

[www.ridrom.uclm.es](http://www.ridrom.uclm.es)

ISSN 1989-1970

[ridrom@uclm.es](mailto:ridrom@uclm.es)

**RIDROM**

Derecho Romano,  
Tradición Romanística y  
Ciencias  
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

---

**ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES  
EN LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA Y EN LAS MODERNAS  
CODIFICACIONES**

**OBSERVATIONS ON PREDIAL SERVITUDE IN THE ROMAN  
LAW TRADITION AND IN THE MODERN CODIFICATIONS**

**Fabiana Tuccillo**  
Università degli Studi di Napoli Federico II







cuyo favor está constituida la servidumbre, se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente».

Las características de los *iura praediorum* son las siguientes: la tipicidad<sup>5</sup>, según la cual puede constituirse un *ius in re aliena* que brinde una *utilitas* objetiva, es decir, que desempeñe una precisa función económica, compatible con la naturaleza de la *res*; por ello ya en la edad clásica y también en la edad post-clásica los *iura praediorum* se individualizaban según la específica ventaja a satisfacer y no cabía materializar todas las servidumbres prediales que se quisieran inventar<sup>6</sup>.

Por el contrario, en el código civil italiano de 1942, el contenido del derecho de servidumbre no está prefijado en términos uniformes por la ley, la cual se limita a identificar dos

---

<sup>5</sup> Sobre la tipicidad vid. G. GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, en *SDHI*. 3 (1937) 288 s. [= *Scritti storico giuridici II. Diritto privato cose e diritti reali* (Torino 2001) 209 s.]; ID., *Le servitù prediali nel diritto romano* (Torino 1969) 115.

<sup>6</sup> Sin embargo, en una importante monografía del 1999, MARIA FLORIANA CURSI, «*Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*» (Napoli 1999) *passim*, se ocupó del llamado *modus servitutis*, dejando entender que este elemento que las partes podían libremente incluir en el acto constitutivo podía coexistir sin ningún tipo de conflicto con un sistema típico de servidumbres. El *modus* ejercía tanto un papel correctivo del tipo de servidumbre, como también propulsor en el proceso de constitución de nuevas figuras que respondieran a las nuevas exigencias sociales. Pero sobre este punto volveré más adelante con un ejemplo concreto.

sectores de servidumbre de contenido típico – servidumbre coactiva y algunas servidumbres en materia de aguas – dejando a la autonomía privada la labor de constituir servidumbres de contenido atípico, sobre la base de una libre valoración de los intereses que se consideran más relevantes y de los sacrificios a los cuales hay que hacer frente. En materia de servidumbres existió el principio *nemini res sua servit*<sup>7</sup>. En este sentido, es clara la sentencia de Paulo (D. 8.2.26 [15 *ad Sab.*]), que afirma

---

<sup>7</sup> Para una profundización del principio *nemini res sua servit* si v J. LATREILLE, *De la destination du père de famille* (Paris 1885) 19 ss.; S. PEROZZI, *Fructus servitutis esse non potest*, in *BIDR.* 6 (1894) 1 ss. [= *Scritti giuridici II. Servitù e obbligazioni*, cur. U. BRASIELLO (Milano 1948) 167 ss.]; ID., *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, in *RISG.* 23/2 (1897) 5 [= *Scritti giuridici II cit.* 201 s.]; C. LONGO, *La categoria delle «servitutes» nel diritto romano classico*, in *BIDR.* 11 (1898) 314 s.; B. BRUGI, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Tradotto e arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia*, dir. F. SERAFINI, P. COGLIOLO, C. FADDA VIII (Milano 1900) 101 ss., 335 s. nt. h; V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, in *AG.* 82 (1911) 456 ss.; G. BESELER, *Miscellanea. Nemini sua res deberi potest*, in *ZSS.* 45 (1925) 233 s.; B. BIONDI, *La categoria romana delle «servitutes»* (Milano 1938) 307 ss.; ID., *Le servitù prediali nel diritto romano. Corso di lezioni*<sup>2</sup> (Milano 1954, rist. 1969) 104 ss.; S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali* (Napoli 1947) 14, 119 ss.; ID., *Specie ed estinzione delle servitù prediali* (Napoli 1948) 135 ss.; ID., *Sul principio 'Nemini res sua servit'*, in *SDHI.* 18 (1952) 223 ss. [= *Scritti di diritto romano VI* (Napoli 1972) 634 ss.]; G. GROSSO, *Le servitù prediali cit.* 89; A. VALIÑO, *La Facultad de hipotecar en el condominio romano*, in *Labeo* 48 (2002) 79 nt. 35, A. BURDESE, *Le servitù prediali* (Padova 2007) 14.

