

279
203



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"**

LA SERVIDUMBRE EN EL DERECHO
ROMANO Y SU EVOLUCION EN EL DERECHO
POSITIVO MEXICANO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
CATALINA SANTANA AYMERICH

MEXICO, D. F.

TESIS CON
FALSA DE ORIGEN

1994



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MI MADRE

*Todo mi amor y agradecimiento
por el enorme esfuerzo y dedicación
que siempre ha realizado en la formación
de mi vida personal y académica.*

! GRACIAS !

A MIS HERMANOS

Rodolfo y Marco Antonio.

*Mi reconocimiento y cariño
por el gran apoyo que me han
brindado a lo largo de mi vida.*

A MI ESPOSO

*Por caminar a mi lado sin condiciones
impulsandome con su amor y confianza
para seguir adelante en una mas de
mis metas.*

A MIS MAESTROS

*Por su valiosas enseñanzas
académicas en mi carrera
profesional.*

A MIS AMIGOS

*Por la amistad y cariño
que me han brindado siempre.*

A TODOS ELLOS MI MAS PROFUNDO

AGRADECIMIENTO.

**A MI ASESOR Y AMIGO
LIC. JOSE MA. SAINZ GOMEZ S.**

*Por su gran amistad, mi reconocimiento
y admiración derivadas de las enseñanzas
académicas y profesionales en las que
ha sabido encauzarme con gran éxito.*

**A MI COMPAÑERO Y AMIGO:
LIC. GABINO TREJO G.**

*Por su valiosa orientación y
entusiasmo para el desarrollo
de este trabajo.*

I N D I C E

LA SERVIDUMBRE EN EL DERECHO ROMANO Y SU EVOLUCION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

INTRODUCCION

I

C A P I T U L O I

LAS COSAS COMO FUNDAMENTO PRIMORDIAL DE LOS DERECHOS REALES SOBRE COSAS AJENAS.

1.1.	DEFINICION DE COSA	1
1.2.	DE LAS COSAS QUE SE ENCUENTRAN DENTRO DEL PATRIMONIO DE LOS PARTICULARES	4
1.3.	COSAS QUE ESTAN FUERA DEL COMERCIO	5
1.3.1.	RES DIVINI JURIS (COSAS DE DERECHO DIVINO)	5
1.3.1.2	LAS COSAS RELIGIOSAS (RES RELIGIOSAE)	6

1.3.1.3.LAS COSAS SANTAS (RES SANCTAE)	8
1.3.2.1.RES HUMANI JURIS (COSAS DE DERECHO ROMANO)	9
1.3.2.2.LAS COSAS DE UNIVERSIDAD (RES PRIVATAE, RES SINGULORUM).....	10
1.3.2.3 LAS COSAS PRIVADAS (RES PRIVATAE, RES SINGULORUM)	10
1.3.2.4.LAS COSAS QUE NO SON DE NADIE.....	11
1.4. COSAS QUE ESTAN DENTRO DEL COMERCIO	12
1.5. LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES ...	34
1.5.1. EL PATRIMONIO	35
1.5.2. LOS DERECHOS REALES	37
1.5.2.1.DIFERENCIAS ENTRE DERECHOS REALES Y PERSONALES	40
1.5.2.2.CLASES DE DERECHO REALES	45

C A P I T U L O I I

LAS SERVIDUMBRES REALES EN EL DERECHO ROMANO

2.1. LOS JURA IN RE ALIENA	47
2.2. CONCEPTO DE SERVIDUMBRE.....	49
2.3. SERVIDUMBRES PREDIALES O REALES	52
2.4. TIPOS DE SERVIDUMBRES REALES EN ROMA	62
2.5. CONSTITUCION DE LAS SERVIDUMBRES	68

2.6. EXTINCION DE LAS SERVIDUMBRES	74
2.7. PROTECCION DE LAS SERVIDUMBRES	76

C A P I T U L O I I I

LOS DERECHOS REALES SOBRE COSAS AJENAS EN EL DERECHO ROMANO

3.1. EL USUFRUCTO	77
3.2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO	80
3.3. CONSTITUCION DEL USUFRUCTO	82
3.4. EXTINCION DEL USUFRUCTO	84
3.4.1. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTO Y EL ARRENDAMIENTO	86
3.4.2. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTO Y LA ENFITEUSIS	87
3.4.3. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTO Y EL PRECARIUM.....	88
3.4.4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTO Y EL COMODATO.....	89
3.4.5. EL CUASI USUFRUCTO	90

