

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos
[Sección Derecho Romano]
XXIV (Valparaíso, Chile, 2002)

¿CESACIÓN DE LA INTROMISIÓN E INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO CAUSADO A TRAVÉS DEL EJERCICIO DE LA *ACTIO NEGATORIA*?

ALEJANDRO VALIÑO
Doctor de la Universidad de Valencia

En torno a la *actio negatoria* se plantea la cuestión de la amplitud de su legitimación pasiva de modo de deber determinarse si se dirige contra todo aquel que realiza una *immissio*, o sólo contra quienes pretenden con la intromisión autoinvertirse de un derecho de servidumbre no constituido voluntariamente. El asunto ha dividido a la doctrina sobre la base de la existencia o inexistencia de una tipicidad de las servidumbres¹.

Para los defensores de la tipicidad, la *actio negatoria* se dirige sólo contra quienes se atribuyen un derecho de servidumbre exteriorizado a través de una *immissio*, y éste sería el régimen propio del derecho clásico, aunque los discípulos de Servio (Alfeno) parecen anticiparse a la concepción abstracta de la categoría de las servidumbres, más propia del derecho clásico tardío². De este modo,

¹ Así, RAINER, *Der Bausstop im römischen Recht*, en *OIR*. 3 (1997), p. 58 y SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen der Immissionen im römischen Recht und in ausgewählten europäischen Rechtsordnungen. Unter besonderer Berücksichtigung des geltenden deutschen und spanischen Rechts* (Göttingen, 2000), p. 58 se hacen eco de esta doble dirección en el seno de la doctrina.

² PEROZZI, *La struttura delle servitù prediali in diritto romano*, en *Scritti Giuridici*, II: *Servitù e obbligazioni* (Roma, 1948), p. 11 s. Señala el autor cómo en algunos pasajes vienen configuradas como servidumbres distintas pequeñas variantes de una misma facultad de goce, como es el medio a través del cual se verifica el paso. Así se expresa en p. 13: “Queste distinzioni tra servitù tanto affini provano evidentemente che le menti discernevano, per varie cause, certe facoltà da altre, ed erigevano a caratteristiche di singoli diritti le singole facoltà”; GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, en *SDHI*. 3 (1937), p. 265; BOHÁČEK, *Nuovi studi sulle “actiones negativae”*, en *BIDR*. 46 (1939), p. 186 ss.; SARGENTI, *Sulla responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza*, en *Studi in onore di*

sólo cuando la intromisión responde al contenido de una servidumbre típica, puede ejercitarse, si no se encuentra constituida, la *actio negatoria*, aunque el criterio de la tipicidad debe combinarse con el criterio del *numerus apertus* en lo que a la creación de nuevos tipos de servidumbre se refiere, pues la actividad creadora de la Jurisprudencia incorporó nuevas servidumbres que responden a las notas de la utilidad y permanencia del servicio, como paso previo a la definitiva generalización y abstracción de la categoría³.

En cambio, quienes niegan la idea de tipicidad reconocen en toda intromisión la pretensión de un derecho real, por lo que, para ellos, la *actio negatoria* sería más bien una acción general de defensa de la propiedad frente a cualquier perturbación, con independencia de cuál haya sido la intención subjetiva del agente al desplegar tal conducta, esto es, tanto si ha procedido de tal modo por creerse titular de un derecho real que venía a amparar su actuación como si en todo momento era consciente de la falta de título para comportarse de tal modo⁴. A esta

Pietro di Francisci (Milano, 1956), III, p. 352; BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano* (Milano, 1969), p. 43; GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano* (Torino, 1967), p. 178 y *Le servitù prediali nel diritto romano* (Torino 1969), p. 68; RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht* (Graz, 1987), p. 105, quien limita la *actio negatoria* “nur jene, die als Dienstbarkeit aufgefaßt werden konnten”; y FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht* (Aachen, 1996), p. 120. Son muchos los autores que han mostrado su interés sobre el tema de la tipicidad, pero quedando fuera de nuestro estudio un argumento tan amplio, tan sólo merece la pena destacar las recientes aportaciones a la cuestión por parte de RAINER, *Zum Typenzwang der servituten: vom römischen recht zum BGB*, en *Collatio iuris romani. Etudes dédiées à Hans Ankum* (Amsterdam, 1995), II, p. 415 ss.; BURDESE, *Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano*, en AG. 218 (1998), p. 3 ss.; y CURSI, *Il “modus servitutis”. Il ruolo dell’autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali* (Napoli, 1999), p. 8 ss.