expresamente que: *nulli enim res sua servit* (nadie puede tener servidumbre sobre cosa propia)<sup>8</sup>. Este principio ha sido recogido por el legislador italiano en 1942 cuyo art. 1027 c.c., como ya hemos visto anteriormente, define la servidumbre como el peso gravamen impuesto sobre un fondo en beneficio de otro perteneciente a un propietario distinto. La consecuencia es la siguiente: si la propiedad de dos fundos confluye en la titularidad del mismo sujeto la servidumbre se extingue por confusión. La servidumbre se extingue cuando la propiedad del fondo dominante y la del fondo sirviente se reúnen en una sola persona<sup>9</sup>.

Ya en el Código de Napoleón, en el cual se inspiran los códigos del siglo XIX, estaba prevista la extinción de la servidumbre en el caso de reunión de fondo dominante y

---

<sup>8</sup> En este sentido son claras las sentencias también de Ulpiano (D. 8.4.10 [10 *ad Sab.*]), que corrobora: *quia nemo ipse sibi servitutem debet* (... nadie se debe una servidumbre a sí mismo); de Africano (D. 8.3.33.1 [9 *quaest.*]), *nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest* (ningún predio puede ser sirviente de sí mismo ni puede constituirse usufructo de una servidumbre); y de Juliano (D. 8.3.31 [2 *ex Minic.*]) que a tal propósito menciona: *ipsa sibi servire non potuissent* (debido a que al haber pasado a ser los dos predios de un mismo dueño) no habría podido tener entre ellos la servidumbre.

<sup>9</sup> Art. 1072: «La servitù si estingue quando in una sola persona si riunisce la proprietà del fondo dominante con quella del fondo servente».









En el mismo sentido puede leerse el art. 543 del código español: «El dueño del predio dominante podrá hacer, a su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa. Deberá elegir para ello el tiempo y la forma conveniente a fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del predio sirviente».

Otros principios son los de la posibilidad de la relación: el ejercicio de la servidumbre tiene que ser materialmente posible; y el de la perpetuidad de la causa: permanencia de la razón de ser de la servidumbre y por lo tanto de su ejercicio. En un famoso pasaje de Paulo D. 8.2.28 (15 *ad Sab.*)<sup>17</sup> en donde se dice

---

<sup>17</sup> Este texto se ha discutido ampliamente en el seno de la historiografía: si v. G. PICCINELLI, *Sobre la doctrina de la perdurabilidad de la causa en las servidumbres prediales. Studi intorno alle leggi 28 D. 8,2 de servit. praed. urb. e L. 2 D. 8,4 comm. praed.*, in AG. 33 (1884) 372 ss.; S. PEROZZI, *Perpetua causa nelle servitù prediali romane*, in RISG. 14 (1893) 175 ss. [= *Scritti giuridici II* cit. 85 ss.]; G. BESELER, *Romanistische studien*, in RHD. 10 (1930) 224, que propone la siguiente restitución <*omnes servitutes praediorum urbanorum perpetuas causas habere debent*>; esta conclusión le gusta a V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup> (Napoli 1960, rist. 1998) 235; pero como observa SOLAZZI (*Requisiti* cit. 49 nt. 125 e 174 s.), si los compiladores hubieran encontrado al principio del texto esa proposición y hubieran querido extender a todas las servidumbres se habrían contentado con casar 'urbanorum'. Cfr. C. FERRINI, *Sulla «perpetua causa» nelle servitù prediali romane*, en AG. 50 (1893) 391 [= *Opere di C. Ferrini IV. Studi vari di diritto romano e moderno (sui diritti reali e di successione)* (Milano 1930) 148]; B. BRUGI, en F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette VIII* cit. 45 ss.; G. GROSSO,

expresamente que *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*, el término *perpetuam* se tiene que entender todo el tiempo, sin límites de tiempo, en el pasado y en el futuro, como la perdurabilidad de una situación o la continuidad de una acción (por ejemplo la servidumbre de un acueducto se podía constituir sobre los cursos de agua viva o de agua perenne).