3.5. EL USUS	91
3.6. LA HABITATIO	92
3.7. LA OPERAE SERVORUM	92
3.8. LA FIDUCIA	93
3.9. LA PRENDA	95
3.9.1. EVOLUCION DE LA PRENDA.....	96
3.9.2. CARACTERES	99
3.9.3. OBJETO	101
3.9.4. CONSTITUCION	102
3.9.5. EFECTOS	104
3.9.6. EXTINCION	104
3.10. LA HIPOTECA	105
3.10.1. CARACTERES.....	107
3.10.2. EFECTOS	109
3.10.3. EXTINCION	112
3.11. JUS IN AGRO VECTIGALI	113
3.12. ENFITEUSIS	114
3.12.1. CARACTERES	115
3.12.2. CONSTITUCION	115
3.12.3. EXTINCION	116
3.13. LA SUPERFICIE	116
3.13.1. CONCEPTO.....	117
3.13.2. CARACTERES	117
3.13.3. EXTINCION	118

C A P I T U L O I V

LOS DERECHOS REALES SOBRE COSAS AJENAS EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

4.1.	LAS SERVIDUMBRES	119
4.1.1.	ELEMENTOS DE LA DEFINICION	119
4.1.2.	CARACTERISTICA DISTINTIVA DE LAS SERVIDUMBRES	120
4.1.3.	INSEPARABILIDAD E <u>INDIVISI</u> VILIDAD DE LAS SERVIDUMBRES	121
4.1.4.	CLASIFICACION DE LAS SERVIDUMBRES: POSITIVAS Y NEGATIVAS; RUSTICAS Y URBANAS; CONTINUAS Y DISCONTINUAS; APARENTES Y NO APARENTES; LEGALES Y VOLUNTARIAS; SOBRE PREDIOS DE - PARTICULARES	123
4.1.5.	SERVIDUMBRES RUSTICAS Y URBANAS, AFIRMATIVAS Y NEGATIVAS, CONTINUAS Y DISCONTINUAS, NATURALES O FOR - ZADAS.....	125
4.1.6.	FORMAS DE CONSTITUIR LAS SERVIDUM BRES: POR CONTRATO, POR ACTO <u>JURI</u> DICO UNILATERAL, POR PRESCRIPCION Y POR LA LEY.....	130
4.1.7.	PERPETUIDAD DE LAS SERVIDUMBRES	132
4.1.8.	OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL DUERO DEL PREDIO DOMINANTE Y DEL DUEÑO DEL PREDIO SIRVIENTE	133
4.1.9.	LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS: REGLAS DE INTERPRETACION	134

4.1.10.	TIPOS DE SERVIDUMBRES LEGALES: DESAGUE, ACUEDUCTO Y PASO	135
4.1.11.	CASOS QUE COMPRENDE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE DESAGUE	136
4.1.12.	LA SERVIDUMBRE EN PREDIOS DE DISTINTO NIVEL	136
4.1.13.	LA SERVIDUMBRE LEGAL DE ACUEDUCTO.....	138
4.1.14.	REQUISITOS PARA ESTABLECERLA	138
4.1.15.	VARIANTES DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO: TRANSITO, ABREVADERO, RECOLECCION DE FRUTOS, INSTALACIONES Y TRANSITO PARA CONSTRUCCION Y COMUNICACIONES	140
4.1.16.	LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR EN LA SERVIDUMBRE DE PASO	141
4.1.17.	CONTENIDO DE LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS: LA SERVIDUMBRE - DEL PADRE DE FAMILIA	142
4.1.18.	EXTINCION DE LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS	143
4.1.19.	EXTINCION TEMPORAL Y DEFINITIVA DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES	144
4.1.20.	LA PRESCRIPCION DE LAS SERVIDUMBRES Y LA COOPROPIEDAD	146
4.2.	EL USUFRUCTO Y SU CONCEPTO	146
4.2.1.	TIPOS DE USUFRUCTO	147
4.2.2.	MODOS DE ESTABLECER EL USUFRUCTO	151
4.2.3.	OBLIGACIONES PREVIAS AL GOCE DE BIENES	156
4.2.4.	CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO	158

4.2.5.	FACULTADES QUE CONFIERE EL <u>USU</u> FRUCTO AL USUFRUCTUARIO	159
4.2.6.	PODERES JURIDICOS DEL USUFRUC- TUARIO	166
4.2.7.	OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO DURANTE EL GOCE	169
4.2.8.	OBLIGACIONES DEL NUDO PROPIETARIO	175
4.2.9.	FORMA DE EXTINCION DEL USUFRUCTO	179
4.3.	EL USO Y LA HABITACION	184
	CONCLUSIONES	188
	BIBLIOGRAFIA.	194

I N T R O D U C C I O N

No pocas veces hemos escuchado ¿ Cuál ha sido la contribución del Derecho Romano en la Legislación Positiva Mexicana? teniendo que reflexionar sobre la influencia que figuras jurídicas como la propiedad, las servidumbres, el usufructo, - la habitación, etc, y su concepción por parte del pueblo romano ha tenido en su regulación en el Derecho Civil Moderno y en forma especial en el Derecho Civil Mexicano. No es coincidencia, ni obra de la suerte el que encontremos una total-simetría entre ambos. En el presente estudio analizaremos - detalladamente los derechos reales sobre cosas ajenas, su - ordenamiento, tipos y características jurídicas de cada uno de estos, así como las consecuencias y aportaciones en la - aplicación del Derecho Civil.

