

LA SUPERVIVENCIA DE LAS  
SERVIDUMBRES APARENTEMENTE  
EXTINGUIDAS: COMENTARIOS A D. 8,3,31  
JUL. 2 EX MIN

El agua, un elemento imprescindible para la subsistencia humana, ha motivado desde antaño grandes y acaloradas controversias dando lugar en muchas ocasiones a litigios de importantísima trascendencia <sup>1</sup>.

Un supuesto, de entre los varios que nos ofrece el Digesto, que ha despertado en mí un especial interés por su estudio es el que nos plantea D. 8,3,31 Jul. 2 ex Min. <sup>2</sup>.

El fragmento dice así:

31 *IULIANUS libro secundo ex Minicio: Tria praedia continua trium dominorum adiecta erant: imi praedii dominus ex summo fundo imo fundo servitatem aquae quaesierat et per medium fundum domino concedente in suum agrum ducebat: postea idem summum fundum emit: deinde imum fundum, in quem aquam induxerat, vendidit, quaesitum est, num imus fundus id ius aquae amisisset, quia, quum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi servire non potuissent. Negavit amisisse servitatem, quia praedium, per quod aqua ducebatur, alterius fuisset et quemadmodum servitus summo fundo, ut in imum fundum aqua veniret, imponi*

---

1. El bronce de Contrebia, gran tabla de este material hallado en Botorrita, (Zaragoza) en noviembre de 1979 y fechado en 15 de mayo del 87 a. de C., es un buen exponente de ello.

2. J. BONET CORREA, «Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas», en *AHDE* 19 (1948-1949), pp. 304 ss.; «La constitución tácita de las servidumbres en el C. civil español», en *Anuario D civil* (1951), pp. 73 ss.

aliter non potuisset, quam ut per medium quoque fundum duceretur, sic eadem servitus eiusdem fundi amitti aliter non posset, nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desisset aut omnium tria simul praedia unius domini facta essent <sup>3</sup>.

Aparentemente se trata de un texto de fácil comprensión, mas si se entra en el estudio de los distintos aspectos que el mismo nos ofrece, el fragmento resulta ser más complejo de lo que a primera vista podíamos suponer. Véamos cuál es la problemática que encierra: Se trata de tres predios pertenecientes a distinto dueño, los cuales se hallan uno a continuación del otro. El dueño del predio inferior había adquirido para dicho fundo una servidumbre de agua sobre el fundo superior, y conducía el agua a su campo a través del fundo intermedio con consentimiento del propietario de dicho terreno. El propietario del fundo inferior compró luego el fundo superior, y más tarde vendió el fundo inferior al cual había conducido el agua. La pregunta que se formula es la siguiente: ¿Acaso el fundo inferior habría perdido el derecho de agua, debido a que al haber pasado a ser los dos predios de un mismo dueño no se daba entre ellos la servidumbre correspondiente en virtud del principio *nemine res sua servit, o praedia ipsa sibi servire non potuissent?* Minicio negó que se hubiera perdido la servidumbre, mientras Juliano considera que la servidumbre se conserva porque el predio por el cual se condujo el agua siguió siendo de otro. Únicamente se extinguiría la servidumbre si los tres predios hubieran ido a parar a las mismas manos. Qué duda cabe que en este supuesto la servidumbre se hubiera extinguido por confusión más no es éste el caso que se nos plantea.

Ya en 1931 Alfredo Butera <sup>4</sup> estudiaba el fragmento llegando a la conclusión de que nos hallamos ante la presencia de dos servidumbres, una la de toma de agua y la otra de acueducto, resultado al que llega igualmente García Garrido <sup>5</sup>, mientras años después Ortega <sup>6</sup> concluye en el sentido de que no se trata de dos servidumbres sino tan sólo de una. Por mi parte considero que aun teniendo pre-

3. No existe ningún indicio que nos haga sospechar que el fragmento, que hace gala de una gran elegancia de estilo, rigor en el razonamiento y audacia en las soluciones haya sido interpolado.

4. A. BUTERA, «Un c.d. caso di quiescenza di servitù prediale in diritto romano», en *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, pp. 305 y ss

5. M. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones, Casos, Instituciones*, Madrid, 1989, pp. 384 ss.

6. A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, «Una interpretación en materia de servidumbres a propósito de un caso de "Servitus aquae ductus"», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Ursicinio Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, pp. 356 y ss

sente estos estudios no es en esta línea de investigación en donde se plantea el problema contemplado desde el punto de vista estrictamente jurídico. Por ello me permito escribir unas líneas para razonar mi pensamiento.