También la inalienabilidad del derecho: la servidumbre es un derecho inherente al fondo, es una *qualitas* objetiva, por lo cual no cabe la enajenación de la servidumbre separada del fondo; y la indivisibilidad: la *servitus* es una *qualitas fundi* que surgía y se extinguía por completo. Si el fondo dominante o el fondo sirviente se dividían, la servidumbre se conservaba entera. Este principio se menciona expresamente sólo en el código español: «Las servidumbres son indivisibles. Si el predio sirviente se divide entre dos o más, la servidumbre no se

---

*L'evoluzione storica* cit. 288 s. [= *Scritti storico giuridici II* cit. 209 s.]; ID., *Le servitù prediali* cit. 115; S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione* cit. 21 s.; A. PALMA, *Le derivazioni di acqua «ex castello»*, in *Index* 15 (1987) 443 s., en el ámbito de una problemática más amplia del encuadramiento dogmático de los derechos de derivación del agua *per rotam* y *da castellum*; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Appunti sulla 'quasi possessio iuris' nell'opera dei giuristi medievali*, in *BIDR.* 80 (1977) 79 nt. 19 [= *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano* (Roma 1999) 250 nt. 19]; V. GIUFFRÉ, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'* (Napoli 1992) 191 s.; F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani I. La struttura giuridica* (Napoli 2012) 17 ss.

modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda» (art. 535).

Si es el predio dominante el que se divide entre dos o más, cada partícipe puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera.

§ 2. *Servidumbres urbanas y rústicas: la constitución por el destino del padre de familia del derecho romano a las codificaciones.* Los tipos de servidumbres prediales más antiguas (relacionadas con el ámbito de la agricultura) son: el *iter*, el *actus*, la *via* y el *aquaeductus*. Estas servidumbres se habrían configurado como *res Mancipi*<sup>18</sup>, identificadas con la porción de fundo sobre la cual

---

<sup>18</sup> Gai 2.14a. ... *Mancipi sunt* <... *servitutes praediorum rusticorum* >. La interpretación de este texto ha interesado a muchos estudiosos por diversos aspectos problemáticos, como la exhaustividad del listado de las *res Mancipi*: P. BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana ('Res Mancipi' e 'res nec Mancipi')*, in *Scritti giuridici varii II. Proprietà e servitù* (Torino 1918). 104 ss., F. GALLO, *Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi* (Torino 1958) *passim*, G. ASTUTI, s.v. «Cosa (storia)», in *ED. XI* (Milano 1962) 14, U. ROBBE, *La successio e la distinzione fra successio in ius e successio in locum I* (Milano 1965) 49 s. nt. 37, G. NICOSIA, *Animalia quae collo dorsove domantur*, in *Iura* 18 (1967) 92 nt. 139 [= *Silloge. Scritti 1956-1996 I* (Catania 1998) 245 ss.], B. BIONDI, s.v. «*Res Mancipi e nec Mancipi*», in *NNDI. XV* (Torino 1968) 568, A. GUARINO, *Elefanti che imbarazzano*, in *Inezie di giureconsulti* (Napoli 1978) 45 ss. [= *Pagine di Diritto Romano II* (Napoli 1993) 308 ss.]; o la no exhaustividad: PH.E. HUSCHKE, *Die Verfassung des Königs Servius Tullius* (Heidelberg 1848) 245 ss.; A. RUDORFF, *Gromatiche Institutionen*, in *Die Schriften der römischen Feldmesser II* (Berlin 1852, rist.





*incorporales* están presentes las servidumbres prediales. Paulo en D. 8.1.14 pr. (Paul. 15 *ad Sab.*)<sup>21</sup>, dice que las servidumbres rústicas, sin embargo son incorporales, y por eso no se pueden usucapir: así las servidumbres urbanas (*Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt,...* *Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur*).

También en el código civil francés, el art. 687 c.c. distingue entre servidumbres urbanas y rústicas<sup>22</sup>: las servidumbres se establecen para el uso de los edificios o de los terrenos. Las primeras se denominan urbanas, tanto si los edificios están en la ciudad como si están en el campo. Las segundas se denominan rústicas.

