

EL AFORISMO «VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NULLI CONCEDITUR» Y EL ARTÍCULO 597 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Ramón P. Rodríguez Montero

Prof. Titular de Derecho romano
Universidad de La Coruña

TITLE: *The aphorism «venire contra factum proprium nulli conceditur» and the article 597 of the spanish Civil Code.*

RESUMEN: Análisis, en atención a la doctrina de los propios actos y sus precedentes romanos, del fundamento histórico-jurídico del deber de no impedir por parte del copropietario concedente el ejercicio del derecho de servidumbre concedido de forma individual y separada sobre fundo en condominio cuando los demás comuneros no hubiesen cedido todavía el mismo, establecido en el artículo 597 del Código civil español.

ABSTRACT: *The main purpose of this paper is to analyse, putting attention to the principle of own acts and its roman precedents, the legal and historical basis of the duty not to prevent the exercise of the right of way granted, individually and separately, on the field in condominium by the co-owner, when the rest of co-owners have not yet ceded it, according to the article 597 of the Spanish Civil Code.*

PALABRAS CLAVE: Copropiedad; constitución de servidumbres; doctrina de los propios actos; art. 597 Código civil español; D. 8.3.11; D. 8.4.18.

KEY WORDS: *Co-ownership; granting of rights of way; principle of own acts; article 597 of the Spanish Civil Code; D. 8.3.11; D. 8.4.18.*

SUMARIO: 1. EL ART. 597 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: PLANTEAMIENTO DE LA PRESUNTA PROBLEMÁTICA CONTENIDA EN EL MISMO Y POSIBLE INTERÉS DE SU ESTUDIO. 2. ALGUNAS PRECISIONES CON CARÁCTER GENERAL SOBRE LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS TOMANDO COMO REFERENCIA EL PENSAMIENTO DEL PROFESOR DíEZ-PICAZO. 3. RÉGIMEN ROMANO RELATIVO A LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE SOBRE FUNDO EN CONDOMINIO POR ACTOS REALIZADOS POR LOS CONDÓMINOS DE FORMA SEPARADA Y SUCESIVA. 3.1. *Régimen antiguo: consortium erecto non cito*. 3.2. *Derecho clásico: D.8.3.11 y D. 8.4.18, como textos referentes a la cuestión*. 3.3. *Derecho postclásico y justiniano*. 4. BREVE REFERENCIA A LAS INTERPRETACIONES POSTERIORES FORMULADAS POR LOS GLOSADORES Y COMENTARISTAS RELATIVAS A LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE SOBRE FUNDO EN CONDOMINIO POR ACTOS REALIZADOS POR LOS CONDÓMINOS DE FORMA SEPARADA Y SUCESIVA PARTIENDO DE LOS TEXTOS ROMANOS. 5. SUCINTO REPASO DE LOS PRECEDENTES DEL ART. 597 EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL Y SU INTRODUCCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. 5.1. *La Ley 10.31.3 de las partidas*. 5.2. *Preceptos relativos a la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio en los diversos Proyectos de Código civil español y del Código rural*. 6. CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN RELATIVA A LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE SOBRE FUNDO EN CONDOMINIO CONTENIDA EN EL ART. 597. C.C. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL ART. 597 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: PLANTEAMIENTO DE LA PRESUNTA PROBLEMÁTICA CONTENIDA EN EL MISMO Y POSIBLE INTERÉS DE SU ESTUDIO

En el art. 597 del Código civil (en adelante C.c.), que se encuentra encuadrado en el Capítulo III («De las servidumbres voluntarias»), Título VII («De las servidumbres»), Libro II («De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones»), se establece, textualmente, lo siguiente:

«Para imponer una servidumbre sobre fondo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.

La concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros.

Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido».

Dicho artículo, relativo a la constitución de servidumbres sobre fondo en condominio, como se puede comprobar, se estructura en torno a dos premisas básicas:

Por una parte, en torno al carácter indivisible del derecho de servidumbre, considerado como no susceptible de fraccionamiento, dado que el mismo no se puede establecer por partes, debiendo para su válida constitución ser todos los copropietarios los que presten su consentimiento («Para imponer una servidumbre sobre fondo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios»).

Por otra, respecto al carácter colectivo que presenta la facultad de disposición de los copropietarios, en relación a la que, aun solicitándose el «consentimiento de todos los copropietarios» para imponer válidamente la servidumbre sobre el fondo indiviso, se prescribe en el artículo que «la concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros», así como que «la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido», lo que presuntamente da a entender que la no concurrencia del consentimiento de todos los copropietarios no afecta a la validez del acto.

A partir de estos presupuestos, el art. 597 C.c., a primera vista, parece plantear una contradicción en atención a la lectura de sus respectivos párrafos primero y tercero, que se concretaría en la siguiente cuestión: ¿cuál es el derecho que se ha concedido solamente por uno o algunos de los copropietarios, cuyo ejercicio no puede ser

impedido por el concedente o concedentes, si el derecho (de servidumbre) no nace hasta que no la otorgue (no consienta) el último de todos los partícipes o comuneros?.

Al margen de su evidente interés para conocer las características de la regulación normativa en el sistema jurídico español de la imposición de servidumbres voluntarias sobre fondo indiviso por los copropietarios del mismo, se ha señalado, que el art. 597 C.c. también posibilita el examen de materias relativas a la teoría general del negocio jurídico, como, por ejemplo, el concepto de declaración de voluntad, su proceso de formación, y, especialmente, la configuración de las declaraciones de voluntad conjuntas y de los actos negociales complejos¹.

Asimismo se ha sostenido por un sector de la doctrina civil que el citado artículo se presenta como una norma de principios generales, porque de su regulación particular se pueden deducir principios reguladores de actos y negocios jurídicos dispositivos que tienen por objeto la cosa en condominio, destacándose que en el Título III del Libro II del C.c., «De la comunidad de bienes», no existe un precepto que regule específicamente esta cuestión, por considerar al respecto que, mientras que los arts. 397 y 399 del C.c. se ocupan de los actos de disposición material y de los actos de disposición de la propia cuota, el 597 se refiere a los actos de disposición jurídica, es decir, a los actos de enajenación y gravamen que recaen sobre la cosa común².

Además de lo indicado también se ha resaltado el interés que presenta en el art. 597 la posible configuración que se otorga al «derecho concedido», y, por tanto, a su eficacia.

En este artículo parece poder apreciarse una doble configuración del «derecho concedido»: por una parte, como derecho real, presentando por ello eficacia real, cuando sea otorgado por todos los copropietarios; y, por otra, como derecho personal, de crédito u obligación, con eficacia obligacional, cuando solo lo otorgue alguno o

¹ Vid. ESPIAU ESPIAU, «Prólogo» a la obra de ZAHINO RUIZ, *La constitución de servidumbres voluntarias sobre fondo indiviso en el Código civil español*, Edersa, Madrid, 2002, p. 19. Muchos de los planteamientos realizados en esta obra, así como sus resultados, por compartirlos en cierta medida, serán los que seguiremos en el presente artículo, motivo por el cual, las referencias a la misma serán constantes y reiteradas.

² ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 21 s. y, en especial, en cuanto a la interpretación doctrinal de los citados artículos, con bibliografía, vid. p. 268 ss.

Art. 397 C.c.: «Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos».

Art. 399 C.c.: «Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad».

algunos de los copropietarios, separadamente de los demás y antes de que lo hagan todos los no otorgantes. En este último supuesto nos encontraríamos ante un acto negocial válido, al que se le atribuyen *ex lege* unos ciertos efectos, en este caso, una eficacia personal u obligacional, porque dicho acto «obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular», según se establece en la norma, «a no impedir el ejercicio del derecho concedido» por parte el concedente o concedentes al concesionario. Esa «concesión hecha solamente por algunos», se señala en el art. 597, «quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros», es decir, que no tendrá eficacia real hasta que la formalice el último de los copropietarios.

Precisamente, el fundamento del deber de «no impedir el ejercicio del derecho concedido» por parte de uno de los copropietarios separadamente de los otros, se encontraría en la regla formulada por primera vez, según indican diversos estudiosos, en la doctrina de los autores del *ius commune*, y más en concreto en la planteada por los glosadores Azón y recogida Acursio, que se expresa como «*venire contra factum proprium nulli conceditur*», que dichos autores extrajeron a partir de diversos textos romanos, entre ellos y fundamentalmente por lo que al tema que nos ocupa se refiere, D. 8.3.11 y D. 8.4.18³.

2. ALGUNAS PRECISIONES CON CARÁCTER GENERAL SOBRE LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS TOMANDO COMO REFERENCIA EL PENSAMIENTO DEL PROFESOR DíEZ-PICAZO

En relación a la denominada «doctrina de los propios actos», al «aforismo según el cual “nadie puede ir válidamente contra sus propios actos”», señala el ilustre civilista español DíEZ-PICAZO –opinión que compartimos- que

«pocas reglas de derecho poseen una vaguedad y una falta de concreción tan grandes, hasta el punto de que es posible decir que su aplicación o inaplicación se fundan, la mayor parte de las veces, en convicciones intuitivamente formadas. Esta vaguedad y esta falta de concreción conducen, inevitablemente, a la confusión y a la inseguridad. La confusión viene, por lo pronto, de una falta de clara delimitación. Por su misma formulación, tan abstracta y general, la regla de que nadie puede ir en contra de sus

³ Cfr. por todos, en relación a los indicados textos y la formulación, elaboración y concreción doctrinal y jurisprudencial posterior de la señalada regla, con amplias referencias textuales y bibliográficas, el ya clásico estudio de DíEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2014, p. 94 ss., 110 ss., y 267 (De dicha obra existen dos ediciones anteriores: la primera, publicada por la Edit. Bosch, en Barcelona, en 1963; y otra posterior, también publicada por Civitas-Thomson Reuters, primera en esta editorial, en Navarra, noviembre de 2013). Vid. también, más específica y concretamente en cuanto a la concreta cuestión relativa a la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio, asimismo con referencias textuales y doctrinales, ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p.25 ss., y 220 ss.

propios actos, es susceptible de ser aplicada a las más extrañas y contrapuestas hipótesis. No se conocen sus límites, sus presupuestos, su fundamento, su finalidad»⁴.

Según DÍEZ-PICAZO, la expresión «nadie puede ir lícitamente contra sus propios actos», en cuanto a su caracterización, tiene el carácter evidente de una «*regula iuris*» que, «*de facto*», presenta valor normativo⁵. Si bien la inadmisibilidad de «*venire contra factum proprium*» no es sostenible como un autónomo principio general del Derecho, sí que lo es como derivación necesaria y concreción inmediata del principio que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho (buena fe), en el que se incrustaría⁶. «La exigencia de coherencia del comportamiento es una derivación inmediata del principio general de buena fe», y «la contradicción de la propia conducta se sitúa en el mismo orden de ideas. La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe [...] el hecho de que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falta de lealtad. He aquí por dónde la regla según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, se anuda estrechamente con el principio de Derecho que manda comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas», siendo dicho principio, por tanto, el fundamento más seguro para dicha regla⁷.

Por lo que se refiere a los presupuestos de aplicación de la regla estudiada, DÍEZ-PICAZO, señala que «la regla que normalmente se expresa diciendo que “nadie puede venir contra sus propios actos”, ha de interpretarse en el sentido de que toda pretensión, formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada», añadiendo que «desde un punto de vista del derecho sustantivo, la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye técnicamente un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, derivado del principio de la buena fe y,

⁴ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p.74. De lo indicado, dan plenamente cuenta las dos concepciones distintas formuladas en la doctrina jurisprudencial española y en las abundantes sentencias que el Tribunal Supremo español ha dedicado a la materia a lo largo de los años, que el citado autor refiere en su estudio. A las características de las indicadas concepciones o corrientes de pensamiento alude en la p. 78 y ss. de su estudio.

⁵ Según DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 191, justifica tal circunstancia el hecho de que «para demostrarlo basta tener en cuenta que es de hecho aplicada, como tal norma jurídica, por los tribunales de justicia y que es criterio decisivo para resolver innumerables litigios que ante ellos se plantean».

⁶ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 195 y s. En relación al principio general de la buena fe, vid. *op. cit.*, p.196 y ss.

⁷ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 203 y s.

particularmente de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente»⁸.

Dichos presupuestos que el autor considera como necesarios para la aplicación de la regla son los siguientes:

1º. Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz. De ahí que si está viciada (p. ej.: por error), pueda el autor atacarla válidamente.

2º. Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.

3º. Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

4º. Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujetos⁹.

Del análisis efectuado en su trabajo, Díez-PICAZO, extrae como conclusión que

«el acto de formular una pretensión, contradictoria con el sentido objetivo que, según la buena fe, debía atribuirse a una conducta anterior del mismo sujeto, es un acto inadmisibles, cuando el sujeto pasivo de la pretensión ha modificado su propia situación jurídica con base en la confianza suscitada por el titular del derecho.

La buena fe implica un deber de coherencia con el comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro, la conducta que los actos anteriores hacían prever. La necesidad de coherencia del comportamiento limita los derechos subjetivos y las facultades del sujeto, que sólo pueden ser ejercitados en la medida en que este ejercicio sea coherente o compatible, no contradictorio, con el comportamiento anterior.

⁸ Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 257. Dichos presupuestos de aplicación se corresponden con los formulados por una de las tres concepciones o corrientes de pensamiento sostenidas por la doctrina jurisprudencial española que en este caso «coloca el fundamento de la regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium* como una derivación necesaria e inmediata del principio general, universalmente reconocido, que impone el deber de comportarse de buena fe o de proceder lealmente en las relaciones jurídicas, entendiéndose que la buena fe exige de la persona un comportamiento coherente con la confianza que anteriormente sus actos puedan haber suscitado en otros» (vid. p.89 y s.).

⁹ Díez-PICAZO, *op. cit.*, *loc. cit.* El autor realiza un estudio muy completo y detallado de los mencionados requisitos en la p. 258 y ss. de su obra.

Todo ello conduce a pensar que la pretensión contradictoria constituye un acto que el ordenamiento no puede proteger, un acto que el ordenamiento jurídico debe reprobar»¹⁰.

Las consecuencias o efectos que produce la formulación de una pretensión contradictoria se concretan en base a la doctrina de los propios actos exclusivamente en la inadmisibilidad de dicha pretensión contradictoria, es decir, sólo en la inejecutabilidad de la facultad o facultades que un derecho subjetivo pueda contener¹¹. En definitiva,

«cuando se dice que nadie puede ir contra sus propios actos se significa que un acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad o la utilización de un medio de defensa, que contradice el sentido que conforme a la buena fe, y de un modo objetivo y razonable ha de darse a la anterior conducta de la persona, constituye una extralimitación y resulta inadmisibile; dicho de otro modo, que quien con su comportamiento crea en otro la confianza fundada y razonable de que un derecho subjetivo, una facultad, una pretensión o un medio de defensa no será ejercitado en el futuro o sólo lo será en un determinado sentido, no puede después llevar a cabo actos de ejercicio que contradigan aquél sentido objetivo de su conducta, si el destinatario de la misma hubiera, en el ínterin, modificado en atención a ello su propia situación jurídica. Así contemplada la doctrina de los actos propios no produce una vinculación semejante a la de la declaración de voluntad, sino que es, en rigor, una limitación del ejercicio de los derechos subjetivos»¹².

Por lo que se refiere a la delimitación de la regla, cabe destacar diversos aspectos, puestos de manifiesto por Díez-Picazo, que tienen que ver con el objeto de nuestro estudio como indicaremos más adelante.

En primer lugar, destaca éste autor que «en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia se ha dicho que son precisamente las declaraciones de voluntad lo que constituyen “actos propios”, y que la imposibilidad de ir contra los propios actos consiste en la imposibilidad de contravenir una declaración de voluntad válidamente concretada o realizada», que existe «una amplia tendencia doctrinal y jurisprudencial para la cual, ir contra los propios actos, equivale a infringir o desconocer el contenido preceptivo de un negocio jurídico regular y válidamente celebrado», es decir, que «“venire contra factum” es infringir el contenido preceptivo de un negocio jurídico»¹³.

¹⁰ Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 298.

¹¹ Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 299 y ss. Cfr., además, la opinión en sentido crítico manifestada por MIQUEL en su «Comentario del Código civil al art. 7 del C.c.», del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, en relación a la equiparación por parte de la jurisprudencia del concepto de los actos propios con los negocios jurídicos, transcrita por Díez-PICAZO en su obra, p. 160 y ss.

¹² Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 80.

¹³ Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 217.

