

El requisito de la *perpetua causa*

by G. GEREZ KRAEMER

Nuestra exposición versa sobre un punto, el del requisito de la *perpetua causa*, de indudable interés por cuanto desde un punto de vista didáctico, incluso cada año, ante nuestros alumnos debemos enfrentarnos al problema de los requisitos de las servidumbre, y sin duda uno de los más controvertidos es precisamente el que nos ocupa.

Esta comunicación no pretende ser otra cosa que unas breves y sencillas reflexiones en torno a dicho requisito, a la luz de las fuentes y de la interpretación que sobre ellas llevó a cabo la jurisprudencia medieval y moderna; reflexiones que humildemente quieren sumarse a todas las de aquellos autores que han estudiado este principio y niegan su genuinidad ⁽¹⁾.

1) A partir del célebre trabajo de PEROZZI -*Perpetua causa nelle servitù prediali romane* (RISG 14,1, 1893)- la mayoría de la doctrina niega que este sea un requisito general y común a todas las servidumbres en contra de la máxima "*omnes servitutes perpetuam causam habere debent*". Coinciden en este punto autores como FERRINI (*Sulla perpetua causa delle servitù prediali romane*, AG 50, 1893), GROSSO (*Lezioni di diritto romano, le servitù prediali*, Modena, 1931-32, 156ss.), BONFANTE (*Corso III*, 31ss.), SOLAZZI (*Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali romane*, Napoli, 1947-40), CAPOGROSSI COLOGNESI (*Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano, 1966, 10) y PALMA (*Le derivazione di acqua ex castello*, Index 1987, 443ss.).

Tras el redescubrimiento científico del *Corpus Iuris*, los primeros que se encuentran con la regla de la *perpetua causa* son los glosadores y los comentaristas al enfrentarse con el famoso texto de Paulo D.8.2.28 (15 Sab.). Según ellos (gl. *ad "debent"*), *causa perpetua* equivale a continua: la causa de la servidumbre-el agua, en este caso- tiene que ser continua, no interrumpida; en consecuencia, todo aquello que "*manu fiat*" no tiene causa perpetua puesto que depende de la voluntad humana y, por lo tanto, es temporal, tiene un fin. Esta identificación "perpetuo-continuo" obliga a los juristas a hacer una excepción con la servidumbre de estilicidio ya que el agua de lluvia no cae continuamente, ininterrumpidamente sino de forma discontinua, intermitente. Por eso, afirman "*omnes servitutes perpetuas causas habere debent, vel quasi: ut in stillicidio (quod) semper habet, quasi perpetuam propter aptitudinem*" (2). Nos encontramos entonces con que el supuesto de hecho, es decir el agua de lluvia, que sirve de punto de partida o de precedente para la regla de la perpetua causa constituye una excepción a dicho principio.

Esta última circunstancia debería haber despertado las sospechas de los humanistas, primeros que se enfrentan

2) (gl. *ad l. foramen* : "*m.perpetuo*" y "*n.perpetuas*").

críticamente a la obra justiniana. CUIACIO, sin embargo, no repara en ello sino que, para salvar el escollo que representan las aguas zenitales, corrige la doctrina de sus antecesores negando esa identificación "perpetuo-continuo" y ofrece una nueva definición de la expresión *causa perpetua* aplicada a los *iura praediorum*. Según él, *causa perpetua* equivale a *causa naturalis*; identifica, por lo tanto, perpetuo con natural, fiel al tenor de D.8.2.28 ("...*ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur*"). En ese sentido, afirma que: "*quod ex caelo cadit non assidue cadit. Fateor, tamen eius causa est naturalis et ideo perpetuo fluere intelligitur*". De donde deriva la regla "*quod natura causa certa et perpetua est*" (3).

Es verdad que con esa concepción del requisito de la *perpetua causa*, se salva el problema de la irregularidad de las precipitaciones; no obstante, la teoría de CUIACIO -recogida después también por los pandectistas holandeses(4)- presenta, en nuestra opinión, ciertas dificultades insalvables.