C A P I T U L O I

LAS COSAS COMO FUNDAMENTO PRIMORDIAL DE LOS DERECHOS REALES SOBRE COSAS AJENAS

1.1 DEFINICION DE COSA.

En sentido amplio, es lo que existe, ò que ocupa un lugar en el espacio.

Es importante al referirnos al término cosa (res), que esta palabra inclusive en el derecho, tiene diversos significados pues es demasiado flexible, que se acomoda de un modo admirable a las necesidades y a los caprichos del lenguaje. Expuesto lo anterior, trataremos de desentrañar su verdadero sentido jurídico.

Al tratar el tema en cuestión, el maestro Guillermo -- Floris Margadant: "Al referirnos a la palabra cosa debemos decir que es todo elemento tangible que puede producir sa- tisfacción al hombre y que puede considerarse como sinónimo de un bien".¹

En este orden de ideas, Ortoldn señala: "A a la mane- ra que la palabra persona designa en el derecho todo ser --

1. Guillermo Floris Margadant; Derecho Romano, edit. Esfinge, 2a. Edición, México 1985. p. 230.

considerado como capaz de ser el sujeto activo o pasivo de los derechos, así la palabra cosa (res), designa todo lo que se considera como susceptible de formar el objeto de los derechos y en esta condición se halla cuanto el hombre, dominador universal, ha podido considerar como destinado a sus necesidades o a sus placeres; porque finalmente, la satisfacción de las necesidades o placeres racionales del hombre es el objeto principal de los derechos".²

Así por ejemplo, la persona que puede disponer de una cosa a su arbitrio, enajenarla y aun destruirla, (sin que salga afectada otra persona), tiene el derecho más pleno que es el derecho de propiedad, o bien sus desmembramientos, entonces, estaremos hablando de los Jura In Re Aliena, por lo que el estudio de las cosas consiste en el análisis de estos derechos.

Por otra parte, los jurisconsultos romanos no dieron de las cosas una definición tan acabada como nosotros concebimos y que comprende todo lo que puede ser objeto de derecho; no sólo los objetos corporales, sino también los he -

2. M.Ortolán, Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, Edit. Leccadio, López, Madrid 1879, p.49.

chos, el estado de las personas en sus diversas condiciones, y en general todos los derechos. Bajo el nombre de cosas (res), sólo comprendieron al principio los objetos corporales, que pudieran ser de alguna utilidad al hombre, podían ser objeto de un derecho; pero después extendieron este sentido a las abstracciones y a cosas de pura creación jurídica. Por lo que una definición convencional de cosa, aceptada por el derecho romano, es "Todo elemento corpóreo o incorpóreo del mundo exterior que pueden -- producir una satisfacción al hombre, pudiendo estar dentro o fuera del comercio". De tal manera que para que algo sea cosa en derecho, debe llenar los requisitos siguientes:

- a) "Que se trate de algo susceptible en el espacio"
- b) "Que sea capaz de satisfacer alguna necesidad o placer lícito del hombre. En este segundo requisito, sólo las cosas lícitas intervienen en las relaciones jurídicas, pero nunca las ilícitas, porque entonces no estaríamos en el terreno del derecho y por consiguiente, no podrían ser objeto de las relaciones jurídicas."³

3 José Ignacio Morales; Derecho Romano, Edit. Trillas, 2da. Edición, México D.F., 1987.p.197.

1.2. DE LAS COSAS QUE SE ENCUENTRAN DENTRO DEL PATRIMONIO Y FUERA DEL PATRIMONIO DE LOS PARTICULARES.

La primera clasificación de cosas que hacen las fuentes del Derecho Romano, es la que se refiere a cosas dentro del patrimonio (res intra patrimonium) y fuera del patrimonio (extra patrimonium), en el primer caso, se encuentran todos los bienes que forman parte del patrimonio de una persona,⁴ y forman parte de las segundas, todas aquellas cosas que por su propia naturaleza, no son susceptibles de ser apropiadas por algún particular, por ejemplo, las pertenencias del Estado.

Esta clasificación constituye un primer intento de diferenciar y ordenar los diversos tipos de cosas existentes, a fin de excluir todas aquellas, que no son susceptibles de relaciones jurídicas, de las que no lo fueran; presentaba el grave inconveniente de no alanzar a regular las cosas, que no respondan a una situación actual, por ejemplo, la cosa que

⁴ La palabra patrimonio deriva etimológicamente del verbo latino Patrimun que se empleaba para designar el activo y pasivo de una persona. Es decir, los bienes y obligaciones o deudas de un sujeto determinado.

se hallará o no comprendida en el patrimonio de una persona, como sería un animal salvaje, que habría - que considerar como una cosa fuera del patrimonio, - hasta el momento de su aprehensión. Por tal motivo, posteriormente surgió una clasificación parecida a la anterior, pero de mayor utilidad jurídica, esta contempla a las cosas que se encuentran dentro del comercio (res in commercio), y las que están fuera del comercio (res extra commercium).

