

TÍTULO 17

De servitutibus

T. El Edicto *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* (Lenel § 73) está colocado antes de los edictos *de modo agri* (Lenel §74) y *si quadrupes pauperiem fecisse dicitur* (Lenel § 75), a los que corresponden los títulos 1,14 y 1,15 de PS. Si hubo un título en las PS referido al Edicto *si servitus vindicetur*, debió de estar colocado, siguiendo el orden edictal, antes del título 1,14 referente a *de modo agri*.

Schulz conjetura⁸³³ que las sentencias que se nos conservan en este título estaban comprendidas originalmente en el título *finium regundorum*, en el cual, al tratarse de la prohibición de adquirir el *limes* por usucapión, pudo hacerse referencia a la prohibición de adquirir las servidumbres por usucapión, y en efecto las primeras dos sentencias de este título se refieren a la prohibición de usucapir las servidumbres, a su extinción por desuso y a su recuperación por nuevo uso. El hecho de que ninguna de las sentencias de este título se refiera a la vindicación de servidumbres, y de que el título 1,13B de PS señala que se refiere a todo tipo de vindicaciones, son otros indicios que apoyan la conjetura de dicho autor.

Pero como la tercera sentencia de este título (que proviene del Digesto 8,3,9), no se refiere a la extinción o adquisición por desuso o uso, sino al modo de constituir una servidumbre de acueducto, podría ser que esta sentencia formara parte de otro título en la versión original de PS que se refiriera a servidumbres y correspondiera al Edicto *si servitus vindicetur*, y que no fue recogido por los compiladores del *Brev.*⁸³⁴

O. La ubicación del actual título no corresponde completamente al orden edictal. Cabe pensar que hubo un título con la rúbrica *de servitutibus* o similar, en el lugar de PS correspondiente con el Edicto § 73, es decir

⁸³³ Véase *supra ad PS 1,16 rubr. sub O.*

⁸³⁴ Liebs, *PS*, p. 147, no hace observaciones sobre este título

antes del título *de modo agri*. Cuando se redujo la extensión de las PS y se amplió el título 1,13B, referido originalmente a la petición de cosas hereditarias, a la petición de cualquier cosa por cualquier causa, se pudo haber suprimido el título original sobre servidumbres. Esto pudo ocurrir en el siglo IV en occidente, cuando el concepto de servidumbre como derecho real sobre cosa ajena se pierde; esto mismo es lo que explica que en CT no exista un título sobre servidumbres y que no se registren leyes sobre esta materia expedidas en el tiempo habido entre Diocleciano y Justiniano.⁸³⁵ Posteriormente pudo sentirse la utilidad de tener un título sobre servidumbres, quizá por puro afán de conservación, y entonces se formó este título con sentencias extraídas del título *fnium regundorum*.

Au. V puede ser responsable de la supresión del título original sobre servidumbres, cuyo contenido y utilidad ya no percibía, así como de la ampliación del alcance del título 1,13B a todo tipo de reivindicaciones.⁸³⁶ El autor de la rúbrica puede ser A.

1,17,1 *Viam iter actum aquae ductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur: nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur.*

S. Las servidumbres de paso a pie o a caballo (*iter*), de paso de carro y ganado (*actus*), de caminos para todo uso (*via*) o de conducción de agua (*aquae ductus*), se pierden si dejan de usarse por dos años. La frase final expresa que aunque esas servidumbres se pierdan por desuso, las mismas no pueden adquirirse por usucapión. Esta frase debe confrontarse con la siguiente sentencia (1,17,2) que dice que las servidumbres de agua se pierden por desuso de dos años, pero se recuperan por volver a usarlas durante el mismo lapso.

O. Clásico. En el derecho civil clásico, por lo general, no se da la pérdida ni de derechos ni de acciones por el mero transcurso del tiempo, pero sí su adquisición. Sin embargo, la pérdida de las servidumbres por *non usus* está atestiguada como clásica por numerosos textos.⁸³⁷ Esta

⁸³⁵ Véase Levy, *VL*, pp. 55 y ss. Hay en CT 4,24 un título *De aedificiis privatis vel publicis*, cuya única sentencia se refiere a una servidumbre de luces, pero se conserva sólo fragmentariamente y no se conoce la fecha de su expedición.

