la posibilidad de que las servidumbres hayan sido el más antiguo derecho real sobre cosa de otro, dentro del *ius civile*, mientras la prenda y la hipoteca son instituciones pretorias, y se discute mucho el origen de la superficie y el de la enfiteusis, viniendo la *habilitatio* reconocida como derecho autónomo sólo a partir del Derecho justiniano.

Aunque no es cierto que Justiniano haya reunido bajo la denominación de servidumbre a todos los derechos reales sobre cosa ajena, amplía la categoría y configura como servidumbres, personales precisamente, al usufructo, al uso y a la habitación, si bien excluye la prenda y la hipoteca. Catalogadas las servidumbres prediales como derechos reales, se hace preciso estudiar el concepto de derecho real que constituye el género próximo para la definición de servidumbre. No es exacta la contraposición entre derechos reales y personales que, considerando ambos como derechos patrimoniales, reducibles directa o indirectamente a dinero, concibe a los primeros como una relación inmediata de una persona con una cosa, y a los personales como relación entre dos personas en cuya virtud una, llamada sujeto activo, puede pretender una determinada conducta de otra, llamada sujeto pasivo. No es exacta porque el vocablo relación ha de entenderse siempre en sentido jurídico, no material solamente. Recuerda la concepción «obligacionista» de los derechos reales, mas advierte que aun en este punto las diferencias se atenúan de tal modo que sólo existen divergencias secundarias. En efecto, es verdad que todos los derechos y todas las relaciones jurídi-

---

(2) En esta afirmación coincide con los resultados más recientes de los investigadores, así SOLAZZI en su publicación *La tutela e il possesso delle servitù prediali* (Napoli, 1949), pág. 1 y ss.

cas, sólo por ser tales y por ende sin excepción pueden darse únicamente entre personas, es decir, entre sujetos activos y sujetos pasivos, uno o varios; no puede existir relación jurídica entre persona y cosa. Mas es necesario reconocer que también en el derecho real se halla ínsito el deber jurídico, porque también en el derecho real se establece la relación entre personas, precisamente entre el titular del derecho y toda la colectividad, que tiene el deber de abstención, porque si se pretende desconocer esta conclusión es preciso negar que el derecho real sea un derecho subjetivo. No falta, en efecto, en la doctrina la posición de quienes afirman que el derecho real implica un señorío sobre una cosa, protegido por la ley, sin que atribuya al titular un derecho subjetivo. Y añaden: El derecho subjetivo, con la correlativa obligación jurídica, surge sólo cuando aquel señorío jurídico sea lesionado, y se concreta en el deber de restablecer el estado jurídico perturbado o lesionado. Biondi tacha de poco perspicua la concepción de derecho real aceptada por Grosso en su reciente publicación titulada *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*.

Partiendo del análisis del contenido de los derechos personales se llega inversamente a negar juridicidad al derecho y a la obligación, por razón de que la ley no asegura el cumplimiento de la prestación, sino ante todo la realización de aquélla sobre el patrimonio del deudor, y por eso algún escritor habla de prenda legal sobre todo el patrimonio del deudor. Se puede afirmar que mientras la primera doctrina lleva del derecho real al derecho personal, inversamente la segunda conduce desde el derecho personal al derecho real. La contribución de la romanística a la determinación del concepto de derecho real es singularmente sobresaliente (3). Ya Perozzi había observado atinadamente que cuando una situación jurídica consiste en la facultad de exigir simultánea o sucesivamente una igual conducta de una indeterminada pluralidad de personas, cuanto más amplia e ilimitada es la esfera de las personas que constituyen el sujeto pasivo, tanto más nuestro pensamiento prefiere presentarse la relación independientemente de la relación personal con esa multitud de personas, atribuyendo al mismo tiempo a la situación una imagen real tal como si la relación recayese directamente sobre la cosa.