³ BIONDI, *Le servitù prediali* cit., p. 45 y BURDESE, *Sulla tipicità*, cit., p. 5 y 7. BIONDI señala así cómo el jurista aporta su tecnicismo y busca siempre la analogía como instrumento creador, mientras que el Pretor, en su actividad instructora, modifica con esta finalidad la rigidez original de la *vindicatio servitutis* como instrumento creador a través de la *in iure cessio servitutis*. Tal reconocimiento ya puede verse en ARANGIO-RUIZ, *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana*, en *Il Foro Italiano* 59 (Roma, 1934) 11, p. 11 ss. Vid. también RAINER, *Bau- und nachbarrechtlichen Bestimmungen* cit., p. 17 y SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen* cit., p. 62.

⁴ BOHÁČEK, *Nuovi studi* cit., p. 178 s.; CAPOGROSSI-COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione del “iura praediorum” nell’età repubblicana* (Milano, 1976), p. 502 n. 2 y en *ED. 37* (Milano 1988), s. v. *Proprietà (diritto romano)*, p. 211. También cfr. GIUFFRÈ, *L’emersione dei “iura in re aliena” ed il dogma del “numero chiuso”* (Napoli, 1992), p. 186; SITZIA, *Ricerche in tema di “actio aquae pluviae arcendae” dalle XII Tavole all’epoca classica* (Milano, 1977), p. 57 n. 61; y BIGNARDI, “*Actio, interdictum, arbores*”. *Contributo allo studio dei rapporti di vicinato*, en *Index 12* (1983 - 1984), p. 481, EL MISMO, *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio de una “regula iuris”* (Milano, 1992), p. 124 s. Esta tendencia hacia la ampliación del ámbito de aplicación de la *actio negatoria*, apunta BURDESE, *Sulla tipicità* cit., p. 17 s., es propia de los discípulos de Servio Sulpicio Rufo, de modo que la acción viene a constituir el recurso por excelencia para encontrar tutela frente a las más variadas injerencias de que pueda ser objeto el dominio y, al mismo tiempo, tal ampliación provoca el abandono

generalización de la categoría contribuyó el hecho de que la estipulación, promesa abstracta susceptible de recoger cualquier contenido lícito, se introduce en época tardía como modo de constitución, bastando la mera promesa de tolerar ciertas perturbaciones o de abstenerse del ejercicio de ciertas facultades inherentes al propietario⁵. También, la tendencia postclásica a restringir el ejercicio de la *vis privata* y los interdictos sustitutivos de la misma y la consideración como *possessio iuris* de ciertas situaciones fácticas, que se traducían en el goce de servicios no calificados en el período clásico como auténticas servidumbres y que sólo podían quedar reprimidos a través de un nuevo recurso centrado en la ausencia de tal derecho y de las facultades a él anexas en la persona del demandado⁶.

En D. 8, 5, 8, 5 (Ulp., 17 *ed.*), Aristón entiende que el humo de una fábrica de quesos no debe ser tolerado si no se ha constituido una servidumbre que tenga por contenido tolerar tal intromisión. En realidad, Aristón, apoyándose en Alfeno, plantea el problema de la tolerabilidad de la intromisión en relación con el de su intensidad y acomodación al uso ordinario que de una cosa de tal naturaleza puede hacerse, concluyendo, por consiguiente, que para la tolerancia del humo procedente de una fábrica de quesos se requiere la constitución de una servidumbre que tenga tal contenido. Para ambos juristas, la acción aplicable sería igualmente la *actio negatoria*, dirigida a negar el derecho a verificar tal intromisión de humo en la medida en que no hubo expresa constitución del servicio (*ius non esse*)⁷,