⁸³⁶ Véase *supra* ad PS 1,13B rubr. *sub Au.*

⁸³⁷ Por ejemplo, Ulpiano 14 *ad Sab.* D 8,3,18; Paulo 21 *ad ed.* D 8,5,9,1; D 8,6,2; 4; Paulo 13 *ad Plautium* D 8,6,7. Véase Grosso, *Le servitu prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 247.

anomalía se ha explicado⁸³⁸ diciendo que originalmente se entendía que la franja de terreno afectada por una servidumbre de paso o acueducto era propiedad accesoria del fundo dominante, de modo que, como toda propiedad, podía adquirirse por usucapión; pero a su vez, el propietario del fundo sirviente podía adquirir por usucapión esa misma franja de terreno si el propietario del fundo dominante dejaba de usarla. Según refiere Paulo (54 *ad ed.* D 41,3,4,28), la *lex Scribonia*, posiblemente del año 50 a. C., prohibió la usucapión por la que se constituían las servidumbres, pero dejó subsistente la usucapión por la que se adquiere la libertad (*usucapio libertatis*) respecto de ellas.

La sentencia parece reflejar el régimen introducido por la *lex Scribonia*. En la primera frase (*Viam... amisisse videtur*) afirma que las servidumbres mencionadas se pierden por desuso (*non usus*). Que el texto exprese este efecto diciendo que las servidumbres se pierden, y no, como lo hace el texto de Paulo que refiere la *lex Scribonia*, diciendo que se adquiere su libertad (*usucapio libertatis*), quizá no tenga más sentido que el de indicar el punto de vista del propietario del fundo dominante, para el cual la servidumbre se pierde, y no el punto de vista del propietario del fundo sirviente para el cual se adquiere la libertad de la servidumbre.⁸³⁹ En un texto de Celso (5 *dig.* D 8,6,6,1) se habla de perder la servidumbre (*amittere*) o liberarse de ella (*liberare*) según se refiera a uno u otro propietario: cuando se refiere al propietario de un fundo que dejó de usar una servidumbre de paso, se pregunta si acaso se ha perdido el derecho de servidumbre (*ius tuum amiseris*), y cuando se refiere al propietario del fundo dominante se pregunta si se ha liberado de la servidumbre porque el propietario del fundo dominante no ha usado de ella. También se ha notado,⁸⁴⁰ con base en Gayo, 7 *ad ed. prov.* D 8,2,6, que la expresión *non usus amittere* se emplea respecto de servidumbres positivas, en las que el uso consiste en una actividad que realiza el propietario del fundo dominante, como pasar o extraer agua, por lo que si deja de realizarla se extingue la servidumbre por desuso; mientras que la *usucapio libertatis* se refiere a las servidumbres negativas, como algunas servidumbres ur-

⁸³⁸ Grosso, *op. cit.*, nota anterior, pp. 244 y ss.; Biondi, *Le servitu prediale nel diritto romano*, Milano, 1954, pp. 312 y ss. En cambio, Branca, *Scritti Ferrini I*, Milano, 1946, pp. 175 y ss., sostiene que la extinción por *non usus* fue introducida por la *lex Scribonia*.

⁸³⁹ Así opina Biondi, *op. cit.*, nota anterior, pp. 312 y ss.

⁸⁴⁰ Por ejemplo, Arangio Ruiz, *Instituciones de derecho romano*, trad. de la 10a. ed. italiana, Buenos Aires, 1973, p. 275. Kaser I, p. 446, n. 69.

banas, en la que la servidumbre consiste en una abstención (por ejemplo no edificar) de parte del propietario del fundo sirviente, de modo que si éste realiza un acto contrario a la servidumbre y el propietario del fundo dominante no se opone durante el tiempo prescrito, el primero adquiere, por usucapión, la libertad de tal gravamen. Como esta sentencia se refiere sólo a servidumbres positivas, es natural que diga que las servidumbres se pierden y no que se adquiera su libertad por usucapión.