1.3. COSAS QUE ESTAN FUERA DEL COMERCIO.

Dentro del grupo que forman las cosas que están fuera del comercio (res extra commercium), encontramos las dispuestas por el derecho divino o el derecho creado por los hombres.

1.3.1. RES DIVINI IURIS (Cosas de derecho divino):

Las cosas sagradas (res sacre), son todas aquellas que consagradas por la ceremonia religiosa, se encuentran bajo el cuidado de los dioses superiores, como es el caso de los templos, los terrenos, los -

utensilios que se utilizaban en las ceremonias religiosas, así como los donativos otorgados por los files a favor de los dioses. "Para el paganismo, las cosas sagradas son los terrenos, los edificios y los objetos sagrados a los dioses del cielo, por una ley, un senado consulto o una constitución. Para el cristianismo, son las iglesias y los vasos consagrados al culto por los obispos, y conforme a los nuevos ritos. Las cosas sagradas no pierden su carácter, sino después de una ceremonia religiosa destinada a hacer las profanas. Eran inalienables. Justiniano, permitió únicamente vender los vasos sagrados para el rescate de los cautivos, y el pago de las deudas de las iglesias ".⁴

1.3.1.2 Las Cosas Religiosas (res religiosae).

Las cosas religiosas, destinadas a los dioses inferiores, a los dioses manes: tales son los sepul-

4. Eugéne Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, edit. Cárdenas, 9a. edición, México, D.F., 1980, p.165.

eros y la tierra donde se halla depositado un cadáver. El jurisconsulto Paulo hace referencia de que solo podían existir cosas de carácter religioso fuera de la ciudad, tratando con esta disposición garantizar la salud pública, evitando así los posibles daños que podrían ocasionar la gran cantidad de inhumaciones de cadáveres dentro de la ciudad.

Petit, establece que era necesario que un terreno reuniera las características siguientes para ser considerado como res religiosas: 1. "Que en realidad haya habido inhumación de un ser humano, sin importar si se tratase de un esclavo o un hombre libre. Pues la muerte borra toda diferencia". 2. "Que la inhumación haya sido hecha por el propietario del terreno, o con su consentimiento".⁵

Claro está que las res religiosas, se encuentran fuera del patrimonio de los particulares y son inalienables. Sin embargo los miembros de una gens, tienen el derecho de ser enterrados en el mismo sitio en el que lo fueron sus antepasados y de igual forma sus sucesores heredaban esta misma facultad. Justiniano,

5. Ob. Cit. p.167.

dispuso que ya no se trataba únicamente de la protección dada por los dioses manes, sino por imperio de la ley, - se debía respeto a los difuntos.

1.3.1.3 Las cosas santas (res sanctae).

Proviene del verbo sancire, sanctum, que significa sancionar o garantizar. Tales cosas se encuentran -- protegidas contra los daños que pueden ocasionarles los hombres, a través de una sanción pública y penal, considerándose que en un principio estaba bajo la custodia - del dios Terminus; destacando las murallas y puertas de la ciudad.

Sobre esta clasificación el Digesto, establece las consideraciones siguientes: "El sepulcro del enemigo, - no es religioso, pero lo es el del esclavo. Una cosa de

derecho divino que ha caído en poder del enemigo, se considera como profanada: su carácter divino desaparece, y no renace hasta que se reconquista".⁶

1.3.2.1 Res humani iuris (cosas de derecho romano):

Las cosas comunes (res publicae), cuya propiedad corresponde al pueblo, pero puede ser de dos formas:

1. Que su uso es común a todos los individuos del pueblo, como el de los caminos, ríos y puertos. 2. Que se administran y destinan por la autoridad pública, en beneficio del Estado en general, como los campos, las rentas y los esclavos públicos. En este último caso, se dice de estas cosas que están en el tesoro, en los bienes y en el patrimonio del pueblo (in pecunia, in bonis, in patrimonio populi).

Las cosas públicas son protegidas por el derecho romano a través de una actio iniuriarum y numerosos interdictos.

1.3.2.2 Las cosas de universidad (res universitatis).

Son las cosas que integran el patrimonio de una comunidad y que estaban afectadas al uso de sus miembros, como los teatros, los foros, los baños públicos, etcétera.

1.3.2.3 Las cosas privadas (res privatae, res singulorum).

Son todas aquellas cosas que integran el patrimonio de los particulares, los cuales, tienen la facultad de transferir a otros, la propiedad. Se les ha designado de diversas formas por ejemplo: bona, por constituir

el bienestar y la riqueza de las personas, o bien pecunia.

