

«Pignus servitutis D.20.1.12»

Dentro del tema de las cosas que pueden ser objeto de *pignus*, y con referencia a las servidumbres, suelen señalar los autores que no cabe en Derecho clásico dar en prenda ningún tipo de servidumbre, mientras que en la legislación justiniana sí es susceptible de hacerse con las servidumbres rústicas.

La aseveración se funda en el contenido de:

D.20.1.11.3. (*Marcianus, libro singulari ad formulam hypothecariam.*) *Iura prediorum urbanorum pignori non possunt: igitur nec convenire possunt, et hypothecae sint.*

D.20.1.12. (*Paulus, libro sexagesimo octavo ad edictum.*) *Sed an viae, itine ris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta nonsit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat) et, si intra diemcertum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.*

1. Los dos textos han sido objeto de crítica doctrinal (1) estimándose hoy, en general, que ambos son interpolados (2).

Así, BIONDI (3) considera interpolado, respecto al fr. 12, del que nos ocupamos en este trabajo, desde *ut talis...* hasta el final, pensando que el texto nos oculta el *responsum* de Pomponio y en consecuencia toda la

(1) PEROZZI, *Istituzioni*, I, Roma, 1928, págs. 765 y ss.; BIONDI, *Le servitù prediali nel Diritto Romano*, Milano, 1946, págs. 128-130, y *Le servitù*, CICU-MESSINEO, Milano, 1967, págs. 131-132; SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle Servitù Prediali*, Napoli, 1947, págs. 54-64; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, Corso D. R. II. Le Garanzie Reali, 1963, págs. 177-179; GROSSO, *Le servitù prediali nel D. R.*, Torino, 1969, págs. 108-109; las citas que sobre estos autores haremos en este trabajo van siempre referidas a las obras y páginas aquí señaladas.

(2) *Index*, pág. 383.

(3) BIONDI, *La ser... pre... D. R., loc. cit.*

solución, e incluso el mismo planteamiento de la cuestión, es justiniano. La misma línea sustenta PEROZZI, para quien la respuesta de POMPONIO hubiera debido ser negativa, mientras que JUSTINIANO recogió la solución afirmativa; postura ésta que ya había sido sentada por RICCOBONO.

CIAPESSONI (4) piensa también que sin tratarse de un añadido íntegro compilatorio, ha habido modificaciones sustanciales en el texto, pues la solución de PAULO—posiblemente a una *quaestio* sobre el *ius distrahendi*—hubo de ser negativa, mientras que en JUSTINIANO se presenta como afirmativa; y reputa claramente interpolado *scilicet si vicinum fundum habeat* y el término *vicino* de la frase *vendere eas vicino liceat*.

GROSSO (5), sobre la base de admitir ciertas modificaciones en el contenido de la respuesta recogida en el texto, señala como clara interpolación *quae sententia... est* en cuanto que consagra el principio justiniano que dio solución afirmativa a una vasta polémica anterior (¿clásica?).

Similar postura sustenta FREZZA (6), quien estima la existencia de alteraciones compilatorias en el texto para dar lugar a la solución afirmativa justiniana.

SOLAZZI (7), por último, apunta que si bien el final del texto es claramente «no genuino» y existen claras alteraciones tanto en el planteamiento de la *quaestio* como en su solución, no hay base absolutamente segura para reputar totalmente justiniano desde *ut talis...* hasta el final.

Por lo que hace a D.20.1.11.3 hay prácticamente unanimidad en considerar interpolado *igitur...* hasta el final. Así, SOLAZZI, quien del análisis filológico-gramatical del texto—*igitur* en principio de frase, *possunt* sin sujeto, el término *hypothea*—concluye el carácter espurio del texto. Piensa que éste debería referirse al *pignus* convencional, pese al *pignori dari*, ya que la imposibilidad de dar en posesión cosas incorpóreas haría ociosa la cuestión sobre una prenda manual. De ahí que estime que es «vana apariencia» la oposición existente entre los textos D.20.1, fragmentos 11.3 *pignori dari* y 12 *conventio*.

PEROZZI considera además interpolado *urbanorum*, pensando que en el período clásico la imposibilidad de dar en prenda las servidumbres se refería tanto a las urbanas como a las rústicas; congruente así con la idea ya anotada de la respuesta negativa de PAULO en D.20.1.12. Cuestión ésta que también se plantea SOLAZZI, quien se pregunta, de igual forma,

(4) *Servitus personae*, pág. 973, cit. por SOLAZZI.

(5) *Loc. cit.*

(6) *Loc. cit.*

(7) *Loc. cit.*

si la cuestión planteada en el fr. 12 se habría referido en principio tanto a las servidumbres rústicas como a las urbanas (8).

GROSSO piensa que incluso todo el texto es un añadido justiniano para coordinar el *responsum* anterior de MARCIANO con el siguiente de PAULO (fr. 11 con 12) (9).

II. Sobre la base de tales interpolaciones, la misma redacción e interpretación literal del texto (fr. 12) plantea algunos problemas.

Así, mientras que en Mommsen-Krüger se lee: ... *ut talis pactio fiat, ut*, en otras ediciones, entre ellas una tan al uso en España como la de GARCÍA DEL CORRAL (10), recogida del texto de GRIEGL, HERMANN y OSENBRUGGEN, se lee: ... *ut, si talis pactio fiat*, tomada del Hal. suprimiendo el segundo *ut* y añadiendo el *si* que omite el Códice florentino; lectura ésta que también recoge la publicación de RODRÍGUEZ FONSECA (11).

La segunda partícula *ut* parece claramente consecutiva, referida a *talis*, debiendo leerse «tal... que» (un pacto de tal naturaleza que..., el pacto de que...). La primera, en cambio, pudiera tener un valor complementivo-explicativo, o de carácter condicional-temporal (cuando se hace..., al hacerse...) o, más matizadamente, condicional-hipotético (si se hace..., en la hipótesis de que...) o incluso final; pero todos ellos vienen prácticamente a resumir la misma idea interpretativa de plantear el supuesto hipotético de los pactos que complementan la *conventio pignoris*.

No nos parece aceptable la lectura «¿... tendrá lugar la convención de prenda...? POMPONIO dice que este pacto ha de ser hecho para que

(8) W. REIN, *Das Privatrecht und der Zivilprozess der Römer*, Leipzig, 1858 (reimp. anast., 1964, pág. 354, núm. 3), hace notar que «con alguna reserva» las servidumbres urbanas no pueden pignorar con base al fr. 11,3. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, trad. de Fadda e Bensa, Torino, 1930, pág. 821, núm. 10, funda igualmente la exclusión de la posibilidad de pignoración de servidumbres urbanas en el fr. 11,3, pero añadiendo que las explicaciones que se dan para fundamentar en derecho la aseveración del fr. no son plenamente satisfactorias para el derecho moderno, citando entonces a PFORDT, *Arch. per la pract. civile*, XXII, 1839, quien, según parece desprenderse de la un tanto confusa frase de la cita, estimaba que fr. 11,3 negaba la posibilidad de pignorar las servidumbres existentes, designando la urbana a modo de ejemplo.

(9) Tesis que ya recogió WINDSCHEID, *op. cit.*, pág. 821, núm. 10, quien al recoger la idea más general de que fr. 12 fue intencionadamente puesto detrás del que lleva el 11,3 en la compilación, estima, sin embargo, como más probable que los compiladores se hubieran simplemente limitado a reunir uno tras otro, sin una intención preconcebida, los fragmentos que sobre la materia tenían, remitiéndose WINDSCHEID a la obra de PICCINELLI, *Il pegno di servitù prediale*, Firenze, 1884, para la historia de las doctrinas sobre la materia.