Que las servidumbres son indivisibles es notorio. D. 35,2,1,9 Paul., ad leg. Falc. nos dice: *Si, usus fructus legatus sit qui et dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt*<sup>7</sup>. Una regla atribuida a Pomponio, que se ha conservado en el pergamino de la biblioteca del florentino Pedro Crinito, publicado en 1536, ya nos decía que *Et servitutes dividi non possunt: nam eorum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam eius corrumpat*<sup>8</sup>. En parecido sentido se nos manifiesta D. 8,1,17 Pomp. reg. al expresar: ... *aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum individus est...* Pues bien, partiendo de esta sólida base la solución cae por su peso: El fundo intermedio que no ha pertenecido nunca a ninguno de los propietarios que lo son o lo han sido de los fundos extremos, dominante y sirviente, sigue gravado con la servidumbre así como sigue vigente la función económico-social que ésta cumple.

Hablando en términos generales es evidente que el principio propuesto por Gayo 7 ed. prov. y que aparece plasmado en D. 8,6,1 es plenamente válido, pues, *Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit*<sup>9</sup>, mas éste no es nuestro caso. No es que los tres fundos colindantes pasen a ser propiedad de una misma persona, en cuyo caso se extinguiría definitivamente la servidumbre por confusión aplicándose en su totalidad el principio propuesto, lo que sucede es que los dos fundos extremos pertenecerán casual y temporalmente al mismo sujeto más no así el fundo intermedio que siempre y en todo momento corresponderá a una tercera persona totalmente ajena a los intereses de los propietarios que lindan con su predio. En consecuencia, cuando el propietario del fundo dominante adquiere el fundo sirviente, la servidumbre que media entre ambos se extingue, mas esta extinción no afecta para nada al fundo intermedio que sigue gravado con ella. Hay, pues, dos fundos sir-

7. El texto original se refería tan sólo al *iter*, según se deduce de Fr. Vat. 68. Vid. WIEACKER, *Textstufen*, Gottingen, 1975, pp 423 ss.

8. BAVIERA, *Fontes*, p. 449. SOLAZZI, «Servitus divisa» en *SDHI*, 17 (1951), pp. 255 ss.; GROSSO, *Le servitù prediali nel Diritto romano*, Torino (1969), pp. 151 ss.

9. B. BIONDI, *Le servitù prediali*, Milán, 1969, pp 305 ss; S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù*, Nápoles, 1948, pp. 158 ss.; *NNDI*, 4 (1959), pp. 77 ss.; A. ORTEGA, *op. cit.*, p. 361, nt. 33, en la que añade: «Sin embargo, Paulo nos dice en D. 8,2,30,1 (15 ad Sab.) que *si partem praedii nunctus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet, quia pro parte servitus retineatur.*»

vientes el A que es el del que se saca el agua y el B por el cual fluye dicha agua. La confusión se lleva a cabo entre A y C pero en ningún caso esta confusión afecta al fondo B.

A mi modo de ver hay que distinguir categóricamente lo que es extinción jurídica de lo que es una simple suspensión de la eficacia de un derecho (el derecho de Servidumbre de *aquae hastus*). Así, pues, lo que a primera vista, y por principio general, hubiera podido parecer un modo de extinguir las servidumbres, a saber, la coincidencia en una misma persona de la condición de propietario del fondo dominante y del fondo sirviente, ya que por lógica y principio jurídico, *nemine res sua servit*, deja de poseer esta facultad extintiva por el hecho de que la servidumbre, que como sabemos es indivisible, no se verá afectada en su tramo intermedio, esto es, en el *medium fundum* atendido que este ha permanecido en propiedad de terceras manos y, en consecuencia, ajeno a las transacciones que se han operado en los fundos *summo y imum*. Sabido es que la confusión produce la extinción y la consolidación de Derechos reales a la par que el cese de ciertas obligaciones, mas allí donde no se produce propiamente una extinción, ni cese, ni cosa semejante surge solamente una imposibilidad temporal de ejercitar una acción como nos sucede en el caso propuesto y por las razones ya vistas. A tal fin Butera<sup>10</sup> escribe que «La ragione non consente che taluno sia vincolato verso se medesimo. La confusione perciò —en este caso— e un modo meno pieno di estinzione dei rapporti giuridici, un modo affievolito.» Y añade: «Con scultoria brevita la confusione e stata esattamente definita la paralisi dell'azione.» Ciertamente existe una paralización pues nadie puede servirse a sí mismo, ni accionar a favor ni en contra de uno mismo, lo cual constituiría una monstruosidad jurídica, ahora bien, «paralización» no quiere decir «extinción». El primer adjetivo es sinónimo de «suspensión o impedimento momentáneo», el segundo lo es de «muerte jurídica».

