

## MISCELANEA

### I

## LA CONSTITUCION TACITA DE LAS SERVIDUMBRES EN EL DERECHO COMUN

SUMARIO: Introducción.—1. Los glosadores y postglosadores en cuanto creadores de la adquisición tácita de las servidumbres.—2. La concepción de Bártolo de Sassoferrato sobre la imposición de las servidumbres por presunción de voluntad deducida de su causa continua y permanente.—3. La doctrina de Bartolomé de Caepolla acerca de la transmisión de las servidumbres por presunción tácita.—4. La doctrina de los comentaristas y de los tribunales sobre la adquisición implícita de las servidumbres.—5. El derecho costumbrista francés como tipificador de la "destination du père de famille": la "Costumbre de París".—6. La "Costumbre de Orléans" y las demás Costumbres que se refieren a la "destination du père de famille".—7. Las modalidades de constitución de las servidumbres según las "Siete Partidas" españolas.—8. La admisión de la imposición tácita de las servidumbres por la glosa de Gregorio López y de la doctrina catalana.—9. La interpretación progresiva de las "Siete Partidas" por el Tribunal Supremo español.

### *Introducción.*

El supuesto de constitución tácita de las servidumbres, recogido en la actualidad por el artículo 541 del Código civil español, tiene para alguna sentencia del Tribunal Supremo (S. 29 de mayo de 1911) sus antecedentes remotos en dos fragmentos del Digesto (D. 8,2,36 y D. 8,2,37).

Según ya tenemos expuesto en este ANUARIO<sup>1</sup>, los supuestos y soluciones que nos deparan los textos romanos no se refieren todavía a la constitución tácita de las servidumbres como "destinación del padre de familia". Si se encuentran, efectivamente, situaciones y hasta soluciones con cierto paralelismo, no obstante, creo que las razones jurídicas que da la jurisprudencia romana son completamente diferentes.

---

1. BONET CORREA: *Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIX (1948-1949) 304-346.

Entonces había adelantado que esta modalidad de constitución tácita de las servidumbres era una creación de Bártolo y difundida por los demás glosadores y postglosadores. El examen de su doctrina, así como del derecho común francés, pone en evidencia la identificación de su título como "destinación del padre de familia".

La recepción del derecho romano por nuestras "Siete Partidas" es un acontecimiento importante para examinar en este momento histórico la suerte corrida por el supuesto de constitución tácita de las servidumbres en el derecho común español. De aquí que me haya propuesto completar su estudio a través de estas líneas que a continuación se exponen.

1. *Los glosadores y postglosadores en cuanto creadores de la adquisición tácita de las servidumbres.*

La alta edad media, con la invasión de los pueblos bárbaros y su nueva estructura política, económica y social, especialmente en materia de propiedad —al venir concentrada en una sola mano, o al darse la copropiedad de las tierras<sup>2</sup>—, fue poco propicia a las relaciones particularizadas de servidumbre entre los fundos y, mucho menos, hizo posible el desarrollo de la modalidad constitutiva tácita. El sistema feudal posterior tampoco favorece ni proporciona las condiciones de hecho necesarias para que esta forma singular de constituir las servidumbres aparezca como una exigencia de las relaciones patrimoniales<sup>3</sup>.

Es con el florecimiento de la propiedad individual, ocurrido en la baja edad media y en la época renacentista, cuando las necesidades de hecho en las relaciones entre las fincas son más intensas, la que conduce a las florecientes escuelas jurídicas italianas y galas, que reviven los estudios del derecho romano, a proporcionar la solución jurídica que demandaban las nuevas situaciones de hegemonía personal reflejadas en la propiedad inmobiliaria.

Los glosadores y postglosadores, valiéndose de las fuentes y textos romanos justinianos, serán los que van a dar uno de los pasos más evolucionados que pueden concebirse en la historia de la jurisprudencia romanista; su método no trata exclusivamente el estudio del caso aislado y de su solución de equidad, sino de su consideración abstracta, de su engarce en un sistema, de su solución sistemática, por lo que se elabora una teoría de las instituciones jurídicas. Surge una mentalidad tan diferente de la anterior

---

2. Cfr. SOLMI: *Studi storici sulla proprietà fondiaria nel medioevo*. Roma, 1937.

3. Cfr. SIMONCELLI: *La destinazione del padre di famiglia*, cit. p. 30.

que, de situaciones y soluciones muy particularizadas en los textos justinianeos, acerca de la servidumbre que surge o que se hace continuar por su situación específica, se pasa a concebir genéricamente la posibilidad de una constitución tácita de las servidumbres.

Paralelamente a las escuelas jurídicas italianas, el derecho escrito francés recoge en las "Costumbres de París" y de Orleáns el supuesto de la constitución tácita de las servidumbres, al equiparar los signos aparentes entre dos predios al título, fundamento de la "destination du père de famille".

El principio romano de que todo predio debe presumirse libre, en caso de faltar una declaración expresa que afirme lo contrario ("*omne praedium praesumitur liberum*", D. 8,1,14,9) opuso una fuerte resistencia a la nueva mentalidad de los juriconsultos cuando se trataba de transmisiones del dominio de los fundos que mostraban señales evidentes de su interdependencia por unos signos visibles y aparentes de su situación de hecho. Ante las necesidades prácticas de servicio entre los fundos los glosadores tratan de encontrar otras justificaciones en los textos romanos que les permitan contrarrestar la fuerza de aquel principio general de entender la libertad de los fundos a su transmisión; de textos muy particularizados, que obedecen a razones jurídicas diferentes, se pasa a la formulación de una regla general. Creemos con Simoncelli<sup>4</sup> que los fragmentos aducidos, como vamos a ver, no son más que la ocasión propicia, la base científica de que se valen los glosadores y postglosadores para crear y exponer la doctrina de la constitución tácita de las servidumbres; lo que era mera circunstancia de hecho se eleva a razón jurídica y se busca en los viejos textos un nuevo espíritu, sacándose, de donde no había nada, la "destinación del padre de familia"; es una manera de enderezar el derecho estricto para adaptarlo a las vigorosas y progresivas exigencias que el Renacimiento trae con sus libertades y modo de entender la propiedad.

Para otros autores contemporáneos, como Ruggiero<sup>5</sup> y Bussi<sup>6</sup>, también esta modalidad de adquisición de las servidumbres por "destinación del padre de familia" es una creación aparecida en el derecho común, puesto que no se menciona por las fuentes romanas.