(10) ILDEFONSO L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1892.

(11) BARTOLOMÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ DE FONSECA, *El Digesto del Emperador Justiniano*, Madrid, 1878.

interin...»—lectura de RODRÍGUEZ FONSECA—porque desvirtúa la genuina redacción gramatical del texto; lectura que sin duda ha sido forzada con la intención de salvar el problema de la falta de solución al caso, problema del que luego hablaremos.

La redacción *ut, si talis pactio fiat*, parece confirmar aquella interpretación apuntada. La partícula *ut*, sintácticamente anticipada, correspondería al segundo *ut* del texto de MOMMSEN, mientras que *si* equivaldría al primer *ut*, ahora ya con el marcado carácter condicional-hipotético que señalábamos.

Y en cuanto a la interpretación textual:

a) ... *pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut...*

Una primera interpretación que en España está representada por el texto de D'ORS (12), lee «si vale el convenio de prenda (sobre servidumbres...) al hacerse el pacto de que...» lo cual implica que se da por supuesto el «convenio de prenda», convenio que entraña en el caso un pacto entre las partes (de uso y venta) y que precisamente la *quaestio* se plantea al preguntarse si es válida dicha *conventio pignoris* al serle añadido tal pacto (de uso y venta). El *responsum* tendría así por objeto fundamental no el análisis de la *conventio pignoris* sobre servidumbre, propiamente dicha, sino la *conventio* en relación con el pacto o pactos de uso y venta. Este implica que al preguntarse «si vale la convención al hacerse el pacto...» queda anteriormente pendiente otra pregunta que se formularía así: sin el pacto de uso y venta, es decir, la *conventio pignoris* de servidumbre *per se* ¿es válida y sólo se presenta como problemática con el pacto de uso-venta, o es nula y puede presentarse como válida al añadirsele el pacto?

Una segunda interpretación—RODRÍGUEZ FONSECA, en España—se hace sobre la base de leer «tendrá lugar la convención de prenda... y este pacto ha de ser para que...» con lo cual se entiende que sólo es válida la convención de prenda si entraña el uso-venta, y por tanto, puede concluirse que

- si no hay uso-venta, no vale la convención de prenda sobre servidumbre;
- el pacto de uso-venta es el contenido fundamental de la convención de prenda;
- el texto llama «pacto» a la misma *conventio pignoris*.

(12) D'ORS, HERNÁNDEZ TEJERO, FUENTESSECA, GARCÍA GARRIDO y BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, tomo II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1972.

Una tercera, variante de la anterior—GARCÍA DEL CORRAL—, lee: «tendrá lugar la convención de prenda... para que si tal pacto se hiciera...»

- con lo que *conventio pignoris* y *pactum* no serían la misma cosa, pero el uno estaría íntimamente ligado al otro;
- el pacto de uso-venta significa el resultado teleológico de la convención de prenda;
- la *quaestio* se plantea sobre la licitud de este resultado teleológico, sin entrar a analizar una *conventio pignoris* no encaminada a tal finalidad.

La interpretación real del fragmento ha de deducirse de la exégesis del mismo en razón tanto del diferente enfoque de la naturaleza de las instituciones en él abordadas en los períodos clásico y justiniano, como del análisis de las consecuencias jurídicas y fácticas de los supuestos planteados en el caso.

b) Ya SOLAZZI (13) hizo notar que, por un lado, falta en el texto la solución dada por POMPONIO al problema principal, puesto que el fragmento 12 sólo aborda la cuestión de un posible límite cifrado en el pacto de uso-venta, resultando así la respuesta incompleta y parcial; y, por otro lado, sería de esperar que PAULO abordaría el texto más amplia y lúcidamente, y si se añade además que el giro lingüístico *ut ... ut* parece estilísticamente indigno de PAULO, las posibles interpolaciones, y el final claramente no genuino, ha de concluirse, dice SOLAZZI, que nos quedamos sin saber el preciso tenor de la respuesta.

Pensamos que se puede ir aún más lejos, en el sentido de que la redacción del texto, tal como nos la presentan los compiladores, resulta verdaderamente incongruente. En efecto, se nos dice que «se pregunta—*an*—si vale una *conventio pignoris* cuando se le añaden los pactos de uso y venta». Dice Pomponio que hay que ver si vale la convención de prenda hecha con estas características (lectura de D'ORS). Y terminada de redactar la pregunta, que finaliza en *liceat*, no se nos da respuesta alguna. No sólo ya no se contesta a si vale la convención de prenda *per se* (sin pactos) tal como antes veíamos, sino que tampoco se responde a la pregunta formulada. De esta suerte no es que la respuesta sea incompleta y parcial, sino que no se da contestación alguna al caso planteado.

Paradójicamente el compilador añade que *quae sententia*... ¿Cuál sentencia? Porque el texto no recoge *sententia*, *opinio* ni *responsum*

(13) *Loc. cit.*

alguno de jurista, sino mera formulación de una pregunta que queda sin contestar.

Puede suponerse que, cuanto menos el compilador, se inclina por una solución afirmativa al caso, pero el texto no lo dice. De ahí que, como antes decíamos, haya habido intentos (RODRÍGUEZ FONSECA) de una lectura que salve la insospechada redacción. Redacción que sólo puede explicarse sobre la base de una notoria interpolación justiniana que omitiendo en el texto genuino la *sententia* de Pomponio o el comentario de Paulo, lo adulteró de tal manera, forzándolo con una nueva mentalidad sobre el *pignus*, que dejó sin solución la misma pregunta que se planteó. Con la redacción de la pregunta—no de la inexistente respuesta—los compiladores dan su opinión achacándola a Pomponio o a Paulo.

Sólo con esta interpretación tiene sentido *quae sententia... utilitatem contrahentium admittenda est* frase que objetivamente plantearía, en relación con una real respuesta, compleja interpretación.

Así D'ORS lee: «... por facilitar la contratación ...» mientras que en otros se dice «... por utilidad de los contratantes ...» Lo cual nos llevaría a preguntarnos:

— ¿Se refiere la *utilitas contrahentium* que sirvió de fundamentación a la *sententia* (?) a la utilidad, interés o provecho de los sujetos que intervenían en el negocio jurídico principal?

— ¿O a la utilidad que el negocio—prenda con pactos—rendía en orden a que de esta forma (admitiendo la prenda sobre servidumbre) se facilitaba la concesión del mutuo o del negocio obligacional que la prenda garantizaba?

— ¿O hace referencia a la *utilitas* típica de la propia servidumbre predial?

— ¿O debe entenderse en el sentido, tan debatido, de la *utilitas contrahentium* objetivamente considerada?

Pensamos que el compilador no se paró a reflexionar en ello. La frase que se inicia con el incomprensible—a tenor de la redacción—*quae sententia...* no tuvo para él más significado que el de un mero cierre del interpolado párrafo. Hay en el *Digesto* varias expresiones similares y análogas que tampoco tienen más razón de ser que «redondear» un párrafo, a veces reforzando o simplemente adhiriéndose a una opinión ya manifestada, pero sin pretensiones de añadir argumento alguno nuevo al *responsum* al que acompañan. La frase, como ya advertimos, está unánimemente considerada como clara interpolación justiniana, y no parece tener mayor trascendencia que la ya indicada.

En definitiva, y de lo dicho, parece como más aconsejable seguir la interpretación primera que señalábamos con el profesor D'ORS.