La sentencia menciona las cuatro principales servidumbres rústicas en el mismo orden que Gayo (7 *ad ed. prov.* D 8,1,5 pr), quien también afirma en la misma obra (7 *ad ed. prov.* D 8,2,6) que dichas servidumbres se extinguen por no uso (*non utendo pereunt*).

La frase final de la sentencia (*nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur*) me parece que, como opina Sollazi,⁸⁴¹ refleja la prohibición introducida por la *lex Scribonia* de adquirir servidumbres por usucapión. La manera que usa la sentencia para expresar la prohibición, diciendo que no pueden adquirirse por usucapión las servidumbres que se pierden por el no uso, quizá solo sea una forma de subrayar esta imposibilidad de adquirir por usucapión las servidumbres de paso, en contraste con la posibilidad, reconocida en la siguiente sentencia, de adquirir por *usu receptio* una servidumbre de agua perdida por *non usus*. Levy, en cambio, entiende que se trata de una frase hecha por el compilador de las sentencias, quien posiblemente mal interpretó un texto de Paulo donde se decía que la mera pérdida por no uso hacía innecesario recurrir a la *usucapio libertatis*,⁸⁴² pero me parece que el compilador de las sentencias, dada su tendencia a la simplificación, no tendría interés en distinguir esas dos formas (*non usus* y *usucapio libertatis*) de terminar las servidumbres.

Au. A., quien en la primera frase (*viam... videtur*) expresa una conocida regla clásica, la pérdida de la servidumbre por el no uso durante dos años, y en la segunda (*nec enim... amittuntur*), la prohibición de usucapirlas, de conformidad con el régimen de la *lex Scribonia*, y enfatizando el contraste (*nec enim*) con las servidumbres de agua tratadas en la siguiente sentencia que pueden, no adquirirse por *usucapio*, pero sí recuperarse por *usu receptio*.

⁸⁴¹ *BIDR* 49-50, 1948, pp. 383 y ss.

⁸⁴² Levy, *VL*, pp. 179 y 180.

La IP dice: *Viam, qua eundo ad rem nostram uti solemus, vel iter, quod per rem alienam ad nostram pergimus, et actum, id est qua pecora minare consuevimus, vel aquaeductum biennio non utendo, si quis usus non fuerit, perire ei certissimum est.* El texto es una clara muestra de la pérdida del concepto de servidumbre, como derecho real sobre cosa ajena, en el derecho vulgar de occidente.⁸⁴³ El texto entiende *via*, ya no como un derecho de paso sobre un inmueble ajeno, sino simplemente como un camino público, en contraposición al *iter* que es un camino por un campo ajeno. La explicación que hace de cada una de las palabras que designaban las servidumbres, y que para el compilador de PS no era necesario explicar, indica la lejanía de los destinatarios de la *Interpretatio* respecto de la terminología jurídica sobre servidumbres. Conserva la *Interpretatio* la referencia a la pérdida de la servidumbre por desuso, pero el cambio en el modo de expresar la regla implica un cambio en la concepción de la servidumbre: la sentencia dice que la servidumbre se pierde, sin indicar el sujeto que la pierde, mientras que la *Interpretatio* dice que ésta perece para una determinada persona (*perire ei*), para el que dejó de usarla, por lo que parece que entiende la servidumbre como un derecho personal de usar que, por ejemplo, podría perderse para uno de los copropietarios de un fundo pero no para el otro. La prohibición de adquirir servidumbres por usucapión ni siquiera es tomada en cuenta por el intérprete.