Para que una servidumbre fuera reconocida por el *ius civile* era necesario que los dos fundos estuvieran en suelo itálico y que la servidumbre fuera *iure constituta*, es decir, constituida a través de una de las formas preestablecidas por el *ius civile*. Las formas eran: *mancipatio*, *in iure cessio*, *deductio servitutis*, *legatum per vindicationem*, *adiudicatio*, *usucapio*, *pactio et stipulatio*, *quasi traditio*. Nos detendremos en el siguiente argumento, el destino

---

<sup>21</sup> Sobre problemas textuales remito a mis *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. Usus, scientia, patientia* (Napoli 2009) 69 ss.

<sup>22</sup> Art. 687 del Código de Napoleón: «Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre. Celles de la première espèce s'appellent urbaines, soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne. Celles de la seconde espèce se nomment rurales».



del padre de familia<sup>23</sup>. El curso del tiempo, acompañado de la *scientia y patientia* del propietario del fundo sirviente, está en la

---

<sup>23</sup> Parte de la historiografía niega que el destino del padre de familia sea una institución del derecho romano: así B. BRUGI, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali. Esame dei principi riguardanti il passo necessario in relazione al concetto di servitù prediale nel diritto classico*, in AG. 27 (1881) 232 s., ID., *L'ambitus e il paries communis nella storia e nel sistema de diritto romano*, in RISG. 4 (1887) 389, juzga tal institución ignota al derecho justinianeo, aunque aparezcan algunos vestigios. En la misma dirección V. SIMONCELLI, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo di servitù prediale* (in *Il Filangieri* 8 [1883] 268 ss., a continuación, completamente reconstruido en una nueva edición [Napoli 1886] ahora in *Scritti giuridici I* [Roma 1938] 1 ss.; BURZIO, *La servitus oneris ferendi ed il principio «servitus in faciendo consistere nequit»*. (Contributo allo studio degli oneri reali), in AG. 54 (1895) 551; S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in BIDR. 8 (1895) 247; L. COVIELLO, *Le servitù prediali. Lezioni dell'anno 1925-1926*, cur. G. STOLFI (Napoli 1926) 307; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano I<sup>2</sup>* [Roma 1928, rist. 2002] 773; B. BIONDI, *La categoria romana cit. 450 ss.*; ID., *Le servitù prediali<sup>2</sup>* cit. 286 ss.; L. BARASSI, *I diritti reali limitati. In particolare l'usufrutto e le servitù* (Milano 1947) 258 s.; J. BONET CORREA CALDERÓN, *Sobre la supuesta constitución tacita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas*, in AHDE. 19 (1948-49) 304 ss.; F. MESSINEO, *Le servitù (art. 1027-1099 c.c.)* (Milano 1949) 134 s.; G. LONGO, *Corso di diritto romano I* cit. 292; F. LAMBERTI, *Nominatim imponenda servitus*, in *Labeo* 42 (1996) 37 ss.; A. LÓPEZ PEDREIRA, *Constitución de servidumbres por destinación del padre de familia: antecedentes del artículo 541 del Código Civil Español*, in *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M.<sup>a</sup> Reimundo Yanes I* (Burgos 2000) 523; M.G. ZOZ, *La costituzione tacita delle servitù nell'esperienza giuridica romana* (Milano 2001) 167, y S. RANDAZZO, «*Servitus 'iure' imposita*». «*Destinazione del padre di famiglia*» e costituzione «*ipso iure*» della servitù, in *Rivista di diritto*







testamento (art. 1058 c.c.), abandonando de este modo la terminología de los códigos derogados que mencionaban el 'título'<sup>24</sup> entre las formas habituales de constitución de las servidumbres. El art. 1062 c.c.<sup>25</sup> dispone que las servidumbres no aparentes (cuando no se hacen obras visibles y permanentes destinadas a esta función) no pueden conseguirse por usucapión o por destino del padre de familia.

§ 3. *La extinción a través de non usus y usucapio libertatis.*  
Entre los modos de extinción de los derechos reales parciales: *remissio servitutis*<sup>26</sup>, *confusio*, prescripción total del fundo

---

<sup>24</sup> También en el Código de Napoleón el art. 693 dispone que el destino del padre de familia referido a las servidumbres continuas y aparentes equivale a título («la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes»). En el art. 629 del código civil italiano de 1865 lee: «Le servitù continue ed apparenti si stabiliscono in forza di un titolo, o colla prescrizione di trent'anni, o per la destinazione del padre di famiglia».