Del examen que ya tengo hecho de los textos romanos y del cri-

---

4. SIMONCELLI: *op. cit.* p. 31.

5. RUGGIERO: *Instituciones de derecho civil*, trad. esp. Madrid, 1929, p. 717.

6. BUSSI: *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*. Padova, 1937, p. 115.

terio jurisprudencial clásico y postclásico<sup>7</sup>, he concluido que no se pudo tener una conciencia cierta de la realidad de una institución, como resulta la llamada "destinación del padre de familia", pues, si aún pudiera pensarse en ciertos supuestos derivados de actos *mortis causa*, como precedente inmediato de la destinación, las razones jurídicas alegadas, los fundamentos de su exigencia, son diferentes, al resultar que allí el mantenimiento de los servicios o de las servidumbres anteriormente constituidas (aunque extinguidas por confusión) resultaba porque tenían la consideración de "admiculos", o ya se confirmaban los servicios existentes por razones prácticas de la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental concedido o transmitido (legado, usufructo, etc.), ejercitándose del mismo modo que lo había disfrutado el testador o disponente. Al tratarse de casos hereditarios, la voluntad del testador tiene una consideración de mayor peso que en otras ocasiones, pero todavía no juega como un elemento negociado autónomo en el sentido de que sea el tácito consentimiento el que hace nacer la servidumbre y origine un *ius in re aliena* independiente, sino una razón jurídica en vista de una consideración práctica que justifique las responsabilidades de ejercicio de un derecho principal (el que emana del derecho de dominio del acto *mortis causa*). En cambio para la glosa esta situación va a tener otra explicación, otros fundamentos jurídicos, unas razones de derecho en base a otros principios. Veámos como se origina la constitución tácita de la servidumbre como modalidad adquisitiva.

¶.

8. *La concepción de Bártolo de Sassoferrato sobre la imposición de las servidumbres por presunción de voluntad deducida de su causa continua y permanente.*

La mente sintética de Bártolo, como constata Simoncelli<sup>8</sup>, se evidencia a propósito de la distinción entre las servidumbres continuas y discontinuas, al hacerla apta para otras aplicaciones. Puesto que el fundamento de la *quasi-possessio* y de la prescripción de la servidumbre permanece en la *scientia* y en la *patientia* del adversario, también puede ocurrir que a la enajenación de un fondo, y permanecer un estado material de cosas y de servicio entre

7. V. en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIX (1948-1949) 304-306. Con posterioridad los romanistas españoles, como el profesor D'ORS. *Elementos de derecho privado romano*. Pamplona, 1960, p. 148; IGLESIAS: *Derecho romano. I. Instituciones de derecho privado*. Barcelona, 1953, p. 261, creen que se trata de un modo constitutivo de las servidumbres aparecido ya en el derecho justinianeo, pero sin aducir argumentos.

8. SIMONCELLI: *op. cit.* p. 31.

el fundo enajenado y el otro del propietario. si las partes veían y callaban, entonces se pudiese entender que consentían, al permanecer las cosas como estaban, imponiéndose la servidumbre. La *patientia*, continuada por años en la prescripción, resultaba instantánea en la destinación, según Bártolo, lo que justificaba la imposición de la servidumbre como resultado de la concurrencia de voluntades de ambas partes: *quod ego utatur, et ipse sciat*.

Es a propósito del fragmento del Digesto 33,3,1 donde de una manera concreta Bártolo expresa su doctrina; dice: "*Quum quaeritur an rei venditae vel legatae debeat servitus illius actus qui erat apud alienum ex alia re alienantis, sic distingue: aut ille erat actus servitutis habentis causam continuam et permanentem et servitus videtur imposita... Aut habebat causam discontinuam et non permanentem, et tunc servitus non videtur imposita, sed poterit agi ut imponatur*".

Bártolo combate el principio de libertad de los fundos a su transmisión y afirma por primera vez para las servidumbres continuas y aparentes la presunción de la voluntad deducida del estado de las cosas; se adquiriría tácitamente, tanto en los actos de última voluntad como en los actos entre vivos. A este respecto afirma: "*Si domus una sustineat actum servitutis habentis causam continuam et permanentem, et alienetur, in dubio servitus videtur imposita*". En los actos de última voluntad, porque "*videtur testator imponere quod habeat causam permanentem*". Es la causa continua y permanente la razón jurídica de entender que los servicios mantenidos por el mismo propietario (aquí denominados como servidumbres) sean impuestos, así como también el conocimiento que de ellos tenían las partes contrayentes en el caso de venta: "*videtur imposita servitus, ut sustineat onera permanentia, quae ipso actu sustinebat; maxime si contrahentes hoc sciebant*".

En el comentario a D. 8,4,10. Bártolo añade: "*Venditor rei venditae debet nominatim servitutem imponere, nec valet exceptio generalis. Praedicta vera, nisi in servitute tigni immittendi, vel oneris ferendi in qua licet non sit propriis servitus, donec utraeque aedes sint eiusdem domini; tamen quum altera alienatur, videtur agi ut servitutes sint secundum quod tigna iacent*". Bártolo repite su doctrina en la glosa que hace a otros fragmentos, como en D. 8,2,36 y D. 9,2,27,3.

La doctrina de Bártolo es seguida por Pablo de Castro<sup>9</sup>, en el comentario a la ley "*Binas aedes*" (D. 8, 2, 36) cuando afirma: "*In servitute tigni vel oneris, quae habent causam subsistentem continue, semper videtur actum, quod ita stet, uti stat, secus in aliis*".

9. Cfr. SIMONCELLI: *op. cit.* p. 33.

y añade. "*nec distinguitur an transferatur per ultimam voluntatem vel contractum, secus in allis*". Y para la servidumbre discontinua concluye: "*Si vendidi tibi praedium meum ad quod non poterat transiri nisi per aliud medium praedium, non videtur actum ut illud debeat tibi servitutem, nisi illud fuerit dictum expresse. Secus si legavi quum favoribilior est ultima voluntas*".

9. *La doctrina de Bartolomé de Caepolla acerca de la transmisión de las servidumbres por presunción tácita.*

El sistematizador de la doctrina de Bártolo es Bartolomé de Caepolla, quien en el capítulo XXXVIII de su tratado de servidumbres<sup>10</sup> expone los supuestos que admiten la presunción tácita de una servidumbre.

En el capítulo XXXVIII, Caepolla comienza por negar que se produzca tácitamente una servidumbre cuando se divide la cosa común, o cuando se celebra por contrato y no se ha dicho nada expresamente; aquí sigue con toda su pureza los principios romanos y cita, además, a Humberto de Cremona, a Baldo y otros doctores como apoyo de autoridad. En cambio, cree que ocurre lo contrario para los legados, afirmando que "cuando una cosa se estima legada es dada para que el heredero pueda disfrutar según lo hacía el testador"; su afirmación se basa en Bártolo y en otros doctores y ello se confirma, dice, porque en los testamentos la interpretación es más amplia y más favorable (D. 50. 17), y por lo tanto, añade, "los hermanos al hacer la división tengan precaución de reservarse expresamente la entrada del mismo modo que deben ser precavidos los compradores". A propósito de estos contratos, Caepolla hace ver cómo hubo una práctica notarial muy extendida en las compras, donde se agregaba en las escrituras la cláusula siguiente: "*Cum accesibus et regresibus introitibus et exitibus suis usque in vias publicas*", entendiéndose de este modo que continuaban todos los servicios que se ejercían anteriormente; sin embargo, añade Caepolla, sería más precavido expresar concretamente qué camino o paso se debe por tal lugar como se hace en la práctica (véase Bártolo, en la ley primera *de servitute legata*; Baldo y Pablo de Castro, en la ley *in tradendis*, párr. *inter possitis comm. praed.*).