III.- Llegados a este punto procede hacerse la pregunta genérica de fondo que en el texto se aborda: ¿Cabe *pignus* sobre servidumbre? BIONDI (14) señala que en Derecho Clásico se tropezaría con dos graves obstáculos para su realización: por un lado la prenda implicaba una *possessio* del acreedor pignoraticio sobre la cosa pignorada, pero las servidumbres eran *res incorporales* no pudiendo ser, por tanto, objeto de *possessio*; y por otro, el *ius vendendi* que ya por pacto ya, más tardíamente, como consustancial a la prenda, acompañaba al *pignus* chocaba con el principio de no enajenación de las servidumbres en razón de su inherencia al fundo dominante. Opinión que comparte SOLAZZI, quien recogiendo el criterio de CIAPESSONI (Paulo respondería negativamente a la *questio*, ya que el ejercicio de la servidumbre por el acreedor no es admisible separada de la relación del mundo dominante, lo mismo que no es admisible enajenar la servidumbre con independencia del fundo dominante) estima que el motivo de la disputa—*pignus* sobre servidumbre—no podía ser clásico, ya que en la época de Paulo los *iura prediorum* no podían *mancipio dari* con independencia del fundo, ya que se oponía a ello sin remisión el principio de inalienabilidad.

Esto habría de llevarnos a la lógica conclusión de que si aquella pregunta fue hecha a PAPINIANO, *sed ... ait*, el jurista habría de haber contestado «no», opinión que haría suya Paulo.

Conviene, sin embargo, hacer sobre la *quaestio* algunas conjeturas. Con JUSTINIANO, los obstáculos clásicos podían darse por vencidos en buena medida, ya que la figura de la *possessio iuris* permitía salvar el grave problema de la *possessio* del acreedor pignoraticio, y además la nueva concepción de las servidumbres personales hubo de influir en la mentalidad de los juristas para acercar cada vez más los principios de éstas a los que regían las prediales, tendiendo a una interpretación más unitaria de la institución servidumbres (prediales y personales) que repercutiría en una mayor flexibilidad del principio de inherencia al fundo, o cuanto menos la enajenación de la servidumbres en relación con él, admitiendo la alienabilidad dentro de ciertos límites (15). Posiblemente el tema viniera de alguna manera incluso planteado como polémico en el Derecho clásico, referido a la cesión del ejercicio de la servidumbre,

(14) BIONDI, *La servitù prediali...*, loc. cit.

(15) BIONDI, *La ser... pred...*, op. cit. HEINECCII, *Elementa juris civilis*, II, Bassani, 1838, pág. 47, con base a fr. 11,2, hace notar la posibilidad de pignorar tanto las cosas corporales como las incorporales.

conforme se desprende de la respuesta de LABEÓN contenida en Decreto 8.3.24, o del texto D. 43.21.1 (16).

En esta misma línea GROSSO (17) apunta que el fr. 12 significaría en cualquier caso una excepción—¿clásica, justiniana?—en razón al *pignus*, al principio de inherencia de las servidumbres al fundo dominante.

Por otro lado, no hemos de perder de vista que tal como se nos aparece el texto en el fr. 12 se habla de una *conventio pignoris*, lo que, en principio, obviaría la dificultad de la *possessio* en favor del acreedor pignoraticio, ya que referida a una *hypotheca*—posiblemente generalizada a partir del siglo I d. C. (18) no se produciría con la simple *conventio* la *traditio* posesoria. El contenido fundamental de esta *conventio* sobre un derecho de servidumbre vendría constituido por el *ius vendendi* del que se habla en el propio texto, y que es, justamente, el contenido principal de la prenda sobre derechos (19).

Nos quedaría aún así sin solución el problema de la inherencia al fundo, y del uso de acreedor, que acaso se resolviera por los caminos que abordamos a continuación.

En efecto, la simple redacción del texto da pie para formularnos dos nuevas interrogantes:

- La servidumbre de que el texto habla ¿es una servidumbre ya constituida o una servidumbre a constituir?
- ¿Quién constituía el *pignus*, y en favor de quién, en relación con los sujetos sirviente y dominante de una servidumbre?

PEROZZI (20) observa que falta la distinción entre el *pignus* entregado por el propietario dominante sobre servidumbre ya constituida, y el *pignus* concedido por el mismo propietario sobre una servidumbre no existente aún, por lo que, dice, debe integrarse el contenido del fr. 12 con el de fr. 11.2.

CIAPESSONI (21) entiende que sólo cabe hablar de servidumbre de *iter*, *via*, *actus et aquaeductus* ya constituidas y que podían darse *manipatio fiduciae causa*.

GROSSO piensa que el problema que en su caso debió haberse planteado a POMPONIO, tendría que referirse a una servidumbre *constituenda*,

(16) BIONDI, *La ser... pred...*, loc. cit.

(17) GROSSO, loc. cit.

(18) D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, 2.ª ed., Pamplona, 1975, página 219.

(19) D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, loc. cit., pág. 220.

(20) Loc. cit.

(21) Citado por SOLAZZI, loc. cit.

en la que la intromisión de acreedor en la fundo sirviente sería un mero ejercicio—uso—y que, luego de la realización material del pacto *de vendendo*, se constituiría la servidumbre legalmente en favor del comprador. De esta suerte para el Derecho Clásico la problemática del fr. 12 hubo de referirse a la posible tutela pretoria de los interesados en el supuesto, precisamente por la consideración de *constituenda* de la servidumbre, que implicaba un período de tiempo y una situación jurídica ajena al amparo del *ius civile*.

Por su parte SOLAZZI cree que la constitución de la servidumbre en favor del acreedor no se producirá hasta que llegue el tiempo del vencimiento del crédito garantizado, sin que éste hubiera sido pagado. Si el jurista hubiera hablado de una servidumbre ya constituida hubiera empleado terminología diferente, y no la de *ut... eis servitutibus utatur...*. *Uti servitute* se dice de quien usa de hecho, por lo que—sigue SOLAZZI—es verosímil pensar que el pacto de *pignus* contuviese una cláusula de uso por la que el acreedor quedaba en una situación de ejercicio fáctico análoga al del *pignus* corporal—*uti servitute*—y que los clásicos no llamaban ni *possessio* ni *quasipossessio*. El pacto *ut... utatur* no constituía servidumbre como derecho real. Es más, para hacer posible la venta del objeto del convenio de prenda no podía constituirse servidumbre en favor del acreedor pignoraticio. En definitiva, se trataría de una *conventio pignoris* para constituir después una servidumbre en favor del comprador en la compraventa producida por el ejercicio del pacto *de vendendo* (22).

Llegados a este punto conviene hacer un repaso a las posibles situaciones fácticas en que pudiera encajarse el caso, no sin que antes puntualicemos sobre el problema a que los términos *vicinum*, *vicino* han dado, o pudieran dar, lugar.

Scilicet si vicinum fundum habeat...

(22) Para FERRINI, *Manuale di Pandette*. Milano, 1953. pág. 339, puede ser objeto de prenda, por parte del dueño, una servidumbre predial rústica a constituir en el sentido de que en vez de atribuir al acreedor el eventual poder de alienación, le atribuye el poder de constituir sobre la cosa tal derecho, e interpreta que en tal sentido es como POMPONIO lo admite para las servidumbres de paso y acueducto. Por su parte, Z. VON LINGENTHAL, *Sulla differenza fra servitutes rusticae ed urbanae*. 1844; ELVERS, *Teoria delle servitù*, y DERNBURG, *cit.* por WINDSCHEID, *op. cit.*, pág. 821, núm. 10, estiman que fr. 12 no admitía el *pignus* del derecho no subsistente de servidumbre ni siquiera para todas las rústicas, sino sólo para las de paso y acueducto. En contra, EISELE, *Arch. per la pract. civ.*, LXV. *cit.* por WINDSCHEID, estima que el fr. se refiere al *pignus* de una servidumbre existente.