1.3.2.4 Las cosas que no son de nadie (res nullius)

Denominación que en un sentido estricto, designa las cosas que no tienen propietario; ya sea porque el hombre no se ha apoderado todavía de ellas, como: los animales salvajes, sus productos, las algas marinas, las islas que nacen en medio del mar, etc., o bien porque han sido abandonadas por él; o tal vez, porque su propiedad ha terminado sin que ningún otro le haya sucedido: tal es el caso en el Derecho Romano de la herencia que el heredero no ha adquirido todavía.

1.4. COSAS QUE ESTAN DENTRO DEL COMERCIO

La clasificación de cosas, cuya mayor importancia tiene por ser la más conveniente para el establecimiento de relaciones de tipo jurídico-patrimoniales, es aquella que se refiere a las cosas que están dentro del comercio (res in commercio), su característica esencial, es que son susceptibles de apropiación por parte de los particulares, es decir, pueden ser objeto de cualquier tipo de contrato.

Dentro de esta clasificación, se comprendían la mayoría de los objetos corporales de que podía disponer el hombre para satisfacer sus necesidades, y abarcaba los grupos siguientes:

res mancipi y res nec mancipi, cosas corporales e incorpóreas, muebles e inmuebles; genéricas y específicas; consumibles y no consumibles; fungibles y no fungibles; divisibles e indivisibles; simples y compuestas;

principales y accesorias; y fructíferas y no fructíferas.

A) Res mancipi y res nec mancipi.

Esta clasificación, fue la más socorrida en el Derecho Romano, hasta un poco antes de la Legislación Justiniana, tal vez, esto se debió a que en sus orígenes, Roma contaba con una economía eminentemente -- agrícola.

La distinción entre res mancipi y res nec mancipi, la encontramos ya contemplada en la Ley de las XII Tablas, eran mancipi: "Las cosas cuya propiedad-en -- cierto modo privilegiada-, se transmitía por un modo-del derecho civil formal y solemne, la mancipatio, o -- mediante la in jure cessio, que importaba un ficticio proceso de reivindicación, realizado formalmente ante el magistrado".⁷ Al respecto el profesor Blas Hermosa, nos indica "Mancipi es una forma de mancipium, que admite dos acepciones:

7. Luis Rodolfo Argüello. Manual de Derecho Romano, -- Edit. Astrea. Buenos Aires, 1987, p.153.

1. Significa transmitir el dominio, el acto de la mancipación, tomado en este sentido el término *mancipium*, se tiene que *res mancipi* son las cosas que no se pueden transferir, sino por medio de la mancipación.

2. Pero también *mancipium*, se utilizaba para designar a la propiedad, de modo que *res mancipi* serían las cosas de propiedad, las únicas susceptibles de propiedad en la Roma antigua".⁸

De acuerdo a lo anterior, podemos afirmar que, para transferir el dominio de una cosa *mancipi* de un ciudadano a otro, era necesario la conformidad de las partes, la tradición y el acto jurídico sacramental de la *mancipatio* (la cual se realizaba con la presencia de cinco ciudadanos que fungían como testigos, de una balanza, un pedazo de bronce y la recitación por los interesados de determinadas palabras solemnes establecidas por la ley); en cambio las cosas *res mancipi*, no -

8. Blas Hermosa; Derecho Romano tomo II, Edit. Talleres-Gráficos de la Escuela Técnica Salesiana, 2a. edición, Asunción Paraguay, 1977. p.127.

son susceptibles de este acto jurídico, el simple --
acuerdo de las partes y la tradición basta para trans-
ferir su dominio.

Asimismo, no es permitida la enajenación de las-
cosas *mancipi*, en todos los casos en que puede hacerse
la de las cosas *nec mancipi*. Así la Ley de las XII Ta-
blas, prohíbe que la mujer colocada bajo la tutela de
sus agnadas, pueda enajenar ninguna cosa *mancipi*, sin-
autorización de su tutor; tal cosa no saldrá del domi-
nio de la familia, sino consintiendo en ello los agna-
dos; mientras que se permite en la mujer la enajena-
ción de las cosas *nec mancipi*.

"Ulpiano señala cuales son consideradas cosas --
mancipi:

1. Las heredades en el suelo de Italia, fundos de --
tierras o casas;
2. Las servidumbres rurales (pero no urbanas); enten-
diéndose en el suelo de Italia solamente;

3. Los esclavos y los cuadrúpedos que se doman por el lomo o por el cuello (quoe dorso collove domantur), es decir, los animales de carga o tiro"⁹.

Petit, precisa el porque de la anterior clasificación, "para los romanos de los primeros siglos, entregados principalmente a las tareas agrícolas, y cuyas conquistas se limitaban al suelo de Italia, los fundos de esta comarca, las servidumbres rurales que facilitaban su explotación y los instrumentos de trabajo, como los esclavos y los animales de carga y de tiro eran los elementos más importantes de la fortuna privada"¹⁰. Desaparecida más adelante la diferencia entre las cosas situadas en suelo itálico y las situadas en suelo provincial y generalizada la tradición como medio normal de transmitir la propiedad, la distinción entre cosas mancipi y nec mancipi careció de utilidad por lo que fué extinguida.

