

Evicción de servidumbres prediales en el derecho romano clásico

M^a Teresa PERALTA ESCUER

I S B N: 84--89727-64-3
Depósito Legal: S. 54-98

Servei de Publicacions
Universitat de Lleida

ÍNDICE GENERAL

I INTRODUCCIÓN

1.1. Los casos típicos en las fuentes

1.2. Aplicación del Método Histórico Crítico. Toma de posición

II TIPOS DE RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN

2.1. Responsabilidad por *auctoritas*

2.2. Responsabilidad en virtud de la *Emptio Venditio*

2.3. Responsabilidad en virtud de estipulación

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

3.1. Servidumbres como *res incorporales*

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

IV LA RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE USUFRUCTO

Caso primero

Caso segundo

Caso tercero

Caso cuarto

Caso quinto

Caso sexto

V CASOS DE EVICCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES SIN QUE CONCURRA LA TRANSMISIÓN DE UN FUNDO

5.1. Constitución de una servidumbre por un copropietario sin el consentimiento de los demás copropietarios

5.2. Constitución de una servidumbre sobre un fundo ajeno

5.3. Constitución sobre fundo ajeno, en favor de un no propietario del fundo dominante

VI TRANSMISIÓN DE UN FUNDO Y EVICCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES

6.1. Clases de declaraciones que pueden realizarse. *Leges Privatae*

6.2. Declaraciones que hemos encontrado en las fuentes en relación a la servidumbres prediales

6.3. Cláusula *Optimus Maximusque*

6.4. Cláusula *Optimus Maximusque* referida a las servidumbres prediales

VII CASOS DE TRANSMISIÓN DE UN FUNDO CON SERVIDUMBRES QUE LO GRAVAN

Caso primero

Caso segundo

Caso tercero

Caso cuarto

Caso quinto

Caso sexto

Caso séptimo

VIII CASOS DE TRANSMISIÓN DE UN FUNDO EN RELACIÓN CON SERVIDUMBRES ACTIVAS

8.1. Transmisión de un fundo con declaración de servidumbres activas inexistentes

8.2. Responsabilidad por la no declaración de la existencia de una servidumbre activa

8.3. Transmisión de un fundo con declaraciones ambiguas respecto a las servidumbres

prediales

IX CUANTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESPECTO A LAS
SERVIDUMBRES

APÉNDICE REGULACIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD POR LA
EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE SERVIDUMBRES PREDIALES

ÍNDICE DE FUENTES

I INTRODUCCIÓN

El tema objeto del presente trabajo es la evicción de las servidumbres prediales en el Derecho romano clásico. La cuestión central que nos planteamos es si la evicción de las servidumbres prediales generaba responsabilidad y en qué se fundamentaba esta responsabilidad. En principio, como ya veremos, podemos contestar de modo afirmativo.

Más concretamente tratamos de dilucidar si el comprador de un fundo o de una servidumbre podía exigir responsabilidad por evicción cuando resultaba vencido en una *vindicatio servitutis* o en una acción negatoria.

El interés que suscita este tema proviene precisamente de su carácter dogmático y no puramente histórico, hecho que en este momento es más destacable dada la implantación actualmente en nuevos planes de estudio donde la vinculación entre el Derecho romano y Derecho civil se hace patente, ya que tenemos un interés común en temas interdisciplinarios.

La responsabilidad por evicción de las servidumbres es un tema complejo en sí mismo ya que intervienen muchos elementos que se deben relacionar.

Pero la principal dificultad que hemos encontrado es la falta de bibliografía sobre esta temática. No hay ningún trabajo, hasta el momento, que lo trate *in extenso*. Por esta razón la bibliografía utilizada procede básicamente de publicaciones monográficas que versan sobre aspectos relacionados con las servidumbres prediales. Esta circunstancia ha sido a la vez una motivación más para emprender esta tarea.

La estructura que hemos seguido en el trabajo es la siguiente:

En el I capítulo se da una visión unitaria y global de la casuística encontrada en las fuentes en forma de esquemas, que después se han integrado en los capítulos correspondientes, como diría Gayo "*Quae singula qualia sint, suis locis proponemus*".

En el capítulo II hemos examinado los distintos actos jurídicos de los que puede dinamizar la responsabilidad por evicción de las servidumbres prediales. Nos hemos detenido especialmente en la *mancipatio* por el hecho de que la responsabilidad que genera la *auctoritas* se ha cuestionado por algunos romanistas. Además, en este capítulo se constata que la responsabilidad por la existencia de servidumbres no siempre deriva del hecho de la evicción.

El capítulo III y IV están destinados a la delimitación del tema: donde se da una explicación de las principales características de las servidumbres prediales. Estableciendo una comparación de éstas con el derecho de usufructo, ya que los diferentes caracteres que definen a uno y otro derecho determinarían una propia regulación de la responsabilidad por evicción. En el capítulo IV se incluye, por tanto, la exégesis de algunos casos de responsabilidad por evicción del derecho de usufructo.

En el capítulo V, VI, VII y VIII hacemos un análisis de los casos de responsabilidad por evicción de las servidumbres prediales. El capítulo V trata de la evicción en la constitución de servidumbres. Y los restantes de la evicción de servidumbres cuando concurre la transmisión de un fundo donde destacamos la necesidad de las declaraciones para que nazca tal responsabilidad.

En el capítulo IX se estudia la cuantificación de la responsabilidad por evicción de la servidumbres prediales principalmente en base a dos textos del Digesto.

En el Apéndice hacemos una pequeña referencia al *status quaestionis* del régimen jurídico moderno en España de la responsabilidad de las servidumbres prediales que, por otra parte, no hemos analizado hasta una vez terminado el trabajo, para no caer en el peligro de hacer dogmática retrospectiva.

Para obtener resultados satisfactorios en toda investigación romanística se ha de aplicar una fenomenología de los conceptos jurídicos. partiendo de la ubicación de cada concepto en su contexto histórico, se procede a comparar por épocas los problemas jurídicos de hoy y como resultado se obtiene la abstracción de los caracteres comunes. Esta comparación sólo se puede establecer entre Derechos evolucionados. El estudio de la evicción se centrará en el período clásico, no perdiendo de vista la evolución que sufre esta institución jurídica. Tendremos aquí en cuenta los diferentes actos jurídicos y la diversidad de declaraciones que se pueden emitir y su posible eficacia respecto a la responsabilidad por evicción. Por tanto, otro objetivo que también nos proponemos es sistematizar los diferentes tipos de responsabilidad en relación a las servidumbres, que no siempre están motivados por el hecho de la evicción. Como resultado de la exégesis de los fragmentos hemos sistematizado mediante esquemas una amplia tipología de los casos hallados en las fuentes. Constituyendo estos esquemas el eje central y la principal aportación de la investigación.

1.1. Los casos típicos en las fuentes

Es preciso hacer un análisis exhaustivo de los diferentes supuestos, matizándolos debidamente, para establecer las oportunas distinciones.

Básicamente debemos diferenciar dos hipótesis:

1º La transmisión de un fundo sobre la base de una compraventa con servidumbres, ya sean éstas activas o pasivas, donde tendremos que analizar la amplia casuística que ofrecen las fuentes.

2º La constitución autónoma de servidumbres sobre la base de una compraventa sin que concurra la transmisión del fundo, donde se presenta el problema de la venta de *res incorporales*.

Igualmente es necesario establecer de forma clara qué presupuestos se exigen para que se genere una responsabilidad por evicción y para ello tenemos que diferenciar a su vez la responsabilidad que nace:

a) de la *mancipatio*, donde se plantea en primer término la *auctoritas*, exigible con la *actio de auctoritate*.

b) La responsabilidad generada por una *stipulatio duplae*, que es exigible con la *actio ex stipulatu*. Se da cuando el vendedor ha prometido por estipulación al comprador pagar el doble del precio de la venta en el caso de que sea vencido en una *reivindicatio* o en una acción similar y a raíz de este vencimiento el comprador ha perdido el *habere licere* de la cosa¹.

c) La producida en virtud de la *emptio venditio* cuando el comprador ha perdido el *habere licere* de la cosa, es decir, ha perdido la posesión de la cosa comprada por haber sido vencido en un juicio. Esta responsabilidad es exigible mediante la *actio empti*. Anteriormente, cuando la *emptio venditio* no generaba de una forma natural la responsabilidad por evicción, se garantizaba el *habere licere* mediante una *stipulatio*.

La *stipulatio habere licere* originariamente era una garantía para las *res nec mancipi* transmitidas por *traditio*².

El término *evictio* proviene de *evinco*³ que significa vencer completamente, por lo que el fenómeno de la evicción se dará cuando el adquirente de la cosa sea vencido por sentencia judicial total o parcialmente es decir sufra evicción de su derecho de propiedad o de un

¹ Según Pomponio se pierde el *habere licere* en los siguientes casos: Cuando se ha interpuesto una *reivindicatio* o una acción publiciana y se ha restituido la cosa o se ha pagado la *litis aestimatio* o cuando el comprador por su propia voluntad pierde la posesión de la cosa y pierde un proceso de propiedad: Pomponius D.21,2,16,1: "Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est."

² Talamanca, M. "Istituzioni di Diritto romano", Milano 1990, pág.590: "La *stipulatio habere licere* nasce per tutelare l'acquirente di una *res nec mancipi*, garentendone l'interesse alla conservazione della cosa, indipendentemente dall'ammontare del prezzo pagato. Alle origini, come risulta da D.45,1,38 pr. di Ulpiano, il venditore rispondeva per il fatto oggettivo del mancato *habere licere* (senza tener conto se fosse dovuto ad un terzo od allo stesso alienante)."

³ Voz *evinco*, -ere besiege völlig; überwinde; erweise, Walde, A., Hofmann, J.B.; "Lateinisches Etymologisches Wörterbuch", pág. 792, Fünfte Auflage, Zweiter Band, M-Z, Heidelberg, 1982. *devinco*: "vaincre complètement; *evinco* id. (lat. imp.)", Ernoud, A., Meillet, A.; "Dictionnaire étymologique de la Langue Latine histoire des mots", pág. 1109, Paris 1939.

derecho real (por ejemplo, el usufructo y el *pignus*) que grave la cosa y a causa de esto se haya perdido el *habere licere* o se haya pagado la *litis aestimatio* por parte del comprador.

Siguiendo la teoría de Ankum, el sentido amplio del término *evincere*, se ha de diferenciar⁴ del sentido estricto el cual se da cuando se ha interpuesto contra el comprador una reivindicación (o una acción comparable como la acción Publiciana y la Serviana). Y el juez se convence de la razón que asiste al demandante y emite una decisión provisoria denominada *pronuntiatio* y como consecuencia el comprador pierde *el habere licere*.

La *pronuntiatio*⁵ del juez en Derecho clásico es suficiente para exigir la responsabilidad por evicción basada en la *auctoritas*, como ha demostrado Ankum. Por esta *pronuntiatio* el juez da al comprador la posibilidad de restituir la cosa reclamada al demandante para evitar ser condenado a pagar la *litis aestimatio*, es decir, el valor de la cosa.

La complejidad del tema estriba en que son muchos los elementos que intervienen y que están íntimamente relacionados, por lo que ha sido necesario hacer esquemas de los diferentes supuestos con sus respectivas soluciones: (Ver las siguientes figuras)

[Figura 1-1](#)

[Figura 1-2](#)

[Figura 1-3](#)

[Figura 1-4](#)

[Figura 1-5](#)

⁴ Ankum, H.; "Alcuni Problemi concernenti la responsabilità per evizione del venditore nel diritto romano classico"; Messina 1991, pág. 6: "Con l'aiuto di un testo di Alfeno (Paulus l.3 epitomarum Alfeni digestorum D.6,1,58) abbiamo potuto precisare il senso stretto di evincere. Secondo i giuristi classici si parla già dell'evicta esse della cosa, quando il giudice nella sua pronuntiatio ha dato ragione all'attore e ha accordato al convenuto l'occasione di evitare di esser condannato al pagamento della *litis aestimatio* mediante l'abbandono della cosa all'attore." Ver también del mismo autor el artículo sobre "Problemi concernenti l'evizione del compratore nel Diritto Romano Classico", Pisa 1991, págs. 601, 602.

⁵ Respecto a las servidumbres prediales ver: Ulpianus D.19,1,35, donde se hace mención de la *pronuntiatio* en relación a las servidumbres prediales.

1.2. Aplicación del Método Histórico Crítico. Toma de posición

La moderna romanística se muestra unánimemente de acuerdo en que para garantizar la objetividad y rigor científico de un trabajo se debe utilizar el método histórico crítico. Además, para evitar prejuicios dogmáticos, como se ha señalado anteriormente, no hemos analizado la regulación de la responsabilidad de las servidumbres prediales en el Derecho actual hasta finalizar la investigación.

Uno de los obstáculos que hemos tenido para conocer el régimen jurídico de la responsabilidad por evicción son las interpolaciones, que si no se tienen en cuenta, podrían llevarnos a múltiples confusiones que nos apartarían de la verdadera configuración del fenómeno de la evicción en la Roma clásica.

En efecto, los textos clásicos sufrieron alteraciones en el Derecho justiniano al desaparecer la *mancipatio* y la *in iure cessio*. Así, se cambiaron las palabras que hacían referencia a ellas, por otras que correspondían a actos jurídicos vigentes. Las más usuales respecto al tema de nuestro estudio son como veremos la supresión de la palabra *mancipatio*, introduciendo generalmente *traditio*⁶, o en vez de *auctoritate nomine*, *evictionis nomine*.

Que la crítica moderna de interpolaciones sea más conservadora⁷, no quiere decir que nosotros hayamos prescindido por completo de la existencia de interpolaciones en ciertos casos.

Centrándonos en nuestro tema: No se puede negar la existencia de la responsabilidad por *auctoritas* por el mero hecho de que en el Digesto no encontremos directamente una mención de ella. La explicación es clara: la *mancipatio* ya no era aplicable en el Derecho justiniano por lo que se alteraron los textos clásicos; esto comportó también la supresión de instituciones relacionadas con la *mancipatio*, como por ejemplo la *auctoritas*.

En las Instituciones de Gayo tampoco hallamos ninguna mención de la *auctoritas* relacionada con la evicción, pero como sustenta Ankum no es atrevido suponer que un pasaje del libro II, 26 que es totalmente ilegible tratara precisamente de esta responsabilidad⁸.

Ahora bien, en las fuentes podemos hallar referencias explícitas a la *auctoritas*⁹ y

⁶ Biondi, B.; "Las servidumbres", Madrid 1978. pág.552,553: "Los compiladores justinianos no se paran en minucias; preocupados por alcanzar una finalidad legislativa práctica, no se percatan de aquellos problemas que plantea la más elemental dogmática; han sustituido mecánicamente, como siempre, traditio a mancipatio, sin darse cuenta que lo que era posible en la primera no lo era en la segunda."

⁷ La crítica de interpolaciones ha atravesado diversas fases, la primera fase "pionera" de finales del siglo XIX, que aunque sus primeros pasos sean un tanto exagerados no por ello hemos de desdeñar sus logros, una segunda fase en la que todo se reconduce a glosemas bizantinos, y la tercera, la fase occidental en la que hemos de destacar, hablando en términos generales, la Textstufenforschung, que es un movimiento que surge extremando la cautela a la admisión abusiva y generalizada de interpolaciones. Así que, la principal virtud de esta dirección radica en seguir un método científico riguroso, estando representada fundamentalmente por Wieacker V., *Wieacker, Textstufen Klassischer Juristen*, Göttingen, Vandenhoeck-Ruprecht, 1960.

⁸ Ankum, H.; "L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur mancipio accipiens a-t-elle existé?", Perugia 1979, pág. 21: "Il faut en effet en tenir compte, qu'au 26 du livre II tout un passage du palimpseste de Vérone est presque totalement illisible. Il ne semble pas trop osé de supposer, que Gaius se soit occupé de la responsabilité du vendeur mancipio dans à cet endroit."

⁹ La teoría moderna se basa en algunos fragmentos de las Pauli Sententiae, pero no se puede decir con seguridad

alguna huella e indicios de su existencia¹⁰.

Esperamos con este estudio contribuir a clarificar y fundamentar la existencia de la responsabilidad por *auctoritas* que tantas controversias ha suscitado y suscita. Así frente a Sargenti¹¹ no renunciamos a demostrar la existencia de esta responsabilidad basándonos precisamente, entre otros argumentos, en la presumible responsabilidad por *auctoritas* respecto a las servidumbres prediales.

La resolución de la antinomia planteada por Sargenti, que creemos que no existe, la podríamos explicar con la siguiente consideración: que la evicción sea un efecto natural no impide que se puedan añadir cláusulas que amplíen los supuestos de aplicación de esta responsabilidad¹².

Se trata simplemente de la diferente aplicación de los medios jurídicos. En el caso de las servidumbres se requiere para que nazca la responsabilidad por evicción una declaración, requisito que no se precisa en el caso del derecho de propiedad o del derecho de usufructo. La diferente regulación jurídica de la responsabilidad por evicción del derecho de usufructo y de las servidumbres, responde básicamente al hecho de que el usufructo supone una carga más grave que las servidumbres.

Por esta razón, para delimitar mejor el trabajo, me he permitido hacer una comparación de las servidumbres prediales con el Derecho de usufructo y así poder explicar con más claridad la diferente regulación de la evicción en uno y otro caso, dadas las distintas características que configuran a una y otra institución.

que se refieran a la actio de auctoritate: Pauli Sententiae 2,17,1: Venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari. Pauli Sententiae 2,17,3: Res empta mancipatione et traditione perfecta si evincatur auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.

En algún texto del Digesto es casi seguro que se está tratando de la auctoritas en relación a la responsabilidad por evicción: Venuleius D.21,1,76: "Si alienam rem mihi tradideris et eandem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem, id est actionem pro evictione, placet." Pomponius D.19,1,6,5 libro nono ad Sabinum: Si tibi iter vendidero, ita demum auctorem me laudare poteris, si tuus fuerit fundus, cui acquirere servitutem volueris: iniquum est enim me teneri, si propter hoc acquirere servitutem non potueris, quia dominus vicini fundi non fueris.

¹⁰ No es casualidad que en las sentencias de Paulo se halle la rúbrica de contrahenda auctoritate, y en los siguientes textos del Digesto donde se trata de la auctoritas se utilice el mismo verbo contrahere. Pauli Sententiae 5,10: De contrahenda auctoritate. Africano D.21,2,46,1: Si per alienum fundum mihi viam constitueris evictionis nomine te obligari ait: etenim quo casu, si per proprium constituentis fundum concessa esset via, recte constitueretur, eo casu, si per alienum concederetur, evictionis obligationem contrahit. Scaevola D.21,2,69,4: Servus rationibus redditus liber esse iussus est; hunc heres tradidit, et dixit centum dare iussum; si nulla reliqua sunt, quae servus dare debeat, et per hoc adita hereditate liber factus est, obligatio evictionis contrahitur eo, quod liber homo tanquam statuliber traditur. Si centum in reliquiis habet, potest videri heres non esse mentitus, quoniam rationes reddere iussus intelligitur summam pecuniae, quae ex reliquis colligitur, iussus dare; cui consequens est, ut, si minus, quam centum in reliquis habuerit, veluti sola quinquaginta, ut, quum eam pecuniam dederit, ad libertatem pervenerit, de reliquis quinquaginta actio ex empto competat.

¹¹ Sargenti, M. "Per una revisione della nozione dell'auctoritas" pág. 35, Studi in Onore di Emilio Betti Volume IV 1962 Milano. Sargenti plantea la siguiente antinomia: "Ma allora o bisogna rinunciare a costruire l'auctoritas come effetto immediato, diretto e necessario della mancipatio, o bisogna abbandonare l'idea che dalla formula "uti optimus maximus" nascesse una responsabilità nella forma dell'auctoritas"

¹² Comp. Miquel, J. "Derecho Privado Romano", Madrid 1992, pág. 135 : "El ejemplo, que se suele poner de elemento natural es la evicción en la compraventa. Pero, a más de movernos aquí ya en el ámbito de un negocio específico, es evidente que más que de un elemento se trataría de un efecto de la compraventa. En cuanto a los elementos accidentales la paradoja es evidente: cuando se aponen a un negocio concreto se convierten automáticamente en elementos esenciales de ese negocio."

II TIPOS DE RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN

2.1. Responsabilidad por *auctoritas*

2.1.1. Significación del término *auctoritas*

Auctoritas proviene del verbo *augeo-augere* que entre otros significados tiene el de aumentar, reforzar. El término *auctoritas*, por su parte, también tiene varios sentidos diferentes: autoridad, garantía¹³.

La *auctoritas* tiene un sentido plurivalente, engloba distintos significados como señala Magdelain:

"autre chose est le complément de validité qu'un *auctor* conformément à l'étymologie du mot (*augere*) apporte à l'acte d'autrui. Le tuteur autorise l'acte de l'incapable. On parle aussi d'*auctoritas patris* à propos de l'autorisation que le *paterfamilias* donne au mariage d'une personne en puissance. L'*auctoritas* du *mancipio dans* est l'assistance qu'il apporte en justice à l'acquéreur au cours du procès en revendication qui l'oppose à un tiers. Il est moins sûr qu'il faille appeler aussi *auctoritas* dans le transfert libral l'acquiescement tacite que l'aliénateur donne à l'appréhension de la chose par l'acquéreur."¹⁴

Se ha de hacer un deslinde claro, entre las diferentes acepciones de *auctoritas* según con qué institución jurídica la relacionemos, aunque no podemos perder de vista su posible unidad de origen¹⁵.

De todos modos, trasvasar una significación que se da en un campo determinado a otro, pensamos que no está exento de peligros¹⁶.

¹³ Voz *Augeo*, -es, auxi, auctum, augere: emploi transitif et absolu. 1° faire croître, accroître; augmenter; amplifier. *Auctoritas*, atis f.: Fait d'être auctor, avec tous les sens du mot. Le sens premier est rare, mais non sans exemple, ainsi Cic., *Inu* 1,28,43, eius facti qui sint principes et inventores, qui denique auctoritatis eius (abstrait correspondant à principes) et inventionis probatores; instigation; autorité (avec tous les sens que le mot a gardés en français, abstrait et concret), garantie; avis prononcé le premier; avis prédominant; d'où *auctoritas senatus* = *senatus consultum*. Dictionnaire Étymologique de la langue latine histoire des mots", págs. 88, 89; Ernoud, A., Meillet, A., Paris, 1939.

¹⁴ Magdelain, A.: "De l'*auctoritas patrum* à l'*auctoritas senatus*", *IURA XXXIII*, Napoli 1982, págs 25-26.

¹⁵ Guarino, A.: "Novissima de patrum auctoritate", *BIDR Terza Serie- Vol XXX*, Milano 1988, pág. 118, nota 10: "Auctoritas, derivante dall'aug di augere, fu certamente, al nocciolo, un'operazione (anche non consistente in una pura manifestazione di volontà), di accrescimento, di consolidamento, di sostegno di un quid di svariatissimo tipo: dalla potestà dei capi (rafforzata dall'intercessione degli augures) alla condizione del popolo (sorretta dall'intervento dell'Augustus), dalla capacità di agire dell'impubere o della donna sui iuris (agevolate dall'intervento del tutor) alla iniziativa dell'assemblea deliberante (corroborata dall'intervento dei patres) e così via seguitando. Ma andare oltre questa identità di radice e ritenere che il concetto di auctoritas fu inizialmente unico e non fu invece sin dall'inizio adeguato di volta in volta ai caratteri specifici del quid da appoggiare e alle modalità di attuazione richieste dallo specifico intervento a sostegno da effettuare: giungere a questo estremo è molto, ma molto discutibile e ben lo ha visto il Biscardi, op.cit. 111 ss. e 219 ss., alla cui informazione bibliografica e alla cui penetrante discussione (particolarmente relativa all'improbabile accostamento, oltre i limiti di una semplice analogia, dell'*auctoritas patrum* all'*auctoritas tutorum*) qui non mi resta che rimandare."

¹⁶ Biscardi, A. "Auctoritas Patrum" *Problemi di Storia del diritto Pubblico Romano*, Napoli 1987, pág. 117: "A me sembra pertanto occorra distinguere, onde evitare equivoci e polemiche, fra l'*auctoritas* in generale e l'*auctoritas* nelle sue svariate applicazioni sul terreno del diritto. l'*auctoritas* in generale e nel suo secondo significato più stratto è un concetto psicologico, sociale, politico, ma in ogni caso metagiuridico."

A nuestros efectos, la acepción más acorde con el tema objeto de estudio, es la de asistencia que debe prestar el *mancipio dans* al *mancipio accipiens* en el supuesto de que se le reclame la cosa o un derecho sobre la cosa transmitida¹⁷.

Auctor designa a la persona que debe prestar al comprador la garantía (*auctoritas*) en caso de evicción, por tanto se puede entender como un refuerzo o aumento por parte del *mancipio dans* en defensa del *mancipio accipiens*, cuando surja un litigio sobre la cosa transmitida.

Un fragmento de la obra de Cicerón *Pro Murena* II,3 nos interesa especialmente para entender mejor la cuestión que tratamos. En este pasaje se establece una comparación entre la defensa que compete a un cónsul que nombró y precedió a otro en el mismo cargo, y la defensa del derecho del adquirente que debe prestar el que lo transmitió por *mancipatio*.

En este sentido *auctor*¹⁸ sería la persona que constituye o transmite un derecho mediante *mancipatio*. El *mancipio dans* entonces se hace garante del *periculum iudicii*.

Según la primera parte del siguiente fragmento, esta obligación de prestar el *periculum iudicii* incumbe al que se obligó por el *nexum*¹⁹:

Pro Murena II,3: "*Quod si in iis rebus repetendis, quae mancipi sunt, is periculum iudicii praestare debet, qui se nexu obligavit; profecto etiam rectius in iudicio consulis designati, is potissimum consul, qui consulem declaravit, auctor beneficii populi romani, defensorque periculi esse debebit*".

Ankum interpreta que en este texto de Cicerón no se habla de *auctor* en el sentido de aquél de quien deriva un derecho, sino de *auctor* como garante²⁰.

El *mancipio accipiens* una vez que se le ha presentado un litigio sobre el derecho transmitido por *mancipatio* tiene la obligación de llamar, de avisar (*laudare auctorem*) al *mancipio dans* para que le preste ayuda en el proceso²¹. En los siguientes textos se reflejan

¹⁷ Talamanca, M. "Istituzioni di diritto romano", Milano 1990, pág. 589: "Nell'antica vendita a contanti, la garanzia discendeva direttamente dalla *mancipatio*: era *obligatio* (ed *actio*) *auctoritatis*. Il *mancipio dans* era obbligato, anzitutto, ad assumersi- od a contribuire- alla difesa processuale dell'acquirente convenuto con la *legis actio sacramenti in rem*: nel caso che non prestasse, in tal modo, L'*auctoritas* (come assistenza in giudizio) o che il processo si fosse egualmente concluso in modo sfavorevole per il *mancipio accipiens*, era tenuto, con l'*actio auctoritatis*, al doppio del prezzo effettivamente pagato (o per cui fossero state date garanzie)."

¹⁸ Biscardi, A. "Auctoritas Patrum", Napoli 1987, pág. 229: "Rispetto alle azioni umane, gli *deiesplicant* la funzione di *auctores* ogni qual volta, con il loro favore e con la loro protezione, essi ne accrescono o ne aumentano (*augent*)-e perciò ne garantiscono- l'efficacia, indirizzandole a buon fine. Se l'atto dell'uomo è più sempre atto dell'uomo, esso riceve dall'*auctoritas* divina la sua sanzione positiva, che è *auctus* od *augmen* dell'atto stesso."

¹⁹ Caqueray de, G.F.M. "Explication des passages de Droit privé contenus dans les oeuvres de Cicéron", Paris 1969, pág. 329: "Cicéron supposait donc que l'acheteur d'une res *mancipi* avait été *evincé*; le vendeur qui *nexu* se *obligavit*, qui s'était obligé à la garantie, et notamment à payer le double du prix en cas d'eviction, devait prendre le fait et cause de l'acheteur (*periculum iudicii praestare debet*)."

²⁰ Ankum, H. "L'*actio auctoritatis* appartenant à l'acheteur *mancipio accipiens* a-t-elle existé?", Perugia 1979, pág. 14: "Le terme *auctor* peut signifier "celui à qui quelqu'un dérive son droit". Mais Cicéron dit qu'il devra être *auctor*, ce qui élimine la possibilité qu'*auctor* ait cette signification. *Auctor* doit signifier ici "celui qui est le défenseur, le garant" de Murena en ce qui concerne le *beneficium* du peuple romain."

²¹ Entre otros podemos destacar el siguiente texto donde se menciona el hecho de que si el comprador no es propietario del fundo a favor del cual quiere adquirir la servidumbre no debe ya pedir ayuda: Pomponius

estas dos obligaciones, la denuncia previa por parte del *mancipio accipiens* y la obligación de defensa por el *mancipio dans*²²:

Paulus D.5,1,49 pr. *libro tertio responsorum*:

"Venditor ab emptore denuntiatus²³, ut eum evictionis²⁴ nomine defenderet, dicit se privilegium habere sui iudicis: quaeritur an possit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitoem et emptorem coepta est, ad suum iudicem revocare. Paulus respondit venditorem emptoris iudicem sequi solere."

A. Severo C.8,45,10:

"Si fines agri venditor demonstravit, et legem dixit, intra eos neminem ingressurum, si quid inde evincatur, periculo fit²⁵ auctoris. Quodsi finibus suis, quos demonstravit, agrum vendidit, lis finalis ad venditorem non pertinet." El *mancipio dans* en virtud de la *auctoritas* es *auctor*, es decir responsable en caso de evicción. De la *auctoritas* dimana la obligación de defender²⁶ al *mancipio accipiens* en caso de que se entable un procedimiento sobre la cosa objeto de *mancipatio* (*periculum iudicii*).

Si el *mancipio dans* no ayudaba procesalmente al *mancipio accipiens* (*auctoritatem defugere*²⁷) o si el proceso concluía con el vencimiento, éste podía pedir mediante la *actio de auctoritate*²⁸ al *mancipio dans* que respondiera por el doble del precio pagado, esta sanción tiene carácter penal²⁹.

D.19,1,6,5: "Si tibi iter vendidero, ita demum AUCTOREM ME LAUDARE poteris, si tuus fuerit fundus, cui acquirere servitutem volueris: iniquum est enim me teneri, si propter hoc acquirere servitutem non potueris, quia dominus vicini fundum non fueris."

²² Lemosse M. "La mise en cause judiciaire de l'auctor", Université d'Auvergne. Annales de la Faculté de Droit et de Science Politique, Fascicule 26/1990. Études Romanistiques, pág. 427: "lorsque dans la procédure classique la question solennelle aura disparu, qu'on pourra assimiler la mise en cause de l'auctor devant le magistrat, sa convocation par denuntiatio et aussi sa désignation, hors de sa présence, par le défendeur qui invoque en sa faveur le titre de son acquisition."

²³ Ankum, H. "Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione del venditore nel diritto romano classico", Messina, 1991, pág. 11: "Il compratore fa nel primo caso la denuntiatio al venditore per dargli la possibilità di soddisfare al suo dovere di assistirlo nel processo reale"

²⁴ Lenel entiende que el tenor del literal del texto diría en vez de *evictionis*. Palingenesia rubrica "de iudiciis omnibus", col. 1226, frag. 1458.

²⁵ Magdelain, A. "De l'auctoritas patrum à l'auctoritas senatus", IURA XXXIII, 1982 Napoli, pág. 33. Sobre la expresión *auctor fio* comenta: "Au cours du procès en revendication qui oppose un tiers à l'acquéreur par mancipation, celui-ci somme in iure l'aliénateur de se déclarer auctor: quando in iure te conspicio, postulo anne fias (manuscrit far) auctor (Val.Prob.4.7.)."

²⁶ Lemosse M., "La mise en cause judiciaire de l'auctor", Études Romanistiques, Auvergne 1990, pág. 427: "L'auctor est valablement défendeur si sa déclaration auctor fio a pour effet de lui donner qualité pour défendre comme, dans d'autres cas, une telle qualité appartient à un vindex ou à un cognitor. Si l'auctor se trouvait dans la situation de défendeur de la cause d'autrui comme un cognitor, alors tout serait éclairci."

²⁷ Kunkel-Honsell, "Römisches Recht", Berlin Heidelberg 1987, pág. 312: "Entzog sich der Veräußerer seiner Gewährschaftspflicht (auctoritatem defugere), oder gelang es ihm nicht, den Besitz des Erwerbers zu verteidigen (auctoritatis nomine vinci), so stand dem Erwerber gegen ihn ein Bussanspruch auf den doppelten Betrag des Kaufpreises zu (actio auctoritatis)."

²⁸ Ankum, H. "L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur mancipio accipiens a-t-elle existé?", Perugia 1979, pág. 45: "Dans ces textes nous lisons maintes fois actio de evicione. Nous savons, que le mot evictio a très souvent été mis par les compilateurs à la place du mot auctoritas. Il nous semble pour cette raison très plausible, que le nom par lequel les juristes préclassiques et classiques ont indiqué notre action, était actio de auctoritate, action concernant le devoir de garantie pour éviction incombant au vendeur."

²⁹ En este fragmento de Neratio por ejemplo se alude a la pena del doble exigible mediante la *actio de*

La *actio de auctoritate* no esta considerada por Girard como una *actio furti* sino que la sanción penal se impone porque el *mancipio dans* no ha sostenido útilmente al adquirente contra la reivindicación de terceros³⁰.

Se ha discutido por la doctrina el fundamento jurídico de la responsabilidad por *auctoritas*, su contenido y hasta se ha puesto en duda su existencia.

No nos corresponde a nosotros entrar en este tema tan complejo que ha sido estudiado por algunos romanistas³¹.

Ankum sostiene que la *auctoritas* es un efecto esencial de la *mancipatio* y que aunque cambió de carácter, al convertirse en un acto puramente formal, este efecto se mantuvo³².

El mismo autor en base a un fragmento de Gayo I,119 distingue en la *mancipatio* dos elementos:

1) La proclamación del derecho de propiedad por el adquirente

auctoritate: Neratius D.21,2,48: "Cum fundus optimus maximusque est emptus est et alicuius servitutis evictae nomine aliquid emptor a venditore consecutus est, deinde totus fundus evincitur, ob eam evictionem id praestari debet quod ex duplo reliquum est: nam si aliud observabimus, servitutibus aliquibus et mox proprietate evicta amplius duplo emptor quam quanti emit consequeretur."

³⁰ Girard, P.F. "Mélanges de Droit Romain" II.Droit privé et procédure. I. Etudes historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain. Paris 1923, pág. 44:"L'actio auctoritatis est donc non pas une actio furti, mais une action distincte tendant à la répression d'un délit déterminé, du délit commis par le mancipant qui n'a pas utilement soutenu son acquéreur contre la revendication d'un tiers."

³¹ Brezzo, C. "La mancipatio" Roma 1972, Rei.Torino 1891, pág. 112: "Per tal modo la prestazione dell'auctoritas, intimamente si collega col trasferimento della proprietà, scopo del negozio mancipatorio, e vincolo giuridico specifico, nella forma accennata del nexum, che astringe il mancipio dans." Girard, P.F. "Mélanges de Droit Romain" II Droit Privé et Procédure. I.Etudes Historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en Droit Romain. Paris 1923, pág. 39: "La mancipatio est un acte simple qui ne peut produire qu'un effet, la translation de propriété. Mais le mancipant qui n'empêche pas son acquéreur d' être dépouillé judiciairement par un tiers commet un délit à raison duquel il encourt une peine. Et c'est parce qu'il est la peine d'un délit, poena dupli, et non pas la conséquence d'une convention." De Visscher, F. "Le rôle de l'auctoritas dans la mancipatio" RHD 1933, pág. 630-631: "L'auctoritas du mancipio dans consiste dans l'approbation ou la ratification donnée à la déclaration unilatérale d'acquisition de l'acheteur. Cette auctoritas est à la base de l'ensemble des effets de la mancipatio. C'est elle qui assure et consolide l'acquisition à la fois à l'égard du mancipant et vis à vis des tiers. C'est elle qui détermine cet engagement nexu, ce nexus ou nexum qui nous apparait si souvent chez Cicéron et que le même auteur nous représente tantôt comme le moyen par lequel "mancipia sunt dominorum facta" (Cicéron, Parad. 5,1,35), et tantôt comme obligeant le vendeur à "praestare periculum iudicii" (id., Pro Murena. 2,3)." Tomulescu, C. ST. "Nexum bei Cicero", IURA XVII 1966, pág. 113: "Im klassischen römischen Recht (Cicero, Pro Murena 2.3) wird die Haftverpflichtung als unmittelbar aus der mancipatio hervorgehend betrachtet, sie ist ihre Auswirkung. Die Erklärung dafür liegt in der Tatsache, dass anfänglich die mancipatio eine Gewalt erzeugte. Als solche existierte anfangs keine actio auctoritatis, denn die Gewalten werden nicht übertragen, sondern erzeugt. Als der Gedanke der Eigentumsübertragung in Erscheinung trat, wird auch der der Gewährung geboren, aber die alte Auffassung verschwindet nicht gänzlich. Darum betrachtete man die Schaffung der actio auctoritatis als durch Delikte begründet."

³² Ankum, H. "L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur mancipio accipiens a-t-elle existé?", Perugia 1979, pág. 8: "L'auctoritas a toujours continué à être une suite essentielle de la mancipation, aussi après que celle-ci avait changé totalement de caractère dans la seconde moitié du troisième siècle avant J.-Chr. Après que l'introduction de l'argent monnayé avait déjà causé l'idée de considérer la mancipation comme un acte purement formel, n'ayant plus de sens réel pour le paiement, après que la notion de propriété s'est formée et après que la vente s'était dégagée de la mancipation à cause de la création de la vente consensuelle, la mancipation - tout en continuant à créer l'auctoritas - est devenue un acte qui transmettait également (si l'auctor était le dominus de la chose) le dominium de la chose mancipée."

2) La *imaginaria venditio*³³

Pensamos, siguiendo la teoría de Ankum que la *auctoritas* nace exclusivamente de la *imaginaria venditio*. Por esta razón las transformaciones que afectaron a la *mancipatio* no supusieron la desaparición de esta garantía.

Con la celebración de la *mancipatio* se confería una garantía al *mancipio accipiens* que le aseguraba una protección contra la evicción. Por ello, el *mancipio dans* respondía mediante la *actio de auctoritate* si no prestaba ayuda o si no ganaba el proceso entablado contra el *mancipio accipiens*.

Por otra parte si el *mancipio accipiens* no ha cumplido con la obligación de notificar y reclama por evicción al *mancipio dans*, este último puede alegar una *exceptio doli*³⁴ con el objeto de paralizar la acción.

El precio tiene una importancia primordial cuando se ha de establecer la pena pecuniaria que deberá pagar el *mancipio dans*, pero aunque el precio sea *nummo uno* la responsabilidad por *auctoritas* no se excluye³⁵.

La prestación de ayuda por parte del *mancipio dans* se debe hacer aunque la venta se haya efectuado *nummo uno*, otra cosa diferente es que la pena a pagar sea irrisoria si tenemos en cuenta que el precio simbólico, en este caso es de un sextercio³⁶.

³³ Ankum, H. "L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur mancipio accipiens a-t-ell existé?", Perugia 1979, pág. 8: "C'était le caractère de vente imaginaire de ce second élément qui engendrait le devoir de garantie appelée auctoritas.

³⁴ Ankum, H. "Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione del venditore nel diritto romano classico", Messina 1991, pág. 11: "C'è anche una differenza concernente le conseguenze dell'omissione del compratore di fare la denuntiatio al venditore. Quando il compratore aveva mancato di fare la denuntiatio nel caso in cui era mancipio accipiens e aveva perduto il processo reale condotto da lui senza l'assistenza del venditore, i giuristi (Paul.21,2,53,1) davano al venditore l'exceptio doli contro l'actio de auctoritate.