A propósito de la ley *quod conclave* (D. 39, 2), Caepolla concluye con Bártolo, y otros doctores, una regla general con sus excepciones del siguiente modo:

10. BARTOLOMÉ DE CAEPOLLA: *Tractatus de Servitutibus tam Urbanorum quam Rusticorum Praediorum*. Coloniae Allobrogum, 1759.

1.º Si no hubo contrato o quasi contrato, entonces no hay servidumbre.

2.º Si hubo contrato hay que distinguir: el contrato sobre usufructo y el contrato sobre la propiedad. En el primero, se debe por comodidad y no por servidumbre; en el segundo caso, no se debe, aunque la cosa fuese inútil sin el paso. No obstante, Caepolla admite las excepciones siguientes:

A) Para la servidumbre de apoyo de viga o de pared (*tignis immittendi*). Contra esta excepción, mantenida también por Bartolo y los demás doctores, va Angelus.

B) Cuando en la escritura de venta se encuentra la cláusula "*cum accesibus et regresibus introitibus et exitibus suis usque in vias publicas*".

C) En el camino para el sepulcro (*via ad sepulchrum*) (D. 11, 7, 12 pr.).

3.º Si hay quasi contrato normalmente la servidumbre no se considera impuesta en el caso de legado; no obstante, Caepolla se interroga: ¿se puede entablar acción? A su juicio hay que distinguir el legado de usufructo y el legado de propiedad. En el primer caso, se puede reclamar la constitución del usufructo. En el legado de propiedad hay que diferenciar: 1.º, si el legatario debe prestar la servidumbre al heredero, entonces hay que concluir que sí, que debe prestarla; 2.º, ¿deberá el heredero prestar la servidumbre al legatario o un legatario al otro? Caepolla advierte como la cuestión es discutida por Acursio a propósito de la ley 3.ª, párr. *si loci* (D. 34, 4): a su juicio, diga lo que quiera aquella glosa, ya Bartolo afirmó (a propósito de D. 33, 3, 1) que se debe prestar, al fundarse en la ley *Binas aedes*, puesto que el heredero no puede tapar las luces por completo de una casa cuya propiedad ha sido legada y, por la misma razón que debe prestarse el camino, menos se pueden tapar las luces que usar sin camino.

Acerca de lo dicho, Caepolla plantea la cuestión de si en el caso en que el heredero es obligado a prestar el paso, si la servidumbre se constituyó *ipso iure*, de forma que el legatario pueda intentar la acción confesoria contra cualquiera que se lo impida; y es verdad que sí, contesta, por la ley *si quis* (D. 8, 6, 18); no obstante, los doctores afirman lo contrario, puesto que allí se dice cuando la servidumbre fue legada expresamente, mientras que aquí no lo fue, de suerte que fingen que se ha legado tácitamente, como en el párrafo *disit*, y tácitamente no ocurre para el derecho de servidumbre de la misma manera que tampoco se transmite así la propiedad; el legatario no tiene más que las acciones personales contra el heredero *ex testamento* para que se le constituya la servidumbre, como observa Bartolo en la ley *Binas*. Caepolla concluye,

una vez más, diciendo: "ten cuidado de que se te constituya la servidumbre para que pase a ti activa y pasivamente, lo que has de tener presente en la práctica.

En definitiva, se puede resumir la doctrina de Bartolomé de Caepolla con sus propias palabras, donde se puede encontrar la regla general y las excepciones. La regla general: *Nota unum casum pulchrum et quotidianum, si contractu inter plures est facta divisio domus, vel alterius fundi, non videtur actum, quod unus habeat aditum per partem alterius, sicut prius habebat, nisi hoc inter eos specialiter sit conventum. Reassumendo an iter seu aditus debeat... sic concludas: Quod aut ille a quo peto servitutem mecum non contraxit, nec quasi; aut mecum vere contraxit, vel quasi contraxit: 1) quando non contraxit, nec quasi mecum; et tunc non habeo ius pretendi ab eo iustum aditum, et ratio esse potest, quia regulariter res cuilibet libera est, nisi servitus constituta probetur; 2) quando quis mecum quasi contrahit: puta haereditatem adeundo, cum me legatario... regulariter servitus imposita non videtur; 3) quum mecum vere contraxit super usumfructum dic quo debetur iter, seu aditus dato quod nihil dicatur... et ratio est quia sine adita ad eum usumfructum, esset inutilis. Et intellige, sive debeat usumfructus ex contractu inter vivos, sive ex ultima voluntate: quia reputatur esse modici praeiudicii, ex quo perpetuo non durat. Item intellige, quod iste aditus debeat usufructuario iure cuiusdam commoditatis, non servitus: quia servitus servitutis esse non potest... Et quod dictum est de usufructu idem in quocumque contractu dicas qui principaliter concernat usum rei... puta vendidit quis proprietatem rei tunc non venit servitus itineris, sive aditus, neque alia servitus. Et est ratio differentiae inter usumfructum et proprietatem, quia usumfructus est minoris praeiudicii quia proprietatem regulariter nunquam finitur.*

Las excepciones: "*sed hoc limita duobus modis. Primo quando esset servitus tigni iniuncti, vel oneris ferendi: quia tunc cum suo onere res videtur esse vendita vel alienata... nam cum venditur domus, videtur imposita servitus, ut sustineat onera permanentia, quae ipso actu tunc sustinebat. Secundo limita quando instrumentum venditionis invenitur cum illa clausula, cum accessibus et introitibus... Tertio etiam limitare potest in via ad sepulchrum*".

Bartolomé de Caepolla presume la servidumbre (*imposita videtur*), o bien, se puede actuar para hacerlas imponer, solución tradicional romana: 1) cuando se vende o legue el usufructo, puesto que sin la servidumbre sería inútil; 2) cuando se lega la propiedad.