En primer lugar, conviene señalar que esa identificación "*natural-perpetuo*" que lleva a cabo y que aparece en D.8.2.28,

3) (*Observ. 3.11*). Como ejemplo de hecho natural y, por lo tanto, perpetuo, CUIACIO cita la salida y el ocaso del sol y la luna: "*Causae naturales sunt. certae ut solis et lunae defectiones, et intermissiones, certae sunt*". No es del todo cierto que Cuiacio fuese el primero en hacer esta identificación perpetuo-natural, puesto que ya VIVIANUS en el s. XIII lleva a cabo esa ecuación: "*naturaliter fiat ut quando pluit, et tunc quianaturaliter immittitur, licet non continue, habet quam perpetuam causam. Et tunc est proprie servitus*" (gl. ad. "n. Perpetuas").

4) Vid. NOODT en su *Comm. ad lib. VIII, tit. IV*: "...*cum est naturalis aqua, eam Veteres perpetuam dicunt d. l. 28. Sive perennis sit aqua (...sive non sit, ut in stillicidio)*".

no nos parece del todo correcta: es verdad que determinados eventos naturales se reproducen a perpetuidad (como la salida del sol) o tienen lugar de una vez para siempre (como la modificación definitiva del cauce de un río, tal y como aparece descrita en D.43.12.1.5 por Ulpiano: “*Si tamen naturaliter creverit ut perpetuum incrementum nactus sit...*”); otros, sin embargo, son temporales (como las modificaciones momentáneas del cauce que en ocasiones sufren los ríos -*vid.* D.41.1.38, Alf. 4 *Dig. a Paulo epit.*) y, por lo tanto, de ningún modo pueden calificarse como perpetuos. La perpetuidad no es, creemos nosotros, una consecuencia necesaria de la naturalidad de un hecho.

En segundo lugar, hay que resaltar que esta tesis se apoya en un empleo del término “perpetuo” que no se encuentra en ningún otro lugar de las fuentes; normalmente -como ya hemos visto- “perpetuo” se opone a “temporal” pero nunca -salvo en D.8.2.28- a “*manu factus*”.

Finalmente, tenemos que poner de manifiesto que las consecuencias de la adopción de “*causa naturalis certa et perpetua est*” -como regla interpretativa que excluye de la categoría de servidumbre a todas aquellas realidades que consisten en una actividad humana, mientras que reconoce la posibilidad de constituir una servidumbre sobre cualquier agua, siempre que sea natural- son incompatibles con el estado de cosas que se deduce de las fuentes.

En ellas, en efecto, aparecen depósitos alimentados por aguas naturales sobre los que no cabe constituir una servidumbre : unos son los *stagna* -“*receptaculum aquarum quod temporalem*

contineat aquam ibidem stagnantem quae plerumque hieme cogitur”- ; se trata sin duda de una realidad natural, alimentada por aguas naturales (las de la lluvia), dotadas, por lo tanto (según D.8.2.28 (5)), de *perpetua causa*. Sobre ellos, sin embargo, no cabe establecer una servidumbre (como afirma el texto de Paulo que nos ocupa en su inciso final, por no ser sus aguas ni *perennes* ni *vivas*). Junto a éstos se encuentran las *cisternae* que, como bien sabemos, son depósitos alimentados por aguas de lluvia sobre los que, a pesar de estar provistos de aguas naturales, no cabe constituir una servidumbre *haustus aquae* (D.43.22.1.4 Ulp. 70 *ed.* (6)). Podría pensarse que el impedimento no deriva del origen de sus aguas, de sus características (*i. e.* no tratarse de *aqua viva*) sino del hecho de que se trata de un depósito artificial, *manu factus* y, por ello, desprovisto de *causa perpetua* (“*non habet perpetuam causam quod manu fit*”). Hipótesis, sin embargo, inaceptable. En efecto, por un lado, el pretor en el edicto alude expresamente a los *putei*, los *lacus* y las *cisternae* (todos ellos creados por la mano del