DÍEZ-PICAZO considera en relación a dicha tendencia doctrinal y jurisprudencial que «para llegar a esta conclusión práctica –que no puede desconocerse lo que válidamente se ha declarado en un negocio jurídico- no era necesaria una especial regla de derecho, ni una especial doctrina jurisprudencial», puesto que, como ha señalado muy agudamente GARCÍA DE ENTERRÍA, «aunque la doctrina de los actos propios viene siendo confundida sistemáticamente con la doctrina de los efectos del consentimiento o de la declaración de voluntad es esta última doctrina y no la primera la que explica la vinculación del sujeto a sus actos jurídicos. El que yo no pueda (añade GARCÍA DE ENTERRÍA), retirarme unilateralmente de un contrato no es una consecuencia de la doctrina de los actos propios, sino obviamente una consecuencia, la primera, del contrato (art. 1901 C.C). De la misma manera el que yo no pueda ejercitar mis derechos de una manera distinta de la convenida o en una medida diferente a la que ha sido establecida en el negocio jurídico, tampoco es una consecuencia de la doctrina de los propios actos, sino una consecuencia del valor vinculante de las declaraciones de voluntad»¹⁴. Según DÍEZ-PICAZO, «es cierto que, en un sentido muy general, puede decirse que quien acciona en contradicción con lo que tiene manifestado en un negocio jurídico va contra sus propios actos, pero la doctrina de los propios actos sólo puede ser un instrumento útil de la técnica jurídica, si la aislamos de la tesis de la eficacia vinculante de los negocios jurídicos. Cuando las partes quedan ligadas o vinculadas por su propio negocio jurídico no hay lugar para aplicar la doctrina de los actos propios, sino la doctrina general de los efectos del negocio jurídico»¹⁵.

También, por lo que al estudio que nos ocupa interesa, como diremos más adelante, Díez-Picazo señala en cuanto a la delimitación de la doctrina de los actos propios, que «las hipótesis típicas de “venire contra factum” son precisamente casos en que, la facultad de hacer valer en juicio la ineficacia de un negocio jurídico, ha quedado coartada por haber prestado el sujeto aquiescencia al negocio con sus actos». Así, por ejemplo, y es el caso que afecta directamente al tema tratado, «el comunero que unilateralmente concedió un derecho de paso sobre el fundo común, no puede oponerse al ejercicio de la servidumbre, ni pretender la ineficacia de su declaración de voluntad, no obstante ser ésta irregular, por requerir para su perfección el consentimiento de todos los condueños». «En nuestra doctrina histórica la aplicación del aforismo se suele presentar casi siempre cuando alguien trata de alegar la ineficacia

¹⁴ DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 218. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *cit.* por DÍEZ-PICAZO en las notas 6 y 7, p. 218 de su obra., resaltando en la última de dichas notas que el administrativista citado «concluye terminantemente en su artículo que “la doctrina de los actos propios no alude a estos problemas de la voluntad negocial y su criterio fundamental radica justamente en imponer una vinculación sin haber mediado un consentimiento negocial”».

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p.228.

de su propio negocio[...]. Esta conexión histórica estrechísima entre actos propios e impugnación de un negocio jurídico, se ha reflejado en nuestra jurisprudencia. Leyendo detenidamente la colección de sentencias[...] se va sacando la impresión de que el sentido principal de la regla, de que a nadie le es lícito ir válidamente contra sus propios actos, consiste fundamentalmente en la imposibilidad de impugnar un negocio jurídico, al que, pese a su ineficacia, se ha prestado asentimiento o se ha dado ejecución[...]. No puede ser estimada una acción de impugnación, cuando el impugnante ha ejecutado voluntariamente el negocio o le ha prestado aquiescencia con sus actos después de celebrado»¹⁶.

Dentro de los que Díez-PICAZO indica como «presupuestos de aplicación» de la regla estudiada, resulta asimismo necesario precisar, a los efectos de nuestro trabajo, qué entiende el citado autor por «conducta jurídicamente relevante y eficaz».

Según Díez-PICAZO, «se habla de “conducta” cuando se tiene en cuenta la “actitud adoptada o el proceder general de una persona en una relación jurídica”»¹⁷. «Puede, en general, hablarse de conducta cuando lo que el ordenamiento jurídico valora es, no el acto en sí mismo considerado, sino el acto o la serie de actos, en cuanto son reveladores de un modo general de proceder o comportarse, es decir, en cuanto revelan una determinada actitud o una determinada toma de posición de la persona respecto a algunos intereses vitales (p. ej., aquiescencia, oposición, silencio, etc.) [...] En nuestro caso, lo que se valora es la conducta que una persona ha observado. Esta conducta puede inducirse de un acto o de varios, pero sólo debe tomarse en consideración en cuanto revela una actitud, una postura, un modo general de proceder». «Cuando estos actos son expresión de un consentimiento, constituyen una convención o de una manera más o menos directa componen una declaración de voluntad, expresa o tácita, no debe aplicarse la doctrina de los actos propios, sino la doctrina de la eficacia general de las declaraciones de voluntad». «La eficacia vinculante u obligatoria de las declaraciones de voluntad o de los negocios jurídicos se mueve en una órbita completamente distinta de aquella en que se desenvuelve la doctrina de los actos propios. Para que esta doctrina sea aplicable es necesario, precisamente, que los actos ejecutados no constituyan declaración de voluntad o negocio jurídico vinculante por sí mismo, porque en tal caso, la sujeción a lo declarado, la vinculación al negocio, es un efecto normal de esta figura, sin necesidad de traer a

¹⁶ Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 236 y ss.

¹⁷ Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 258. El autor, distingue (p. 258, nota 2) la «conducta» del «acto», que entiende como conceptos distintos, considerando que «un “acto” es una realización humana aislada en sí misma. Una “conducta” es un acto o una serie de actos en cuanto reflejan una actitud de la persona o también la actitud reflejada por los actos y la valoración o sentido de esa actitud que de los actos deriva»

colación el valor de los actos propios». «Los actos de creación, modificación o extinción de derechos subjetivos o de relaciones jurídicas son normalmente declaraciones de voluntad por donde resulta, nuevamente, que la imposibilidad de desconocerlos o de contravenirlos no viene impuesta por el juego de la regla que nosotros estudiamos, sino por la eficacia general de las declaraciones de voluntad»¹⁸.

Asimismo, DÍEZ-PICAZO, en relación a la «conducta vinculante», por lo que a nuestro estudio interesa, destaca la exigencia –manifestada de forma constante y reiterada por nuestra jurisprudencia- de que dicha conducta esté formada por actos que sean jurídicamente eficaces: «los actos propios han de ser jurídicamente eficaces y si, por cualquier circunstancia no lo fueran, el que los realizó puede impugnarlos. Se puede venir contra los propios actos cuando son inválidos. Así, se dice que, cuando el contrato es nulo y ha sido celebrado contra una expresa disposición legal, se puede venir contra los actos propios; y que “se puede venir contra los propios actos realizados contraviniendo la ley” y siempre que el acto sea absolutamente nulo»¹⁹.

En cuanto a los negocios jurídicos, Díez-Picazo indica que «la impugnación de un negocio jurídico es, en sí misma considerada, un “venire contra factum proprium”. El impugnante trata de destruir aquello que él mismo con anterioridad ha creado. Hay casi siempre una cierta contradicción en impugnar el propio negocio». No obstante, matiza que «el ordenamiento jurídico estima que la persona no queda ligada o puede desligarse del negocio irregular. La impugnación del negocio ineficaz no queda impedida por la inadmisibilidad de “venire contra factum proprium”. Se viene lícitamente contra un factum proprium” cuando se pretende la declaración de ineficacia de un negocio jurídico irregular, cualquiera que sea el tipo de ineficacia con que el ordenamiento jurídico sancione aquella irregularidad. Se viene lícitamente contra los propios actos cuando se ejercita una acción de nulidad o una acción rescisoria»²⁰.

¹⁸ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 258 y ss., con referencias a los planteamientos de PUIG BRUTAU (en la nota 9 de la p. 259) y GARCÍA DE ENTERRÍA (en la nota 11 de la p.260). Interesa destacar que, en relación a los negocios jurídicos, DÍEZ-PICAZO, matiza que «excepcionalmente un negocio jurídico puede constituir un “factum proprium” no en cuanto a sus efectos jurídicos directos, sino como toma de actitud respecto a una relación o situación jurídica diversa de aquella que constituye, modifica o extingue. Si Ticio, que posee un título que le permite aspirar al dominio del fundo Corneliano, poseído por Cayo a título de dueño, conviene con Cayo en tomar en arrendamiento la tierra y efectivamente la lleva durante algún tiempo, esa conducta negocial de Ticio puede convertir en un “venire contra factum proprium” una posterior acción reivindicatoria. La inadmisibilidad de la acción no es un efecto negocial, pero es un efecto de la conducta de Ticio manifestada a través del negocio» (*op. cit.*, p. 260, nota 12).

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p.264.

²⁰ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p.263 s. En la nota 24 p.264 el autor realiza la siguiente precisión al respecto: «el negocio ineficaz y el negocio impugnado pueden lícitamente ser atacados por su autor. La acción de

Precisamente respecto a los negocios jurídicos irregulares, DÍEZ-PICAZO se refiere expresamente, en relación al posible efecto vinculante de los actos propios y a la imposibilidad de venir contra ellos, a la interpretación del contenido del artículo 597 C.c., objeto particular de nuestro estudio, que ahora avanzamos y al que volveremos a hacer referencia más adelante, en el sentido que a continuación se indica de forma textual e íntegra por considerarlo ilustrativo de sus planteamientos:

«Un supuesto dudoso existe en el artículo 597 CC., según el cual para imponer una servidumbre sobre un fondo indiviso, se necesita el consentimiento de todos los copropietarios. La concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los participantes o comuneros, pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido.

Una norma sustancialmente idéntica a ésta en su formulación romana constituye históricamente uno de los puntos de arranque de la doctrina de los propios actos. El comunero que unilateralmente concede la servidumbre, no realiza un negocio eficaz, pero queda obligado a no impedir el ejercicio del derecho concedido. Si ejercitara la acción negatoria o de cualquier otro modo impidiera el uso de la servidumbre, vendría indebidamente contra sus propios actos.

En la hipótesis del artículo 597 nos encontramos ante la siguiente extraña situación. El negocio de constitución de la servidumbre es irregular, porque necesita el consentimiento de todos los copropietarios del fondo sirviente y sólo alguno o algunos de ellos lo han manifestado. Como consecuencia, el negocio efectivamente celebrado con el tercero posee una anormal eficacia. La servidumbre no se ha constituido y los copropietarios que no han consentido pueden impugnar el negocio o impedir el ejercicio de la servidumbre mediante acción negatoria. Sin embargo, la ineficacia del negocio no es definitiva. Nos hallamos ante un negocio que es, de momento, incompleto, inacabado. Si los demás comuneros prestan su conformidad, el negocio deviene perfecto, completo y plenamente eficaz. Entre tanto, su eficacia es limitada a consecuencia de su misma imperfección. Precisamente por ello, los que consistieron están vinculados por el negocio y sólo aquellos que, debiendo ser parte, no lo fueron, pueden impugnarlo. Por eso, tampoco aquí podremos hablar de un efecto vinculante de los actos propios, ni de una

impugnación no es un inadmisibles “venire contra factum proprium”, no es una pretensión contradictoria. Tampoco es contradictorio oponerse a los efectos o resultados del negocio ineficaz. Ahora bien, según dijimos más arriba [se refiere a la nota 12 de la p. 260], un negocio jurídico puede ser un “factum proprium” en cuanto a una situación jurídica diversa de la negocial, respecto de la cual supone una toma de actitud. En el ejemplo que antes señalábamos, el hecho de tomar en arrendamiento una finca puede hacer contradictorio el ejercicio de una acción reivindicatoria contra el arrendador. Pues bien, si este negocio, que es indirectamente “factum proprium”, resulta ineficaz, ¿se produce o no se produce la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria? La ineficacia me parece aquí un elemento digno de ser tenido en cuenta, pero no decisivo. Lo decisivo sigue siendo en nuestra teoría, la susceptibilidad de la conducta para suscitar una objetiva confianza. Por ello, creemos que una clara y conocida ineficacia no crea una confianza razonable, pero que, en cambio, una ineficacia de otro tipo puede, sin duda, dar lugar a esa objetiva confianza que se protege. El negocio, pese a su ineficacia como tal negocio, puede ser entonces “factum proprium”».

imposibilidad de venir contra ellos, sino de una consecuencia de la eficacia –parcial o limitada, si se quiere, pero eficacia al fin- de un negocio jurídico o de una declaración de voluntad»²¹.

3. RÉGIMEN ROMANO RELATIVO A LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE SOBRE FUNDO EN CONDOMINIO POR ACTOS REALIZADOS POR LOS CONDÓMINOS DE FORMA SEPARADA Y SUCESIVA

Al haber sido el Derecho romano el que, a través de una serie de textos fragmentarios²² y de diversos casos concretos, suministró los materiales necesarios para la posterior formulación de la regla que establece que «nadie puede venir contra sus propios actos», inicialmente planteada por los glosadores y cuya supervivencia en el Derecho moderno es evidente²³, como, por ejemplo, se puede comprobar a través de lo establecido en el art. 597 del C.c. español, resulta oportuno, con la finalidad de intentar comprender su presunta esencia en el caso que nos ocupa, analizar previamente las características que presenta el régimen seguido por los romanos respecto a la

²¹ Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 267

²² Además de D. 8.3.11 y D. 8.4.18, también cita Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 90 y ss., D. 1.7.25.pr., como el «antecedente histórico más importante» que da origen a la glosa «factum suum», en la que, en su opinión, se encontraría «la formulación más antigua que conocemos de la regla que prohíbe venir contra los propios actos», a la que presta su atención en las páginas indicadas de su estudio. De dicho fragmento se ha ocupado también, recientemente, PERIÑÁN GÓMEZ en un interesante trabajo titulado «La doctrina de los actos propios y el derecho romano: una propuesta de lectura de D. 1.7.25.pr. (*Ulp. 5 opin.*)», recogido en el libro colectivo *Inter amicos. Jornadas romanísticas internacionales Inter Amicos: cultura jurídica romana y comunicación al presente, análisis históricos y jurídicos (Miranda de Ebro 21-23 de junio de 2019)*, AA.VV. (Edit. Francisco Cuenca Boy), Ed. a cargo del Excmo. Ayuntamiento de Miranda de Ebro, 2021, p. 99 y ss. Según éste autor, desde la interpretación que realiza del pasaje –que califica como «visión de conjunto que tiende a ver el fragmento de la forma más completa posible –empleando argumentos de diverso origen y dejando atrás la simple literalidad–» (vid. p. 104), la doctrina de los propios actos «en su versión moderna y desde su elaboración por la glosa, opone comportamientos y derechos, de manera que éstos no llegan a ejercerse por resultar inconsecuentes con los primeros. Sin embargo, el texto en cuestión [se está refiriendo a D. 1.7.25.pr.] opone dos derechos, eso sí, de signo contrario, el de emancipar a los hijos y el de reclamarlos como propios, de manera que ejercer el primero, que supone la renuncia a la patria potestad, impide ejercer el segundo, que implica actuar como el *paterfamilias* que ya no se es» (p. 106), añadiendo que, a su entender, «el texto de Ulpiano tiene una finalidad muy distinta a la de elevar a la categoría de máxima de interpretación el sintagma *adversus factum suum pater movere controversiam prohibetur*», puesto que, en su opinión, «muy al contrario, el propósito del texto es reforzar el carácter permanente de la emancipación de la hija, no su revocabilidad» (p. 106), para terminar concluyendo que «el pasaje recogido en D. 1.7.25 (*Ulp. 5 opin.*) [...] no puede considerarse antecedente de la teoría de los actos contrarios, lo que no quiere decir que la referida doctrina no pueda encontrar antecedentes en los textos jurisprudenciales romanos para quedar entroncada con la tradición clásica» (p. 110). Finalmente, según éste autor, cuya opinión compartimos, «la buena fe contractual es presupuesto para el ejercicio de los propios derechos. En este terreno podría situarse más adecuadamente el pretendido origen romano de la doctrina de los actos propios, más allá de textos concretos o frases aisladas, más o menos sonoras, en tanto se exige coherencia al titular de un derecho subjetivo a la hora de exigir su cumplimiento». (p. 110 s.)

²³ Así lo indica de forma expresa en relación a D. 8.3.11. Díez-PICAZO, *op. cit.* p. 94 y nota. 27.

constitución de servidumbres sobre fundo indiviso por actos realizados por los condóminos de forma separada y sucesiva en sus diferentes momentos históricos.

Las soluciones dadas por los romanos a la posibilidad de realizar la imposición de servidumbres por actos realizados de forma separada y sucesiva por los condóminos sobre fundo en condominio, la posible eficacia y los efectos de dichos actos individuales, así como las condiciones que se deberían de cumplir para lograr la válida constitución de aquellas, dependieron de la concepción y caracteres que en cada momento histórico se atribuyó a las situaciones de comunidad de bienes en conexión con el principio de indivisibilidad de aquellas²⁴.