Tampoco ha satisfecho la concepción del derecho real como un «derecho sobre la cosa», como un «poder sobre la cosa», porque esto no siempre es verdad. Tal ocurre con las servidumbres negativas, que consisten en una abstención, que no atribuyen enteramente un poder sobre el fundo. Existen, por el contrario, derechos que atribuyen un poder sobre la cosa y, sin embargo, no son «reales»: así, el arrendamiento atribuye un poder parigual al usufructo. Consecuentemente, si la esencia del derecho real consistiese en atribuir un poder sobre la cosa, tanto el usufructuario como el arrenda-

(3) Entre nosotros puede verse U. ALVAREZ: *Esquema sobre la distinción entre derechos reales y personales*, en Rev. Fac. de Derecho de Madrid, 1943, pág. 25 y ss.; HERNÁNDEZ TEJERO: *La propiedad primitiva de las «res mancipi»*, A. H. D. E. 16 (1945), 55 páginas; IGLESIAS (Manuel): *De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión*, Rev. de Der. Priv., 388-389 (1949) 630 y ss.

tario tendrían un derecho real. Esto demuestra que derecho «sobre la cosa» es distinto de «derecho real». Tampoco se puede construir el concepto de derecho real partiendo únicamente de la propiedad, que es algo especial, único, como había ya advertido Arangio Ruiz (*La struttura dei diritti reali su cosa altrui*, en Arch. Giur., 81-82, 1909). Por eso, analizadas estas distinciones elaboradas por la doctrina moderna, Biondi vuelve al Derecho romano, que entiende es el único que nos puede facilitar el punto de partida para hallar el verdadero concepto y distinción.

Es preciso ante todo tener presente que el Derecho romano, durante toda la época clásica, es un «sistema de acciones» (4). Mucho se ha discutido sobre el concepto de acción y sobre el problema de la prioridad histórica y lógica de la acción respecto al derecho subjetivo (Schulz, Binder, Biondi, Pugliese especialmente, en el extranjero). Biondi insiste ahora también en que los romanos conciben el derecho subjetivo siempre en función de la acción y en general de los recursos (medios) procesales. Conviene tener en cuenta que en el Derecho romano no se distingue entre derechos reales y derechos personales, sino entre *actiones in rem* y *actiones in personam*. Recuerda el autor que *actio* originariamente tiene un significado general de acto jurídico, y luego se restringe a «acción personal», siendo la real *petitio* o *vindicatio*, según los momentos. La expresión *ius in re* con aquel significado de poder sobre una cosa es extraña a las fuentes, al menos durante la época clásica. El punto de distinción radica en que mientras en la acción real el demandado puede no defenderse, abandonando la cosa al actor, en la personal, aunque el deudor no acepte el juicio, viene igualmente vinculado al actor con el fin de realizar la prestación. Así, pues, mientras en la *actio in personam* las actuaciones se encaminan contra la persona del contrario, en la *actio in rem* persiguen directamente la cosa. De aquí que las principales diferencias entre ambas categorías puedan puntualizarse así: a) El derecho real se puede hacer valer frente a cualquiera o por lo menos contra persona no individualizada, mas que se individualiza con el mismo hecho de lesionar o desconocer el derecho real. Por el contrario, el derecho personal puede ejercitarse contra una determinada persona, o contra sus herederos, en cuanto, por efecto de la sucesión, ocupan su lugar. b) Al derecho real corresponde siempre un deber negativo, que consiste en la abstención de perturbar el ejercicio del derecho. El principio «*servitus in faciendo consistere nequit*» vale para todos los derechos reales. Al derecho personal, inversamente, corresponde un deber que puede tener y normalmente tiene sentido positivo. c) El derecho real se puede realizar coactivamente, independientemente de la actividad de una persona. El derecho personal se realiza mediante la actividad de aquel sobre quien recae el deber, y, salvo casos especiales, no es susceptible de ser realizado coactivamente. Por ello quizá fuera más exacta la expresión derechos *absolutos* y derechos *relativos*.

(4) Insiste BIONDI en su concepción dinámica del Derecho romano como un sistema de acciones, que en nuestra patria ha recogido con singular atención D'ORS en sus *Presupuestos críticos* (Salamanca, 1943).

Hemos seguido paso a paso esta primera parte de la obra que nos ocupa—el tema de la noción de los derechos reales referido al Derecho romano cobra para nosotros mayor interés cada día—con la esperanza de hallar en Biondi guía seguro para un estudio detenido del problema, y, en efecto, no hemos sido defraudados.