³⁵ Amirante, L. "Il concetto unitario dell'auctoritas", Studi in Onore di Siro Solazzi, Napoli 1948, pág. 384: "L'unico elemento su cui si fonda la sua responsabilità è quello della ricezione del prezzo, ricezione contestuale all'atto stesso della mancipatio, ricezione di cui si fa specifica menzione nella formula della mancipatio.

³⁶ Ankum, H. "L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur mancipio accipiens a-t-elle existé?" pág. 8: "Ce devoir existait pour toutes les mancipations indépendamment de leur causa. Mais comme nous le verrons, ce devoir n'avait une sanction effective par l'actio de auctoritate qu'au cas où un vrai prix avait été payé, et pas quand une chose avait été mancipée nummo uno, comme au cas d'une donation."

2.1.2. *Usucapio, auctoritas y mancipatio*

La conocida prescripción VI,3 de la ley de las XII Tablas se refiere a la *auctoritas* en el sentido de que al conseguir la propiedad por medio del *usus* ya no estamos expuestos al peligro de una evicción por lo que se extinguirá esta responsabilidad:

*"Usus auctoritas fundi biennium est. - ceterarum rerum omnium - annus est usus."*³⁷

En consecuencia, ya desde la noticia más remota que tenemos de ella, la *auctoritas* va ligada estrechamente al *usus* y a la *usucapio*. La relación es clara y documentada³⁸ en cuanto al término de la *auctoritas*.

La usucapión como manifiesta Amirante es un modo de adquisición tanto para las *res Mancipi* como para las *res nec Mancipi*³⁹. En cambio hemos de señalar que la responsabilidad por *auctoritas* sólo nace de la *mancipatio*.

De Caqueray comenta sobre aquella prescripción de las XII Tablas que la persona que tenía la *auctoritas* estaba protegida del peligro de la evicción y que por medio del *usus* se conseguía la *auctoritas*, y este autor alude a la conocida prescripción de las Doce Tablas *adversus hostem aeterna auctoritas esto* donde se negaba la *auctoritas* del extranjero frente al ciudadano romano⁴⁰.

La responsabilidad por *auctoritas* se vincula a la *mancipatio*. Tal responsabilidad

³⁷ Gaius 2,43: Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit quae non a domino nobis traditae fuerint, sive Mancipi sint eae res sive nec Mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui traderet dominum esse.

Gaius 2,54: Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. Lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno; ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est; quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo teneantur, annua usucapio remansit.

³⁸ Cicerón, Topica, 4,23: "Quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est, ut, quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium: at in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annus est usus"

Cicerón, pro Caecina, 19,54: "Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium, at utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur"

³⁹ Amirante, L. "Il concetto unitario dell'auctoritas," Studi in onore di Siro Solazzi, Napoli 1948, pág. 381: "L'usucapione è un modo di acquisizione sia per le res Mancipi che per le nec Mancipi e laddove essa è messa in relazione con l'auctoritas non si può evidentemente far questione di Mancipium e di Mancipatio. Del resto i testi sono più che chiari: Tavola VI (Cic. Top. 4.23.) usus auctoritas fundi biennium est - ceterarum rerum omnium - annuus est usus. Tavola VI (Cic. De off. 1.32.37). Adversus hostem aeterna auctoritas. Lex Atinia (Gellius 17.7.1) Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto. Non vi è niente che ci indichi che i testi siano stati dettati per il caso delle res Mancipi e della Mancipatio, mentre tutto ci autorizza a pensare il contrario. Cicerone parla di ceterarum rerum omnium e Gellio dice espressamente quod subruptum erit, e non vedo come sia possibile pensare che solo le res Mancipi potessero essere subruptae e che dalle ceterae res omnes di Cicerone debbano andare escluse le res nec Mancipi"

⁴⁰ Caqueray de, G.F.M. "Explication des passages de droit privé contenus dans les oeuvres de Cicéron", Paris 1969, pags 46-47 : " C'est dans le même sens que la loi de XII Tables contenait ce texte célèbre: "Quant au mot auctoritas, il voulait dire que celui qui avait l'auctoritas était à l'abri de tout danger, de toute éviction; ainsi, ces mots usus auctoritas veulent dire que par l'usage prolongé d'une chose on arrivait à conquérir l'auctoritas sur cette chose. "Adversus hostem aeterna auctoritas esto" Contre l'ennemi, c'est à dire contre l'étranger le citoyen romain sera toujours propriétaire."

cesa, eso sí, cuando el adquirente se convierte en propietario, no porque adquiriera la *auctoritas* del transmitente -que en los casos en que no la tiene no la podría evidentemente transmitir-, sino por resultar innecesaria la responsabilidad por *auctoritas* del *mancipio dans*.

La posibilidad de adquirir la propiedad por *usucapio* esta vedada al extranjero, y también al ladrón⁴¹.

Magdelain en el mismo sentido reconoce que la usucapión transforma el derecho frágil que tiene el adquirente en perfecto, no dispensándose tal posibilidad al ladrón de una cosa⁴².

La *auctoritas* sólo dimana de la *mancipatio*, el *mancipio dans* como *auctor*, es el responsable en caso de evicción.

El efecto más importante de la *usucapio* es la adquisición de la propiedad y es esta misma adquisición del dominio la que hace innecesaria -según algunos autores- la *auctoritas*, y por ello mismo, la extingue.

Efectivamente, una vez el adquirente se ha convertido en propietario quiritalio, su situación está asegurada respecto a la evicción de la propiedad y por lo tanto no necesita ya la ayuda del *mancipio dans*. El *mancipio accipiens* se puede defender por si sólo como manifiesta Ankum⁴³ por lo que cesa la responsabilidad del *mancipio dans*.

Como en la transmisión por *mancipatio* de una *res Mancipi* por un no propietario, el adquirente es un poseedor de buena fe que mediante la *usucapio* podrá conseguir la propiedad, es claro que al cumplirse el plazo de usucapión, se produce la extinción de la responsabilidad por *auctoritas*.

La *auctoritas* como responsabilidad por evicción sólo tiene razón de ser cuando se efectúa una *mancipatio*. Ahora bien, si las partes lo desean pueden regular la responsabilidad mediante una *stipulatio* aunque hayan hecho una *mancipatio*, dadas las diferentes

⁴¹ Kunkel-Mayer Maly, "Römisches Recht" Berlin, págs. 174-175: "Von der usus-auctoritas-Regel wurden zwei wichtige Ausnahmen gemacht. Die eine betraf Ausländer (hostes), die andere gestohlene Sachen (res subreptae). Durch Cic. de off. 1,12,37 wissen wir, dass es in den Zwölftafeln hiess: adversus hostem aeterna auctoritas. Was diese Worte ursprünglich bedeutet haben, ist allerdings unklar. Häufig versteht man sie als Ausdruck jener Beschränkung des Erwerbs durch usucapio auf römische Bürger, die damit zusammenhängt, dass die usucapio zum ius propium civium Romanorum (Gai.2,65) gehört. Wenn die usus-auctoritas-Regel zunächst nur der Begrenzung der Haftung von Vormännern (auctores) gegolten hat, ist vorstellbar, dass diese Beschränkung nicht gelten sollte, wenn der Eviktionsversuch von einem Nichtbürger- etwa beim status dies cum hoste- vorgenommen wurde."

⁴² Magdelain, A. "L'acte per aes et libram et l'auctoritas", RIDA 1981, pages 152-153: "Un lien organique unit l'emptio librale à l'usucapion, elles sont complémentaires et leur succession assure le passage de l'auctoritas individuelle à l'auctoritas collective: le droit fragile de l'acquéreur avec le temps devient parfait. L'esprit de l'institution n'est pas de créer un droit ex nihilo mais de consolider grâce à l'usus par une garantie collective une situation juridique dont jusque là répondait un seul auctor. C'est seulement par voie de conséquence, puisque au bout du délai on n'exige pas dans l'ancien droit la preuve d'un juste titre, qu'un usurpateur pourra bénéficier de la présomption que crée la possession prolongée. Il en résulte une ambiguïté qui a faussé souvent les perspectives: il ne s'agit pas de favoriser les intrus mais au bout d'un certain temps de dispenser les honnêtes gens de la preuve de leur titre initial qui est présumé: leur droit relatif devient absolu."

⁴³ Ankum, H. "L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur Mancipio accipiens a-t-elle existé?", Perugia 1979 pages 7-8: "Quand l'acheteur avait eu pendant un an ou deux ans l'usus, la jouissance de la chose en question, il pouvait se défendre tout seul et il ne devait plus faire appel à son auctor."

consecuencias de una y otra, como ha demostrado Ankum⁴⁴.

Teniendo pues en cuenta que en el caso de los inmuebles el plazo de usucapión es de dos años, y el de los muebles de un año, se justifica plenamente que la responsabilidad por *auctoritas* esté vigente hasta el momento en que el *mancipio accipiens* adquiere la propiedad.

Un problema que puede surgir es cuando el comprador, por su culpa no adquiere la propiedad por usucapión en estos plazos, y se produce la evicción, dudamos si la *auctoritas* se mantendrá, en cambio si se ha hecho una *stipulatio duplae* no se puede exigir responsabilidad si por negligencia el comprador no usucapió y fue vencido⁴⁵

En relación a las servidumbres prediales antes de la aparición de la *Lex Scribonia*⁴⁶, de fecha desconocida⁴⁷, era posible la usucapión de las más antiguas, por tanto una vez que transcurría el plazo de usucapión el adquirente estaba protegido contra la evicción de las servidumbres.

Aunque a partir de la citada Ley desapareció la posibilidad de adquirir las servidumbres por el *usus*, no debemos olvidar que sí que perduró la extinción por el *non usus*⁴⁸, que sería la otra cara de la misma moneda. A partir del transcurso de los dos años el que pretendiera la titularidad de una servidumbre ya no podía reclamarla.

Concretamente en un fragmento de la obra de Cicerón *Pro Caecina* se hace mención del *periculum iudicii* en relación con las servidumbres prediales y la usucapión⁴⁹.

⁴⁴ Ankum, H. "Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico", "Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica", tomo secondo, 1991, pág. 610: "Una tale preferenza delle parti è comprensibile quando ci ricordiamo che c'era un grande numero di differenze fra le conseguenze dell'auctoritas e quelle della stipulatio de evicione"

⁴⁵ Calonge, A. "Evicción Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico", Salamanca, 1968, pág. 107: "Además del dolo del comprador, también por culpa del mismo podría liberarse el vendedor de la responsabilidad por evicción en determinados casos, así, por ejemplo, cuando el comportamiento negligente del comprador le había privado de usucapir la cosa comprada; si después ésta resulta evicta, el vendedor no queda obligado: D.21,2,56,3 (Paul.2 ad ed. aed.cur.): Si, cum possit usucapere emptor, non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur: unde si evictus est servus, non tenetur venditor".

⁴⁶ Rainer, J.M. "Lex Scribonia" "ZSS" 104/1987 Band der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Wien-Köln 1987, pág. 635: "Wer immer sich mit der Problematik der Datierung der Lex Scribonia beschäftigt, kommt nicht umhin, das Datum des Gesetzes mit einigen bei Ciceros überlieferten Hinweisen zu vergleichen. Insbesondere ein Passus aus Cicero Rede für Caecina ist stets als wichtiges Argument für oder gegen die Ersitzbarkeit der ursprünglichen ländlichen Servituten noch im Jahre 69, als Cicero diese Rede hielt, herangezogen worden: Im Rahmen einer allgemeinen Betrachtung über die Vorzüge des ius civile gelang Cicero zu erbrechtlichen Problemen, anhand derer er die Bedeutung des Rechtes an und für sich darstellen möchte: Pro Caecina 26,74."

⁴⁷ Según Kaser La Lex Scribonia es de finales de la República, "Das römische Privatrecht", erster Abschnitt, Das Altrömische, das vorklassische und Klassische Recht. München 1971. pág. 444 b) V. también nota 48.

⁴⁸ Iglesias, J. "Derecho Romano" "Instituciones de Derecho privado" pág. 353 2ª reimpresión de la séptima edición: 1984. Sobre el non usus el autor comenta: "En la época clásica la servidumbre rústica se extingue cuando el derecho que entraña no es ejercido durante dos años".

⁴⁹ Magdelain, A. "Auctoritas Rerum", RIDA IV Bruxelles, 1950, pág. 142. Magdelain expone su extrañeza de que se hable de usucapión de servidumbres: "Ne nous demandons pas si c'est à bon escient ou par erreur que Cicéron parle de l'usucapion des servitudes, interdite par la loi Scribonia, car il est difficile de savoir si cette loi est antérieure au pro Caecina. Que Cicéron ait ou non commis sur ce point une négligence, cela n'affecte pas le reste de son témoignage. Pour décrire le rôle de l'usucapion, le texte déclare qu'elle écarte les vicissitudes des procès. Elle crée une rata auctoritas".

Rainer, J.M. "Lex Scribonia" pág. 636: "Die Gegenüberstellung fundus und ländliche Servituten auf der einen Seite, usucapio und auctoritas auf der anderen, sprechen sicherlich eher für die Möglichkeit der Ersitzung dieser Servituten zur Zeit Ciceros als dagegen. Wenn freilich sehr häufig das Jahr 50 v. Chr. genannt wird, so liegt dies an einer zweifachen Überlegung: In diesem Jahr bekleidete C. Scribonius Curio das Volktribunat. Dieses

La usucapión supone el final de la preocupación y el peligro de los litigios, además esta nace de las leyes igual que en las servidumbres donde la *auctoritas* también está garantizada por la ley civil⁵⁰: un fundo puede ser heredado del padre pero lo que asegura la tranquilidad y nos protege del peligro de los litigios es la ley, las servidumbres también se pueden adquirir del padre pero la *auctoritas* sobre todas estas cosas está garantizada por el derecho civil:

Pro Caecina 26-74: "*Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac PERICULI LITIIUM, non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur.*"

En unas líneas anteriores de este pasaje Cicerón se plantea las siguientes preguntas: ¿de qué sirve tener una casa o una finca legada por el padre o adquirida legalmente de alguna otra manera, si no es seguro que puedas mantener el derecho de luces que por el derecho de propiedad son tuyas y si el derecho de las paredes medianeras no puede ser garantizado por la ley civil y pública contra la influencia de alguien? y prosigue preguntándose: ¿de qué sirve tener una finca, si el derecho de los límites, de posesiones, de aguas y de caminos que fueron establecidos, pueden ser perturbados?:

"Quid enim refert aedes aut fundum relictum a patre aut aliqua ratione habere bene partum, si incertum est quae lumina tua iure Mancipi sint, ac possisne retinere, si parietum communium iure civili ac publica lege contra alicujus gratiam teneri non potest? Quid, inquam, prodest fundum habere, si, quae diligentissime descripta a majoribus jura finium, possessionum, aquarum itinerumque sunt, haec perturbari aliqua ratione commutarique possunt?"

Cicerón expone la necesidad de garantizar la existencia y de proteger jurídicamente el derecho de los límites y de las servidumbres prediales ya que a partir de la *Lex Scribonia* se prohibía la usucapión de las servidumbres.

Mientras existió la usucapión, después de dos años el comprador ya no necesitaba la *auctoritas* del vendedor, pero cuando desaparece la posibilidad de aplicar la usucapión para adquirir las servidumbres, aumenta la necesidad de garantizar su existencia.

Un medio para asegurar esta protección sería la *auctoritas* ligada a las declaraciones efectuadas en la *mancipatio*, *lex Mancipi*⁵¹, gracias a las cuales se garantizarían tales

Datum ist freilich wegen der Lückenhaftigkeit der Überlieferung - wir kennen nicht alle Scribonii, die Volkstribunen gewesen sind - nicht als endgültig zu betrachten, doch dürfte man nicht fehlgehen, einen Zeitpunkt zwischen 69 und dem Regierungsantritt Oktavians anzunehmen."

⁵⁰ Roussier, J. "Jus auctoritatis" RH 1951 pág. 234: "Cicéron exalte dans tout le passage le rôle du droit civil. A lui nous devons plus qu'à notre père. Celui-ci peut nous laisser une terre, certes, mais le droit civil nous donne, par l'usucapio, la sécurité, la fin de tout souci, une position inexpugnable en cas de procès. Cela, ce n'est pas de notre père que nous le recevons. Notre père peut nous laisser une servitude de puisage ou de passage, mais la "puissance fondée en droit", rata (confirmée et par suite inattaquable), c'est du droit civil que nous le obtenons."

⁵¹ Biondi explica que el concepto de las servidumbres como situación jurídica permanente del fundo se debe precisamente a su imposición originaria mediante una lex. Biondi, B., "Lex e ius" pág. 176, RIDA, 3 série, Tome XII, 1965: "Non a torto si può sostenere che l'origine delle servitutes si debba ricercare nella imposizione di una lex al fondo. Ciò spiegherebbe il concetto di servitù, come situazione giuridica permanente del fondo, dal lato sia attivo che passivo".

derechos⁵².

⁵² Cicerón, *De Oratore* 1,39,179 donde se garantiza la existencia de la servidumbre de luces y vistas; en Pomponius D.8,2,23 también la de luces; en Paulus D.8,2,33 la de pared medianera; en Ulpianus D.8,2,17,3, la servidumbre de estilicidio. Respecto al derecho de los límites: Modestinus D.19,1,39; A. Severo Codex C.8,45,10.

2.1.3. Fundamento y posiciones de la doctrina en torno a la *Auctoritas* en relación con las servidumbres prediales

La mayoría de la doctrina no admite que exista una responsabilidad por *auctoritas* respecto a las servidumbres prediales. Las razones alegadas para negarla son muy variadas.

A Georgesco no le convence la base en la que se apoyan los partidarios de la existencia de la responsabilidad por *auctoritas* que es precisamente la eficacia de la regla "*cum nexum faciet...*" en relación a la *actio de modo agri* y a la *actio de auctoritatis*⁵³.

Esta posición de Georgesco, es coherente, por otra parte, con su idea de que la *actio auctoritatis* no nacía de las *leges privatae*⁵⁴.

Brezzo expresa sus dudas sobre la posible existencia de una *actio auctoritatis* en relación a las servidumbres prediales y al derecho de usufructo. Resalta sobre todo la inconsistencia de derivar una responsabilidad por *auctoritas*, de carácter quasi-penal, de meras declaraciones producidas en el curso de la *mancipatio*, que le otorgarían un claro carácter de disponibilidad por los sujetos intervinientes⁵⁵.

Calonge, por su parte, advierte y se opone a la mecánica trasposición de *auctoritas* por *evictio*. Este autor admite la responsabilidad por evicción a causa de la existencia de vicios jurídicos y en la constitución de servidumbres, pero sólo en base a la *emptio venditio* no en virtud de la *mancipatio*⁵⁶.

Entre los partidarios de la existencia de la *auctoritas*, se encuentra Arangio Ruiz, el cual acepta que pudo existir la *actio auctoritatis* en relación a las servidumbres prediales y al derecho de usufructo, llegando incluso a establecer como se cuantificaría la pena en estos casos⁵⁷.

⁵³ Georgesco, V.A. "Essai D'une théorie Générale des leges privatae", Paris 1932, pág. 153: "Il est d'usage de considérer ces deux actions, l'actio auctoritatis et l'actio de modo agri comme dérivant de la mancipation et constituant une sorte de sanction particulière des leges mancipii sur la garantie d'éviction et sur la contenance du fundus. Cette opinion est surtout celle des auteurs conservateurs qui repoussent l'interprétation libérale de la règle: "cum nexum faciet...". A en croire ces auteurs, les leges mancipii ne pourraient être valables que dans les limites de la sanction fournie par ces deux actions,..."

⁵⁴ Georgesco, V.A. "Essai d'une théorie générale des leges privatae", Paris 1932, pág. 147: "Tout d'abord l'actio auctoritatis est complètement étrangère au système des leges privatae."

⁵⁵ Brezzo, C. "La mancipatio", Roma 1972, rei. 1891, 1972 pág. 113: "Un punto dubbio è se questa compete in caso di servitù non dichiarata, e particolarmente quando ad altri appartenga un diritto di usufrutto. L'Huschke e il Bechmann credono che sì, in base alla l.4 D. de usufr., VII. 1, ove l'usufrutto è in dati riguardi considerato come pars domini, e alla l. 39, & ult. D. de evict., XXI. 2, ove è cenno al defugere (sottintendono essi, auctoritatem). Si vede come non siano argomenti decisivi. Notevole è, in contrario, che quella garanzia, anziché alla mancipatio in sè, si richiama alla declaratio (con cui potrebbe essere esclusa), il che probabilmente non s'avvera quanto all'actio auctoritatis, stricto sensu), e ad un concetto di poena. Più congruo sembra il dire che trattasi qui di lex mancipii, e dei principii che vi si collegano. Di ciò più oltre."

⁵⁶ Calonge, A. "Evicción, Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico", Salamanca 1968, pág. 78: "Un segundo tipo de causa o vicio jurídico que puede llevar a la responsabilidad por evicción consiste, a tenor de las fuentes, en la venta de un fundo con gravamen. Dentro de este caso las fuentes nos presentan, principalmente, tres supuestos: fundos gravados con hipoteca, usufructo y servidumbre".

⁵⁷ Arangio Ruiz, V. "La compravendita in diritto romano", Vol.II, 1963, pág. 320: "È da ritenere per certo, benchè manchino anche qui prove dirette e sicure, che il regime si applicasse anche all'evizione parziale, nonchè alla rivendicazione di diritti sulla cosa, come le servitù prediale e l'usufrutto. In questi casi la penalità imposta al venditore si sarà ridotta al doppio della parte del prezzo proporzionale alla quota che il compratore veniva a perdere, o della diminuzione che il prezzo del fondo avrebbe dovuto subire ove fosse stata dichiarata l'esistenza

Buena parte del objeto del presente trabajo lo constituye la reseña e identificación de los casos de evicción en relación con las servidumbres y, por tanto, la constatación de la eventual existencia de supuestos en que esta responsabilidad se exigía a través de la *actio de auctoritate*.

En primer lugar pueden reconocerse un grupo de supuestos en los que, si bien hay autores que disienten, parece de entrada más aceptable y fácil de explicar, la existencia de responsabilidad por *auctoritas*. Se trata de aquellos casos en que la responsabilidad nace de forma natural cuando la servidumbre se ha constituido mediante *mancipatio*. La similitud entre estos supuestos y el ordinario de transmisión de una cosa por *mancipatio* es evidente.

Pero los anteriores no son los casos más frecuentes que encontramos en las fuentes. Es mucho más importante el número de supuestos en que la evicción se da en relación con servidumbres ya existentes que se transmitieron mediante *mancipatio* juntamente con el fundo, ya fuera éste dominante o sirviente.

En estos supuestos, se pone de relieve en seguida la exigencia de un elemento distinto, y añadido a la *mancipatio*, para que sea exigible la responsabilidad por evicción.

Debe mediar una declaración expresa acerca de la servidumbre, para que nazca la responsabilidad. Tal declaración, como veremos, puede ser de muy distinto contenido y alcance.

La aparición de este elemento, entre otras circunstancias, provoca una mayor divergencia entre la doctrina de los autores. Desde la más rotunda oposición a aceptar que en estos casos la responsabilidad exigible tenga nada que ver con la *auctoritas*, hasta la consideración del defecto como un simple aspecto del quebrantamiento del deber de transmisión de la cosa que conlleva toda *mancipatio*.

La valoración de esta declaración es muy distinta según los autores. Una tendencia clara sería la de atribuir eficacia a las declaraciones emitidas dentro del negocio *mancipatorio*. La eficacia de tales declaraciones, en su consecuencia, se basaría en la prescripción VI,1 de las Doce Tablas:

"Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.

La fuerza de estas declaraciones que se efectúan en la *mancipatio* reside precisamente en el carácter público que tiene la *nuncupatio*⁵⁸, ya que es una declaración hecha delante de testigos⁵⁹

del rivendicato ius in re aliena."

⁵⁸ El término *nuncupatio*, se utiliza en otros ámbitos no sólo es aplicable a la *mancipatio*, dado el sentido amplio que tiene de declaración pública: Caqueray de, G.F.M. "Explication des passages de droit privé contenus dans les oeuvres de Cicerón", Paris 1969, pág. 504, De petitione consulatus. Consolatio n° 24 pontifex, inter solemnum verborum nuncupationem. Le mot nuncupare veut dire: faire une déclaration publique.

⁵⁹ La importancia de la declaraciones delante de testigos y su eficacia obligatoria también se puede constatar en el caso del *auctoratus*: Coll. 9,2,2; Ulp. 8,0ff.: "Capite octogesimo octavo in haec verba his hominibus: "Haec lege in reum testimonium dicere ne liceto, qui se ab eo parente eius libertove cuius eorum libertive libertave liberaverit, quive inpubes erit, quive iudicio publico damnatus est, qui eorum in integrum restitutus non est, quive in vinculis custodiae publica erit, quive depugnandi causa auctoratus erit, quive ad bestias depugnare se

Monier admite la eficacia y obligatoriedad de las declaraciones emitidas en la *nuncupatio*⁶⁰.

Por qué no nace esta responsabilidad cuando se ha transmitido un fundo y se produce la evicción de una servidumbre y no se ha emitido ninguna declaración? La razón es que el vendedor no tiene la obligación de transferir el fundo en mejores condiciones de las que estaba, según el siguiente texto del Digesto:

Paulus, D.50,17,175,1, *libro XI ad Plautium*:

Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit.

Si se producía la evicción de servidumbres prediales que habían sido transmitidas tácitamente con el fundo, entonces no nacía ninguna responsabilidad por evicción en virtud de la *mancipatio*, por una simple razón, porque el *auctor*, el *mancipio dans* no estaba obligado a transmitir el fundo en mejores condiciones de las que él tenía. Por lo cual para que naciera la responsabilidad por *auctoritas* respecto a las servidumbres prediales se requería siempre una declaración, por ejemplo que el fundo se transmitía *optimus maximusque*, sin una determinada servidumbre, o con una determinada servidumbre a favor.

Otro texto del Digesto en este sentido también expresa que el adquirente de una cosa, la recibe de su causante con su propia causa y sus vicios: Ulpianus D.41,2,13,1 *libro LXXII. ad Edictum*:

"Cum quis utitur adminiculo ex persona auctoris, uti debet cum sua causa, suisque vitiis; denique addimus, in accessione de vi, et clam, et precario venditoris."

El dominio se transmite *cum sua causa*, a no ser que las partes hayan dispuesto otra cosa.

Pomponius D.18,1,67 *libro XXXIX ad Quintum Mucium*:

"Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset; idque toto iure civili ita se habet, praeterquam si aliquid nominatim sit constitutum."

Por tanto si no se declara nada se debe entregar tal como está, a no ser que se diga expresamente que se quiere constituir algún derecho.

locavit locaverit, praeterquam qui iaculandi causa ad urbem missus est erit, palamve corpore quaestum faciet feceritve, quive ob testimonium dicendum pecuniam accepisse iudicatus erit". nec volens quis eorum hac lege in reum testimonium dicit."

⁶⁰ Monier, R. "Manuel Élémentaire de Droit Romain", Tome I, Paris 1947, pág. 411: "La loi des Douze Tables a rendu, en principe, efficaces et juridiquement obligatoires, les clauses accessoires (leges mancipii) dont l'aliénateur avait proclamé l'existence dans une déclaration orale (nuncupatio) faite au cours du cérémonial de la mancipation. C'est là un effet de la mancipation, qui est nié par la majorité des auteurs modernes, mais qui nous paraît résulter de la règle des Douze Tables: "cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita jus esto" (lorsqu'on fera un nexum ou un mancipium, comme on aura parlé, qu'ainsi soit le droit). Il faut d'ailleurs remarquer que ce principe paraît uniquement destiné à sanctionner les clauses précisant la situation juridique de la chose mancipée.

La regla de las XII Tablas "*cum nexum faciet mancipium, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*" es mencionada por Cicerón en su obra *De Officiis* 3,16,65. Este texto trata de la responsabilidad por vicios existentes en los predios, sin concretar a qué clase de vicios se refiere. La cuestión que nos planteamos es si se trata de las servidumbres prediales:

*"Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili ut in iis vendendis vitia diceretur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret⁶¹, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta. Quidquid enim est in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere"*⁶²

Según este pasaje de Cicerón el vendedor, en virtud de tal prescripción de las Doce Tablas, estaba obligado por lo declarado respecto a la situación jurídica de los predios. Y el Derecho civil por otro lado estableció la obligación de declarar los vicios conocidos por el vendedor, porque en caso contrario sería castigado con una pena por la reticencia.

Georgesco atribuye eficacia a la manifestación del derecho que hace el *mancipio accipiens* (*Meum esse aio*) en relación a las declaraciones que ha podido realizar previamente en la *nuncupatio* el *mancipio dans*.

Y a fin de recibir el derecho en las condiciones declaradas dispone de la *vindicatio sacramenti* que contiene la cláusula *secundum suam causam*⁶³. El demandado si niega lo declarado es culpable de *infitiatio*, y deberá pagar en concepto de pena, el doble⁶⁴.

⁶¹ Beseler, G. "De iure civili Tullio duce ad naturam revocando", pág. 328, BIRD 39, 1931. De la siguiente frase del mismo fragmento "Quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret" Beseler dice que gramaticalmente es imposible: "Die Konjunktive sind durch das einleitende cum adversativum bedingt. In mancipio nuncupatur wird eine Rechtsstaerke, geuegnet wird vom luegenden Verkaeuffer eine Rechtsschwaeche. Versteht man nun in N gegen den Sprachgebrauch die Infittiation von einem mendacium in contrahendo so hat notwendig infitatus esset zum grammatischen Objekte den Begriff ea quae nuncupata sunt und ist der Satz logisch unmoeglich."

⁶² Transcribo esta traducción porque me parece interesante a efectos de interpretar mejor el texto: "Respecto de los bienes inmuebles, el Derecho civil ordena al vendedor declarar todos los defectos que de la cosa sean conocidos. La Ley de las Doce Tablas, menos severa, no hacía responsable al vendedor más que de la verdad de lo que se le hubiere preguntado, y condenaba, al que faltaba a la verdad, al pago del duplo del daño que hubiera irrogado en caso de mala fe. Pero los jurisconsultos han ido más lejos: han señalado una pena contra la ocultación de la verdad. El propietario está obligado a indemnizar al comprador si previamente no le ha declarado el defecto que al tiempo de la venta tuviera la finca y que le fuese conocido. Traducción directa del latín, prólogo y notas por Agustín Blaquez, Barcelona 1962. Marco Tulio Cicerón "Los deberes y las paradojas de los estoicos", pág. 188.

⁶³ Gai. 4,16: "Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, que modo in ius adferri adducue possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM: SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM IN POSUI, et simul homini festucam inponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque vindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBOS HOMINEM; illi mittebant; qui prior vindica: POSTULO ANNE DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS; ille respondebat: IUS FECI SICUT VINDICTAM IN POSUI; deinde qui prior vindicaverat, dicebat: QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, QUINGUENTIS ASSIBUS SACRAMENTO TE PROVOCO; adversarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE;.."

⁶⁴ Georgesco, V.A. "Essai d'une théorie générale des "leges privatae", Paris 1932, pág. 158: "Le contenu du meum esse aio était déterminé par les leges mancipii dans les limites précédemment indiquées: ea praestari quae lingua nuncupassit. Afin d'obtenir cette prestation complète, la vindicatio sacramenti était pourvue de la clause secundum suam causam. Cependant, pour intimider le défendeur qui serait tenté de nier l'existence d'une lex, on avait institué une peine du double contre celui qui se rendait coupable d'infittatio, lors du procès. Cette actio est une action pénale."

Primeramente creemos que lo esencial es determinar a qué tipo de vicios se refiere Cicerón y para ello debemos centrarnos en la expresión *de iure praediorum*.

Con estas palabras se nos está indicando a qué vicios se refiere, no a los materiales sino a los jurídicos. En este sentido Beseler expone que *iura praediorum* no puede traducirse por normas de los predios, sino que tal expresión técnica se refiere a la situación legal del predio. Además este autor piensa que cuando se habla de condición jurídica se está refiriendo más a las servidumbres prediales que al derecho de usufructo o prenda⁶⁵.

Respecto a esto último pensamos que el concepto de condición jurídica tanto engloba a las servidumbres prediales como al derecho de usufructo. Existe otro texto de Cicerón donde se hace alusión al término *vitia* en conexión con la situación jurídica, refiriéndose también a las servidumbres, (*De officiis*, 3,16,67)⁶⁶, no obstante se ha de decir que en otras fuentes como el Digesto no encontramos el vocablo *vitia* en relación a las servidumbres prediales.

La mayoría de autores atribuyen este texto a la *actio de modo agri* y no lo relacionan con la *actio auctoritatis*: Girard vincula este pasaje de Cicerón con la *actio de modo agri* ya que dice que la pena del doble no se puede pedir por causa de la existencia de vicios, sino que se aplica en el caso de la acción mencionada⁶⁷.

Georgesco mantiene que este texto no se refiere a la *actio auctoritatis*, entre otras razones porque la *actio auctoritatis* no precisa de declaración alguna⁶⁸.

⁶⁵ Beseler Gerhard "De Iure Civili Tullio Duce ad naturam revocando, Cicero de officiis III 12.49-17.72", BIDR 39, 1931, pág. 324: "Wenn man "iure praediorum von den Rechtsnormen versteht die ueber die praedia bestimmen entsteht der Ungedanke "die Rechtsnormen bestimmen ueber die Rechtsnormen". Obendrein sind die Normen ueber die Maengelhaftung des Verkäufers keine Normen die ueber die praedia bestimmen sondern obligationenrechtliche Normen. In Wirklichkeit hat ius praediorum eindeutig den Sinn "Rechtszustand der praedia". Ciceros Eroerterung betrifft also nur Rechtsmaengel, nicht auch Sachmaengel. Seine Normenbeschreibung bleibt selbstverstaendlich richtig wenn man fuer die Grundstuecke Sklaven setzt. Er spricht nur deshalb nur von Grundstuecken, weil er nur von vitia handelt (jemandes Nichteigentum an einer Sache ist kein vitium rei) und weil der Niessbrauch an beweglichen Sachen etwas seltenes ist, ein dingliches pignus aber in der republikanischen Zeit noch nicht oder docht nur als Ausnahmeerscheinung existierte. Ius rei ="Rechtszustand einer Sache" ist ein technischer Ausdruck"

⁶⁶ Cicerón, *De officiis* III,16,67: "Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. quod si recte iudicavit, non recte frumentarius ille, non recte aedium pestilentium venditor tacuit. sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendi non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur. M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. eae serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. ius Crassus urgebat, quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari, aequitatem Antonius, quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret. quorsus haec? ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos."

⁶⁷ Girard, P.F. "Mélanges de Droit Romain" II. Droit privé et procédure, I Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain, Paris 1923, pág. 20: "par suite il écrit tout simplement que sous les XII tables on n'était obligé que dans la mesure des déclarations expresses, déclarations par rapport auxquelles le manquement était puni au double. Cette idée générale peut à la rigueur s'appliquer à notre matière; car quand il avait été dit qu'un fonds avait été acheté per aes et libram, il y avait une action au double à raison de ce fonds et non à raison de ses vices; elle s'applique surtout à une autre action voisine: l'actio de modo agri"

⁶⁸ Georgesco, V.A. "Essai d'une théorie générale des Leges Privatae", Paris 1932, pág. 156: "L'actio auctoritatis n'a pas besoin de nominatim dicere... Le passage de Cicéron pourrait se référer tout au plus à la seule actio de modo agri"

Behrends afirma que el tema sobre el que se está tratando es de la *actio de modo agri*. Su argumento se basa principalmente en unas disposiciones de las *Pauli Sententiae* donde se relaciona el hecho de mentir y de ocultar con la pena del doble y la *actio de modo agri*. Este autor añade que esta acción es la única que puede exigir el pago inmediato del doble sin que se produzca la evicción⁶⁹.

Monier comenta también que el enajenante puede hacer declaraciones tanto referidas a la situación jurídica del fundo, como a la extensión del fundo. Si las manifestaciones orales del *mancipio dans* son sobre la extensión del fundo entonces la responsabilidad podrá ser exigible mediante la *actio de modo agri*. En el otro caso si la declaración afecta al estado jurídico del fundo también se deberá responder, por ejemplo si se mancipa el fundo *optimus maximusque* entonces se debe garantizar de que está libre. En los dos casos la pena será del doble⁷⁰.

Además Monier considera que Cicerón está tratando un caso de responsabilidad por vicios jurídicos y no de evicción⁷¹.

La palabra *vitia* se refiere a las servidumbres porque la expresión *iura praediorum* hace alusión a la situación jurídica del fundo. Igualmente es posible que esté referida a la declaración falsa de la cabida del fundo.

Por otro lado pensamos que el texto trata de la responsabilidad por evicción que dimana de la *mancipatio* y también de la responsabilidad por vicios jurídicos que puede generar la *emptio venditio*.

1) De la *emptio venditio* nace, como veremos más adelante, una responsabilidad cuando no se declara la existencia de servidumbres pasivas como cuando no se

⁶⁹ Behrends, O. "La mancipatio nelle XII Tavole", IURA XXXIII, 1982, pág. 58: "La responsabilità formale di cui parla Cicerone è costituita dall'actio de modo agri. In questo punto i due brani che seguono rendono possibile una conclusione certa. PS. 1.19.2: Quaedam actiones, si a reo infitientur, duplantur...item de modo agri cum a venditore emptor deceptus est. PS. 2.17.4: Distracto fundo si quis de modo mentiat, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta convenitur. La litiscrescenza, espressa in Ps. 2.17.4 chiaramente, sia pure in modo solo implicito, perchè parla di responsabilità a seguito di litispendenza e la limitazione del regolamento in questione a la venditio praediorum, stabiliscono un collegamento particolarmente fermo fra il frammento di Cicerone e i brani postclassici; del loro contenuto essenziale non pare lecito dubitare. Accertato in tal modo che Cicerone alludeva all'actio de modo agri delle XII Tavole (XII Tavole VI.2), altre possibilità sono da escludere. Infatti la responsabilità per evizione in caso di mancanza di proprietà o di esistenza di diritti di terzi, l'unica seria possibilità che possa essere presa in considerazione, non conosceva notoriamente la litiscrescenza, ma richiedeva subito il pagamento del doppio."

⁷⁰ Monier, R. "Manuel Élémentaire de Droit Romain" Tome I, sixième édition, Paris 1947, pág. 411-412: "L'aliénateur qui niait à tort l'existence d'une clause de la mancipation, était passible de la peine du double. Les déclarations que l'on rencontre couramment, sont relatives à la contenance et aux vices juridiques des fonds de terre, parmi lesquels il faut ranger les servitudes (Cicéron, de off. III,16,66): l'aliénateur qui avait attribué une contenance inexacte au fonds de terre mancipé, était passible de l'action de modo agri (Paul, Sent. I,19,1; II,17,4); celui qui avait affirmé à tort que la situation juridique de la chose était excellente, était responsable envers l'acquéreur, si celui-ci découvrait l'existence d'un vice: en particulier, celui qui avait déclaré que l'immeuble mancipé était "uti optimus maximus", engageait sa responsabilité, s'il ne fournissait pas une maison ou un fonds de terre absolument libre de servitudes.

⁷¹ Monier Raymond, "La notion d'eviction et la notion des vices juridiques dans la mancipation", IURA 1954, pág. 169-170: "Tout démontre, en effet, dans le traité de Cicerón que la découverte d'une servitude est considérée par lui comme un cas de vice juridique et non pas d'éviction"

manifiesta la cabida de un fundo por parte del vendedor⁷².

2) En la *mancipatio* la declaración inexacta de la cabida de un fundo o de sus límites puede llegar a tener consecuencias similares a la declaración de que el fundo se adquiere *optimus maximusque*.