De la sentencia parece también haber derivado otro texto de la LRB (17,3) que dice: *Viam, iter, actum, hoc est: ubi carpenta vel carra conversari possunt, similiter biennio et adquiri et amitti posse.* El autor de este texto en vez de tratar, como el de la *Interpretatio*, de salvar y explicar los diferentes términos, prefiere eliminar las diferencias y unificar los términos *via*, *iter* y *actus* como sinónimos que significan un camino que permite el paso con carros. En vez de la regla de que las servidumbres se pierden por desuso y que no pueden adquirirse por usucapión, dice que, por el transcurso de dos años, se pueden perder o adquirir. La adquisición de las servidumbres por su uso durante dos años, que no estaba en PS 1,17,1 ni en su IP, parece, por la palabra *similiter*, que se refiere al texto anterior de LRB (17,2), donde se dice que un curso de agua se pierde o se adquiere en un bienio; este último texto, a su vez, parece provenir de PS 1,17,3, donde se habla de la pérdida o adquisición por *usureceptio* de las

⁸⁴³ Véase *supra ad PS 1,17 sub O*.

servidumbres de extracción de aguas y de acueducto por su uso o desuso durante un bienio.

1,17,2 *Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercedit et biennio usurpata recipitur.*

S. La servidumbre de extracción o conducción de agua que se extingue por desuso durante dos años, también se recupera si se vuelve a hacer uso de ella por dos años. La sentencia se refiere a la recuperación (*recipere*) de una servidumbre perdida por desuso, que es un supuesto diferente de la adquisición de una servidumbre por usucapión, que fue lo que prohibió la *lex Scribonia*.

O. Clásico. Ha llamado la atención que la sentencia admita la recuperación por uso de una servidumbre perdida por desuso, que parece contradecir lo afirmado por la sentencia anterior de que las servidumbres no pueden adquirirse por usucapión. Biondi⁸⁴⁴ opinó que la *usureceptio servitutis* de que habla este texto es una figura posclásica, que sirvió de antecedente a la doctrina justiniana de adquisición de las servidumbres por medio de la *longi temporis praescriptio*. Grosso⁸⁴⁵ piensa que nuestra versión de la sentencia es un texto alterado que originalmente se refería a la interrupción del plazo para la pérdida de la servidumbre por desuso; él considera que un indicio de que el texto fue alterado es la expresión *vel ducendae*, por la cual se incluye la servidumbre de acueducto que ya había sido mencionada en la sentencia anterior y que, por lo tanto, no era necesario mencionar en ésta. Solazzi⁸⁴⁶ propone que la sentencia se refería originalmente a una servidumbre que se ha establecido para usarse a intervalos, por ejemplo durante el estío o en años alternos, en cuyo caso el plazo de extinción es el doble, según dice Paulo (13 *ad Pl. D* 8,6,7). De acuerdo con estas críticas, el contenido de la sentencia sería posclásico.

Me parece que dichas críticas proceden de la idea de que la sentencia contradice la prohibición de *lex Scribonia* de constituir servidumbres por usucapión, y además de que representaría una incongruencia con la doctrina clásica acerca de la usucapión, la cual requiere la posesión civil,

⁸⁴⁴ Biondi, B., *op. cit.*, nota 838, p. 342, n. 6.

⁸⁴⁵ Grosso, *op. cit.*, nota 837, p. 278, n.7, p. 190, n. 7; *BIDR*, 1939, pp. 410 y ss.

⁸⁴⁶ Solazzi, *BIDR* 49-50, 1947, p. 383.

misma que no se puede tener respecto de cosas incorporales, como son las servidumbres.⁸⁴⁷

Debe notarse que la sentencia no se refiere a usucapión, sino a la *usureceptio*, es decir a recuperar una servidumbre perdida por desuso por medio del uso continuo por un bienio. La *usureceptio* se dio originariamente en favor del fiduciante que entrega una cosa en propiedad al fiduciario, quien debe devolver la propiedad posteriormente, y luego recupera la posesión de la misma; la *usureceptio* le permitía adquirir la propiedad en la mitad del plazo previsto para la usucapión y sin tener que demostrar que era poseedor de buena fe, cosa que sería prácticamente imposible porque él mismo había dado la propiedad al fiduciario; también se admitió la *usureceptio* llamada *ex praediatura* en favor de quien dio en prenda un fundo al fisco (llamado *praediator*) que luego fue vendido por éste, por la que se le permite recuperar la propiedad del fundo, en contra de quien lo compró, si lo posee por dos años, aunque no tenga posesión de buena fe (Gai. 2, 59-61).