Por su parte, el propio WINDSCHEID piensa que el fr. se refiere a un derecho no existente aún, que da al acreedor pignoraticio la facultad de constituir un derecho sobre la cosa en favor de otro; tesis que estima como más correcta y generalmente aceptada después de las observaciones de BUCHEL, *Riv. crit. trim.*, XI.

La interpretación general es: «por supuesto, si tiene un fundo vecino» referido al *creditor* que gramatical y lógicamente le precede (23).

Sin embargo, no faltan interpretaciones que leen: «si el vecino tuviese fundo» (24).

En el primer sentido el acreedor puede ser, en principio, cualquiera, ya que nada se opone en el texto a que la *conventio* se verifique con un tercero indiscriminado; es más, el mismo hecho de *scilicet ... habeat* está poniendo de relieve que el acreedor puede no ser vecino (25).

En el segundo sentido, por el contrario—«si el vecino tuviese fundo»—, se interpreta que el acreedor tiene que ser vecino; aunque no se entiende muy bien cómo puede ser ello si se duda o cabe la posibilidad que no tenga fundo, siendo así que vecino significa precisamente el que habita junto a otro. Según esta interpretación, *vicinum* habría que entenderlo sustantivado masculino y en consecuencia sujeto de un verbo en infinitivo. Por ello no tiene, tal es la redacción de la frase de fr. 12, sitio ni colocación sintáctica para ir solo, y necesariamente ha de interpretarse como adjetivo de *fundus*.

Leemos, pues: «... por supuesto, si (el acreedor) tuviese un fundo vecino»; y en consecuencia cabe pensar que el acreedor pudiese ser un tercero no vecino.

vendere eas vicino liceat...

Aquí no cabe duda que *vicino* es sustantivo y gramaticalmente pudiera ser:

- Complemento indirecto de *vendere*: sea lícito venderlas al vecino.
- Complemento de *liceat*, verbo impersonal que puede pedir un dativo: sea lícito al vecino venderlas (26).

Sin embargo, esta segunda interpretación choca con los siguientes obstáculos:

- El empleo del término sería una innecesaria repetición gramatical, ya que habiendo hablado antes del *creditor* no habría por qué volver ahora a mencionar al sujeto.

(23) Así, D'ORS y GARCÍA DEL CORRAL, *locs. cit.*

(24) RODRÍGUEZ FONSECA, *loc. cit.*

(25) Para REIN, *ob. cit.*, los *iura prediorum rusticorum* pueden ser pignora solamente por el propietario de la finca vecina.

(26) Lectura de GARCÍA DEL CORRAL.

- Aunque se hubiera incurrido en tal repetición, para dar fuerza a la frase, no parece lógico que se le cambie de nomenclatura, y allí donde se le llamó antes *creditor* se le llame ahora *vicinus*.
- Por la misma función de la servidumbre que se vende, es lógico que el comprador, aquel a quien es lícito vendérsela, sea necesariamente un vecino.
- Por el contrario, y como antes hemos visto, el vendedor, *creditor*, puede no ser *vicinus*.

Leemos, pues: «... sea lícito (al acreedor) venderlas al vecino». Por último, esa vecindad que tipifica al comprador tiene que hacer referencia al fundo del sirviente (que veremos puede ser o no el deudor), ya que si se refiriera a vecindad con el acreedor-vendedor no cabría posibilidad física, por la naturaleza de las servidumbres, del ejercicio de ésta por el comprador cuando el *creditor* no fuera vecino del sirviente (27).

IV. ¿Cuáles son, pues, las situaciones de hecho a que la *quaestio* puede referirse? Para más fácil explicación usaremos de un ejemplo práctico para valernos de los nombres de los personajes y de sus situaciones ideales:

Ticio es propietario de un fundo sobre el que ha de gravar la servidumbre. Sus vecinos son Cayo y Sempronio. Marco es un tercero, no vecino. Se trata de un mutuo, como negocio principal, al que se refiere la garantía del *pignus*.

Sobre la base ya expuesta de que pudiera tratarse bien de una servidumbre ya constituida y existente con anterioridad al crédito que da lugar a la prenda, o que se constituye con la misma *conventio* para hacerla el objeto de la garantía, o bien, de una servidumbre a constituir, vemos las siguientes hipótesis:

1. Partiendo de una servidumbre ya existente.—Cayo, dominante, tiene servidumbre sobre el fundo de Ticio, sirviente.

1.A. Cayo es deudor de Ticio.

- Podría pignorar Cayo la servidumbre de que es titular, en favor de Ticio.
- Sin embargo, el acreedor, Ticio, no podría usar, puesto que su fundo es el sirviente.

(27) Para FERRINI, que parte de una servidumbre a constituir, sólo cabe la posibilidad de que el deudor constituya tal servidumbre a favor de quien tenga un fundo vecino.

- La razón del *pignus* podría estar en la coacción de Ticio sobre Cayo no dejando a éste usar mientras durara la deuda; posición teleológica ésta de la coacción que fue sin duda el primer fundamento del *pignus*.
- Hipotéticamente Ticio podría, no pagando Cayo, vender la servidumbre, para cobrarse con el precio la deuda, aunque lo más lógico sería que se cobrara extinguiendo la servidumbre.
En este supuesto, pues, no tendría sentido el pacto de uso y muy poco, el de la venta.

1.B. Ticio es deudor de Cayo.

- No cabe en este caso hablar de *pignus*, ya que su objeto (servidumbre) sería un derecho que pertenece ya al acreedor del negocio jurídico principal.

1.C. Ticio, sirviente, debe a Sempronio, su vecino.

- Imposible el *pignus*, pues Ticio no puede dar en prenda algo de lo que no es titular de derechos.

1.D. Cayo debe a Sempronio, por mutuo, y le pignora la servidumbre que tiene sobre el fundo de Ticio.

- No cabría hablar de coacción por la prenda (que Cayo no use mientras no pague) porque la *conventio* entre Cayo y Sempronio no puede ser esgrimida por Ticio, y Cayo podría seguir usando sin posibilidad que se lo impidiesen ni Ticio ni Sempronio.
- Por eso podría haber surgido el pacto de uso de acreedor, vecino del sirviente, que podría físicamente usar.
- El problema surge ahora al preguntarse cómo puede Sempronio esgrimir procesalmente su derecho de uso frente a Ticio, si éste se opone a que ejercite la servidumbre que le pignoró Cayo. Pudiera pensarse que acaso el texto se refiriera inicialmente a este caso, y la pregunta a Pomponio versara sobre el tema procesal. Grosso (28) apuntó ya la posibilidad de que el fr. 12 estuviera en relación con el 11.2. donde se plantean cuestiones de protección pretoria al acreedor y al comprador de un usufructo; aunque el propio

(28) *Loc. cit.*

GROSSO significa que es discutible que el derecho pretorio tutelase supuestos planteados por una intromisión en el ejercicio de una servidumbre.

- Por último, en tal supuesto no tendría sentido el pacto de venta, por superfluo.

1.E. Variante del anterior: Cayo, dominante, debe a Marco, no vecino.

- No cabría tampoco el *pignus* como coacción.
- La posibilidad del supuesto explicaría la redacción del pacto «el acreedor puede usar si es vecino».
- El pacto de venta, de Marco a Sempronio, sería la garantía de acreedor.
- Seguiríamos planteándonos los problemas de tutela para la exigencia del ejercicio de los derechos derivados de la *conventio*.

Hemos de observar, además, que en los supuestos planteados siguen en pie los problemas básicos apuntados:

- el traslado de la *possessio*;
- la inherencia de la servidumbre al fundo dominante, habida cuenta de que se trata de una servidumbre ya constituida y existente.