- Si el propietario del fundo vecino reivindica parte del terreno al comprador (*mancipio accipiens*) que ha sido mal informado por el vendedor respecto a la cabida del fundo o los límites. Se da la evicción de la parte que le falta al comprador. La acción en este caso es la *actio de auctoritate*, no la *actio de modo agri*.

- En el caso de que en la *mancipatio* se declare que el fundo está libre de servidumbres, y un tercero venza mediante una *vindicatio servitutis* al comprador. Se ha producido la evicción y el *mancipio dans* es en consecuencia responsable por *auctoritas*.

Behrends relaciona el *nexum* con el acto de medir los confines de un fundo, por tanto para él ésta regla de las XII Tablas tendría conexión con el acto de delimitación de las propiedades privadas⁷³.

En este sentido, un dato a destacar es el hecho que tanto en uno como en otro caso un tercero puede tener el derecho a entrar en el fundo comprado. Por tanto, también la fijación de los límites podía tener un punto de conexión con las servidumbres que gravaban un fundo y que comportaban, a veces, que el titular de la servidumbre pudiera entrar en el fundo sirviente. En más de un texto nos encontramos con esta coincidencia de que se trate de estos dos casos fundidos en uno⁷⁴.

Así pues, según el fragmento de Cicerón existía una responsabilidad basada en esta prescripción de las XII Tablas por la declaraciones emitidas en la *mancipatio* sobre la situación jurídica del fundo que no respondían a la realidad. Esta responsabilidad (*auctoritas*) como hemos visto es del doble, que aplicada a las servidumbres sería el doble del menor precio que el comprador habría pagado si hubiera conocido la existencia de la servidumbre.

Después el derecho civil impuso una pena por la reticencia del vendedor. El vendedor estaba obligado a declarar las servidumbres existentes que gravaban el fundo transmitido (cuando eran conocidas por éste). En este caso la responsabilidad se basa en la buena fe de la *emptio venditio*, por lo que el comprador podía interponer la *actio empti*.

Para llegar a tener un enfoque global del tema que nos ocupa es necesario relacionar el texto de Cicerón (3,16,65) que hemos analizado con otro fragmento del mismo autor:

Pro Murena II,3:

"Quod si in iis rebus repetendis, quae mancipi sunt, is periculum iudicii praestare

⁷² Gai. D.18,1,35,8 libro decimo ad edictum provinciale: Si quis in vendendo praedio confinem celaverit, quem emptor si audisset, empturus non esset, teneri venditorem.

⁷³ Behrends, O. "La *mancipatio* nelle XII Tavole", IURA XXXIII, 1982, pags 95-96: "Nexum facere è nelle XII Tavole la nuncupatio dell'acquirente che si riferisce sia a un atto di misurazione immediatamente precedente sia a confini tecnici già preesistenti. L'immagine del legare, testimoniata da questa espressione, si spiega semplicemente con l'idea di un vincolo imposto al suolo dai confini privati insieme con tutto il sistema limitativo agrimensorio del quale fanno parte. Con questo *nexum facere* si completa la piena privatizzazione del suolo romano.

⁷⁴ Modestinus D.19,1,39; Severo C.8,45,10.

debet, qui se nexu obligavit; profecto etiam rectius in iudicio consulis designati, is potissimum consul, qui consulem declaravit, auctor beneficii populi romani, defensorque periculi esse debet"

Si son reclamadas cosas que tienen la consideración de *res Mancipi*, el que se obligó con el *nexum* ha de asumir el riesgo del litigio y se compara esta situación con la del cónsul que nombró a otro y por ésto le debe defender en beneficio del pueblo romano⁷⁵:

Brezzo interpreta que este fragmento se refiere a la garantía que asume el vendedor (*auctor*) de la subsistencia y de la inviolabilidad del derecho transferido que se basa en el efecto civil del *manu capere*. El *mancipio dans* tiene la obligación de defender (*periculum iudicii*) al *mancipio accipiens* después de la denuncia que debe hacerle este último (*laudatio*)⁷⁶.

Kaser relaciona el *nexum* con la *mancipatio*⁷⁷ y Tomulescu señala que la *mancipatio* tenía dos efectos, la transmisión del derecho de propiedad y el de garantía, y entiende que la *auctoritas* está ligada al derecho de propiedad mientras que del *nexum* nace la responsabilidad que el *mancipio dans* debe al adquirente⁷⁸. La *mancipatio* tiene una virtualidad respecto a la servidumbres prediales a los efectos de la responsabilidad por *auctoritas*. El *mancipio dans* debe ayudar al *mancipio accipiens* en el caso de que se presente un litigio respecto a las servidumbres, cuando se constituye una servidumbre por *mancipatio* o cuando se transmite un fundo por *mancipatio* y se hace una declaración que atañe a las servidumbres prediales:

Si relacionamos los dos fragmentos de Cicerón que hemos visto: *De officiis*, 3,16,65 y *Pro Murena*, II,3 podemos llegar a las siguientes conclusiones

1) El *nexum* tiene una importancia básica para que nazca por parte del vendedor la obligación de ayudar al comprador en el procedimiento entablado contra éste último. El *mancipio dans* debe responder de que si surge un litigio deberá ayudar al *mancipio accipiens* en la defensa del derecho, lo que trataremos de demostrar es que este derecho puede ser una servidumbre.

2) En la *mancipatio*, se está obligado por las declaraciones que se emiten respecto a la situación jurídica del fundo.

Aún hoy se discute quién emite la declaración, si el *mancipio dans* o el *mancipio accipiens*. Entre otros autores que han negado que sea el *mancipio dans* el que emite

⁷⁵ Ankum, H. "L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur Mancipio accipiens a-t-elle existé?", 1979, Perugia, pág. 13: "Ciceron fait un rapprochement entre le vendeur qui a transmis une res Mancipi par Mancipation et soi-même qui a transféré le consulat pour l'année prochaine à Murena."

⁷⁶ Brezzo, C. "La Mancipatio", Roma 1972, pág. 56: "Coerentemente a ciò è facile spiegare la portata dell'actio auctoritatis. Il venditore è auctor in quanto dà forza col suo diritto all'effetto civile del manu capere per parte del compratore, e si fa garante della reale sussistenza, e dell'invulnerabilità del diritto trasferito. Ond'egli deve, in seguito alla laudatio per parte del compratore chiamato in ius, assumerne la difesa, e prestare il periculum iudicii."

⁷⁷ Kaser, M. "Das Römische Privatrecht", Erster Abschnitt, pág. 43.

⁷⁸ Tomulescu, C.ST. "Nexum bei Cicero", IURA XVII 1966, pág. 105: "Die eigentumsübertragende Wirkung und die Gewährschaft, die Cicero als unmittelbar aus der Mancipatio hervorgehend ansieht (Pro Murena 2.3.). Demnach verstehe ich unter auctoritas das Eigentumsrecht. Unter nexum die Gewährschaft, die der Verkäufer dem Käufer schuldet, die Gewährschaft, die für den Käufer ein Recht und für den Verkäufer eine Verpflichtung bedeutet und unter Mancipium die Mancipatio."

declaraciones podemos citar a Girard⁷⁹, a Behrends⁸⁰. Que el *mancipio dans* es el que impone la *lex es communis opinio*: D'Ors⁸¹, Michel⁸², Lemosse⁸³.

Kunkel igualmente opina que es el *mancipio dans* el que puede hacer unas manifestaciones en la *nuncupatio* que le vinculan (*leges Mancipi*)⁸⁴; el *mancipio dans* decía las condiciones del negocio antes que el *mancipio accipiens* prestara la fórmula, por lo que ambos quedaban obligados por estas manifestaciones⁸⁵.

Georgesco describe muy claramente la división entre dos categorías de declaraciones que puede contener la *nuncupatio* y que tienen diferente eficacia:

"La nuncupatio contenait deux sortes d'éléments:

a) *des dicta qui décrivaient en détail l'objet du meum esse aio, telle la latitudo servitutis ou l'accessio.*

b) *des dicta qui modifiaient sensiblement le meum esse aio, comme la fidi fiducia causa, la deductio usufructus et même l'uti optimus maximusque.*

La présence de ces dicta rendait équivoque la déclaration "absolue" du Mancipio accipiens. Force lui était donc d'y conformer sa déclaration, ce qu'il faisait par une référence aux dicta du Mancipio dans ou bien par une répétition des ces dicta: meum

⁷⁹ Girard, P.F. "Mélanges de droit Romain" II Droit privé et procédure, Paris, 1923, pág. 20: "Or, d'une part, rien n'autorise à admettre que l'aliénateur pût prendre la parole au cours de la mancipation, sauf dans le cas anormal de testament per aes et libram."

⁸⁰ Behrends es de la misma opinión pero con algún matiz importante. Behrends, O. "La mancipatio nelle XII Tavole", IURA XXXIII, 1982, pág. 59: "Peraltro lo stile oggettivo adoperato da Cicerone (quae essent lingua nuncupata) permette anche l'idea che la dichiarazione sulla misura del fondo venisse fatta da parte dell'alienante solo in un modo informale e venisse quindi trasformata nell'unica e vera nuncupatio che esisteva, quella dell'acquirente".

⁸¹ D'Ors, A. "Las declaraciones jurídicas en derecho romano" Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo XXXIV, 1964 Madrid, pág. 571-572: "La Lex presupone siempre una forma imperativa..., La Lex privada, por su parte, es también una disposición impositiva, que el propietario puede dictar para el régimen de lo que le pertenece: "Lex rei suae dicta" e interpreta Legem dicere como "poner o imponer una clausula y añade" pues esa lex es fundamentalmente una disposición adjunta a un negocio básico, normalmente escrito. Es siempre positiva, impositiva".

⁸² Michel, J.H. "L'influence de la lex venditionis sur les règles du contrat de vente", RIDA 3 Serie Tome XIII, Bruxelles 1966, pág. 329: "L'idée que c'est le vendeur qui faisait la loi du contrat, au moins dans le droit des deux derniers siècles de la République, me paraît trouver une confirmation dans le terme même de lex venditionis"

⁸³ Lemosse, M. "Le régime primitif de la lex dicta", Studi in onore di Arnaldo Biscardi I, 1982, pág. 242 y en Études romanistiques, 1990, pág. 114: "En effet, prononcée par un maître sur sa chose, une lex dicta crée sur cette chose une situation juridique particulière, lui donnant par exemple la condition d'un gage, d'un dot, d'une chose acquise avec charge, créant pour quiconque la tiendra des obligations."

⁸⁴ Jörs, Kunkel, Wenger "Römisches Recht", pág. 44, recogido en Kunkel-Mayer Maly, pág. 103: "Sodann war es üblich. dass der Veräußerer in Gegenwart der Zeugen, noch ehe der Erwerber seine Formel sprach, nähere Angaben über den Gegenstand des Geschäfts machte, insbesondere über seine Eigenschaften, Mängel und Vorzüge, über Zubehör, über die zugunsten oder zu Lasten der Sache bestehenden Dienstbarkeiten oder über die Freiheit von Dienstbarkeiten (fundus uti optimus maximusque)

⁸⁵ Jörs, Kunkel, Wenger, "Römisches Recht", pág. 44, recogido en Kunkel-Mayer Maly, pág. 103, : "Solche Angaben wurden von jeher nach dem Vorbilde des Sakralrechts und der Verkäufe des Staats in zusagender oder befehlender Form abgefasst und als leges, ihre Verlautbarung als nuncupatio bezeichnet. Eine ausdrückliche Bestimmung der Zwölftafeln (tab. VI 1: cum nexum faciet Mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto) legte diesen leges dictae bindende Wirkung bei; vollzog also der Erwerber auf ihrer Grundlage die Mancipation, so war er auch seinerseits an sie gebunden."

esse aio deducto usufructu. *Pour plus de sécurité, au cas où la receptio faisait défaut, il qualifiait son fundus de optimus maximusque.*

En résumé, la *muncupatio* se confond, a notre avis, avec l'ensemble des *leges Mancipi*.⁸⁶

Lo más verosímil es que en la *mancipatio* tengan efectividad las declaraciones que emite el *mancipio dans*. Según estas puede ampliarse la responsabilidad por *auctoritas* en el caso de que se verifique la evicción de las servidumbres.

Respecto a la declaración del *mancipio accipiens* cuando afirma su derecho en la fórmula: supongamos que el *mancipio accipiens* manifiesta que adquiere la propiedad quiritaria de un fundo *optimus maximusque*, y el *mancipio dans* no dice nada al respecto, la pregunta que nos podemos hacer es: ¿nacerá responsabilidad por *auctoritas* si resulta que aparece una servidumbre que grava el fundo? En nuestra opinión, en este caso, es posible que aunque el *mancipio dans* no efectúe ninguna declaración responde, por que el *mancipio accipiens* en la fórmula ha emitido tal declaración.

En la responsabilidad por *auctoritas* sólo se tiene en consideración lo que se ha declarado sin tener en cuenta la buena fe o mala fe del *mancipio dans*. Lo que tendremos que determinar más adelante es qué tipo de declaraciones son las que generan esta clase de responsabilidad.

⁸⁶ Georgesco, V.A. "Essai d'une théorie générale des *leges privatae*", Paris 1932. pág. 147.

2.2. Responsabilidad en virtud de la *Emptio Venditio*

Como veremos, la responsabilidad que nace a raíz de la *emptio venditio* a causa de una evicción posterior, no siempre deriva de manera directa y exclusiva del hecho del vencimiento, sino que se puede generar basandose en distintas causas. Por ello debemos diferenciar:

- 1) La responsabilidad que nace del dolo:
- 2) La responsabilidad que dimana de las declaraciones emitidas sin dolo del vendedor

2.2.1. La responsabilidad por dolo en relación con la evicción

En las Instituciones de Gayo 3,137 se recoge esta idea de la responsabilidad que deriva del carácter de contrato de buena fe que define a la compraventa romana:

"Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur."

No debemos confundir la contravención de la buena fe en la compraventa con el dolo. En la buena fe se ha de entender incluido también el elemento de la culpa, que puede conllevar responsabilidades por la existencia de servidumbres pasivas no declaradas.

La declaración de la existencia de la servidumbre pasiva libera de responder al vendedor. La declaración ambigua liberará de responsabilidades al vendedor sólo en el caso de que éste no haya procedido con dolo.

Si se demostraba el dolo del vendedor, el comprador podía pedir responsabilidades con la *actio empti*⁸⁷. Pero, el vendedor se exime de responder cuando el comprador, aun conociendo la existencia de una servidumbre pasiva interpone la *actio empti*, según la *clausula bona fides*⁸⁸, se aplica un criterio de equidad⁸⁹.

El siguiente pasaje de Cicerón nos interesa especialmente, a efectos de establecer la diferente responsabilidad en base a la *mancipatio* y en base al contrato consensual de la compraventa:

De Officiis 3,16,65:

"Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili ut in iis vendendis vitia diceretur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua noncupata, quae qui infitiatus esset, dupli subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta. Quidquid enim est in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere."

⁸⁷ Arangio Ruiz, V. "La compraventa in diritto romano" Vol.II, 1963, pág. 359:"della normale autonomia della mancipatio rispetto al contratto consensuale, non mi fa grande impressione che, quali che fossero stati i mezzi posti in origine a disposizione dell'acquirente quando trovasse la cosa difforme dal modo in cui gliela si era rappresentata, l'introduzione del contratto consensuale abbia portato più tardi a vedere nell'accettazione di quella specie di offerta al pubblico il perfezionamento di un contratto del genere, e a considerare perciò applicabile l'actio ex empto, sempre che si potesse dimostrare il dolo del venditore."

⁸⁸ En un texto de Ulpiano, que más adelante será objeto de estudio: Ulpianus D.19,1,1,1 se nos habla de la responsabilidad por parte del vendedor que no ha declarado las servidumbres que gravaban el fundo conociéndolas. Éste se libera de la obligación de declarar y también de responder si el comprador no ignoraba su existencia.

⁸⁹ Cicerón comenta en De officiis 3,16,67, (que se analiza más adelante) un caso donde se da ésta circunstancia: se discute si el vendedor que no declaró la existencia de un vicio era responsable ante el comprador; parece ser que se libera excepcionalmente de responder, aplicando un criterio de equidad dado que el comprador ya conocía la existencia del vicio. Cicerón De officiis,3,16,67: "Ius Crassus urgebat,"quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari". Aequitatem Antonius, "quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas sedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici, nec eum esse deceptum,qui id, quod emerat, quo iure esset teneret".

En la *mancipatio* tiene gran trascendencia la *nuncupatio*⁹⁰ por lo que se tenía en cuenta estrictamente lo manifestado. En el contrato de buena fe, no sólo tiene importancia lo declarado sino también lo que se oculta, por lo que se podrá exigir responsabilidades cuando el vendedor no declaraba un vicio que conocía⁹¹.

La responsabilidad del vendedor derivada de la reticencia a declarar un vicio es exigible con la *actio empti*. Mediante la *actio auctoritatis* no se puede exigir responsabilidad cuando se da este caso por lo que antes hemos comentado de que según la regla de las XII Tablas mencionada: sólo se respondía por lo manifestado en la *mancipatio*⁹².

Por su parte Monier estima que en tales casos nos encontramos ante una responsabilidad por vicios jurídicos y no por evicción⁹³.

Entendemos por ello que en estos casos, el silencio consciente del vendedor en la *emptio venditio* da lugar a una responsabilidad por dolo y no a responsabilidad por evicción propiamente dicha.

Coing afirma que la responsabilidad por vicios -tanto los materiales como los jurídicos- no declarados con mala intención no es el resultado de la *clausula ex fide bona*⁹⁴.

Por otra parte, no se debe confundir la responsabilidad exigible mediante la *actio empti* con las acciones edilicias por vicios materiales. Honoré establece tres aspectos bien diferenciados⁹⁵.

⁹⁰ Caqueray de, G.F.M. "Explication des passages de droit privé contenus dans les oeuvres de Cicéron", 1969, págs. 489-490 "Mais les Jurisconsultes ont puni même la réticence, et ils ont décidé que tout vice qui se trouverait dans un héritage et qui serait connu du vendeur devrait être révélé, sous peine pour celui-ci d'être tenu à la garantie. La vente, au temps de la loi des XII Tables, était de Droit strict comme tous les contrats; elle était soumise au principe "cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita jus esto." Plus tard, la vente devient un contrat de bonne foi, et les jurisconsultes exigèrent du vendeur la déclaration expresse des vices qu'il connaissait; c'est pourquoi il fut désormais garant non plus seulement de ce qu'il avait déclaré, mais encore des vices connus par lui, qu'il n'avait pas révélé"

⁹¹ Pezzana, A. "Sull'actio empti in alcuni testi di Cicerone", BIDR I 1959, pág. 187, Pezzana por su parte resume el mismo fragmento del siguiente modo: "a) che fin dall'epoca delle XII tavole era ritenuto che il venditore dovesse rispondere delle sue dichiarazioni sulle qualità dei fondi; b) che in epoca successiva, ad opera della giurisprudenza, si ammise che il venditore fosse in ogni caso responsabile quando, essendo a conoscenza dei vizi della cosa, li avesse taciuti."

⁹² Beseler, G. "De iure civili Tullio duce ad naturam revocando" Cicero de officiis III 12.49-17.72, BIDR 39, 1931. pág. 329: "Die iuris consulti haben nicht die (von uns so genannte) actio auctoritatis auf den Fall der blossen wissenlichen Verschweigung eines Rechtsmagels ausgedehnt, sondern, das folgt aus 0,(0 66. Ut, cum in arce augurium...,) das ex fide bona der formula ex empto actionis so ausgelegt dass die actio empti auch in jenem Falle wirksam ist."

⁹³ Monier, R. "La notion d'éviction et la notion de vices juridiques dans la mancipation", IURA. 1954, pág. 170: "Tout démontre, en effet, dans le traité de Cicéron que la découverte d'une servitude est considérée par lui comme un cas de vice juridique et non pas d'éviction".

⁹⁴ Coing, H. "Die clausula doli im Klassischen Recht", Festschrift Friz Schulz Band I, pág. 117: "Die Haftung für arglistig verschwiegene Mängel im römischen Kaufrecht beruht ursprünglich auf dieser speziellen Verpflichtung des Verkäufers. Sie ist nicht allgemein ex fide bona gefolgert. Diese Haftung bezieht sich daher auch gleichmässig auf Sach und Rechtsmängel. Haymann hat freilich auf Grund von Ciceros Darstellung (De officiis III 16/17) angenommen, es habe zu dessen Zeit nur eine Haftung für Rechtsmängel, nicht eine solche für Sachmängel gegeben, die erst von den Klassikern entwickelt sei."

⁹⁵ Honoré, A.M. "The history of the aedilician actions from Roman to Roman-Dutch Law" Studies in the Roman Law of Sale dedicated to the memory of Francis de Zulueta, Oxford 1959, pág. 134: "I take four suggested criteria and ask whether they served to distinguish the aedilician actions at the end of classical law and, if so,

De los casos referidos a servidumbres que hemos encontrado en las fuentes, y que más adelante vamos a analizar con detalle, podemos destacar los siguientes supuestos que, *a priori*, pueden encajarse dentro de la responsabilidad por *dolo*:

- cuando el vendedor no declara una servidumbre pasiva, conociendo su existencia, por ejemplo: Ulp. D.19,1,1,1.⁹⁶
- si el vendedor no declara la existencia de una servidumbre activa y se pierde por el no uso: Pomp. D.18,1,66,1
- cuando el vendedor dice que entrega el fundo libre o con servidumbres a favor conociendo la verdadera situación del fundo⁹⁷. Un ejemplo de declaración de libertad: Ulp. D.19,1,1,1.
- declaraciones ambiguas por parte del vendedor conociendo la situación real del fundo: Modes. D.19,1,39.
- transmisión de un fundo cuando se declara que una concreta servidumbre no existe: Ulp. D.19,1,35.

Existen otros pasajes que basan la responsabilidad también en el *dolo*, y que son similares a los vistos en relación a las servidumbres prediales⁹⁸.

whether they help to trace them up to the present day. These are (i) the *actio empti* depends in most cases on *dolus* while the *aedilitian* actions do not (ii) the *actio empti* gives a remedy for breach of express statements while the *aedilitian* actions give remedies for implied warranties or assertions (iii) the *actio empti* is compensatory while the *aedilitian* actions are restitutionary (iv) rescission for latent defects is characteristic only of the *actio redhibitoria*. The treatment will inevitably be impressionistic."

⁹⁶ Kaser, M. "Das Römische Privatrecht", zweiter Abschnitt, München 1975, pág. 391: "Kaser sobre el texto de Ulpiano D.19,1,1,1 opina: "Der Verkäufer hat die Sache zu übergeben; er haftet aber daraus, dass er dem Käufer kein unangreifbares Eigentum verschafft hat, im allgemeinen nur bei Eviktion, also erst dann, wenn die Sache dem Käufer ganz oder teilweise aus besserem Recht entzogen worden ist."

⁹⁷ Pomponius D.19.1.6.8 Libro IX ad Sabinum: "Si *dolo malo* aliquid fecit venditor in re vendita, ex empto eo nomine *actio emptori* competit: nam et *dolum malum* eo iudicio aestimari oportet, ut id, quod praestaturum se esse pollicitus sit venditor emptori, praestari oporteat."

⁹⁸ Paulus D.19,1,21,1 libro trigésimo tertio ad edictum: "Si praedii venditor non dicat de tributo sciens, tenetur ex empto: quod si ignorans non praedixerit, quod forte hereditarium praedium erat, non tenetur." Papinianus D.19,1,41 libro tertio responsorum: "In venditione super annua pensatione pro aquae ductu infra domum Romae constitutum nihil commemoratum est. deceptus ob eam rem ex empto actionem habebit: itaque, si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio improvisi oneris habetur."

2.2.2. La responsabilidad derivada de la evicción

Si la responsabilidad nace de las declaraciones emitidas sin dolo del vendedor parece estarse, a diferencia de los del apartado anterior, ante una responsabilidad nacida directamente del hecho del vencimiento, sin consideración al comportamiento o conocimiento previo que de su existencia tuviera el vendedor:

- transmisión del fundo con la declaración de que tiene servidumbres a favor: Pomp. D.18,1,66 pr.
- transmisión de un fundo con la cláusula *optimus maximusque*: Pau. D.50,16,169

La doctrina propone diversas fundamentaciones a tal responsabilidad.

A) La declaración como fundamento de la responsabilidad.

Rabel basa la exigencia de responsabilidad en el compromiso adquirido mediante determinadas declaraciones que, según esta tesis, serían necesarias e imprescindibles para el nacimiento de tal responsabilidad. Estas declaraciones son pactos añadidos a la *emptio venditio: pactum adiectum in continenti*. Comenta que si se producía la declaración expresa entonces el cumplimiento era realmente parte esencial (integrante del *praestare rem*). Así la designación del fundo como *optimus maximus* contiene la promesa *ut liberum praestet*⁹⁹.

Tal teoría encuentra apoyo, entre otros casos, cuando se promete la entrega de un fundo libre de servidumbres y se grava en el mismo acto de la transmisión; entonces, el vendedor deberá liberar el fundo de la servidumbre. El comprador dispone para obligarle de la *actio empti*:

Paulus D.19,1,8,1 *libro quinto ad Sabinum*:

*Quod si servum praedium in traditione fecero, quod liberum tibi tradere debui, tu ex empto habebis actionem remittendae eius servitutis gratia, quam pati non debeas.*¹⁰⁰

B) Insuficiencia de las teorías basadas en la noción de *habere licere* para explicar la evicción de las servidumbres.

Kunkel piensa que la esencia de la responsabilidad por evicción no se basa en la no transmisión de la propiedad de la cosa ni en el hecho de estar limitada por un derecho ajeno, sino en la existencia de vicios jurídicos cuando éstos suponen la falta del *habere uti frui licere* de la cosa¹⁰¹.

⁹⁹ Rabel, "Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte 1, Leipzig 1912, pág. 92: "Erfolgte die Zusage, so war die Erfüllung allerdings wirklicher Bestandteil des "praestare rem". So enthält die Bezeichnung des fundus als "optimus maximus das Versprechen "ut liberum praestet".

¹⁰⁰ Este texto más adelante será objeto de comentario.

¹⁰¹ Kunkel, Honsell "Römisches Recht", pág. 311: "Die römische Rechtsmängelhaftung war also keine Haftung für ausgebliebene Übereignung, sondern Haftung für Eviktion (Entwehrung), d.h., für den Verlust von Besitz und Nutzung; anders ausgedrückt: der Verkäufer stand lediglich für das habere uti frui licere ein. Geschichtlich betrachtet hat sich die Eviktionshaftung erst nach und nach von verschiedenen Ausgangspunkten her über das ganze römische Kaufrecht erstreckt. Dabei kam es zu der für das römische Recht typischen Überschichtung und Häufung verschiedener, in ihrer Funktion aber ähnlicher Rechtsinstitute".

La existencia de servidumbres prediales pasivas no substraen al comprador de un fundo el *habere licere*, a diferencia de un derecho de prenda o de un usufructo que gravan la cosa transmitida.

Otro caso diferente es cuando una servidumbre urbana es objeto de una venta, se puede plantear la duda si la venta conlleva la obligación de prestar el *habere licere* de la servidumbre. Parece que la obligación del vendedor afecta al hecho de que posteriormente debe constituir la servidumbre por la forma adecuada.¹⁰²

¹⁰² Labeo D.18,1,80,1:"Huius rei emptionem posse fieri dixi: quae ex meis aedibus in tuas aedes proiecta sunt, ut ea mihi ita habere liceat, deque ea re ex empto agi."Este texto será comentado más adelante.

2.3. Responsabilidad en virtud de estipulación

A diferencia de la propiedad, de un usufructo, o de un derecho de prenda, en el caso de las servidumbres prediales no es posible que nazca una responsabilidad por evicción en base a una *stipulatio* porque una servidumbre no subtrae al comprador de la pacífica posesión de la cosa. Así lo expresa de Medio:

"Per ora basti osservare che la rivendicazione di una servitù pei giuristi classici non era tal causa per cui si considerasse commisa la *stipulatio habere licere*, e per conseguenza nemmeno quella *duplae*. Per essi la servitus è una *qualitas dominii* la quale non impedisce nè lo *habere possidere*, nè *l'uti frui* e non implica diminuzione quantitativa della cosa trasmessa (v. Ferrini Pand. pag. 690)."¹⁰³

El contenido del siguiente texto de Ulpiano podría conducirnos a equívocos si lo interpretáramos como extensivo a las servidumbres prediales:

Ulpianus D.45,1,38,2,3 libro XLIX. ad Sabinum: At si quis velit factum alienum promittere poenam, vel quanti ea res sit, potest promittere. Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius, heredumve successores.

Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda¹⁰⁴ controversiam fecerit, vel de usufructu, vel de usu, vel de quo alio iure eius, quod distractum est, palam est, committi stipulationem; habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex iure, quod habui.

Este texto se refiere a dos tipos de estipulaciones tanto a la *stipulatio duplae* como a la *stipulatio habere licere*. Ulpiano en la última parte del texto vuelve a referirse al principio donde trata de la *stipulatio habere licere* ya que sólo garantiza la evicción por el vendedor y sus herederos. Se promete pagar una cantidad si alguien impide el *habere licere* de la cosa. No se puede prometer que ninguna persona te impedirá el *habere licere*¹⁰⁵, pero si que es posible prometer que si alguien impide el *habere licere* el vendedor pagará una determinada cantidad.

La *stipulatio habere licere* tiene un contenido más restringido ya que sólo puede responder por hechos del propio vendedor y sus sucesores.

¹⁰³ Medio de, A. "La responsabilità del venditore per l'esistenza di servitù sul fondo alienato nel diritto romano classico" BIDR 16 1904, pág. 157.

¹⁰⁴ Ankum, H. "Papiniano, ¿un jurista oscuro?," Seminarios complutenses de Derecho romano, Madrid 1990, pág. 61. La nuda possessio se refiere a la posesión del acreedor pignoraticio como podemos comprobar en el texto de Papinianus D.21,2,66 pr.libro XXVIII Quaestionum: "Si, cum venditor admonisset emptorem, ut Publiciana potius, vel ea actione, quae de fundo vectigali proposita est, experiretur, emptor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus, nec committitur stipulatio. Non idem in Serviana quoque actione probari potest; haec enim etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat, et soluta pecunia venditori dissolvitur; unde fit, ut emptori suo nomine non competat.

¹⁰⁵ Levy, J.Ph. "Les stipulations de garantie contre l'éviction" RH 32, 1954, Paris, pág. 345: "Quand, nous dit-il, le vendeur promet simplement habere licere, cela ne peut signifier qu'il s'engage à ce que personne ne troublera l'acheteur, pas même un tiers. En effet, nemo alienum factum promittendo obligatur. Et même 1) eût-il expressément promis l'abstention des tiers, cette promesse est sans valeur, inutiliter."

Mediante la *stipulatio duplae* se garantiza que se pagará una cantidad de dinero en caso de que un tercero entable con éxito una *reivindicatio* o una acción comparable y como consecuencia el comprador pierde el *habere licere*.

Esta segunda condición la pérdida del *habere licere* provocada por la evicción es común a los dos tipos de estipulaciones.

Podríamos pensar que el texto también trata de las servidumbres prediales por la frase *vel de quo alio iure*, pero como advierte De Medio es un añadido y no se refiere a las servidumbres¹⁰⁶.

Cuando el comprador es vencido con una *vindicatio servitutis* no se incurre en la *stipulatio habere licere* o en la *stipulatio duplae*. Esto no quiere decir que no admitamos la posibilidad de realizar estipulaciones en relación a las servidumbres prediales.

Si una persona se obliga mediante una estipulación a entregar un fundo *optimus maximusque*, la obligación asumida sólo atañe al hecho de la entrega, y no generará por sí misma responsabilidad por la falta del *habere licere*. Un ejemplo que muestra que se puede insertar esta cláusula en una estipulación lo encontramos en un texto de Paulo D.50,16,169¹⁰⁷. Este tipo de declaraciones como la cláusula *optimus maximusque* se pueden añadir a una gran variedad de actos jurídicos que tienen una efectividad diversa según el caso.

En los fundos provinciales, como no era posible efectuar la *mancipatio* y la *in iure cessio*¹⁰⁸ para constituir servidumbres se hacían pactos y estipulaciones entonces el vendedor prometía una pena mediante estipulación garantizando que no se impediría el ejercicio de una servidumbre a favor del comprador y de sus herederos¹⁰⁹.

Paulus D.8,3,36: Cum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae

¹⁰⁶ Medio de, A. "La responsabilità del venditore per l'esistenza di servitù sul fondo alienato nel diritto romano classico" BIDR 16, 1904, pág. 152: "Non è forse arbitraria l'esclusione delle servitù, dei iura praediorum, dalla espressione vel de quo alio iure? Anche la glossa crede che alle servitù non si debba pensare, però con una lezione diversa: vel de aliquo alio iure. Ora, sebbene la correzione del testo, quale ce lo dà il manoscritto fiorentino, non sia meno arbitraria, pure l'emendamento dimostra come forti ragioni stiano in favore della generale portata della frase. Difatti volendo mettere il fr. 38,3 in armonia cogli altri testi che negavano la responsabilità per evizione in caso di esistenza di servitù, non restava che leggere vel de aliquo alio iure invece di vel de quo alio iure. In tal guisa dalla generalizzazione si poteva lasciar fuori qualcosa, si poteva cioè riferirla al pegno, alla superficie, all'enfiteusi, ma non anche alle servitù."

¹⁰⁷ Paulus D.50,16,169: "Non tantum in traditionibus, sed in emptionibus et stipulationibus et testamentis adiectio haec uti optimus maximusque est hoc significat, ut liberum praestetur praedium, non ut etiam servitutes ei debeantur."

¹⁰⁸ Gaius II,31:"Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum 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 iure cessionem recipiunt".

¹⁰⁹ Knütel, R. "Stipulatio Poenae", Forschungen zum Römischen Recht, Köln Wien 1976, pág. 40:"Bei Provinzialgrundstücken erfolgte die Bestellung durch pactiones et stipulationes, wobei das Recht bereits durch die formlose Abrede (pactio) begründet wurde. Mit der stipulatio (neque per te neque per heredem tuum fieri quo minus mihi ire agere liceat) verpflichtete sich der Besteller, die Ausübung des Servitut zu dulden. Diese Stipulation, die auch im Hinblick auf Servituten an italischen Grundstücken abgeschlossen wurde, enthielt vielfach, vielleicht sogar in der Mehrzahl der Fälle, eine Strafklausel (si adversus ea factum sit, centum dari?)".

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 *stipulatio duplae* y la *stipulatio habere licere* son estipulaciones que sirven para garantizar la pacífica posesión de la cosa, el *habere licere* y no tienen aplicación en el campo de las servidumbres.

En las fuentes existe algún texto de evicción de servidumbres prediales donde encontramos la mención de estipulaciones, pero como veremos más adelante en un estudio más detallado, estas referencias son interpolaciones.

Como la *mancipatio* no existía en tiempos de Justiniano, se sustituyó todo lo relacionado con ella. Si tenemos en cuenta que son textos en los que se trata de la responsabilidad por *auctoritas*, es fácil explicar la aparente convivencia de ambas instituciones. Como por ejemplo se puede comprobar en un texto de Ulpiano, D.19,1,35, donde se ha sustituido *auctoritas non praestatur* por *stipulatio de evictione non committatur*¹¹⁰.

¹¹⁰ Ulpianus D.19,1,35 libro septuagesimo ad edictum: "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 actionem pronuntiatum, tamen dicendum est ex empto actionem competere".

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

3.1. Servidumbres como *res incorporales*

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

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

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

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

En la constitución de servidumbres es necesario diferenciar:

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

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

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

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

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

Otro problema que se plantea es la imposibilidad de realizar la *traditio* de las *res incorporales*. El siguiente texto de Javoleno refleja la disparidad de criterios sobre la posibilidad o no de entregar la posesión de las servidumbres:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Item fere omnia quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum: nam eas Mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium".

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

¹¹⁵ Gaius II,31.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"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

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

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

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

eum pertineat an ut per eum locum accedere possit. respondit, si ita recepisset: circa eam aquam late pedes decem, iter dumtaxat videri venditoris esse".

Monier comenta respecto a este texto de Paulo:

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

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

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

Biondi opina sobre el pasaje de Ulpiano:

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

Un hecho destacable, en este sentido, es que originariamente la lanza simbolizaba la propiedad y también a las servidumbres prediales, concretamente a la servidumbre de vía¹²¹:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴³ Villey, M. "Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique", RIDA Melanges Fernand De Visscher II, 1949, pág. 432: "Il est tiré, selon Lenel et Stella Maranca, d'un chapitre portant sur la vindicatio servitutis; peut-être Celse a-t-il eu pour but, dans cette formule ramassée, de rapprocher les jura du praedium, tous deux constituant des res, tous deux objets d'une possible vindicatio."

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

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

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

D'Ors respecto *ius* y *causa* nos indica que no son términos equivalentes sino que se tiene que matizar su diferente significación. *Causa* tiene un ámbito de aplicación más amplio y se traduce como situación jurídica, mientras que el sentido de *ius* correspondería al de posición jurídica¹⁵².

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵² D'Ors, A. "Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de "*ius*", Studi in memoria di Emilio Albertario,

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

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

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

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

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

IV
LA RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN
EN RELACIÓN CON EL DERECHO
DE USUFRUCTO

Figura 4-1

Las diferencias entre las servidumbres prediales y el derecho de usufructo que hemos expuesto anteriormente condicionan el diverso tratamiento de la responsabilidad por evicción: básicamente podemos decir que la diferencia más determinante es que el usufructo supone una grave merma del derecho de propiedad y las servidumbres prediales en cambio son derechos accesorios a los fundos. Como consecuencia la responsabilidad por la existencia de un usufructo nace sin que haga falta ninguna declaración de garantía por parte del vendedor, a diferencia de las servidumbres, en las que para que se genere la responsabilidad por evicción se exige una declaración.

A continuación exponemos seis casos de evicción del derecho de usufructo contemplados en el Digesto:

Caso primero

Celsus D.21,2,62,2 *Libro vicesimo septimo digestorum*:

*Si fundum, in quo usus fructus Titii erat, qui ei relictus est quoad vivet, detracto usu fructu ignorantem mihi vendideris et Titius capite deminutus fuerit et aget Titius ius sibi esse utendi fruendi, competit mihi adversus te ex stipulatione de evictione actio: quippe si verum erat, quod mihi dixisses in venditione, recte negarem Titio ius esse utendi fruendi*¹⁵³.

El caso planteado es el siguiente:

- Tú, propietario de un fundo, me lo vendes (*mancipatio*) con reserva de usufructo a favor de Ticio.
- No declaras que el derecho de usufructo está constituido de por vida.
- Ticio sufre *capitis deminutio* - Ticio vindica el derecho de usufructo
- La cuestión que planteo es: yo, comprador del fundo, puedo reclamar por evicción?
- La respuesta es que tú comprador tienes derecho a reclamar por evicción, porque si el vendedor te hubiera informado totalmente, podría negar favorablemente el derecho de usufructo de Ticio.

El texto pertenece a la rúbrica *de auctoritate* según Lenel¹⁵⁴.

La responsabilidad es por *auctoritas* porque Celso es anterior a Juliano y Pomponio¹⁵⁵, y la responsabilidad por evicción todavía no se generaba en virtud de la *emptio venditio* de forma natural¹⁵⁶. También podría ser que naciera una responsabilidad en base al dolo, si el vendedor conscientemente ocultara que el derecho de usufructo estaba constituido de por vida.

Nosotros nos inclinamos por la tesis que este caso se refiere a la responsabilidad por *auctoritas*. Ya que estamos ante una venta por *mancipatio* con deducción del derecho de usufructo a favor de Ticio. El comprador, lo que ignora es que el derecho de usufructo se ha constituido de por vida, por lo que la *capitis deminutio* no supondrá la extinción del derecho.