5) D.8.2.28 (Paul. 15 *ad Sab.*) : *Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex caelo aquae veniat (neque enim perpetuam causam habet quod manu fit): at quod ex caelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.*

6) D.43.22.1.4 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Hoc interdictum de cisterna non competit : nam cisterna non habet perpetuam causam nec vivam aquam. ex quo apparet in his omnibus exigendum ut viva aqua sit, cisternae autem imbribus concipiuntur. Denique constat interdictum cessare, si lacus piscina puteus vivam aquam non habeat.*

hombre y, en esa medida, desprovistos de causa perpetua), a los que extiende la aplicabilidad del interdicto *de fonte*, reconociendo, de ese modo, la posibilidad de constituir una *servitus haustus aquae* desde ellos. Excluye, no obstante, a la cisterna que no se diferencia en nada de los anteriores aljibes, si no es por el origen de sus aguas (que son naturales pero no vivas). Esta apreciación coincide además con las palabras del jurista Ulpiano que niega la aplicación del interdicto y, por lo tanto, la posibilidad de constituir la servidumbre de extracción de agua, si los aljibes mencionados no están alimentados por aguas vivas, sin atender a las características de los depósitos (D.43.22.1.4, “*Denique constat interdictum cessare, si lacus piscina puteus vivam aquam non habeat*”). Es el tipo de aguas que constituyen la fuente de alimentación y no el hecho de que estemos ante una realidad *manu facta* lo que determina la aplicabilidad del interdicto. En ambos casos se trata de aguas naturales; a pesar de todo, el pretor distingue en atención a la fuente de alimentación entre aguas vivas y pluviales, excluyendo estas últimas de la servidumbre *haustus aquae*. Sorprende, por lo tanto, la mención que hace Ulpiano en D.43.22.1.4 al requisito de la *perpetua causa*; todo parece indicar que es fruto de una alteración. En efecto, tanto el pretor como el jurista en su comentario al edicto sólo aluden y prestan atención a la exigencia del *aqua viva*. Asimismo, la interpretación que el autor de D.8.2.28 hace del requisito que nos ocupa excluye a los actos *manu facti*, lo cual se opone frontalmente al régimen del interdicto. De todo ello se deriva que algunos depósitos *manu facti* pueden ser objeto de una servidumbre mientras que no todas

las aguas naturales lo son. Es esta una conclusión que contradice el principio expuesto en D.8.2.28 que recoge más tarde CUIACIO.

En este contexto, conviene también detenerse en la servidumbre de cloaca. Es esta una servidumbre de aguas, cuya finalidad no es ya la de abastecimiento sino la de desagüe. Sus aguas aparecen designadas por Ulpiano en su comentario al edicto con el término “*colluvies*”; no se trata de aguas naturales ya que normalmente en las grandes urbes las *insulae* estaban privadas de agua corriente y ésta solía traerse de las fuentes públicas o adquirirse en la vía pública a los *aquarii* (7). No puede por lo tanto afirmarse, de acuerdo con CUIACIO, que tengan causa perpetua; sin embargo, sobre ellas cabe establecer una servidumbre, la de desagüe. Sorprende todavía más este hecho si nos fijamos en que la actividad en que consiste la servidumbre de cloacas -el vertido de aguas residuales- es muy semejante a aquella descrita por Paulo en D.8.2.28 con el verbo “*proluo*” (8); pese a ello, en un caso puede dar lugar a una servidumbre y en el otro no.

Llegados a este punto es fácil percibir cómo la definición de CUIACIO de la regla de la perpetua causa no resiste su confrontación con las fuentes. Es posible, en efecto, encontrar por un lado receptáculos alimentados por aguas naturales sobre

7) Mart., *Epigrammata* 9.18 ; Plaut., *Poenulus* 217 ss.