Por otro lado, el planteamiento de los supuestos 1.D. y 1.E. nos lleva a meditar sobre si puede darse una doble interpretación a:

quamdiu pecunia soluta non sit... si intra diem certum pecunia soluta non sit ...

en el siguiente sentido:

- Se trata de un solo pacto con dos soluciones que dependen de un supuesto fáctico: la vecindad. Si llegado el vencimiento de la obligación el deudor no ha pagado, el acreedor:
 - si es vecino: usa;
 - si no es vecino: vende;

quamdiu ... si intra diem certum ... se refieren así al mismo plazo expresado de dos formas distintas.

- Se trata de dos pactos distintos, por lo que el acreedor puede acogerse indistintamente (siempre que reúna las condiciones fác-

ticas exigidas) a uno de ellos; usa (de hecho, *lex commissoria*); o a los dos; usa y luego vende.

De todas formas hay que observar que la redacción del texto nos presenta una forma literal distinta:

QUAMDIU pecunia soluta non sit
SI INTRA DIEM CERTUM pecunia soluta non sit

por lo que parece, en primer lugar, una repetición innecesaria si se tratase de un solo pacto con dos soluciones alternativas que se excluyen mutuamente por la posición fáctica de la vecindad.

Y en segundo lugar, ello da pie a pensar que se trata de dos plazos claramente diferenciados en el tiempo. ¿Cuáles serían esos tiempos?

Podrían ser:

quamdiu: mientras llega el momento del vencimiento de la obligación (29);
si intra diem certum: llegado el vencimiento (30).

En este caso el *usus* no tendría explicación, salvo que se entendiera pacto de anticresis (volveremos luego sobre ello).

Pero podría ser también que a la *conventio pignoris* se le hubieran añadido dos pactos (de uso y venta) referidos a los siguientes distintos momentos:

quamdiu: se refiere al momento clave natural de la prenda, cuando ha llegado ya el vencimiento de la obligación y el deudor no ha satisfecho su deuda, ... *pecunia soluta non sit* ... Esta interpretación encaja, además, en la idea de una *conventio* en lugar de un *datio* salvando el problema de la *possessio* de la prenda manual. Entonces, el pacto añadido a la *conventio* el acreedor podría usar de la servidumbre. ¿Hasta cuándo?

si intra diem certum: un segundo pacto, *de vendendo*, concedería al acreedor el *ius distrahendi*, pero este pacto llevaría un término —*dies certus*— de carácter suspensivo; *dies* que fijaría el momento en el cual el acreedor cesaría en el uso de la servidumbre, entraría en juego el contenido del pacto, y ejercitaría el *ius vendendi*.

(29) D'ORS, *loc. cit.*: «en tanto no se pague la cantidad debida».

(30) D'ORS, *loc. cit.*: «si no se paga dentro del plazo».

Tanto de la redacción del texto tal como nos ha llegado, como de las consecuencias lógico-jurídicas que de cada hipótesis se deducen, pensamos que es este último supuesto—dos pactos referidos a dos momentos distintos después de vencida la obligación—el que parece más verosímil; ello sin perjuicio de lo que luego diremos para la hipótesis de que se trate de servidumbre no constituida, sino a constituir.

2. Partiendo de una servidumbre que no existía con anterioridad y que se constituye para darla en prenda. Sólo cabe pensar en deuda y *conventio pignoris* del propietario del que ha de ser fundo sirviente, cupiendo entonces dos variantes:

2.A. Ticio debe mil sestercios a Cayo, su vecino.

- Le constituye y le da en prenda una servidumbre (Ticio, sirviente; Cayo, vecino dominante).
- La constitución podría hacerse por *mancipatio fideiucie causa*.
- Como el acreedor es vecino usa de la servidumbre, uso que entrañaría un sentido fáctico, material, de posesión.
- ¿Por qué tiene que vender a otro vecino? ¿No podría cobrarse con la servidumbre? Si vende para cobrar en dinero su crédito, ¿cómo se conjuga esta venta con el principio de adherencia al fundo de las servidumbres?
- ¿Se podrían haber añadido a la *mancipatio* unas *nuncupationes* que permitieran tales maniobras y que en último término facilitarían la defensa de Sempronio comprador?

2.B. Ticio es deudor de Marco, que no es vecino suyo.—Constituye servidumbre sobre su fundo y se la da en prenda a Marco.

- Los pactos se nos presentarían aquí como alternativos: al no ser vecinos los fundos, el acreedor (no vecino) no puede usar, pero sí vender a un vecino (Cayo o Sempronio) al no serle pagada la deuda.
- El problema grave, prácticamente insalvable, surge aquí al preguntarse cómo puede constituirse una servidumbre que no reúne los requisitos de *utilitas et vecinista*.

3. Partiendo de que no hay ni se constituye servidumbre, sino que se conviene constituir la en su caso si la deuda no fuese pagada.

- Esta convención—*conventio pignoris* de una servidumbre a constituir—, por la que se garantiza el pago de la obligación

principal, presentaría la siguiente compleja estructura: la garantía del crédito consistiría en

- a) si no se paga (o mientras no se pague) se usa de hecho el fundo del deudor (para pasar, conducir agua, etc.);
- b) aunque no haya lugar al uso (acreedor no vecino) el deudor estará siempre coaccionado por el *pignus*, ya que de no pagar verá su fundo gravado por una servidumbre que en su momento habrá de constituir;
- c) de este modo, el deudor se obliga a, caso de impago, constituir servidumbre legalmente.

3.A. Ticio debe a su vecino Cayo. Pacto constituir servidumbre.

- Cayo puede usar, por el pacto de uso, lo que implica bien una coacción al pago, bien un pacto de anticresis (problemático, por otro lado, antes de haberse constituido el objeto—servidumbre—de la prenda), bien un período de tiempo pactado de uso vencida la obligación, tal como antes nos referíamos.
- Su defensa frente a Ticio (deudor sirviente) le vendría dada por la defensa pretoria dimanada del pacto.
- Al no pagar Ticio, ¿podría Cayo obligarle a constituir servidumbre a su favor?—*lex commissoria*—. En principio no vemos razón alguna de peso para que no pudiera ser así. Incluso el texto dice «le sea lícito» (31), lo que indica un ejercicio potestativo no impositivo.
- *Si intra diem certum ...* Cayo puede vender a Sempronio obligando a Ticio (con los instrumentos procesales derivados del pacto) a constituir servidumbre a favor del comprador.
- La venta tendría por objeto y razón el cobrarse el acreedor pignoraticio su crédito, en metálico, del precio de la venta.

En este supuesto tendrían cabida las tres hipotéticas soluciones respecto a los pactos, antes anotadas:

- a) Los pactos de uso y venta son alternativos excluyentes, a elección del acreedor, una vez vencida la deuda.
- b) El acreedor usa hasta el vencimiento, y llegado éste, sin haberse producido el pago, vende al vecino.

(31) D'ORS, *loc. cit.*: lee «... puede...»

c) Uso y venta actúan como opciones referidas a momentos distintos, después de vencida la obligación.

3.B. Ticio debe a Marco, no vecino.

- La garantía de Marco, que no puede usar, viene dada por la coacción sobre Ticio que verá gravado su fundo con servidumbre si no paga su deuda.
- Marco vende a Cayo o a Sempronio (vecinos de Ticio), y éste se verá obligado, por el pacto con Marco, a constituir servidumbre en favor del comprador.

En ambos supuestos la protección jurídica procesal vendrá dada por la actuación pretoria en virtud de los pactos establecidos, y una vez constituida la servidumbre en favor del comprador (o del propio acreedor), por las acciones propias del derecho real de servidumbre.