10. *La doctrina de los comentaristas y de los tribunales sobre la adquisición implícita de las servidumbres.*

Las normas dadas por Bártolo son seguidas durante mucho tiempo por los juriconsultos y por la jurisprudencia. Everardo (*In locis legalibus a contractibus ad ultimas voluntates*), Daniele Muller (1.5 semestr. c. 35), el Cardenal Mantica (*Lucubrationes Vaticanae, seu de tacitis et ambiguis conventionibus*, 1.4. tit. 16, n. 22: *De coniecturis ultimarum voluntatem*, vol. I, p. 208, n. 21-24), Menochio (1.4. praesump. 144), Pecchio (*De servit. c. 5, quaest. 11 n. 22*)<sup>11</sup> contribuyen a generalizar el supuesto tácito de adquisición de las servidumbres.

Una prueba de que el supuesto de constitución tácita se forma en este período histórico se demuestra en que la unidad de solución vaciló en algún momento, si bien las discrepancias estuviesen más en las razones de la solución que en la solución misma. Frieder (*de continent. caus. c. 20 § 8*)<sup>12</sup> también dice que no sólo en los legados, sino en los convenios, la cosa vendida o donada implica las servidumbres, puesto que quien compra un fundo se supone lo adquiere de modo que no sea inútil, sino que pueda disfrutarlo. Para Hert (*De servitute facta constituta*)<sup>13</sup>, tanto por actos entre vivos como de última voluntad, la servidumbre no puede considerarse constituida por los solos hechos, salvo que sin ella el uso de la cosa enajenada venga a resultar nulo o sea incompleto: es decir, que todo servicio que se quita al fundo enajenado o al fundo retenido no rinde íntegro su uso, por lo que este comentarista cree que se presume que el testador no haya querido gravar ni al heredero ni al legatario, sino que ha querido que las cosas se dejen como estaban. En definitiva, resulta la afirmación de Bártolo y los bartolistas cuando, a propósito de la ley "*Bona qui aedes*" dice: *Si aedes legantur vel venduntur, videtur actum ut contignationes uti stant ita stent*.

La doctrina de los doctores, comentaristas y demás juriconsultos es invocada ante los tribunales como cita de autoridad y se va formando una jurisprudencia, como puede comprobarse en la colección de las decisiones del "Sacro Regio Consiglio", recogidas por Afflitto en el año 1509<sup>14</sup>. En las anotaciones de Afflitto se insiste sobre el conocimiento y la apariencia de la servidumbre y, sobre todo, en que las cosas quedan como se encontraban al momen-

11. PECCHIO: *Tractatus de servitutibus in tre tomos distinctus*. Genevae, 1698.

12. FRIEDER: *cit.* por SIMONCELLI: *op. cit.* p. 40.

13. HERT: *cit.* por SIMONCELLI: *op. cit.* p. 40.

14. AFFLITTO: *cit.* por SIMONCELLI: *op. cit.* p. 42.

to de la división. En el caso que refiere Capycio (*Decis.* 187) es la presunción el fundamento más destacado. Al "Sacro Regio Consiglio" no le parece de equidad la adquisición tácita de una servidumbre sólo por que sea continua, sino por que la presunción del consentimiento de las partes emana de los hechos y, también, por que las partes son conscientes de la servidumbre, confirmándose así la regla de Bártolo: *licet dicat illud verbum, maxime si contra-hentes hoc sciēbant, quasi quod etiam si ignorassent, servitus videatur imposita, tamen durum hoc videtur, et forte quis non esset empturus, vel minas empturus, si illam servitutem scivisset.* También De Franchis, al anotar el comentario de Napodano a la costumbre VIII del Reino de Nápoles y al citar la decisión del Capycio<sup>15</sup>, menciona claramente el requisito de la apariencia.

La presunción de la servidumbre también se advierte en las decisiones de la "Rota Romana" y en el Cardenal De Luca<sup>16</sup>. Ahora bien, existe un matiz con la doctrina de Bártolo; mientras que para éste los hechos y la circunstancia atestiguan la conciencia del derecho que puede ser protegido, puesto que hay un consentimiento tácito de las partes, para la Rota y el Cardenal la cuestión se pone en sí tales actos constituyen una servidumbre. Para el Cardenal De Luca la constitución de la servidumbre se justifica por derecho natural (*Discuss.* III, n. 3) y distingue las servidumbres necesarias de las servidumbres que implican una mayor comodidad y amenidad; para las primeras cree que deben presumirse constituidas, mientras que para las segundas se trata de una cuestión de hecho.

La constitución implícita de las servidumbres continuas y aparentes se encuentra en casi toda la doctrina de esta época; en cambio, son diversos los razonamientos de su justificación. Para unos, se trata de una servidumbre porque anteriormente ya era servidumbre, si bien los fundos pertenecían a un mismo propietario; para otros, lo que nace es un derecho de dominio, que como tal pasa y lo tiene el adquirente. Ello nos da una prueba indirecta más de que la constitución tácita de servidumbres fue desconocida por el derecho romano.

11. *El derecho costumbrista francés como tipificador de la "destination du père de famille". "La Costumbre de Paris".*

En el derecho común francés aparece la llamada "destination du père de famille" como una modalidad de constitución de las servidumbres. A pesar de que la recepción del derecho romano do-

15. CAPYCIO: *cit.* por SIMONCELLI: *op. cit.* p. 45.

16. DE LUCA: *Theatrum veritatis et justitiarum.* Napoli, 1788.

minaba el ambiente, en la doctrina y en el derecho positivo, va surgiendo un nuevo ordenamiento nacido de la práctica, de los usos y de las costumbres, que admite y desarrolla la destinación favorablemente<sup>17</sup>.

En el antiguo derecho consuetudinario la destinación del padre de familia comenzó a introducirse con variantes muy diversas en cuanto a sus condiciones de aplicación. Es la "Costumbre de París" la de mayor importancia y la que concluye por formar un derecho común consuetudinario; el motivo es doble: por la extensión del territorio al cual se aplica y por el papel preponderante que se le reconoce. Llamada algunas veces "Costumbre del país de Francia" se comprende como el Parlamento la aplicaba en casi todo el territorio de dominio real, anterior a las anexiones de 1203, es decir, además de París, el Verín francés, los condados de Dreux, Orleáns, de Melun y de Sens, los señoríos de Corbeil, de Etampes y de Montlhéry.

El texto de la Costumbre de París sufrió dos redacciones: una, en el año 1510, y otra, en el año 1580; es necesario distinguir estas dos redacciones por que en ambas se aprecian variantes esenciales para la destinación del padre de familia. En la redacción primitiva, se consagra como norma de constitución tácita en el artículo 91, manifestándose: "Por la dicha Costumbre, la disposición o destinación del padre de familia equivale al título". Se trataba del supuesto en que dos fundos, actualmente separados, han pertenecido con anterioridad a un mismo propietario y, entonces, se hizo una disposición tal que uno de los fundos recibía del otro una utilidad; esta circunstancia de hecho, con la denominación de destinación del padre de familia, resulta eficaz para engendrar una servidumbre según se desprende del estado material y de disposición de los fundos<sup>18</sup>. Se interpreta que el estado material del lugar es un título mudo, aunque equivalente a un título escrito; de este parecer es Dumoulin<sup>19</sup> cuando hay una "*destinatio non temporalis sed perpetua*".