del criterio de la tipicidad de las servidumbres, admitiéndose que una intromisión, de cualquier naturaleza que fuere, puede ser objeto de una servidumbre destinada a su tolerancia, siempre que la misma se encuentre presidida por el criterio de la utilidad para el fundo dominante. Cfr. las consideraciones que hace también DI PORTO, *La tutela della "salubritas" fra editto e giurisprudenza*, I: *Il ruolo di Labeone* (Milano, 1990), p. 75 n. 240 y FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen* cit., p. 120 s., quien admite la *actio negatoria* frente a conductas que en modo alguno podrían ser constitutivas de una servidumbre. En esta misma línea y en relación con la acción negativa del usufructo se había expresado BOHÁČEK, *L' "actio negativa" nell' ambiente dell' usufrutto*, en *BIDR.* 44 (1936 - 1937), p. 25.

⁵ BIONDI, *Le servitù prediali* cit., p. 47. En el mismo sentido señala SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen* cit., p. 64 cómo la evolución iniciada en el período clásico de la categoría de las servidumbres permitió, siempre con el respeto de determinados principios, constituir servidumbres de diverso contenido, con la concurrencia de las notas de "Notwendigkeit" y "Nützlichkeit". Del mismo modo, a propósito del usufructo, la acción estipulatoria derivada de la *cautio usufructuaria* constituye también para el nudo propietario un remedio apto para exigir la restitución cuando el usufructuario no tiene más derecho a continuar aprovechándose del objeto fructuario. Vid. BOHÁČEK, *L' "actio negativa"* cit., p. 26, quien en páginas siguientes admite, en caso de falta de prestación previa de la *cautio*, la acción reivindicatoria a favor del nudo propietario, pues aun reconociendo que el usufructuario no es poseedor, sin embargo, en ocasiones se le concede igualmente el beneficio de la tutela interdictal en calidad de útil, por lo que, con idéntica técnica, bien podría concedérsele la posibilidad de entablar la *vindicatio rei*.

⁶ BOHÁČEK, *Nuovi studi* cit., pp. 188 ss.

⁷ LENEL, *Das edictum perpetuum*³ (Leipzig, 1927), p. 191 señala cómo "die *actio negatoria* mit ihrem *ius non esse* sei dem und nur dem Gegner gegenüber am Platz gewesen, der eine zivile Servitut, ein eingetliches *ius in Anspruch nahm*".

puesto que el perjuicio derivado de una actividad industrial como la desplegada por una fabrica destinada a ahumar quesos sólo resulta tolerable si así lo han acordado los dueños de los predios interesados sobre la base de la intensidad de la molestia y su carácter extraordinario de acuerdo con las convenciones sociales imperantes. En esta medida, el pasaje nos muestra idéntico criterio cuando el perjuicio consiste en verter agua o sustancias de otra naturaleza sobre un predio inferior, incluso en aquellos supuestos en los que la intromisión se verifique por actividades iniciadas en el propio fundo. El pasaje, por encima de su crítica textual, viene a mostrar una tendencia a concebir la acción como un recurso general de defensa del propietario dirigido a paralizar las intromisiones del vecino amparadas sobre la base de una pretendida e inexistente titularidad⁸.