Levy opina⁸⁴⁸ que a partir de estas formas de *usureceptio* los juristas pudieron construir la figura de *usureceptio servitutis*, como una forma práctica de restituir una servidumbre perdida por desuso. Conforme a esta opinión, que me parece acertada,⁸⁴⁹ la sentencia refleja derecho clásico. Una etapa en esa evolución, previa a la doctrina contenida en la sentencia, puede ser el rescripto citado por Paulo (15 *ad Plaut.* D 8,3,35), en que el emperador decide restituir el derecho que tenían quienes extraían y conducían agua de un fundo y que lo perdieron por haberse secado la fuente y dejado de hacer uso del mismo durante el tiempo establecido; el rescripto decide restituir el derecho que ellos tenían antes de que se secara la fuente (*quod ius habuerunt tunc... id eis restitui placet*). El caso planteado en el rescripto y la solución son análogos al contenido de la sentencia, que también contempla un supuesto de pérdida de una servidumbre de agua por desuso y su posterior recuperación; ni en el rescripto ni en la sentencia se habla de la constitución de una nueva servidumbre por usucapión; la diferencia entre ambos textos es que en el rescripto el emperador ordena la restitución del derecho perdido, y en la sentencia

⁸⁴⁷ Véase Biondi, *op. cit.*, nota 838, p. 342, n. 6, pp. 273 y ss.

⁸⁴⁸ Levy, *Gesammelte Schriften* II, Köln-Graz, 1963, pp. 149 y ss. (= *Studi in memoria di Emilio Albertario* II, Milano, 1953, pp. 221 y ss).

⁸⁴⁹ D'Ors, *DPR* § 195 también la aprueba.

la restitución se produce por efecto del uso continuado por dos años, pero es claro que una vez que el emperador ha ordenado la restitución en un caso, se abre la posibilidad de que en sucesivos casos análogos los jueces, sin necesidad de una opinión específica del emperador, hagan lo mismo.

Por otra parte, en época clásica existe un interdicto especial (*int. de aqua cottidiana et aestiva*, Lenel § 251, D 43,20) que protege, por una parte, al titular de una servidumbre de extracción y conducción de agua para que no se le impida usar de ella como lo había venido haciendo en el último año. Pero, por otra parte, también parece haber protegido al simple usuario que no tenía un derecho de servidumbre formalmente constituido: así, Ulpiano (70 *ad Ed.* D 43,20,1,10)⁸⁵⁰ dice que aunque no exista una verdadera servidumbre, el interdicto protege a quien extraía y conducía agua si lo hacía creyendo que tenía derecho y sin violencia ni clandestinidad; se trata de una protección provisional, en tanto no pudiera demostrarse la inexistencia de la servidumbre, pero como quiera da un reconocimiento de que el mero uso pacífico de extraer y conducir aguas es una apariencia jurídicamente protegida. Pomponio da otra opinión en favor del usuario de aguas, que se acerca más a la idea de adquisición de un derecho de servidumbre por el paso del tiempo, cuando dice (34 *Sab* D 43,20,3,4) que la mera traída de aguas por tiempo inmemorial se tiene como constituida conforme a derecho.

En vista de este régimen no parece extraño que pudiera darse una regla, como la que tiene la sentencia, que permita que las servidumbres de extracción y conducción de agua puedan recuperarse por el uso continuo.

Au. El contenido de la sentencia parece reflejar el derecho de la época tardoclásica, por lo que puede atribuirse a A.