Tanto Minicio como Juliano se hallaban en lo cierto cuando afirmaban que la servidumbre de acueducto no se había extinguido por confusión *Negavit amisisse servitutem, quia praedium, per quod aqua ducebatur, alterius fuisset*. En nuestro supuesto se da una confusión con la *servitus aquae hastus*, mas ésta no afecta ni total ni parcialmente a la servidumbre de acueducto que beneficia a los fundos. Diremos, pues, que la confusión es temporal, temporalidad que coincide con aquel período de tiempo en el que se da dicha confusión.

Butera<sup>11</sup> va más allá al apreciar la existencia de dos servidumbres: una la de toma de agua y la otra de acueducto, de tal manera

10. A. BUTERA, *op. cit*, p. 311.

11. A. BUTERA, *op. cit*, p. 313.

que sostiene la extinción por confusión de la primera y el renacimiento de la segunda una vez se ha vendido el fundo inferior a un tercero. El razonamiento que *prima facie* puede parecer hábil no me parece convincente por varios motivos. En primer lugar debemos preguntarnos: ¿de qué le servirá al propietario del fundo dominante el tener una servidumbre de extracción de agua en fundo ajeno si luego no puede conducirla a su propio terreno?; o ¿de qué le servirá una servidumbre de *aquaeductus* sobre uno o varios fundos si previamente no se la dejan extraer? Recordemos a este propósito que Labeón ya le decía a Paulo D. 8,5,21 Lab. 1 pith., *Si qua aqua nondum apparet, eius iter ductus constitui non potest*, aunque esto no convenciera mucho a este jurista que sostenía *ut aquam quaereres et inventam ducere liceret*. Sea como fuere lo cierto es que si el agua no brota la servidumbre de acueducto queda vacía de contenido y, por lo tanto, desaparece lo mismo que sucede con la de búsqueda de agua si ésta resulta infructuosa. No sucedería lo mismo si por causas naturales el agua que brotó y se condujo a través de acueducto dejara de emanar reapareciendo, también por causas naturales, al cabo de un tiempo D. 8,3,34,1 Pap. 7 quaest.; D. 8,3,35 Paulo, 15 ad Plaut. Entiendo, pues, que ambas servidumbres que, en otras circunstancias podrían ejercitarse de manera separada, en el caso que nos ocupa se hallan estrechamente unidas constituyendo un todo fuertemente compacto e inseparable. Inseparabilidad que viene fijada por cuestiones lógicas y económicas. En segundo lugar, hacer renacer o resucitar *ex novo* una servidumbre previamente extinguida no me parece razonable ya que si la servidumbre hubiera desaparecido por confusión podremos constituir, en todo caso, una nueva que haga las veces de la anterior si es éste el deseo de las partes, pero resucitarle me parece demasiada osadía. La confusión, cuando se da, pone fin al derecho de servidumbre, y este punto y final es totalmente irreparable.

No es por este camino por donde entiendo que se debe ir. A mi modo de ver la tesis válida es la de la *quiescenza*, a saber: cuando el propietario del fundo superior adquiere el fundo inferior se produce una paralización, una inactividad de todos aquellos derechos que en otra coyuntura hubieran representado una extinción de la servidumbre y que aquí no se produce por las circunstancias ya apuntadas. En el momento que el propietario de ambos fundos vende el inferior, desaparece este estado de pasividad y aquellos derechos que habían permanecido inactivos, latentes, durante un cierto período de tiempo vuelven a revivir con toda su plenitud, y la servidumbre se revivifica a consecuencia de la función económico-social que ésta cumplía entre ambos fundos, pues no olvidemos que las servidumbres se constituyen en aras de la utilidad objetiva que prestan al fundo D. 8,1,8 pr. A la postre la servidumbre revive por la destinación de la misma:

aquella saca de agua es imprescindible para C y la utilidad de la servidumbre, que implica la multiplicación económica de las tierras labrantías, la mejor utilización de la propiedad hace que la antigua servidumbre extinguida entre A y C, pues queda dicho que no puede darse una servidumbre sobre cosa propia, renazca nuevamente. Es la ley la que hace revivir la servidumbre al volver a separar ambas propiedades, pretendiendo con ello mantener la utilidad económica de los fundos que se aprovechan de las servidumbres. Esto obedece al principio que hoy se llama de destinación del padre de familia, y que algunos califican hoy como de «constitución legal de la servidumbre». Se produce al fin un resurgimiento de los antiguos derechos. Refuerzan la tesis que la extinción sólo es aparente —debido al fundo intermedio— dos fragmentos de que se hallan en las fuentes: D. 8,6,15 Jav. 2 epist. y D. 8,4,7,1 Paul. 5 ad Sab. El primero reza así: *Si, cum servitus mihi per plures fundos deberetur, medium fundum adquisivi, manere servitutem puto... medio autem fundo adquisito potest consistere, ut per primum et ultimum iter debeat.* El segundo dice: *... si tria praedia continua habeam et extremum tibi tradam, vel tuo vel meis praediis servitutem adquiri posse: si vero extremo, quod retineam, quia et medium meum sit, servitutem consistere...*

Valga repetir que este estado de insensibilidad mutua frente a las alteraciones de la propiedad produce efectos sólo a los fundos *summo* y *imo* más no al *medium fundum* ya que para éste la servidumbre sigue plenamente en vigor. Por ello podremos afirmar con razón que en el ínterin se encuentren los dos fundos extremos sometidos a un mismo propietario el agua que emana del fundo superior se recibirá en el fundo inferior *iure dominii* si bien la conducción del líquido por el terreno interpuesto se realizara *iure servitutis* lo cual no obsta para que se siga manteniendo el razonamiento que venimos realizando. Por otra parte debemos tener en cuenta que las servidumbres se establecen en razón de la utilidad objetiva del fundo D. 8,1,8, pr., no pudiéndose desligar de éste. En consecuencia, la servidumbre sigue al fundo, a no ser que se diga lo contrario, cosa que no sucede en este caso, por lo tanto al enajenarse un fundo, éste se transmite con las cargas, gravámenes y servidumbres de todo orden que le pudieran afectar o beneficiar. En nuestro supuesto se transmite con la servidumbre a su favor de extraer el agua del fundo superior y conducirla hasta su parcela inferior.

Tampoco es nuestro caso, como pretenden algunos autores modernos <sup>12</sup> aquel que se produciría en el supuesto de constitución tácita

12. SALA CANTARINI, *La destinazione del padre di famiglia*, Giorgenti, 1895, citado por RICCOBONO, «La destinazione del padre di famiglia», en *Riv. italiana per le scienze giuridica* XII (1896), pp. 385 ss.

de servidumbre por destinación de un padre de familia, es decir, si un propietario de dos fundos estableciera entre ellos un signo ostensible de servidumbre y posteriormente vendiera uno de ellos, ya que en tal caso no se daría la continuación sino creación de una servidumbre que antes no existía como relación jurídica entre dos fundos.

Cuando hablamos de «destinación de un padre de familia» no es que nos refiramos precisamente al padre de familia en el sentido que nosotros entendemos por tal sino al propietario de dos fundos el cual al enajenar uno de ellos deja un signo ostensible de servidumbre entre ambas lo cual debemos considerarlo como título suficiente para que la servidumbre<sup>13</sup> continúe activa y pasivamente. Por contra en Roma decíamos que habiendo hechos, como puede ser el de toma de agua, dirigidos a la mejor utilización de los fundos, con la enajenación revive al servidumbre; son estos hechos los que hacen que al volver a separarse la propiedad de ambos fundos reviva nuevamente la servidumbre. Hechos con una proyección importantísima ya que de ellos se van a derivar, como en este caso, unos derechos limitativos de la propiedad que se ve agravada, comprimida, como es el caso de la servidumbre de saca de agua.