B) Cosas corporales e incorporales.

Las primeras son todas aquellas que pueden ser per

9. Ulpiano, Dig.19.1. y ss

10. Eugene Petit, Ob.Cit. P.169

cibidas por el sentido del tacto como un animal y las segundas son las que no pueden ser apreciadas por nuestros sentidos como el derecho de herencia de servidumbre, etcétera.

El criterio aplicado por los romanos para la distinción de las cosas corporales e incorporales parece muy simple, sin embargo, ha dado lugar a diversas controversias. Así tenemos que de acuerdo a la definición expuesta anteriormente, se tendría que, las especies indicadas en los derechos, por una parte incorporales, y por la otra, sus objetos. Sin embargo los romanos contra toda lógica, incluyeron el derecho de propiedad entre las cosas corporales, cuando en realidad debió ser considerado como incorporal. La explicación de esta anomalía, ha sido explicada en el sentido de que, en los pueblos primitivos, se confundía fácilmente la propiedad con su objeto. La propiedad significaba, para un jefe de familia romano, el hecho de tener una cosa corporal a su entera disposición. El profesor Margadant, ante el problema ocasionado por esta clasificación de cosas, lo siguiente: "Un derecho personal, como el derecho

de crédito, puede ser a su vez objeto de un derecho real, ya que puede tener la propiedad de un crédito. Así a causa del aspecto real de mi derecho, éste se puede oponer a terceros, puesto que puedo prohibir a una tercera persona que intervenga en mi relación con mi deudor; sin embargo, por el aspecto personal de mi situación jurídica, sólo puedo reclamar el cumplimiento de mi deudor. El fenómeno de los bienes incorpóreos ha hecho surgir, por -- tanto, el problema del derecho a un derecho"¹¹.

En realidad la única utilidad práctica de esta clasificación, radica en el hecho de que únicamente las cosas corpóreas pueden ser objeto de la posesión, mientras que las cosas incorpóreas, no podían ser poseídas, razón por la cual los jurisperitos romanos hablaron de la -- cuasi-posesión que recae en estas últimas.

C) Cosas muebles e inmuebles.

Son cosas muebles (res mobiles), los seres animados susceptibles de moverse por sí mismos, como las cosas --

inanimadas que pueden ser trasladadas de un lugar a otro, por una fuerza exterior, sin que por esto se afecte o de teriore. Y son inmuebles (res soli), aquellos que de -- acuerdo a sus características especiales, es imposible -- trasladarlos a otro sitio diferente, al que se encuen -- tran sin que sufran algún daño.

Dentro de las cosas muebles, encontramos a los semovientes como los animales y los esclavos, que se pueden trasladar a través de movimientos propios.

Las cosas inmuebles, a su vez abarcan a los fundos o predios que se dividían en urbanos, si en ellos estaba construido un edificio; y en rústicos, si eran terrenos sin edificación, estuvieran en la ciudad o en el campo. De igual forma los fundos, se subdividían en itálicos y provinciales, los primeros eran los situados en Italia, o en ciudades a las que se les hubiera concedido el ius italicum; los segundos, los que estaban enclavados en -- provincias. Sobre los fundos itálicos, su titular tenía el dominio, protegido por el derecho civil y eran otorgados únicamente a ciudadanos romanos, en tanto que sobre-

Los fundos provinciales, sólo se tiene una posesión so-
metida al pago de un tributo. La Ley Justiniana, se en-
carga de abolir las diferencias existentes entre los -
fundos itálicos y provinciales, siendo ambos protegi-
dos por el derecho civil.

Es conveniente señalar que las cosas incorpóreas,
no siendo más que abstracciones jurídicas, no son, ni-
muebles ni inmuebles, y la legislación romana, no les-
atribuía jurídicamente, el uno o el otro de estos ca-
racteres. Sin embargo, podían a veces estar adheridas-
a un inmueble y ser en cierta forma, parte de él; tal-
era el caso de las servidumbres.

El aspecto práctico de esta clasificación, estri-
ba en el hecho de que son distintos los lapsos de tiem-
po exigidos por la ley, para convertirse en propieta-
rio de una cosa que se posee (usucapión), según se tra-
tara de bienes muebles e inmuebles.*

* En la actualidad los bienes muebles e inmuebles se en-
cuentran regulados por el art. 1186 del código civil-
vigente.

D) Cosas genéricas y específicas.

Las primeras son aquéllas que no se encuentran individualizadas, por lo que, tales cosas, están determinadas por el derecho únicamente en función de su género; como un esclavo, un caballo, vino o aceite de tal calidad en general, sin embargo, dichas cosas pueden llegar a individualizarse, ya sea contándolas, midiéndolas o pensándolas, así tendríamos el aceite o vino contenidos en un recipiente, de una determinada medida.

Las cosas específicas, son las que están bien individualizadas, con base a sus características particulares, tales como un kilogramo de trigo; un terreno, cuya superficie es de 200 millas; etcétera.