Por su parte, la IP muestra que en el derecho vulgar de occidente se pierde la noción de servidumbre como derecho real y sólo queda el concepto de uso con alguna conotación jurídica. Textualmente dice la *interpretatio* correspondiente: *Usus hauriendae vel ducendae aquae si biennio destiterit, non utendo perit; et si iterum biennio in usum fuerit reducta, recipitur.* Aparentemente el texto es una simple paráfrasis de la sentencia que no altera fundamentalmente su significado, pero debe notarse la sustitución de la palabra *servitus* de la sentencia con *usus* en

⁸⁵⁰ El texto no aparece como interpolado según el *Index Interpolationum*.

la IP; como ha observado Levy⁸⁵¹, en el derecho vulgar de occidente, se perdió el concepto de servidumbre como derecho real sobre cosa ajena, y de hecho la misma palabra *servitus* aparece pocas veces, en pocos textos, y con un significado principalmente de camino o acueducto público; la IP refleja esa situación cambiando la palabra *servitus*, quizá comprendida por sus lectores con el significado de esclavitud, por la palabra *usus*, que tendría un significado más amplio; este cambio terminológico da lugar a cierta incongruencia en el texto, pues habla, por una parte, de un *usus... non utendo*, de un uso que no se usa, y, por otra parte, en vez de decir, como la sentencia, que la *servitus... usurpata recipitur*, que la servidumbre vuelta a usar se recupera, dice que *si in usum fuerit reducta*, que si fuera re-usada, pero entonces lo que gramaticalmente puede ser re-usada (*reducta*) no es el *usus* (masculino) sino el *aqua*; esta incongruencia nuevamente delata que para el autor de la IP lo que importa es el uso efectivo del agua, es decir su extracción y conducción, y no el derecho a hacerlo.

La *Lex romana burgundionum* 17,2, que posiblemente también haya sido influida por la sentencia, denota que ha ido más allá que la *Interpretatio* pues no sólo desconoce la *servitus* sino también el *usus* como nociones jurídicas. Dice textualmente: *Aque cursum et adquiri biennio et amitti biennio constat*. En esta redacción se extrañan las palabras *servitus* (de la sentencia) y *usus* (de la IP) para designar el derecho que se puede perder o adquirir, y, en cambio, se refiere directamente al *aquae cursum*, al curso de agua, como el objeto de adquisición o pérdida. También se extraña en este texto una mención de lo que ha de omitirse o hacerse (el uso) para perder o adquirir esa protección jurídica sobre el curso de agua y parece que esto sucede simplemente por el paso del tiempo. Además habla de que el curso de aguas se puede perder o adquirir, ya no sólo recuperar como en la sentencia y la *interpretatio*, por el mero transcurso del tiempo.

1,17,3 (ex D 8,3,9) *Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest: hodie tamen ex quocumque loco consitui solet.*

⁸⁵¹ Levy, VL, pp. 55 y ss.

S. Las servidumbres de conducción y extracción de agua no pueden constituirse si no es a partir de la fuente; pero actualmente ya suelen constituirse partiendo de cualquier lugar.

O. Predominantemente clásico. En el régimen clásico, la servidumbre de acueducto, de conducir agua a través de un predio, podía implicar o no la servidumbre de extracción de agua; cuando la implicaba, se exigía que la servidumbre se constituyera a partir de la fuente o manantial, es decir *ex capite*. Así Ulpiano (70 *ad Ed.* D 43,20,1,7), después de afirmar que la servidumbre se constituye *ex capite*, pasa a explicar (§ 8) lo que se entiende por *caput* cuando el agua proviene de un río o un lago, en cuyo caso son los primeros canales por donde se hacen fluir las aguas del río o del lago. Respecto de la servidumbre de pura extracción de agua (*aquae haustus*) se exigía lo mismo (Ulpiano 17 *ad Ed.* D 8,3,3,3).

Por otra parte, los emperadores, comenzando con Antonino (rescripto citado por Papiro Justo 1 *de const.* D 8,3,17) otorgaron a los particulares concesiones para aprovechamiento de aguas públicas (*ius aquae ducendae ex castello*), principalmente las aguas que corrían por acueductos públicos; para tales concesiones no regía el principio de que se constituyeran *ex capite*, pero el agua debía sacarse del receptáculo o depósito (*castellum*) que hubiera para ese efecto.⁸⁵² Todavía en el año 389, los emperadores Valentiniano y Teodosio (CJ 11,43,3) insistían que los concesionarios de aguas públicas debían extraerlas *ex castello* y sancionaban a quienes la extrajeran de las tuberías que salían de los acueductos o de los acueductos mismos; pero cien años más tarde, el emperador Anastasio (491-518) se refiere (CJ 11,43,11) a que se puede extraer el agua de los acueductos o de las fuentes sin precisar el lugar.