Sobre los presupuestos de esta tercera hipótesis, al no hacerse desde un principio *conventio pignoris* sobre servidumbre, sino convenio de constituir en su día servidumbre, quedan superados los obstáculos principales que antes apuntábamos: la entrega en posesión del objeto de la prenda, y la inherencia al fundo propia de las servidumbres; el primero, porque siendo el objeto de la prenda una servidumbre a constituir, no ha lugar material a la entrega en posesión (el uso del que se habla en el pacto no tendría más significado que una mera detentación y un ejercicio de hecho; o en el mejor de los supuestos, el efecto propio de la constitución de la servidumbre como tal derecho real en favor del acreedor); y el segundo, porque la servidumbre como tal derecho real sólo quedaría constituida a la terminación del suceso, en favor del fundo del vecino comprador.

4. Todavía podrían hallarse otros supuestos habida cuenta de que la *conventio pignoris* puede ser constituida por un tercero no deudor, pero ello no modificaría las consecuencias que ya hemos visto en los casos referidos.

V. Volviendo, pues, a los interrogantes que antes nos planteábamos, podemos decir que de la exégesis de los textos que comentamos no puede asegurarse con certeza la posibilidad de *pignus* de servidumbre en el derecho clásico, y que por el contrario, en razón de las consecuencias y efectos propios del *pignus* y del principio de inherencias al fundo de las servidumbres, parece más razonable acoger la tesis generalmente sustentada de la imposibilidad clásica del *pignus* de servidumbre.

En cualquier caso, y como posible modificación a lo dicho, es de apuntar que las hipotéticas posibilidades en Derecho clásico habrían de referirse al *pignus conventus* y no a la prenda manual.

Igualmente, y en razón del análisis verificado, pensamos que el fragmento 12 objeto de nuestro estudio hubiera debido referirse, tanto en el Derecho clásico como en el justiniano, a una servidumbre a constituir.

Un punto aún puede plantear problema sobre esta cuestión, y es el de si el término «servidumbre» que en el fr. 12 viene específicamente referido a *viae itineris actus aquae ductus* puede hacerse extensivo, en cuanto a su posible pignoración, a todas las servidumbres o ha de entenderse restringido a las cuatro prediales referidas.

Ya indicamos cómo la doctrina se muestra en general de acuerdo, estimando que (D.20.1.11.3) no pueden en modo alguno comprenderse las urbanas, ya que como dice BIONDI (32), hay incompatibilidad práctica de transferir a otro fundo la utilidad.

SOLAZZI (33) ha planteado la cuestión remitiéndose a la tesis de CIAPESSONI: servidumbres ya constituidas, y por ende sólo las cuatro rústicas que podían darse *mancipatio fiducia-causa*. GROSSO (34) piensa que según el texto incluso en JUSTINIANO sólo se refiere la posibilidad de pignoración a las cuatro servidumbres prediales mencionadas. FREZZA (35) se pregunta si la cita del fr. 12 ha de entenderse *exempli causa*, por lo que la norma allí contenida se extendería a todas las rústicas en contraposición a urbanas. Sin decidir tajantemente la cuestión, piensa FREZZA que si hubiera habido limitación legal a las cuatro rústicas *mancipi* más antiguas, lo sería por razones puramente históricas. Y ciertamente, sin que dispongamos de datos para sentar una conclusión tajante, no parece encontrarse un argumento jurídico de fondo que impidiera aplicar al resto de las servidumbres rústicas los criterios que fueran de aplicación a las de *iter, via, actus et aquaeductus*.

Una observación última hemos de hacer en orden a la situación desde el punto de vista justiniano. Ya apuntamos cómo en JUSTINIANO la figura de la *quassi possessio* permitía un mayor campo de acción sobre los objetos del *pignus*, flexibilizando el principio de transmisión posesoria de la prenda (36). Además, con JUSTINIANO se potencia la tesis de máxima protección a la voluntad de las partes de un negocio jurídico, con lo que el derecho busca fórmulas legales que permitan

(32) BIONDI, *La ser... pre... D. R., loc. cit.*

(33) *Loc. cit.*

(34) *Loc. cit.*

(35) *Loc. cit.*

(36) BIONDI, *La ser... pre... D. R., loc. cit.*

amparar, apoyar y proteger jurídicamente aquella voluntad (37); fórmulas que en nuestro supuesto—*pignus*—pudieron venir dadas aplicándole de alguna manera los principios que regían las servidumbres personales, y enfocando así el caso con un más amplio y flexible criterio que superara las dificultades objetivas que presentaban las servidumbres en el Derecho clásico.

En este sentido, FREZZA (38), al comparar el contenido del fr. 12 con el del fr. 11.2 (sobre el usufructo), hipotetiza sobre la idea de que el fr. 12 contuviera un caso de constitución temporal de servidumbre predial, lo que significaría un ejemplo de servidumbre rústica predial constituida como persona.

VI. Otro aspecto que conviene abordar es el referido al pacto de uso.

*quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur
(scilicet si vicinum fundum habeat)*

Ya hemos visto cómo este pacto puede referirse a dos momentos:

- mientras llega el vencimiento del crédito,
- una vez vencido, sin que se hubiera pagado.

GROSSO (39) apuntó ya la idea de que el pacto se refería a que cuando el acreedor tuviese un fundo vecino, gozaría, por el pacto con el deudor, de la facultad de utilizar de hecho—*inmissione*—el contenido de la servidumbre *constituenda*, si bien se pregunta hasta qué punto ese uso, esa inserción en la servidumbre, en el ejercicio de hecho de su contenido sobre el fundo vecino y que en su día podría ser vendida a otro vecino, estaría en el período clásico tutelada por el derecho pretorio (40).

(37) BIONDI, CICU-MESSINEO, *loc. cit.*, se manifiesta en el mismo sentido voluntarista.

(38) *Loc. cit.*, págs. 175-176.

(39) *Loc. cit.*

(40) WINDSCHEID, *op. cit.*, págs. 821-822, estima que en los casos de *pignus* sobre derechos en cosa de otro el verdadero objeto de tal derecho de prenda lo constituye no el derecho, sino solamente la cosa; el acreedor pignoraticio tiene potestad jurídica sobre la cosa en cuanto puede respecto a ella hacer voluntad operante la voluntad de otro, y puede exigir también la posesión para cuanto a este fin le sea preciso; aunque el propio WINDSCHEID no deja de preguntarse (número 11) qué es lo que el acreedor pignoraticio enajena si no es el derecho del pignorante; preguntándose también si a continuación del *pignus* puede seguir, como en la prenda manual, el disfrute del derecho empeñado, haciendo suya la opinión que dice generalizada en torno a que no tiene el acreedor pignoraticio,

Pensamos que ciertamente esta *inmissio* de la que GROSSO habla, constituye parte del contenido legal de las servidumbres, y que precisamente es la existencia legalmente reconocida de una servidumbre la que convierte en lícita tal *inmissio* sobre el fundo (41). Ahora bien, el pacto *ut... utatur* ¿era constitutivo de servidumbre como tal derecho real? Ya vimos cómo SOLAZZI piensa que sólo facultaba al acreedor para usar, defendido por la *exceptio pacti*, porque el mero pacto no tenía potencia jurídica suficiente para crear el derecho real de servidumbre. El propio SOLAZZI, en el análisis de D.20.1.11.2, D.20.1.15 pr. y D.20.6.8 pr., pone de relieve cómo los juristas clásicos negaban también efectos reales al pacto de prenda de usufructo, pensando que tales pactos no son sino meras convenciones lícitas de usar la cosa mientras no se pagara el crédito, y que estarían protegidos por la tutela pretoria (*exceptio pacti*) sobre la base del principio *pacta servanda*. De idéntica manera, o al menos de forma análoga habría que interpretar el fr. D.20.1.12 que comentamos.