"Esta división, es importante para determinar la responsabilidad, por pérdida a causa de fuerza mayor, sin un objeto vendido se pierde entre la celebración de la compraventa y el momento previsto para la entrega; también tiene interés para el caso de un legado per vindicationem, cuando el testador vendió o perdió los bie-

D) Cosas genéricas y específicas.

Las primeras son aquéllas que no se encuentran individualizadas, por lo que, tales cosas, están determinadas por el derecho únicamente en función de su género; como un esclavo, un caballo, vino o aceite de tal calidad en general, sin embargo, dichas cosas pueden llegar a individualizarse, ya sea contándolas, midiéndolas o pesándolas, así tendríamos el aceite o vino contenidos en un recipiente, de una determinada medida.

Las cosas específicas, son las que están bien individualizadas, con base a sus características particulares, tales como un kilogramo de trigo; un terreno, cuya superficie es de 200 millas; etcétera.

"Esta división, es importante para determinar la responsabilidad, por pérdida a causa de fuerza mayor, si un objeto vendido se pierde entre la celebración de la compraventa y el momento previsto para la entrega; también tiene interés para el caso de un legado per vindicationem, cuando el testador vendió o perdió los bie-

F) Cosas fungibles y no fungibles

Esta clasificación de las cosas, tuvo en el Derecho Romano una gran importancia, con repercusión también en el derecho moderno. Originalmente los romanos no usaron, ciertamente, los mismos términos empleados en la actualidad, pero no cabe duda, que alcanzaron a distinguirlas perfectamente, dando un acabado concepto de las mismas.

Desde el punto de vista etimológico, el término fungible se deriva del verbo latino fungor, que quiere decir fungir o hacer las veces de. De modo que las cosas fungibles, son las que según los usos predominantes en el comercio; son susceptibles de ser cambiadas por otras de la misma categoría. Cada objeto de un género determinado, es idéntico a otro objeto del mismo género, y, consiguientemente, puede ser cambiado uno por otro. Es decir, no se tomaban en cuenta como individualidades, sino en cantidad, por su peso, número, o medida (res quae pondere, numero, mensurave, constant). Son cosas no fungibles en cambio, aquellas que se aprecian por sus características especiales, que tienen una individualidad propia y -

distinta, por lo que no pueden ser sustituidas por otras. El dinero, los granos, el vino, etcétera, son los ejemplos típicos de cosas fungibles, y las obras de arte en general de las no fungibles. Un hecho del hombre es considerado fungible a condición de que pueda ser realizado por el deudor mismo o por otra persona. Pero es no fungible cuando se ha tenido en cuenta una aptitud o una -- cualidad especial en el obligado.

La distinción que examinamos, tuvo en el Derecho Romano, una gran importancia, porque había determinados negocios jurídicos, que debían recaer necesariamente sobre una cosa fungible, o no fungible. El mutuo, o sea el préstamo, no podía tener por objeto más que las cosas -- que se pesan, cuentan o miden, es decir cosas que son -- fungibles por esencia; en cambio la fiducia, era un tipo de garantía, en la cual el deudor transmitía la propiedad de la cosa dada en garantía, debía recaer necesariamente sobre cosa cierta, o no fungible.

G) Cosas divisibles e indivisibles.

El término divisible es de origen latino y proviene del verbo divido (is-ere-isi-isum), que significa dividir o descomponer algo en partes. De tal forma, -- que las cosas son divisibles, cuando sin merma de su valor o utilidad, pueden fraccionarse en otras. Si se atendiera solamente a la materialidad de la división, se tendrá que todas las cosas corpóreas son divisibles, porque todas ellas son susceptibles de fraccionamiento. Sin embargo, no es así, porque para que una cosa pueda considerarse divisible, es menester que, al dividirse las partes resultantes, conserven un valor proporcional, en relación con el todo y, además mantengan la substancia originaria. Una mesa, puede partirse o desintegrarse, pero como las partes resultantes de la partición, no mantienen, ni el valor proporcional, ni la esencia originaria, se considera indivisible. Por el contrario, una barra de metal es siempre divisible, -- porque al partirse, cada una de las partes resultantes,

conserva el valor proporcional y la esencialidad del metal.

Son cosas indivisibles, las que no admiten partición sin sufrir daño o menoscabo, o, como dicen las fuentes, sin que la cosa perezca. Un fundo, es cosa divisible; un animal, un esclavo y cualquier obra de arte son indivisibles.

Hay cosas jurídicamente divisibles, sin distinguir, si la partición física es posible o no, cuando muchas personas pueden poseerla en común, es decir, en porciones ideales o intelectuales, que es lo que ocurre cuando los herederos, tienen como herencia una cosa en copropiedad, en el que cada uno de los copropietarios (herederos), poseen pro indiviso. Aquí el concepto de la divisibilidad, es relativo en el sentido de que la voluntad de las partes puede transformar o convertir en divisible una cosa indivisible. También hay cosas legalmente indivisibles, cuando en ellas no se concibe la idea de una parte, como acontece en las servidumbres.