8)) *Colluo*: lavar, limpiar; correr, fluir. *Proluo*: bañar, regar, arrastrar inundando; ambos aluden, por lo tanto, a la acción de arrastrar las inmundicias mediante la fuerza de las aguas.

los que no puede constituirse una servidumbre y, por otro, aguas muertas y no naturales, según Paulo “desprovistas” de causa perpetua que sí lo permiten. Además, aljibes elaborados por la mano del hombre -*manu facti*, por lo tanto- pueden a su vez ser objeto de una *servitus aquae haustus*. Vemos entonces, como los dos únicos textos que aluden explícitamente al requisito de la *perpetua causa* presentan, cada uno por su lado, además de problemas muy graves de comprensión, importantes contradicciones. Asimismo, ambos textos son irreconciliables entre sí puesto que uno niega que tengan causa perpetua los actos *manu facti*, mientras que el otro reconoce la posibilidad de constituir una servidumbre sobre aljibes construidos por el hombre. Estamos, sin duda, ante un enunciado no clásico, resultado de una alteración del texto original.

Todos estos argumentos quieren sumarse a los que otros autores, como los ya mencionados⁽⁹⁾, han expuesto ya. Queremos, sin embargo, ir más allá, dar un paso más, y preguntarnos por el origen de esta regla de la *perpetua causa*.

PEROZZI en su estudio ⁽¹⁰⁾ sobre dicho principio, después de concluir que no es genuino, se pregunta por el sentido de este requisito. Tras afirmar que *perpetuo*, *perenne* y *viva* son todos calificativos sinónimos aplicados a las aguas (“Indiscutibile

9) *Vid.* nt¹.

10) No es el único que se pregunta por el origen de este requisito puesto que tanto SOLAZZI como CAPOGROSSI COLOGNESI lo hacen también. Sin embargo ninguno de estos dos últimos autores ofrece hipótesis alguna, quizás por remitirse al estudio de aquél.

che... *perpetua causa* exprime solo la qualità dell'acqua di essere viva nel senso di perenne, di continuamente rinnovantesi". p. 235) explica el requisito de la perpetuidad -restringido, según él, a las servidumbres de aguas y particularmente a la de acueducto- con la ayuda de la conocida máxima atribuida por Ulpiano a Labeón en el contexto del interdicto *quod vi aut clam*: "*portio agri videtur aqua viva*" (*ibid.* 11pr.). Al ser las aguas vivas, perennes o perpetuas una parte del fundo, se estaría cumpliendo el requisito de que sea un beneficio o utilidad de este, una parte del fundo, pues, la que preste el servicio en que consiste la servidumbre. "Una servitù d'uso d'acqua viva è valida perchè codesta acqua è *portio fundi*"⁽¹¹⁾, declara.

Sin entrar en la discusión acerca de la autoría y la clasicidad de la máxima "*portio agri videtur aqua viva*"⁽¹²⁾ -en nuestra opinión, conforme las concepciones hidrográficas romanas, como se deduce de numerosas fuentes de distinta naturaleza y demuestra L. CAPOGROSSI COLOGNESI en su estudio sobre las servidumbres de aguas⁽¹³⁾- estamos de acuerdo con PEROZZI en que el origen del requisito o la regla de la perpetuidad hay que buscarlo en materia de aguas: en efecto, los dos únicos textos en que aparece se ubican en este contexto y más concretamente en el

11) *Vid. o.c.* 242.

12) *Vid.* al respecto FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetto quod vi aut clam*, Milano, 1998, y bibliografía allí citada (np.1). DI PORTO A., *La tutela della "salubritas" fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*, BIDR 1989 (271 ss.).

13) *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano, 1966.

de las servidumbres de aguas. Además, es significativo que toda la doctrina desde los glosadores hasta hoy, a la hora de justificar o negar este requisito acabe, invariablemente, remontándose a la aguas. Diferimos con PEROZZI, no obstante, en su justificación de la regla de la perpetuidad, fundamentada una distinta concepción del significado del término “perpetuo”.