⁸ D. 8, 5, 2 pr. (Ulp., 17 ed.); *negatoria domino qui negat*, y Gai. IV, 3: *aut cum actio ex diverso adversario est negativa*. Vid. LENEL, *Das edictum perpetuum*³ cit., p. 193 s.; TREVÈS, *NNDI*. (Torino, 1958), s. v. *Azione confessoria e negatoria (diritto romano)*, p. 58 s.; y KASER, *Römisches Privatrecht*¹⁶ (München, 1992), p. 129. Por otra parte, RODGER, “*Actio confessoria*” and “*actio negatoria*”, en *ZSS*. 88 (1971), p. 190 y 212 s., en orden a su intento de defender la clasicidad de los términos *actio confessoria* y *actio negatoria*, señala cómo el término “*negativae*” en Gai. IV, 3 no tiene un sentido técnico, sino que Gayo viene a diferenciar dentro de la categoría de las *actiones in rem* entre positivas y negativas. Vid. al respecto BOHÁČEK, *Nuovi studi* cit., p. 179 ss. En relación con el usufructo, particularidades muestra la *actio negatoria*, cuyo ejercicio no requeriría, según la exégesis que de D. 7, 6, 5 pr. (Ulp., 17 ed.) lleva a cabo BOHÁČEK, *L’“actio negativa”* cit., p. 34 y 37, “la prova di proprietà da parte dell’attore”, del mismo modo que no se dirige a negar necesariamente la existencia de un derecho de usufructo, sino que éste corresponda al demandado (p. 40). No me parecen adecuadas las observaciones del autor checo y sí, frente a él, acertadas las consideraciones que ponía de relieve BIONDI, “*Actio negativa*” ed “*actio prohibitoria*” come azioni a difesa delle servitù e dell’usufrutto, en *Scritti giuridici* (Milano, 1965), II, p. 601 s. en el sentido de que a través de la *actio negatoria* lo que hace el *dominus* es afirmar la libertad del dominio, esto es, la ausencia de gravamen sobre el mismo y no únicamente negar el derecho en cabeza del demandado. Se nos presenta como poco probable que el *dominus* ponga en marcha un proceso dirigido a negar el infundadamente atribuido derecho de usufructo de un tercero cuando el legítimo usufructuario, que es quien realmente se ve perturbado en el desempeño de sus facultades, dispone para la tutela de su derecho contra quien se entromete de la *vindicatio ususfructus* dirigida al reconocimiento de su derecho, puesto que de acuerdo con la exégesis minuciosa de BOHÁČEK, *L’“actio negativa”* cit., p. 49 ss., la legitimación pasiva en esta acción no puede circunscribirse al *dominus* que, con su conducta, obstaculiza el ejercicio del derecho de usufructo, como también admite BIONDI, “*Actio negativa*” cit., p. 605 ss. De acuerdo con ello, tampoco compartimos la tesis de BIONDI relativa a la consideración de la *actio negativa* como una acción de defensa del usufructo o la servidumbre frente a terceros perturbadores, pues tal defensa queda suficientemente garantizada con las oportunas *vindicaciones*, dirigidas siempre a reprimir el estado de hecho que impide el ejercicio del derecho propio, una vez superado el obstáculo de la pretendida estrechez de su legitimación pasiva. En relación con el ejercicio de la *vindicatio rei*, presupuesto esencial es que el *dominus* pierda la posesión de la cosa, lo cual no acontece cuando alguien se autoinvierte de un derecho de servidumbre o de usufructo, conducta cuya represión se verificará adecuadamente mediante la *actio negatoria* del pretendido derecho limitativo del dominio. Esta duplicidad de recursos en favor del *dominus* no se da en favor de los titulares de derechos reales, puesto que en cuanto que no son poseedores, no hay pérdida de

Por lo que atañe al alcance reparador de su expedición, la *actio negatoria* se dirigiría a conseguir el cese de una perturbación más bien estable, puesto que la *intentio* de la fórmula, siguiendo la redacción edictal propuesta por Lenel, tan sólo contiene una referencia a un *ius non esse*⁹. Es más, como acción negativa que es, complementaria por la vía contraria de las *vindicationes* al menos por lo que al *dominus* se refiere, aun siendo real por la referencia que contiene al pretendido derecho que niega, su *intentio* hace alusión en primer término al demandado y subsiguientemente a la carencia de las facultades por él pretendidas (*ius non esse* de cualquier naturaleza, limitativo del dominio)¹⁰. Su *condemnatio*, naturalmente pecuniaria, se verificaría sobre la base de la cuantía objeto del *iusiurandum in litem* deferido al demandante, reconociéndose de este modo la posibilidad de que el demandado pueda adquirir las facultades pretendidas, en calidad de usufructuario o titular de una servidumbre a través del pago de la *litis aestimatio*, que seguiría a la desobediencia ante la orden de restitución o de prestación de caución para ello¹¹. La redacción edictal, no obstante, incorpora también la cláusula arbitraria propia de las *vindicationes*¹², de modo que al hecho de acogerse a la misma