Por nuestra parte sostenemos con Perozzi<sup>14</sup> y Solazzi<sup>15</sup> que en Derecho romano era ignorada la constitución de las servidumbres por destinación del padre de familia ya que se trata de una institución medieval, mas a mi modo de ver y entender se hallaban ya en nuestro derecho los gérmenes no desenvueltos todavía de dicha institución. Junto con Bonet<sup>16</sup> considero, en consecuencia, que la destinación como modo general tácito de constitución de las servidumbres no fue concebido hasta Bártolo. Nos hallamos, consecuentemente, ante una servidumbre continua y aparente, preexistente, creada entre el propietario de uno de los fundos y el antiguo propietario del otro, lo cual nos debe hacer variar el enfoque del tema dándole otra perspectiva. Por otra parte es razonable sostener que si un día se constituyó esta servidumbre fue debido a la necesidad que el fundo inferior tenía de disponer de dicha agua; por ello sería impensable que el nuevo comprador pudiera tener cualquier interés en la adquisición del fundo sin disponer del agua por haberse extinguido la servidumbre. Es ésta una razón más que justifica el porqué de la no extinción.

Juliano ya afirmó que la servidumbre no se pierde: *negavit amississe servitutem*, se lee en el fragmento con lo cual creo que la so-

---

13. J. BONET CORREA-CALDERÓN, «Sobre», pp. 307 ss. Ésta es la fundamentación del art 541 del Código civil.

14. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* I, Roma 1925, p. 773.

15. S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzioni delle servitù prediali*, Nápoles, 1947, pp. 181 ss.

16. J. BONET CORREA, *op. cit.*

lución ha quedado clara. No se trata, pues, de dar vueltas sobre lo que ya nos confirmó tan eminente jurista sino ver el por qué lo dijo y cuál es la valoración que de sus palabras hacen romanistas posteriores. Butera<sup>17</sup> señala que en dicha proposición infinitiva falta el sujeto, y, en consecuencia, no se llega a saber quién es el que pierde o había perdido la servidumbre, si el enajenante o el adquirente. Comparto la opinión de Ortega<sup>18</sup>. Para Ortega, cuya opinión me convence «parece clarísimo que Juliano se está refiriendo a la situación en que quedan los fundos una vez efectuada la última transacción, y de acuerdo con ella da la solución». Nos atenemos, pues, al resultado definitivo, no a las situaciones provisionales.

Teniendo en cuenta esta íntima trabazón existente entre las dos servidumbres ya mencionadas que se justifican mutuamente y que hacen que una no pueda existir sin la otra considero que ninguna de ellas pueda extinguirse por sí sola de tal suerte que subsistiendo la servidumbre de acueducto por las circunstancias de indivisibilidad antedichas debe entenderse que la servidumbre de extracción de agua sigue igualmente permaneciendo en pie.

Juliano se refiere, pues, a una servidumbre, que si bien se conserva enteramente sólo se ejercita en parte, o sea, la servidumbre potencialmente existe con todos sus efectos si bien no podremos hablar de fundo dominante y fundo sirviente por obvias razones.

Juliano sostiene que las dos maneras en que se hubiera podido extinguir la servidumbre sería, o por la concentración en una misma mano de los tres fundos, es decir, la confusión total, o por el hecho de que se hubiere dejado de conducir el agua por el fundo intermedio *nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desisset*. La primera aseveración es del todo punto congruente; mas a mi modo de ver la segunda posibilidad me resulta más que dudosa, al menos con el carácter definitivo que se le quiere dar, sobre todo si tenemos en cuenta que en las Pauli Sententiae 1,17,1-2 se lee: *1. Viam iter actum aquae ductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur: ne enim ea usucapi possunt, quae non utundo amittuntur. 2. Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercidit et biennio usurpata recipitur*. Este texto de origen clásico, nos expresa la existencia de una *usureceptio* para las servidumbres rústicas, de tal modo que las extinguidas por *non usus*<sup>19</sup> se recuperan por el uso de dos años. No se produce, pues, una *usucapio libertatis* automática al cabo

17. A. BUTERA, *op. cit*, p. 309.

18. A. ORTEGA, *op. cit*, p. 354 nt. 5.

19. LEVY, *Studi Albertario*, 2, pp. 221 ss.; S. SOLAZZI, *Specie*, pp. 165 ss.; G. GROSSO, «Sulla genesi storica della estinzione delle servitù per “non usus” e della “usucapio libertatis”, en *Foro italiano* 62 (1937), pp. 266 ss.; *Le servitù prediali*, pp. 244ss.; B. BIONDI, *La servitù*, pp. 305 ss.



de los dos años de falta de actividad de la servidumbre que cercene de forma maquinal las expectativas de una posible recuperación.