En el segundo capítulo estudia el origen y evolución histórica de las servidumbres. Acepta en cierto modo las premisas que Perozzi señalara al estudiar el origen de la obligación romana: el Derecho romano no conoce las servidumbres como categoría general, sino una serie de singulares servidumbres típicas. Para indagar cuál sea la más antigua, no se ha de partir de la categoría jurídica de servidumbre, que sólo se encuentra formada en una época más avanzada como fruto de madura reflexión. Biondi rehuye presentarnos una de esas «brillantes hipótesis sociológicas», calificadas de históricas en el siglo pasado, en torno al origen de una determinada institución. El grupo más antiguo de servidumbres está constituido por aquellas calificadas como *mancipi*, ya que las *res mancipi* representan los elementos patrimoniales más antiguos, y, dentro de ellas, son el *iter*, la *via* y el *actus*, junto con el *aquae ductus*, las más antiguas. Antigüedad con la que están de acuerdo la mayoría de los autores si exceptuamos a Schönemann, que señala la *servitus pecoris pascendi*. Más difícil es resolver la prioridad dentro de estas servidumbres, de las de paso sobre el acueducto o viceversa. Mas carece de interés, mientras ofrece muchísimo el determinar el proceso lógico-jurídico por el cual el paso y el acueducto fueron reconocidos por la jurisprudencia. Recoge una opinión vagamente sostenida por Voigt: la vía y el acueducto, originariamente, se configuraron como entidades corporales, como objetos de dominio. En principio, quien después se llamó titular de un derecho de paso o de acueducto era propietario de aquella faja de terreno sobre la que transitaba o del cauce por el que afluía el agua. No se trata de derechos sobre cosa ajena, sino de propiedad, y el constituyente no hace sino enajenar la vía o el cauce. De aquí que la base de su reconocimiento y protección jurídica fué el dominio. Analiza varios pasajes que fundamentan esta tesis, y principalmente los que determinan la constitución de estas servidumbres en el viejo *ius civile* que en nada difiere de la de dominio.

La evolución histórica sigue aquel proceso de transformación que caracteriza a las instituciones jurídicas romanas. La jurisprudencia no sólo reconoce una a una las servidumbres, sino que trata de adaptar los principios tradicionales a las exigencias prácticas que poco a poco se presentan. El pretor impone nuevas directrices y termina creando aquel sistema jurídico que se coloca al lado del *ius civile*, obra que prosigue Justiniano, de aquí que a veces se presenten en los textos contradicciones que sólo pueden explicarse teniendo en cuenta esta evolución histórica. En esta evolución la categoría de las servidumbres adquiere una ampliación considerable, desde la primigenia figura del acueducto o del paso, hasta el Derecho justiniano, que bajo la denominación de servidumbres comprende no solamente las ser-

vidumbres tradicionales, sino también el usufructo, el uso y la habitación, la superficie y las limitaciones legales de la propiedad.

A diferencia de lo que sucede en algunos ordenamientos jurídicos modernos, las servidumbres, en el Derecho romano, son figuras típicas, que tienen cada una su propia denominación, correspondiente a aquel sentido de concreción, que rehuyendo la abstracción, caracteriza al espíritu latino. La jurisprudencia crea nuevas figuras de servidumbres, pero todas homogéneas, con su tipicidad propia, y es sólo al esfumarse la tipicidad cuando se pasa de los tipos primigenios a la categoría general de las servidumbres. Mas al lado de la tipicidad ha de considerarse en el momento de la constitución de las servidumbres el *modus*, cuya noción va puesta en juego con el carácter típico de las servidumbres. El *modus* constituye el elemento voluntario y variable, establecido por voluntad de las partes, que modifica el contenido legal sin alterar el tipo. En algunos Códigos modernos se ha mantenido la institución modal, pero distinta de lo que fué en el Derecho romano, pues, por ejemplo, en el Código francés y en el italiano el modo puede prescribirse, lo que origina la gravísima dificultad de determinar qué se conserva y qué resta de la servidumbre. La dificultad se agrava en el Código sardo al disponer que «el ejercicio de una servidumbre en tiempo diverso del establecido no impide la prescripción» (art. 670).

Durante toda la época clásica la categoría de las servidumbres es homogénea y ofrece contornos precisos y bien definidos: se alude siempre y exclusivamente a relaciones que imponen la subordinación de un fundo a favor de otro. Vienen perfectamente separadas del usufructo y del uso. Mas en el Derecho justiniano, como ha demostrado Longo (5), estas instituciones son encuadradas en el sistema de las servidumbres bajo la cualificación de *servitutes personarum*, y de ahí la consabida distinción bizantina. Pero para dar visos de autenticidad a la distinción se interpolan numerosos pasajes del *Corpus iuris*, v. gr.: D. 35, 2, 1, 9; D. 8, 1, 1, etc.