la misma, por lo que la *vindicatio* de la que pueden servirse debe entenderse como exigente, más que de la cosa, de las facultades que sobre la misma pueda un tercero haberse atribuido en su perjuicio y sólo en esta medida, pues nada impediría que el *dominus* hubiera constituido en favor de un tercero un derecho de servidumbre, que no atenuara la intensidad del preexistente por el mero hecho de la concurrencia en el ejercicio de una facultad solidaria como es el uso. Con todo, la redacción que presenta la *vindicatio servitutis* de ciertas servidumbres que imponen al predio sirviente un no hacer que sería legítimo al titular de no haberse constituido la limitación (*servitus ne alius tollatur o servitus ne luminibus mearum aedium officiat*) determina que para ellas quede reservado el término de *actiones negativae*, distinto, por consiguiente, de la *actio negatoria* que tiene el propietario en aras a preservar la libertad del dominio. Cfr. BOHÁČEK, *Nuovi studi* cit., p. 143 ss.

⁹ LENEL, *Das edictum perpetuum*³ cit., p. 193 s.

¹⁰ *Si paret N° N° ius non esse invito A° A°*. Vid. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt* (Lipsiae, 1869), p. 79 s. y LENEL, *Das edictum perpetuum*³ cit., p. 193 s. La afirmación de que el demandado «no tiene derecho a» comporta necesariamente como deducción lógica la facultad de prohibir que tales conductas perturbadoras continúen siendo desplegadas, algo que igualmente resulta reprimible por la vía interdictal. Así, en D. 8,5,9 pr. (Paul., 21 ed.) se equipara a la *immissio* in alieno, tradicional supuesto de aplicación del interdicto *quod vi aut clam* el caso del titular de servidumbre de paso que construye en el camino, excediéndose de este modo de las facultades inherentes al derecho del que es titular. De ahí que se afirme un derecho a prohibir sobre la base de un *ius non esse aedificandi vel aedificatum habendi*.

¹¹ Puede verse en D. 8, 5, 7 (Paul., 21 ed.): *si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit*. Vid. CHIAZZESE, “*Jusiurandum in litem*” (Milano, 1958), p. 176 s.; PROVERA, *Contributi allo studio del “iusiurandum in litem”* (Torino, 1953), p. 25; y PEZZANA, *ED.* (Milano 1959), IV, s. v. *Azione confessoria e negatoria (diritto romano)*, p. 840.

¹² Los editores del Edicto Perpetuo excluyen la cláusula arbitraria en las distintas modalidades de *actiones negativae* que reproducen en las rúbricas dedicadas a la tutela del usufructo y la servidumbre. Así, RUDORFF, *De iuris dictione* cit., p. 79, tan sólo parece reconocerla a

por parte del demandado seguiría la consiguiente prestación de caución para el caso de eventuales reiteraciones en su pretensión de intromisión en una propiedad ya reconocida como libre¹³.

En cuanto al perjuicio ya verificado, aparentemente se debería resarcir por medio de las acciones de la Ley Aquilia o, en el caso de haberse prestado, por medio de las acciones estipulatorias a que puede dar lugar la *cautio damni infecti*, con la ventaja de que el examen sobre el dolo o la culpa queda excluido en este último caso¹⁴. La exclusión de la *actio negatoria* como acción reparadora del perjuicio se adivina, como ya hemos puesto de relieve, de la propia redacción edictal de la misma, donde no se hace referencia al daño y sí, en cambio, a un *ius non esse*, presentándose de este modo como una fórmula complementaria de la