3.1. Régimen antiguo: *consortium ercto non cito*

El primitivo *consortium ercto non cito* se presenta como una relación de tipo asociativo y de naturaleza doméstica, formada de manera automática entre los *fratres sui* a la muerte del *pater familias*, implicando la cotitularidad de una *potestas* indiferenciada²⁵. La institución aparece de forma natural en el antiguo Derecho romano, con la finalidad de continuar una situación familiar y patrimonial que se daba en vida del *pater*, pretendiendo subvenir las necesidades de la primitiva estructura económica romana de tipo agrícola, que requería para subsistir, en un ámbito vital escasamente evolucionado, la persistencia de la comunidad entre los hermanos²⁶.

Respecto al régimen seguido en cuanto a los actos de disposición sobre la cosa común, sabemos que se establecía²⁷, frente a los principios de la época clásica, una solidaridad entre todos los consortes, que tendrían plenos e idénticos poderes de administración, pudiendo cada uno cumplir, de forma independiente y válida, actos de disposición jurídica con pleno efecto para todos; sin excluir que también se pudiesen cumplir con la

²⁴ Tomamos aquí gran parte de la exposición que ya realizamos en su momento con mayor detenimiento en «La eficacia de los actos realizados por los condóminos de forma separada respecto a la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio: análisis del régimen romano», recogida en RODRÍGUEZ MONTERO, *Cinco estudios sobre interpretación jurisprudencial romana*, Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2020, p. 25 ss.

²⁵ BRETONE, «"Consortium" e "communio"», en *Labeo*, VI (1960), p. 161 ss.

²⁶ *Ibid.*, págs.165 y sigs., nota 10 y sigs.; ARANGIO-RUIZ, «Le genti e la città» (1914), en *Scritti Centenario Jovene*, 1954, p. 119. Cabe recordar que el *consortium* también se podía establecer entre extraños (cfr. *Gai.* 3.154 b) a través de una *certa legis actio* (probablemente se tratase de una *in iure cesio*) que creaba entre los consortes una especie de fraternidad artificial. Vid. al respecto FERNÁNDEZ BARREIRO Y PARICIO SERRANO, *Fundamentos de derecho privado romano*, 11ªed., Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 243.

²⁷ Cfr. *Gai. Inst.* III, 154.b: *Alii quoque qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. In hac autem societate fratrum ceterorumve qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat. Item unus rem communem mancipando...*

intervención de varios copartícipes más, o de todos²⁸. En las relaciones de los *consortes* con los extraños, cada uno (*vel unus*) representaría a la totalidad del grupo, tanto en los actos positivos como en los de defensa procesal. Así, por ejemplo, cualquiera podría manumitir válidamente un siervo común, extinguiendo la *dominica potestas* ostentada por el grupo y haciendo adquirir para todos los demás el derecho de patronato sobre el siervo.

El régimen jurídico aludido se asentaría en vínculos de amistad entre los *consortes*, quedando a salvo los derechos de terceros y de los otros *consortes* debido a la publicidad inherente a los antiguos actos formales y al reducido territorio en que se desarrollaban, que permitía un control suficiente, así como a la intensidad de las relaciones sociales²⁹.

La posibilidad de cumplir estos actos de disposición jurídica por cada uno de los integrantes del *consortium*, de forma separada y con pleno efecto para todos, vendría limitada por la oposición o *ius prohibendi*, ejercitable por cualquiera de los no intervinientes. Dicho veto, que no implicaba la necesidad de un permiso o consentimiento previo, debería formularse con anterioridad a la conclusión del acto, probablemente de manera expresa y solemne, impidiendo de esta forma que el mismo produjera sus efectos³⁰.

Desde esta perspectiva, y por lo que a la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio se refiere, el acto mediante el que el tercero lograría con posterioridad el servicio deseado de paso o conducción, realizado por cualquier *consorte* de manera individual, sin que fuese vetado de manera expresa y solemne por los otros, sería plenamente válido y eficaz frente a todos. De la misma manera se podría pensar que en el supuesto de que se tratase de la adquisición del servicio para el fundo común, por analogía, ocurriría algo similar, afectando el acto concluido por uno a todos los demás, sin necesidad de emitir un consentimiento previo, aunque no hubiesen intervenido.

En ambos casos se entendía que el *consorte* actuaba no como sujeto particular con intereses propios, obrando en su beneficio, sino como parte de la comunidad doméstica, con unidad de intereses, en provecho del interés colectivo³¹, en el que

²⁸ BRETONE, *cit.*, p. 182, nota 21 y sigs., así como los autores citados por éste. Cfr., en sentido contrario, SOLAZZI, citado por TORRENT, «*Consortium ercto non cito*», en *AHDE*, 34, 1964, p. 493 ss.

²⁹ LÉVY, «Neue Bruschtücke aus den Institutionem des Gaius», en *ZSS*, 54 (1934), p. 282.

³⁰ ARIAS RAMOS, «Los orígenes del contrato de sociedad: “consortium” y “societas”», en *Revista de Derecho Privado* (1942), núm. 26, p. 147 y s. Una prohibición no expresa o a destiempo carecería de valor.

³¹ GUTIÉRREZ MASON, *Del «consortium» a la «societas»*, I (1987) p. 101.

repercutiría la constitución de la servidumbre, en favor o a cargo del fundo común. Este modo de actuación resultaba congruente con la probable configuración originaria del *consortium* en forma potestativa, es decir, no tanto, como una comunión de *dominium*,³² sino como una titularidad compartida en el poder unitario, genérico e indiferenciado, que habría correspondido anteriormente al *pater familias*.³³

La perspectiva de naturaleza potestativa en relación con el antiguo *consortium*³⁴ permite también comprender el empleo de la *mancipatio* como acto formal para conseguir el resultado del establecimiento de uno de los servicios propios de las más antiguas servidumbres rústicas; como acto conducente a la afirmación de una potestad sobre el *locus servitutis*, la *mancipatio* se prestaba perfectamente para obtener la *potestas* sobre el suelo correspondiente a efectos de tránsito, conducción o extracción del agua, que venía así a servir en forma potestativa a otro fundo, como elemento inherente al mismo³⁵; la posterior evolución de la potestad como dueño en sentido sustantivo de *dominium* y la consiguiente consideración de las servidumbres como *iura*, es decir, como servicios permanentes de un fundo a favor de otro, que conferirían a los titulares de los predios atribuciones jurídicas limitadas, vendría a plantear el problema interpretativo de si con la *mancipatio* se adquiriría el *dominium* sobre el *locus servitutis* o tan solo, como ocurría con la *in iure cessio*, un *ius servitutis*, entendido ya como una relación potestativa de mero uso. En todo caso, la estructura del *consortium* permitiría que cualquier consorte pudiera realizar válidamente la constitución de una servidumbre, tanto a favor como a cargo del fundo³⁶.

Todo lo dicho se entiende supeditado a que los demás intervinientes no ejercitasen su oposición o veto expreso y solemne con anterioridad a la realización del acto. En el supuesto de que aquellos no tuviesen ocasión de hacerlo, aun siendo incorrecto el comportamiento del *consorte* interviniente respecto al *consortium*, el acto surtiría plenos efectos frente a terceros, considerándose válida la mancipación realizada, aunque sería posible que los demás *consortes*, en el ámbito interno, dispusiesen de otro remedio para poder exigir la responsabilidad correspondiente, derivada del acto

³² BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II/2 (1928), p.13 y ss., entendía el antiguo *consortium* como una concurrencia de plurales titularidades dominicales, concibiéndolo como un «dominio plúrimo integral».

³³ Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, «Aproximación a las formas de constitución de las servidumbres en el sistema civil», en *Homenaje a D. Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, tomo VIII, Madrid, 1988 (edit. 1992), p. 863 ss.

³⁴ Según BRETONE, *cít.*, debe hablarse de «comunión de *mancipium*» antes que de *dominium*.

³⁵ De esta forma se alcanzaría el mismo efecto que con posterioridad se conseguiría a través de los distintos tipos de *iura in re aliena* que fueron apareciendo sucesivamente por exigencias de la vida agrícola.

³⁶ En este sentido parece pronunciarse KOUWENBERG, «Servitude et copropriété», en *RIDA*, 24, (1977), p, 293 y ss.

concluido: la *actio familiae erciscundae*³⁷. En efecto, la posible actuación lesiva del *consorte* para los demás supondría una quiebra de los principios derivados de la relación de confianza en que se asentaba la institución, generando el recurso a la acción divisoria, mediante la que los *consortes* lesionados podrían exigirle la correspondiente responsabilidad patrimonial.

3.2. Derecho clásico: D.8.3.11 y D. 8.4.18, como textos referentes a la cuestión

Probablemente el primitivo *consortium ercto non cito* se mantuviese desde una época anterior a la ley de las XII Tablas hasta finales de la República³⁸. En la crisis de la antigua figura influyó de forma decisiva el desarrollo que gradualmente fue experimentando la primitiva economía romana hacia formas más complejas y evolucionadas. Nuevos criterios de organización de la producción agrícola, extensión de la propiedad latifundista, aumento de las actividades comerciales e industriales y otra serie de factores que complicaron la simplicidad de las relaciones arcaicas, hicieron que se fuese resaltando más el elemento patrimonial de la comunidad. Paralelamente se fue debilitando de forma progresiva el vínculo afectivo sobre el que se asentaba el consorcio y en el que el individuo tenía importancia como miembro del grupo, para dar paso a una realidad en la que la adquiriría por sí mismo, al margen de su pertenencia o no al grupo³⁹.

Estas circunstancias condujeron a una nueva regulación del régimen jurídico referido a las situaciones de comunidad, estableciéndose frente al amplio poder de disposición que se reconocía a cada miembro del consorcio, que estaba legitimado para enajenar la entera *res communis*, el criterio de la *pars pro indiviso*, dando lugar a nuevas soluciones respecto a los actos de disposición de los condóminos sobre la cosa común⁴⁰.

Por lo que se refiere a las servidumbres, esta nueva regulación del régimen jurídico descrito, referido a las situaciones de comunidad, junto con la consideración de aquéllas como servicios permanentes de un fundo a favor de otro y, por tanto,

³⁷ Es posible que, como indica ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (1957), p. 226, en el interior del *consortium* funcionase la idea de fracción, a efectos del reparto de frutos y gastos entre los *consortes*.

³⁸ BRETONE, *op. cit.*, p. 211, nota 19; TORRENT, *op. cit.*, p. 196. El antiguo *consortium ercto non cito* fue sustituido por la sociedad universal (*societas omnium bonorum*), que presentaba un carácter en cierto modo familiar e implicaba una situación de condominio en la que todos los socios se obligaban a poner en común todos sus bienes, e incluso futuras adquisiciones. Vid. FERNÁNDEZ BARREIRO Y PARICIO SERRANO, *Fundamentos de derecho privado romano*, 11ªed., Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 345.

³⁹ BRETONE, *op. cit.*, p. 200, nota. 2 y ss., y p, 201

⁴⁰ El nuevo criterio de la cuota, sobre el que se asentó la construcción jurídica de la *communio*, fue fijado según BRETONE, *op. cit.*, p. 201 y 207, nota 1 y ss., por Quinto Mucio Escévola y Servio Sulpicio Rufo (cfr.D.50.16.25.1), empezándose a aplicar a partir de la República al *consortium* y situaciones asimiladas. Respecto a la nueva regulación, cfr., para los supuestos de manumisión, Paul. Sent. 4.12.1 y Ulp..Ep. 1,18.

derechos indivisibles⁴¹, alteró la posibilidad de constituirlos mediante actos realizados individualmente por los condóminos, exigiéndose, quizá a partir de entonces, como regla general, la intervención mancomunada y la unidad del acto.

Los actos realizados por los condóminos, relativos a la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio, en época clásica, se pueden analizar desde una doble perspectiva: desde el lado pasivo, como actos dirigidos a realizar la imposición de una servidumbre, o bien, desde el lado activo, tendentes a la adquisición de la misma a favor del fundo común⁴².

Por lo que se refiere a los actos dirigidos a realizar la imposición de una servidumbre sobre el fundo en condominio, los juristas clásicos establecen, con carácter general, el criterio de la imposibilidad de que uno de los condóminos pudiese por sí solo imponer una servidumbre sobre el predio común, gravando éste con el servicio.

Así, por ejemplo, se señala en D.8.1.2 (Ulp.: lib. *septimo decimo, ad Edictum*):

«*Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest*».

Este principio general derivaría, como se ha dicho, de la coordinación del criterio de la *pars pro indiviso*, sobre el que se asentaba la comunidad, con la consideración de indivisibles de las servidumbres. Así, el condómino, de manera individual, a diferencia del régimen establecido en el primitivo consorcio, únicamente podría realizar de forma válida actos de disposición jurídica en proporción a su cuota; pero al presentarse el derecho que se pretendía imponer como indivisible, no siendo, por tanto, susceptible de limitarse a una parte, el acto realizado por el condómino, por sí solo, en orden a la imposición de la servidumbre sobre el fundo en condominio, se consideraría en principio nulo («*nihil agit*», se dice en D. 8.3.34), siendo necesario para que alcanzase la validez deseada que fuese realizado *pariter cedentes* por todos los condóminos, en un mismo y único acto⁴³.

⁴¹ Para la indivisibilidad de las servidumbres, vid. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano* (1969), p. 160 y ss.; GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano* (1969), p. 151 y ss.; SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali* (1947), p. 64 y ss.; SEGRE, *La coproprietà e la comunione degli altri diritti reali. Corso* (1931), p. 94 y ss.

⁴² En cuanto a los actos dirigidos a la adquisición de una servidumbre a favor del fundo en condominio, vid. RODRÍGUEZ MONTERO, «La eficacia de los actos realizados por los condóminos de forma separada respecto a la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio: análisis del régimen romano», cit., p.45 ss.

⁴³ La situación en que se encontraría el condómino que pretende imponer una servidumbre sobre el fundo en condominio sería similar a la condición del propietario exclusivo que intentase establecer una servidumbre sobre su propio fundo, pero sólo por una parte indivisa. Cfr. SEGRE, *op. cit.*, p. 95.

No obstante, frente al principio general enunciado, en algunos textos se establecía también la posibilidad de que los condóminos pudiesen realizar mediante actos sucesivos, cumplidos en momentos diversos, la imposición de la servidumbre, obviando de esta manera la necesidad de la simultaneidad del acto de constitución.

Cabe preguntarse, entonces, si se trata de una innovación justiniana o puede considerarse clásica esta posibilidad, así como si produce algún efecto el acto realizado aisladamente por el condómino respecto al tercero interviniente.

La cuestión, así como los efectos y condiciones requeridas en los actos de constitución de servidumbres en forma separada por los condóminos, aparece tratada tanto en D. 8.3.11 como en D. 8.4.18.

En D. 8.3.11 (Celso: lib. *vicentesimo septimo, Digestorum*) se puede leer:

«Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. [ergo subtili ratione] non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur: [benignius tamen dicetur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse]».

Para un sector doctrinal⁴⁴, el fragmento es absurdo y desconcertante si se siguen los esquemas establecidos por el *ius civile*. Así, se señala, no se comprende, suponiendo que el texto estuviese referido a la constitución de la servidumbre mediante *in iure cessio*, cómo, frente al principio general de la imposibilidad de constituir una servidumbre *pro parte*, enunciado resueltamente por los juristas clásicos, Celso diga que el condómino pueda «*separatim in iure cedi*», siendo imposible de admitir la *vindicatio servitutis pro parte* ni la *addictio pro parte*, puesto que el reconocimiento de la servidumbre no se podría realizar más que por entero, concluyendo que en el texto se debería contener el principio justamente contrario, es decir, que la servidumbre mencionada «*non*» *potest separatim «in iure cedi»*⁴⁵.

Por otra parte, el *ergo* que aparece en la segunda frase se considera fuera de lugar, razonando que si se admite la posibilidad de una *in iure cessio partiaria*, teniendo en este caso validez por sí misma, no se entiende cómo se puede concluir señalando la necesidad de la confirmación o convalidación por las *in iure cessiones* realizadas

⁴⁴ Díez-PICAZO, *op. cit.* p. 94 (con bibliografía en nota 28) y 96, resalta en relación a este fragmento que «plantea una serie de problemas de gran hondura y complejidad», así como que «la exégesis del texto es sumamente difícil».