17. Una amplia información para el antiguo derecho escrito v. VILLÉQUEZ: *Sur l'établissement des servitudes par la destination du père de famille dans l'ancien et le nouveau droit*, en *Revue historique de droit français et étranger*, 5 (1859) 193 ss.; SIMONCELLI: *La destinazione del padre di famiglia*, cit.; GLASSON: *Histoire du droit et des institutions de la France*. París, 1859, p. 321, cree que, en realidad, la destinación del padre de familia no puede ser plenamente invocada en los antiguos países de derecho escrito.

18. Cfr. BUCHE: *Essai sur l'ancienne Coutume de Paris aux XIII et XIV siècles*, en *Revue historique de droit français et étranger*, 8 (1884) 46 ss.; MARTIN: *La Coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*. París, 1925.

19. Cfr. MACHELARD: *Examen critique des distinctions admises en droit*

Para otros comentaristas, sin embargo, la interpretación es diversa, como sucede con Duplessis, Bourjon, Lalande, Ferrière y Goupy. Según Machelard<sup>20</sup> esta interpretación es contraria al derecho romano y, como tal, no fue acogida por los reformadores de la Costumbre de París de 1580, puesto que el parecer de los jurisconsultos es la consideración del derecho romano como un tipo de legislación perfecta que se ha de imitar lo más posible; de aquí que surja la inserción de una disposición, el artículo 215<sup>21</sup>, que se escribe bajo la inspiración de los textos del Digesto (D. 8,4,10) y que, con toda evidencia, pretende mejorar la Costumbre en este sentido. Para ser consecuentes, como dice Machelard, hubiera sido preciso borrar resueltamente la destinación del padre de familia como modalidad de constitución de las servidumbres, pero la Costumbre reformada continúa mencionándola en el artículo siguiente. El artículo 216 dice: "Destination du père de famille vaut titre"; pero si se hubiese dicho esto solamente, como hace ver Machelard, al igual que la redacción antigua surgiría una contradicción, por lo que los redactores comprendiéndolo añaden, además, "quand elle est ou a été par écrit et non autrement". Esta redacción hace cambiar totalmente la destinación del padre de familia tal como se había entendido por los redactores de la primitiva Costumbre de París; ahora se añade la nueva exigencia de la prueba por escrito. Pero su admisión no es pacífica; la doctrina critica la reforma introducida y se formulan diversas hipótesis acerca de la importancia de las innovaciones realizadas por el propietario anterior de los fundos a falta de un título escrito.

Lalaure<sup>22</sup> dice que debe pensarse que en todas las Costumbres donde la destinación del padre de familia equivale al título, sin que se añadiesen las palabras "cuando ella es o resulta por escrito", la simple destinación basta y el título mudo suple al título escrito. Duplessis<sup>23</sup>, después de haber afirmado la regla de que "ninguna servidumbre sin título tuvo lugar, tanto en la nueva como en la costumbre antigua, manifiesta que la antigua hace una excepción, a saber, que la destinación del padre de familia equivale al título, si bien la nueva añade las palabras "cuando ella ha sido dada por escrito y no de otra manera". En realidad, para este autor es

---

*romain et droit français en ce qui concerne les servitudes prédiales.* París, 1868, p. 123.

20. MACHELARD: *op. cit.* p. 123.

21. El art. 215 manifiesta: "Cuando un padre de familia pone fuera de sus manos parte de una casa, especialmente debe declarar tanto el sitio, tamaño, altura, medida y qué especie de servidumbre; de otro modo, todas las constituciones generales de servidumbre no tienen valor."

22. Cfr. MACHELARD: *op. cit.* p. 125.

23. DUPLESSIS: *Des servitudes*, lib. I, tit. IX, p. 370, *cit.* por DEMO-

lo mismo que si se suprime el artículo, puesto que uno se encuentra con que la destinación del padre de familia para constituir una servidumbre necesita siempre un título escrito. Lamoignon<sup>24</sup> también censura el principio consagrado por la Costumbre de París en su nueva redacción al apartarse del derecho común de los países consuetudinarios; razona con hipótesis prácticas observando que los papeles escritos están sujetos a numerosos accidentes y que la pérdida del título lleva consigo la extinción de la servidumbre, lo cual ocasiona diversos procesos, en lugar de que el antiguo estado de las obras sea una prueba cierta e indudable del establecimiento de las servidumbres. Pothier<sup>25</sup> no se resigna a admitir que sea necesario un título escrito que demuestre en el momento de la separación de los fundos por herencia la voluntad expresa de mantener el estado precedente de los fundos. A propósito de los artículos 227 y 228 de la "Costumbre de Orleans", que copia textualmente los artículos 215 y 216 de la "Costumbre de París", manifiesta que el artículo 227 es extraño a la destinación del padre de familia, ya que no había tratado más de las servidumbres que se pretendía establecer a título de innovación después de la enajenación; no era más que la reproducción de la doctrina de Paulo (D. 8,4,7, pr.) sobre la ineficacia de la reserva hecha en términos vagos de una servidumbre cuyo carácter no podía ser precisado con exactitud. Para Pothier este artículo 227 contiene una excepción y es la del artículo siguiente, es decir, cuando hay destinación del padre de familia; por lo tanto, en sus observaciones al artículo 228, una vez que indica las circunstancias constitutivas de la destinación, cree que en el momento de la separación de los fundos por la herencia nace la servidumbre, sin que sea necesaria una mención expresa; la razón de ello, añade<sup>26</sup>, está en que la casa que ha sido enajenada es gravada según el estado en que se encontraba e, igualmente, cuando han sido partidas son gravadas tal cual era su estado anterior. Pothier también explica el sentido de las últimas palabras de la Costumbre cuando se refieren a la expresión "cuando ella es o ha sido por escrito, y no de otra forma"; cree que estas palabras se referirían al arreglo condicionado por el propietario común; es de la actuación de la destinación del padre de familia de la que es preciso dar una prueba escrita, por lo cual, en lo restante, deben contentarse con los contratos escritos realizados entre

---

LOMBE: *Cours de Code Napoléon (Traité des servitudes ou services fonciers)*. Paris, 1882, tomo 12 p. 312.

24. LAMOIGNON: *cit.*, por MACHELARD: *op. cit.* p. 126.

25. POTHIER: *Coutumes d'Orleans*. Paris, 1835, p. 430 tit. XIII, art. CCXXVIII.

26. POTHIER: *op. cit.* p. 430 n. 1.

los compradores o los recibos dados por éstos; si la necesidad de un escrito no existe, para dejar las cosas en la situación en que la enajenación hace nacer un interés opuesto al mantenimiento del *statu quo*, esta precaución se concibe todavía menos cuando se trata de un propietario que trabaja sobre su terreno, que no se inquieta por el futuro, que no tiene a su lado un contradictor con el cual deba regular la situación en la cual "es el dueño único".