Sobre la base además de considerar el fr. en lo referido al pacto, como interpolado, todavía podríamos añadir con el uso mencionado una nueva analogía entre servidumbres prediales y personales.

De todas formas la significación del pacto de uso en razón a las consecuencias o efectos que produciría, estará en relación con los distintos supuestos a que el caso pudiera hacer mención. En tal sentido habría que considerar las hipótesis de que el fragmento contemplara una prenda manual o un *pignus conventus*, que se refiriera a una servidumbre ya constituida o a constituir, y por último, a cualquiera de los dos períodos o momentos de los que antes hablábamos (mientras llega el vencimiento, o una vez vencido el crédito). Sobre ellos, tendríamos:

- a) supuesto de prenda sobre servidumbre ya constituida y mientras no ha vencido el crédito.

en estos casos, la *actio hypothecaria*, sino la tutela posesoria sobre el disfrute. Por su parte, MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, Bruxelles, 4.^a ed., pág. 881, piensa que a tenor del fr. 12 el acreedor obtiene, a título de prenda, el derecho a ejercer sobre el fundo los poderes contenidos en la servidumbre rústica, si es vecino, y venderla, vencido el crédito, a otro vecino. Sin embargo, añade, núm. 24, que la singular disposición del fr. 12 sólo podría comprenderse, en rigor, si fuera posible considerar la pignoración de un derecho de servidumbre únicamente como concesión de un mandato para vender el desmembramiento de un derecho de propiedad que comprenda los poderes contenidos en la servidumbre; pero el pacto *quamdiu...* añade a esto un elemento que hace incompatible la decisión de PAULO con la naturaleza de las servidumbres prediales, por lo que concluye estimando que es también imposible explicar satisfactoriamente la diferencia entre los fr. 11.3 y 12.

(41) D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, loc. cit., págs. 115-116.

El uso vendría dado, o al menos podría venir dado, como un instrumento de coacción sobre el deudor para obligarle al pago y verse liberado del gravamen efectivamente ejercitado; sin embargo, no parece aceptable tal hipótesis ya que choca con el principio de que el acreedor pignoraticio no puede usar la cosa dada en prenda bajo amenaza de *furtum usus*. ¿Sería el pacto la forma de evitar dicha amenaza? D'ORS dice (42) que por un pacto—de hecho, de renuncia a la acción—puede autorizar el pignorante al acreedor pignoraticio el uso de la prenda. De todos modos tampoco parece correcta la aplicación de este criterio al pacto, pues se daría una situación materialmente usurera o de enriquecimiento injusto en favor del acreedor, una vez que el deudor hubiera pagado su deuda. Pudiera también pensarse en un uso, al objeto de considerar sus efectos como «frutos» de la servidumbre pignorada, con lo que nos hallaríamos ante un posible pacto de anticresis; si bien esta hipótesis chocaría con la consideración jurídica de los frutos. Una última suposición, que abonaría la tesis interpolacionista del fragmento, y su planteamiento con mentalidad bizantina, sería la de ver en dicho uso una analogía con la servidumbre personal del usufructo, implicando así que el acreedor, por el pacto, use meramente de la servidumbre pignorada.

b) Si partiéramos de los mismos presupuestos, pero referida la *conventio* a una servidumbre a constituir, el pacto expreso encontraría explicación lógica, ya se dirigiera a la coacción sobre el deudor o a la anticresis, en el hecho de su necesidad absoluta por cuanto al no estar aún constituida la servidumbre, sería el único medio de justificar la *immissio* del acreedor.

c) Referido al momento de vencida la obligación, podría pensarse que hace referencia a la constitución de la misma servidumbre, aunque ya recogimos la tesis crítica de este supuesto, que no parece aceptable. Tendría también algún sentido en el caso de servidumbre ya constituida, cuando la prenda girara entre deudor dominante y un tercero acreedor, pero ciertamente sólo abordaría entonces una posible defensa del tercero frente al propietario del predio sirviente de la servidumbre pignorada. Por otro lado, pactar que si no se paga el acreedor puede usar de la prenda vencida la obligación, es presentar falsamente el problema si tenemos en cuenta que la prenda recae sobre servidumbre que no puede ser, por su naturaleza incorporal, objeto de posesión, y en consecuencia, no podría hablarse de prenda manual sino de *pignus conventus*, y el pacto sería innecesario. La redacción del fragmento parece llevar a la interpretación de que el negocio se concluye directamente por el pro-

(42) D'ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, loc. cit., pág. 218.

pietario del predio sirviente, que pignora. En cualquier caso, en el supuesto que analizamos, y sobre la base de pignorar el propietario del sirviente, sólo tendría lógica el pacto en relación con el subsiguiente de venta, salvo que se entendiera que el uso se refiere a un primer período vencida la obligación, y la venta, sujeta a término, a un segundo momento; o bien que ambos pactos son alternativos excluyentes en razón de la vecindad: vencido el crédito, y no pagado, el acreedor usa si es vecino, y vende a un vecino si él no lo es. En esta última hipótesis el pacto de uso sería técnicamente un pacto de *lex commissoria*.

d) Consideración también de innecesario, salvo referido a dos momentos diferentes, tendría el pacto de uso tratándose de una prenda de servidumbre a constituir, vencido el crédito.

e) Hipotetizando que se trate de un *pignus conventus*, el pacto no tendría tampoco razón de ser referido a «mientras esté vigente el crédito y no ha llegado su vencimiento», ya que sería contrario a la naturaleza de la hipoteca, tanto se tratara de una servidumbre ya constituida como a constituir.

f) Y por último, en el supuesto de *pignus conventus* vencida la obligación, los efectos serían los mismos que los estudiados para la prenda manual que, como ya dijimos, solo falsamente sería manual.

En conclusión diríamos que, en razón del pacto de uso, ha de pensarse que o bien se refiere a «mientras» dure el crédito, y la servidumbre sería entonces a constituir; o bien se refiere a «vencido» el crédito, en cuyo caso ha de hablarse de pactos alternativos (uso-venta, en el sentido ya recogido) o de períodos diferentes y sucesivos aplicables al uso y a la venta.

VII. Veamos ahora el pacto de venta. En principio puede afirmarse que la posibilidad de *vendere eas vicino* significaba una ruptura de la regla de inherencia al fundo de las servidumbres, y en consecuencia, como dice SOLAZZI, una excepción al principio de inalienabilidad (43).

BIONDI, que había (44) sugerido que después del aprovechamiento de la servidumbre por el acreedor para su propio fundo, vencido el crédito pasaba el derecho real mismo, por la venta, al comprador, en base a la simple aplicación de la posibilidad de transferir la servidumbre a otro propietario sin necesidad del consentimiento del fundo sirviente en los casos de prenda, porque la realización de ésta no puede estar subordinada al consenso de otro, ha intentado luego (45) salvar el serio escollo que representa el principio de inherencia al fundo,

(43) SOLAZZI, *loc. cit.*

(44) BIONDI, 1946: *La ser... pre... D. R., loc. cit.*

(45) BIONDI, 1967: *La ser..., CICU-MESSINEO, loc. cit.*

argumentando sobre la base de que, en línea de ejecución, se produce un transferimiento coactivo de un fundo a otro, análogo al que se tiene por la expropiación de cualquier cosa hipotecada, pero no de la servidumbre, sino del «goce» sobre la servidumbre; y encuentra el preciso apoyo técnico jurídico en el principio de que la venta romana no tiene carácter traslativo de propiedad, y el comprador no adquiere la propiedad de la cosa, sino sólo el pacífico goce de la misma (*habere licere*). De esta forma el «ejercicio» de la servidumbre vendría transferido a otro (el vecino comprador). No deja, sin embargo, de preguntarse el propio BRONDI si esta limitada eficacia, que atenúa el principio de inseparabilidad del fundo de las servidumbres, sería clásica o justiniana (46).