⁴⁵ MASCHI, «Contributi allo studio delle servitù pretorie», en *BIDR* (1939), 46, p. 299, BIONDI, *op. cit.*, p. 164.

sucesivamente⁴⁶. Finalmente, las alusiones a la contraposición entre la *suptilitas* y la *benignitas* se estima que tampoco se encontrarían en el texto original, siendo introducidas por los compiladores⁴⁷. Por todo ello, la lectura del texto, efectuada en estos términos, ha llevado a algunos autores a la conclusión de que el mismo, por los absurdos e incongruencias sustanciales que en él, se dice, se contienen, se encontraría profundamente alterado, no respondiendo al pensamiento clásico⁴⁸.

Parece evidente que, por lo que al acto de imposición se refiere, mencionado a lo largo de todo el texto que nos ocupa, existe una evidente interpolación, puesto que, como es sabido, para llevar a cabo válidamente la constitución del derecho de servidumbre en época clásica era necesario realizar un acto especialmente previsto o establecido al efecto por el *ius civile*, como la *mancipatio* o la *in iure cessio*; el término *cessio servitutis*, contenido en el fragmento, tendría un carácter genérico y habría sido utilizado por los compiladores para referirse a la constitución de servidumbres cuando los citados modos formales antiguos desaparecieron.

Mientras que la mayor parte de la doctrina sostiene que nos encontraríamos ante una *in iure cessio*, entendiendo que los compiladores habrían suprimido las palabras «*in iure*» en relación a los vocablos *cedi*, *cedant* y *cessione*, que aparecen en D. 8.3.11⁴⁹, otros autores, por el contrario, estiman que el acto de la constitución a que se refiere el texto sería la *mancipatio*, introduciendo en el mismo las expresiones *mancipare*, *mancipatio* etc., en sustitución de los vocablos *cedere*, *cessio*, etc., suponiendo que este fragmento, junto con D. 21.2.10, al que nos referiremos más adelante, provendrían originariamente del lib.27 de los *Digesta* de Celso, en el que el jurista se ocuparía de la *auctoritas*⁵⁰.

⁴⁶ MASCHI, *op. cit.*, *loc. cit.*; BIONDI, *op. cit.*, *loc. cit.*, GIRARD, *Mélanges*, II, p.200, nota 2, salva la supuesta contradicción que se plantea en el texto entre la primera y la segunda frase, sustituyendo *ergo* por *sed*.

⁴⁷ MASCHI, *op. cit.*, p. 299 ss.; BIONDI, *op. cit.*, *loc. cit.* Cfr. en sentido contrario, KOUWENBERG, *op. cit.*, p. 276 ss. Según TORRENT, con los términos *benignitas*, *benigne*, *benignius*, «se alude a una comprensión de la regla o situación jurídica más acorde con los criterios de equidad, con criterios de naturaleza moral antes que con estricta lógica jurídica, que ofrezcan una solución más favorable sin necesidad de ulteriores argumentaciones», añadiendo además que «Durante el período hipercrítico de la ciencia romanística se tendió a estimar todos estos criterios como postclásicos, e incluso como introducidos por la nueva ética cristiana a partir del siglo IV d.C, pero no se pueden desdeñar las informaciones clásicas en este sentido». Vid. s.v. «*benignitas (benigne, benignius)*», en *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, Edisofer S.L., 2005, p. 132.

⁴⁸ Vid. autores citados por KOUWENBERG, *op. cit.*, p. 275, nota 5. En opinión de GROSSO, *cit.*, pág. 153, la enunciación contenida en el texto no sería extraña al pensamiento clásico.

⁴⁹ Vid. *supra*, nota 46.

⁵⁰ GIRARD, *op. cit.*, p. 200, nota 2; KOUWENBERG, *op. cit.*, p. 278. En sentido contrario se pronuncia CALONGE, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca, 1968,

En cualquier caso, admitiendo que se estuviese haciendo referencia a la *mancipatio* o a la *in iure cessio*, se plantea inmediatamente la cuestión de si la formulación que se contiene al principio del texto respondería a los esquemas del pensamiento clásico.

Si se analiza el fragmento en su contexto general, sin aislar la primera frase, como parece que hacen algunos autores que se han ocupado de su estudio, interpretando separadamente cada uno de los párrafos del texto, y se pone en conexión con otros pasajes del Digesto en los que se vienen abordando problemas similares se podría encontrar un cierto sentido al mismo.

En D. 8.3.11 resulta claro que Celso se está ocupando de la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio. El jurista parece estar planteando, frente al supuesto general en el que la constitución se realizaría en un mismo y único acto por todos los condóminos, la hipótesis particular, que puede que se diese en la práctica de forma habitual, como se aprecia en éste y otros fragmentos, que se produciría cuando los actos tendentes a la imposición de la servidumbre se realizasen también por todos los condóminos, pero de forma separada, en momentos distintos, reflejándose posiblemente en el texto las dos soluciones que se podrían dar al respecto: la tradicional, en sentido negativo, siguiendo los postulados del *ius civile*, y la positiva, por la que parece inclinarse, analizando las condiciones que serían, necesarias para entender válidamente establecido el servicio, así como los efectos del acto realizado individualmente por cada condómino⁵¹.

Nos inclinamos a pensar que cuando el jurista clásico, al inicio del texto, hace referencia a la posibilidad de llevar a cabo la imposición separada de la servidumbre, quizá estuviese contemplando la situación y los efectos que se producían cuando cada condómino, actuando de manera particular, por supuesto de forma incorrecta según el *ius civile*, realizase una *mancipatio* o una *in iure cessio* del derecho entero, como si fuese único propietario de la totalidad del predio y no una *mancipatio* o *in iure cessio pro parte*, dado que ésta sería imposible, como reiterada y resueltamente habían enunciado los clásicos y aparece documentada en numerosos fragmentos⁵².

p. 49, nota 122, considerando que la responsabilidad por evicción del copropietario se debía a la falta del *habere licere* sobre la cosa.

⁵¹ Cfr. KOUWENBERG, *op. cit.*, p. 276 y 295.

⁵² Algunos autores, ante la imposibilidad señalada de realizar una *mancipatio* o *in iure cessio pro parte*, han pretendido salvar la dicción contenida en D. 8.3.11, indicando que habría sido suprimido un *non* al inicio del texto. En este caso, según MASCHI, *op. cit.*, aceptando dicha adición, perdería sentido la última parte de aquél, puesto que si se entiende que la servidumbre constituida por un solo condómino es ineficaz, no se comprende como éste pueda oponerse al ejercicio de la misma.

La situación aludida, que se encuentra contemplada en D.8.3.11, puede que no resultase extraña en la práctica habitual, puesto que también se recoge en otro texto, D. 21.2.10, perteneciente al mismo Celso, relativo en este caso a la venta de una servidumbre sobre un predio común, complementada con un acto formal, en el que el jurista se ocupa del supuesto en el que un condómino pretende vender el derecho entero como si fuese único propietario del predio, arrogándose, por tanto, una atribución que excedía de su capacidad de disposición.

Así, pues, cabe pensar que en D.8.3.11 se aludiese al supuesto en que el condómino, ante el pretor o los testigos, se presentase como único propietario de la finca sobre la que se pretendía imponer el servicio, realizando una *in iure cessio servitutis* o una *mancipatio servitutis*, en calidad de tal.

En principio parece perfectamente admisible esta hipótesis, puesto que ni el pretor ni los testigos tenían por qué conocer la situación del fundo (en condominio) ni la imposibilidad de realizar el acto, derivada en tal circunstancia del régimen establecido para los actos de disposición jurídica realizados por los condóminos sobre la cosa común.

El condómino podría actuar de forma dolosa, ocultando su condición al tercero con el que realizaba la *mancipatio* o la *in iure cessio* dirigida a la imposición de la servidumbre, aunque no se puede excluir que aquél también le pusiese de manifiesto su carácter de copropietario en la creencia de que los demás condóminos, enterándose con posterioridad, estuviesen de acuerdo. En la segunda frase de D. 8.3.11, Celso señala que si todos cumplían a su vez con el tercero los actos formales tendentes a la constitución del derecho, aun de forma separada, como lo hizo el primero, con la última *mancipatio* o *in iure cessio* realizada se confirmarían las precedentes, considerando entonces válidamente establecido el derecho sobre el fundo en condominio⁵³.

En otro texto de Paulo, D. 8.4.18, también bastante discutido, este jurista se ocupa, pero con mayor detalle, de la constitución de la servidumbre sobre fundo en condominio mediante actos realizados en momentos distintos.

Así, D. 8.4.18 (Paulo: lib. *primo*, *Manualium*):

«*Receptum est ut plures domini et non pariter cedentes servitutes imponant [vel adquirant], ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmentur perindeque sit,*

⁵³ SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, I (1928), p. 465-471; BIONDI, *op. cit.*, p. 162. Sin embargo, MASCHI, *op. cit.*, p. 304 y ss., niega esta posibilidad para el derecho clásico.

atque si eodem tempore omnes cessissent. et ideo si is qui primus cessit vel defunctus sit vel alio genere [vel alio modo partem suam alienaverit], post deinde socius cesserit, nihil agetur: cum enim postremus cedat, non retro adquiri servitus videtur, sed perinde habetur, atque si, cum postremus cedat, omnes cessissent: igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat. [idem iuris est et si uni ex dominis cedatur, deinde in persona socii aliquid horum acciderit]. ergo et ex diverso si ei, qui non cessit, aliquid tale eorum contigerit, ex integro omnes cedere debebunt: tantum enim tempus eis remissum est, quo dare facere possint, vel diversis temporibus possint, et ideo non potest [uni vel] unus cedere, idemque dicendum est et si alter cedat, alter leget servitutes: nam si omnes socii legent servitutes et pariter eorum adeatur hereditas, potest dici utile esse legatum: si diversis temporibus, inutiliter dies legati cedit: nec enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est.».

Al inicio del fragmento se vuelve a señalar, al igual que ocurría en D. 8.3.11, la posibilidad de llevar a cabo *in iure cessiones* del derecho, de forma separada. En este caso, como en el anterior, suponemos que el jurista se estaría refiriendo a los actos realizados por cada uno de los condóminos, no *pro parte*, sino por la totalidad, por el derecho entero; dichos actos serían realizados de manera incorrecta, pero se les dotaría de una cierta eficacia al establecerse, de forma explícita, la ficción de entender constituida la servidumbre en el momento en que el último condómino cumpliera el acto de constitución, como si todos los actos formales realizados de manera sucesiva hubiesen tenido lugar a la vez, en aquel momento y no con efectos retroactivos⁵⁴.

También en D. 8.4.18 se establecen los requisitos para poder aplicar esta ficción, indicándose la necesidad de que en el tiempo intermedio entre la realización del primero y el último acto constitutivo no se produjese algún hecho o acto jurídico que afectase a la relación que ligaba con el fundo al condómino o condóminos que habían cumplido la *in iure cessio servitutis*, como la muerte o enajenación de la respectiva cuota, manteniéndose, por tanto, inalterada la situación inicial respecto a los precedentes actos constitutivos, ya que, en caso contrario, *nihil agitur*, es decir, no tendría lugar la convalidación correspondiente, la servidumbre no se constituiría y todos deberían de ceder de nuevo⁵⁵.

Parece significativo que se señale al final del texto que el mismo régimen sea de aplicación a otros dos supuestos en los que también se excluye la simultaneidad, en este caso, de forma necesaria, como eran: por una parte, el supuesto en que la constitución se realizase por un condómino mediante *in iure cessio*, mientras que otro

⁵⁴ MASCHI, *op. cit.*, p. 304 y ss., aunque admite una cierta eficacia para la constitución parcial realizada por un solo condómino, considera justiniana la posibilidad contenida en el texto de entender convalidada la servidumbre después del último acto de constitución, introduciendo en la frase *imponant vel adquirant* dos *neques*.

⁵⁵ Cfr. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 474; BIONDI, *op. cit.*, p. 162.

lo hiciese mediante legado; y, por otra parte, cuando cada condómino realizase la constitución de la misma servidumbre mediante legado en testamentos separados⁵⁶. Esta circunstancia, reflejada expresamente en los textos, induce a suponer la existencia de una cierta preocupación por regular todos aquellos supuestos que, como ya se ha dicho, previsiblemente se diesen en la práctica habitual, en los que la constitución de la servidumbre sobre fundo en condominio no se realizase de forma simultánea, como exigía el *ius civile*, sino mediante actos separados, en momentos distintos, por todos los condóminos, o bien por necesidad, o, en su caso, por un mero deseo de las partes.

Por lo que se refiere a la relación que intercede entre el condómino o los condóminos que han realizado el acto de constitución y el tercero, en tanto los demás no cumplan las correspondientes *mancipationes* o *in iure cessiones* en orden a la imposición de la servidumbre sobre el fundo común, parece que se podrían distinguir varias situaciones, atendiendo a la actuación de buena o mala fe por parte del constituyente, en el sentido de poner de manifiesto u ocultar al tercero su condición de copropietario, o, lo que es lo mismo, de señalarle o no la circunstancia del fundo sobre el que pretende establecer el servicio: predio en condominio. En cualquier caso, el condómino o condóminos constituyentes no podrían, como se indica en la frase final de D. 8.3.11, donde se señala el efecto práctico del acto realizado aisladamente, impedir o vetar, en tanto los demás no concluyesen los correspondientes actos tendentes a la constitución del derecho, que el tercero ejercitase los actos relativos al servicio pretendido, que se concretarían en un *usus servitutis*.

a) Supongamos, en primer lugar, que condómino y tercero, advertido éste de la condición de copropietario de aquél y de la circunstancia del fundo (en condominio), acudiesen ante el pretor con la finalidad de realizar una *in iure cessio* de la *servitus* que se pretendía imponer, en la creencia de que los demás condóminos consentirían posteriormente. En este caso, el pretor, realizado el acto, dado que no tenía por qué conocer la situación en que se encontraba dicho fundo, pronunciaría una *addictio servitutis* a favor del tercero.

Si éste pretendiese ejercitar en un momento posterior el servicio y los demás condóminos no se lo permitiesen, impidiéndoselo mediante la acción negatoria, al no ratificar el acto concluido por el condómino precedente, el fundo se declararía libre, puesto que a través de la *in iure cessio*, como acto derivativo, únicamente se adquiriría

⁵⁶ Respecto a esta última posibilidad, BIONDI, *op. cit.*, p. 163, señala que el *pariter* se debe entender no en sentido de «simultáneamente», sino como «igualmente», y *diversis temporibus*, con una cierta discrecionalidad: es necesario que la herencia sea aceptada por todos y que entre las particulares adiciones pueda mediar un espacio de tiempo tal que se puedan considerar casi como un único acto.

la servidumbre en tanto la constituyesen todos los propietarios del fundo. En este supuesto, como en todos aquellos en los que los no concedentes mostrasen su oposición, el acto realizado por un solo condómino no produciría ninguna consecuencia respecto a los no intervinientes, que podrían perfectamente mostrar su oposición ejercitando los remedios procesales correspondientes, consiguiendo la declaración de libertad del fundo, frente a las situaciones derivadas del antiguo consorcio, en las que los efectos del acto realizado por un solo consorte serían plenos, vinculando a todos los demás.

No obstante, cabe suponer que el tercero, siendo consciente de la situación del fundo y de la condición de condómino de aquel con el que realiza el acto, únicamente pudiese exigirle una responsabilidad, siempre dentro del ámbito obligacional, en la medida en que el condómino se hubiese comprometido, con anterioridad a la celebración de la *mancipatio* o *in iure cessio* correspondiente, a conseguir, sin lograrlo, la anuencia de los demás copropietarios del fundo en condominio respecto a la imposición de la servidumbre.

b) Frente a esta situación, en que el condómino actuante lo hace de buena fe, encontraríamos la que se produce cuando no manifiesta al tercero su condición y actúa ocultándole la circunstancia específica del fundo sobre el que pretende imponer la servidumbre. En este supuesto, al igual que en el anterior, el pretor, realizada la *vindicatio* de la servidumbre que se pretendía imponer, pronunciaría la correspondiente *addictio* a favor del tercero. Si éste, creyendo válidamente constituida la servidumbre, pretendiese ejercitarla, cabría distinguir si la oposición a ese ejercicio se manifestase por parte de los condóminos que no habían intervenido, o por parte del actuante.

b.1) En el primer caso, si el tercero pretendiese servirse de la *confessoria*, ésta no prosperaría frente a cualquiera de los no intervinientes, y el pretor declararía el fundo libre de cargas. El mismo efecto se produciría si cualquiera de aquéllos, tomando la iniciativa, ejercitase la *negatoria* frente al tercero.