Pero no fue esta la interpretación general que adoptaron los autores de los países consuetudinarios, quienes siguieron la modificación de la reforma de la Costumbre de París de 1580. Según Machelard<sup>27</sup>, la injusticia de exigir un título escrito se pone de evidencia en un caso muy concreto, como el sostenido en el proceso entre De Roset de Valleroy y De Cassaubon. El primero, propietario de dos casas contiguas en París había vendido al segundo una de las casas, la cual tenía dos ventanas sobre un patio dependiente de la casa enajenada por el vendedor; el contrato de venta implicaba que la casa era vendida tal cual estaba, sin que las partes hubieran hecho reserva o excepción alguna; por lo tanto, no se hizo alusión a las mencionadas ventanas. Dos años después de la venta, el vendedor exige la supresión de las ventanas, cosa que consigue en el tribunal de la Châtelet, que hace aplicación de los artículos 215 y 216 de la Costumbre de París. El comprador entabla en apelación una modalidad de defensa más sólida, demandando a la Cour de Cassation la rescisión del contrato por causa de lesión; consigue triunfar y, el 29 de marzo de 1760, el Parlamento declara nulo y resuelto el contrato, si bien al vendedor se le obliga a que subsistan y permanezcan a perpetuidad las luces, vistas y servidumbres que tenía la casa en cuestión.

Machelard constata que, después de esta sentencia, la opinión dominante se inclina porque se debe anular la venta cuando nada se dijo sobre los servicios existentes entre las fincas, si el vendedor pretende modificar la antigua disposición de las cosas; la decisión judicial de 1760 resulta un golpe de gracia a la modalidad introducida por la redacción nueva de la Costumbre de París.

12. *La "Costumbre de Orleáns" y las demás Costumbres que se refieren a la "destination du père de famille"*.

La "Costumbre de Orleáns", según queda referido, discurre parejamente a la "Costumbre de París" en cuanto a la modalidad de constitución de las servidumbres, exigiendo en sus artículos 227 y 228 la presentación del acta de separación que contuviese por escrito la expresión de la voluntad referida a la servidumbre; se man-

27. MACHELARD: *op. cit.* p. 127.

tenía la excepción para las servidumbres necesarias y aparentes, o las que procedían de obras incorporadas al fundo sirviente.

En cambio, para otro grupo de Costumbres no fue necesaria la prueba por escrito de la constitución de las servidumbres por destinación del padre de familia; así se advierte para las Costumbres de Dourdan (art. 721), de Reims (art. 350 y de Seán (artículo 299). En otras Costumbres, se distingue entre los casos de partición y los demás modos de enajenación; en el caso de partición, las Costumbres de Touraine (art. 212)<sup>28</sup>, de Ludonis (art. 7) y de Troyes (art. 51) admiten que las servidumbres puedan establecerse por destinación del padre de familia entre herederos y legatarios, pero sin que produzca efectos para los demás casos. En la Costumbre de Provenza la destinación podía suplir al título para la constitución de una servidumbre de paso hecha necesaria al encontrarse un fundo enclavado en otro.

Un criterio más amplio se encuentra en la Costumbre de Normandía (art. 699)<sup>29</sup> al admitir la destinación del padre de familia cuando se trata de servidumbres aparentes procedentes de una partición y de servidumbres a la vez aparentes y continuas cuando se trata de una separación de los fundos procedentes de otros actos, como la venta o la donación. Existen aún otras Costumbres donde la destinación del padre de familia se confunde con el título.

### 13. *Las modalidades de constitución de las servidumbres según las "Siete Partidas" españolas.*

Entre los monumentos jurídicos más importantes del derecho común español está el código de las "Siete Partidas" del Rey Alfonso X el Sabio (1252-1284). Se trata de una compilación legal que presenta la recepción del derecho romano justiniano en España, concebida por este rey<sup>30</sup>, según parece, con la esperanza de ser emperador (elegido rey de los romanos en el año 1256) y encargada a varios jueces de corte, romanistas y canonistas (se dan por seguro que intervinieron Jacobo, Martínez de Zamora y el Maestro Roldán). Nuestros historiadores jurídicos<sup>31</sup> constatan

28. Cfr. ESPINAY: *Coutume du Touraine au XV siècle*. Tours, 1888.

29. Cfr. GRUCHY: *Ancienne Coutume de Normandie*. Jersey, 1881; TARDIF: *Le très ancien "Coutumier de Normandie"*. Rouen, 1881; VILADE: *Les Coutumes de Normandie*. París, 1864.

30. Sobre la cuestión de si intervino o no el Rey v. SOLALINDE: *Intervención de Alfonso X en la redacción de sus obras*, en *Revista de Filología Española*, II, p. 283-288; BALLESTEROS: *Algunas fuentes de las Partidas*, en *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, I (1918) p. 543 ss.

31. Cfr. GARCÍA GALLO: *Curso de historia del derecho español*, I (Madrid, 1950) 260; GIBERT: *Centenario delle "Siete Partidas"*, en *Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma*, 40-43 (1963) 3 ss.

como los redactores de esta importante obra tenían familiaridad con la literatura del "Corpus Iuris Civilis", con las fuentes canónicas y con las obras de Accursio, Azón y Roffredo, así como con las de Cicerón, Aristóteles, la Biblia, la Patrística, de Boecio, y los apologistas orientales.

Efectivamente, la pureza romanista de esta obra se advierte nitidamente en materia de servidumbres, especialmente cuando se establecen los modos constitutivos y al declarar que deben de ser realizados voluntaria y expresamente. En el texto de la ley XIV, título XXXI, de la Partida III <sup>32</sup>, que lleva por enunciado "En qué manera pueden ser puestas las servidumbres en las cosas", se dice: "Todas las servidumbres de que fablamo en las leyes de este título que deben las unas cosas a las otras et los unos heredamientos á los otros, pueden ser puestas en alguna destas tres maneras: la primera es por otorgamiento que facen aquellos cuyas son las cosas, otorgando de su voluntad servidumbre en ellas a otros por facerles amor o por prescio que recibiesen dellos. La segunda es la que facen los homes en sus testamentos, así como cuando dice: quiero que la cosa de fulan haya tal servidumbre en esta mi casa que nunca sea mas alzada de lo que es agora, o que pueda meter vigas en las paredes della, ó otorgandol otra servidumbre semejante destas que hi hobiese; ó si otorgase á alguno que hobiese carrera en su heredad para entrar et salir, o para traer agua por ella para regar lo suyo o en otra manera semejante destas. La tercera es quando ganan los homes servidumbre en casas o en heredades ajenas por uso de luengo tiempo, asi como adelante diremos".