Mientras los límites legales del dominio en la época clásica se hallan separados de las servidumbres y se puede exigir su respeto por vía administrativa o por distintas acciones aplicables a cada caso, en el léxico legislativo de la época postclásica y justiniana vienen catalogados como servidumbres algunos de los límites legales y precisamente los relativos a las relaciones de vecindad, y se llega a calificarlos de servidumbres legales o naturales. Mención especial merece la *superficies*, que si bien durante todo el periodo clásico no llega a gozar la consideración de una institución autónoma (viene comparada a las relaciones obligatorias, locatio, emptio-ventitio, etc), comienza a merecer una configuración especial cuando el pretor concede al superficiario un especial interdicto y una *actio in rem*. Esto, empero, durante todo el periodo clásico el superficiario viene considerado, no bajo una categoría jurídica determinada, sino como aquel que *superficiem in alieno solo habet*, al lado del usufructuario y del acreedor pignoraticio, pero separadamente del propietario. En el Derecho justiniano es recono-

---

(5) *La categoria delle servitutes nel dir. rom.*, en B. I. D. R., 11, págs. 231-340.

cida por separado la propiedad de la superficie de la del suelo. Si en el Derecho clásico no se puede hablar nunca de servidumbre en este caso, por falta: el fundo dominante, ya que el espacio no es cosa, en sentido jurídico, y mucho menos fundo, en el Derecho justiniano se configura y denomina como una verdadera servidumbre. Biondi estudia los requisitos para su constitución en una y otra época. En los textos clásicos se habla de *locare superficiem*. En las versiones compilatorias, se alude a la constitución de una servidumbre a cargo del suelo. Por esa concepción abstracta, llega a elaborarse la categoría justiniana, en la que la dicción *servitus* tiene un significado técnico equivalente a la frase moderna derecho real de goce sobre cosa ajena. No se comprende, por tanto, la prenda, ni la hipoteca, si bien pudo construirse la categoría comprendiendo derechos de goce y derechos de garantía, pero a tanto no llegó el Derecho justiniano. Todavía los glosadores y postglosadores distinguieron: a) *servitus personalis*, que era la esclavitud; b) *servitus realis*, y c) *servitus mixta*, que era el usufructo, el uso y la habitación.

Hace observar que las fuentes clásicas más que el término *servitus*, contienen la expresión *iura praediorum*, muy significativa, si se mira el lado activo, mientras la primera dicción hace referencia al aspecto pasivo de la relación. La noción fundamental de servidumbre es la de sujeción permanente de un fundo a otro y supone un *status* entre dos fundos determinados. Analiza la estructura y requisitos de las servidumbres, comenzando por la regla *nemini res sua servit*, que expresa la prohibición, la imposibilidad de que se constituya una servidumbre entre dos fundos pertenecientes al mismo dueño. Se plantea el problema de si puede constituirse sobre una *res nullius*, que a su vez ofrece dos cuestiones distintas: la de la constitución y la de la subsistencia de la servidumbre. Respecto a la primera cuestión debe tenerse en cuenta que en el Derecho clásico es indispensable la voluntad del propietario para la constitución, voluntad que se manifiesta en un acto bilateral (*mancipatio, in iure cessio, stipulatio*), casos en los que es precisa la voluntad de dos dueños. En el *legatum servitutis* vindicatorio coincide la voluntad del propietario de dos fundos, mientras que si el legado es por *damnationem*, no existe propiamente constitución de servidumbre, sino una obligación de constituirla. En estos supuestos es inconcebible la constitución de una servidumbre sobre una *res nullius*. Solamente en el Derecho justiniano, cuando se admite la posibilidad de adquirir una servidumbre por prescripción adquisitiva, cabe plantearse el problema. En este caso, más que la servidumbre podría sostenerse que se adquiere la propiedad. Pero queda la posibilidad abstracta de la adquisición de la servidumbre, separada de la propiedad del fundo. La segunda cuestión se plantea cuando uno de los fundos pasa a ser *res nullius*. ¿Subsiste entonces la servidumbre? Hay que distinguir el lado activo del pasivo. Si pasó a ser *res nullius* el fundo sirviente por abandono, hay que tener en cuenta que en cuanto a los efectos de la *derelictio* no andan acordes los jurisconsultos clásicos. Biondi analiza varios textos y llega a la conclusión de que subsiste la servidumbre. Análogas consideraciones valen para el supuesto del fundo