No obstante, no es de excluir que, en ambos supuestos, el perjudicado, posiblemente, pudiese dirigirse contra el condómino actuante, ejercitando, con carácter subsidiario, a

falta de cualquier otro remedio procesal, una *actio doli*, concedida al efecto por el pretor para obtener una indemnización por el perjuicio sufrido⁵⁷.

b.2) En el segundo caso se establece expresamente en la última frase de D. 8.3.11, como ya se ha indicado, que el condómino que realizó la *mancipatio* o *in iure cessio* con el tercero, no pudiese impedir que éste ejercitase las actividades relativas al servicio pretendido antes de que los demás concluyesen los correspondientes actos tendentes a la constitución del derecho.

Es previsible que este efecto práctico se consiguiese mediante la intervención del pretor⁵⁸, que podría conceder al tercero una *vindicatio servitutis utilis*⁵⁹ contra el condómino actuante en caso de que aquél tomase la iniciativa, o bien una *exceptio doli* o *pacti* cuando fuese el condómino actuante el que, de forma dolosa, pretendiese impedir, mediante la interposición de la *negatoria*, el ejercicio del servicio acordado. La interposición de esta acción (*negatoria*) por parte del condómino actuante no creemos que excluyese la posibilidad de su ejercicio, como parecen suponer algunos autores, por parte de los no concedentes, puesto que la servidumbre únicamente se entendería adquirida o válidamente constituida mediante *in iure cessio*, y, por tanto, el ejercicio de la acción por parte de un condómino excluiría el de los demás sólo cuando interviniesen todos los propietarios del predio en condominio, por tratarse de un acto derivativo, cosa que no ocurre en el caso que nos ocupa, en el que no se puede hablar todavía propiamente de servidumbre⁶⁰.

En resumen, de la lectura de los textos parece que se puede concluir que, para un sector de la jurisprudencia clásica, el acto realizado entre condómino y tercero tendría una cierta eficacia y no se consideraría completamente nulo.

Así, si se analizan los efectos que se derivan del mismo, cuando los demás condóminos no han realizado las *mancipationes* o *in iure cessiones* correspondientes, o no han mostrado aún su oposición al acto realizado aisladamente, se puede observar que,

⁵⁷ Sobre esta acción, vid. ALBANESE, «La sussidiarietà dell' "actio de dolo"», en *Annali Palermo*, 28 (1961), p. 1 y ss.; GUARINO, «La sussidiarietà dell' "actio de dolo"», en *Labeo*, 9 (1963), p. 42 y ss.; WACKE, «Zum "dolos"». Begriff der «actio de dolo», en *RIDA*, 27 (1980), p. 349 y ss.

⁵⁸ Así lo entienden MASCHI, *op. cit.*, p. 300; BIONDI, *op. cit.*, p. 163. Cfr., en sentido contrario, GROSSO, *op. cit.*, p. 153; SOLAZZI, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁹ A la concesión de interdictos y acciones útiles referidas a las servidumbres se alude, por ejemplo, en D. 8.6.25.

⁶⁰ Según MASCHI, *op. cit.*, p. 301, si el constituyente ejercitase la *negatoria* y fuese rechazado mediante la *exceptio doli* o *pacti*, los otros condóminos no habrían podido ejercitar dicha acción, por lo que supone que contra la *exceptio rei iudicatae* opuesta por el cesionario habría sido posible una *replicatio doli*, con la consecuencia última que se dotaría de eficacia a la constitución de la servidumbre sólo respecto al constituyente, pero no de los otros condóminos.

mediante la medida recogida en D. 8.3.11, y quizá también en D. 8.4.18, por la que se impide al condómino actuante (posiblemente a través del ejercicio de una *exceptio doli* o *pacti*, o de una *vindicatio servitutis utilis*) que vete al tercero la realización de las actividades contenidas en el servicio que se pretendía imponer, se está concediendo una eficacia al acto celebrado entre el condómino y el tercero, salvaguardando, con carácter preventivo, sus expectativas respecto a la posible constitución regular y válida del derecho, a la espera de que intervengan todos los demás.

Si tenemos en cuenta esta medida, que aparece claramente expresada en la frase final de D. 8.3.11, no resulta muy lógico suponer, como hacen algunos autores, que, en el espacio de tiempo que media desde el momento en que el condómino realiza el acto con el tercero hasta que todos los demás concluyen los actos tendentes a la imposición de la servidumbre, pueda el actuante volverse atrás, en tanto en cuanto siga siendo condómino, negando lo realizado⁶¹.

Por otra parte, si se toma en consideración lo que ocurre cuando los demás condóminos muestran abiertamente su oposición al acto concluido aisladamente, se puede pensar que éste tampoco sería nulo y que también presentaría una cierta eficacia, meramente obligatoria o *inter partes*, pudiendo el tercero pedir al actuante una responsabilidad derivada de la actitud dolosa de aquél, quizá exigible mediante una *actio doli*, en el supuesto de que no existiese cualquier otro remedio de carácter pretorio. En este caso, el demandado no cometería dolo porque hiciese valer la nulidad del acto, sino porque, al ir en contra de lo actuado, se estaría comportando contrariamente a cuanto se había comprometido, negando un acto propio⁶².

Esta eficacia obligatoria quedaría plenamente demostrada por lo que se señala en otro texto, D. 21.2.10, al igual que D. 8.3.11, de Celso.

En D. 21.2.10 (Celso: lib. *vicensimo septimo, Digestorum*): se puede leer:

«*Si quis per fundum quem cum alio communem haberet, quasi solus dominus eius esset, ius eundi agendi mihi vendiderit et cesserit, tenebitur mihi evictionis nomine [ceteris non cedentibus]*».

⁶¹ Cfr., en sentido contrario, SEGRE, *op. cit.*, p. 97 y ss.

⁶² BIONDI, *op. cit.*, p. 165, nota 1; BONFANTE, *op. cit.*, p. 16. Como ya se ha indicado *supra*, la doctrina civil moderna ha creído poder encontrar en una serie de decisiones fragmentarias y particulares, elaboradas por la jurisprudencia romana, entre las que se encontraría como uno de los puntos clave el texto de Celso D. 8.3.11, la raíz última, el fundamento y justificación de la regla «*adversus factum suum quis venire non potest*». Cfr., al respecto, por todos, con bibliografía, DíEZ-PICAZO, *op. cit.* p. 90 y 94 y ss.

En este texto se prevé el supuesto del condómino que, actuando de mala fe, «*ius eundi agendi vendiderit et cesserit*»⁶³, como si fuese único propietario del predio en condominio. El jurista resuelve que si los restantes condóminos no cumplieren los actos correspondientes, establecidos al efecto para entender válidamente constituido el derecho, el tercero podría exigir al constituyente la correspondiente responsabilidad por evicción, derivada de la venta «defectuosa» del servicio, mediante la *actio empti*⁶⁴.

Parece que también en D. 21.2.10, al igual que ocurre en D. 8.3.11, el jurista Celso está señalando, en este caso implícitamente, una eficacia, en cierto sentido real y limitada, para el acto cumplido entre el condómino y el tercero, que se podría deducir al condicionar la exigencia de responsabilidad obligacional por parte del actuante sólo en el supuesto de que los demás condóminos se negasen a cumplir los actos formales requeridos para entender válidamente constituida la servidumbre.

En definitiva, parece que se podría apreciar una eficacia, que en cierto sentido sería real y limitada, en el acto realizado aisladamente, que se concretaría en la imposibilidad de vetar el *usus iuris* al tercero por el condómino actuante en tanto los demás no se pronunciasen al respecto, y que estaría, por consiguiente, supeditada a la actuación de los otros condóminos. Si éstos realizasen las *mancipationes* o *in iure cessiones* correspondientes, o no contestasen las pretensiones del tercero, se entendería válidamente constituido el derecho, es decir, posiblemente, los efectos reales, de limitados pasarían a ser plenos; si, por el contrario, cualquiera de los condóminos restantes mostrase su oposición al acto concluido entre el actuante y el tercero, la servidumbre no se establecería, perdiéndose esa eficacia, en cierto sentido real y limitada que, con carácter preventivo, derivaba temporalmente del acto celebrado, concretándose entonces la responsabilidad obligacional exigible por el tercero al condómino constituyente, pudiéndose hablar por ello de eficacia obligatoria o *inter partes*.

3. 3. Derecho postclásico y justiniano

La concepción clásica del condominio romano, asentada sobre el criterio de la *pars pro indiviso* y la consideración de las servidumbres como derechos indivisibles, se siguió

⁶³ Existe una divergencia doctrinal respecto al acto que se contemplaba en el texto. Así, mientras que algunos autores piensan que Celso estaría haciendo referencia a la *mancipatio*, para otros se trataría de la *in iure cessio*. Para esta cuestión, vid. *supra*, nota 50.

⁶⁴ Otro caso de responsabilidad por evicción referida a la venta de servidumbres se encuentra recogido en D. 21.2.46.1. En este caso, el acto exigido para que se entendiese válidamente constituida la servidumbre se habría realizado, pero erróneamente, al constituir el servicio sobre un fondo distinto del que pertenecía al constituyente. Para la extensión de la *actio empti* a la compra de servidumbre, vid. RICCIBONO, «Traditio ficta», en ZSS, 34 (1913), p.252.

manteniendo sustancialmente con posterioridad. No obstante, la introducción de nuevos factores haría que los juristas bizantinos disipasen las posibles dudas que, reflejadas en los textos, se plantearon los jurisconsultos clásicos respecto a la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio por actos realizados aisladamente y de forma sucesiva, admitiéndola como normal, frente al carácter, quizá excepcional, que tal medida presentaría en época clásica.

Es de suponer que, a tal efecto, contribuyese, en gran parte, desaparecida la distinción entre fundos provinciales e itálicos, la caída en desuso, en la práctica posclásica y posterior sustitución en época bizantina, de la *mancipatio* e *in iure cessio* por la *pactio et stipulatio*, que quizá ya habría sido extendida del ámbito de los fundos provinciales al de los fundos itálicos en el período clásico, debido a su simplicidad en cuanto a la forma y las ventajas que presentaba frente a los modos formales, menos ágiles y más arcaicos⁶⁵. De esta manera, al establecerse en época bizantina la *stipulatio* como modo general de constitución de las servidumbres, se potenciaría su proceso de desarrollo, considerándolas como derechos genéricos de goce sobre cosa ajena, frente a la antigua concepción civil, como servicios permanentes de un fundo a favor de otro. Esta diferencia de estructura, que ya aparece esbozada en el ámbito del derecho pretorio, y que Justiniano se limita a generalizar a todas las servidumbres, por su tendencia a uniformar el régimen jurídico de la institución, unificando el ordenamiento civil y pretorio, hace que el régimen aplicable derivado de la misma sea también distinto⁶⁶.

Así, por lo que a la imposición de servidumbres sobre fundo en condominio se refiere, concebida como servicio permanente, la servidumbre no puede existir válidamente para el *ius civile* sino cuando todos los condóminos la constituyen contemporáneamente, siendo inconcebible una servidumbre parcial; mientras que si se considera como derecho genérico de goce sobre cosa ajena, se puede admitir perfectamente una eficacia vinculante para el condómino promitente, impidiéndole oponerse al ejercicio de la facultad prometida hasta que no interviniese el consentimiento por parte de los demás condóminos, produciéndose entonces, a partir de ese momento, los efectos reales deseados.

La eficacia que se puede deducir de los textos analizados, relativos a la imposición, que se concretaba en la tutela del cesionario frente al cedente que pretendiese ejercitar la *negatoria*, posiblemente derivaría de la aplicación de un remedio pretorio en época clásica, mientras que en el periodo bizantino se encuadraría dentro de la *benignitas*,

⁶⁵ BIONDI, *op. cit.*, p. 257-262. Para las estipulaciones de servidumbres prediales, vid., SOLAZZI, «Stipulazioni di servitù prediali», en *IVRA*, 5 (1954), p. 126 y ss.

⁶⁶ BIONDI, *op. cit.*, p. 259 y ss. y 263.

del *ius aequum*, entendiendo que la conducta seguida por el cedente sería contraria a la equidad e irreconciliable con la *bona fides*.

De todo lo hasta aquí expuesto se puede concluir señalando que, quizá como derivación del régimen establecido en el antiguo *consortium*, en el que cada consorte podía realizar de forma válida y con eficacia plena la constitución de los servicios que en un momento posterior tuvieron la consideración de servidumbres, sobre o a favor del predio común, cabe suponer que en derecho clásico -aun variándose sustancialmente el régimen relativo a las situaciones de copropiedad con la introducción del principio parciario, que imposibilitaría, junto con la concepción de indivisibles de éstas, el cumplimiento de cualquier acto jurídico que significase la alteración o modificación del derecho de los demás copartícipes, como sería la constitución de servidumbres- algunos juristas, como Celso o Paulo, admitiesen la posibilidad de lograr válidamente la imposición o adquisición de servidumbres sobre fundo común por actos separados de los condóminos, otorgando, por tanto, una cierta eficacia a los actos considerados individualmente.

Es previsible que a la solución apuntada se llegase mediante la extensión analógica del régimen de derecho pretorio, aplicable en el ámbito de los fundos provinciales, a los fundos itálicos, por ser mucho más flexible que el establecido para los institutos civiles (*mancipatio* o *in iure cessio*)⁶⁷.

Finalmente, con la consideración de las servidumbres como derechos genéricos de goce sobre cosa ajena y la introducción de nuevos elementos en la concepción romana del condominio⁶⁸, se establecería definitivamente la posibilidad de constituir servidumbres sobre fundo en condominio por actos separados realizados por los condóminos⁶⁹.

⁶⁷ BIONDI, *op. cit.*, p. 165, 259 y ss. Respecto a la adquisición mediante *deductio*, que se mantendría como modo de constitución de las servidumbres en el derecho justinianeo, con la sustitución de la *mancipatio* e *in iure cessio* por la *traditio*, como acto traslativo de la propiedad que suponía la simple entrega de la cosa, también podrían haber desaparecido las dificultades que se habían planteado los clásicos para admitir la posibilidad del establecimiento de servidumbres, en este caso a favor del fundo común, mediante actos realizados por los condóminos de forma separada y sucesiva.

⁶⁸ Vid. D'ORS, *Derecho privado romano* (1986), p. 242.

⁶⁹ El régimen señalado para las servidumbres encontraría un paralelo en la regulación seguida en Derecho romano respecto a otro supuesto similar: la *manumissio* del *servus communis*. Para esta cuestión, vid. BRETONE. «*Servus communis*». *Contributo alla storia della coproprietà romana in età classica*, (1958), p. 140 y ss. Según LONGO, *Corso di diritto romano. I diritti reali* (1962), p. 64-67, en el antiguo *consortium*, cada consorte podría perfectamente, por sí solo, manumitir al siervo común, haciendo adquirir el derecho de patronato a todos los demás. En época clásica, aun considerando que la manumisión cumplida por un solo condómino era en principio nula y que el manumisor perdía su cuota,

El derecho romano, en resumen, nos transmitió en materia de constitución de servidumbres sobre fundo en condominio una serie de principios que, como tendremos ocasión de analizar, fueron seguidos en parte por nuestro Código civil y que aparecen reflejados en gran medida y por lo que aquí interesa en el artículo 597.

Dichos principios son los siguientes: 1) Para la constitución de una servidumbre activa o pasiva respecto a un fundo común es necesaria la voluntad de todos los condóminos, que puede manifestarse tanto conjunta como separadamente; 2) La constitución por parte de un solo condómino es nula porque la servidumbre no puede surgir *pro parte*, o sea, por la cuota de condominio del constituyente; 3) En el caso de constitución sucesiva, la servidumbre se considera constituida sólo si el último de los condóminos ha prestado su consentimiento; 4) En el ínterin el constituyente no puede impedir el ejercicio de la servidumbre concedida: está obligado a tolerar dicho ejercicio. A la nulidad de la constitución esgrimida por el demandado⁷⁰, el actor opone el acuerdo tenido precedentemente, que, aunque es ineficaz para los fines de la constitución de la servidumbre, despliega todo su valor en las relaciones entre las partes. Que tuviese eficacia en relación con terceros estaba excluido, ya que el pacto, por principio general, podía vincular solamente a las partes⁷¹. Probablemente, como ya hemos indicado anteriormente, el concesionario, además de una *exceptio doli o pacti* cuando fuese el condómino actuante el que, de forma dolosa, pretendiese impedir mediante la interposición de la *negatoria* el ejercicio del servicio acordado, dispondría también de una *vindicatio seritutis utilis* contra el condómino actuante en caso de que aquél fuese el que tomase la iniciativa procesal.