GROSSO (47) parte del supuesto de que la *quaestio* sometida a POMPONIO hubo de referirse a una *conventio pignoris*, sin inicial transmisión de *possessio*, precisamente de una servidumbre *constituenda* en favor del comprador, operando en tema de derecho pretorio en torno a la protección concedida al acreedor pignoraticio y al propio comprador.

SOLAZZI (48) vuelve a plantear la dificultad de transferir una servidumbre ya constituida en favor de un fundo, el del acreedor pignoraticio, señalando cómo al vender a otro vecino se transfiere objeto diferente en razón de que el contenido de la servidumbre es «relativo» en orden a la necesidad y utilidad del fundo dominante, distinto, por tanto, para el acreedor y para el comprador, con fundos diferentes, y que en consecuencia para hacer posible la venta del *pignus* no podía constituirse servidumbre en favor del acreedor pignoraticio. Apunta, además, cómo esta facultad de vender sería vana, porque el contrato entre el acreedor pignoraticio y el comprador no podría ejercitarse frente al pignorante; afirmando que en Derecho clásico no se podía compeler a una *in iure cessio* a favor del comprador, y que sería poco probable que pudiera éste oponer la *exceptio doli* frente a una *actio negatoria* del pignorante. De todo ello deduce que hay que excluir el carácter clásico del pacto de venta recogido en el fragmento.

Realmente parece poder afirmarse que la existencia de tal pacto sólo puede ser compatible con la hipótesis de una servidumbre a constituir, y que precisamente junto al pacto de venta, y como consecuencia y complemento lógico de él, la *conventio pignoris* fuera establecida para ser constituida servidumbre en favor, en su día, del comprador.

(46) RUDORFF, *Ann. crit. per la G. P.* XV, citado por WINDSCHEID, *loc. cit.*, número 11, sólo da al acreedor, respecto al comprador, la facultad de procurarle la posesión.

(47) *Loc. cit.*

(48) *Loc. cit.*

De igual forma es de destacar la línea ya señalada por BIONDI que puede perfectamente conjugarse con la que antes ya dijimos respecto a las analogías justinianas entre las servidumbres prediales y las personales (usufructo). Por similitud con éste (49) la venta se referiría al ejercicio del contenido de la servidumbre, pero sin traspaso del derecho real, aun en el supuesto de que la servidumbre hubiera estado constituida en favor del acreedor pignoraticio. El texto podría estar así en relación directa con D.fr. 11.2, que plantea el tema en orden al usufructo; y adquiriría así mayor validez la tesis de GROSSO sobre que D.11.3 es una mera aposición justiniana para la coordinación entre fr.11.2 y el fragmento que nos ocupa. En esta misma línea apunta CIAPESSONI (50), y cabe hacer un paralelismo con lo que FREZZA (51) señala sobre el *pignus* de usufructo.

Se pueden aún conjugar ambas posiciones, señalando, como hace SOLAZZI (52), que sería posible que el derecho real de prenda sobre servidumbre fuese exclusivamente justiniano, mientras que en el clásico se dio un sucedáneo a través del pacto de goce de servidumbre protegido en vía pretoria. De esta suerte, mientras que PAULO se ocuparía en su *responsum* de dicha protección, no aparecida hasta más tardíamente, POMPONIO hubiera debido contestar «no» a una posible *quaestio* que en tal sentido le hubiese sido formulada (53).

En otro orden, recordemos lo ya dicho respecto a la relación existente entre el pacto de venta y el que le precede de uso. Ciertamente, si el acreedor pignoraticio no era vecino del pignorante sirviente, la venta de la servidumbre (ya su goce material, ya *constituenda*) sería el único contenido material de su garantía, y en esta hipótesis la venta aparecería como alternativa excluyente del uso. Por el contrario, si era vecino, hemos de preguntarnos por qué habría de vender a otro vecino y no quedarse la servidumbre él mismo (*lex commissoria*). Ciertamente

(49) D.24.3.57, D.7.1.12.2, D.23.6.66.

(50) Citado por SOLAZZI, *loc. cit.*

(51) *Loc. cit.*, págs. 175-176.

(52) *Loc. cit.*

(53) Notable es la opinión de KELLER, *Ann. del d. comp.*, 1858, cit. por WINDSCHEID, *op. cit.*, que piensa que el fr. 12 tenía como problema fundamental de fondo la eventual venta del acreedor pignoraticio. Por su parte, EISELE, *op. cit.*, habla de una posible venta del acreedor pignoraticio al propietario de la cosa sirviente. PUCHTA, DERNBURG y GOPPERT, *cits.* por WINDSCHEID, parten de la base de que el acreedor pignoraticio adquirió el derecho de servidumbre, pero disienten respecto a la facultad de vender; así, PUCHTA piensa que puede vender el mismo derecho adquirido; DERNBURG, que sólo podía hacerlo si había pacto expreso para ello y no vende realmente el derecho que adquirió, sino que se constituye otro derecho de igual contenido, y GOPPERT piensa que el acreedor pignoraticio puede vender el fundo dominante con la servidumbre vencido el crédito, pero si vende antes de vencer el crédito no transfiere la servidumbre predial al comprador.

podría ocurrir que el acreedor estuviera más interesado en cobrar en metálico su deuda, con el precio de la venta, y el pacto jugara entonces como opcional, pudiendo referirse a cualquiera de los dos momentos de que antes hablábamos: mientras llega el vencimiento del crédito, usa, y vencido, vende; o la venta ha de referirse a un segundo momento posterior al vencimiento—*si intra diem certum*—, en cuyo caso habríamos de hablar de un pacto de venta a término.

De todo lo dicho, y a tenor de las consideraciones que venimos haciendo, nos inclinamos por un pacto de venta alternativo excluyente en el caso de acreedor no vecino, y referido a un segundo momento posterior al vencimiento, opcional para el acreedor pignoraticio si fuera vecino; y todo ello relativo a una servidumbre a constituir.

Todavía un último problema habría de referirse a la posibilidad de que en dicha venta el acreedor pignoraticio obtuviera un precio superior a la cuantía de su crédito, en cuyo caso pensamos que deberían entrar en juego los principios generales respecto al *superfluum* (54).

VIII. En conclusión, y a la vista de los corolarios derivados de los múltiples supuestos que caben en la exégesis del texto, y que hemos venido poniendo de relieve, entendemos que tal como ha venido interpretándose por la doctrina, el fragmento 12.D.20.1 puede considerarse como no clásico, y que de tener algún contenido clásico, éste hubo de referirse a una *quaestio*, no llegada hasta nosotros, en tema de medios pretorios de defensa en vía de derecho honorario, en relación con fr. 11.2, y tal como señala Grosso; mientras que siendo justiniano en la redacción que fr. 12 nos transmite, debe considerarse como más lógico que verse sobre un *pignus conventus* referido a una servidumbre a constituir, y en el que los pactos serían alternativos excluyentes en razón del supuesto fáctico de la vecindad del acreedor pignoraticio (si es vecino, usa; si no lo es, vende) o, incluso más probablemente, opcionales y referidos a dos momentos distintos después de vencida la obligación.

GERARDO TURIEL DE CASTRO
Profesor adjunto de Derecho Romano

(54) Véase FREZZA, *loc. cit.*