propósito de la servidumbre negativa de *non altius tollendi*, pero en este caso, más que dirigirse la *intentio* a negar el derecho del demandado, reconocería el del demandante a impedir que el demandado levante más alto. LENEL, *Das edictum perpetuum*³ cit., p. 193 niega que la *actio negatoria* tenga cláusula restitutoria a la vista de D. 5, 3, 19, 3 (Paul., 20 ed.), que circunscribe el efecto restitución exclusivamente a las cosas corporales. No obstante, en relación con un derecho como el de servidumbre, la restitución se traduce en el cese de aquellas conductas que impiden su ejercicio conforme a su destino natural y en el restablecimiento del estado de hecho que posibilita el ejercicio del derecho de servidumbre. En este sentido, podemos apoyarnos en D. 8, 5, 4, 2 (Ulp., 17 ed.), donde Labeón y Pomponio hacen comprender en la acción negatoria indemnización por los frutos, entendiendo como tal el interés pecuniario del demandante en que la conducta del demandado no vuelva a verificarse (*commodum*). En este orden de cosas, podemos señalar otros pasajes como D. 8, 5, 6, 6 (Ulp., 17 ed.) y D. 22, 1, 19, 1 (Gai., 6 ad l. XII Tab.) Vid. al respecto KASER, “Restituere” als Prozeßgegenstand. Die Wirkungen der “litis contestatio” auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht² (München, 1968), p. 18. Por la cláusula restitutoria vid. SEGRÈ, *La clausola restitutoria nelle azioni “de servitutibus” e le formule delle azioni relative alla “servitus oneris ferendi”*, en BIDR. 41 (1933), p. 25 ss., para quien, acertadamente en p. 35, la exclusión de la servidumbre en la restitución de la herencia es una especialidad de la *hereditatis petitio*, pues ésta ya tiende a la restitución del predio a favor del que o con cargo al cual se encuentra la servidumbre, del que, por consiguiente, es tan sólo una cualidad o condición de imposible restitución independiente del fundo; PROVERA, *Contributi allo studio* cit., p. 25 n. 30; CHIAZZESE, “*Iusiurandum in litem*” cit., p. 176; y PEZZANA, ED. (Milano, 1959), IV, s. v. *Azione confessoria e negatoria (diritto romano)*, p. 840.

¹³ Así resulta de D. 8, 5, 12 (Iav., 2 epist.): *iudicis officio contineri puto ut de futuro quoque opere cavere debeat*. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, en *Scritti di diritto romano* (Camerino 1974), I, p. 183 s.; SEGRÈ, *La clausola restitutoria* cit., p. 39 s.; PEZZANA, ED. (Milano, 1959), IV, s. v. *Azione confessoria e negatoria*” (*diritto romano*), p. 840; RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen* cit., p. 105 ss.; y SEYED-MAHDAVI, *Die rechtlichen Regelungen* cit., p. 59 s.

¹⁴ BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, en *Scritti giuridici varii, II: Proprietà e servitù* (Torino, 1918), p. 827 y FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen* cit., p. 123 s. Para RAINER, en cambio, la *actio negatoria* en su más estricta consideración también operaría con función reparadora del perjuicio únicamente cuando el substrato estuviera constituido por una posible relación de servidumbre, que excluiría en tal caso la aplicación de la *cautio damni infecti*, la cual sólo tendría sentido para todas aquellas repercusiones no susceptibles de concreción en el ámbito de un derecho de tal naturaleza. Vid. RAINER, *Bau- und*