El usufructo no se consolida con la propiedad como cree el comprador en el momento

¹⁵³ Index Interpolationum "stipulatione de evictione" que observa Lenel, Seckel y Girard. La parte final del fragmento desde "quippe... fin", parece añadida, según Beseler y Kalinka. Nosotros consideramos como interpoladas las siguientes palabras: [mihi vendideris], [ex stipulatione de evictione].

¹⁵⁴ Lenel, Palingenesia I, col. 163, frag. 234, De auctoritate: "stipulatione de evictione, potest, ut Celsus ita scripserit: suspicor tamen pro "stip. de evic." legendum esse auctoritate.

¹⁵⁵ Ankum mantiene la tesis de que es a partir de Pomponio y no de Juliano cuando la responsabilidad por evicción es exigible, de forma natural, con la actio empti; la razón por la cual también se recoge en la obra de Juliano es que sus Digesta son posteriores RIDA 3 serie, Tome XXXIX, 1992 Bruxelles, pág. 73: "De esta manera hemos podido constatar que Pomponio escribió los dos textos citados de sus libri ad Sabinum y de sus libri ad Q. Mucium antes de que Juliano escribiera sus Digesta".

¹⁵⁶ En tiempos de Javoleno ya se reconoce la responsabilidad por evicción como efecto natural de la compraventa, pero todavía no genera una responsabilidad por el id quod interest sino sólo por el precio: Iavolenus D.21,2,60 libro secundo ex Plautio: "Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex empto actionis hoc quod interest".

de la *capitis deminutio*. Ticio reclamará con la *vindicatio usufructus* y el comprador no podrá oponerse eficazmente a la *intentio* sostenida por éste¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Bohacek, M. "L'actio negativa nell'ambiente dell'usufrutto, BIRD 1936-7, pág. 20: "Un negare Titio ius esse utendi fruendi viene menzionato ancora in un frammento di Celso (27 digest. D.21,2,62,2) dove però significa affermazione opposta alla intentio sostenuta da Tizio "ius sibi esse utendi fruendi": per altro tutta la frase finale del testo in cui si trovano le parole citate (quippe si verum erat, quod mihi dixisses in venditione, recte negarem Titio ius esse utendi fruendi) è sicuramente d'origine non classica".

Caso segundo

Respecto al usufructo puede que nazca también la responsabilidad por evicción si se manifiesta un titular del derecho diferente del verdadero. Tal supuesto es equivalente a una declaración falsa (no es de Seyo el usufructo). Así se expresa en el siguiente texto de Juliano:

Julianus D.21,2,39,5 *Libro quinquagesimo septimo digestorum*.

*Qui servum venditum tradit et dicit usum fructum in eo Seii esse, cum ad Sempronium pertineat, Sempronio usum fructum petente perinde tenetur, ac si in tradendo dixisset usus fructus nomine adversus Seium non teneri. et si re vera Seii usus fructus fuerit, legatus autem ita, ut, cum ad Seium pertinere desisset, Sempronii esset, Sempronio usum fructum petente tenebitur, Seio agente recte defugiet.*¹⁵⁸

Este texto está incluido en el libro 57 de la rúbrica *de auctoritate*¹⁵⁹.

Los dos supuestos planteados son los siguientes: Primer supuesto:

- Tú, propietario de un esclavo, lo tienes gravado con un derecho de usufructo a favor de Sempronio

- Me lo vendes y haces *mancipatio*, manifestándome que el usufructo es de Seyo

- Sempronio reclama el derecho de usufructo después de la muerte de Seyo

- La pregunta que se hace es: ¿responde el *mancipio dans* por *auctoritas*?

- El vendedor es responsable por *auctoritas* como si hubiera declarado que Seyo no tenía el usufructo

Segundo supuesto:

- Tú, propietario de un esclavo, lo tienes gravado con un usufructo por un legado a favor de Seyo, pasando la titularidad a Sempronio cuando se extinga el derecho de Seyo.

- Me haces *mancipatio* del esclavo declarando la existencia del usufructo de Seyo

- Sempronio reclama el derecho de usufructo

- ¿Responderá por *auctoritas* el vendedor?

- Sí, deberá responder

- ¿Y si reclama Seyo?

- ¿Responderá por *auctoritas* el *mancipio dans*?

- El *mancipio dans* puede negarse a prestar la ayuda procesal al comprador.

La expresión *agente recte defugiet* hace referencia al hecho que el *mancipio dans* rehuse a ayudar al *mancipio accipiens* en el proceso seguido contra este último. Es una expresión típica de la responsabilidad por *auctoritas*¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Index Interpolationum "tradit" por Lenel, Seckel y Girard; "tradendo" por por los mismos.

¹⁵⁹ Según Lenel, Palingenesia I, col. 463, frag. 735.

¹⁶⁰ Index Interpolationum: recte Lenel, Guarneri Citati y Girard.

Caso tercero

Hasta ahora en los casos que hemos analizado hemos visto que concurría siempre una declaración del *mancipio dans* que comportaba la responsabilidad, ya porque esta declaración era incompleta, ya porque esta no respondía a la realidad.

Una muestra de responsabilidad por evicción por la existencia de un usufructo no declarado la encontramos en un texto de Africano:

Africanus D.21,2,46 pr. *Libro sexto quaestionum*

Fundum cuius usus fructus Attii erat, mihi vendidisti nec dixisti usum fructum Attii esse: hunc ego Maevio detracto usu fructu tradidi. Attio capite minuto non ad me, sed ad proprietatem usum fructum redire ait, neque enim potuisse constitui usum fructum eo tempore, quo alienatus esset: sed posse me venditorem te de evictione convenire, quia aequum sit eandem causam meam esse, quae futura esset, si tunc usus fructus alienus non fuisset.

Este texto se refiere según Lenel *Ad actionem quae dicitur auctoritatis* y pertenece al libro sexto de las cuestiones, rúbrica *de stipulationibus praetoriis et adelicis* y Lenel observa como interpolado *usu fructu tradidi* por "*mancipio dedi*"¹⁶¹. También creemos que está interpolado [*vendidisti*] < *mancipio dedisti* >

Supuesto planteado:

- Tú, propietario de un fundo, lo tienes gravado con un derecho de usufructo a favor de Atio.
- Me lo vendes sin manifestar la existencia de este usufructo.
- Yo, Maevio hago *mancipatio* del fundo reteniendo a mi favor el usufructo.
- El usufructuario Atio sufre *capitis deminutio*.

Cuestiones que plantea el texto:

a) Qué ocurre con el derecho de usufructo?

El usufructo no es para mí, sino que retorna a la propiedad, porque yo no pude constituirlo válidamente.

b) ¿Respondes tú vendedor por evicción?

Sí, porque yo me veo privado injustamente del derecho de usufructo que no habría perdido si me hubieras transmitido la plena propiedad.

Creemos que tanto en la primera venta como en la segunda se hace una *mancipatio* en base a la *emptio venditio*. Pero, es más seguro que se realizó la *mancipatio* en la segunda venta por el hecho de que se hizo una *deductio* a favor del comprador, y esta se hace siempre apoyada en una *mancipatio* o en una *in iure cessio*.

¹⁶¹ Lenel, Palingenesia I, col. 17, frag. 63.

La responsabilidad en este caso puede ser tanto por *auctoritas*, como exigible con la *actio empti* en base al perjuicio que ha sufrido el comprador que no ha podido constituir validamente el derecho de usufructo a su favor. Además con la expresión *quia aequum sit eandem causam meam esse* se está aludiendo a la equidad que tiene una virtualidad en la *emptio venditio*.

Es de suponer que disponiendo el comprador afectado de estas dos alternativas elija la *actio de auctoritate* que le reporta una mayor compensación.

Caso cuarto

Pomponius D.18,1,66 pr. *libro trigensimo primo ad Quintum Mucium*

In vendendo fundo quaedam etiam si non dicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur, aut usus fructus eius, quedam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum praestatu iri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum.

En la primera parte del fragmento se equipara el usufructo con la propiedad, en el sentido de que para que nazca la responsabilidad por evicción no hace falta hacer ninguna declaración. Notemos, en cambio, que en el caso de las servidumbres sí que es necesaria una manifestación.

Cuando se vende un fundo por *emptio venditio*¹⁶² nace la responsabilidad por evicción de la servidumbre cuando se ha emitido una declaración, a diferencia del derecho de usufructo que si se verifica la evicción se genera la responsabilidad sin necesidad de que se haya hecho ninguna declaración.

La razón que motiva este distinto tratamiento estriba en que el vendedor, en la *emptio venditio*, debe garantizar la pacífica posesión y disfrute de la cosa, el *habere licere*, a partir de Pomponio como ha demostrado Ankum. Si existe un derecho de usufructo que grava el dominio, subtrae del goce al adquirente y por tanto debe responder por ello ya que comporta una grave merma del derecho de propiedad, a diferencia de las servidumbres que no privan del *habere licere* al comprador.

Pero al emitirse la declaración estamos ante un *pactum adiectum in continenti* que supone la ampliación de la responsabilidad por evicción que afecta a las servidumbres.

¹⁶² Lenel, Palingenesia II, rúbrica de emptionibus et venditionibus col.74 frag.303.

Caso quinto

En el siguiente texto de Pomponio se expone el caso de la venta de un fundo con reserva del derecho de usufructo, donde el vendedor declara que la deducción se hace a favor de Ticio cuando realmente se lo queda él.

Pomponius D.19,1,7 *Libro decimo ad Sabinum*

Fundum mihi cum venderes deducto usu fructu, dixisti eum usum fructum Titii esse, cum is apud te remansurus esset. si coeperis eum usum fructum vindicare, reverti adversus te non potero, donec Titius vivat nec in ea causa esse coeperit, ut, etiamsi eius usus fructus esset, amissurus eum fuerit: nam tunc, id est si capite deminutus vel mortuus fuerit Titius, reverti potero ad te venditorem. Idemque iuris est, si dicas eum usum fructum Titii esse, cum sit Sei.

Este texto pertenece a la rúbrica *de emptione et venditione* según Lenel¹⁶³.

Supuesto planteado:

- Se trata de una venta de un fundo con deducción del usufructo apoyada en una *in iure cessio*, el vendedor declara que tal derecho es de Ticio quedándose realmente él.
- Si tú vendedor intentas vindicar el usufructo, antes de la muerte de Ticio, el propietario (comprador) no podrá pedirte responsabilidades
- Tú comprador no puedes reclamar hasta que no haya tenido lugar la *capitis deminutio* de Ticio o haya muerto.
- Igualmente podrás ir contra el vendedor si éste ha dicho que el usufructo era de Ticio perteneciendo a Seyo.

La responsabilidad será reclamable mediante la *actio empti*, en base al dolo por la declaración del vendedor de un falso titular del usufructo.

En un texto sobre las servidumbres prediales se da un caso similar: el vendedor de un fundo declara que una determinada servidumbre está constituida a favor de una persona cuando realmente el titular es otro, entonces el comprador puede pedir responsabilidades con la *actio empti*:

Ulpianus D.8.4.6.3a libro vicensimo octavo ad Sabinum:

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 servitutum, scilicet ante traditionem. plane si Titio servas fore dixit, si quidem Titio servitutum concesserit, absolutum est: si vero alii concesserit, ex empto tenebitur.

Lenel coloca este texto en la rúbrica de *mancipatione?*, *de servitutibus recipiendis et*

¹⁶³ Lenel, O., Palingenesia II, col. 113, frag. 564. Lenel hace la siguiente aclaración 9) cf. Ulp. 29, Paul. 5 ad Sab. Manifestum est etiam libros X.XI ad emptionem et venditionem pertinere: singula autem accuratius persequi non possumus, cum pauca tantum ex his libris exstant fragmenta, quae certum rerum ordinem non indicant. Miror etiam in his libris ICTum quaerere de evictionibus, quas iam libro IX tractaverat.

imponendis.¹⁶⁴

Cuando se manifiesta por el vendedor que el fundo se entregará gravado con una servidumbre a favor de Ticio y después en el momento de constituirse la servidumbre se concede a otro, si la servidumbre es más gravosa entonces el comprador puede exigir responsabilidades al vendedor con la *actio empti* para obtener el *id quod interest*.

¹⁶⁴ Lenel, Palingenesia II, col. 1116, 1117, frag. 2704.

Caso sexto

Gaius D.21,2,49 *Libro septimo ad edictum provinciale*:

Si ab emptore usus fructus petatur, proinde is venditori denuntiare debet atque is a quo pars petitur.

Parece que se está equiparando la *vindicatio pro parte* ¹⁶⁵de una cosa con la vindicación del derecho de usufructo.

El texto hace alusión a la obligación de notificar al vendedor en el caso de que se vindique un usufructo, como si de una parte de una copropiedad se tratara. La existencia de un usufructo comporta que el derecho de propiedad no se ejercite en todo su normal contenido y supone una limitación al derecho de propiedad más grave que la existencia de una servidumbre. Por lo que se puede hablar de evicción parcial cuando se verifica la evicción de un derecho de usufructo.

¹⁶⁵ Según Lenel, Palingenesia I, este fragmento pertenece a la rúbrica *si usus fructus petatur*, col.203, frag.170.

V
CASOS DE EVICCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN
DE SERVIDUMBRES SIN QUE CONCURRA
LA TRANSMISIÓN DE UN FUNDO

Figura 5-1

Entramos seguidamente a exponer la problemática de la evicción en relación a la constitución de servidumbres: la garantía por evicción (*auctoritas*) se da de manera natural cuando se efectúa una *mancipatio* y el constituyente no es propietario¹⁶⁶. Los casos que nos ofrecen las fuentes son la constitución por un no propietario y la constitución por un copropietario.

Mediante la *mancipatio* se constituían las servidumbres consideradas *res Mancipi*, por lo que la *auctoritas* sólo se podía exigir respecto a las servidumbres más antiguas: las servidumbres de paso y la de acueducto. Las otras servidumbres consideradas como *res nec Mancipi* se constituían en base a una venta por *in iure cessio* o por *emptio venditio* acompañada de una *in iure cessio* o *mancipatio*, seguida de *remancipatio* y *excipere* de la servidumbre.

Con la *emptio venditio* se contrae la obligación de constituir el derecho de servidumbre, pero para transmitir el derecho se debe hacer una *mancipatio* o una *in iure cessio*.

Primeramente nos referiremos a las servidumbres prediales constituidas por *mancipatio*. Los supuestos de evicción que hemos hallado son:

¹⁶⁶ Aunque el constituyente de la servidumbre sea el verdadero propietario, tiene la obligación de asistir al *mancipio accipiens* si se entabla un proceso sobre el derecho transmitido. Ankum, H. "L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur *mancipio accipiens* a-t-elle existé?", pág. 20: "Ce devoir d'assistance et de garantie est appelé *auctoritas*. Si le vendeur s'est soustrait à ce devoir (*auctoritatem defugit*), ou s'il ne lui a pas réussi à faire gagner l'acheteur, ce dernier peut réclamer du vendeur *mancipant* une somme d'argent."

5.1. Constitución de una servidumbre por un copropietario sin el consentimiento de los demás copropietarios

El copropietario actúa en este caso prescindiendo del resto de los copropietarios de la cosa, es decir como si fuera único propietario.

Celsus D.21,2,10 *Libro vicesimo septimo digestorum*

Si quis per fundum quem cum alio communem haberet, quasi solus dominus eius esset, ius eundi agendi ¹⁶⁷ *mihi vendiderit et cesserit, tenebitur mihi evictionis nomine ceteris non cedentibus.* ¹⁶⁸

El texto pertenece según Lenel a la rúbrica *de auctoritate* ¹⁶⁹ y en el *Edictum Perpetuum* el mismo autor dice que se trata de la *actio de auctoritatis* ¹⁷⁰. Es casi seguro que se ha realizado una *mancipatio* porque las servidumbres prediales rústicas se pueden constituir mediante este negocio ¹⁷¹.

Supuesto planteado:

- Un copropietario de un fundo constituye una servidumbre de paso y de camino por *mancipatio* como si fuera único propietario
- Éste responde por *auctoritas* frente al *mancipio accipiens* si los otros no ceden el derecho.

No estamos ante una copropiedad *in solidum* ¹⁷² sino *pro parte*. Respecto a la disponibilidad jurídica de toda la cosa o que afecte a toda la cosa, se necesita el consentimiento de todos los copropietarios porque el ejercicio dominical es *pro parte* ¹⁷³. La falta de consentimiento como vemos en este caso no comporta la nulidad del negocio

¹⁶⁷ Franciosi, G. "Studi sulle servitù prediali" Napoli-1967, pág. 116: "Ire agere, ius eundi agendi, del resto, sono espressioni tecniche che indicano la servitus viae."

¹⁶⁸ Index Interpolationum según Girard: Cesserit por mancipaverit y cedentibus por mancipientibus; evictionis por auctoritatis; Lenel y Seckel señalan: "auctoritatis nomine ceteris non mancipientibus". Todas estas interpolaciones mantenidas por estos autores son muy verosímiles.

¹⁶⁹ Según la Palingenesia I de Lenel el texto pertenece a la rúbrica "de auctoritate", col. 162, frag. 232.

¹⁷⁰ Lenel, *Edictum Perpetuum* 3. Neudruck der 3. Auflage, Leipzig 1927, 1985, Scientia Verlag Aalen pág. 542.

¹⁷¹ Sobre los textos que contienen *cedere* Girard dice que debe ser reemplazado por *mancipare* si se trata de servidumbres rústicas. Girard, P.F. "Mélanges de Droit romain" II, Droit privé et procédure, Paris 1923, pág. 200: "Les modes qui servaient à constituer les servitudes étant l'in iure cessio pour toutes les servitudes et la mancipation pour les servitudes prédiales rustiques telle que la servitude de passage, *cedere* doit avoir été mis à la place d'in iure *cedere* ou de *mancipare*."

¹⁷² Kouwenberg, P.J. "Servitude et copropriété" RIDA, 1977, pág. 282: "L'effet juridique de cette *mancipatio* ne serait toutefois pas qu'il pouvait agir avec la *vindicatio servitutis* contre les *socii* qui n'avaient pas encore *mancipé*, parce que l'autre *socius* n'avait pas le droit d'aliéner la chose commune à moins qu'il n'y ait une *societas* *ercto non cito* entre les copropriétaires. Car s'il y avait en effet une telle espèce de copropriété entre eux, tout les *socii* pouvaient aliéner les biens communs en entier.

¹⁷³ Kouwenberg, P.J. "Servitude et copropriété" RIDA 1977, pag 282: "Il est en tout cas fort probable que la possibilité d'une mancipation d'une servitude par un seul copropriétaire n'a pas disparu après que le caractère de la copropriété a été changé. On pourrait encore constituer au moins une servitude par des actes successifs des *socii*, avec la conséquence que le *socius* qui avait déjà accompli l'acte de constitution ne pouvait invoquer la nullité de son acte".

jurídico. El consentimiento se puede prestar de forma sucesiva no hace falta que se preste simultáneamente por todos los copropietarios.

Puede suceder que uno de los copropietarios ejerza la acción negatoria, o bien que el adquirente de la servidumbre la reclame mediante la *vindicatio servitutis*, si éste es vencido tendrá derecho a dirigirse contra el copropietario (*actio de auctoritate*) que constituyó la servidumbre para pedirle responsabilidades por la evicción que ha sufrido, en base a la *auctoritas*¹⁷⁴.

Distinto criterio tienen algunos romanistas que han entendido equivocadamente que la responsabilidad del copropietario era debida a la falta del *habere licere* sobre la cosa¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Rabel "Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte 1 Leipzig 1912, pág. 1 nota 1: "Für Rustikalservituten galt mit der Manzipation auch die auctoritas, D.(21,2)10; 46,1."

¹⁷⁵ Calonge, A. "Evicción, Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico", Salamanca, 1968, pág. 49: "la responsabilidad por evicción que surge a través de la actio negatoria ejercida por cualquiera de los copropietarios y que impide el habere licere de la cosa comprada". Bechmann, A. "Der Kauf nach gemeinem Recht" 3, Neudruck der Ausgabe, Leipzig 1905-08, Scientia Verlag Aalen 1965, pág. 245: "In der That handelt es sich hier zwar nicht, wie beim Sachenkauf, um ein habere licere, aber doch um ein Analogon davon, ein kontinuierliches tatsächliches Einwirken auf die dienende Sache. Solange diese Quasipossessio besteht, ist auch hier nach römischer Anschauung der Käufer befriedigt."

5.2. Constitución de una servidumbre sobre un fundo ajeno

Africano D.21,2,46,1 *Libro sexto quaestionum*

*"Si per alienum fundum mihi viam constitueris evictionis nomine te obligari ait: etenim quo casu, si per proprium constituentis fundum concessa esset via, recte constitueretur, eo casu, si per alienum concederetur, evictionis obligationem contrahit."*¹⁷⁶

Según Lenel el texto está en la rúbrica *de stipulationibus praetoriis et aediliciis*¹⁷⁷, en la cual los juristas tratan de la actio *de auctoritate*¹⁷⁸

Como Rabel afirma estos dos textos tratan de la *auctoritas* y no se refieren a la responsabilidad que nace de la obligación de prestar el *habere licere*¹⁷⁹.

Caso planteado:

- Si se constituye un derecho de camino a través de un fundo ajeno, es decir que no pertenece al constituyente, lo normal es que el verdadero propietario interponga la acción negatoria para rechazar la pretensión del titular de tal derecho.

- La servidumbre se considera válidamente constituida, si se hace a favor del fundo propio, pero el *mancipio dans* debe responder por *auctoritas* si se produce la evicción.

¹⁷⁶ Index Interpolationum, Huschke, Lenel, Seckel, Girard, Jörs observan *evictionis por*; Girard además señala *Constitueris por*, *Constituentis por*; *concessa por*; *concederetur por* y *evictionis obligationem por*.

¹⁷⁷ Palingenesia de Lenel, colum. 17, frag. 63.

¹⁷⁸ Lenel, *Edictum Perpetuum*, pág. XXIV, Übersicht des Edikts.

¹⁷⁹ Rabel, "Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte" 1, Leipzig, 1912. Pag.1 nota 1.: "in Ansehung der Rechtsmängelhaftung darf man aber nicht mit Girard ohne weiteres die Grundsätze des sog. Habere-licere-Systems angewendet erachten. Für Rustikalservituten galt mit der Manzipation auch die *auctoritas*, D.(21,2) 10; 46,1."

5.3. Constitución sobre fundo ajeno, en favor de un no propietario del fundo dominante

Como hemos visto en el anterior texto de Africano el que constituía un derecho de servidumbre a favor de otro, el titular del fundo sirviente, al no ser propietario respondía por *auctoritas*. No se exigirá tal responsabilidad, en cambio si la persona que quiere adquirir la servidumbre no es propietaria del fundo, como así se expresa en el siguiente fragmento de Pomponio:

Pomponius D.19,1,6,5 *Libro nono ad Sabinum*

Si tibi iter vendidero, ita demum auctorem me laudare poteris, si tuus fuerit fundus, cui acquirere servitutem volueris: iniuum est enim me teneri, si propter hoc acquirere servitutem non potueris, quia dominus vicini fundi non fueris.

Supuesto planteado:

- Si yo constituyera por *mancipatio* un derecho de paso, me podrás llamar como responsable, si se produce la evicción, solamente en el caso de que seas propietario del fundo dominante.

- Es injusto que yo quede obligado por *auctoritas* si no pudieses adquirir la servidumbre porque no eras propietario del fundo vecino.

La expresión *auctorem me laudare*¹⁸⁰ es una muestra clara de que existió una responsabilidad por *auctoritas*. Se refiere a la llamada de ayuda que hace *el mancipio accipiens* al *mancipio dans* en caso de que se entable un procedimiento judicial contra el primero sobre la propiedad de la cosa transmitida, o sobre un derecho, como en este caso una servidumbre.

Si el que constituye una servidumbre a su favor no es propietario del fundo no la puede adquirir¹⁸¹. Metro piensa que la persona que quiere adquirir la servidumbre debió de ser propietario en algún momento anterior pero no en el de la constitución. Por ello no pudo constituirla válidamente, y esta es la razón de que no se responda¹⁸².

Más bien creemos que este caso se refiere al hecho de que el constituyente de la servidumbre en el momento de realizar la *mancipatio* no era propietario ni lo había sido anteriormente.

¹⁸⁰ Ankum, H. "L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur mancipio accipiens a-t-elle existé?", pág. 26: "que le mot technique pour indiquer "appeler l'auteur en garantie" était laudare et que la responsabilité de l'auctoritas passait aux héritiers du vendeur mancipant."

¹⁸¹ Bechmann, A. "Der Kauf nach gemeinem Recht" 2 Neudruck, 1965, pág. 124: "Für die objective Betrachtung, bei der wir hier stehen bleiben, hat es bei dem Satze das bewenden, dass die vom Nichtberechtigten eingeräumte Servitut nicht existirt, also ein darauf bezügliches Geschäft ohne Gegenstand ist."

¹⁸² Metro, A. "Fructus servitutis esse non potest?", IURA XXIII, 1972, pág. 112: "La fattispecie è chiarissima: in seguito alla vendita dell'iter, all'atto di costituire la servitù, il compratore ha cessato di essere proprietario del fondo a cui favore si sarebbe dovuta costituire la servitù. Il giurista pertanto dichiara che la prestazione è divenuta impossibile, giacchè non può costituirsi una servitù a favore di una persona che non sia proprietaria del fondo".

El *mancipio dans* no estará obligado por *auctoritas*, como señala Girard o bien porque se podrá alegar una excepción basada en el dolo por éste ante la *actio de auctoritate* del *mancipio accipiens* o simplemente porque no se genera esta responsabilidad y el juez rechaza la demanda del adquirente.¹⁸³ En este caso el término *iniquum* nos indica que cabe la posibilidad de alegar una *exceptio doli*.

Tenemos que diferenciar la constitución de las servidumbres consideradas *res Mancipi*, respecto de las cuales puede exigirse la *mancipatio* para su constitución, de la *res nec Mancipi*, éstas últimas en el derecho clásico se pueden constituir por *in iure cessio*, medio que no comporta ningún tipo de responsabilidad si se produce la evicción y también por *mancipatio*, más *remancipatio* seguida de *excipere* de la servidumbre¹⁸⁴

El siguiente texto de Labeón trata de la compra de una servidumbre:

Labeo D.18,1,80,1 *libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomarum*:

"*Huius rei* ¹⁸⁵ *emptionem posse fieri dixi: quae ex meis aedibus in tuas aedes proiecta sunt, ut ea mihi "ita habere liceat", deque ea re ex empto agi."*

Este fragmento pertenece a la rúbrica *De venditionibus et locationibus, de Iavoleni ex posterioribus Labeonis Lib.V*¹⁸⁶.

El propietario de una casa se obliga a prestar el *habere licere* de la *servitus proiciendi* a favor del vecino que ha pagado un precio. Parece que se establece una relación personal que permitirá al comprador exigir el respeto de la servidumbre mediante la *actio empti*.

La duda que se plantea es si estamos delante de una servidumbre propiamente dicha o simplemente de una relación personal entre el vendedor y el comprador, sin que tenga la consideración de servidumbre¹⁸⁷. Se podría tratar de un derecho personal que confiere al comprador la posibilidad de tener una proyección desde su edificio sobre el fundo vecino.

La palabra *mihi* parece indicar que se establece en atención al comprador, por tanto se podría pensar que no se trata de una servidumbre, pero hemos podido comprobar que hay

¹⁸³ Girard, P.F. "Mélanges de Droit romain" II Droit privé et procédure", Paris, 1923, pág. 218 nota 1: "Maintenant le texte qui dit que l'aliénateur ne sera pas tenu, veut-il dire que le droit à l'auctoritas ne naîtra pas ou qu'il sera, comme dans d'autres cas que nous rencontrerons, paralysé par une exception de dol opposée à l'action auctoritatis."

¹⁸⁴ Voz *excipere*, Heumann-Seckel, Handlexicon, 1) ausfangen, ausnehmen.

¹⁸⁵ Miquel, J. "Derecho privado romano", 1992, págs. 160, 161: "Un texto de las Instituciones de Gayo (IV,2-3) nos orienta sobre esta problemática: In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere. In rem actio est cum, aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendi; aut cum actio ex diverso adversario est negativa. La actio in personam se dirige, como gráficamente dice su nombre, contra una persona determinada, el deudor obligado, del que se pretende que dé algo, haga algo o responda por algo. En cambio, en la actio in rem afirmamos: A) Que una cosa corporal es nuestra; B) 0 que, sobre una cosa ajena, nos compete un determinado derecho, tal como: a) Un derecho de uso; b) Un derecho de usufructo; c) Una servidumbre (de paso, de acueducto, de no elevar más alto, de vistas)".

¹⁸⁶ Lenel, Palingenesia I, col. 310, frag. 208.

¹⁸⁷ Cuyacio comenta el texto de Labeo D.18,1,80,1 en los siguientes términos: "ist multa ambiguitas".

otros textos referidos a las servidumbres donde se utiliza también esta expresión¹⁸⁸

El problema que se presenta en la venta de servidumbres, es que, son consideradas *res incorporales*, por lo que la transmisión de la servidumbre sería imposible¹⁸⁹. Por ello, con la *emptio venditio* se contrae la obligación de constituir las por *mancipatio* o *in iure cessio*.

Hay otros textos donde se menciona el *habere licere* en relación a las servidumbres urbanas:

Neratius D.8,3,2 *pr. libro quarto regularum*:

Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere.

Paulus D.8,3,6,1 *libro quinto decimo ad Plautium*

Item longe recedit ab usu fructu ius calcis coquendae et lapidis eximendi et harenae fodiendae aedificandi eius gratia quod in fundo est, item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint, quid ergo si praediorum meliorem causam haec faciant? non est dubitandum, quin servitutis sit: et hoc et Maecianus probat in tantum, ut et talem servitutem constitui posse putet, ut tugurium mihi habere liceret in tuo, scilicet si habeam pascui servitutem aut pecoris appellendi, ut, si hiemps ingruerit, habeam quo me recipiam.

Podemos observar que el *habere licere* conlleva la posesión de la servidumbre, lo que es extraño respecto a las servidumbres, pero más que admitirse la posesión de las servidumbres urbanas, lo que se reconoce es la posesión de éstas a través de la posesión del edificio¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Iulianus D.8,2,32, Pomponius D.8,2,27, Pomponius D.8,3,20, Paulus D.8,3,21

¹⁸⁹ Bechmann A. "Der Kauf nach gemeinem Recht" 3, págs. 243-244: "Immerhin deutet die vorsichtige Fassung dieser Erörterung darauf hin, dass die Frage, ob ein also formulirter Vertrag über eine Urbanalservitut als civilrechtlich wirksamer Kaufvertrag zu gelten habe, zu Labeo's Zeiten nicht zweifellos feststand."

¹⁹⁰ Capogrossi Colognesi, L. "La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana" II, Milano 1976, pág. 460: "e che avrebbe facilmente indotto a concepire una possessio delle servitù urbane (ma anche della libertà da queste) realizzata attraverso la possessio dell edificio, sia stata effettivamente seguita in epoca così risalente. È almeno legittimo il sospetto che la consapevole opera di ampliamento della nozione di possessio sino a ricomprendere le condizioni materiali e giuridiche degli edifici, confermando così da una parte il fondamento della usucapio libertatis e dall'altra cercando di reintrodurre 'usucapio servitutis, non sia stata opera di giuristi tardo-repubblicani, ma vada invece attribuita alla giurisprudenza imperiale, in particolare ai giuristi successivi a Gaio."

VI
TRANSMISIÓN DE UN FUNDO Y EVICCIÓN
DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES

Como hemos visto, la responsabilidad por evicción de las servidumbres prediales puede generarse de una forma natural, cuando se constituyen por *mancipatio*.

Ahora bien, cuando se da la transmisión de un fundo, para que nazca la responsabilidad por evicción de las servidumbres en la mayoría de los casos se requiere, como veremos más adelante, una declaración.

Las servidumbres prediales siempre recaen sobre fundos, por lo que al efectuarse la transmisión, si son itálicos, el negocio jurídico más adecuado, dado el carácter de *res Mancipi* de éstos, será la *mancipatio*¹⁹¹. Cuando se quiere transmitir la propiedad Quiritaria se puede exigir la realización de una *mancipatio*. El problema interpretativo estriba, como es lógico, en que los compiladores justinianos ya han abandonado la *mancipatio*. Ahora bien, fuera del derecho justiniano esta obligación se encuentra recogida en las fuentes¹⁹² Un texto fundamental en este sentido es 4.131a de las Instituciones de Gayo:

"Item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus Mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO, ut postea, si velimus vacum possessionem nobis tradi, contra debitorem eadem actione uti possimus. Alioquin si minus diligentes in ea re sumus, totius illius iuris obligatio illa incerta actione: QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio".

¹⁹¹ Cannata, C.A. "Compravendita consensuale romana. Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica", Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990 Tomo II, 1991, pág. 426: "Il contratto de vendita di una res Mancipi consiste in un puro accordo informale; di conseguenza, esso non può avere che effetti obbligatori. Il venditore è obbligato a fare al compratore la Mancipatio de la cosa; con la Mancipatio egli si assumerà anche l'obligatio auctoritatis per l'eventuale evizione; egli deve, inoltre, procurare il possesso della cosa venduta al compratore, (vacuum) possessionem tradere, e ciò sempre come conseguenza della Mancipatio, secondo una vecchia regola. Il compratore non ha che da pagare il prezzo".

¹⁹² Peters, F. "Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer" "SZ" 96 (1979), pág 178, 179: "Der angestrebten Verschaffung quiritischen Eigentums entspricht es, dass der Verkäufer zum Akt der Mancipatio verpflichtet ist, soweit diese in Betracht kommt. Positive Zeugnisse hierfür lassen sich zwar den Digesten begreiflicherweise nicht entnehmen, nachdem Justinian die Mancipatio preisgegeben hat. Die Manzipationspflicht des Verkäufers kommt aber ausserhalb des justinianischen Gesetzgebungs wercks hinreichend deutlich zum Ausdruck. Die Regelmässigkeit, mit der die Kaufurkunden von einer Mancipatio sprechen, belegt nicht nur eine entsprechende Übung, sondern darf wohl auch als Zeugnis der Verkäuferpflicht gewertet werden. Vor allem aber erwähnen zwei Fragmente ausdrücklich eine Manzipationspflicht: Paul. Sent 1.13a 4, Gai. 4.131a."

6.1. Clases de declaraciones que pueden realizarse. *Leges Privatae*

En el curso de la realización de una *mancipatio*, pueden realizarse determinadas declaraciones relevantes a los efectos de la garantía por evicción de las servidumbres prediales. Las fuentes permiten distinguir los siguientes tipos de declaraciones:

1. Las emitidas con el objeto de reservar o constituir un derecho de servidumbre a favor del fundo enajenado, se efectúa para ello una *receptio servitutis*.

2. Las que tienen por objeto reservar una servidumbre en favor del transmitente del fundo, es una *deductio servitutis*.

3. Las que sirven también para contraer una obligación de constitución en favor del adquirente, del transmitente o de un tercero haciéndose después una ulterior reserva. Es una *deductio servitutis*, que se encuadra dentro de las *leges* objeto de *exceptio*.

4. La que tiene una función meramente declaratoria del estado en que se encuentra el fundo transmitido, sin ninguna intención de constituir derechos:

a) libre de cargas *optimus maximusque*, corresponden a las *leges dictae* que describen la *res*¹⁹³.

b) con servidumbres a favor, son *leges dictae*, que mediante la *accessio* contienen las indicaciones sobre el objeto¹⁹⁴.

5. En ciertas circunstancias, la declaración adquiere una eficacia obligatoria directa constituyendo una obligación que se debe cumplir:

a) En el *legatum per damnationem*, si se transmite *optimus maximusque*, se deberá entregar libre de cargas, y por tanto, el heredero estará obligado a liberar al fundo de las servidumbres que gravan.

b) Si en la *mancipatio* se declara que la cosa se adquirirá *optimus maximusque*, debe liberársela de la servidumbre que no se tiene por qué soportar, a no ser que fuera el resultado de una obligación anteriormente contraída. Respecto a éste punto es importante precisar, como hace Georgesco, que durante un tiempo la *lex mancipii* dominó a la *lex venditionis*¹⁹⁵.

¹⁹³ Georgesco, V.A. "Essai d'une théorie Générale des Leges Privatae" Paris 1932, pág. 55: "ce sont les leges qui tendent à individualiser, qualifier et déterminer l'objet de la mancipation. Ce sont autant d'obligations pour le mancipio dans, sauf au cas d'exceptio. Pertencen a la categoria de las "demonstratio rei."

¹⁹⁴ Georgesco, V.A. "Essai d'une théorie générale des Leges privatae", Paris 1932, pág. 140: "la loi de l'accessoire, la lex privata et la convention ou le pactum adiectum des interprètes que le droit romain s'est servi pour arriver à une action satisfaisante de la lex privata. On a considéré la lex comme partie nécessaire du tout, comme prolongement de l'essentiel, comme accessoire du principal".

¹⁹⁵ Georgesco, V.A. "Essai d'une théorie générale des leges privatae", Paris 1932 pág. 102-103: "Pendant une longue période, la lex mancipii domine la lex venditionis, dans ce sens que, à chaque l.v., doit correspondre, lors de l'accomplissement du gestum per aes et libram, une lex mancipii. Cela résulte indubitablement des textes: Marcien, libro 3 Reg., D.8,2,35: Si binarum aedium dominus dixisset eas quas venderet servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutius, vel ex vendito agere potest vel incertum condicere, ut servitus imponatur. Pomponius, libro 22 ad Sabinum, D.12,6,22,1: Cum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi : incerti condicam, ut iter mihi concedatur. Inversement, on peut faire annuler les effets d'une lex mancipii qui n'est pas l'expression d'une lex venditionis. Paulus, libro 5 ad Sab. D.19,1,8,1: Quod si servum praedium in traditione fecero, quod liberum tibi tradere debui, ex empto habebis actionem remittendae eius

6. Podemos considerar que constituyen un tipo especial las declaraciones ambiguas.

Las *leges privatae* han sufrido transformaciones y se han ido adaptando a la evolución de las diversas instituciones. Además estas *leges* pueden contener muy variadas disposiciones¹⁹⁶.

El propietario es el que impone esa *lex* y la eficacia en la *mancipatio* de estas disposiciones se debe a la regla decemviral "*uti lingua nuncupassit ita ius esto*"¹⁹⁷.

En la *emptio venditio* se debe tener en cuenta el carácter de contrato de buena fe¹⁹⁸ a efectos de exigir el cumplimiento, valorándose la culpa, el dolo, o los pactos que se hayan hecho.

Es importante señalar que una misma declaración puede generar distintas responsabilidades, dependiendo en relación con qué acto jurídico se exijan. No obstante, tenemos que determinar qué responsabilidad es exigible primeramente y qué responsabilidad se dará de forma subsidiaria.

Como ejemplo demostrativo podemos citar un texto de Ulpiano, D.19,1,35.¹⁹⁹ Este caso trata de la venta de un fundo seguida de una *mancipatio*. El *mancipio dans* declara mediante una *lex dicta* que no existe una servidumbre de paso y conducción y el comprador resulta vencido en un interdicto. Como el interdicto no es suficiente para exigir una responsabilidad por *auctoritas*, entonces se podrá reclamar con la *actio empti* por dolo:

Ulpianus D.19,1,35 libro septuagesimo ad Edictum

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.

servitutis gratia, quam pati non debeas."