dominante, ya que al venir concedida la servidumbre como una cualidad objetiva que incide sobre el fundo, no se comprende que pueda extinguirse por el hecho de que un fundo llegue a ser *res nullius*. Luego, ninguna extinción se verifica por el abandono del fundo dominante o sirviente. Otra cosa es que ese no-uso lleve aparejada la prescripción por no-uso de la servidumbre, si llega a transcurrir el tiempo necesario sin haber la cosa dejado de ser *res nullius*. Igualmente puede extinguirse por confusión si el dueño del fundo sirviente llega a usucapir al dominante, *res nullius*, y lo mismo ocurre si el usucapiente es dueño del fundo dominante. Se afirma la posibilidad de que pueda constituirse una servidumbre de paso, precisamente de paso, a favor de un sepulcro, *res extra commercium*; pero es una servidumbre excepcional.

Atención especial presta a la regla *servitus in faciendo consistere nequit*, significativa de que las servidumbres imponen al propietario del fundo sirviente un *pati*, por regla general, y algunas veces un *non facere*, que implica la abstención de hacer algo que como propietario podría abstractamente realizar. Esta regla, que es válida para todos los derechos reales, tiene, sin embargo, una excepción en la *servitus oneris ferendi*. Las fuentes muestran que esta servidumbre presentaba dificultad para la jurisprudencia republicana, porque el propietario del fundo sirviente venía obligado a un hacer: obligado a un *reficere parietem*, como un *modus* insito en el acto constitutivo. Sin embargo, semejante pacto fué censurado por Aquilio Gallo, que observaba que «no era posible constituir una servidumbre en la que el propietario del fundo sirviente *facere aliquid cogeretur*; pero prevaleció la opinión de Servio. Mas debe notarse que semejante obligación fué en principio aceptada voluntariamente en el momento de la constitución, como elemento accidental, para pasar a convertirse en lo que hoy llamamos elemento natural o legal de tal negocio jurídico.

Generalmente se afirma que las cargas reales fueron extrañas al Derecho romano, al menos al privado, siendo de origen germánico. En el Derecho intermedio vienen configuradas como servidumbres que imponen una obligación. En contradicción con aquel principio básico romano las «Real-lasten» son *servitutes in faciendo*. Se trata, en efecto, de derechos reales que presentan dos caracteres fundamentales: 1) pueden hacerse valer contra determinadas personas, contra quien se encuentra en una determinada relación con la cosa; 2) su contenido consiste en una prestación positiva como la de una obligación de este carácter. Participan, por ende, de una y otra relación. Son tipos híbridos, que presentan un carácter mixto. Se distinguen de las servidumbres, y aun de las llamadas servidumbres personales en el Derecho justiniano, porque las cargas reales son transmisibles por herencia por el lado activo, y por el pasivo corren a cargo de cualquier poseedor de la cosa. Implican una obligación que pesa sobre una cosa, y en el Derecho romano, según nos dice Scévola, esto no es posible. Puede el propietario de un fundo comprometerse a entregar una parte de la cosecha al propietario de otro fundo; mas si el obligado muere, la obligación se extingue. No es real, sino personal, la carga



Las obligaciones *propter rem*, que presentan un sujeto pasivo indeterminado, de tal suerte que la persona del deudor se individualiza con el hecho de convertirse en propietario, o adquirir una cierta relación con la cosa, no son fácilmente separables de las cargas reales. Parece que éstas implican un límite objetivo de la cosa y tienen carácter permanente, mientras en las obligaciones *propter rem* o reales se halla indeterminado el sujeto pasivo, que se individualiza por el hecho de la posesión, o por la propiedad de la cosa. Analizando esta relación, observa Biondi que, si se considera que, según el *ius civile*, la obligación consiste en un vínculo que ata la persona del deudor—*iuris vinculum*—, es forzoso reconocer que ninguna obligación puede surgir a cargo de una persona indeterminada, y si se añade que, según el *ius civile*, ninguna obligación puede derivarse de la ley, y se excluye la posibilidad de su transferencia, es imposible admitir obligaciones a cargo de personas indeterminadas. Quizá, pensamos nosotros, una nota que convendría estudiar con todo cuidado en estas relaciones, tal como fueron reguladas por el Derecho romano, es la posibilidad de liberarse de la carga o de la apellidada obligación *propter rem*, mediante el abandono de la cosa. Si Biondi se fija en los efectos que en caso de contienda produciría la indefensión para calificar a los derechos de relativos o absolutos, según la terminología que propone, no cabe duda que este mismo criterio puede ser útil para indagar el carácter de estas relaciones, y así lo han apreciado los civilistas modernos.