Sostiene PEROZZI, explicando la expresión *causa perpetua* que aparece en D.43.22.1.4, que ésta no alude a una cualidad de los fundos sino a una característica de las aguas que tendrían carácter o naturaleza -por *causa*- continua. “Continua” ya que en el contexto de las servidumbres el término perpetuo no aludiría a una acción eterna, sin fin sino a un hecho continuo, no interrumpido. El sentido de perpetuo equivalente a eterno, declara el autor, es secundario y extraño al marco de las servidumbres.

El vocablo “*perpetuo*” (o derivados) es muy común en las fuentes, aunque en materia de aguas aparezca en contadas ocasiones, concretamente en los textos siguientes: D.8.2.28 (Paul. 15 *Sab.*; ¿itp?), D.8.3.23.1 (Paul. 15 *Sab.*), D.43.12.1.5 (Ulp. 68 *ed.*), D.43.14.1.3 y 4 (Ulp. 68 *ed.*) y D.43.22.1.4 (Ulp. 70 *ed.* ¿itp?), siempre en boca Paulo o Ulpiano. Si dejamos de lado los textos sospechosos de interpolación, nos encontramos con que es empleado para caracterizar las aguas (igual que otros adjetivos como *perenne*, *viva*, *torrencial*...) o para describir o calificar un uso posible sobre las mismas (“*aquae quae perpetuo duci possit*”). En ambos casos pretende subrayar ante todo que determinada situación nunca concluirá, nunca

tendrá fin, o -como dice PECCHIUS en su tratado *de Aquaeductus*- “*semper permanebit*” (14).

Esa situación puede permanecer indefinidamente de forma ininterrumpida, continuada (como el *lacus* “*quod perpetuam habet aquam*” (15) o como el agua perenne “*quae perpetuo duci possit*” (16)) -estaríamos entonces ante lo que PECCHIUS califica como un hecho *continuum quod sit sine intervallo*- o puede consistir en un hecho que se reproduce sin límite, a intervalos de tiempo determinados (periódicos, como la salida del sol, o no, como las precipitaciones). En este último caso, se trataría de un hecho perpetuo.

La “perpetuidad”, por lo tanto, alude a la permanencia de una situación, pretende subrayar que ésta no tiene fin. La “perennidad” o la “continuidad”, sin embargo, muestran que

14) Franciscus Maria PECCHIUS es un jurista del s. XVII, autor de un importante *Tractatus de aquaeductu* publicado en Pavía en 1686 y pensado para las condiciones hidrográficas y agrarias de la Baja Lombardía y correspondientes a un cultivo casi exclusivamente de regadío; su contenido consiste en reflexiones sobre problemas de aguas públicas y privadas, con el fin de elaborar una base teórica de la institución de la concesión.

15) *Vid.* D.43.14.1.3 y D.8.3.23.1.

16) D.43.20.1.3 (Ulp. 70 *ed.*): *Duo autem genera sunt aquarum: est cottidiana, est et aestiva. Cottidiana ab aestiva usu differt, non iure. Cottidiana ea est quae duci adsidue solet vel aestivo tempore vel hiberno, etiamsi aliquando ducta non est. ea quoque dicitur cottidiana, cuius servitus intermissione temporis divisa est. Aestiva autem ea est qua aestate sola uti expedit, sicuti dicimus vestimenta aestiva, saltus aestivos, castra aestiva, quibus interdum etiam hieme, plerumque autem aestate utamur. Ego puto probandum ex proposito utentis et ex natura locorum aquam aestivam a cottidiana discerni: nam si sit ea aqua quae perpetuo duci possit, ego tamen aestate sola ea utar, dicendum est hanc aquam esse aestivam: rursus si ea sit aqua quae non nisi aestate duci possit, aestiva dicitur: et si ea sint loca quae natura non admittant aquam nisi aestate, dicendum erit recte aestivam dici.*

determinado acontecimiento sucede, tiene lugar sin interrupción. No son sinónimos, por tanto, “perpetuo” y “perenne”. El distinto significado de los calificativos que nos ocupan es todavía más fácil de apreciar si nos fijamos en las diferencias existentes entre “perenne” y “continuo”: mientras que el primero hace referencia a una situación que se desarrolla de modo ininterrumpido a lo largo de un determinado plazo de tiempo, el año (como se deduce de su propia etimología *-per annus-*), el segundo se refiere también a un hecho de las mismas características pero sin referirse a límite temporal alguno. Es este, por lo tanto, un matiz que sugiere en el vocablo “perenne” un límite temporal que no se encuentra en la idea de perpetuidad y que diferencia aún más ambos términos (17).