¹⁹⁶ Lemosse, M. "Le régime primitif de la *lex dicta*", pág. 242, Studi in Onore di Arnaldo Biscardi I. 1982 y Études romanistiques in Onore di Maxime Lemosse", 1990, pág. 114: "A vrai dire, on trouve dans ces actes des dispositions assez hétérogènes; parfois il s'agit de préciser la contenance ou valeur de la chose aliénee, l'existence des servitudes ou bien au contraire la qualité *uti optimus maximus*; ailleurs il s'agit de faire naître des charges incombant a l'acquéreur..."

¹⁹⁷ Lemosse, M. "Le régime primitif de la *lex dicta*", pág. 242: "De ce régime, peu de traces subsisteront par la suite des temps. On connaît la base légale de l'efficacité de telles dispositions imposées par un disposant; notamment les textes decemviraux "*uti lingua nuncupassit ita ius esto et uti legassit suae rei ita ius esto*" affirment la force légale de la volonté exprimée et s'imposant souverainement"

¹⁹⁸ Georgesco, V.A. "Essai d'une théorie générale des *leges privatae*" pág. 102, Paris 1932. "Par contre, dans la *lex contractus*, c'est l'acte juridique lui même qui prend le dessus, tandis que la *mancipatio* reste dans l'ombre. La disposition particulière n'est plus conçue comme une partie du *gestum per aes et libram*, mais de ce tout qu'est la vente, *negotium bonae fidei*."

¹⁹⁹ El texto de Ulpiano D. 19,1,35, será objeto de estudio en el apartado correspondiente a la responsabilidad por evicción de las servidumbres pasivas.

6.2. Declaraciones que hemos encontrado en las fuentes en relación a la servidumbres prediales

En este apartado citaremos diferentes declaraciones halladas en las fuentes que comportan responsabilidad, para después poder entrar de lleno en el análisis de cada caso:

- Declaración de que el fundo está libre de servidumbres cuando realmente está gravado.
- Declaración de que no existe determinada servidumbre pasiva cuando en realidad sí existe.
- Declaración de que nadie penetrará en los linderos del fundo, existiendo un gravamen que lo permite.
- Declaración de que hay servidumbres a favor del fundo vendido y no existen
- Declaraciones ambiguas.

Al lado de tales casos, hemos buscado y encontrado también, como es lógico, los de omisión de declaración de servidumbres que en realidad existen, ya graven o beneficien al fundo:

- No declaración de la existencia de una servidumbre que grava un fundo que en realidad existe.
- No declaración de la existencia de una servidumbre a favor de un fundo que en realidad existe.

Dada la variedad de casos tendremos que hacer una exposición de los diferentes tipos de declaraciones que se dan respecto a las servidumbres, que pueden tener muy diferentes finalidades y distinta eficacia según en qué acto jurídico se efectuen. De entre esta variedad de declaraciones nos detendremos a estudiar con más profundidad la cláusula *optimus maximusque*.

Entendemos que sólo nace la responsabilidad por *auctoritas* de las servidumbres prediales cuando se hace una declaración, por ejemplo que se entrega un fundo "*optimus maximusque*" en la *mancipatio*, y tiene lugar la evicción.

A partir de Pomponio pensamos que es posible que se genere una responsabilidad por evicción en virtud del pacto añadido en la *emptio venditio*.

Otra responsabilidad distinta es la que nace en virtud de la buena fe de la *emptio venditio* que desemboca en la obligación que tiene el vendedor de declarar servidumbres prediales existentes. Ello nos explica la virtualidad de las declaraciones ambiguas: el vendedor mediante estas manifestaciones puede, ante la pregunta del comprador, eximirse de responsabilidad. Naturalmente, esta posibilidad sólo es válida si no conoce la existencia de la servidumbre, porque en otro caso -es decir, si hiciera la declaración ambigua con conocimiento de su existencia- respondería por el dolo.

6.3. Cláusula *Optimus Maximusque*

La cláusula *optimus maximusque*, tiene varios significados y diferente contenido. Se puede establecer en relación con la venta de esclavos, a los accesorios y pertenencias de los fundos y al estado de un fundo respecto de sus eventuales servidumbres.

Aunque a nosotros nos interesa sobre todo la cláusula *optimus maximusque* cuando se refiere a las servidumbres prediales, puede ser conveniente hacer una referencia a los demás usos mencionados.

Efectivamente, la cláusula *optimus maximusque* es parecida a la de *optimis conditionibus* que se incluye a veces en las ventas de esclavos, aunque su contenido, naturaleza y finalidad son diferentes.

Un ejemplo de la cláusula *optimis conditionibus* la encontramos en una venta de una esclava efectuada en Rávena (S.II d.J.)²⁰⁰:

"Caio Curtio Iusto, Publio Iusto Nautone consulibus sextum nonas octobres. Eschines Eschinou Flavianus Milesius scripsi me accepisse a Tito Memmio Montano milite penteron Agustí denarios sexcentos viginti quinque, pretium puellae Marmariae vetranae quam ei dupla optimis conditionibus vendidi et tradidi. Ex interrogatione facta tabellarum signatarum. Actum castris classis praetoriae Ravenatos."

Otra cláusula que se utiliza en la práctica comercial es *in bonis conditionibus*, como ejemplo podemos citar la venta de una esclava a Seleucio (Año 166 d.J.)²⁰¹:

"C. Fabullius Macer, optio classis praetoriae Misenatium III Tigride, emit puerum, natione Transfluminianum, nomine abban quem et Eutychen sive quo alio nomine vocatur, annorum circiter septem, pretio denariorum ducentorum et capitulario portitorio, de Q. Iulio Prisco, milite classis eiusdem et triere eadem. Eum puerum sanum esse ex edicto, et si quis eum puerum partemve quam eius evicerit, simplam pecuniam sine denuntiatione recte dare stipulatus est Fabullius Macer, spopondit Q. Iulius Priscus: id fide sua et auctoritate esse iussit C. Iulius Antiochus, manipularius III Virtute. Eosque denarios ducentos qui supra scripti sunt, probos recte numeratos accepisse et habere dixit Q. Iulius Priscus venditor a C. Fabullio Macro emptore, et tradidisse ei mancipium supra scriptum Eutychen bonis conditionibus." ²⁰²

Otras veces, como se ha dicho, la cláusula está referida a los fundos y a sus accesorios y pertenencias. Podemos partir de un pasaje que establece un principio de carácter general en relación a los accesorios, antes de entrar a hablar de la cláusula *optimus maximusque*:

²⁰⁰ FIRA III "Fontes Iuris Romani Antejustiniani", Negotia, ed. V. A. Ruiz, Florentiae 1968, pág. 432: Emptio puellae Ravennae facta (aetate Hadriani vel Antonini).

²⁰¹ FIRA III, "Fontes Iuris Romani Antejustiniani", Negotia, ed. V. A. Ruiz, Florentiae 1968, pág. 426: Emptio pueri Seleucia Pieriae contracta.

²⁰² Traducción latina del texto griego por Macqueron, J. "Contractus scripturae, Contrats et quittances dans la pratique romaine", Camerino-Nice. 1982, pág. 63-64, nota 3: "la garantie au simple est dite "vente dans les bonnes conditions". Si la garantie est au double, on dira optimis conditionibus"

Callistratus D.33,10,14, *libro tertio de cognitionibus*

"Fundo legato instrumentum eius non aliter legato cedit, nisi especialiter id expressum sit: nam et domo legata neque instrumentum eius neque supellex aliter legato cedit, quam si id ipsum nominatim expressum a testatore fuerit."

Cuando se lega un fundo no se entienden incluidos los accesorios igual que cuando se lega una casa, a no ser que se declare expresamente que se incluye el mobiliario y las pertenencias. Por tanto de este texto podemos deducir en cuanto a los accesorios y a las pertenencias una regla o principio: no se transmiten *mortis causa* a título particular con la cosa, a no ser que el testador especialmente lo haya expresado así.

Esta regla no es otra cosa que la expresión del régimen jurídico aplicable a los accesorios respecto de la cosa principal. El criterio a seguir sería el de la voluntad de las partes²⁰³, en este caso, la voluntad del testador.

Otro régimen jurídico se aplica a la parte de una cosa que, respecto a ésta, es un elemento que la integra y perfecciona²⁰⁴. Se transmiten siempre juntamente y, si se reivindica la cosa, también están incluidas las partes.

Los textos que a continuación transcribimos contienen la cláusula *optimus maximusque* respecto a las pertenencias y accesorios:

Scaevola D.32,1,93,4, *libro III Responsorum*:

"Collegio fabrorum fundum cum silvis, quae ei cedere solent, uti optimus maximusque esset, legavit; quaero, an ea quoque, quae in diem mortis ibi fuissent, id est foenum, pabulum, palea, item machina, vasa vinaria, ²⁰⁵ id est cupae et dolia, quae in cella defixa sunt, item granaria, legata essent. Respondit, non recte peti, quod legatum non esset."

Paulus D.32,1,92, pr. *libro XIII Responsorum*:

"Si mihi Maevia et Negidia, filiae meae, heredes erunt, tunc Maevia e medio sumito, praecipito, sibique habeto fundos meos illum et illum cum casulis et custodibus omnium horum fundorum, et cum his omnibus agris, qui ad coniunctionem cuiusque eorum fundorum emptione, vel quolibet alio casu obtigerint; item cum omnibus mancipiis, pecoribus, iumentis, ceterisque universis speciebus, quae in iisdem fundis, quove eorum, cum moriar, erunt, uti optimi maximique sunt, utique eos in diem mortis meae

²⁰³ Miquel, J. "Derecho Privado Romano", Madrid 1992, pág. 90: "En cuanto al régimen jurídico, el problema que se plantea es el de si en un negocio jurídico la cosa accesoria sigue el destino de la principal. Aunque los intérpretes han pretendido recabar de las fuentes el principio *accessorium sequitur principale*, lo cierto es que los romanos consideran que hay aquí un problema de interpretación, es decir, lo que hay es que determinar casuísticamente si la voluntad de las partes ha querido o no incluir el *instrumentum fundi*."

²⁰⁴ Ulpianus D.19,1,13,31: "Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur, ut puta putealia."

²⁰⁵ En el art. 334 del Código civil español, en su apartado 5º, se da la coincidencia de que se citan las mismas cosas y en el mismo orden: "Son bienes inmuebles: 5º. Las instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma."

possedi, et, ut plenius dicam, ita, uti cluduntur"; in fundo autem uno ex his, qui praelegati sunt, tabularium est, in quo sunt et complurium mancipiorum emptiones, sed et fundorum, et variorum contractuum instrumenta, praeterea et nomina debitorum; quaero, an instrumenta communia sint. Respondi, secundum ea, quae proponuntur, instrumenta emptionum, item debitorum, quae in fundo praelegato remanserunt, non videri legato contineri.

Paulus D.33,7,18,9 libro II ad Vitellium:

"Item, cum fundus ita legatus esset: Maevio fundum Seianum, ita ut optimus maximusque est, cum omni instrumento rustico et urbano, et mancipiis, quae ibi sunt", et quaereretur, an semina deberentur, respondit, verius esse, deberi, nisi aliud testatorem sensisse heres probaret. Idem respondit de frumento reposito ad mancipiorum exhibitionem."

Paulus D.33,7,22 pr. libro III Sententiarum:

"Fundo legato: Ut optimus maximusque est, retia apraria, et cetera venationis instrumenta continebuntur; quod etiam ad instrumenta pertinet, si quaestus fundi ex maxima parte in venationibus consistat"

Las servidumbres son derechos accesorios, concepto diferente al de accesorio (*instrumentum*) de una cosa principal. En cuanto al régimen jurídico, cuando se reivindica la cosa principal, no se incluyen en esta reclamación los accesorios. A diferencia de las servidumbres que, al tener la consideración de *ius fundi*, de cualidades, se entienden comprendidas en la reivindicación del fundo.

6.4. Cláusula *Optimus Maximusque* referida a las servidumbres prediales

Cláusula "*optimus maximusque*" referida a la situación de un fundo en relación a las servidumbres prediales.

Primeramente tenemos que fijar el contenido de esta cláusula y su significado remontándonos a sus orígenes:

Georgesco observa que esta cláusula tiene una vinculación con la concepción que tienen los romanos de Júpiter:

"Potrivit unei tehnici curente în mitologia antica, pozitia sociala de stapîn suveran, absolut, exclusiv, cîstigata pe plan social de proprietarul quiritar sclavagist, a fost proiectata asupra divinitatii supreme, Iupiter. Am avut astfel, pe de o parte fundus optimus maximus si optimum ius, iar pe de alta, Ioui optimo maximo²⁰⁶."

Radke respecto al significado de esta cláusula comenta:

"Par conséquent, le dieu que ses fonctions libres des servitudes font passer pour un dieu public -ou plus précisément: publicus- pouvait être appelé "optimus maximus" également à une époque où les jurisconsultes romains n'avaient pas encore trouvé la définition correspondante pour un terrain sans servitudes²⁰⁷."

En relación con las servidumbres prediales, si en la transmisión de un fundo se añade la cláusula *optimus maximusque*, según Quinto Mucio se debe entregar libre de cargas, no con servidumbres a su favor²⁰⁸. Es significativo que el jurista tenga un interés especial en aclararnos el contenido jurídico de esta expresión. Parece ser que en un período anterior, esta cláusula significaba no sólo que el fundo debía hallarse libre de servidumbres, sino que tendría las servidumbres necesarias para su pleno rendimiento²⁰⁹.

Girard alude a un texto de Sículo Flaco²¹⁰ de la obra *de condicionibus agrorum* (Th. 110,14) como prueba de que antes la cláusula *optimus maximusque* tenía un doble sentido, se refería tanto al hecho de que se entregaba el fundo libre de servidumbres, como al hecho de

²⁰⁶ Georgesco, V.A. "Optimus si optimus maximus in tehnica juridica romana: optima lex, optimum ius, fundus optimus maximusque", *Studii Clasice* 10, 1968, pág. 20.

²⁰⁷ Radke, G., "Iuppiter Optimus Maximus", *RHD* 1986, pág. 17

²⁰⁸ En los siguientes textos se incluye esta cláusula en relación a las servidumbres prediales: Proculus D.50,16,126; Neratius D.21,2,48; Celsus D.18,1,59; Venuleius D.21,2,75; Gaius D.30,69,3; Paulus D.50,16,169; Ulpianus D.50,16,90.

²⁰⁹ Girard, P.F., "Mélanges de Droit Romain", *II Droit privé et procédure, "Études Historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en Droit Romain"* pág. 233. Paris, 1923: "les termes de la formule conduiraient plutôt à penser que le fonds présenté comme étant dans la meilleure condition possible devrait non pas seulement être libre de servitudes, mais jouir des servitudes nécessaires à son plein rendement, et on trouve en effet dans le texte cité de Sículo Flaccus un écho de l'idée que cette clause pourrait donner droit à une servitude de passage; mais, s'il peut y avoir là une réminiscence d'une doctrine ancienne abolie, la doctrine contraire a prévalu à une époque précoce, peut-être sous l'influence du jurisconsulte de la République, Q. Mucius Scaevola".

²¹⁰ Sículo Flaccus, "De condicionibus agrorum" 138-148. Bluhme, Lachmann und Rudorff, "Schriften der Römischen Feldmesser", ed. Georg Reimer, Berlin 1848.

que existían las servidumbres necesarias a favor:

*"Ad omnes autem agros semper iter liberum est. Nam aliquando deficientibus vicinalibus viis per agros alienos iter praestatur. Quidam etiam conveniunt specialiter uti servitutem praestent his agris, ad quos necesse habent transmittere per suum. Nam et his verbis comprehenditur ITA UT optimus maximusque EST. Nam et aquarum ductus solent per alienos agros iure transmittere"*²¹¹.

Esta cláusula también la encontramos en relación a las servidumbres urbanas, por ejemplo en los Trípticos de Transilvania en la venta de la mitad de una casa:

*"Andueia Batonis emit mancipioque accepit domus partem dimidiam, interantibus partem dextram, quae est Alburno Maiori vico Pirustarum inter adfines Platorem Acceptianum et ingenum Callisti filium denariis trecentis de Veturio Valente. Ea domus partem dimidiam q.d.a. cum suis saepibus saepimentis, finibus, aditibus, claustris fenestris, ita uti clao fixsa et optima maxima est. "Andueia Batonis habere recte liceat."*²¹²

Hemos hallado otro caso de inserción de esta cláusula en la *Formula Baetica*, en una *fiducia cum servo contracta*:

*"Dama L. Titii servus fundum Baianum, qui est in agro qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi, uti optimus maximusque esset, HS nummo I et hominem Midam HS nummo I fidi fiduciae causa mancipio accepit ab L. Baiano, libripende antestatus est. Adfines fundo dixit L. Baianus L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet."*²¹³

En un fragmento de la obra *De lege agraria* (III, 2) de Cicerón, también se hace mención de la palabra *optimo* utilizada para expresar que los predios no están sujetos a servidumbres:

*"Optimo enim jure ea sunt profecto praedia, quae optima conditione sunt. Libera, meliore jure sunt, quam serva:capite hoc, omnia, quae serviebant, non servient. Soluta meliore in causa sunt, quam obligata: eodem capite obligata omnia, si modo sullana sunt, liberabuntur"*²¹⁴.

Radke respecto a esta cláusula dice que fue utilizada por diversos autores durante siglos como podremos comprobar pero se sustituyó por otras, como por ejemplo la expresión

²¹¹ Georgesco, V.A. "Optimus si optimus maximus in tehnica juridica romana: optima lex, optimum ius, fundus optimus maximusque", *Studii Clasice* 10 (1968), pág. 199: "Sa ilustram prin textele de care dispunem aceasta evolutie. Vom începe cu pretiosul text al gramaticului Siculus Flaccus (sec.II e.n.) care ne spune următoarele: "La toate agoarele (agri) dreptul de trecere (iter) este liber. Caci uneori dreptul de trecere peste ogoare straine va fi prestat când lipsesc drumurile vicinale. Ba unii chiar convin în mod special sa presteze o servitute terenurilor la care este necesar sa treaca peste ogorul lor. Caci un astfel de drept este cuprins si în aceste cuvinte: ita uti optimus maximusque est. Caci se obisnuieste sa se faca sa treaca si dreptul de aqueduct prin ogoare straine."

²¹² *Emptio Domus* (a. 159) Trípticos de Transilvania, *Fontes Iuris romani Antejustiniani*, pars tertia, *Negotia*, ed. Vic. A. Ruiz Florentiae 1968, pág. 290.

²¹³ *Formula Baetica*, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, pars tertia, *Negotia* ed. V. A. Ruiz Florentiae 1968, pág. 296.

²¹⁴ Caqueray de, G.F.M. "Explication des passages de droit privé contenus dans les oeuvres de Cicéron". *Scientia Verlag Aalen* 1969. Réimpression de l'édition Paris 1857, pág. 324: "le fonds que l'on possède au meilleur titre, est certainement celui qui est libre. Ces héritages sont préférables à ceux qui sont en état de servitude"

*liberum*²¹⁵.

Hemos encontrado varios textos del Digesto en relación con la cláusula *optimus maximusque* referida a las servidumbres prediales. Algunos de estos fragmentos nos explican su significado, como los tres siguientes: cuando se transmite un fundo *uti optimus maximusque* se quiere expresar que el fundo está libre de servidumbres, equivale pues a la declaración *liberum*.

1. Celsus D.18,1,59 *libro octavo digestorum*:

*"Cum venderes fundum, non dixisti ita ut optimus maximusque: verum est, quod Quinto Mucio*²¹⁶ *placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere. idem et in urbanis praediis dicendum est."*

El caso plantea el supuesto donde el vendedor no formula la declaración *optimus maximusque*. Por tanto el fundo debe entregarse tal como esta, y esto no sólo se aplica a los fundos rústicos sino también a los predios urbanos

Este texto pertenece a la rúbrica *empti venditi*²¹⁷.

En la *emptio venditio* tenemos que diferenciar la obligación de la entrega, de la obligación de garantizar la pacífica posesión. La expresión *praestari oportere* esta referida a la obligación de la entrega.

Gaius D.30,69,3 *libro secundo de legatis ad edictum praetoris*:

"Si fundus qui legatus est servitutem debeat impositam, qualis est, dari debet: quod si ita legatus sit 'uti optimus maximusque', liber praestandus est."

El texto, según Lenel, corresponde a la rúbrica *De legatis*.²¹⁸

El heredero debe entregar el fundo tal como está, pero si el testador ha añadido la cláusula *optimus maximusque* tiene la obligación de entregar libre el fundo al legatario, siendo la responsabilidad del heredero *ex testamento*. Estamos ante un caso de un legado *per damnationem* y el heredero deberá liberar el fundo de servidumbres²¹⁹.

²¹⁵ Radke, G. "Iuppiter Maximus", RHD 1986, pág. 12: "Les auteurs du Digeste qui parlent des terrains ou des édifices nommés "optimi maximique" appartiennent, il est vrai, au premier siècle (Proculus), au deuxième siècle (Celsus, Gaius, Venuleius, Neratius) et au début du troisième siècle de l'ère chrétienne (Paulus, Papinianus, Tryphoninus, Ulpianus). Quoique cela puisse paraître trop récent pour appuyer sur ces témoignages l'interprétation du nom d'un dieu archaïque, il faut tenir compte de deux arguments qui justifient cet essai: d'abord l'expression "optimus maximusque" ne se trouve que dans un nombre d'occurrences très limité, ce qui veut dire qu'elle était déjà obsolète et remplacée par d'autres formules."

²¹⁶ Radke, G. "Iuppiter Optimus Maximus", RHD 1986, pag 12: "deuxièmement les jurisconsultes Celsus et Venuleius s'autorisent de l'opinion de Quintus Mucius qu'ils citent par son nom. Peu importe qu'ils parlent du pontife ou de l'augure ainsi appelés puisque leurs activités placent l'un et l'autre de ces deux Quintus Mucius dans les dernières années du deuxième siècle avant J.C., peut-être dans les premières du premier siècle, mais en tout cas, d'une façon certaine, à une époque antérieure à la reconstruction du temple capitolin de Iuppiter optimus maximus en 69 avant J.C."

²¹⁷ Lenel, Palingenesia I, col. 140 frag. 75 del libro VIII del Digesto de Celso.

²¹⁸ Lenel, Palingenesia I, colum. 183, frag. 16.

²¹⁹ Voci, P., "Diritto Ereditario Romano", Volume II, Milano 1963, pág. 274: "Il legato di fundus optimus

Si el testador no declara nada, el legatario adquiere la cosa legada tal como esté, si tiene servidumbres que la gravan se transmite con ellas, el heredero no tiene la obligación en tal caso de liberar el fundo²²⁰.

2. Paulus D.50,16,169 *Libro quinto ad Sabinum*

"Non tantum in traditionibus, sed et in emptionibus et stipulationibus et testamentis²²¹ adiectio haec uti optimus maximusque²²² est hoc significat, ut liberum praestetur praedium, non ut etiam servitutes ei debeantur."

Paulo enumera diferentes actos jurídicos en los que se puede incluir la cláusula *optimus maximusque*. Esta declaración no significa que se le deban servidumbres, sino que el predio se entregará libre. Esta obligación afecta al deber de transmitir la propiedad (la *datio*) del fundo *optimus maximusque*.

Este texto pertenece a la rúbrica de *mancipatione (?) De servitutibus recipiendis et imponendis*²²³. Este título es indicativo de que se está tratando del hecho de sacar o imponer servidumbres a raíz de una cláusula o declaración.

Concretamente hace referencia a la acción de liberar la servidumbre que no se tiene por qué soportar, precisamente por la inclusión de la cláusula *optimus maximusque*.

La cláusula *optimus maximusque* se puede añadir, como muestra el texto, a toda clase de actos jurídicos. Según que acto se haya efectuado *-mancipatio [traditionibus] <mancipationibus >, emptio venditio, stipulatio*, la acción para exigir el cumplimiento será diferente. Ahora bien, si se realiza una *mancipatio*, y no se puede liberar la servidumbre, entonces se responderá por *auctoritas*. Sargenti no admite que esta cláusula pueda generar responsabilidad por evicción²²⁴.

maximus è come quello di fundus instructus; inoltre importa, se disposto per damnationem, la liberazione dalle servitù che gravano su di esso."

²²⁰ Voci, P. "Diritto Ereditario Romano" II, pág. 254: "Il legatario consegue la cosa con inerenti le servitù che gravano su di essa: l'erede non ha obblighi di riscatto, a meno che il testatore non glielo abbia imposto".

²²¹ Un texto de Paulo nos da una interpretación de la clausula *optimus maximusque* en relación a los testamentos: Paulus D.50,16,163 libro secundo ad Sabinum: "Illa verba "optimus maximusque" vel in eum cadere possunt, qui solus est. sic et circa edictum praetoris "suprema tabulae" habentur et solae".

²²² Georgesco, V.A. "Optimus si optimus maximus în tehnica juridica romana: Optima lex, optimum ius, fundus optimus maximusque" pág. 201-202. Georgesco piensa que esta clausula se fundamenta en el *Ius Quiritium*: "Din text resulta ca pentru vechiul act al mancipatiunii (înlocuit în Digeste prin traditio) controversa era mai puțin apriga decât pentru vânzari, stipulatii de garantie si testamente, ceea ce învederează ca este vorba de o veche lex mancipi, curenta în caz de mancipatio, si ca Q. Mucius si Sabinus se ocupasera numai de aceasta clauza, iar ulterior s-a pus problema daca aceeasi interpretare restrictiva este valabila si pentru o vânzare consensuala, o stipulatie sau un testament. Este un indiciu de vechimea clauzei, care apartinea probabil fondului de notiuni ale lui *Ius Quiritium*".

²²³ Lenel, Palingenesia I, col. 1264, frag. 1700.

²²⁴ Sargenti, M. "Per una revisione della nozione dell'auctoritas", pág. 35: "L'adiectio "uti optimus maximus est" significava ut liberum praestetur praedium, creava, cioè, una particolare obbligazione che per i romani non rientrava, eppure quando si fosse fatto uso della clausola specifica, nel quadro dell'evizione, anche perché non era limitata al caso della compravendita (e rispettivamente della mancipatio), e che dava luogo ad azioni di diverso contenuto, secondo che la garanzia si accompagnasse ad una stipulatio, ad un testamentum o ad una compravendita."

Si se realiza en la *emptio venditio* tiene carácter de *pactum adiectum in continenti*. La *actio empti* servirá para exigir el cumplimiento del pacto.

3. Ulpianus D.50,16,90 *Libro vicensimo septimo ad Sabinum*:

"Qui uti optimae maximaeque sunt aedes tradit, non hoc dicit servitutem illis deberi, sed illud solum ipsas aedes liberas esse, hoc est nulli servire."

Lenel indica que este texto pertenece al *libro vicensimo octavo ad Sabinum* en la rúbrica "*de mancipatione*" (?) *De servitutibus recipiendis et imponendis*²²⁵.

En el presente trabajo nos planteamos determinar qué tipo de responsabilidad genera esta cláusula. Ante todo, parece evidente que ello dependerá del acto jurídico en que se incluya.

Cuando se ha declarado en la *mancipatio* que un fundo se transmite *optimus maximusque* y existen servidumbres pasivas la responsabilidad será exigible por la *actio de auctoritate*. En la *emptio venditio*, por su parte, la responsabilidad se exigirá con la *actio empti* en principio considerando la cláusula *optimus maximusque* como un *pactum adiectum*, o basándose en el dolo del vendedor. De todos modos, será el análisis de los distintos supuestos encontrados los que permitirán conocer el alcance y régimen jurídico de la responsabilidad, en cada caso.

²²⁵ Lenel, Palingenesia II, col. 1117, frag. 2705

VII
CASOS DE TRANSMISIÓN DE UN FUNDO
CON SERVIDUMBRES QUE LO GRAVAN

Caso primero

Proculus D.50,16,126, *libro sexto epistularum*:

"Si cum fundum tibi darem legem ita dixi uti optimus maximusque esset et adieci "ius fundi deterius factum"²²⁶ non esse per dominum praestabitur", amplius eo praestabitur nihil, etiamsi prior pars, qua scriptum est "ut optimus maximusque sit" liberum esse significat eoque, si posterior pars adiecta non esset, liberum praestare deberem. Tamen inferiore parte satis me liberatum puto, quod ad iura attinet, ne quid aliud praestare debeam, quam ius fundi per dominum deterius factum non esse."²²⁷

Caso planteado:

- Si en una *mancipatio* de un fundo, una *lex dicta* contiene dos cláusulas *uti optimus maximusque esset* y *ius fundi deterius factum non esse per dominum praestabitur* se aplicará sólo la segunda.
- Si se incluye la primera cláusula solamente, se garantiza que el fundo era libre.
- La segunda cláusula garantiza que el vendedor no ha perjudicado la situación del fundo.

Este fragmento de Próculo pertenece al *libro sexto epistularum* que contiene otros pasajes que tratan de la preferencia en la aplicación de las disposiciones de mayor alcance sobre las de contenido más restringido²²⁸ y de la ineficacia de la inclusión de algunas cláusulas.²²⁹

Si se declaran las dos cláusulas y es de aplicación tan sólo la segunda, podemos deducir que la segunda es más genérica, más amplia.

La segunda cláusula se refiere a los actos que ha podido efectuar el vendedor que supongan un deterioro del fundo, por ejemplo el *vendedor* ha podido perjudicar al comprador renunciando a una servidumbre activa o imponiendo una servidumbre pasiva.

En cambio la cláusula *optimus maximusque esset* se refiere solamente a la situación del fundo en cuanto a si estaba libre de servidumbres en el momento de la *mancipatio*. Próculo recoge el sentido que se dió a la cláusula *optimus maximusque* a partir de Mucio Escévola, que la reservó para expresar que el fundo no estaba gravado con servidumbres. En cierto sentido esta clausula es más amplia que la otra porque no se refiere sólo a los hechos de vendedor.

²²⁶ Esta expresión -que no reviste la forma de clausula- también la hallamos en un texto de Papiniano, donde se habla de evicción: Papinianus D.21.2.64 pr.libro septimo quaestionum: "Ex mille iugeribus traditis ducenta flumen abstulit. si postea pro indiviso ducenta evincatur, duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta praestabitur: nam quod perit, damnum emptori, non venditori attulit, si totus fundus, quem flumen deminuerat evictus sit, iure non deminuetur evictionis obligatio, non magis quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit: nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta".

²²⁷ Index Interpolationum, se ha señalado la siguiente interpolación por varios autores: tibi dare por Longo, Lenel, Beseler.

²²⁸ Gaius D.50,17,147 libro vicesimo quarto ad edictum provinciale: Semper specialia generalibus insunt."

²²⁹ Lenel, Palingenesia II, columna 164, frag.23. Los otros textos incluidos en este libro son 18.1.68 y 31.47.

Si el vendedor garantiza que no ha disminuido el valor del fundo, con ello implícitamente se está diciendo que no lo gravará con una servidumbre. Por tanto, esta cláusula contiene la primera, y además es una garantía que asegura al comprador contra hechos del vendedor que puedan disminuir el valor del fundo.

La expresión *ius fundi per dominum deterius non factum* en relación a las servidumbres prediales, la podemos entender en dos sentidos:

a) que el propietario del fundo no ha disminuido su valor gravándolo con servidumbres.

b) que el propietario no ha disminuido su valor renunciando a las servidumbres que existían a favor del fundo, como se puede deducir indirectamente del texto siguiente de Juliano, donde se halla la expresión *ius fundi deterius factum*, sin que sea una cláusula de garantía.

Iulianus D.23,5,7,1 libro XVI Digestorum

"Sed cum uxor fundum, cui praedia viri servitutem debebant, in dotem dat, fundus ad maritum pervenit amissa servitute; et ideo non potest videri per maritum ius fundi deterius factum. Quid ergo est? Officio de dote iudicantis continebitur, ut redintegrata servitute iubeat fundum mulieri vel heredi eius reddi."

Pensamos que la solución más justa sería compatibilizar las dos cláusulas, La aplicación de la segunda cláusula no tiene por qué suponer la exclusión de la primera.

Caso segundo

Neratius D.21,2,48 *libro sexto membranarum*:

Cum fundus uti ²³⁰ *optimus maximusque est emptus est et alicuius servitutis evictae nomine* ²³¹ *aliquid emptor a venditore consecutus est, deinde totus fundus evincitur, ob eam evictionem id praestari debet quod ex duplo reliquum est: nam si aliud observabimus, servitutibus aliquibus et mox proprietate evicta amplius duplo emptor quam quanti emit consequeretur.*

- El caso planteado trata de una transmisión de un fundo donde el vendedor declara que lo entrega *uti optimus maximusque est*.

- Primeramente se produce la evicción de una servidumbre y a continuación tiene lugar la evicción de la propiedad.

- La cuestión que se plantea es qué cantidad debe pagar el vendedor a causa de estas dos evicciones, para que el vendedor no tenga que pagar más del doble del precio.

- La solución que se presenta en el texto es que se tiene que pagar lo que resta del duplo.

El fragmento pertenece al libro VI de Neracio²³² donde Lenel nos remite a cinco textos de Ulpiano del libro XXXII ad edictum: D.19,1,11,7 a 11,13²³³. En estos textos se da la opinión de Neracio, y además en uno de los fragmentos se nos dice que la estimación se hace basándose en la deducción de lo pagado que sería el criterio adoptado en el caso que estamos comentando:

Ulpianus D.19,1,11,10 *libro XXXII ad Edictum*:

Idem Neratius, propter omnia haec satis esse, quod plurimum est, praestari, id est, ut sequentibus actionibus deducto eo, quod praestitum est, lis aestimetur.

Aplicándolo al fragmento de Neracio D.21,2,48: Si primero se reclaman las servidumbres y después la propiedad del fundo se debe deducir en el caso de la evicción de la propiedad, la cantidad pagada anteriormente por la evicción de las servidumbres.

Si se reclama en primer lugar la servidumbre y después la propiedad no obstará la excepción de cosa juzgada porque se trata de restituciones dispares, como se expresa en el texto de Paulo:

Paulus D.44,1,17 *libro septuagesimo ad edictum*:

"Sed si ante viam, deinde fundum Titianum petet, quia et diversa corpora ²³⁴ *sunt et*

²³⁰ El contenido de la lex en este caso tiene un sentido afirmativo, "ut" "uti", "ne" negativo, como lo expresa Georgesco, V.A. "Essai d'une théorie Générale des "leges privatae". Thèse pour le doctorat, Paris 1932, pág. 20: "Le contenu de la Lex peut être exprimé sous une forme affirmative"

²³¹ Voz nomine significa "en base" según HeummanSeckel, Handlexikon.

²³² Lenel, Palingenesia I, col. 771, frag. 45.

²³³ Estos textos conciernen a la actio empti pero se refieren a la venta de esclavos.

²³⁴ Corpora sunt; en la glosa de Accursio se dice "id est res" nulla servitus est corporea. Como sinónimo de res objeto de litigio.

causae restitutionum dispares, non nocebit exceptio."

En la época de Neracio, las obligaciones del vendedor en la *emptio venditio* son la *vacua possessio tradere* y *purgari dolo malo*. Como en esta época la *emptio venditio* todavía no obligaba a garantizar la pacífica posesión, hemos de deducir que la responsabilidad por evicción sólo se generaba en virtud de la *mancipatio*.

La *mancipatio* es la forma normal de transmitir un fundo Itálico. Por lo que en este caso, la responsabilidad por evicción de la propiedad que tiene lugar será reclamable con la *actio de auctoritate*.

Por tanto hemos de distinguir:

- En este caso, primeramente nace una responsabilidad respecto a las servidumbres por la declaración que se ha emitido en la *mancipatio*.
- Posteriormente una responsabilidad que dimana también de la *mancipatio* por la evicción de la propiedad.

En cuanto a la responsabilidad total podemos aplicar lo que nos indica Neracio en el texto de Ulpiano D.19,1,11,10: se tiene que deducir lo que primeramente se ha pagado del total a pagar. En consecuencia, del doble del precio de la cosa que sería la cantidad a pagar por la evicción de todo el fundo, se ha de restar lo pagado en concepto de pena por la existencia de una servidumbre.

Si se trata de la transmisión de un fundo itálico la forma utilizada generalmente es la *mancipatio*. Este negocio jurídico genera una responsabilidad, la *auctoritas*, cuando tiene lugar la evicción de la propiedad, de un derecho de usufructo o de una servidumbre. Respecto de las servidumbres se requiere una declaración, en este caso es *uti optimus maximusque* y es ésta cláusula, expresada como *lex dicta*, la que obliga al *mancipio dans*.

Estamos ante un caso de responsabilidad por *auctoritas*, nacida de la *mancipatio*, y no se trata de una responsabilidad derivada de la *emptio venditio*:

- a) Porque se menciona el doble del precio y no se hace ninguna alusión al *id quod interest* que sería la indemnización exigible mediante la *actio empti*.
- b) La responsabilidad por la evicción del fundo no se puede fundamentar en la *emptio venditio* porque en este período todavía no existía la obligación de garantizar la pacífica posesión de la cosa.
- c) No es una responsabilidad que nace de la *stipulatio duplae* porque no parece probable que mediante ella se pudiera contraer una responsabilidad por la evicción de servidumbres, aunque algunos autores lo admitan²³⁵.

En este texto de Neracio, el comprador de un fundo es vencido respecto a una servidumbre. El vendedor, a raíz de esta evicción, es obligado a pagar el doble del valor de la servidumbre. La estimación se hace sobre la base del menor precio que habría pagado el comprador del fundo a causa de la existencia de la servidumbre. Se tendrá que pagar el doble del

²³⁵ Knütel, R. "Der mehrfache Verfall von Kauttionen" ZSS 82 (1975) 1975, pág. 137 "Der Käufer eines nach bestem Rechte, d.h. servitutenfrei, veräußerten Grundstückes war einer vindicatio servitutis ausgesetzt und ist unterlegen. Wegen dieses Rechtsmangels nahm er den Verkäufer aus der stipulatio duplae in Anspruch und erstritt das Doppelte des Betrages, um den er bei Kenntnis der Servitut das Grundstück geringer gekauft hätte."

menor precio del fundo por la existencia del gravamen.

A continuación, el comprador es vencido respecto a la propiedad y el vendedor tiene que pagar el doble del precio del fundo. Si él paga de esta manera, el comprador recibirá más del doble del precio de la cosa y por esta razón la solución que nos da el texto en relación a la segunda evicción es que el vendedor debe solamente dar lo que queda del doble. El hecho de que se deba pagar el doble responde al carácter penal de la *auctoritas*, fijándose la pena en el doble del precio, que es el máximo establecido.

Respecto al texto de D.21,2,48 de Neracio, Sargenti niega que pueda existir esta responsabilidad por *auctoritas* y menos que se aplique esta disminución por la existencia de la servidumbre respecto a la pena²³⁶.

Ya se ha demostrado que la responsabilidad por la evicción de la propiedad es por *auctoritas*, por los argumentos expuestos, además si se ha hecho la declaración *uti optimus maximusque est* en la *mancipatio*, la responsabilidad que nace por la existencia de servidumbres también es por *auctoritas*. En cuanto a la deducción que se aplica, es lógica teniendo en cuenta que el límite de la pena es el *duplum*, no pudiéndose sobrepasar tal condena.

²³⁶ Sargenti, M. "Per una revisione della nozione dell'auctoritas". Studi in Onore di Emilio Betti. IV, 1962, pags 3637: "Al contrario, se il duplum fosse quello dell'actio auctoritatis, cioè fosse la poena dupli che viene ipotizzata per questa azione, sarebbe impossibile pensare, come fa Nerazio, a detrarne quanto già fosse stato pagato a titolo di risarcimento per l'esistenza di una servitù. La pena resta tale, ed è dovuta nella sua interezza per effetto del fatto lesivo al quale è connessa, ed assurdo sarebbe diminuirla perchè una parte de la somma a cui è commisurata è stata, per avventura, ottenuta in relazione ad una ben diversa fattispecie."