Juliano llega a la conclusión de que si es cierto que las servidumbres no pueden constituirse parcialmente, por lógica tampoco es susceptible de extinción parcial. La servidumbre tiene un carácter unitario *una est servitus* y no cabe una extinción parcial *aut tota amittatur aut tota retineatur* D. 8,3,18 Ulp. 14 ad Sab.<sup>20</sup>. Sí, en cambio, que pueden ejercitarse parcialmente. El ejercicio parcial conserva la servidumbre por entero lo cual no es óbice a la indivisibilidad de las servidumbres, que en el fondo, es lo que evita su extinción. Racionalmente podemos apreciar que en esta unión íntima e inseparable que existe entre ambas servidumbres la de toma de agua compone la causa indispensable para el establecimiento de la servidumbre de acueducto pudiendo afirmar con toda seguridad que llega a erigirse en su elemento constitutivo. De la indivisibilidad de la servidumbre de acueducto nos habla Ulpiano en D. 45,1,72 pr. de verb. obliga., expresándose en estos términos: *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aqueaeductus ceterarumque servitutum*. Con ello nos encontramos con que la indivisibilidad se vincula tanto a la servidumbre de acueducto que a la de toma de agua que como señalábamos en líneas anteriores constituye el requisito esencial para su constitución. De aquí que ambas corran la misma suerte.

Tampoco desaparecería la servidumbre si de manera espontánea dejara de emanar el agua y también de una manera espontánea, es decir, de forma ajena a toda voluntad humana, volviera a brotar aun en el supuesto de que hubiera prescrito el plazo de extinción por *non usus* pues la causa de la no utilización de la servidumbre de acueducto no se debe a un acto humano sino a un azar de la naturaleza D. 8,3,34,1 Pap. 7 quaest.; D. 8,3,35 Paulo 15 Plaut. A mi juicio todo el *quid* de la cuestión se halla en la pervivencia de la servidumbre sobre el fundo intermedio que determina que ésta no desaparezca de manera definitiva. Ratifico igualmente mi criterio de que, en el caso que nos ocupa, se trata de dos servidumbres que en otros casos se ejercitarían de manera independiente, pero que en nuestro supuesto se hallan tan íntimamente unidas y relacionadas entre sí que ninguna de las dos tiene razón de ser sin la existencia de la otra constituyendo, por lo tanto, una única servidumbre a todos los efectos. Mantengo la tesis de que, en nuestro caso, se produce una situación de muerte y reconstitución de una servidumbre antes al contrario de una inactividad temporal en tanto se produce la circunstancia

20. RICCOBONO, «Studi critici sulle fonti del Diritto romano», en Bull. 7,8,9 (1894-1896), p. 240. En el mismo sentido SIMONCELLI, p. 10 y D. 8,6,8,1; D. 8,3,23,3.

de que la propiedad del fundo sirviente y del dominante se hallen concentrados en una misma mano, pasividad de la que se sale cuando uno de los dos fundos pasa a manos de un tercer propietario. No sin dejar de reconocerle su valor científico me separo de la tesis sostenida ya hace años por Butera<sup>21</sup> sintiéndome, en general, mucho más próximo al pensamiento de Ortega<sup>22</sup>.

En nuestro derecho positivo los artículos 541 y 534 del CC junto con gran parte del pensamiento doctrinal civilístico<sup>23</sup> confirman, creo, nuestra teoría que en el fondo no es otra que la que mantuvieron en su día los juristas romanos.

JOSEP GINESTA-AMARGÓS

---

21. A. BUTERA, *op cit*

22. A. ORTEGA, *op. cit*

23. J. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo 2, vol. 2, 10.<sup>a</sup> ed. (1965), pp. 71 ss., con abundante bibliografía sobre el tema tanto de Derecho romano como de Derecho civil.