vindicatio servitutis o *usufructus*¹⁵. La naturaleza *stricti iuris* de la *actio negatoria* no impide, sin embargo, que aquél que se acoge a la cláusula arbitraria, prestando la consiguiente caución de no reiteración en el futuro de la intromisión causante del proceso, pueda verse igualmente abocado al pago de ciertos gastos dirigidos a obtener la retroacción de la situación jurídica al momento anterior a aquél en el que se concretó la atribución injustificada de facultades sobre la cosa por parte del demandado. Como señala KASER, la finalidad perseguida con la acción, además de negar el derecho de quien así actúa, es también reponer la situación dominical al estado de cosas existente con anterioridad a la intromisión como si ésta no se hubiera producido¹⁶. Esta función reparadora, no existiendo *cautio damni infecti* ni concurriendo la conducta dolosa o culposa que funda el ejercicio de las acciones dirigidas a reprimir el daño aquiliano, sólo puede lograrse desde la *condemnatio* de la *actio negatoria*, incluso en aquellos supuestos en los que el demandado se acoja a la cláusula restitutoria de la fórmula, puesto que, sobre la base D. 8, 5, 4, 2 (Ulp., 17 ed.), también puede reconocerse un *restituere* en quien está dispuesto a dar caución de no volver a cuestionar en lo sucesivo la plenitud de facultades del *dominus*, cuando de *res incorporales* se trata. No se tratará de un *restituere* material, esto es, en sentido estricto, como el que nos ofrece la *vindicatio rei*, en la medida en que el presupuesto para su interposición es precisamente el hecho de haber sufrido el demandante el despojo de la posesión, sino de “un reponer las cosas al estado anterior a la perturbación”, lo que sustenta, de acuerdo con lo extendido de la actividad cautelar de la jurisprudencia romana, la vigencia con función complementaria de una llamada *cautio de amplius non turbando*, no obs-

nachbarrechtlichen Bestimmungen cit., p. 107 ss. y 115 n. 29: “überall dort, wo eine Servitut angenommen werden konnte, bestand die Möglichkeit, die Beeinträchtigung des Eigentumes mittels einer *actio negatoria* zu verhindern und für die bisher erfolgte Beeinträchtigung einen Schadenersatz zu erhalten. In allen anderen Fällen des legitimen *facere in suo* mit Auswirkungen “in alieno” mußten andere Rechtsbefehle zur Anwendung gebracht werden, insbesondere die c.d.i. Eine c.d.i. hat daher wenig Sinn zu seiten der *actio negatoria*, sondern prinzipiell anstelle der “*actio negatoria*” in allen jenen Fällen der Beeinträchtigung des nachbarlichen Gebietes, die nicht unter eine Servitut subsumiert werden konnten”. Las observaciones de RAINER quizá puedan deberse a la necesidad de contemplar siempre, a propósito de una acción real, un propósito restitutivo, que también resulta posible, con las peculiaridades comentadas, a propósito de la perturbación ocasionada al titular de un derecho de servidumbre. Por consiguiente, además de un prohibir que la conducta del tercero siga teniendo lugar, la *actio negatoria* bien podría servir para exigir esa peculiar modalidad de frutos de la que Labeón y Pomponio se ocupan en D. 8, 5, 4, 2 (Ulp., 17 ed.). En la medida en que la evaluación de esos frutos va a depender de la flexibilidad favorable al titular del derecho real que presenta el *iusiurandum in litem* la concurrencia de una *cautio damni infecti* sería más bien superflua.

¹⁵ LENEL, *Das edictum perpetuum*³ cit., p. 190 y 193, quien niega no obstante la cláusula restitutoria de la *actio negatoria*.

¹⁶ KASER, *Römisches Privatrecht* cit., p. 129.

tante la pobreza del material para su señalamiento individualizado en la reconstrucción del edicto perpetuo¹⁷.

¹⁷ La niega BIONDI, *Le servitù prediali* cit., p. 354 s. en D. 8,5,7 (Paul., 21 ed.), donde la *cautio* se presenta como alternativa de la restitución, pero la reconoce en D. 8, 5, 12 (Iav., 2 *epist.*) para la *actio negatoria*, texto en el que fundamos también su vigencia en combinación con el efecto restitutorio que se concede al demandado como modo de evitar la muy probablemente elevadísima *condemnatio* pecuniaria que habría de pagar el condenado en la medida en que se funda en el *iusiurandum in litem* ofrecido al demandante, cumpliéndose así la finalidad natural de las acciones reales, que pretenden siempre un *restituere* antes que obtener para el demandante una *condemnatio* pecuniaria. También su aplicación se extiende inmediatamente después de la concesión del interdicto *quem usumfructum* en tanto en cuanto no quede ventilado definitivamente el derecho del demandado en la *vindicatio ususfructus* con el fin de asegurar su presencia en el proceso. Vid. también BOHÁČEK, *L'“actio negativa”* cit., p. 59 s. y RODGER, “*Actio confessoria*” cit., p. 203 s.