Biondi, con una sencillez y agudeza admirables, expone la doctrina relativa a las servidumbres irregulares, cuyo concepto no tiene cabida en la época clásica, siendo también entonces inalienable separado del fondo el ejercicio de la servidumbre, cuya alienabilidad se dibuja en el Derecho justiniano. Recoge la discusión en torno a la pignorabilidad de la servidumbre, que preocupó a los jurisconsultos clásicos, y la decisión que al problema dió Justiniano. Examina la regla *servitus servitutis esse non potest* y la indivisibilidad como nota estructural de la servidumbre, y los problemas que plantea respecto al fondo común, así como la suerte de la servidumbre en caso de división del fondo. La utilidad, más que un requisito ha de ser contenido de la servidumbre, mientras el requisito de la *vicinitas* se reduce al de la «posibilidad». La perpetuidad es carácter esencial en el Derecho civil, se atenúa en el pretorio y desaparece en el justiniano.

Examina las clasificaciones romanas en materia de servidumbres, alguna de las cuales tiene hoy solamente valor histórico, v. gr.: *servitutes mancipi* y *servitutes nec mancipi*. Entre los modos de constituir las servidumbres distingue: a) voluntarios; b) judiciales; c) pretorios; d) por *traditio sive patientia*; e) por usucapión: *praescriptio servitutis*; f) por destino del padre de familia (6). El carácter de voluntariedad domina en los modos civiles: actos jurídicos privados: *mancipatio*, *in iure cessio*, *deductio*, *le-*

---

(6) Sobre este punto recientemente BONET (José): *La «destination du père de famille» del Derecho civil francés y otros Derechos extranjeros*, en *Información jurídica* 56-57 (1950), 879 y ss.

*gatum. vindicta*. Dedicó un apartado especial al estudio de la constitución de las servidumbres mediante disposición judicial, *adiudicatio servitutis*, distinguiendo sus efectos en el Derecho clásico y en el Derecho justinianeo. La *pactio* y la *stipulatio*, como medios de constituir servidumbres pretorias, se generalizan en el Derecho justinianeo. Y mientras era imposible la *traditio servitutis* en el Derecho clásico, en el justinianeo se admite su *quasi-traditio* y se le hace extensiva la *actio Publiciana*. Al mismo tiempo se permite, no obstante la *lex Scribonia*, la *praescriptio servitutis*, cuyo precedente son la *vetustas* y la *praerogativa temporis*, estudiando en último lugar el destino que el padre de familia, o en general cualquier propietario, da a un fundo que divide entre sus hijos o causahabientes, que se convierte en una servidumbre a favor de uno o varios de los nuevos propietarios parciarios de fundo sobre una de las porciones de éste.

Estudia seguidamente los efectos de las servidumbres y singularmente las restricciones que suponen para el fundo sirviente, debiendo destacar en esta parte la atención que dedica a los *adminicula servitutis*, que comprenden aquellas facultades que no constituyen la misma esencia de la servidumbre, pero cuyo ejercicio es indispensable si aquéllas han de servir al fin económico-social que motivó su constitución.