Por lo que se refiere al último de los principios indicados (imposibilidad por parte del condómino concedente de impedir el ejercicio del derecho concedido), del examen de las diferentes decisiones romanas, fragmentarias y particulares, contenidas en algunos textos romanos, entre los que se encuentra D. 8.3.11, que más tarde serán

que acrecía a los demás comuneros que no la habían realizado, se admitió la posibilidad de conceder la libertad al siervo mediante actos sucesivos realizados de forma separada por los condóminos, entendiendo que con el último de los cumplidos, al convertirse el comunero que lo realiza en virtud del *ius adcrendi* en propietario exclusivo, el esclavo quedaría plenamente liberado. Por último, en derecho justiniano, con la introducción del *favor libertatis* en sentido cristiano, la regulación se asemejaría a la de la época antigua, al establecerse la plena validez de la manumisión cumplida por un solo condómino, obligando a los que no la habían realizado a consentir forzosamente la liberación del esclavo, en tanto recibiesen la cantidad correspondiente que compensase su cuota de condominio.

⁷⁰ Cabe recordar que el ejercicio de la acción negatoria, resulta perfectamente posible por parte del copropietario concedente contra el concesionario en base al *ius civile*, puesto que la declaración de concesión por parte del copropietario concedente no determina de forma efectiva el nacimiento del derecho real hasta que la realicen todos los demás.

⁷¹ Vid. BIONDI, *Las servidumbres* (traducción al español de la edición original italiana de *Le servitù*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1967) con anotaciones de Derecho común y foral por J.M. González Porras, Madrid, Edersa, 1978, p. 324 y s.

consideradas como fundamento y justificación de la inadmisibilidad de la regla «*venire contra factum proprium*», Díez Pícazo⁷² obtiene las siguientes conclusiones:

«1º) La regla según la cual “nadie puede venir contra sus propios actos” no había sido formulada en el Derecho romano, pero es evidente que el Derecho romano suministró los materiales necesarios para su posterior formulación. El Derecho romano nos presenta únicamente una serie de textos fragmentarios y de casos concretos, en los cuales cabe pensar que latiera la idea que nos ocupa; 2º) En todos los casos estudiados o, por lo menos, en los más genuinos, la idea fundamental consiste en impedir un resultado, conforme al estricto Derecho civil, pero contrario a la equidad y a la buena fe. De aquí que el parentesco de nuestra idea con la “*exceptio doli*” sea muy estrecho; 3º) El mecanismo utilizado para sancionar la inadmisibilidad de este resultado consiste en otorgar una “*exceptio*” frente a una “*actio*” civilmente fundada o en conceder una “*replacatio*” frente a una “*exceptio*” civilmente fundada».

4. BREVE REFERENCIA A LAS INTERPRETACIONES POSTERIORES FORMULADAS POR LOS GLOSADORES Y COMENTARISTAS RELATIVAS A LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE SOBRE FUNDO EN CONDOMINIO POR ACTOS REALIZADOS POR LOS CONDÓMINOS DE FORMA SEPARADA Y SUCESIVA PARTIENDO DE LOS TEXTOS ROMANOS

Glosadores y comentaristas realizaron con posterioridad una interpretación de D. 8.3.11 y D.8.4.18, estableciendo las siguientes conclusiones⁷³, que nos limitamos a resumir concisamente, para no alargar excesivamente esta exposición y por razones de espacio.

Por lo que se refiere a los autores de la Glosa, serían las siguientes:

- Sobre la base de D. 8.4.18, se afirma que para adquirir una servidumbre sobre un predio perteneciente a una pluralidad de sujetos, es necesario que todos la cedan.
- El acto realizado por uno solo de los condóminos «*non valet*».
- Se admite, sin embargo, que los diversos condóminos realicen la cesión de la servidumbre en momentos sucesivos, de manera que, como señalaba Acursio, «*ultima cessione, priores cessiones confirmantur*».
- En tal supuesto, mientras los demás no cedan, el cedente no puede prohibir el uso del derecho a quien pretende adquirirlo, ya que «*contra suam factum venire non possit*».

⁷² Díez-Pícazo, *op. cit.*, p. 106.

⁷³ Tomamos como referencia, una vez más, a Zahino Ruiz, *op. cit.*, p. 30 y ss.

— La imposición de la servidumbre, cuando se realice por los diversos copropietarios en momentos sucesivos, se entiende que se produce cuando tenga lugar la última concesión, que confirma las anteriores (introduciéndose la ficción de que los efectos del primer acto de cesión se producen cuando tiene lugar el último). La última imposición confirma las anteriores que, entretanto, permanecen en situación de pendencia.

— Al acto de cesión se le atribuye un carácter personalísimo, puesto que quien herede, o en su caso, quien compre la parte indivisa, de quien ya había impuesto el gravamen, lo imponga también.

— Por lo que se refiere a la situación de «pendencia», la misma se aplicaría solo a los actos de imposición o adquisición de servidumbres que se realizasen *inter vivos*, señalándose en cuanto a los actos *mortis causa* que el legado de servidumbre solo es eficaz si todos los comuneros legan a la vez y la herencia es aceptada simultáneamente por todos los herederos.

En cuanto a la interpretación de los comentaristas, cabe destacar que:

— Por lo que se refiere a la exigencia del consentimiento unánime para llevar a cabo la válida constitución de la servidumbre, Bártolo justifica la misma en base a su indivisibilidad, que determina que no se pueda imponer ni adquirir por partes. A esta razón añade Paulo de Castro en cuanto a los supuestos de imposición la del carácter perjudicial que supone el gravamen.

— Al igual que los glosadores, los comentaristas admiten que la voluntad común también se puede formar mediante actos sucesivos de cesión, pero los efectos reales solo se producen en el momento en que tenga lugar el último, por entender que la retroacción se fundamenta en última instancia en la equidad y ésta no sería de aplicación en el supuesto de la concesión sucesiva.

— En contra de la opinión de los glosadores, los comentaristas consideran que, si bien uno solo de los condóminos no puede imponer ni adquirir la servidumbre sobre el fundo común, el acto realizado individualmente por el constituyente no es nulo. Según Bártolo se trata de un acto que no transmite el derecho real, pero que determina el nacimiento de un vínculo de naturaleza personal entre el concedente y el concesionario cuyo fundamento se encuentra en la máxima según la cual «...*contra factum suum venire non potest*». Precisamente esa atribución de efectos personales (no reales) al acto individual de concesión o adquisición realizado por el concedente es lo que

permite afirmar según Bártolo que no se trata de un acto nulo, frente al planteamiento de los glosadores.

— Hasta que los demás condóminos no concedentes no realicen la cesión, los efectos reales de los actos de cesión realizados por los que sí han cedido quedan en situación de pendencia. El derecho sólo surgirá cuando ceda el último, cuya concesión según se dice, confirma las precedentes.

— En caso de que durante el tiempo de la pendencia se produzca algún cambio en las personas que integran la comunidad (por enajenación de la cuota o fallecimiento de alguno de los concedentes) los comentaristas analizan tres posibles supuestos atendiendo a la eficacia real y personal del acto de cesión y dependiendo de la forma en que la misma hubiese tenido lugar: solo mediante actos *inter vivos*; mediante actos *inter vivos y mortis causa*; o solo mediante actos *mortis causa*.

5. SUCINTO REPASO DE LOS PRECEDENTES DEL ART. 597 EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL Y SU INTRODUCCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

5.1. *La Ley 10, 31, 3 de las Partidas*

Dentro del Derecho histórico patrio encontramos un posible precedente del art. 597 del C.c. español en las Leyes de Partidas.

En la Ley 10, Título 31, de la Partida Tercera⁷⁴, se establecía:

«Ley 10. Como todos los señores de los edificios e de las heredades deven otorgar la Servidumbre.

Los señores de los edificios o de las heredades, pueden poner cada uno dellos servidumbre a su edificio, o a su heredad, pero si muchos fueren señores de un edificio, o de una heredad, a que quieran poner servidumbre, todos la deven otorgar quando la ponen. E si por aventura la otorgasen algunos, e non todos, aquellos que la pusiesen non la pueden después contrastar que non la aya aquel a quien la otorgaron. Mas los otros, que la non quisieron otorgar, bien la pueden contradizir cada uno dellos, tambien por la su parte, como por la de los otros que la non otorgaron. Ca ninguno de los otros non es obligado a la servidumbre por el otorgamiento de los otros, nin les emesce. Pero si después desso la quisiesen otorgar, e consentir aquellos que la contradizen, valdría también como si la ouiessen de primero otorgado todos de so uno».

Como se puede comprobar, en el texto transcrito, en el que se trata exclusivamente de la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio, es decir, de imposición de

⁷⁴ Según Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 94, nota 27, «la disposición del Código [está refiriéndose al art. 597 del C.c. español] procede directamente de las Partidas [en referencia a la indicada Partida. 3.31.10]».

servidumbre (al igual que se hace en el art. 597 del C.c.), y no, también y además, de adquisición a favor del mismo (como hicieron los juristas romanos y los autores del *ius commune*), se prescribe que dicha imposición, en principio, requiere el consentimiento de todos los condóminos. No obstante, también se admite que los condóminos puedan prestar su consentimiento por separado mediante actos individuales de concesión, indicándose en tal caso que «aquellos que la pusiesen non la pueden después contrastar que non la aya aquel a quien la otorgaron»⁷⁵.

Sin embargo, los condóminos que no quisieron otorgar la servidumbre podrían «contradecirla»⁷⁶, pero sólo mientras no la otorgasen y consintiesen, considerándose que una vez otorgada y consentida «valdría también como si la otorgasen de primero todos de so uno». Con el otorgamiento realizado por uno o varios condóminos, y mientras no la otorgasen y consintiesen todos los demás, quedaría en suspenso la constitución otorgada por actos *inter vivos*, pero no por actos *mortis causa*⁷⁷.

5.2. Preceptos relativos a la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio en los diversos proyectos de Código Civil español y del Código rural

En el artículo 797 del Proyecto de Código civil de 1836⁷⁸ se establecía en cuanto a la cuestión relativa a la constitución voluntaria de servidumbres sobre fundo en condominio que:

«Si la finca fuere de varios dueños, todos deben consentir en la constitución de la servidumbre, y ésta no tendrá efecto si la resistiere alguno. Tampoco se puede, sin el

⁷⁵ Precisamente en relación a esta última frase, Gregorio López, en su glosa a dicha Ley 10, Título 31, Partida Tercera, partiendo de la obra de los glosadores y comentaristas, añadía, siguiendo lo indicado en D. 8.4.18, que «si los primeros que consintieron, han dejado de existir, o enagenaron las porciones que les correspondían, antes del consentimiento de los últimos, deberán en este caso prestarlo los nuevos socios, ó herederos de los difuntos», puesto que «de lo contrario sería de ningún valor» Tomamos la cita de ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 56.

⁷⁶ Respecto al término «contradecir», GREGORIO LÓPEZ se remite a la obra de ALBERICO DE ROSATE, que, fundamentándose en la doctrina de los propios actos, indicaba, al igual que la generalidad de los comentaristas, que el copropietario que imponía una servidumbre sobre el fundo común no podía impedir posteriormente su ejercicio, mientras que los no otorgantes sí. Vid ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁷ La justificación que aduce respecto a este último caso Gregorio López se concreta en la circunstancia de que «la disposición del testador y dominio de los bienes no podían estar pendientes de un acontecimiento incierto», citado por ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, *loc. cit.* Compárese lo indicado con lo que se señala en D.8.4.18 *in fine*.

⁷⁸ En cuanto al indicado Proyecto de Código Civil español de 1836, vid. la muy amplia y exhaustiva información proporcionada por LASSO GAITE, en su *Crónica de la Codificación española*, 4 *Codificación civil (Génesis e historia del Código)* vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación, 1970, p. 97 y ss., y vol. II, 89 y ss.

mismo consentimiento, libertar de servidumbre la finca sujeta a ella en beneficio de la heredad común».

El consentimiento de todos los copropietarios se presentaba en el artículo, por tanto, como requisito de eficacia («no tendrá efecto», se dice) del contrato (en el que se concretaría la constitución voluntaria del servicio), de forma que si alguno de aquellos se opusiese a su constitución, ésta no tendría efectos. Dicho con otras palabras: la falta de consentimiento unánime por los copropietarios comportaba la ineficacia del contrato.

Nada se especificaba, sin embargo, en cuanto a la cuestión relativa a si los condóminos podían prestar su consentimiento de forma separada y, en tal caso, cuáles eran los efectos de dicha concesión en tanto los demás no consintiesen.

Avanzando en el tiempo, en el Proyecto de Código Rural, elaborado por M. Danvila y Collado y publicado en 1878⁷⁹, se señalaba:

«Si el predio pertenece a distintos condueños, todos deben intervenir en la constitución de la servidumbre, sin que el hecho de uno de ellos pueda perjudicar a los demás, y aun aquellos que otorgaron el gravamen no podrán oponerse después, si posteriormente consintieron los que faltaban».

La consideración del carácter perjudicial de la servidumbre era la que motivaba en la norma la necesidad de que fuesen todos los condóminos los que debían de intervenir en su constitución sobre el predio común, sin que uno solo de ellos pudiese constituirla.

No obstante, también parece admitirse en el precepto la constitución realizada individualmente y en momentos sucesivos de forma individual por los distintos propietarios, considerándose que los que otorgaron el gravamen no podrían oponerse al mismo, si posteriormente consintieron los que faltaban.

Ello da a entender que, frente a lo prescrito en el art. 597 y otros textos, los condóminos otorgantes podrían oponerse al gravamen concedido individualmente tanto si los demás condóminos que faltaban no consintiesen, como también antes de que lo consintiesen todos esos condóminos que todavía no lo habían hecho.

Sin embargo, ninguna referencia se encuentra con posterioridad en relación a la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio en el articulado del Proyecto

⁷⁹ Vid. ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p.60 y ss.

de Código civil de 1851⁸⁰ (cuya regulación en materia de servidumbres voluntarias había sido tomada en gran parte del Código civil de Napoleón, en el que, por lo demás, no se regulaba el supuesto que nos ocupa), ni en el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, inspirado en el citado Proyecto.

Hubo que esperar al año 1888 para que el art. 597 se introdujese en el Código civil español a propuesta del jurista José María Manresa y Navarro, como consecuencia de los acuerdos adoptados en las reuniones celebradas en los meses de abril, mayo y junio del señalado año 1888 por la Sección Civil de la Comisión de Codificación, con la finalidad de dar carácter definitivo a los Libros I y II del Código civil⁸¹. Fue precisamente Manresa el que articuló la ponencia relativa a las servidumbres solicitando la incorporación de dicho artículo, así como de los precedentes 595 y 596, que se incluyeron en el Capítulo III («De las servidumbres voluntarias») del Título VII («De las servidumbres»), Libro II («De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones») del Código civil⁸².

6. CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN RELATIVA A LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE SOBRE FUNDO EN CONDOMINIO CONTENIDA EN EL ART. 597. C.C

La introducción del artículo 597 en el Código civil español se realizó tomando parcialmente como referencia el art. 636 del Código civil italiano de 1865⁸³, en el que se establecía:

«La servitù, concessa da uno dei comproprietari di un fondo indiviso, no vi s'intende stabilita e realmente impressa, se non quando gli altri l'abbiano anche essi concessa unitamente o separatamente.

Le concessioni per qualsivoglia titolo fatte dai primi rimangono sempre in sospenso sintanto che sia seguita quella dell'ultimo.

La concessione però fatta da uno dei comproprietari, indipendentemente dagli altri, obbliga non solo il concedente, ma i suoi successori anche particolari ed aventi causa a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso».

⁸⁰ Respecto al indicado Proyecto de Código Civil español de 1851, vid. LASSO GAITE, *op. cit.*, vol. I, p. 151 y ss., y vol. II, 351 y ss.

⁸¹ Vid. LASSO GAITE, *op. cit.*, vol I, p. 421.

⁸² LASSO GAITE, *op. cit.*, vol I, p. 408.

⁸³ Respecto a la regulación de la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio, recogida en el art. 636 del antiguo C.C. italiano de 1865, y posteriormente en el art. 1059 del vigente de 1942, así como la interpretación de diversas cuestiones relativas a la misma por la doctrina italiana, cfr., entre otros, BIONDI, *Las servidumbres, cit.*, p 325 ss. (para el Derecho positivo italiano) y 355 ss. (para las Notas sobre Derecho español); ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 49 ss. y 225 ss.

Se ha señalado que dicho artículo recoge el planteamiento realizado en su momento por J. M. PARDESSUS en su «*Traité des servitudes ou services fonciers*» y la doctrina de los autores de la Escuela francesa de la Exégesis, que «desfiguraron» los principios romanos, puesto que, en contra de lo señalado en Derecho romano, PARDESSUS configuró el derecho concedido por el copropietario como un verdadero derecho de servidumbre, dado que, a su entender, el concesionario se convierte en propietario absoluto del derecho de servidumbre desde el momento en que tiene lugar la concesión a consecuencia del carácter perfecto y obligatorio de la estipulación de dicho copropietario, pero sin que pudiese ejercer su derecho en perjuicio de los copropietarios que no hubieran dado su consentimiento. Dicho carácter perfecto y obligatorio de la estipulación del copropietario determina, además, que una vez establecida la servidumbre, si el copropietario concedente vende su cuota nadie pueda discutir la existencia de la servidumbre, puesto que las servidumbres «siguen a las heredades gravadas». Así, el comprador de la parte indivisa sucede –al igual que el heredero– al copropietario concedente en la obligación, debiendo soportar la servidumbre constituida por el condómino vendedor⁸⁴.