Por otro lado, sabemos -lo hemos comentado anteriormente- que el razonamiento de PEROZZI se apoya en que el empleo de “perpetuo” equivalente a “eterno”, “sin fin” es extraño al contexto de las servidumbres; se olvida, sin embargo, de un texto ya citado, D.43.20.1.3, en el que este término aparece -precisamente en materia de servidumbres (la de acueducto)- para designar aquella actividad que es posible llevar a cabo *ad aeternum*, sin límite temporal, pero no necesariamente de modo continuado ya

17) No contradice esto la expresión *edictaperpetua* (para designar aquel conjunto de medidas que pensaba seguir en su jurisdicción el magistrado a lo largo de todo su cargo) frente a *edicta repentina* (emanados en un momento determinado de la magistratura, con motivo de una circunstancia concreta). En este contexto, *perpetuum* pretende precisamente resaltar el hecho de que el edicto con que inicia su cargo el magistrado se aplica a lo largo de toda la magistratura, sin límite temporal alguno en el seno de ésta, a diferencia de los puntuales.

que, como por todos es bien sabido y se deriva de la rúbrica del interdicto, la servidumbre de acueducto podía ejercitarse cotidianamente (*aqua cottidiana*) o por estaciones (*aqua aestiva*).

Todo lo exuesto se opone a la interpretación que del requisito de la perpetua causa hace PEROZZI, al identificar *perpetuus*, *perennis* y *viva*, y nos urge a buscar sus precedentes en otro lugar.

Quien llevó a cabo las alteraciones que consisten en la introducción de dicha regla en las fuentes, probablemente actuó movido por un afán sistematizador, al querer afirmar un requisito válido para todas las servidumbres, lo cual apunta a un jurista postclásico. Por ello, lo más adecuado para buscar sus antecedentes es, creemos nosotros, remontarnos a las fuentes clásicas en materia de servidumbres y, en especial, de servidumbres de aguas. En ese marco el vocablo “perpetuo” es empleado, como ya sabemos, en pocas ocasiones y describe siempre una situación que no tiene fin (un muro que se levanta indefinidamente -D.8.2.33-, un lago perpetuo -D.8.3.23.1-, o un uso siempre posible). Los dos primeros textos hacen referencia a un hecho objetivo que debe concurrir para que la servidumbre sea válida (el *paries perpetuus* o el *lacus perpetuus*), mientras que el segundo desde otra perspectiva alude a una servidumbre cuyo uso, perpetuo, sólo será posible si aparece uno de los requisitos objetivos necesarios (la perennidad de la aguas). A la vista de estos textos, tal vez el jurista postclásico quiso, mediante una desafortunada regla, insistir en que para que una servidumbre sea

válida y las facultades de uso en que consiste sean posibles, es necesario que concurren sus requisitos específicos.

Sin embargo y como hemos visto, no se puede afirmar -sirva esto de conclusión- que existe un requisito común a todas las servidumbres en virtud del cual la utilidad que proporciona un fundo a otro tenga que consistir en un situación continua o natural. La expresión “causa perpetua”, en nuestra opinión, no es clásica y de ella no es posible extraer un requisito general y común a todas las servidumbre ya que cada una presupone una serie de requisitos objetivos propios, cuya especialidad no siempre se pliega a las reglas de la continuidad o la naturalidad. La afirmación de la falta de clasicidad de la “*causa perpetua*” no es, desde luego, nueva. Pero al replantearnos la cuestión, han surgido argumentos diferentes de los tradicionales, que nos han llevado a una revisión de la crítica textual operada por la doctrina.