El texto advierte bien claramente como las modalidades constitutivas de las servidumbres tienen un carácter voluntario y se imponen expresamente, tanto por actos entre vivos como por actos de última voluntad (testamento), a excepción de las que se ganan por prescripción adquisitiva (por uso de luengo tiempo); al igual que en el derecho romano, no existe la constitución tácita o por destinación del padre de familia.

Esta misma postura se confirma por la ley XIII, del mismo título y Partida citados, al referirse "En qué cosas puede poner home servidumbre et en quáles non" en donde la categoría romana de las servidumbres como *iura in re aliena* se hace patente al no poderse concebir que se constituyan en cosa propia (*nemini res sua servit*); su evidencia se pone de manifiesto al expresar que: "En las cosas que son tuyas ó como tuyas pueden los homes poner servidumbres asi como desuso deximos; pero esto se entiende que de aquella servidumbre que home pone en su cosa que se ha de apro-

32. "Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio", edición de la Real Academia de la Historia, I (Madrid, 1807) p. 761.

vechar della heredamiento o casa de otri et non la suya; ca los homes hanse de servir de sus cosas non como en manera de servidumbre mas usando dellas como de lo suyo”.

En las “Siete Partidas” también se confirma otro principio romano característico del régimen clásico y postclásico de las servidumbres, el conocido por “confusión”, el cual impide que servidumbres anteriormente existentes revivan cuando los predios que las deben se reúnen en un mismo propietario, impidiendo también que, si de nuevo se separan, la servidumbre pueda entenderse transmitida. A este respecto, la ley XVII, del citado título y Partida III, al abordar “Cómo se pierde la servidumbre quando el señor della la quita ó gana el heredamiento ó el edificio en que era puesta, ó enagenada lo suyo al dueño de la cosa que sirve á la suya”, dice concretamente: “Perderse podrien aun las servidumbres en dos maneras sin aquellas que desuso deximos: la una es quitándola el señor de aquella cosa á quien debien la servidumbre si fuere toda suya; mas si á casa o á heredad de muchos debiesen la servidumbre, non la puede el uno tan solamente quitar sin otorgamiento de los otros. La otra manera por que se pierde es esta, asi como quando aquel cuya es la cosa que debe la servidumbre compra la otra a quien la debe ó gana el señorío della de otra guisa, ó aquel cuya es la cosa á quien debie la servidumbre compra la otra en que la habie ganada; ca por razon de la compra por que se ayunta la una cosa á la otra en un señorío piérdese la servidumbre. Et maguer la enagene después ó la tenga para si de alli adelante, nunca debe seer demandada nin es obligada la cosa que asi es comprada á aquella servidumbre, fuersa ende si despues deso fuese puesta nuevamente”. No ofrece duda, que al referirse a la otra manera de como se pierde la servidumbre, el texto excluye toda posibilidad de considerar el anterior estado de hecho y de derecho, a no ser que la servidumbre se constituya de nuevo y expresamente. Es claro que su rotundidad imposibilita entender que la servidumbre pueda continuar activa y pasivamente o entenderla constituida por una modalidad tácita. Una vez más las “Siete Partidas” son fieles a otro principio romano que entiende que todo predio se presume libre (*omne praedium praesumitur liberum*), por lo que la servidumbre anterior no subsiste en caso de ocurrir una confusión, a no ser que sea “puesta nuevamente”, es decir, expresamente.

La conclusión no puede ser más evidente; las “Siete Partidas” operan la recepción del derecho romano de la manera más pura, sin contaminaciones de la glosa, lo que me hace abundar en la tesis, que vengo sosteniendo, de que la constitución tácita de las servidumbres no fue concebida por los juriconsultos romanos, sino que se elaboró por los glosadores y postglosadores.

14. *La admisión de la imposición tácita de las servidumbres por la glosa de Gregorio López y por la doctrina catalana.*

Una vez que los juriconsultos españoles toman contacto con las escuelas italianas<sup>33</sup> y la transformación de la propiedad deviene más individualizada, comienzan a aparecer las glosas a los textos que contradicen o excepcionan los principios de la jurisprudencia romana.

En las ediciones sucesivas de las "Siete Partidas" se hace evidente, a partir de Gregorio López (1496-1560), el manejo de los glosadores y postglosadores y se cita a Bártolo y Baldo, André de Isernia, Saliceto, Bartolomé de Caepolla y Pablo de Castro. Concretamente, a propósito de la ley NIV, título XXXI, de la Partida III, Gregorio López invoca el apoyo de Bartolomé de Caepolla y Pablo de Castro (ley *textatrix* 20 *in princ.* D. *eod. tit.*)<sup>34</sup> para admitir la imposición tácita de la servidumbre (D. *si servit. vendic.*), al decir: *et casum, ubi tacite videtur ista servitus imposita.*

La glosa a las "Siete Partidas" ocurre ya con el Renacimiento, una vez que se ha superado el feudalismo, cuando el régimen de propiedad de la tierra se amplía a sectores cada vez más amplios de población, al posibilitar la reconquista de la libertad de movimientos en las gentes, al crearse numerosas ciudades como centros de vida económica, la aparición de los gremios artesanos, las luchas contra la nobleza, así como otras muchas causas de la transformación política, económica y social de esta época<sup>35</sup>, que hacen predisponer una mayor actividad en las relaciones que afectan a la propiedad inmobiliaria, favorecedoras de la situación de hecho que ca lugar a la adquisición tácita de la servidumbre.

No obstante, esta modalidad constitutiva de las servidumbres no aparece recogida por ninguna de nuestras compilaciones legales del derecho español (Fuero Viejo de Castilla, las Leyes de Estilo, el Fuero Real de España, el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro, la Nueva y la Novísima Recopilación). El derecho castellano quedó impregnado de un fuerte romanismo justiniano para este sector.

La recepción del derecho romano en Cataluña no impide a sus letrados que al contacto con las Universidades francesas y ante

33. Cfr. MIRET y SANS: *Escolars catalans al estudi de Bolonia en la XIII centuria*, en *Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona*, VIII (1915-1916) p. 137 ss.; ORTIZ MILLA: *El Colegio de España en Bologna, 1364*, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, LXIX (1916) 426 ss.

34. "Los Códigos Españoles concordados y anotados. Código de las Siete Partidas", 2.<sup>a</sup> ed., III (Madrid, 1872) 381.