También se ha destacado que, tanto en el derecho francés como en el italiano, se sigue el sistema consensual de adquisición y transmisión de los derechos reales, y, por ello, en estos, los derechos reales se adquieren y se transmiten *nudo consensu*, frente a lo que ocurría en Derecho romano y ocurre en derecho español, donde el sistema seguido es el del título y el modo, establecido con carácter general en los arts. 609.2 y 1095 C. c.⁸⁵ La posible adaptación de la norma italiana al sistema del título y el modo, no fue, sin embargo, tomada en cuenta por el legislador español del siglo XIX, planteando por ello el problema de determinar si la norma contenida en el art. 597 C.c., cuando en su primer párrafo se alude al «consentimiento», excepciona el sistema del título y el modo respecto de la constitución de servidumbres sobre fundo en condominio; o si, por el contrario, a pesar de su tenor literal, resulta posible adaptar su interpretación a dicho sistema, lo que, en atención a su génesis, parece lo más correcto⁸⁶.

⁸⁴ Sobre el planteamiento adoptado por PARDESSUS en la obra indicada y su consideración como punto de referencia esencial en los comentarios de los autores de la Escuela francesa de la Exégesis, vid. ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p.44 y ss., y 234 s.

⁸⁵ En el segundo párrafo del art. 609 C.c. se establece que: «La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». En el art. 1095 C.c. se prescribe que: «El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada».

⁸⁶ Según ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 70, «la redacción del artículo no es la más adecuada al sistema transmisivo español del título y el modo», por lo que «el pronunciamiento de la cuestión pasa por determinar qué efectos se atribuyen al título constitutivo de la servidumbre en los preceptos del Código

Como se ha visto, el artículo 597 se estructura en tres párrafos.

En su primer párrafo, se prescribe, al igual que hicieron los juristas romanos y otros posteriores, la necesidad del «consentimiento de todos los copropietarios» para poder «imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso». El consentimiento de todos los copropietarios se configura, por tanto, como el presupuesto necesario para que se produzcan los efectos reales, es decir, para que se imponga válidamente la servidumbre. Dado que la constitución de la servidumbre implica un acto de disposición sobre toda la cosa común, y que ninguno de los copropietarios puede disponer de ella si no concurre la voluntad de los demás, se requiere el consentimiento unánime de todos. La disposición sobre la cosa común se presenta en el art.597 como disposición de todos los cotitulares del derecho; requiere la concurrencia de la voluntad unánime de todos los copropietarios, ejercitando cada uno mediante su consentimiento particular la facultad de disponer inherente a la titularidad de su cuota. A ello se añade el carácter indivisible de la servidumbre, que, también en la actualidad, implica su no constitución por partes.

El «consentimiento de todos los copropietarios» se configura en el art. 597 C.c. como un «acto negocial complejo de carácter conjunto», integrado por una pluralidad de actos individuales de los sujetos que integran una misma parte negocial, a través de los que esos sujetos expresan su voluntad, con arreglo al principio de la unanimidad, de que se produzca un determinado efecto jurídico; es decir, aquel acto negocial en el que la declaración de voluntad se forma a partir de la conjunción de la voluntad de todos los sujetos cotitulares del derecho de propiedad, produciéndose los efectos *ex voluntate* solo cuando todos y cada uno de los condueños manifiestan su voluntad en el mismo sentido.⁸⁷

En el segundo párrafo del art. 597 se alude al acto de concesión de la servidumbre sobre fundo indiviso realizado de forma no unánime, es decir, al llevado a cabo solo por alguno o algunos copropietarios, pero no por todos, en los siguientes términos: «La

civil en los que se regula la constitución voluntaria con carácter general, cuestión no demasiado clara, toda vez que los artículos 537 y 539 se limitan a establecer que las servidumbre se adquieren “en virtud de título”», concluyendo en su estudio (p. 96), tras proceder a determinar los señalados efectos (a lo largo de las p. 70 a 96), que, «a pesar de su redacción, el artículo 597 del Código civil no es una norma excepcional en el sistema español de adquisición y transmisión de los derechos reales (sistema del título y el modo, y no consensual), y su interpretación de acuerdo con su génesis, se ha de realizar en el marco de las coordenadas de dicha doctrina».

⁸⁷ Respecto a la configuración del «consentimiento de todos los copropietarios» dentro de la categoría conceptual de los denominados «actos negociales complejos», la configuración y caracterización de tales «actos complejos de declaración», así como la consideración del «consentimiento» de los copropietarios del art. 597 C.c. como «acto complejo de carácter conjunto», vid. ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 140 ss.

concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros».

Por tanto, aun cuando hasta que el último de todos los comuneros otorgue la servidumbre no se entenderá ésta impuesta, la concesión hecha solamente por algunos, aun cuando carezca de eficacia real, no se configura, sin embargo, como un acto radicalmente nulo, sino como provisionalmente válido, en tanto que pendiente de la necesaria convalidación por parte de todos los demás comuneros que todavía no hubiesen concedido el derecho de servidumbre.

Se ha señalado por un sector de la doctrina civil que dicha concesión de servidumbre realizada por uno de los copropietarios es susceptible de una doble configuración, produciendo, a su vez, una doble eficacia: por una parte, como «declaración de voluntad» dotada de valor negocial que configura el título constitutivo de la servidumbre, el negocio causal, pues para su formación no es necesaria la intervención de todos los condóminos; y por otra, como «exteriorización de la voluntad» llamada a integrar la futura declaración de voluntad conjunta, a la que se atribuye en el artículo 597.2 el efecto real, es decir, el nacimiento de la servidumbre⁸⁸.

Que la declaración de voluntad hecha solamente por alguno o algunos de los copropietarios, separadamente de los demás, no determine la constitución de servidumbre sobre fundo en condominio por falta de poder de disposición, pero que, sin embargo, sea válida y eficaz, limitándose los efectos de la misma a la esfera personal -vinculando de manera irrevocable al concedente con el concesionario, entre los que surgiría un vínculo obligacional, un derecho de crédito o de naturaleza personal, transmisible a los sucesores del concedente- parece confirmarse en el tercer apartado del art. 597 C.c., en el que se indica: «Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido»⁸⁹.

⁸⁸ En este sentido se pronuncia ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 187 ss.

⁸⁹ Así lo entiende ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 186 y nota 436, destacando al respecto que «la doctrina no es unánime en afirmar que el derecho que se concede en el artículo 597.3 C.c. sea un derecho de crédito», puesto que «mientras algunos autores consideran que el derecho que se concede presenta naturaleza real, otros consideran que aquél presenta una naturaleza híbrida porque debe su origen a una obligación *propter rem*». Según la citada autora, «la interpretación literal e histórica de la norma ofrece suficientes argumentos para poder afirmar que se trata de un derecho de naturaleza personal. Por lo que se refiere a la interpretación literal del artículo, éste dispone que la concesión hecha por uno de los copropietarios “obliga” al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular. La naturaleza personal del derecho determina que el vínculo obligacional se transmita a los sucesores del sujeto que emite la declaración de voluntad de conceder el derecho de servidumbre. La legitimación pasiva de la obligación recae, por tanto, sobre el sujeto que concede y sus sucesores». En relación a las diferentes teorías

Por lo que se refiere al carácter vinculante e irrevocable del acto de concesión del copropietario, según ZAHINO RUIZ, un autorizado sector de la doctrina civil ha considerado que su eficacia obligacional, partiendo de la interpretación histórica de la norma, se debe de buscar en el ámbito de la vinculación de los propios actos⁹⁰.

ZAHINO RUIZ⁹¹, considera que, «sin embargo, esta opinión –justificada en otro momento histórico- puede ser criticada en base al alcance y significado que reviste actualmente el aforismo “nadie puede ir propiamente contra sus propios actos”», puesto que «el problema de la eficacia vinculante del acto de concesión aislado del copropietario, en cuanto declaración de voluntad, no se puede resolver a través de la aplicación de la doctrina de los propios actos, porque, tal como ha sido configurada por la jurisprudencia y la doctrina, el supuesto contemplado en el artículo 597.2 del Código civil no reúne sus presupuestos». «La doctrina de los actos propios no es aplicable a los actos que constituyan declaraciones de voluntad, sino a conductas eficaces que tengan lugar en una determinada situación jurídica. En este sentido, resulta muy clarificadora la afirmación e GARCÍA DE ENTERRÍA, según quien “la doctrina de los propios actos no alude a estos problemas de la voluntad negocial, y su criterio fundamental radica justamente en imponer una vinculación sin haber mediado consentimiento negocial”»⁹². «Partiendo de tal premisa es evidente que la doctrina de los propios actos

doctrinales formuladas relativas a la naturaleza del derecho concedido por el copropietario en el art. 597.3 C.c. y los argumentos en que fundamenta la autora la defensa de su planteamiento, vid. *op. cit.*, p. 217 y ss.

⁹⁰ ZAHINO RUIZ *op. cit.*, p. 191 nota 447, pone de manifiesto el que, da a entender, como el supuesto cambio de parecer que se presenta en el pensamiento de Díez-Picazo, respecto a la opinión inicialmente mantenida por éste autor en relación a la hipótesis contenida en el artículo 597 del C.c., que se concreta en el hecho de que, según dice el ilustre civilista «aquí tampoco podemos hablar de un efecto vinculante de los actos propios, ni de una imposibilidad de venir contra ellos, sino de una consecuencia de la eficacia –parcial o limitada si se quiere, pero eficacia al fin- de un negocio jurídico o de una declaración de voluntad». Así, el citado DÍEZ-PICAZO, manifiesta, por ejemplo, en sus *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Tomo III*, del año 1995, p. 924, que «el precepto citado atribuye una particular eficacia a la declaración de la voluntad emitida por los comuneros separadamente, pues si bien no llega a producirse como consecuencia de ella la plena constitución del derecho real, que requiere el consentimiento de todos, sí produce como efecto de la vinculación de la persona a sus propios actos, una obligación: la de no impedir el ejercicio del derecho concedido».

⁹¹ ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 189 ss.

⁹² Respecto al planteamiento de García de Enterría, ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p.191, nota 446, añade la siguiente precisión: «el mismo autor critica que la doctrina confunde, en ocasiones, la doctrina de los actos propios con la doctrina sustantiva de los efectos del consentimiento o de la declaración de voluntad. Sobre tal particular considera que es la doctrina del consentimiento “la que explica la vinculación de un sujeto a sus actos jurídicos. El que yo no pueda retirarme unilateralmente de un contrato no es una consecuencia de la doctrina de los propios actos, sino, obviamente, una consecuencia –la primera, art. 1901 C.c.- del contrato”. Más adelante añade que la doctrina de los actos propios “es, concretamente, una aplicación de la doctrina de la buena fe y se predica característicamente más bien de conductas que de actos jurídicos, y de actos jurídicos sólo cuando no hacen relación inmediata a la situación contemplada en su declaración, quiere decirse, en cuanto son ellos mismos expresión de una conducta, pero sin intentar nunca subrogar la explicación de sus efectos vinculantes directos”».

no puede constituir, en la actualidad, el fundamento de la eficacia vinculante del acto de concesión del copropietario. Esto es así porque la concesión del copropietario –tal como se configura en el artículo 597.2 del Código civil- es una declaración de voluntad cuyos efectos reales quedan en suspenso “hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros”. Se trata, pues, de una declaración de voluntad que configura el título constitutivo y no de una simple conducta relevante jurídicamente, lo cual permite concluir que, en la actualidad, el problema de su eficacia vinculante se haya de resolver recurriendo a la teoría general del negocio jurídico y no a la doctrina de los propios actos». «La concesión realizada por uno o algunos copropietarios es –en cuanto configura el título constitutivo- una declaración de voluntad válida, dotada de valor normativo, que determina –en virtud de lo establecido en los artículos 1091 y 1278 del Código civil⁹³- la vinculación de las partes que la otorgaron al contenido negocial, así como la firmeza e inmodificabilidad del mismo». «Asimismo, la concesión del copropietario es una declaración de voluntad perfecta y dotada de valor negocial, lo cual determina la imposibilidad de revocación –consecuencia de su carácter vinculante-, salvo que concurra el común acuerdo entre las partes»⁹⁴.

No obstante lo señalado, la citada autora, en el capítulo sexto de su obra, relativo a la «Obligación de no impedir el ejercicio del derecho concedido», indica que «el deber de no impedir el ejercicio del derecho concedido se configura en el párrafo tercero del artículo 597 del Código civil como una obligación legal de no hacer cuyo fundamento último se encuentra –también en la actualidad- en la doctrina de los propios actos», dando a entender que, como se contiene en el segundo apartado de dicho capítulo sexto (titulado «La doctrina medieval de los “propios actos” como fundamento de la obligación de no impedir el ejercicio del derecho concedido»), es la doctrina de los propios actos la que fundamenta dicha obligación de no impedir el ejercicio del derecho concedido⁹⁵, justificando dicha afirmación en los siguientes términos:

⁹³ Art. 1091 C.c.: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos».

Art. 1278 C.c.: «Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez».

⁹⁴ Lo normal es que un negocio jurídico que ya está revestido de valor normativo produzca los efectos jurídicos queridos por las partes *ex voluntate*, es decir, su carácter normativo, pero no su eficacia jurídica concreta. Así, «la concesión de servidumbre realizada por el copropietario es una declaración de voluntad dotada de valor negocial que configura el título constitutivo de la servidumbre, pero la materialización de los efectos reales del negocio resulta impedida por la falta de poder de disposición, y sólo se producirá cuando todos los copropietarios consientan en la concesión de la servidumbre». Vid. ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 192 y s.

⁹⁵ Vid. ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 220 y ss.

«La declaración de concesión del copropietario no determina el nacimiento del derecho real de servidumbre y, en virtud de ello, nada impediría que el copropietario que concede el derecho pudiese obstaculizar su posterior nacimiento, ya mediante actos de naturaleza material, ya mediante actos de naturaleza jurídica, como acontecería si ejercitase una acción negatoria.

Pero, en tal caso, se crearía una situación contradictoria con el principio de la buena fe, pues habiendo concedido el copropietario el derecho o habiéndose mostrado partidario y dispuesto a su constitución en un momento determinado, con sus actos posteriores impediría o pretendería impedir su nacimiento. Esta situación es inadmisibles en nuestro derecho, pues, de acuerdo con la doctrina de Díez-Picazo que compartimos “el acto de formular una pretensión, contradictoria con el sentido objetivo que, según la buena fe, debía atribuirse a una conducta anterior del mismo sujeto es un acto inadmisibles, cuando el sujeto pasivo de la pretensión ha modificado su propia situación jurídica con base en la confianza suscitada por la conducta del titular del derecho”.

Pues bien, para evitar tal situación, la ley establece que el sujeto concedente está obligado a permitir el ejercicio del derecho concedido ya que, lo contrario, el impedir su ejercicio, constituiría un comportamiento contradictorio con la conducta anterior del concedente y con el principio de la buena fe»⁹⁶

En cuanto al posible significado y alcance del término «quedará en suspenso», recogido en el art.597.2 C.c. y relativo al acto de concesión de la servidumbre realizado de forma no unánime por el copropietario como exteriorización de la voluntad integradora del acuerdo real sobre fondo indiviso, se ha sostenido⁹⁷ que el significado que hay que atribuir al indicado término es el mismo que se atribuye en D. 8.4.18 a la expresión «pendencia», entendida no con carácter técnico -en referencia a negocio condicionado suspensivamente-, sino como referido a una situación en curso de formación, aplicable sólo a los actos de concesión realizados *inter vivos*, negándose su aplicación a los *mortis causa*, y limitándose su alcance a los efectos reales del negocio, siguiendo la doctrina de los autores del *ius commune*⁹⁸.

La aparente contradicción existente en el art. 597 C.c. entre sus párrafos primero (en el que, como ya se ha indicado, se dispone que es indispensable el consentimiento de todos los copropietarios para la imposición de la servidumbre sobre el fondo en condominio) y tercero (en el que se atribuye eficacia a la concesión realizada singularmente por uno de los copropietarios, separadamente de los demás) se resolvería, según lo hasta aquí indicado, considerando que el acto de disposición de

⁹⁶ ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 223 y s.

⁹⁷ ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 199 y ss.