Al estudiar los modos de extinción advierte que el carácter de perpetuidad que en principio se atribuye a las servidumbres no quiere decir que sean eternas. El modo más general de extinción es la confusión. Sigue luego la renuncia, cuya admisión no encuentra mucho apoyo en los textos clásicos. El no uso o prescripción extintiva no es causa de desaparición de la servidumbre, según el *ius civile*, mas la admite, como ya dijimos, Justiniano, y como medio de interrupción de esta prescripción, la acción o denuncia judicial. Justiniano admite en esta materia, a semejanza de la *accessio possessionis*, una *accessio temporis*, mediante la cual, al tiempo de no-uso, se puede sumar el del anterior propietario. Otro medio de extinción es el cambio o modificación de la situación jurídica o de hecho de los fundos, que plantea multitud de cuestiones en el Derecho romano. Asimismo estudia los casos en que puede restablecerse la servidumbre extinguida. El último capítulo lo dedica al estudio de las acciones protectoras de las servidumbres, siguiendo una sistemática moderna, analiza los requisitos procesales activos y pasivos de la *vindicatio servitutis* y de la tutela interdictal concedida a la *possessio servitutis*. Esta última parte es una síntesis brevísima, dado el carácter didáctico de la obra, pero muy aceptable, de las conclusiones alcanzadas, hasta el momento en que Biondi escribe, por los romanistas que se han ocupado del tema, principalmente las de Albertario, Carrelli, Bonfante y Solazzi, cuyo libro sobre *La tutela e il possesso delle servitu prediali* (cit. supra) Biondi no pudo conocer en la fecha en que escribía.

La obra tiene el extraordinario valor de conjugar admirablemente lo histórico—como justificación y aleccionador precedente—y lo dogmático, de singular utilidad para el jurista práctico. Son magníficas lecciones por

un maestro que sabe transmitir al estudioso los conocimientos claros, precisos y sólidos con la fidelidad con que el espejo refleja la imagen que retrata.

M. IGLESIAS CUBRÍA

FRANCO BONIFACIO: *La novazione nel Diritto romano*. Nápoles, Jovene, 1950; VII + 175 págs.

El autor aborda directamente el problema de los orígenes de la institución, criticando las opiniones tradicionales que vinculan la novación al proceso (Girard, Cornil, Meylan), especialmente la teoría de Salpius. Arriega, ya al comenzar, un punto de vista original y un tanto revolucionario acerca del proceso. Afirma que el proceso romano no ha nacido, como tradicionalmente se cree, de un arbitraje, primero voluntario, después obligatorio (p. 5). Según la teoría del autor, el proceso se incrustó en el acto de ejecución privada de la parte activa. En apoyo de esta opinión aduce argumentos como la prioridad histórica de la *legis actio per manus iniectionem* y la misma estructura de la *legis actio sacramenti*. En el *agere* de las partes no tiene lugar—afirma—un encuentro de la voluntad de éstas, ni siquiera el pronunciamiento del *iudex* cae sobre las pretensiones deducidas en justicia, sino sobre el carácter *iustum* o *iniustum* del *sacramentum*. Y no admite la extinción de la obligación según la regla *qua de re semel actum erat, de ea re postea ipso iure agi non poterat* respecto a las dos *legis actiones* mencionadas, precisamente por la razón apuntada de que el *iudex* no decidía sobre la sustancia del litigio (ps. 6-7). Así rechaza la tesis de un pretendido principio histórico y dogmático común a la *litis contestatio* y a la *novatio* en el campo de las acciones de la ley. Asimismo, respecto al proceso formulario considera todo acercamiento peligroso y privado de valor sustancial (p. 5). No podemos tomar posición respecto al pensamiento del autor, en espera de ver sus ideas, expuestas con la debida amplitud, en los «Studi Albertario» próximos a publicarse.

Basándose en Gayo, 3. 176, sostiene que el primer caso de novación ha sido el de *expromissio*, o más precisamente, el de sucesivas promesas con cambio de *reus promittendi*. Sólo más adelante se habría admitido la novación *inter easdem personas*, la de obligaciones *quoquo modo contractae* y la que se realiza con cambio de acreedor (ps. 18-20).

Para explicar la extinción de la obligación, en el momento en que aparece elaborado el concepto de novación a través de la *stipulatio, quod Titius mihi debet, idem dari spondes?*, parte del concepto de renuncia formal por parte del titular del derecho. De este modo se extingue el vínculo aunque no se cree otro, debido a las fuerzas misteriosas de la *sponsio* (p. 20). Las mismas consecuencias se verifican cuando, admitida la *novatio inter easdem personas*, el creador estipula del antiguo deudor; éste, prometiendo con la *sponsio id quod iam debet*, viene a sustituirse a sí mismo, y, por consiguiente, la *prior obligatio* se extingue.