35. Cfr. GARCÍA GALLO: *op. cit.* p. 232 ss.

las necesidades que aparecen se dé paso a soluciones nuevas. A este respecto, Pella Forgas<sup>36</sup> reproduce la consulta que le fue hecha a Cancer (*Variarum Resolutionem*, part. 3, cap. 4, núm. 2 a 8) sobre un caso práctico en que intervino: un propietario lo era de dos casas contiguas y toda el agua vertía en la otra, y vendió esta última: no sin que el comprador viese los canales del agua que vertía; mas algún tiempo después dicho comprador, mediante el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre, pidió se librase de ella a su casa. Cancer sostuvo la opinión de la permanencia de la servidumbre fundándose en la ley *Binas* del Digesto *de servitutibus urbanorum praediorum* (D. 7, 3, 36), así como en el comentario de Pablo de Castro hecho a D. 39, 3, 47.

También se invoca como un precedente de la aplicación en Cataluña de la constitución tácita de servidumbres la sentencia de los Ediles de Barcelona de 1600<sup>37</sup>, cuando decide que las aperturas que dan a la vía pública se convierten en servidumbre si la vía pasa a ser de dominio privado, a menos que se libere de ellas por justa causa.

Otros autores catalanes, como Admetlla<sup>38</sup>, Manspons<sup>39</sup>, Corbella<sup>40</sup> y Borrell<sup>41</sup> admiten una presunción de la voluntad del enajenante y del adquirente en la "Constitución 59 de Sancta Cilia"<sup>42</sup> cuando se obliga el vendedor a indemnizar al comprador por la existencia de servidumbres ocultas en la finca comprada.

Casals Coldecarrera<sup>43</sup> señala cómo el derecho foral catalán no muere en el aspecto privado con el "Decreto de Nueva Planta", al desaparecer los antiguos Cuerpos legisladores del Principado, pues toda vez que rige en Cataluña, como fuente supletoria de derecho, la costumbre, no puede ofrecer duda alguna la posibilidad de creación de nuevas formas legales por fuente consuetudinaria. Si se constata el espíritu individualista catalán y su lucha por las libertades contra los señoríos, a partir de los "pageses de remensa"<sup>44</sup>, su industrialismo y floreciente comercio<sup>45</sup>, bien puede creerse que las necesi-

36. PELLA Y FORGAS: *Código civil de Cataluña*, II (Barcelona, 1947) 206.

37. Cfr. PELLA Y FORGAS: *op. cit.* p. 206.

38. ADMETLLA: *Dictamen*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 3 (1897) 196.

39. MASPONS: en *Revista Jurídica de Cataluña*, 27 (1921) 526.

40. CORBELLA: *Manual de derecho catalán*. Reus, 1906, p. 453.

41. BORRELL: *Derecho vigente en Cataluña*, II (Barcelona, 1944) 198.

42. Cfr. PELLA Y FORGAS: *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas. Examen especial de las Ordinaciones llamadas de Sancta Cilia*. Barcelona, 1901.

43. CASALS COLDECARRERA: *El derecho real de servidumbre según los principios del derecho foral de Cataluña*. Barcelona, 1941, p. 15.

44. Cfr. HINOJOSA: *La pagesía de remensa en Cataluña*, en *Estudios sobre la historia del derecho español* (Madrid, 1903) 115 ss.; VICÉNS VIVES: *Historia de las remensas en el siglo XV*. Barcelona, 1945, p. 15 ss.

45. Vfr. VERLINDEN: *La place de la Catalogne dans l'histoire commerciale du monde méditerranéen*. Paris, 1938.

dades de hecho en las relaciones inmobiliarias sobrepujasen la fuerte tendencia romanista y se fueran abriendo paso las nuevas costumbres, por lo que jurisconsultos y legistas pudieron dar paso a esta modalidad tácita de constitución de las servidumbres.

15. *La interpretación progresiva de las "Siete Partidas" por el Tribunal Supremo español.*

No obstante la formación de las compilaciones nacionales, las "Siete Partidas" y su glosa continuaron siendo el instrumento de recepción y tradición romanista, y de autoridad, durante varios siglos. Como hace ver el profesor Gibert <sup>46</sup>, los juristas españoles antiguos se dedicaron más a la glosa que al propio texto de las Partidas; constantemente han sido editadas ambas partes; solamente en el año 1759 (especialmente en el siglo XVIII, en que se advierte un cambio profundo en la historia del derecho español) se empieza a prescindir de este aparato romanista que rechazaba el espíritu iluminista; a pesar de ello, en 1767, se hacía otra impresión de las Partidas.

Con el siglo XIX, las "Siete Partidas" vuelven a ejercer su antiguo empleo como cita de autoridad y tiene lugar la importante edición de la Real Academia de la Historia de Madrid (1807)—que manejamos—; debido a sus varias modificaciones, es el Tribunal Supremo, en una sentencia de 1860, declara que en caso de discrepancia entre otras ediciones y textos debe de seguirse el de Gregorio López. Ello no impidió que se diesen soluciones nuevas invocándose sus preceptos con argumentaciones *a contrario sensu*, como ocurre para el caso de la adquisición implícita de las servidumbre; en este sentido se argumenta por la sentencia de 14 de septiembre de 1867, manifestándose que "lo dispuesto en la ley 14, título 31, Partida 3.<sup>a</sup>, que trata de cómo se constituyen las servidumbres, no se opone al principio de que cuando uno vende parte de un terreno que le pertenece y no se establece en el contrato de venta un modo de disfrute por el comprador distinto del que usaba el vendedor, se entiende vendido el terreno con las servidumbres necesarias para verificarlo" <sup>47</sup>. La misma presunción fue aplicada por sucesivas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 10 de julio de 1880, 10 de enero, 7 de junio y 7 de noviembre de 1883, antes de la publicación del Código civil.

Ahora bien, este modo adquisitivo de las servidumbres mediante una presunción implícita que procede del supuesto típico de la "desti-

46. GIBERT: *op. cit.* p. 7.

47. Cfr. SÁNCHEZ DE MOLINA: *El derecho civil español en forma de Código*. Madrid, 1873, p. 141.

nación del padre de familia”, es recogido de la glosa a las Partidas y se impone por un sentido de seguridad del tráfico. Sin embargo, el legislador español, cuando instaura el artículo 541 del Código civil, lo hace a base de un proceso de importación, al resumir los tres artículos (arts. 692, 693 y 694) del Código civil de Napoleón: no sólo recoge sus requisitos específicos, sino también sus propios defectos, como al hablar de que la “servidumbre continúe”, cuando en realidad nace, ya que los fundos al estar en las manos de un único propietario tan sólo se prestan “servicios”, debido al principio *nemini res sua servit*, implícitamente recogido en el artículo 530 del propio Código civil español<sup>48</sup>.

JOSÉ BONET CORREA

Investigador Científico del C. S. I. C.

---

48. Cfr. BONET CORREA: *La constitución tácita de las servidumbres en el Código civil español*, en *Anuario de Derecho Civil*, IV-1 (1951) 73 ss.