⁹⁸ En otros términos: lo que se encuentra en situación de suspensión o pendencia son los efectos reales del acto de constitución realizado por el condueño, pero no el acto en sí, puesto que este último se considera válido. Cabe recordar que los autores del *ius commune* consideraban que la estipulación realizada por el copropietario, aunque no tuviese lugar la de los demás, era válida, pero los efectos que producía eran personales y no reales. De ahí, la limitación de su alcance a los efectos reales.

cada copropietario, en su consideración individual, produce, respectivamente, según lo señalado, una doble eficacia: por una parte obligatoria y por otra real. Obligatoria en el sentido de que la atribución realizada por parte del condómino o condóminos concedente o concedentes aunque pueda ser obstaculizada por los no concedentes (eliminando así su posible consideración como derecho real), no pueda ser impedida ni por el concedente o concedentes, ni por sus sucesores, aunque lo sean a título particular; y también real, porque, no siendo nulo el acto de concesión realizado de forma aislada por el concedente o concedentes, su eficacia real queda en suspenso hasta que, una vez completada la facultad de disposición, consientan todos demás copropietarios el nacimiento del gravamen.

Respecto a la determinación de la posible naturaleza –real, personal o *propter rem*- del derecho concedido por el condómino de forma individual y separadamente de los demás, que no aparece clarificado en el párrafo tercero del art. 597 del C.c., según se ha avanzado *supra*, consideramos, frente a las dudas doctrinales suscitadas en torno a la misma, respecto de las que no se puede apreciar una posición unánime, que aquél se presenta como un simple derecho de crédito, personal o de obligación, según se deduce de la argumentación literal, sistemática, y de los precedentes históricos del art. 597.3 del C.c., en especial, los romanos de D. 8.3.11 y D. 8.4.18⁹⁹. El derecho concedido en el art. 597.3 del C.c. no atribuye un poder directo e inmediato al concesionario sobre el fundo indiviso y carece de eficacia *erga omnes*. El poder que se atribuye al concesionario no se concreta en la cosa, sino en la conducta –efecto personal y no real- del concedente y de sus sucesores; la eficacia real de la concesión realizada por el concedente queda en suspenso hasta que los demás condóminos consientan, y dicha concesión realizada por el concedente produce unos efectos *ex lege* (no *ex voluntate*) de naturaleza personal entre concedente y concesionario. Admitir que la concesión del copropietario da lugar a una relación jurídica de naturaleza real resultaría contraria al principio de unanimidad, establecido en el primer párrafo del art. 597 C.c., que rige en materia de actos de imposición de la servidumbre sobre fundo indiviso, dado que el copropietario individual carece de poder de disposición suficiente como para poder establecer por sí mismo y de forma independiente de los demás dicho derecho.

Por lo que se refiere al contenido del derecho concedido, se indica en el párrafo tercero del art. 597 C.c., que el copropietario concedente separadamente de los otros condóminos no puede impedir el ejercicio del derecho concedido, pero sin pronunciarse sobre tal posible contenido de ese derecho concedido.

⁹⁹ En este sentido se pronuncia ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 225 ss., cuya opinión y razonamientos compartimos.

Ese derecho concedido, recogido en el párrafo tercero el art. 597 C.c., atribuye al concesionario, como también ya se ha dicho, no un poder sobre la cosa, sino sobre la conducta del copropietario concedente, que queda obligado a tolerar el uso de dicho derecho concedido (el ejercicio de la servidumbre), y que sólo es oponible, según se establece en la mencionada norma, a éste y a sus sucesores, aunque lo sean «a título particular», y no también a los otros copropietarios no concedentes, que sí pueden impedir, ya mediante actos materiales o jurídicos, el ejercicio del derecho concedido. Se trataría, por tanto, de una obligación de permitir (de no impedir, de abstenerse de impedir, de tolerar el ejercicio de la servidumbre concedida), cuya naturaleza es estrictamente personal.

La circunstancia de que la obligación de no impedir el ejercicio del derecho concedido (deber de abstención, o de tolerar) se extienda en el párrafo tercero del art. 597, además de al copropietario concedente, también a sus «sucesores», «aunque lo sean a título particular», según se indica en el artículo, induce a preguntarse, quienes son esos «sucesores» del copropietario concedente que, aparte del mismo, también quedan obligados a respetar la concesión hecha por aquel.

La pregunta encuentra su sentido en el hecho de que el art. 597. 3 del C.c. español está, como ya se ha dicho, parciamente inspirado en el art. 636 del C.c. italiano de 1865, en el que se contiene la expresión «causahabientes». En el tercer párrafo de dicho artículo 636 la obligación de no impedir el ejercicio del derecho concedido (los efectos personales de la convención), siguiendo la doctrina de PARDESSUS, se hacen extensivos no sólo al concedente –como ocurría en Derecho romano–, sino (además de a sus sucesores universales) a sus sucesores también particulares (legatarios) y causahabientes¹⁰⁰. De esta forma, aun cuando en el art. 636 del C.c. italiano de 1865 se recogieron los principios romanos relativos a la constitución de servidumbre sobre fundo indiviso, sin embargo, éstos se desfiguraron, al establecerse en el mismo que los causahabientes del concedente también quedaban obligados por la concesión¹⁰¹.

¹⁰⁰ Sobre la concreción de la doctrina de PARDESSUS y de los autores de la Escuela de la Exégesis en el art. 636 del C.c. italiano de 1865, remitimos nuevamente a ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 49 ss.

¹⁰¹ Dicha contradicción existente entre el primer y el último párrafo del art. 636 del C.c. de 1865 se intentó eliminar formalmente mediante el art. 1059 del vigente Código civil italiano de 1942, pero en el mismo se siguió estableciendo que la concesión de servidumbre realizada por un copropietario «obliga al concedente y sus herederos o causahabientes a no poner impedimentos al ejercicio del derecho concedido» Vid. Bondi, *Las servidumbres*, *op. cit.*, p. 336.

En el citado art. 1059 se señala:

No obstante, cabe destacar que en el art. 597.3 del C.c. español, pese a encontrarse inspirado parcialmente en el art. 636 del C.c. italiano de 1865, no se contiene la expresión «causahabientes», limitándose la obligación de no impedir el ejercicio del derecho concedido al copropietario concedente y a sus sucesores «aunque lo sean a título particular»¹⁰².

Que el concepto de «sucesores», recogido en el art. 597.3 del C.c. español no haga referencia a todo aquel que suceda al concedente en su cuota por cualquier título, sino sólo a quienes suceden al concedente *mortis causa*, podría extraerse de la interpretación sistemática de los arts. 597.3, 660 y 1257.1 del C.c., concluyendo que los «sucesores» del concedente a que se refiere el art. 597.3 del C.c. son sus herederos (sucesores a título universal), pero también excepcionalmente los legatarios (sucesores a título particular), en este último caso, por mandato expreso de la ley, puesto que el legatario de la cuota en copropiedad, según el artículo, no sólo sucede al concedente en la cuota, sino, además, en la relación obligatoria que deriva de la declaración de concesión. En conclusión, la obligación de no impedir el ejercicio o uso del derecho atribuido por el condómino concedente que actúa sin el consentimiento de los restantes, fundamentada, según se dice, en la doctrina de los propios actos y el principio de la buena fe, no es oponible a los futuros adquirentes por cualquier título que se subroguen en la posición jurídica que ocupaba ese condómino, sino solamente, aparte de al mismo concedente, a sus herederos y legatarios¹⁰³.

Al margen de la indicada diferencia en cuanto a las personas a las que, aparte del copropietario concedente, afectaría la obligación o deber de no impedir el ejercicio del derecho concedido en derecho español y en derecho italiano, también resulta apreciable en el art. 597.3 otra diferencia importante, en este caso, en relación con los precedentes romanos, puesto que en los textos romanos transcritos se admitía que

«La servitù concessa da uno dei comproprietari di un fondo indiviso non é costituita se non quando gli altri l'hanno anch'essi concessa unitamente o separatamente.

La concessione, però, fatta da uno dei comproprietari, indipendentemente dagli altri, obbliga il concedente e i suoi eredi o aventi causa a non porre impedimento all' esercizio del diritto concesso».

Respecto a la interpretación realizada por la doctrina italiana a propósito de los arts. 636 del C.c. italiano de 1865 y 1059 del C.c. de 1942, cfr. BIONDI, *Las servidumbres op. cit.*, p.325 y ss.; ZAHINO RUIZ, *op. cit.* 225 ss.

¹⁰² Destaca esta circunstancia ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 247, señalando (en p. cit., nota 588) que dicho artículo se encontraría inscrito en una «línea de pensamiento cuyo origen remoto podría situarse ya en Pothier», que «consideraba que, si bien un copropietario no podía gravar el fundo común con el establecimiento de una servidumbre, contratándola se establecía un vínculo personal entre el tercero y el copropietario concedente», así como que «Pothier afirmaba que la obligación de permitir el uso del derecho concedido, como cualquier otro derecho personal, se transmitía a los herederos del concedente, de manera –decía Pothier– que “ceux, qui me l'ont accordé, ne seraient recevables, ni leurs héritiers, á m'en interdire l'usage”».

¹⁰³ En este sentido, ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 247 y s., y 251.

dicho deber únicamente vinculaba al concedente y no se transmitía a sus herederos - como, por el contrario se prescribe en el art. 597.3 del C.c. español- estableciéndose, por tanto, como una obligación de carácter personalísimo.

El mismo carácter de personalísima parece haberse atribuido, siguiendo los textos romanos (en concreto, D. 8.4.18), tanto por Bártolo como por las Leyes de Partidas (Ley 10.31.3), a la obligación de no impedir el ejercicio o uso del derecho concedido al concesionario por el condómino concedente que actuaba sin el consentimiento de los restantes, considerando que el deber de no impedir el ejercicio del derecho concedido solo vinculaba al concedente, y que no era transmisible a sus herederos¹⁰⁴.

Dicha vinculación de la obligación de permitir el uso del derecho concedido exclusivamente al concedente y no a sus herederos encontraría su explicación en la circunstancia de que los autores del *ius commune* configuraron el derecho a usar el derecho concedido más como un efecto del carácter vinculante derivado del acto de imposición (de la *stipulatio* que vinculaba al promitente y tenía plena eficacia personal), que como un contenido obligatorio propiamente dicho¹⁰⁵.

Avanzando en el tiempo, frente al planteamiento realizado por los autores del *ius commune*, POTHIER configuró el deber de no impedir el uso del derecho concedido como una auténtica obligación, y no como mero efecto personal de la estipulación de la servidumbre realizada por el copropietario, considerando que, aun cuando la servidumbre solo se considerase válidamente constituida cuando todos los copropietarios consintiesen, si uno solo de los condóminos estipulase el derecho de servidumbre en realidad contrataría un «compromiso personal» -no real-, y que dicha naturaleza personal determinaría que ni los concedentes ni sus herederos pudieran prohibir al concesionario el uso del derecho concedido¹⁰⁶. El planteamiento formulado por Pothier es precisamente el que se contiene en el art. 597.3 del C.c. español: ni los concedentes ni sus herederos pueden prohibir el uso del derecho concedido, pero incluyendo también, junto a los mismos, a los legatarios, en este caso, por prescripción legal.

¹⁰⁴ Al respecto, matiza ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, 222, nota 525, que «es de advertir, sin embargo, que tal solución no dejaba de sorprender al propio Bártolo pues, en su comentario al fragmento 8.4.18 del Digesto, afirmaba que las obligaciones personales se transmiten, como norma general a los herederos y, no acertaba a comprender por qué los jurisconsultos afirmaban que en el supuesto objeto de estudio el deber de no impedir no se transmitía a los herederos del concedente».

¹⁰⁵ ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 237.

¹⁰⁶ POTHIER, «Introduction au Titre XIII de la Coutume d'Orléans», recogido en *Oeuvres de Pothier*, cit. por ZAHINO RUIZ, *op. cit.*, p. 238 y notas 568 y 569.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, «La sussidiarietà dell' "actio de dolo"», en *Annali Palermo*, 28 (1961), p. 1 y ss.
- ARANGIO-RUIZ: «Le genti e la città», Mesina, 1914, posteriormente recogido en *Scritti Centenario Jovene*, 1954, p. 119 ss.
- *Istituzioni di diritto romano*, (13ª ed. riveduta), Napoli, 1957.
- ARIAS RAMOS, «Los orígenes del contrato de sociedad: "consortium" y "societas"», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 26 (1942), p. 141 ss.
- BIONDI: *Le servitù prediali nel diritto romano* (Corso di lezioni), Milano, 1969.
- *Las servidumbres* (traducción al español de la edición original italiana de *Le servitù*, Milano, Dott. A. Giuffré, 1967) con anotaciones de Derecho común y foral por J.M. González Porrás, Madrid, Edersa, 1978.
- BONFANTE, *Corso di diritto romano* (La proprietà) II/2, Roma, 1928.
- BRETONE: «*Servus communis*». *Contributo alla storia della coproprietà romana in età classica*, Napoli, 1958.
- «"Consortium" e "communio"», en *Labeo*, VI (1960), p. 161 ss.
- CALONGE, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca, 1968.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Tomo III*, Madrid, 1995.
- *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1963; 1ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Navarra, noviembre 2013; 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2014.
- ESPIAU ESPIAU, «Prólogo» a la obra de Zahino Ruiz, *La constitución de servidumbres voluntarias sobre fundo indiviso en el Código civil español*, Madrid, Edersa, 2002.
- FERNÁNDEZ BARREIRO Y PARICIO SERRANO, *Fundamentos de derecho privado romano*, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021.
- GIRARD, *Mélanges P. F. Girard, II, Etudes de Droit romain dédiées à Mr. P. F. Girard*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1912, p.200 ss.
- GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Giappicheli, Torino, 1969.
- GUARINO, «La sussidiarietà dell' "actio de dolo"», en *Labeo*, 8 (1962), p. 42 y ss. (También recogido en: *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli, 1995).
- GUTIÉRREZ MASON, *Del «consortium» a la «societas»*, I, Madrid, 1987.
- KOUWENBERG, «Servitude et copropriété», en *RIDA*, 24, (1977), p, 273 y ss.

LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española, 4 Codificación civil (Génesis e historia del Código)* vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación, 1970, p. 97 y ss., 151 y ss., y vol. II, 89 y ss., 351 y ss.

LÉVY, «Neue Bruschtücke aus den Institutionem des Gaius», en *ZSS*, 54 (1934), p. 258 ss.

LONGO, *Corso di diritto romano. I diritti reali*, Cedam, Padova, 1962.

MASCHI, «Contributi allo studio delle servitù pretorie», en *BIDR*, 46 (1939), p. 274 ss.

MIQUEL, «Comentario del Código civil al art. 7 del C.c.», Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 37 ss.

D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1986.

PERIÑÁN GÓMEZ, «La doctrina de los actos propios y el derecho romano: una propuesta de lectura de D. 1.7.25.pr. (Ulp. 5 opin.)», en *Inter amicos. Jornadas romanísticas internacionales Inter Amicos: cultura jurídica romana y comunicación al presente, análisis históricos y jurídicos (Miranda de Ebro 21-23 de junio de 2019)*, AA.VV (Edit. Francisco Cuenca Boy), Ed. a cargo del Excmo. Ayuntamiento de Miranda de Ebro, 2021, p. 99 y ss.

RICCOBONO, «Traditio ficta», en *ZSS*, 34 (1913), p.159 ss.

RODRÍGUEZ MONTERO: «Aproximación a las formas de constitución de las servidumbres en el sistema civil», en *Homenaje a D. Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, tomo VIII, Madrid, 1988 (edit. 1992), p. 863 ss.

— *Cinco estudios sobre interpretación jurisprudencial romana*, Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2020, p. 25 ss.

SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, I (lezioni ordinate, curate, edite da Pietro Bonfante), Sampaloesi, Roma, 1928.

SEGRE, *La coproprietà e la comunione degli altri diritti reali*. (Anno Acadèmico 1930 - 1931) Giappicheli, Torino, 1931.

SOLAZZI: *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Jovene, Napoli, 1947.

— «Stipulazioni di servitù prediali», en *IVRA*, 5 (1954), p. 126 y ss.
TORRENT:«*Consortium ercto non cito*», en *AHDE*, 34, 1964, p. 479 ss.

— «*benignitas (benigne, benignius)*», en *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer S.L., Madrid, 2005, p. 132.

WACKE, «Zum “*dolus*”». Begriff der «*actio de dolo*»», en *RIDA*, 27 (1980), p. 349 y ss.

ZAHINO RUIZ, *La constitución de servidumbres voluntarias sobre fundo indiviso en el Código civil español*, Edersa, Madrid, 2002.

Fecha de recepción: 15.02.2022

Fecha de aceptación: 17.06.2022