Caso tercero

Venuleius D.21,2,75 libro sexto decimo stipulationum

Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae²³⁷ sunt et vindicentur ab alio²³⁸, Quintus Mucius et Sabinus existimant venditorem ob evictionem teneri non posse: nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere: nisi ut optimus maximusque²³⁹ esset traditus²⁴⁰ fuerit fundus: tunc enim liberum ab omni servitute praestandum.²⁴¹ si vero emptor petat²⁴² viam vel actum, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit accessurum iter vel actum: tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. et vera est Quinti Muci sententia, ut qui optimum maximumque fundum tradidit, liberum praestet,²⁴³ non etiam deberi alias servitutes, nisi hoc specialiter ab eo accessum sit.²⁴⁴

Caso planteado:

- En cuanto a las servidumbres prediales que siguen tácitamente cuando se transmite un fundo, Quinto Mucio y Sabino piensan que si son reclamadas por otro, el vendedor no responderá por evicción. El vendedor no se obligará por evicción de un derecho que suele tácitamente acceder.
- Si se entrega el fundo *optimus maximusque* como mejor y mayor esté, entonces se prestará libre de servidumbres.
- Si el comprador pide el derecho de camino y paso de ganado sobre un fundo vecino, el vendedor no responde, a no ser que hubiera dicho expresamente que accedería el derecho de paso y camino, entonces está obligado por lo que ha declarado.
- Quien entrega un fundo *optimus maximusque* debe prestarlo libre. Ello no significa que se le deban constituir servidumbres a su favor sobre un fundo vecino. Sólo se responderá si especialmente se declara que ciertas servidumbres acompañarán al fundo.

²³⁷ Igualmente se tendría que saber en qué sentido se expresa "secutae" si en el activo o pasivo, es decir habría que precisar si se refiere a las servidumbres que siguen pasivas o activas. Parece ser que esta palabra se utiliza de forma genérica en los dos sentidos: voz sequi Handlexikon de Heumann-Seckel. Paulus D.8,4,12: "servitutes sequuntur"

²³⁸ "ab alio", "por otro", se entiende en el sentido que no es el comprador sino un tercero el que reclama las servidumbres, por tanto partiendo de esta interpretación, en este primer párrafo se contempla el caso de la reclamación de servidumbres pasivas.

²³⁹ Georgesco, V.A. "Optimus si optimus maximus în tehnica juridica romana: optima lex, optimum ius, fundus optimus maximusque", Studii Clasice 10 (1968), pág. 200: "Venuleius se refera expres la Q. Mucius Scaevola si la Sabinus, cea ce dovedeste ca acesti jurisconsulti celebri contribuiseră la fixarea în acest sens exclusivist si individualist a clauzei fundus optimus maximus."

²⁴⁰ Index Interpolationum: Lenel observa interpolado [traditus]; [tradit]; [evictionis].

²⁴¹ Index Interpolationum: Nisi ut optimus maximusque esset traditus fuerit fundus: tunc enim liberum ab omni servitute praestandum observada por Bremer, Rabel, Seckel.

²⁴² Es importante poner de relieve que se utilizan distintos términos para designar la reclamación de las servidumbres y el derecho de usufructo como señala Grosso: "come verosimilmente il termine vindicatio sia originario solo per le servitù, mentre per l'usufrutto dovè da principio parlarsi di petitio". Grosso, G. "Usufrutto e figure affini nel diritto romano", seconda edizione ampliata, G. Giappichelli Editore, Torino 1958, pág. 14, 15.

²⁴³ Voz Praestare, Heumann-Seckel Handlexikon, zu den Quellen des römischen Rechts" 2) fur etwas Gewähr leisten, ein haften, ein stehen=responsabilizarse.

²⁴⁴ Respecto a la última frase "nisi hoc specialiter ab eo accessum sit", hay que señalar que en la redacción de la Basilica, pág. 326, en vez de "accessum" nos encontramos con un término griego que equivale a "conventum".

Lo que nos podría inducir a equívocos es que este fragmento de Venuleyo está incluido en la obra titulada *De stipulationibus*. Ello podría llevar a pensar que estamos delante de una responsabilidad derivada de una estipulación, no siendo así²⁴⁵.

En la Palingenesia de Lenel se nos remite al Edicto Perpetuo 290 concretamente al título *De auctoritate*²⁴⁶.

En este fragmento tanto se puede tratar de la responsabilidad por evicción en virtud de la *auctoritas* como de la responsabilidad en virtud de la *emptio venditio*, pero nos inclinamos por la tesis de que se trata de un caso de *auctoritas*.

Entendemos que *ab alio*, "por otro", puede referirse a un tercero, a un vecino; *ab alio* lo tenemos que contraponer al comprador.

El fragmento trata de la evicción tanto de las servidumbres activas como de las pasivas. En el inicio del texto se habla tanto de las activas como de las pasivas, a continuación sólo de las pasivas -*ab alio* - después de las activas y al final vuelve a referirse a las activas y pasivas.

Primeramente tenemos que determinar a qué derechos se está refiriendo la frase *nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere*. Se trata de las servidumbres prediales, que en este texto se contraponen a otros *iura in re aliena* que tienen que declararse en el momento de la transmisión, como por ejemplo, el usufructo. Ello nos induce a pensar que el régimen jurídico en cuanto a la evicción es diferente, principalmente por la nota de accesoriedad de las servidumbres. Las servidumbres son derechos accesorios a los fundos, son cualidades objetivas que se transmiten necesariamente con el fundo²⁴⁷, el derecho de usufructo es personalísimo y, como máximo, permanece hasta la muerte del usufructuario.

Rabel restringe el término *accessurum* a las servidumbres activas²⁴⁸.

Parece que es más propio hablar de *accedere* en relación a las servidumbres activas que a las pasivas, ya que el significado etimológico de *accedere* es accesorio, de aumento, y significaría añadir. Pero aunque, como hemos señalado, este término se esté refiriendo a la nota de accesoriedad que caracteriza a las servidumbres, ello no obsta para que el vendedor sea el principal interesado en declarar la existencia de servidumbres a favor, o la inexistencia

²⁴⁵ Ankum, H. "Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium". Testo elaborato di una conferenza fatta nell'aprile 1980 all'Istituto di Diritto Romano dell'Università di Bologna ed all'Istituto di Diritto Romano e Storia del Diritto dell'Università di Trieste. pág. 778: "Venuleio ha però trattato l'auctoritas del venditore mancipante nel libro 16 della sua monografia sulle stipulationes, del quale ci sono conservati due frammenti:" nota 124 Sono D.21,2,75 e D.45,1,139, dove si deve correggere la inscriptio l.6 in l. 16 stipulationum.

²⁴⁶ Lenel, Palingenesia II, col. 1222 frag. 73, nota 8ª.

²⁴⁷ Biondi, B. " La categoria romana delle servitutes", pág. 354: "La servitù passa necessariamente ed inevitabilmente col trasferimento del dominio del fondo, come si trasferisce ogni qualità ed attributo obbiettivo del fondo. Così già Q. Mucio ammette che la servitù sia una di quelle entità che "tacite soleat accedere" (fr.75 D.21,2; Ven. XVI stip., ed Ulpiano attesta che "ius aquae transit ad emptorem, etiamsi nihil dictum sit" (fr.47 D.18,1).

²⁴⁸ Rabel "Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte" 1,Leipzig 1912, pág. 92 nota 3: "Wie konnte man nur bis in die neueste Zeit (s.z. B. noch Enault, Des conséquences de l'eviction, 1891, S.48) accedere von Passivservitutum verstehen!

de servidumbres que gravan el fundo, ya que su valoración será lógicamente mayor.

La reclamación de la servidumbre -en el caso de las pasivas- podrá ser hecha por el vecino con la *vindicatio servitutis*.

por el mismo comprador con la acción negatoria para rechazar la pretensión del vecino.

Otro punto básico es establecer la distinción entre *evictio* y responsabilidad por evicción. Una cosa es que se produzca la evicción respecto a un derecho de servidumbre del fundo transmitido y otra muy diferente es que a raíz de tal vencimiento nazca una responsabilidad por evicción a cargo del vendedor. Lo que se nos dice en este fragmento es que no siempre que se verifica un vencimiento surge esta responsabilidad, sino que han de concurrir determinadas declaraciones para que nazca. Según este texto la declaración *optimus maximusque* respecto a las pasivas y la declaración expresa de que acceden servidumbres, en el caso de las servidumbres activas.

Caso cuarto

En el siguiente texto de Ulpiano se plantea un caso en el que se niega la existencia de una servidumbre de paso y el comprador es vencido en un interdicto. La razón que se alega por la que no debe responderse por evicción, es precisamente el hecho de no haberse reclamado el derecho en una acción real. Pero sí que se exigirá responsabilidad mediante la *actio empti*:

Ulpianus D.19,1,35 libro septuagesimo ad Edictum:

"Si quis fundum emerit, quasi ²⁴⁹ per eum fundum eundi agendi ius non esset, et interdicto ²⁵⁰ 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."

Caso planteado:

- Este texto trata de una compraventa de un fundo donde el vendedor declara que no existe un derecho de paso y conducción.
- El comprador es vencido en un interdicto *de itinere actuque privato*.
- La responsabilidad por evicción no se genera porque el comprador no es vencido en una acción real.
- Pero sí que se puede exigir una responsabilidad al vendedor mediante la *actio empti*.

Este texto pertenece al título *De itinere de actuque privato*²⁵¹.

Es necesario reemplazar *stipulatio de evictione non committatur* por *auctoritas non praestetur*, interpolación observada por Ankum²⁵². La razón estriba en que, en tiempos de Justiniano la *mancipatio* no existía y por consiguiente la *actio de auctoritate* tampoco, en cambio la *stipulatio duplae* perduraba todavía, y por esta razón aparece en el texto.

Rabel señala como interpolado [*evictione*] por *<auctoritatis >*²⁵³, este autor piensa que se podría tratar de una *stipulatio auctoritatis*.

La responsabilidad por *auctoritas* nace en virtud de la *mancipatio* cuando se declara que el fundo se entrega libre, o que determinada servidumbre no existe. Efectivamente, si no

²⁴⁹ Se podría plantear la duda de si se ha emitido declaración o no respecto a la existencia de la servidumbre "eundi agendi" según el Handlexicon de HeumannSeckel, pág. 485, el término "quasi" puede indicar que ha habido declaración.

²⁵⁰ Lenel, O. "Das Edictum Perpetuum" 3. Neudruck der 3. Auflage Leipzig 1927, Scientia Verlag Aalen 1985, pág. 478: La reconstrucción por Lenel de la fórmula del interdicto es la siguiente: "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".

²⁵¹ Lenel, Palingenesia II, col. 824, frag. 1553.

²⁵² Ankum, H., "Problemi concernenti l'evizione del compratore nell diritto romano classico", pág. 603.

²⁵³ Rabel "Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte I", Leipzig 1912; en la pág. 71 comenta lo siguiente en relación a este punto: "1.35 beruhe auf der Auslegung des Stipulationszusatzes: "quasi per eum fundum eundi agendi ius non esset" unter Betonung des ius. Möglich wäre noch ein anderes. Lex 35 spricht nämlich von einer stipulatio de evictione, die sehr leicht eine stipulatio auctoritatis sein könnte".

existiera la responsabilidad por *auctoritas* respecto a las servidumbres prediales, el jurista no se molestaría en aclararnos que no procede la acción para pedir tal responsabilidad porque no se ha sido vencido en una acción real.

La expresión *quasi per eum fundum eundi agendi ius non esset* nos hace pensar que el vendedor realiza una declaración respecto a la no existencia de una servidumbre, concretamente la de paso y conducción. En virtud de esta declaración sólo se responderá de la existencia del derecho de *eundi agendi*.

Esta declaración reviste la forma de *lex dicta* efectuada en la *mancipatio*, por lo que se podría generar una responsabilidad por *auctoritas* en el caso de que se diera un vencimiento respecto al derecho de servidumbre en una acción real.

No se da tal vencimiento por medio de una *vindicatio* sino de un interdicto por lo que no se responderá por *auctoritas*. Así lo explica Ankum:

"Con l'inizio del processo interdittale manca la condizione per l'obbligo di prestare l'auctoritas, perché non fu esperita un'azione reale, e l'actio de auctoritate non può essere esperita dal compratore del fondo, perché il giudice non ha fatto una pronuntiatio sul diritto di servitù. E chiaro che questa ultima parte della frase è un altro modo per dire che non c'era "evictio" della servitù nel senso stretto²⁵⁴."

La expresión *quia non est de iure servitutis in rem actione pronuntiatum* confirma la tesis de Ankum según la cual la responsabilidad por evicción puede ser exigida por la *pronuntiatio del iudex*²⁵⁵.

Además la referencia a la *pronuntiatio* en este fragmento nos confirma también que verdaderamente existía la cláusula arbitraria en relación a las servidumbres prediales. Según Segre, la mayoría de la doctrina reconoce que existe la cláusula restitutoria respecto a las servidumbres prediales:

"È questione tuttora aperta, se nella formula petitoria delle singole azioni de servitute, sia confessoria, che negatoria, dopo l'intentio fosse contenuta la clausula restitutoria (*neque ea res...restituatur*), come lo era nella formula petitoria della *rei vindicatio*, della *hereditatis petitio*, della *vindicatio ususfructus* e *usus*.

La dottrina dominante è per l'affermativa, ma Lenel in tutte le edizioni dell'Editto, e da ultimo nella terza persiste nell'opinione opposta²⁵⁶.

Para que nazca la responsabilidad por *auctoritas* respecto a las servidumbres también

²⁵⁴ Ankum, H., "Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico, la relazione fra le azioni spettanti al compratore per l'evizione: actio de auctoritate, actio ex stipulatu basata su una stipulatio de evictione e actio empti", Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, Milano 1991, pág. 603.

²⁵⁵ Ankum, H., "Alcuni Problemi concernenti la responsabilità per evizione del venditore nel diritto romano classico", pág. 6: "Secondo i giuristi classici si parla già dell'evicta esse della cosa, quando el giudice nella sua pronuntiatio ha dato ragione all'attore e ha accordato al convenuto l'occasione di evitare di essere condannato al pagamento della litis aestimatio mediante l'abbandono della cosa all'attore".

²⁵⁶ Segre, G. "La clausola restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formule delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi", pág. 36.

es suficiente la *pronuntiatio* del *iudex*. A partir del momento en que el juez reconoce mediante la *pronuntiatio* que el vecino tiene razón, el comprador puede optar entre tolerar la servidumbre o pagar la *litis aestimatio*. Segré nos explica el contenido del *restituere*:

"mentre nelle azioni di servitù *restituere* significa il ripristino dello stato di fatto corrispondente al diritto, di cui fu impedito o reso impossibile il congruo esercizio, o, rispettivamente, alla proprietà libera dalla servitù usurpata."²⁵⁷

La responsabilidad por evicción (*auctoritas*) existe porque de manera implícita el jurista la admite cuando niega la *actio de auctoritate* al comprador porque no es vencido en una acción real: la *vindicatio servitutis*.

Es posible que la base de la *actio empti*, sea el dolo del vendedor. Es también probable que el vendedor haya garantizado mediante un *pactum adiectum* la ausencia de una servidumbre de *iter* y de *actus*. Así pues de la *emptio venditio* puede dimanar una responsabilidad fundada en el *pactum adiectum* sobre la ausencia del *ius eundi agendi*, o bien una responsabilidad a causa del *dolus* del vendedor.

La *actio empti* tiene carácter subsidiario respecto a la *actio de auctoritate*. Al no ser posible ejercitar esta última en el caso que tratamos, la responsabilidad por la existencia de la servidumbre se podrá exigir con la *actio empti*, creemos que lo más verosímil es que sea por el dolo del vendedor que ante la pregunta del comprador niega la existencia del *ius eundi agendi*.

El siguiente texto de Ulpiano trata del interdicto de paso cuando se ha vendido el fundo y el comprador impide el ejercicio de este derecho, pero no aborda el tema de la responsabilidad del vendedor:

Ulpianus D.43,19,3 pr. *libro septuagensimo ad edictum*.

"*Inde etiam illud Labeo scribit: si, cum a me recte via utebaris, fundum vendidero, per quem utebaris, deinde emptor te prohibuit: licet clam videaris ab eo uti(nam qui prohibitus utitur, clam utitur), tamen interdictum tibi competere intra annum, quia hoc anno non vi non clam non precario usus es.*"

El titular de la servidumbre la ha ejercitado durante el mayor tiempo del año *nec vi, nec clam, nec precario*²⁵⁸.

Los interdictos no se basan en la existencia del derecho, en este caso la servidumbre, sino que sólo sirven como antesala preparatoria de la *vindicatio servitutis*²⁵⁹.

²⁵⁷ Segrè, G. "La clausula restitutiva nelle azioni "de servitutibus" e le formule delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi", pág. 36.

²⁵⁸ Celsus D.43,19,7 libro XXV Digestorum: "Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario comieavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed, si prohiberetur non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque; nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedissee oportet".

²⁵⁹ Kaser, M., "Römisches Privatrecht", 16 Auflage, München 1992, pág. 134. Kaser respecto a los interdictos comenta lo siguiente: "Die faktische Ausübung des Inhalts einer Servitut (z.B. durch Benutzung eines Weges, einer Wasserleitung usw.) wird ferner durch eine Reihe prohibitorischer Interdikte geschützt (z.B. de itinere actuque privato, de aqua usw.). Sie setzen den Bestand der Servitut nicht voraus, kommen also auch Nichtberechtigten zugute. Indem die meisten von ihnen fehlerfreie Ausübung (nec vi nec clam nec precario)

Fernández interpreta este texto partiendo de que la servidumbre se constituyó por medio de una *stipulatio* y no por medio de la *mancipatio* ²⁶⁰

verlangen, dienen diese Interdikte ebenso zur Vorbereitung der vindicatio servitutis wie die Besitzinterdikte zur Vorbereitung der rei vindicatio."

²⁶⁰ Fernández, A., "Un caso especial de "possessio iuris" en D. 19.1.35" Revista de Derecho Privado pág. 459, 1981: "Parece que con el interdicto se defendía el ejercicio de hecho de la servitus, y ello constituía una possessio iuris. Este hecho supone que el ejercitante de la servitus tenía una iusta causa possessionis, quizá por haber adquirido la servitus por medio de la stipulatio. Podría, en consecuencia, utilizar la actio Publiciana frente al dueño del fundo."

Caso quinto

Ulpianus D.19,1,1,1 *Libro vicesimo octavo ad Sabinum*

"Venditor si, cum sciret deberi, servitutem celavit, non evadet ex empto actionem, si modo eam rem emptor ignoravit: omnia enim quae contra bonam fidem fiunt veniunt in empti actionem. sed scire venditorem et celare sic accipimus, non solum si non admonuit, sed et si negavit servitutem istam deberi, cum esset ab eo quaesitum. sed et si proponas eum ita dixisse. "nulla quidem servitus debetur, verum, ne emergat inopinata servitus, non teneor", puto eum ex empto teneri, quia servitus debebantur, et sciisset; sed si id egit, ne cognosceret emptor, aliquam servitutem deberi, opinor, eum ex empto teneri. Et generaliter dixerim, si improbato more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri, non si securitati suae prospectum voluit. Haec ita vera sunt, si emptor ignoravit servitudes, quia non videtur, esse celatus qui scit neque certiorari debuit, qui non ignoravit."

Caso que plantea el texto:

- ¿Qué responsabilidad tendrá el vendedor de un fundo con servidumbres?

a) Si conociéndolas, las oculta, es decir si no advierte al comprador o niega su existencia responderá con la *actio empti*, a no ser que el comprador las conozca. Ésto porque la *emptio venditio* es un contrato de buena fe.

b) Si el vendedor declara "no se debe ninguna servidumbre y aunque aparezca una, no estoy obligado" igualmente debe responder si conoce la existencia de tal servidumbre, por el mismo principio de la buena fe.

c) Si hizo algo para que el comprador se pensara que no existía servidumbre también está obligado con la *actio empti*.

d) En general, se puede decir que si el vendedor oculta la servidumbre está obligado, a no ser que ignore su existencia y añada esta cláusula con la finalidad de asegurar su no responsabilidad.

e) Si el comprador conoce la existencia de las servidumbres, no se considera que hubo ocultación y, por tanto, el vendedor no responde.

Este texto pertenece a la rúbrica *de contrahenda emptione*²⁶¹. Así pues, estamos ante una responsabilidad que nace de la *emptio venditio*.

La responsabilidad que se hace exigible mediante la *actio empti* se genera porque el vendedor está obligado a declarar las servidumbres pasivas que él conoce. La obligación de declarar las servidumbres prediales responde a la idea de buena fe de la *emptio venditio*²⁶².

Si conoce su existencia y las oculta entonces responde por dolo. Ésto en base a uno de

²⁶¹ Lenel, Palingenesia II, col.1120, frag. 2716.

²⁶² Daube, D. "Utiliter agere", pág. 104: "There are - to give one example - several texts shewing (99) that between Cicero and the major classics *actio empti* was extended to cases of fraudulent non-disclosure of defects in movable: that meant a working out of what constitutes a breach of bona fides, and the action is invariably *actio empti* proper, not a *utilis* modification. *Omnia enim, says Ulpian(100), quae contra bona fidem fiunt veniunt in empti actionem*".

los deberes del vendedor que es *purgari dolo malo*²⁶³.

La *mancipatio* no obliga al *mancipio dans* a declararlas, sino que sólo se responde cuando se ha emitido una declaración y se ha producido la evicción.

En la *emptio venditio* como vemos se puede generar la responsabilidad tanto cuando no se dice nada como cuando se emiten declaraciones:

1. Cuando no se hace ninguna declaración por parte del vendedor, conociendo éste la existencia. La responsabilidad se basa en el dolo.

2. Si se hace alguna declaración o acto por el vendedor (*simulare*) que induzca al comprador a creer que compra en unas determinadas condiciones que no responden a la realidad. Entonces estamos ante una responsabilidad exigible también por el dolo del vendedor

3. Si el comprador pregunta al vendedor y éste niega la existencia de una servidumbre, conociéndola, estamos ante una declaración cuya responsabilidad también se fundamenta en el *dolus* del vendedor.

4. El vendedor si declara "no debe ninguna servidumbre y si aparece una, no respondo", se libera ciertamente de la responsabilidad por evicción pero no de la responsabilidad generada por el dolo, siempre y cuando conozca su existencia. Un texto paralelo a éste donde la declaración hecha por el vendedor también equivaldría a un pacto de no responder por evicción es el perteneciente a Pomponio D.19.1.6.9²⁶⁴.

Podríamos entender que el texto se refiere a las servidumbres no visibles ya que se alude constantemente a la ocultación. Pero lo cierto es que el texto nos quiere plantear la obligación de declarar las servidumbres que pesan sobre un fundo por parte del vendedor, siempre que él las conozca, sin diferenciar las aparentes de las que no lo son, ya que tal distinción no se estableció en el Derecho romano²⁶⁵, aspecto que sí se tuvo en cuenta en los vicios materiales²⁶⁶.

Creemos que más que referirse a la apariencia, este texto trata del conocimiento por parte del comprador que es un concepto más amplio. El vendedor se exonera de tal obligación cuando la existencia de la servidumbre es conocida por el comprador.

Este conocimiento puede deberse entre otras razones a su posible apariencia pero

²⁶³ Paulus D.19,4,1 pr. libro trigesimo secundo ad edictum: "Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis.

²⁶⁴ Pomponius D.19,1,6,9: "Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset et adiectum sit "neve eo nomine quid praestaret", aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit"

²⁶⁵ Biondi, B. "Le servitù prediali nel diritto romano", pág. 197: "Le distinzioni moderne tra servitù continue e discontinue, apparenti e non apparenti, affermative e negative, non hanno esplicito riscontro nelle fonti".

²⁶⁶ Ulpianus D.21,1,14,10 Libro primo ad edictum aedilium curulium: "Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere (ut puta caecus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat vel in capite vel in alia parte corporis), eius nomine non teneri Caecilius ait, perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset: ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit".

también a otras causas, como por ejemplo se puede comprobar en:

Cicero de officiis 3,16,67: "*ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. quod si recte iudicavit, non recte frumentarius ille, non recte aedium pestilentium venditor tacuit. sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendi non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur. M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. eae serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. ius Crassus urgebat, quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari, aequitatem Antonius, quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret. quorsus haec? ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos."*

Este texto de Cicerón trata específicamente de las servidumbres prediales:

- El eje central del caso gira en torno al conocimiento que tenía el comprador Gayo Sergio Orata de la existencia de una servidumbre que gravaba la casa, ya que antes él mismo la había vendido al que ahora era el vendedor, Marco Mario Gratidiano.
- El conocimiento eximía al vendedor de responder por la existencia de tal vicio.
- El conocimiento del comprador se debía a que él anteriormente había sido propietario de la casa y por tanto sabía cual era su situación jurídica.

El conocimiento del comprador de la existencia de la servidumbre tiene mucha importancia ya que:

- a) el vendedor no tiene la obligación de declararla.
- b) como sabemos el vendedor está obligado por su dolo; si resulta que el comprador no ignora la existencia de la servidumbre, los efectos del dolo se paralizan.

Pezzana opina que la expresión *oportere praestari* es un indicio de que la responsabilidad se exige con la *actio empti*, siendo un caso de evicción y no de responsabilidad por vicios materiales²⁶⁷.

Según Impallomeni no estamos delante de un vicio oculto por la sencilla razón de que el comprador ya conocía su existencia²⁶⁸.

En el Derecho clásico el vendedor era responsable por las servidumbres en virtud de

²⁶⁷ Pezzana, A. "Sull'actio empti in alcuni testi di Cicerone" pág. 190: "Che questa controversia, del cui esito Cicerone non parla, vertesse in tema di applicazione dell'actio empti, è molto probabile; anche se non abbiamo la certezza che nel passo precedente ci dà la riproduzione di una parte della formula (quidquid sibi dare facere, ecc.) abbiamo però l'oportere praestari, che ne è prova quasi sicura. Anche qui si tratta però di una fattispecie attinente non alla materia dei vizi, ma a quella dell'evizione, nella quale rientrava anche l'ipotesi di un terzo che facesse valere sulla cosa venduta un diritto reale parziale".

²⁶⁸ Impallomeni, G., "L'Editto degli Edili Curuli", pág. 243: "ci insegna che la condanna ex empto è data per el quidquid dare facere oportet ex fide bona. Egli narra di una controversia giudiziaria: l'attore (compratore) aveva promosso azione contro il convenuto (venditore, perche quest'ultimo non aveva denunciato, conoscendola, una servitù gravante sul fondo all'atto della contrattazione. Il convenuto opponeva che nulla aveva commesso contro la buona fede, infatti il compratore, che già era stato proprietario del fondo in questione, ben conosceva l'esistenza della servitù. Non si trattava, pertanto, di difetto occulto"

la *emptio venditio*:

- Si se hacía una declaración falsa
- Si no se declara su existencia si el vendedor las conoce, a diferencia de los vicios materiales por los cuales sólo se respondía por el *dictum*. En cambio la *clausula doli* no es un punto de distinción entre los vicios materiales y los jurídicos, como precisa Coing²⁶⁹.

Hemos de considerar también la responsabilidad de *auctoritas* que se generaba en virtud de la *mancipatio*, si se hacía algún tipo de declaración respecto a la no existencia de servidumbres.

En consecuencia podemos concluir que una misma declaración puede tener efectos diferentes en cuanto a la responsabilidad si ésta dimana de la *mancipatio* o se genera en virtud de la *emptio venditio*²⁷⁰.

En el mismo sentido que el texto de Ulpiano D.19,1,1,1 se puede interpretar un fragmento que pertenece a la obra "*De oratore*" de Cicerón 39,178:

"Quid? nuper, cum ego C.Sergi Oratae contra hunc nostrum Antonium iudicio privato causam defenderem, nonne omnis nostra in iure versata defensio est? Cum enim M. Marius Gratidianus aedis Oratae vendidisset neque servire quandam earum aedium partem in mancipi lege dixisset, defendebamus, quicquid fuisset incommodi in mancipio, id si venditor scisset neque declarasset, praestare debere."

Los hechos pueden ser resumidos brevemente:

- Gratidiano compró una casa a Orata que estaba gravada con una servidumbre.
- Pocos años más tarde volvió a vender (*mancipatio*) a Orata la misma casa con la servidumbre sin declararle su existencia.
- La cuestión que se plantea es si el vendedor responde por los daños ocasionados por la existencia de la servidumbre.
- Se dice que Orata accionó contra Gratidiano.²⁷¹

²⁶⁹ Coing, H., "Die clausula doli im klassischen Recht", pág. 118: "Daher griff hier die Dolus-Haftung regelmässig ein. Hinsichtlich der Sacheigenschaften war das nicht in gleichem Masse der Fall: und ohne ein unwahres dictum gab es keine Dolus-Haftung; blosses Verschweigen schadete nicht, neque enim est celare quicquid reticeas lässt Cicero selbst den Verteidiger des Verkäufers sagen(III.13). Das erklärt die Darstellung Ciceros; nicht eine grundsätzliche Verschiedenheit in der Behandlung der Sach und der Rechtsmängel. Für beide gilt gleichmässig die clausula doli".

²⁷⁰ Rodger, A., "Concealing a servitude", Studies in Justinian's Institutes in memory of J. Thomas, London 1983, pág. 147: "it is, however, in this very appreciation of the precise content of the obligation imposed by bona fides that we see the difference between the anonymous late Republican iudex and the later jurists. For the iudex the point was, as we have said, simple. The seller's obligation was to mention the servitude which he knew burdened the house. The seller breached that obligation by failing to mention the servitude at the mancipatio. The mere fact that the buyer happened to know of the servitude could not affect the position one way or the other. On the other hand the view of the later jurists, as reported in D.19.1.1.1, was that there was no duty to inform the buyer of something which he knew already and that the buyer who knew of the servitude was not to be kept in the dark (celatus) by any failure of the buyer to mention the servitude."

²⁷¹ Rodger A. "Concealing a Servitude", pág. 138: "The facts can be summarised briefly. Gratidianus bought a certain house from Orata. A few years later he sold it back to Orata. There was a servitude of some kind over the house. When mancipating the house Gratidianus did not mention the servitude. Relying on the rule (Cicero de Officiis 3.15.65-66) that a seller who was aware of the existence of a legal defect such as a servitude but did not mention it was liable in damages for the loss attributable to the existence of the servitude, Orata sued

Caso sexto

Ulpianus D.41,1,20 pr,1 *Libro vicensimo nono ad Sabinum*

*"traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert. Quotiens autem dominium transferetur, ad eum qui accipit tale transferetur, quale fuit apud eum qui tradit: si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber, uti fuit: et si forte servitutes debebantur fundo qui traditus est, cum iure servitutium debitarum²⁷² transfertur. si quis igitur fundum dixerit liberum, cum traderet, eum qui servus sit, nihil iuri servitutis fundi detrahit, verumtamen obligat se debeatque praestare quod dixit."*²⁷³

La idea central del texto es que nadie puede transferir más de lo que tiene:

- Si el *mancipio dans* tiene la propiedad Quiritaria, le transfiere la propiedad al *mancipio accipiens*. Si el transmitente no tiene la propiedad Quiritaria el adquirente no puede obtenerla.
- El dominio se transmite tal como está, en la situación en que se encuentra, gravado con servidumbres o libre.
- Si se debían servidumbres a favor del fundo, se transmite con tales servidumbres.
- Si se declaró por el vendedor que el fundo se transmitía libre, estando gravado con una servidumbre el resultado es que no se libera el fundo de las servidumbres, pero éste estará obligado por lo declarado.

Este fragmento es originario del libro 29 del comentario de Ulpiano a Sabino. Lenel supone que el título de este libro era *De mancipatione et traditione rei venditae*²⁷⁴.

Este texto trata del *dominium ex iure Quiritium*, y como el objeto de la transmisión es un fundo podemos pensar que se ha efectuado *una mancipatio*.

Thormann cita el texto que ahora es objeto de nuestro estudio al hablar del efecto principal del rito de la *mancipatio* que es que el *mancipio accipiens* adquiera la propiedad tal como la tenía el *mancipio dans*. Se trata de una venta seguida por una *mancipatio* porque la finca se ha transmitido según el Derecho civil. En relación con este texto de Ulpiano, Thormann destaca el fragmento D.19,1,11,2 del mismo jurista²⁷⁵, que es importante que no

Gratidianus.

²⁷² Voz *debere*, Heumann-Seckel, "Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts": "deberi, von Dienstbarkeiten gesagt, eine Sache belasten, an einer Sache bestehen zugunsten des Servitutberechtigten; auch von den Grundstücken, auf welchen eine Servitut lastet, wird *servitutum debere* gesagt." Vemos pues que este vocablo puede referirse tanto a las servidumbres activas como a las pasivas.

²⁷³ Index Interpolationum, Levy-Rabel, III, pág. 166. En cuanto a las interpolaciones se señalan las siguientes: donde aparece *traditio* se entiende que se ha sustituido por *mancipatio*. De Francisci también indica *dominium transfertur* por *fundus mancipatur*.

²⁷⁴ Lenel, Palingenesia II, col.1122, frag.2721.

²⁷⁵ Thormann, K.F., "Auctoritas" IURA V 1954 pág. 30: "Dass die gesamte Wirkung des Manzipationsritus darin bestand, dem Erwerber ein irgendwie auf dem Veräußerer beruhendes Eigentum einzuräumen, ist unzweifelhaft: Gai. 2.22; Ulp. D.41.1.20.1: Quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit. Ursprünglich stand "mancipio accipit" und "mancipat", da es sich um ein zivilrechtlich übereignetes Grundstück handelt. Für Eigentumsübergang zufolge Kaufes ferner Ulp.

pasemos por alto, ya que en él se está expresando esta misma idea de que si el transmitente tiene el dominio, el comprador se convierte en *dominus* y si no es así sólo se contrae la obligación de *auctoritas*²⁷⁶: "*si quidem dominus fuit venditor facit, et emptorem dominum, si non fuit tantum evictionis nomine venditorem obligat...*"

La frase *Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert*, es una afirmación categórica: si el transmitente no tiene el dominio no transfiere nada. Como Gallo interpreta, ésto es debido a la falta de legitimación del *mancipio dans*²⁷⁷.

La situación del poseedor de buena fe no se prolonga indefinidamente. Al efecto de garantizar la seguridad del tráfico comercial puede obtener la propiedad Quiritaria mediante la usucapión mediante los breves plazos del Derecho Clásico²⁷⁸.

A efectos de la usucapión Sanson²⁷⁹ establece la siguiente distinción:

- a) *Dominus sin potestas alienandi* → no se admite la usucapión
- b) *Non dominus con potestas alienandi* → se admite la usucapión

El primer párrafo *traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit*, es el reflejo del principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet* contenido en el texto de Ulpiano D.50,17,54 comentarios al Edicto, libro XLVI.

Schulz defiende la procedencia postclásica de este principio negando que pudiera tener un fundamento jurídico en el Derecho Clásico²⁸⁰.

D.19.1.11.2..."

²⁷⁶ Ulpianus D.19,1,11,2 libro trigesimo secundo ad edictum: Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum.

²⁷⁷ Gallo, F., "Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano", Torino, pag 117: "E poichè il testo tratta esclusivamente della mancipatio e dei suoi effetti, è chiaro che nell'ipotesi in esso considerata, non essendosi potuto verificare il passaggio del dominium, a causa del difetto di legittimazione nel mancipio dans, il mancipio accipiens non acquistava nulla."

²⁷⁸ Kaser, M. "Römisches Privatrecht" 16 Auflag. München 1992, pág. 113.; "Den Tatbeständen der Eigentumsübertragung ist ferner gemeinsam, dass der Erwerber das Recht nur dann erhält, wenn dieses beim Veräußerer bestanden hat, weil, niemand mehr Recht übertragen kann, als er selbst hat (nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet, Ulp. D.50,17,54; s. auch 41,1,20 pr.) Der Erwerb des Eigentums vom Nichtberechtigten ist dem römischen Recht fremd. Dem Bedürfnis der Verkehrssicherheit wurde damit genügt, dass dem redlichen Erwerber in verhältnismässig kurzen Fristen die Ersitzung offenstand."

²⁷⁹ Sanson, V., "La potestas alienandi en el Derecho Romano clásico", Rev. D. Notarial, enero-mayo 1988, n° 139, pág. 239: "Por último, el contraste apreciado en 2,62 entre dominus sin potestas alienandi y non dominus con esta facultad, podría entenderse de la siguiente manera: en el primer caso no se admite la usucapio, en el segundo se admite la adquisición del dominium pleno iure por usucapión, de momento la cosa sólo se adquiere in bonis."

²⁸⁰ Schulz, F., "Classical Roman Law", Oxford 1954, pág. 351,352: "modern students are wont to express it in the maxim "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet"(English lawyers prefer the formula nemo dat quod non habet), but this maxim is misleading and of post-classical origin. Let us consider the following cases. A piece of land was given as dos; although the husband alone was owner of the fundus dotalis..., he could not alienate it under the lex Iulia de fundo dotali..., i.e. he could not transfer a right which he himself held. On the other hand, suppose that the alienator was not the owner of the thing but that he acted with the owner's consent or on the strength of a pledge; in such cases the alienator transferred quiritary ownership though he was not owner himself. The rule nemo plus iuris, etc..., is therefore obviously false."

El texto D.50,17,54 pertenece a la rúbrica *Unde legitimi*²⁸¹. Por lo que D'Ors advierte que *ius* se refiere a la *in iure cessio hereditatis* y no hace alusión al derecho de propiedad²⁸².

Schulz en el mismo sentido sobre este fragmento comenta:

"An *heres legitimus* might perform an *in iure cessio hereditatis* without having acquired the inheritance by *aditio hereditatis* (Gai.2.35; above, S.494). With reference to this case Ulpian probably stated. *Heres non plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet si hereditatem adisset.*²⁸³."

Sobre este fragmento de Ulpiano D.50,17,54, Thormann²⁸⁴ hace un análisis relacionándolo con otro texto de Ulpiano D.50,17,160,2, que se refiere a las transmisiones *mortis causa*, donde se declara que es ilógico que el legatario tenga un derecho superior al del heredero o al del mismo testador²⁸⁵.

Powell nos habla de este principio del siguiente modo:

"In both systems the broad general rule is: *nemo dat quod non habet*. In Roman law and in English law the pledgee could sell the pledged property; but in Roman law the right to sell seems to have rested on the prior assent of the pledgor, and in English Law also the power of sale was implied from the nature of the contract of pawn. In Roman Law there were no other exceptions to the general rule- The cases in which a non-owner could transfer a good title were all cases in which the transferor had the actual authority of the owner or where the authority of the owner could be said to be presumed"²⁸⁶.

La expresión *Quotiens autem dominium transfertur, ad eum, qui accipit, tale transfertur, quale fuit apud eum, qui tradit*; nos demuestra la configuración de las servidumbres como *qualitates fundi*, como cualidades del fundo. También se puede constatar la característica de la inalienabilidad de las servidumbres separadamente del fundo²⁸⁷.

Según Gallo en la época clásica la transmisión de la *res* comporta la transmisión del

²⁸¹ Lenel, Palingenesia II, col. 722, frag.1200, 1) Possunt haec ad in iure cessionem hereditatis referri.

²⁸² D'Ors A., Derecho privado romano, ed. 4ª, Pamplona 1981.pág. 158, nota 1:"donde se habla de *ius* porque no se refiere a la adquisición de la propiedad, que no es un *ius*, sino a la *in iure cessio hereditatis*. La regla no tiene carácter absoluto: el agnado que cede la herencia no tenía él, en aquel momento, la cualidad de heredero".

²⁸³ Schulz, F. "Classical Roman Law", Oxford 1954, pág. 352.

²⁸⁴ Thormann, K.F., "Auctoritas", IURA V 1954. pág. 74: "Anders beim abgeleiteten Erwerbe: Von solchem ist nur dann zu sprechen,wenn das Recht in der Beschaffenheit übergeht, die es beim Vormanne hatte. "Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet" (D.50.17.54) ist eine Folge der Rechtsübertragung selber (vgl. D. 50.17.160.2); ein Recht, das stärker wäre als es beim Vormanne war, müsste neu entstehen".