<sup>25</sup> Art. 1062: «La destinazione del padre di famiglia ha luogo quando consta, mediante qualunque genere di prova, che due fondi, attualmente divisi, sono stati posseduti dallo stesso proprietario, e che questi ha posto o lasciato le cose nello stato dal quale risulta la servitù. Se i due fondi cessarono di appartenere allo stesso proprietario senza alcuna disposizione relativa alla servitù, questa si intende stabilita attivamente e passivamente a favore e sopra ciascuno dei fondi separati».

<sup>26</sup> Si se supone que la renuncia pudiera tener un significado preciso, seguramente no fue ideada por los juristas clásicos como figura jurídica autónoma. La literatura moderna suele encuadrar la *remissio servitutis*





horas alternas, para las que se cumplían las reglas generales (*statuto legibus tempore amittitur*):

D. 8.6.7 (Paul. 13 *ad Plaut.*) [L. 1191]. *Si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum vel uno mense, quaeritur quemadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus, quo cum uti non potest, non sit usus. Itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore amittitur. Idem et de itinere custoditur. Si vero alternis diebus aut die toto aut tantum nocte, statuto legibus tempore amittitur, quia una servitus est: nam et si alternis horis vel una hora cottidie servitutem habeat, Servius scribit perdere eum non utendo servitutem, quia id quod habet cottidianum sit.*

La extensión de los *intervalla dierum et horarum*<sup>27</sup> previstos para la conducción incidía tanto en la duración del término de la

---

<sup>27</sup> Sobre la posibilidad de constituir una servidumbre de acueducto a intervalos mensuales, anuales, después diarios hasta llegar a intervalos inferiores a un día, como en D. 8.6.7 (Paul. 13 *ad Plaut.*), cfr. S. SOLAZZI, '*Servitus divisa*', en *SDHI*. 17 (1951) 257; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana II* (Milano 1976) 417 nt. 102; ID., *Uti hoc anno aquam duxisti id est alternis diebus*, in *Proprietà e diritti reali* (Roma 1999) 129 ss., y con una intervención un poco polémica: F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela interdittale dei modi di esercizio*



*longi temporis praescriptio* como en la extinción por *non usus*. Por esa razón el jurista distingue diferentes intervalos de tiempo durante los cuales se podía ejercitar el *ius aquae ducendae*: por un lado, los periodos que superan el uso cotidiano, como en el caso de pasar agua sólo en verano o en un único mes (*vel aestate ducatur tantum vel uno mense*), o años o meses alternos (*si alternis annis vel mensibus*), intervalos para los cuales se produce un alargamiento del periodo normal de prescripción: *duplicato constituto tempore amittitur*; por el otro los *intervalla* que forman parte del uso cotidiano del *aquaeductus*, en días alternos, o durante todo el día o sólo por la noche (*alternis diebus aut die toto aut tantum nocte*) que determinan la extinción de la servidumbre según el término ordinario (*statuto legibus tempore amittitur*), porque es única, sin intervalos, es decir, que estén comprendidas en el *usus cottidianus*. En el caso de que uno disponga de la servidumbre en horas alternas o durante una

---

*delle servitù prediali*, en *Riv. dir. rom.* 2 (2002) 502 s.. Un amplio discurso sobre la prescripción por no uso de la *servitus intermissione temporis divisa* realizado por M.F. CURSI, «*Modus servitutis*» cit. 186 s. Vid. F. TUCCILLO, *Studi su costituzione ed estinzione* cit. 140 ss.; C. MÖLLER, *Die Servituten* cit. 252 s.



añade en el tercer apartado que «en las servidumbres que se ejercen a intervalos, el término se calcula desde el día en el que la servidumbre se habría podido ejercer y no se retomó el ejercicio».