Las concesiones de uso de aguas públicas no eran propiamente servidumbres, pero los concesionarios estaban protegidos por un interdicto (*de aqua ex castello ducenda*, Lenel § 251) de modo semejante a los titulares de una servidumbre de agua; es posible también, como informa Ulpiano (70 *ad Ed.* D 43,20,1,43), que las concesiones se dieran a favor de los propietarios de los predios o a favor de los predios mismos, y en este último caso la concesión no se extinguía por la muerte del propietario o por la enajenación del predio, por lo que se facilitaba su confusión con las servidumbres de aguas. Los emperadores Teodosio y Valentiniano ya

⁸⁵² Ulp. 70 *ad ed.* D 43,20,1,39 *i.f.* define *castellum* como *receptaculum, quod aquam publicam suscipit*.

llegan a llamar (CJ 11,43,6 quizá del 440) *servitus* a las concesiones de uso de aguas públicas.

La primera frase de la sentencia transmite la regla vigente en derecho clásico acerca de la constitución de las servidumbres de agua, y corresponde con lo que afirma Ulpiano (70 *ad Ed* D 43,20,1,7) cuando dice que una servidumbre conforme a derecho civil se constituye respecto de las aguas que se conducen a partir de la fuente y no de cualquier lugar (*a capite ducitur, non aliunde*). En esta frase, la sentencia refleja el derecho clásico.

La frase final (*hodie... solet*) contradice el sentido de la primera y no puede provenir del mismo autor. Es sabido que la palabra *hodie* en textos recopilados en el Digesto fue frecuentemente utilizada por los compiladores para introducir alteraciones, como parece ser el caso en esta sentencia que sólo nos ha llegado por vía del Digesto. La frase transmite una regla posclásica.

Au. A, excepto la frase final (*hodie... solet*) que al parecer proviene de los compiladores del Digesto, es decir de *D*. El contenido de esta frase, por otra parte, concuerda con lo que supuestamente afirma Ulpiano (70 *ad Ed*. D 43,20,1,41) respecto del derecho de extraer aguas públicas, donde dice que podían traerse las aguas desde el depósito, o el río o desde cualquier otro lugar público (*ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco publico*). Ricobono⁸⁵³ ha considerado interpolado este texto que, al igual que la sentencia, contradice lo que Ulpiano afirma antes, que el derecho de extraer agua debe hacerse *ex castello*. Considerando que en el año 389 los emperadores Valentiniano y Teodosio (CJ 11,43,3) castigaban a quienes extraían agua de otro lugar que no fueran los depósitos, parece claro que la afirmación, atribuida a Ulpiano, de que pueden hacerse a partir de cualquier lugar es una interpolación de los compiladores del Digesto. Ellos mismos pudieron haber añadido la frase *hodie... solet* al final de esta sentencia.⁸⁵⁴

⁸⁵³ Citado en *Ind. Int., ad h.l.*

⁸⁵⁴ Palma, A, “Le derivazioni di acqua «ex castello»”, *INDEX* 15, 1987, Napoli, p. 446, dice que la primera parte de la sentencia refleja el derecho clásico y la segunda es una conocida interpolación, pero anota que los juristas, para modificar el principio clásico, debieron considerar la necesidad económico-social de extraer el agua desde otros puntos.

La sentencia así retocada, que aglutina una regla sobre servidumbre con otra respecto de concesiones de uso de aguas públicas, muestra también esa tendencia vulgarizante, proseguida por Justiniano,⁸⁵⁵ de considerar las concesiones de uso de aguas públicas como derechos de servidumbre.

⁸⁵⁵ Biondi, *op. cit.*, nota 838, pp. 143 y ss.