²⁸⁵ Ulpianus D.50.17.160.2 libro septuagensimo sexto ad edictum: "Absurdum est plus iuris habere eum, cui legatus sit fundus, quam heredem aut ipsum testatorem, si viveret".

²⁸⁶ Powell, R. "Eviction in Roman Law and English Law of Sale" in Studies tho the memory of Francis de Zulueta, ed. D. Daube, Oxford 1959. pág. 79.

²⁸⁷ Grosso, G. "Le servitù prediali nel diritto romano", Torino 1969, pág. 94: "Il linguaggio stesso dei Romani, che parlano di fundo servitutum deberi o adquiri, significa e importa che titolare della servitù sia il proprietario del fondo dominante e, conseguentemente, che la titolarità della servitù segua le vicende e i passaggi della proprietà del fondo dominante (D.8,3,36; D.8,4,12; D.18,1,47; 49; D.41,1,20,1; D.8,3,23,2); essa ne è inseparabile, e cioè la servitù non può essere alienata indipendentemente dalla proprietà del fondo, nè conservata coll'alienazione della proprietà del fondo".

derecho de propiedad con los derechos inherentes²⁸⁸.

La declaración de que se entregará un fundo libre o *optimus maximusque* es una *lex dicta* que se añade a la *mancipatio*, y se deberá responder por estas declaraciones en caso de que se de la evicción de las servidumbres.

Es interesante comparar la solución que se señala en este texto que hemos comentado de Ulpiano, D.41,1,20,1 con la de otro texto de Paulo, que es totalmente opuesta. Esta diferencia creemos que es debida a que los casos planteados son distintos:

Paulus D.19.1.8,1 *libro quinto ad Sabinum*:

"Quod si servum praedium in traditione fecero, quod liberum tibi tradere debui, tu ex empto habebis actionem remittendae eius servitutis gratia, quam pati non debes."

En el fragmento de Ulpiano se nos dice que en caso de declararse que se entregará libre un fundo se debe responder por ello, y no se obliga a liberar el fundo de la servidumbre (*nihil iuri servitutis fundi detrahit*). En este caso las servidumbres son preexistentes a la transmisión del fundo.

En cambio en este otro fragmento de Paulo, el vendedor ha impuesto una servidumbre y no podía hacerlo puesto que dijo que lo entregaba *liberum*. El comprador tiene derecho a que se remita la servidumbre (*tu ex empto habebis actionem remittendae, eius servitutis*) y para hacer valer su derecho dispone de la *actio empti*. Es el propio vendedor, como titular de la servidumbre quien debe renunciar y liberar el fundo de la servidumbre.

Este texto D.19,1,8,1 lo enlazaría con otro del mismo jurista que es muy probable que trate del mismo supuesto:

Paulus D.8,2,30 pr. *libro quinto decimo ad Sabinum*:

"Si quis aedes, quae suis aedibus servirent, cum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est, et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est. Alioquin liberae veniunt"

En este fragmento se nos dice que si se quiere imponer una servidumbre, que se extinguió por confusión, al fundo adquirido por un nuevo comprador, se ha de imponer expresamente, a no ser que se vendiera libre. Por tanto, si se impone esta carga en la práctica habiéndose declarado que se entregaba libre, pensamos que se puede aplicar la solución del caso anterior, que nos indicaba que el vendedor tenía que liberar el fundo de la servidumbre, y la acción pertinente en este caso es la *actio empti*.

Otro caso que encontramos en las fuentes y que está relacionado con los citados es el

²⁸⁸ Gallo, F., "Studi sul trasferimento della proprietà in Diritto Romano", Torino 1955, pág. 113-114: "Sia le soluzioni concrete (in part. Ulp. D.41,1,20, pr.-1 e Pomp. D.18,1,67) che ci prospettano i giureconsulti romani in ordine al fenomeno del trasferimento nell'epoca classica, abbiamo ritenuto di poter dimostrare che già in tale epoca era sicuramente nota la nozione di trasferimento del potere sopra le res, precisando quindi che nell'epoca medesima gli atti traslativi comportavano il passaggio del diritto di proprietà e di ogni altro eventuale rapporto di natura reale inerente alla cosa oggetto del negozio, oltre che, di solito della cosa stessa, dall'alienante all'acquirente."

siguiente: el vendedor de un fundo impone una servidumbre con mala fe y no dice nada al comprador. En este supuesto se pueden pedir responsabilidades al vendedor con la *actio empti*.

En el mismo caso si se ha prometido mediante una *stipulatio* mancipar un fundo, el comprador tendrá la acción de dolo si se le impone una servidumbre no declarada expresamente.

Ulpianus D.4,3,7,3 libro undecimo ad edictum:

"Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem speciem. qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex stipulatu, venenum ei dedit et sic eum tradidit: vel fundum, et dum tradit, imposuit ei servitatem vel aedificia diruit, arbores excidit vel extirpavit: ait Labeo, sive cavit de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cavit, dubium est, an competat ex stipulatu actio. sed est verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actio nem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio: si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est."

Caso séptimo

Severo A. C.8,45,10:

*"Si fines agri venditor demonstravit, et legem dixit, intra eos neminem ingressurum, si quid inde evincatur, periculo fit auctoris. Quodsi finibus suis, quos demonstravit, agrum vendidit, lis finalis ad venditorem non pertinet".*²⁸⁹

Caso planteado:

- Si un vendedor señaló los límites de un fundo
- y añadió una *lex* en la *mancipatio* mediante la cual garantizaba que nadie penetraría dentro de aquellos límites
- Si el comprador sufriera evicción de algo.
- El vendedor debe soportar el riesgo del juicio.
- Pero si vendió el campo con sus propios linderos no contrae ninguna responsabilidad respecto a una posible evicción.

Este texto se refiere a la evicción de una servidumbre que grava el fundo vendido. El ejercicio de algunas servidumbres supone la entrada del titular en el fundo sirviente, por ejemplo en la servidumbre de paso.

Si se ha emitido una declaración en la *mancipatio* de que nadie penetraría en los linderos, el vendedor responde por *auctoritas* en caso de que alguien traspase los límites establecidos. Que alguien penetre en el fundo puede obedecer no solamente a este caso que hemos señalado de la evicción de una servidumbre sino también a la evicción parcial.

Los términos *periculo fit auctoris* hacen referencia a la responsabilidad por *auctoritas*, según la cual el vendedor debe prestar ayuda si se presenta un litigio sobre la cosa transmitida. En la última frase del fragmento se dice que si se vende el fundo con sus propios linderos no responderá el vendedor en caso de evicción. Ciertamente si se produce la evicción de la servidumbre y no se ha hecho ninguna declaración de garantía el vendedor no tiene porque soportar el riesgo del proceso.

²⁸⁹ PP.VII.Kal.Decemb. Maximo II et Aeliano Conss. [223].

VIII
CASOS DE TRANSMISIÓN DE UN FUNDO
EN RELACIÓN CON SERVIDUMBRES ACTIVAS

8.1. Transmisión de un fundo con declaración de servidumbres activas inexistentes

Los cuatro siguientes textos son una muestra de que existió una responsabilidad por evicción en el derecho Romano en relación a las servidumbres prediales activas.

Las servidumbres activas se pueden considerar como cualidades jurídicas del fundo, en cambio una servidumbre que grava un fundo es un defecto o vicio que limita el derecho de propiedad, y ésto se reflejará de alguna manera en el tipo de responsabilidad que pueden generar.

Caso primero

Venuleius D.21,2,75 libro sexto decimo stipulationum:

"Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt et vindicentur ab alio, Quintus Mucius et Sabinus existimant venditorem ob evictionem teneri non posse: nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere: nisi ut optimus maximusque esset traditus fuerit fundus: tunc enim liberum ab omni servitute praestandum. si vero emptor petat viam vel actum, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit accessurum iter vel actum: tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. et vera est Quinti Muci sententia, ut qui optimum maximumque fundum tradidit, liberum praestet, non etiam deberi alias servitutes, nisi hoc specialiter ab eo accessum sit"

En este fragmento se plantea el caso de si existe una responsabilidad por evicción por la reclamación de una servidumbre²⁹⁰:

- Se niega la responsabilidad por evicción alegando que son derechos que suelen tácitamente acceder.
- Trata primero el supuesto, de la reclamación de una servidumbre pasiva, negando tal responsabilidad a no ser que se haya emitido la declaración *uti optimus maximusque*. En tal caso se ha de garantizar libre de toda servidumbre.
- Respecto de una servidumbre activa, igualmente se niega esta responsabilidad por evicción a no ser que especialmente se hubiera expresado que accedería a su favor un derecho de servidumbre, concretamente el *iter vel actum*.
- Quinto Mucio nos aclara el sentido de la cláusula *optimus maximusque*: esta expresión significa que el fundo debe prestarse libre, no que le deban servidumbres.

Por tanto, para que nazca responsabilidad por evicción en relación a las servidumbres activas es necesaria una declaración por parte del vendedor.

Caso segundo

²⁹⁰ Este texto ya ha sido analizado en la parte correspondiente a la responsabilidad por evicción a causa de la existencia de servidumbres que gravan un fundo.

Pomponius D.19,1,6,6 *libro nono ad Sabinum*:

"Sed si fundum tibi vendidero et ei fundo iter accessurum dixerō, omnimodo tenebor itineris nomine, quia utriusque rei quasi unus venditor obligatus sum"

Caso planteado en este fragmento:

- En la venta de un fundo el vendedor declara que el derecho de paso acompañará al fundo.
- El vendedor estará comprometido a todos los efectos por la servidumbre de paso.
- La razón es que queda obligado como único vendedor de ambas cosas.

La materia tratada por Pomponio en este libro es *De emptione et venditione*, concretamente, *De obligatione venditoris* donde Lenel nos remite en la nota 3 a Ulp. 29, Paul. 5 ad Sab. sub rúbr. *de mancipatione et traditione rei venditae et de "duplae stipulatione"*²⁹¹.

Cuando se expresa que un fundo tendrá cierta servidumbre a su favor, estamos delante de una *lex dicta* que, mediante la *accessio* contiene una indicación sobre el objeto, este tipo de declaraciones pertenecen a la categoría de las *leges circumscripta*²⁹², concretamente adquiere el carácter de *pactum adiectum*²⁹³ *in continenti*; se considera que la *lex*, como dice Georgesco, es parte necesaria del todo, como prolongación de lo esencial²⁹⁴.

Otro pasaje que nos interesa, aunque no tiene una relación directa con el texto que tratamos, es el siguiente:

Ulpianus D.19,1,11,11 *libro XXXII ad Edictum*:

Idem recte ait, si quid horum non praestetur, cum cetera facta sint, nullo deducto condemnationem faciendam.

Si algo de lo dicho no fuese entregado, por ejemplo, una servidumbre activa, habiéndose cumplido todo lo demás, se ha de hacer condena, sin deducir nada.

Puede suceder que primeramente haya controversia respecto a la cosa conceptuada como principal. En ese caso, en la estimación no se tendrán en cuenta las cosas accesorias que se debían entregar. Por ejemplo, supongamos que primeramente se da la evicción de la

²⁹¹ Lenel, Palingenesia, Tomo II, col. 110, frag. 556. El texto que sigue al comentado en la Palingenesia es D.45,3,17: "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."

²⁹² Georgesco, V.A., "Essai d'une théorie générale des leges privatae", Paris, 1932, pág. 55: "Les circumscripta, ce sont les leges qui tendent à individualiser, qualifier et déterminer l'objet de la mancipation. Ce sont autant d'obligations pour le mancipio dans, sauf au cas d'exceptio."

²⁹³ Lemosse, M., "Le régime primitif de la lex dicta", Studi in onore di Arnaldo Biscardi I, 1982, pág. 235 y en Études Romanistiques, 1991, pág. 107: "Elles appartiennent souvent au domaine contractuel, avec la figure de clauses accessoires; elles accompagnent certains actes d'acquisition, la mancipation en particulier. Tardivement la lex será rapprochée du pactum, mais fondamentalement elle est un acte de volonté unilatéral"

²⁹⁴ Georgesco, V.A., "Essai d'une théorie générale des Leges privatae", Paris 1932, pág. 140: "La loi de l'accessoire: cf. la lex privata et la convention ou le pactum adiectum des interprètes. C'est de cette troisième loi que le droit romain s'est servi pour arriver à une action satisfaisante de la lex privata. On a considéré la Lex comme partie nécessaire du tout, comme prolongement de l'essentiel, comme accessoire du principal"

propiedad y después la evicción respecto a una servidumbre, en este caso no se tendrá que hacer ninguna deducción, porque como expone Segrè:

"nella *controversia de proprietate* la clausula restitutoria comprendeva la restituzione della cosa *cum omni causa*²⁹⁵.

En relación con este supuesto podríamos aplicar un fragmento referido a las servidumbres²⁹⁶ que establece que cuando falta lo principal tampoco se da lo que accede:

Paulus D.50,17,178 *libro quinto decimo ad Plautium*:

*Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem quae sequuntur locum habent.*²⁹⁷

Caso tercero

Pomponius D.18,1,66 pr. *libro trigensimo primo ad Quintum Mucium*:

*"In vendendo fundo quaedam etiam si non dicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut usus fructus eius, quaedam*²⁹⁸ *etiam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum praestatu iri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum.*

Caso planteado en este texto:

- Cuando se vende un fundo se ha de responder de algunas cosas aunque no se digan, por ejemplo que no se reclame la propiedad o el usufructo.

- De otras cosas sólo se responde si se ha garantizado con una declaración por ejemplo "habrá derecho de paso, camino, y acueducto", igualmente respecto a las servidumbres urbanas.

Este pasaje pertenece a la rúbrica *De emptionibus et venditionibus*²⁹⁹, por tanto estamos ante una responsabilidad que genera la *emptio venditio*.

Para que nazca la responsabilidad por evicción de las servidumbres cuando se transmite un fundo, se necesita la declaración de que se tendrán ciertas servidumbres a favor. Tienen estas manifestaciones en el derecho clásico carácter de *pacta adiecta in continenti*, son pactos añadidos que se incluyen en el contrato principal y la acción del contrato principal

²⁹⁵ Segrè, G., "La clausula restitutoria nelle azioni "de servitutibus" e le formule delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi", BIDR XLI 1933, pág. 48.

²⁹⁶ Lenel, Palingenesia II, col. 1170, frag.1216. Según Lenel este texto del libro XV de Plautio pertenece a la rúbrica De servitutibus. Nota 1) Referas haec fortasse ad eam servitutum quae alteri servituti accedit y nos remite a otro texto de Paulus D.8,3,6,1

²⁹⁷ En otro fragmento del mismo autor se recoge el mismo principio: Paulus D. 50, 17, 129. Corpus Iuris Civilis Digesta recognovit Mommsen, retractavit P. Krueger, apud Weidmannos Dublin/Zurich 1973, nota 25.

²⁹⁸ Ankum H. "Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por evicción con la actio empti", RIDA 3 série Tome XXXIX, Bruxelles 1992, pág. 72: "El pasaje relevante a nuestros efectos es aquél en que Pomponio nos hace saber que, en el caso de un fundo vendido ha de responderse de quaedam, incluso a falta de una expresa asunción de garantía. Como ejemplos de tal responsabilidad del vendedor se cita la responsabilidad por evicción del predio y del usufructo sobre el predio".

²⁹⁹ Lenel, Palingenesia II, col. 74, frag. 303.

sirve para exigir el cumplimiento del pacto³⁰⁰.

Si el vendedor emite una declaración aceptada por el comprador, estamos delante de un pacto. El vendedor se obliga, y responde en caso de incumplimiento. Por ejemplo, si el vendedor manifiesta que el comprador tendrá determinada servidumbre a su favor, el vendedor deberá la servidumbre; ahora bien, si es imposible cumplir con esta obligación entonces responderá por ello.

Con este texto de Pomponio podemos enlazar el que a continuación transcribimos del mismo autor:

Pomponius D.18,1,67 *libro trigensimo nono ad Quintum Mucium*:

"Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset, idque toto iure civili ita se habet, praeterquam si aliquid nominatim sit constitutum".

"Cuando se hace una enajenación transferimos a otro la propiedad en la misma situación que si la cosa hubiese permanecido en nuestro poder. Y así se considera en todo el ámbito del derecho civil, salvo que otra cosa se haya dispuesto especialmente"³⁰¹.

Aplicando este fragmento a las servidumbres prediales podemos deducir que si existe un derecho de servidumbre a favor de un fundo, éste se transmite con el fundo a no ser que se convenga lo contrario.

Caso cuarto

El problema surge cuando, no existiendo servidumbres activas, se declara que sí las hay ya que es entonces cuando se puede pedir la responsabilidad por evicción. El siguiente texto de Paulo establece la valoración que se debe hacer en este caso:

Paulus D.21,2,15 *libro quinto ad Sabinum*

"Sed si quid postea alluvione accessit, tempus quo accedit inspiciendum. Si usus fructus evincatur, pro bonitate fructuum aestimatio facienda est. Sed et si servitus evincatur, quanti minoris ob id praedium est, lis aestimanda est".

Es conveniente diferenciar los accesorios que son *res corporales*, por ejemplo los *instrumenta rei*, el peculio de un esclavo, el parto de una esclava, de las servidumbres que son derechos accesorios. Los textos que siguen podrían inducirnos a creer que se refieren también a la servidumbres pero no es así. Se trata de la responsabilidad en relación a las cosas accesorias, el régimen jurídico en cuanto a la responsabilidad es diferente como podemos comprobar:

³⁰⁰ Kaser, M., "Römisches Privatrecht", 16 München 1992, pág. 157: "Formlose Nebenabreden (pacta adiecta), in denen sich die Parteien Sonderbefugnisse vorbehalten oder eingeräumt haben, gelten als Vertragsinhalt und werden bei der Vertragsklage mitberücksichtigt, sofern sie gleichzeitig mit dem Hauptvertrag (in continenti, nicht erst ex intervallo) abgeschlossen wurden.

³⁰¹ Versión castellana por D'Ors y otros, en el Digesto de Justiniano I, Pamplona 1968, pág. 668.

Ulpianus D.19,1,11,17 libro trigesimo secundo ad edictum

Si quis rem vendiderit et ei accessurum quid dixerit, omnia quidem, quae diximus in re distracta, in hoc quoque sequenda sint, ut tamen evictionis nomine non in duplum teneatur, sed in hoc tantum obligetur, ut emptori habere liceat, et non solum per se, sed per omnes".

Pomponius D.21,2,16 libro nono ad Sabinum:

*"Evicta re vendita ex empto erit agendum de eo quod accessit, quemadmodum ea quae empto fundo nominatim accesserunt si evicta sint, simplum praestatur."*³⁰²

³⁰² Ankum H. "Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por evicción con la actio empti", RIDA 3 série Tome XXXIX, Bruxelles 1992, pág. 79: "he llegado al convencimiento de que los compiladores han resumido ciertamente el fragmento y han cambiado algunos detalles ("re evicta" en lugar de ancilla evicta y "empto fundo" en lugar de fundo empto et mancipio dato), pero el propio Pomponio ha escrito las palabras simplum praestatur. Entonces debe entenderse simplum como simplum pretium, e interpretarse como el mero valor de la cosa que accede. Este valor forma parte del id quod emptoris interest".

8.2. Responsabilidad por la no declaración de la existencia de una servidumbre activa

Figura 8-2

La *emptio venditio* lleva implícita la obligación de declarar las servidumbres pasivas que el vendedor conoce según un texto de Ulpiano que ya ha sido objeto de estudio: Ulpianus D.19,1,1,1.

Esta obligación de declarar puede afectar a las servidumbres que gravan un fundo y también a las servidumbres activas a favor del fundo transmitido. Si resulta que no son declaradas y se pierden por el no uso, también se responderá con la *actio empti*, por el dolo del vendedor, pero no es la base para que nazca la responsabilidad por *mancipatio*. Una muestra de esta responsabilidad la tenemos en:

Pomponius D.18,1,66,1 *libro trigensimo primo ad Quintum Mucium*:

"Si cum servitus venditis praediis deberetur nec commemoraverit venditor, sed sciens esse reticuerit et ob id per ignorantiam rei emptor non utendo per statutum tempus³⁰³ eam servitutem amiserit, quidam recte putant venditorem teneri ex empto ob dolum."

Caso planteado:

- Existe un derecho de servidumbre a favor de unos predios vendidos, el vendedor, sabiéndolo, no lo declara.
- El comprador, que ignora esta circunstancia, pierde la servidumbre por no uso.
- La solución dada por algunos que según el jurista sería la más acertada es que el vendedor queda obligado por la compra a causa del dolo.

En este texto de Pomponio se trata de la responsabilidad en base a la *emptio venditio* por el *dolus* del vendedor que será por tanto exigible con la *actio empti*. Este texto pertenece a la rúbrica *De emptionibus et venditionibus* según Lenel³⁰⁴.

La extinción de la servidumbre se ha producido por el *non usus*³⁰⁵ por la falta de ejercicio de la servidumbre del nuevo propietario a causa del desconocimiento de su existencia.

³⁰³ Biondi B. "Le servitù prediali nel diritto romano", Milano 1969, pág. 318: "Il mancato esercizio deve protrarsi per due anni nel diritto classico in base alla disposizione delle XII Tav., dieci o venti anni nel diritto giustiniano, secondo la C. 13 sopra riportata. Le frasi *statuto tempore*, *legitimo tempore* e simili nei testi della compilazione sono state sempre interpolate invece di *biennium*". Ver también Lenel, *Palingenesia II*, col. 74-75 frag.303, nota 1, que escribe= *biennium por statutum tempus*.

³⁰⁴ Lenel, *Palingenesia II*, frag.303, colum.74-75

³⁰⁵ Biondi, B., "Le servitù prediali nel diritto romano", Milano 1969, pág. 312: "Il non usus, come modo di estinzione delle servitù, è ammesso in via di interpretazione della disposizione delle XII Tavole che diceva *usus auctoritas fundi biennium ceterarum rerum annus esto*, da cui si sono ricavati appunto i termini che si perpetuano per tutta l'epoca classica."

8.3. Transmisión de un fundo con declaraciones ambiguas respecto a las servidumbres prediales

Primeramente tenemos que establecer cómo se deben interpretar las cláusulas ambiguas. Un pasaje de Paulo nos indica el criterio a seguir: un pacto ambiguo debe perjudicar más al vendedor que lo ha expresado que al comprador porque aquél pudo expresarlo con más claridad.

Paulus D.18,1,21 *libro quinto ad Sabinum*

Labeo scripsit, obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emptori, quia potuit re integra apertius dicere.

Concretamente hay un texto de Pomponio referente a las servidumbres prediales que sigue este mismo criterio:

Pomponius D.18,1,33 *libro XXXIII ad Sabinum*

Cum in lege venditionis ita sit scriptum: "flumina, stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint", nec additur, quae flumina, vel stillicidia, primum spectari oportet, quid acti sit³⁰⁶, si non id appareat, tunc id accipitur, quod venditori nocet, ambigua enim oratio est.

Cuando se hace una declaración ambigua como en este caso sobre la servidumbre de estilicidio "Que los canalones y la caída de gotas del tejado queden así como ahora están" se debe estar a lo que se quiso hacer por las partes, es decir al *id quod actum*.

Respecto a este texto de Pomponio, Krampe comenta que en la cláusula ambigua se ha de estar primero a lo convenido, si no se acordado nada especialmente se comprueba como se hacía hasta entonces, y si no se sabe, se interpreta siempre negativamente para el vendedor. Además este autor señala el siguiente texto de Ulpiano como paralelo al anterior³⁰⁷:

Ulpianus D.8,2,17,3 *libro XXIX, ad Sabinum*:

Haec lex traditionis, "stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint", hoc significat, impositam vicinis necessitatem stillicidiorum excipiendorum, non illud, ut etiam emptor stillicidia

³⁰⁶ Respecto a la expresión *quid acti sit*: Miquel J. "Derecho privado romano" pág. 143: "las conclusiones a que llega Pringsheim y que han encontrado amplio eco en la romanística actual son las siguientes: *id quod actum*, expresión que se encuentra en el centro de gravedad de la interpretación de los contratos, apunta al sentido que para ambas partes tiene un negocio. *Actum*, lo actuado, es algo que arranca de los contratantes. La duda respecto al sentido de sus actuaciones o declaraciones sólo puede ser resuelta si se puede averiguar, del modo que sea, el negocio que los contratantes se representaban conjuntamente".

³⁰⁷ Krampe, C. "Ambiguitas-Regel: Interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem", ZSS 100, (1983), págs. 212-213: "Pomponius befasst sich mit der Auslegung der schriftlich niedergelegten Klausel zu einem Grundstückskaufvertrag *flumina stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint* (Die Abflüsse des Regenwassers und die Dachtraufen sollen wie bisher bestehen bleiben). Der Sinn der Klausel soll zunächst dadurch ermittelt werden, dass man prüft, was vereinbart ist (*quid acti sit*). Lässt sich dies nicht feststellen, dann wird die dem venditor nachteilige Auslegung zugrunde gelegt. Diese Auslegung wird damit begründet, dass der Wortlaut zweideutig ist: *ambigua enim oratio est*. 1. *Ambigua oratio*: Pomponius sagt von der Vertragbestimmung, sie sei zweideutig, weil nicht hinzugefügt ist, um welche Abfluss und Traufrechte es sich handelt. a) Diese Problemstellung wird deutlicher, wenn man ein Ulpian-Fragment als Parallelstelle heranzieht: Ulpianus D.8,2,17,3".

suscipiat aedificiorum vicinorum; hoc igitur pollicetur venditor, sibi quidem stillicidiorum servitutem deberi, se autem nulli debere.

Este texto pertenece al título de *mancipatione et traditione rei venditae*³⁰⁸.

Ulpiano interpreta la cláusula "*stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint*": El comprador podrá disfrutar de una servidumbre a su favor, que los vecinos tendrán que soportar y no quiere decir que el fundo comprado estará gravado con tal servidumbre. Estas cláusulas en una primera época servían para garantizar la persistencia de las servidumbres que existían. Por tanto partiendo de esta interpretación de la cláusula podemos pensar que solo nacerá la responsabilidad cuando falte una servidumbre a favor del comprador.

Es curioso constatar que cuando se interpreta el sentido de la cláusula *optimus maximusque*, se dice que el vendedor podrá pedir que el fundo este libre de cargas no que se deban a favor servidumbres, en cambio estas cláusulas ambiguas se interpretan al contrario: que el fundo en cuestión tendrá una concreta servidumbre a favor y no quiere decir que el fundo deba servidumbres a otros fundos. Mediante la *lex dicta* añadida a la *mancipatio* se crea una garantía de responsabilidad por *auctoritas* para las servidumbres activas.

A continuación analizaremos un pasaje de la obra *De oratore* I,39 (nº 179) de Cicerón que contempla el caso de la inclusión de una cláusula ambigua:

"Quo quidem in genere familiaris noster M. Bucculeius, homo neque meo iudicio stultus, et suo valde sapiens, et a juris studio non abhorrens, simili in re quodam modo nuper erravit. Nam cum aedes L. Fusio venderet, in mancipio lumina, uti tum essent, ita recepit. Fusio autem, simul atque aedificari coeptum est in quadam parte urbis, quae modo ex illis aedibus conspici posset, egit statim cum Bucculeio, quod, cuicumque particulae coeli officeretur, quamvis esset procul, mutari lumina putabat".

El texto trata de la venta de una casa seguida de una *mancipatio* que realiza Baculeio, considerado inteligente pero que en este caso se equivocó en la forma de hacer una reserva respecto a una servidumbre de luces y vistas: "tal como entonces estaban".

El comprador Fusio se dirigió contra éste para pedirle responsabilidades tan pronto como vió afectadas las vistas y luces de aquella casa por causa de las nuevas construcciones que se iban realizando que le impedían ver la ciudad y el cielo como antes.

Como advierte Krampe cuando lo convenido es ambiguo, se debe estar a la situación actual de la cosa vendida, en este caso de la casa en el momento de la venta, y la cláusula nunca ha de perjudicar al comprador sino al vendedor, como ahora ocurre.

De Caqueray comentando este fragmento parece que interpreta el desenlace del *ligitio* de forma que no perjudica al vendedor, ya que según él no se estara a lo dicho, cuya virtualidad depende de la regla de las Doce Tablas "*uti lingua....*" sino que la solución se establecerá teniendo en cuenta la buena fe de la *emptio venditio*³⁰⁹. Más bien creo en este caso

³⁰⁸ Lenel, Palingenesia II, Col. 2724, frag. 1123.

³⁰⁹ Caqueray de, G.F.M. "Explication des passages de droit privé contenus dans les oeuvres de Cicéron." 1969, Réi. de l'édition Paris 1857. pags 430, 431:"Le vendeur était poursuivi en vertu du principe rigoureux, *uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. Mais déjà, au temps de Cicéron, la vente était devenue un contrat de bonne foi, et par suite les prétentions de l'acheteur devaient être repoussés."

se ha adoptado el criterio del *id quod actum* sobre el *id quod dictum* que es la interpretación que se sigue en la compraventa³¹⁰

Podemos relacionar este fragmento con un texto del Digesto donde se interpreta una cláusula ambigua de la servidumbre de luces. Se trata de fijar si cuando se hace una declaración ambigua si esta sólo se refiere a las servidumbres de luces presentes o también a las futuras:

Pomponius D.8,2,23 *libro trigensimo tertio ad Sabinum*

"Si servitus imposita fuerit lumina quae nunc sunt, ut ita sint, de futuris luminibus nihil caveri videtur: quod si ita sit cautum "ne luminibus officiatur quae nunc sint, an etiam his quae postea quoque fuerint: et humanius est verbo generali omne lumen significari, sive quod in praesenti sive quod post tempus conventionis contigerit".

Otro texto del Digesto hace la interpretación de una cláusula ambigua sobre la *servitus oneris ferendi*. Si se dice "que la pared que ha de soportar la carga siga tal como ahora está" se ha de garantizar que esto sea así indefinidamente:

Paulus D.8,2,33 *libro quinto epitomarum Alfeni digestorum:*

"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 ferendo 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 servitum praeberet, qui onus suum sustineret, si ea res quae servi et tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat."

Respecto a las servidumbres pasivas para determinar la responsabilidad del vendedor cuando hace una declaración ambigua se debe tener en cuenta si éste conocía la existencia de las servidumbres pasivas:

- Si se realiza una manifestación ambigua y el vendedor conoce la verdadera situación, es responsable en base a su *dolus*, no por evicción (no por *auctoritas*), porque esta declaración tiene el carácter de *exceptio*, que no constituye una obligación para el vendedor.
- Si se efectúa una declaración ambigua no teniendo conocimiento el vendedor de la existencia de servidumbres pasivas entonces se excluye toda responsabilidad.

Por tanto el vendedor puede hacer la declaración para asegurar su posición y no responder, ya que ignora la verdadera situación del fundo. Pero, si el vendedor conociera la existencia de servidumbres aunque hubiera hecho una declaración ambigua responderá por dolo.

En las servidumbres pasivas se tiene más en cuenta el dolo del vendedor, y no se

³¹⁰ Miquel, J. "Derecho Privado Romano" Madrid 1992, pág. 143: "Lo único que nos hace falta es un tercer texto de Pomponio que hable de la interpretación en la compraventa. Lo encontramos justamente en D.18,1,6,1 y dice así: in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est."

aplica tanto el criterio de que estas cláusulas ambiguas deben más bien perjudicar al vendedor que al comprador³¹¹.

Los tres siguientes textos del Digesto que a continuación transcribimos tratan de la responsabilidad que pueden generar las declaraciones ambiguas en relación a las servidumbres pasivas:

Caso primero

Scaevola D.21,2,69,5 *libro II quaestiomun.*

Sed et si quis in venditione statuliberum perfusorie dixerit, condicionem autem libertatis celaverit, empti iudicio tenebitur, si id nescierit emptor: hic enim exprimitur eum, qui dixerit statuliberum et nullam condicionem pronuntiaverit evictionis quidem nomine non teneri, si condicione impleta servus ad libertatem pervenerit, sed empti iudicio teneri, si modo condicionem, quam sciebat praepositam esse, celavit: Sicuti qui fundum tradit et, cum sciat certam servitutem deberi, perfusorie dixerit: itinera actus quibus sunt utique sunt, recte recipitur, evictionis quidem nomine se liberat, sed quia decepit emptorem, empti iudicio tenetur.³¹² "

Casos planteados en este texto:

1) Si en la venta de un esclavo seguida de una *mancipatio* se declara de forma ambigua su situación de *statuliber* o se hubiera escondido la condición de su libertad.

- El vendedor estará obligado por la acción de compra siempre que el comprador no conociera esta circunstancia.

2) Si se declara por parte del *mancipio dans* la situación de *statuliber* del esclavo y no declara bajo qué condición no responde por *auctoritas*.

- Si se cumple la condición escondida por el vendedor y el esclavo consigue la libertad responderá por la acción de compra.

3) Igualmente si se realiza una venta de un fundo seguida de una *mancipatio* y el vendedor manifiesta de forma ambigua "se recibe rectamente el derecho de paso y conducción a los que estén y como estén" queda liberado de responder por *auctoritas* (por evicción) pero como ha engañado al comprador queda obligado por la acción de compra.

³¹¹ Troje, H.E. "Ambiguitas contra stipulatorem", SDHI 27 (1961), pág. 177: "D.21,2,69,5 (Scaev. 2 quaest.): itinera actus quibus sunt utique sunt, recte recipitur; D.8,4,10(Ulp. 10 Sab.): quibus est servitus utique est und D.19,1,39 (Mod. 5 resp.): servitutes si quae debentur, debentur, Texte, die weder in ihrer überarbeiteten Form noch in ihrem meist rekonstruierbaren klassischen Gedankengehalt auf den Satz "quod venditori nocet" zurückgreifen. Die Erwägung, bei den Klauseln über Servituten habe "quod venditore nocet" im klassischen Recht eine Zuflucht gefunden, ist offenbar notwendig, aber unrichtig gewesen. Vielmehr scheint es, als habe die klassische Jurisprudenz die mögliche Unklarheit solcher Klauseln durch einheilige Interpretation im Keim ersticket und habe in Arglistfällen die Haftung aus dolus eintreten lassen".

³¹² Lenel, Index Interpolationum: En cuanto a las interpolaciones Lenel y Girard señalan evictionis por auctoritatis y tradit por mancipat.

Pertenece según Lenel al título *de modo agri et auctoritate*³¹³. El texto trata de la responsabilidad por *auctoritas*.

Solazzi en relación a este fragmento observa que la responsabilidad por evicción que se menciona en el texto es en base a la *mancipatio*³¹⁴.

Respecto a la clausula *itinera actus quibus sunt utique sunt, recte recipitur*, Capogrossi dice que esta cláusula tenía un mayor sentido en sus orígenes cuando se utilizaba para asegurar la persistencia de las vías agrarias³¹⁵.

Caso segundo

Modestinus D.19,1,39 libro quinto responsorum

Quaero, si quis ita fundum vendiderit, ut id venum datum esse videatur, quod intra terminos ipse possedit, sciens tamen aliquam partem certam se non possidere non certioraverit emptorem, an ex empto iudicio teneatur, cum haec generalis adiectio ad ea, quae specialiter novit qui vendidit nec excepit, pertinere non debeat, ne alioquin emptor capiatur, qui fortasse, si hoc cognovisset, vel empturus non esset vel minoris empturus, si certioratus de loco certo fuisset cum hoc et apud veteres sit relatum in eius persona, qui sic exceperat: servitutes si quae debentur, debebuntur: etenim iuris auctores responderunt, si certus venditor quibusdam personis certas servitutes debere non admonuisset emptorem, ex empto eum teneri debere, quando haec generalis exceptio non ad ea pertinere debeat, quae venditor novit quaeque specialiter excipere et potuit et debuit sed ad ea, quae ignoravit et de quibus emptorem certiorare nequivit. Herennius Modestinus respondit, si quid circumveniendi emptoris causa venditor in specie de qua quaeritur fecit, ex empto actione convenire posse.

En este texto de Modestino se plantean dos casos: 1. Si en la venta de un fundo se añade una cláusula de carácter general como si se vendiera todo lo que estuviera dentro de los términos del mismo.

- El vendedor sabía que determinada parte no la poseía y no avisó de ello al comprador.
- Estas cláusulas de carácter general no se deben utilizar para aquello que el vendedor conoce y debe exceptuar.
- El comprador engañado quizá si hubiera conocido la verdadera situación hubiera pagado menos o no hubiera comprado el fundo.

³¹³ Lenel, Palingenesia II, col. 273, frag.138.

³¹⁴ Solazzi, S. "Servitutis mentio in mancipatio", SDHI 18(1952), págs. 222-223: "Ben ragionata sembra la restituzione di mancipat in luogo di tradit; in pari tempo è evidente che la dichiarazione "itinera...,recipitur" non puo derivare che dal mancipio dans. Siamo indotti a credere che nel momento d'iniziare il rituale della mancipatio potesse l'alienante emettere qualche proposizione rivolta a limitare la sua responsabilità. Quanto al diritto quiritario che nascerà dalla mancipatio, era la nuncupatio del mancipio accipiens che ne stabiliva la portata.

³¹⁵ Capogrossi Colognesi, L. "La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana" II, Milano 1976, pág. 109: "Una clausula del tipo "itinera actus quibus sunt utique sunt, recte recipitur", introdotta nella mancipatio di un fondo, poteva essere dunque efficacemente impiegata per assicurare la persistenza del regime giuridico preesistente delle viae agrariae. E chiaro altresì che, quando il passaggio sui fondi altrui venne prevalentemente assicurato dalla costituzione di appositi iura in re aliena, una lex mancipi di tal genere dovette perdere parte dell'evidenza e del valore univoco che aveva invece originariamente."

Los juristas de la República también discutieron sobre un caso similar: 2. Un vendedor hizo la siguiente declaración: "si se debe alguna servidumbre, se deberá.

- Si el vendedor era conocedor de la existencia servidumbres a favor de determinadas personas, debía advertir al comprador, y si no las exceptuaba respondería mediante la *actio empti*.

- Esta excepción de carácter general no se puede referir a aquellas cosas que conocía el vendedor sino a aquellas que ignoraba y de las cuales no podía informar al comprador.

- Modestino respondió: que el comprador dispondrá de la *actio empti* si el vendedor hizo algo para engañarle.

Este fragmento pertenece a la rúbrica "*De actionibus empti venditi*"³¹⁶.

En él, se presenta un caso de responsabilidad en base a que el vendedor simuló mediante hechos o palabras que todo lo que estaba dentro de los límites del fundo vendido le pertenecía, cuando realmente parte del fundo era propiedad de otra persona. Este caso lo compara con otro donde se vende un fundo gravado con servidumbres pasivas y el vendedor hace una declaración ambigua con mala intención.

Las reglas que podríamos deducir de estos dos casos son las siguientes:

- El vendedor debe declarar la verdadera situación del fundo si tiene conocimiento de cómo está realmente, en caso contrario puede hacer una declaración de carácter general para asegurar su no responsabilidad.

- El vendedor tiene la obligación en virtud de *la emptio venditio* de declarar, por ejemplo la cabida del fundo exacta, las servidumbres que gravan el fundo comprado, esto siempre que las conozca, y si no lo hace responde.

- El vendedor que simula mediante hechos o declaraciones la verdadera situación del fundo es responsable por dolo malo.

- La responsabilidad del vendedor se puede estimar en base al interés que puede tener el comprador en conocer tales circunstancias: que a lo mejor no hubiera comprado el fundo o habría pagado menos por el.

Si era necesaria una declaración ambigua para liberarse de la responsabilidad, esto quiere decir que el vendedor también respondía por la culpa.