La jurisprudencia romana no parece que siga una línea uniforme en los casos de uso cualitativo o cuantitativo diferente de las servidumbres en cuanto a la extinción por *non usus*. En algunas decisiones se lee que el ejercicio en tiempo diverso o con modalidades diferentes a las estipuladas, es decir, contrario al *modus accedente* e inherente a la servidumbre, determinaba la prescripción de la *servitus*:

D. 8.6.10.1 (Paul. 15 *ad Plaut.*) [L. 1214]. *Si is, qui nocturnam aquam habet, interdium per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit nocturnam servitutem, qua usus non est. Idem est in eo, qui certis horis aquae ductum habens aliis usus fuerit nec ulla parte earum horarum.*

La circunstancia descrita por Paulo contempla el caso en el cual quien tiene derecho a tomar agua de noche y, por el contrario, la recoge en las horas diurnas durante el espacio temporal exigido para la extinción. En este caso, la consecuencia es la pérdida de la servidumbre, que es nocturna, por no haberla usado. Esta misma situación se verifica respecto de

---

servitù che si esercitano a intervalli, il termine decorre dal giorno in cui la servitù si sarebbe potuta esercitare e non ne fu ripreso l'esercizio».

quien teniendo el derecho de acueducto sólo durante ciertas horas, lo usa en otras distintas y no en las horas concedidas.

En el caso propuesto se examina la cuestión relativa a la posibilidad de que el cumplimiento de más actos distintos o de un acto prolongado, por ejemplo el uso del agua solamente durante alguna de las horas concedidas, fuera suficiente para impedir la extinción del derecho por desuso. La solución presentada parece que excluya esta eventualidad, ya que el modo contribuía a identificar el contenido exacto de la servidumbre. El uso diverso desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo del debido, es decir, el uso del agua durante la noche en vez de en las horas diurnas, o en horas distintas de las concedidas, determinaba la extinción del derecho, por desuso (*non usus*) de la servidumbre según las formas previstas<sup>31</sup>.

La tradición romanística no se ha abandonado en el nuevo código, que contempla la hipótesis de uso diverso en la medida y en el tiempo. El art. 670 del código de 1865 disponía que el ejercicio de la servidumbre en un tiempo diferente del determinado en la «convención» o de la posesión no impedía la prescripción<sup>32</sup>. En la reforma del código, la norma ha sido

---

<sup>31</sup> Vid. A. TORRENT, *Plus agere. Exceso en el ejercicio convenido de 'iura praediorum'*. D. 8,6,11pr. (Marcelo 4 Dig.), in *Iura* 60 (2012) 53 ss.

<sup>32</sup> Art. 670: «L'esercizio di una servitù in tempo diverso da quello determinato dalla convenzione o dal possesso non impedisce la prescrizione».

















En la época romana esta institución tenía su *ratio*, pero en la actualidad la situación ha cambiado. La ley no solo reconoce la prescripción general, sino que también establece en qué modo se concreta el no uso de las servidumbres negativas (art. 1073 c.c. segundo párrafo). Parece ser que la función sobre la cual se fundaba la romana *usucapio libertatis* ha decaído.

Dicho esto, se puede inferir que si el fundo sirviente ha sido poseído durante veinte años como libre, es decir que durante ese periodo de tiempo no se ha ejercido la servidumbre, se verifica la adquisición de la propiedad y al mismo tiempo extinción de la servidumbre por no uso. Por lo tanto, no se produce la compra del fundo como libre sino dos efectos jurídicos de contenido diverso: la adquisición de la propiedad por usucapión, por un lado, y la extinción de la servidumbre por no uso, por otro. De esto se deriva que si el fundo ha sido poseído durante veinte años, pero la servidumbre no ha sido ejercida por ejemplo durante dieciocho, la propiedad se adquiere pero la servidumbre no se extingue<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Sobre la relación entre *non usus* y *usucapio libertatis* esto ver la ordenanza 10 de mayo-7 de noviembre de la Corte de Casación italiana, Sexta sección civil del 2016, n. 22561. Objeto del recurso por revocación es la ordenanza n. 1531 del 2015 de la Sexta sección civil con la cual se ha desestimado el recurso propuesto por los señores. G., S., M. contra la sentencia del Tribunal de apelación de Palermo n. 306 del 1 de marzo de 2012. El Tribunal Supremo italiano solamente había precisado que el no uso del derecho debía ser recalificado como forma de prescripción del derecho real y no como forma de '*usucapio libertatis*'. Añaden que el periodo de