La utilización de términos como *capiatur* y *circumveniendi*, demuestra que hay dolo por parte del vendedor, se trata del dolo malo³¹⁷. Una de las significaciones de *captio*, sería de fraude según el Handlexikon³¹⁸ y *circumveniendi* significaría engaño³¹⁹.

En este caso creemos que el comprador tendrá derecho a una indemnización reclamable mediante la *actio empti*, como así se expresa en el texto, a causa del dolo malo del

³¹⁶ Lenel, Palingenesia I, col.744, frag.298.

³¹⁷ Cicerón De Officiis Lib.III,XV,61: "Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatione tollenda est. ita nec ut emat melius nec ut vendat quicquam simulabit aut dissimulabit vir bonus. atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoriae et sine lege iudicis, in quibus additur ex fide bona."

³¹⁸ Voz *captio*, Heumann-Seckel, Handlexikon: 1) Versanglichteit (14 D.22,3. 1.39 pr. D.34,2).2) Täuschung Hintergehung, Betruf

³¹⁹ Voz *Circumvenire*, Heumann-Seckel, Handlexikon. 2) hintergehen, umgehen (1.1. 2 D.4,3, 1.7. 3.1.16. 4 D.4,4)

vendedor.

Caso tercero

Ulpianus D.19,1,1,1 libro vicesimo octavo ad Sabinum

Venditor si, cum sciret deberi, servitutem celavit, non evadet ex empto actionem, si modo eam rem emptor ignoravit: omnia enim quae contra bonam fidem fiunt veniunt in empti actionem. sed scire venditorem et celare sic accipimus, non solum si non admonuit, sed et si negavit servitutem istam deberi, cum esset ab eo quaesitum. sed et si proponas eum ita dixisse. "nulla quidem servitus debetur, verum, ne emergat inopinata servitus, non teneor", puto eum ex empto teneri, quia servitus debebatur, et sciisset; sed si id egit, ne cognosceret emptor, aliquam servitutem deberi, opinor, eum ex empto teneri. Et generaliter dixerim, si improbato more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri, non si securitati suae prospectum voluit. Haec ita vera sunt, si emptor ignoravit servitutes, quia non videtur, esse celatus qui scit neque certiorari debuit, qui non ignoravit.

Rabel respecto a este tema comenta que *celare* indica que existe dolo por parte del vendedor. Cuando éste conoce la existencia de una servidumbre y no lo dice al comprador entonces se puede entender que se niega a dar garantía, por lo que se puede entender que hay mala voluntad por su parte. Pero, también es posible que sea más bien un acto de negligencia³²⁰

De Medio respecto a estos tres textos que contienen declaraciones ambiguas, afirma que no debe tener ninguna trascendencia el conocimiento o no por parte del vendedor a efectos de responsabilidad en la época clásica. Con estas cláusulas ambiguas: "*nulla quidem servitus debetur, verum ne emergat inopinata servitus non teneor*", "*servitutes, si quae debentur, debebuntur*", "*itinera, actus, quibus sunt, utique sunt, recte recipitur*", el vendedor quiere excluir la responsabilidad por evicción, por tanto son cláusulas análogas al pacto de no prestar evicción³²¹.

De Medio advierte que en el Derecho antejustiniano se tiene en cuenta el elemento

³²⁰ Rabel, E. "Die Haftung des Verkäufers Wegen Mangels im Rechte 1, Leipzig, 1912, págs. 94-95:"Im Falle der vom Käufer auf einen gutgläubigen Verkäufer nicht abwälzbaren Mängel ist natürlich die Schadensabsicht des Verkäufers, nötig; sie ist in dem *celare* A.E.1,1, enthalten. Wenn der Verkäufer trotzdem er einen Fehler kennt und nicht anzeigt, die Garantie wegbedingt, so wird in der Regel der böse Wille dadurch erwiesen sein; auch da kann aber blosser Fahrlässigkeit vorliegen, und diese annehmen heisst jedenfalls eine Anzeigepflicht schlechtweg statuieren. In den anderen Fällen ist speziell aus den angeführten Entscheidungen nicht zu entnehmen, ob man bei einer Verschweigung in gutem Glauben und ohne culpa lata ohne weiteres die Dolushaftung ausgeschlossen hätte, z.B. wenn der Verkäufer glaubt, der Käufer kenne den Mangel, etwa ein Pfandrecht, selbst; oder die Sache eines Nachbarn in der begründeten Erwartung der Genehmigung als die seine verkauft."

³²¹ Medio de, A. "Il patto di non prestare l'evizione e il dolo del venditore nel Diritto romano classico", BIDR 16 1904, pág. 52:"Se ora mettiamo insieme i frutti delle indagini esegetiche sin qui fatte, troviamo che il principio, per cui si ritiene responsabile di dolo il venditore sciente che sa e tace un vizio della cosa, risulta interpolato nei seguenti casi: a)"Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo" fr.14,9 D.21-1;b) Se il venditore abbia inserito la seguente clausola: "servitutes si quae debentur, debebuntur", o l'altra analoga: "itinera, actus, quibus sunt, utique sunt, recte recipitur" c) Ovvero abbia espressamente dichiarato: "nulla quidem servitus debetur, verum ne emergat inopinata servitus non teneor" Si tratta di ipotesi riguardanti tutte lo stesso contratto di compravendita, e per di più di clausole, colle quali si vuole escludere la responsabilità del venditore, analoghe, perfettamente analoghe al nostro pactum de non praestanda evictione".

de la culpa, que ya no reconoce el Derecho justinianeo³²².

La conclusión que he podido deducir de estos fragmentos es la siguiente: el vendedor para asegurar su no responsabilidad por evicción de las servidumbres pasivas puede emitir declaraciones ambiguas, porque en otro caso si hacía una declaración clara, entonces respondía tanto si conocía como si ignoraba la verdadera situación del fundo.

De este modo ante la duda o la ignorancia era más seguro emitir una declaración ambigua, ya que sólo se respondía por dolo en el caso de conocimiento por parte del vendedor. Pero además no debemos perder de vista el elemento que han apuntado De Medio y Rabel respecto a la culpa, en el Derecho clásico, existía este tipo de responsabilidad, por lo que afecta a las servidumbres prediales se puede traducir en una obligación por parte del vendedor de declarar en todo caso, ya que como dice Rabel si no se declara nada por su parte esto puede inducir a pensar en el dolo, en la reticencia a declarar, y además el vendedor debe saber si existen o no gravámenes sobre la finca, si lo ignora entonces lo más apropiado es que haga una declaración ambigua. Esta declaración, siempre que el vendedor no actúe con dolo³²³ le exime de responder.

Esta conveniencia de asegurar la no responsabilidad en relación a las servidumbres pasivas por parte del vendedor se hace patente igualmente en la última parte del fragmento de Ulpiano D.8,4,6,3a libro *vicensimo octavo ad Sabinum: Haec ita demum, si recipiendae servitutis gratia id in traditione expressum est: ceterum si quis, inquit, veritus, ne servitus Titio debeatur, ideo hoc exceptit, non erit ex vendito actio, si nullam servitutem promisit.*

Según Lenel corresponde a la rúbrica *De mancipatione? De servitutibus recipiendis et imponendis.*³²⁴

En este texto la declaración de la existencia de una servidumbre pasiva, se entiende que tiene como finalidad asegurar la no responsabilidad por parte del vendedor, que sospecha que podía existir una, podemos deducir de forma implícita que existía una responsabilidad si no se declaraba.

El posible problema que vemos que se puede plantear según el texto es en qué sentido se hace la declaración:

- si para hacer una reserva a favor de tercero en este caso mediante la *actio ex venditio* se podrá pedir la constitución.
- o bien la declaración responde a esta actitud del vendedor de ser precavido para evitar responder.

³²² Medio de A. "Il patto di non prestare l'evizione" e il dolo del venditore nel diritto romano classico" BIDR 16, 1904, pág. 87: "Come s'è già detto, è, per lo meno, assai probabile che il diritto antegiustiniano derivasse la loro assoluta efficacia dal principio, che versa in colpa il compratore, il quale non s'avvede del vizio (nel diritto o della cosa) che affetta l'oggetto, nonostante la dichiarazione (che questa non sia esplicita non monta) del venditore, la quale gli rende ciò possibile e facile. Questa considerazione difatti non poteva non escludere il dolo dell'alienante, giusta la norma, largamente riconosciuta del diritto romano classico, che l'azione contro il venditore a causa del dolo non dovesse ammettersi, quando l'acquirente conoscesse o potesse conoscere anche lui il vizio afficiente la cosa. Il diritto giustiniano, invece, perde di vista questo elemento della colpa con cui è presumibile che abbiano operato i giuristi classici.."

³²³ Artº 1.476 C.C.: "Será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiera mala fe de su parte."

³²⁴ Lenel, Palingenesia II, col.1116, frag.2704.

IX
CUANTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
RESPECTO A LAS SERVIDUMBRES

Tenemos que diferenciar la evicción de la propiedad de la evicción de las servidumbres pasivas o activas que se puede dar de forma independiente de la propiedad.

Si se produce la evicción respecto a una servidumbre pasiva, es decir el comprador es vencido en una acción real respecto a una servidumbre, la estimación que se debe hacer es la expuesta en el siguiente texto de Ulpiano:

Ulpianus D.21,1,61 *libro octogesimo ad edictum*

*Quotiens de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc*³²⁵ *servitutum impositam.*

El texto se refiere a las servidumbres pasivas, la frase *si scisset hanc servitutum impositam* prueba que Ulpiano trata sobre la evicción que sufre el comprador por la existencia de una servidumbre impuesta.

No se puede tratar de la evicción producida por la falta de una servidumbre activa ya que el término *impositam*, como podemos deducir sólo se puede referir en relación al comprador a una servidumbre que grava el predio.

Según Lenel este fragmento pertenece a la rúbrica *De auctoritate* (E.29O)³²⁶

Rabel cree que es acertada la relación que establece Lenel del texto con la responsabilidad por *auctoritas*³²⁷.

De Medio comentando este texto dice que es probable que la responsabilidad sea exigible en este caso con la *actio auctoritatis*³²⁸. La base de la responsabilidad según este autor estaría en la declaración de que se transmite el fundo *optimus maximusque*³²⁹. A parte

³²⁵ Medio de, A. "La responsabilità del venditore per l'esistenza di servitù sul fondo alienato nel diritto romano classico", BIDR 16, 1904, pág. 155:"L'intervento dei compilatori in questo testo è anche, a mio avviso segnalato da quell' hanc servitutum. Perché hanc? Il giureconsulto non ha mai parlato di una speciale servitù, ma discorso in generale dell'ipotesi che una servitù gravi sul fondo 1) I Basilici lib.19,tit.10 1.45 (Cum de servitute fundi agitur et venditor vincitur, tantum praestas, quanto minoris emisset emptor, si scisset servitutum impositam.) Questo rilievo rendendo assai probabile la congettura che nel testo genuino, dai compilatori generalizzato, si avesse riguardo ad un caso concreto in cui una determinata servitù fosse venuta a scoprirsi, contribuisce anch'ess alla dimostrazione dell'interpolazione."

³²⁶ Lenel, Palingenesia tomo II, col.880, frag.1741.

³²⁷ Rabel, E. "Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte", I. Leipzig 1912, pág. 71 nota 1:"Auf dieselbe Vermutung führt D.(21,1) 61, Wo ebenfalls von einer zu vertretenden Passivservitut die Rede ist, und die sich bei Ulp.l. 80 ad.ed. Lenel 1741 unter Haupttribrik de stipulationibus gemeinsam mit einer Reihe anderer von Stipulationen de evictione redenden, und von Lenel mit Recht auf auctoritas bezogenen Stellen findet. Die auctoritas war gewiss nur auf Defension in den alten Prozessformen beschränkt."

³²⁸ Medio de, A. "La responsabilità del venditore per l'esistenza di servitù sul fondo alienato nel diritto romano classico", BIDR 16, 1904, pág. 155:"Ulpiano nel libro 80 ad Edictum, donde è tratto il fr. 61, s'occupava dell'actio auctoritatis(v. Lenel, essai de reconst. de Édít perp. II & 290,pag 288-89). Ed il riferimento a questa azione del nostro fr. 61 (v. Lenel, Paling. II, col. 880, n.3; Ulpian 1741)" y añade que la frase originaria sería "auctoritatis nomine victum esse".

³²⁹ Medio de, A. "La responsabilità del venditore per l'esistenza di servitù sul fondo alienato nel diritto romano classico", BIDR 16 (1904), pág. 155:"Ad ogni modo è certo che l'actio auctoritatis contro il mancipante, a causa della revindicazione di servitù da parte di un terzo, non si concedeva sempre ed in ogni caso, ma sotto certe e ben determinate circostanze. Con questa azione, ad es sicuramente non poteva essere convenuto, chi non avesse mancipato il fondo "uti optimus maximus" e nulla sapesse delle servitù su questo gravanti. Ed allora è manifesto

de esta cláusula otras declaraciones como por ejemplo que no habrá una determinada servidumbre igualmente pueden generar responsabilidad por *auctoritas*.

La duda que podría surgir es si sería exigible según el edicto edilicio, ya que el texto está incluido en el título del Digesto de *aedilicio edicto*, si se consideran las servidumbres como vicios ocultos pero como sabemos no es posible ya que hasta el Derecho Justiniano esta responsabilidad no se amplió a los inmuebles³³⁰.

Sargenti por otra parte, como otros autores, niega que se trate de una responsabilidad en base al edicto edilicio o en base a la *auctoritas*³³¹, y entiende que la responsabilidad por evicción de que se habla en el texto sería reclamable con la *actio empti*, ya que se podría pedir responsabilidades en virtud de la buena fe de la *emptio venditio* por causa de la reticencia del vendedor a declarar la existencia de una determinada servidumbre.³³²

Sobre el cálculo de la responsabilidad por la existencia de la servidumbre Impallomeni considera que es por los intereses negativos³³³. Sargenti, en cambio, haría la estimación según el *quanti interfuit*³³⁴. Pensamos que sólo se responde por el *quanti interfuit* en relación a las servidumbres prediales cuando el vendedor sabiendo que existía una servidumbre pasiva no la declaraba, no es el caso que nos ocupa, sino que la responsabilidad en este texto se refiere a la *auctoritas*.

Otro texto que nos interesa comentar es el siguiente. Paulus D.21,2,15.pr.1 *libro quinto ad Sabinum*:

Sed si quid postea alluvione accessit, tempus quo accedit inspiciendum. si usus fructus evincatur, pro bonitate fructuum aestimatio facienda est. sed et si servitus³³⁵ evincatur, quanti minoris ob id praedium est, lis aestimanda est.

che non puo appartenere ad Ulpiano la generalizzazione:"Quotiens de servitute agitur" che si lege pel fr.61 cit. in cui il giureconsulto trattava dell'actio auctoritatis"

³³⁰ Honoré, A.M. "The history of the aedilician actions from roman to roman-dutch law" pág. 155, nota 5. Honoré hace el siguiente comentario del texto que tratamos:"The latter measure is also evidenced outside the sphere of the aedilician actions by Ulpian who says that whenever an action is brought about a servitude the losing party is bound to pay the amount which the buyer would have paid less had he known that the land in question was subject to a servitude. This can only refer to the actio empti, for the aedilician actions did not apply to land in classical law."

³³¹ Sargenti, M. "Per una revisione della nozione dell'auctoritas", Studi in Onore di Emilio Betti, Volume IV, Milano, 1962, pág. 33-34:"E sicuro, comunque, che nel sistema classico il quanti minoris emisset emptor del fr. 61 non poteva riferirsi all'azione edilizia; ma è egualmente impossibile pensare all'actio auctoritatis in funzione di quanti minoris, come faceva il De Medio, ipotesi inconciliabile con tutto ciò che normalmente si suppone sulla natura, la struttura e la funzione dell'actio auctoritatis"

³³² Sargenti, M. "Per una revisione della nozione dell'auctoritas", pág. 35: "Ulpiano in D.21,2,61 per quello che è possibile giudicare di un passo così laconico, poneva il problema in termini di scientia che il compratore ha o non ha dell'esistenza della servitù, il che fa ritenere che non pensasse alla specifica assunzione di garanzia della libertà del fondo con la clausula uti optimus maximus est, ma alla reticenza del venditore, e, comunque, ad una responsabilità nascente appunto dall'aver sorpreso la buona fede dell'altra parte, quindi all'actio empti."

³³³ Impallomeni, G. "L'Edicto degli Edili Curuli", Padova 1965 pág. 270: "In esso Ulpiano considerava l'actio empti per gli interessi negativi (per quanto calcolati soggettivamente), fondata sull'omessa denuncia di una servitù prediale, o forse anche l'actio auctoritatis."

³³⁴ Sargenti, M. "Per una revisione della nozione dell'auctoritas", pág. 36:"Ma, escluso che l'actio empti potesse avere, in questo caso, funzione di quanti minoris, non si è escluso, però, che essa fosse però, esperibile per ottenere appunto il quanti interfuit riferito al momento della condanna"

³³⁵ Corpus Iuris Civilis, Digesta, recognovit Theodorus Mommsen retractavit Paulus Krueger, Weidmann Dublin/Zürich, 1973, (5)sic Cuiacius cum B, servus F.

Este texto pertenece a la rúbrica *De mancipatione et traditione rei venditae et de duplae stipulatione*³³⁶.

Servitus puede hacer alusión tanto a las servidumbres prediales como a los esclavos, por esto es fácil que se haya producido este error en la transcripción en vez de *servitus* se ha introducido *servus*, dada la similitud entre la situación de los predios con servidumbres pasivas y el estado de esclavitud³³⁷.

Rabel sobre el texto de Paulo 21,2,15 opina que la solución del texto se puede referir tanto a las servidumbres activas como a las pasivas, se trataría de una responsabilidad reclamable por la *actio empti*. Además compara este texto con otro de Ulpiano D.19,1,13,1³³⁸ que trata de la *quasi evicción* del esclavo fugitivo cuya responsabilidad es del *quanti minoris*.

Rabel ve un paralelismo entre la situación del esclavo fugitivo y de las servidumbres prediales cuando el vendedor ignora la existencia de estas circunstancias. Es cierto que el hecho que el esclavo sea fugitivo subtrae del *habere licere* al comprador a diferencia del caso del ladrón que esto no supone una falta del *habere licere*.

Creemos con Rabel que el texto de Ulpiano 21,1,61 se refiere a la *auctoritas*³³⁹.

En cuanto al otro pasaje de Paulo puede referirse ciertamente a la responsabilidad por la declaración de la garantía de evicción de las servidumbres activas. Esta responsabilidad es exigible con la *actio empti* para obtener el *quanti minoris ob id praedium*.

Este caso como señala Rabel se podría equiparar al del esclavo fugitivo, considerándolo como una *quasi evicción*, porque realmente la no existencia de una servidumbre activa no se puede equiparar al usufructo por ejemplo, que sí supone una falta del *habere licere* del comprador.

Honsell establece la valoración por la evicción del derecho de usufructo que será el valor del usufructo, y si se da la evicción del derecho de servidumbre se tendrá que estimar la pérdida del valor de la finca³⁴⁰.

³³⁶ Lenel, Palingenesia I, col. 1266, frag.1717.

³³⁷ Miquel, J. "Derecho privado Romano", Madrid 1992, pag 215:"En realidad, el concepto de *servitus* nace de una metáfora: Al igual que la institución de la esclavitud (*servitus*) nace en el Derecho de personas que una persona se someta a otra, prestándole sus servicios, de la misma forma, en el Derecho de cosas, la institución de la servidumbre (*servitus*) permite que un fundo "se aproveche" de los servicios de otro."

³³⁸ Ulpianus D.19.1.13.1: Item qui furem vendidit aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debet, quanti emptoris interfuit non decipi: si vero ignorans vendiderit, circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris empturus esset, si eum esse fugitivum scisset, circa furem non tenetur: differentiae ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet et quasi evictionis nomine tenetur venditor, furem autem habere possumus.

³³⁹ Rabel "Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte", 1. Leipzig, 1912, pág. 161:"Dieselbe Rechnung verfügt ferner D.(21,1,) 61 in betreff von Passivservituten, D.h.t. 15,1 bezüglich eines vom Dritten an der Sache ersiegten Usufructus, und bezüglich "servus" (Florentina) oder einer "servitus" (Peira und Tipuc.); bei der letzteren Lesart ist es ungewiss, ob eine Aktiv- oder eine Passivservitut gemeint ist, die Lösung dürfte aber auf beide Fälle anwendbar sein. Zweifelhaft ist auch, auf welche Klagen diese Stellen berechnet sind. L. 61 scheint an auctoritas, l. 15 an die actio empti zu denken. Mit grösserer Sicherheit ist für die actio empti allerdings nur das Argument anzurufen, dass in D.(19,1) 13,1 die Haftung aus der emptio venditio für Fugitivität durch Quasi-Eviktion begründet, das Ausmass aber mit quanti minoris festgestellt wird."

³⁴⁰ Honsell, H. "Quod interest im bonae-fidei-iudicium", Studien zum römischen schadensersatzrecht, Verlag C.H. Beck München 1969, pág. 36:"Der Ersatz wird nach dem Wert des usus fructus, bei der Dienstbarkeit nach

La valoración en los juicios de buena fe debe hacerse en base al *id quod interest*, que es el interés del demandante al cumplimiento del contrato, este interés se calcula comparando cuál hubiera sido la situación del actor en caso de cumplimiento y en qué situación se encuentra a raíz del incumplimiento (intereses positivos).

Por el *dolus in contrahendo* la valoración se realizará teniendo en cuenta los intereses negativos cuyo cálculo se hace confrontando la situación en que se encuentra el actor en el momento de la conclusión del contrato, con la situación en que hubiera estado si no lo hubiera concluido.³⁴¹

La responsabilidad se deberá graduar según se haya emitido una declaración o no. Es lógico que la responsabilidad sea mayor si se ha emitido una declaración y otro elemento a tener en cuenta es si se conoce o no la existencia de la servidumbre por parte del vendedor.

*La responsabilidad que se da en los casos que concurre dolo es del quanti emptoris interfuit non decipi*³⁴².

Por ejemplo cuando el vendedor no manifiesta que hay servidumbres que gravan el fundo comprado, o si existe una servidumbre activa que no se declara y en consecuencia el comprador la pierde por el no uso.

Si se reclama una servidumbre por un vecino mediante la *vindicatio servitutis* o se niega su existencia por parte del comprador con una acción negatoria en la estimación se deben comprender los frutos³⁴³. Éstos equivalen en la *vindicatio servitutis* al interés del demandante en que no se le prohíba usar la servidumbre y en la acción negatoria al interés del demandante en que el demandado no la use.³⁴⁴

der Entwertung des herrschenden Grundstücks bemessen."

³⁴¹ Talamanca, M. "Istituzioni di diritto romano" Milano, 1990, pág. 658.

³⁴² Ulpianus D.19,1,13,1

³⁴³ Se habla de restitución de los frutos en otros textos, como señala Linares en su tesis doctoral sobre la "Adquisición y restitución de frutos en el Derecho romano clásico" Barcelona 1986, pág. 118: "Ulp. D.8,5,6,6 (17 ed.): veniunt et fructus in hac actione, id est commodum quod haberet, si onera aedium eiusvicinis sustineret. Gai. D.22,1,19,1 (6 ad leg. XII tab.): Iter quoque et actus si petitus sit, vix est ut fructus ulli possint aestimari, nisi si quis commodum in fructibus numeraret, quod habiturus esset petitor, si statim eo tempore quo petisset ire agere non prohiberetur: quod admittendum est."

³⁴⁴ Ulpianus D.8,5,4,2 libro XVII ad Edictum: "In confesoria actione, quae de servitute movetur, fructus etiam veniunt. Sed videamus, qui esse fructus servitutis possunt? Et est verius, id demum fructuum nomine

En el momento de cuantificar la indemnización que deberá pagar el vendedor al comprador por la evicción se deberá también valorar lo que éste último tuvo que pagar en concepto de frutos.

En virtud de la *mancipatio* se responde cuando se emite una declaración sin tener en cuenta si el *mancipio dans* conocía o no la situación real del fundo. La cuantificación de la responsabilidad en este caso será del doble del menor precio que el comprador hubiere pagado si hubiere conocido la servidumbre³⁴⁵.

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."

³⁴⁵ Ulpianus D.21,1,61

APÉNDICE
REGULACIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD
POR LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA
DE SERVIDUMBRES PREDIALES

De entrada hemos de diferenciar la responsabilidad por la existencia de servidumbres pasivas de la responsabilidad por la falta de servidumbres activas, que como veremos su régimen jurídico es diverso.

Para empezar podemos citar el art 1.474, que nos parece que engloba los dos casos citados de responsabilidad:

"En virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1.461³⁴⁶, el vendedor responderá al comprador:

- 1º De la posesión legal y pacífica de la cosa vendida.
- 2º De los vicios o defectos ocultos que tuviere".

Primeramente nos detendremos a analizar la regulación de la responsabilidad por la existencia de servidumbres prediales pasivas. Como veremos es una responsabilidad que está a caballo entre la generada por vicios o defectos de la cosa transmitida y la responsabilidad por evicción. El régimen jurídico del actual Código Civil en cuanto a este punto no nos aclara la cuestión, sino más bien contribuye a complicarlo.

El artº 1.483 del Código civil que transcribimos a continuación, trata la responsabilidad en relación a las servidumbres pasivas no aparentes:

"Si la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente,³⁴⁷ de tal naturaleza que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido, podrá pedir la rescisión del contrato, a no ser que prefiera la indemnización correspondiente.

Durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, podrá el comprador ejercitar la acción rescisoria, o solicitar la indemnización.

Transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre."

La principal controversia doctrinal que se plantea, es dónde realmente se deberían ubicar los casos de responsabilidad por servidumbres: en el apartado dedicado a los vicios ocultos o en la sección correspondiente a la evicción. En la regulación actual se incluye en una subsección que corresponde a la rúbrica de la evicción. De esto podemos deducir que para que nazca la responsabilidad es necesario que se de el vencimiento en juicio³⁴⁸.

Como García Cantero afirma, el encuadramiento sistemático de este artículo dentro de la subsección dedicado a la evicción, no hace más que confundirnos, y quizá por razón de su

³⁴⁶ Art.1.461:"El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta".

³⁴⁷ En el derecho romano no se estableció la división entre servidumbres aparentes y no aparentes, por lo que la obligación de declarar por parte del vendedor regía para todas las servidumbres.

³⁴⁸ Wacke A. "Los presupuestos de la responsabilidad por evicción en Derecho romano y en Derecho Comparado", Seminarios complutenses de Derecho romano IV, 1992, en el centenario de la muerte de Rudolf von Ihering, Fundación Seminario de Derecho romano "Ursicino Alvarez", pág. 159:"El Código civil español lo plasma de forma directa, estableciendo en sus artículos 1475 y 1480 que "el saneamiento no podrá exigirse hasta que haya recaído sentencia firme, por la que se condene al comprador a la pérdida de la cosa adquirida". Los artículos 1481 y 1482 preceptúan que el vendedor estará obligado a notificar la demanda de evicción en el plazo más breve posible, pues de lo contrario perderá su derecho al saneamiento".

contenido sería más coherente incluirlo dentro del epígrafe "del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida"³⁴⁹ En este punto tal como está configurada la actual regulación estamos completamente de acuerdo con este autor.

Pero, por otra parte muy bien podría ser que el artº 1484 del Código civil estuviera tratando también de la responsabilidad por la existencia de servidumbres que deriva de la buena fe de la compraventa, aunque sólo se hable de defectos ocultos sin mencionar a las servidumbres:

"El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos".

Al contrario, en la evicción objetiva no tiene relevancia el dolo del vendedor y a su vez el conocimiento del comprador no tiene tanta virtualidad³⁵⁰.

Por otra parte consideramos que podría ser completamente compatible que se contemplara una doble regulación-como así se hacía en el Derecho romano clásico- una responsabilidad basada en la buena fe de la compraventa y otra objetiva que sería propiamente la responsabilidad por evicción.

En el Derecho romano clásico la responsabilidad por evicción de la servidumbre pasivas se generaba sólo cuando se había efectuado una *mancipatio* acompañada de la declaración de que el fundo se transmitía libre de servidumbres (*optimus maximusque*) o con servidumbres a favor, era una responsabilidad objetiva. A parte de esta responsabilidad existía la que se generaba de la *emptio venditio* que se basaba en la falta de declaración o cuando se hacía una declaración de su no existencia. Entonces el vendedor respondía por dolo siempre y cuando este hubiere conocido la existencia de la servidumbre pasiva.

En cuanto al conocimiento del comprador no tenemos que dejar de lado un punto tan importante como el de la publicidad registral, hoy en día a diferencia del Derecho romano existe un registro que garantiza la publicidad, que facilita por tanto el conocimiento del comprador.

³⁴⁹ Garcia Cantero G. "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales" Revista de Derecho privado, Manuel Albadalejo y Silvia Diaz Alabart Tomo XIX art. 1445-1541, pág. 335: De este precepto, no sin razón calificado de insólito, se ha subrayado con acierto, recientemente, su enorme problemática, sus contradicciones con el sistema del Código, su falta de justificación material, y la confusión a que, en consecuencia, ha llevado a la doctrina. Aunque figura dentro de la subsección dedicada al saneamiento en caso de evicción, no encaja en la definición que suministra el artículo 1.475, lo que parece confirmarse con la colocación apendicular que en aquélla se le ha dado, siendo muy dudoso que le sean aplicables los requisitos de la sentencia firme y de la llamada en garantía."

³⁵⁰ Rubino D. "La compravendita" Trattato di diritto civile e commerciale, seconda edizione riveduta e ampliata, Milano, Dott. A. giuffrè Editore, 1962, Pag.700: "E la spiegazione della differenza è sempre la medesima: nella vera e propria evizione si perde il diritto comprato, sicchè viene meno la ragione giusticatrice della controprestazione, cioè del prezzo situazione oggettiva, questa, che supera ogni stato soggettivo di conoscenza o di ignoranza da parte del compratore; nell'ipotesi ora in esame, invece, si tratta solo di un peso che grava sulla cosa, limitandone le possibilità di godimento, e quindi non fa venir meno la prestazione del venditore, anche se ne riduce il valore."

Por ello hemos de separar dos conceptos:

- el conocimiento legal, que tiene su base en la transcripción en el Registro de la Propiedad.
- el conocimiento efectivo que resulta de la declaración que hace el vendedor.³⁵¹

El problema que se presenta en relación a esto es el siguiente: Si el vendedor no declara la servidumbre que pesa sobre el fundo y la servidumbre figura inscrita en el registro ¿responderá el vendedor según artº 1.483? La doctrina en este punto esta dividida, por un lado se niega la posible acción del comprador: Si el derecho de servidumbre está inscrito el comprador no puede acogerse a la aplicación de este artículo³⁵².

Por otra parte como han argumentado algunos autores se ha de distinguir el efecto *inter partes* que conlleva el contrato de compraventa, de la efectividad respecto a terceros del registro de la Propiedad.³⁵³ Creemos que la compraventa conlleva la obligación de declarar las servidumbres no aparentes tal como está redactado en este artículo, y si el vendedor no cumple con esta obligación deberá responder ante el comprador.

Si el vendedor puede probar el conocimiento del comprador podrá alegar una *exceptio doli* delante de la reclamación. Por tanto en principio es irrelevante a estos efectos que la servidumbre esté inscrita o no.

La responsabilidad del vendedor parece que nacería cuando se verificará la evicción y no por el simple hecho del descubrimiento de la carga o servidumbre como señala De Angel Yagüez³⁵⁴, aunque hay dudas y no es una cuestión tan clara³⁵⁵. Por nuestra parte si admitimos dos clases de responsabilidad -una contemplada en el art 1483 y otra según el art 1484-, en la primera si que se requería la evicción para que se generara la responsabilidad, en el segundo caso el mero descubrimiento ya comportaría responsabilidad.

³⁵¹ Ricca Barberis "Sulla garanzia dovuta dal venditore per le servitù non dichiarate nel contratto di vendita" Rivista del diritto Commerciale 1918, pág. 661:"il venditore è obbligato a dichiarare le servitù che gravano sul fondo, nonostante la presunzione di conoscenza che esista a carico del compratore, il venditore è tenuto alla dichiarazione: e, ogni volta che una servitù, pur essendo stata trascritta, non sia stata dichiarata, il compratore ha diritto di essere indennizzato."

³⁵² Osorio Morales J. "Sobre una interpretación del artº 1483 del Código civil" Revista de Derecho privado, tomo XXI, 1929 pag 153:"Sintetizando todo lo dicho, creemos que el artº 1483 del Código civil sólo es aplicable cuando ni el titular del gravamen ni el comprador hubiesen inscrito su derecho, y que no podrá ejercitarse eficazmente la acción rescisoria de dicho artículo cuando uno de aquellos derechos estuviese registrado."

³⁵³ Lacal P. "Interpretación del artículo 1483 del Código civil" Revista de Derecho privado, Tomo XVI, 1929 Madrid pág. 94:"Ella protege al tercero que no ha intervenido en el contrato, pero no ampara al vendedor, porque la relación jurídica establecida con el comprador se regula por los principios de verdad sabida y buena fe guardada, básicos y fundamentales en la contratación."

³⁵⁴ De Angel Yagüez "Revista crítica de Derecho inmobiliario" Año XLVII 1971, nº 485, pág. 1362:"¿Qué significa ese "descubrir"? Porque teóricamente podría consistir en el mero hecho de comprobar el comprador que un tercero-aun sin requerimiento por parte de éste-despliega sobre la cosa actos objetivamente constitutivos de carga o servidumbre. Algunos autores apuntan en este sentido las dificultades que puede plantear en la práctica la fijación del momento en que se descubre la carga. A nuestro juicio, tal problema no tendría que existir, porque ese momento debiera venir fijado, al menos en el terreno teórico. por la fecha de la sentencia que acoge el derecho del tercero."

³⁵⁵ Badenes Gasset "El contrato de compraventa" Madrid 1969, pág. 144:"Se ha dudado de si los vicios o defectos de carácter jurídico entran en la misma categoría de los de carácter material, a los efectos de saneamiento, o si los primeros están sometidos a las reglas de la evicción."

Esto en cuanto a las servidumbres pasivas, pero respecto a la responsabilidad por la falta de determinadas servidumbres activas deducimos que el régimen jurídico aplicable es otro porque como podemos comprobar el art.1.483 sólo se refiere a las servidumbres que gravan un fundo.

Entonces habremos de buscar en qué artículo del código civil podemos encuadrar esta responsabilidad por la falta de servidumbres activas. El artículo en cuestión podría ser el 1.475:

"Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada. El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato. Los contratantes, sin embargo, podran aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor".

Una vez descubierta la *ratio iuris*, la aplicación extensiva es posible, a menos que la disposición legal consagre una excepción.

Básicamente la aplicación de este artículo se puede dar en los siguientes casos: si se vende una finca rústica o urbana y no hay una determinada servidumbre activa es evidente que el comprador no podrá reclamar bajo ningun concepto al vendedor, a no ser que esta exista y se pierda posteriormente porque se ha constituido ilegalmente³⁵⁶ o se haya constituido por un no propietario y en consecuencia el nuevo adquirente de la finca, sufrirá la evicción de la servidumbre. Igualmente si el vendedor emite una declaración de garantía de la existencia de determinada servidumbre preexistente a favor de la finca comprada, y se produce la evicción entonces será también de aplicación este artículo. Por tanto en estos casos el vencimiento en juicio es un requisito imprescindible para que se de esta responsabilidad.

El régimen jurídico romano de la responsabilidad de las servidumbres prediales en el derecho clásico era un sistema coherente y lógico que respondía de manera racional a todos los problemas que se podían presentar en la vida práctica. La regulación actual pensamos que dista mucho del sistema romano ya que adolece de la claridad y precisión que serían deseables para facilitar la aplicación de las soluciones adecuadas a cada caso concreto.

³⁵⁶ Sentencia de 30 de julio de 1991-5434: Recurso en base a la falta de litisconsorcio pasivo que alega el demandado en una acción negatoria de servidumbre de luces y vistas. La ratio decidendi: La demanda se ha dirigido contra los titulares dominicales que figuran en el registro y es innecesario demandar a quien realizó las obras como titular físico de la licencia, (el constructor invadió el terreno ajeno y constituyó las servidumbres ilegales de luces y vistas). Obiter dicta: no obsta su posible llamada a los autos por los demandados, si entendían que la acción ejercitada comportaba una demanda de evicción.

ÍNDICE DE FUENTES

I. FUENTES JURÍDICAS

I.1. Fuentes Jurídicas Prejustiniáneas

XII TABLAS: VI,1

VI,2

VI,3

GAI INSTITUTIONES: I,119

II,17

II,22

II,26

II,31

II,35

II,43

II,53

III,137

IV,2

IV,3

IV,16

IV,131

PAULI SENTENTIAE:

1,13

1,19,1

1,19,2

2,17,1

2,17,3

2,17,4

5,10

VATICANA FRAGMENTA: 55

313

COLLATIO

9,2,2

I.2. CORPUS IURIS CIVILIS

Codex:

8,45,10

Digesta:

3,5,30,7

4,3,7,3

5,1,49 pr.

7,4,19

8,1,14

8,1,20
8,2,17,3
8,2,23
8,2,30
8,2,32
8,2,33
8,2,35
8,3,2 pr.
8,3,6,1
8,3,7 pr.
8,3,20
8,3,21
8,3,23,2
8,3,30
8,3,36
8,4,6,3a
8,4,12
8,5,1
8,5,4 pr.
8,5,4,2
8,5,6,6
8,5,20,1
8,6,12
12,6,22,1
13,7,18,2
18,1,21
18,1,33
18,1,35,8
18,1,47
18,1,49
18,1,59
18,1,66 pr.
18,1,66,1
18,1,67
18,1,80,1
19,1,1,1
19,1,3,2
19,1,6,5
19,1,6,6
19,1,6,8
19,1,6,9
19,1,7
19,1,8,1
19,1,11,2
19,1,11,7
19,1,11,10
19,1,11,11
19,1,11,13
19,1,11,17

19,1,13,1
19,1,13,31
19,1,21,1
19,1,35
19,1,39
19,1,41
19,4,1 pr.
21,1,14,10
21,1,61
21,2,10
21,2,15
21,2,15 pr.
21,2,15,1
21,2,16
21,2,17
21,2,39,5
21,2,46 pr.
21,2,46,1
21,2,48
21,2,49
21,2,56,3
21,2,60
21,2,62,2
21,2,66
21,2,69,3
21,2,69,4
21,2,75
22,1,19,1
23,5,7,1
30,69,3
30,116,4
32,1,92 pr.
32,1,93,4
32,30,3
33,7,18,9
33,7,22 pr.
33,10,14
40,7,2 pr.
41,1,20 pr.
41,1,20,1
41,2,13,1
43,19
43,19,3 pr.
43,19,7
44,1,17
45,1,38 pr.
45,1,38,2
45,1,38,3
45,1,139

45,3,17
45,3,26
50,16,23
50,16,28 pr.
50,16,86
50,16,90
50,16,126
50,16,163
50,16,169
50,17,54
50,17,129
50,17,147
50,17,156,2,3
50,17,160,2
50,17,175,1
50,17,178

I.3. Glosa Corpus Iuris Civilis, Studia et opera 10 annis Fehi, tomus primus, reimpressio phototypico editionis 1627, Otto Zeller Osnabrüch 1965. Cum Commentariis Accursii, Scholis.

I.4. FIRA III, Negotia

II. FUENTES LITERARIAS

Cicerón:

De Officiis

3,15,61

3,16,17

3,16,33

3,16,65

3,16,67

De Oratore

1,39,178

1,39,179

Pro Caecina

19,54

26,74

De Lege agraria 3,2

Pro Murena 2,3

Topica 4,23

Sicculus Flaccus:

De Conditionibus agrorum 110,14