H) Cosas simples y compuestas.

Esta clasificación, la encontramos contemplada - por primera vez, en la obra del jurisconsulto Pomponio, al señalar que "Hay tres géneros de cuerpos: uno, que está contenido por un solo espíritu y que en griego se llama unidad, como el hombre, el árbol, la piedra y -- otras cosas semejantes; otro, que consta de componen - tes, como es, de varias cosas unidas entre sí, que se llama conozo, como un edificio, un barco o un armario; y el tercero, que consta de partes distintas, como muchos cuerpos no unidos, sino subordinados a un solo -- nombre, como un pueblo, una legión o un rebaño".

De acuerdo a lo anterior es evidente que los juristas romanos distinguieron las cosas simples (res -- singulae), de las cosas compuestas y estas últimas de las universalidades de cosas. Esta clasificación, no -- está fundada en la constitución química, ni en la formación natural, o artificial de las cosas, sino en un criterio socio-económico. Así tenemos, como cosa sim -

ple en la conciencia social y en los usos del pueblo, - se considera como una unidad, aunque esta unidad, resulte de la conjunción de varios elementos, siempre y cuando en la opinión común, éstos aparezcan orgánicamente fundidos; los sentidos la perciben como una singularidad, independientemente de los elementos que la integran, como una planta, una estatua, etcétera. Cosa compuesta por el contrario, es aquélla formada por la unión física y coherente de cosas simples, sean o no de la misma naturaleza. La distinción tiene una importancia indudable desde el momento en que se toma en cuenta la teoría de la posesión, de la usucapión, de la accesión, etcétera. La cosa simple, tiene una existencia que depende de su propia condición natural, en tanto que la compuesta, no pierde su individualidad, aunque se renueven todas sus partes constitutivas, (como ejemplo, una biblioteca).

Las cosas colectivas o de universalidad de cosas, son llamadas por los romanos *Universitates rerum* o *facti*;

no están unidas entre sí materialmente, aunque pueden ser consideradas desde el punto de vista jurídico, como entidades objetivas. Un rebaño, es considerado un todo único en cuanto que puede ser vendido en conjunto, sin necesidad de tantos actos jurídicos, cuantas sean las cabezas. "Como consecuencia de esto, un ciudadano romano podía reclamar, por medio de una acción reivindicatoria, la propiedad de un rebaño robado -- tiempo atrás, aunque todos los animales respectivos o en su mayoría, no fueran ya los mismos al momento del robo"¹⁴.

Esta universalidad de cosas, que aparece en las fuentes con la denominación de corpora et distantibus, no debe confundirse con la universitas iuris, que se integra, con un conjunto de derechos y obligaciones, como la herencia, el peculio, etcétera."¹⁵

Aquí encontramos un principio dado por el jurista consulto Ulpiano, en el sentido de que lo accesorio cede a lo principal (accessio cedit principali).

14. Juan Iglesias, Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, 4^{ta}. edición, Edit. Ariel, Barcelona, - 1962; p. 232.

15. Luis Rodolfo Argüello; Ob. Cit. p. 156

En Roma, las cosas accesorias se presentaban de -
diversas formas, ya sea con unión física o mediante --
unión jurídica.

Ejemplos de unión física:

- a) Las estatuas constituidas en nichos;
- b) Los tanques o albercas de los edificios;
- c) Las plantaciones o siembras en los terrenos agrícolas.

Ejemplos de unión jurídica:

- a) Las llaves de un edificio;
- b) Los armazones;
- c) Los mostradores;
- d) El pie de ganado de una finca rústica destinada a -
la cría.

El ejemplo de las llaves de un edificio (unión jurídica) es típico en materia de cosas accesorias, porque cuando no formaban parte integrante de un edificio, servían para su uso o servicio, de manera que hablar -

de una casa, para hacer entrega de la misma, e dar posesión de ella, se sobreentendía que se hablaba de las llaves, como una cosa accesoría.

Es fácilmente objeto de confusión, el término cosa accesoría y parte de una cosa; para evitar esta, los romanos establecieron qué parte es un elemento que integra la cosa, qué contribuye de modo necesario y no accidental, a su perfectio o consummatio. Parte de una cosa es, pues, aquel elemento sin el cual la cosa aparece incompleta, desintegrada. Para explicar mejor esta distinción entre parte de una cosa y cosa accesoría, tomemos como ejemplo, una casa, si le falta una puerta, la casa es incompleta, de modo que la puerta, es un elemento indispensable en la integración de la cosa. En cambio, si lo que falta es una llave, no puede decirse que la cosa esté incompleta, porque la llave es un accesorio, como lo admitieron unánimemente los jurisconsultos romanos. Puntualizando lo accesorio "es aquello que aumenta el valor económico de una cosa sin que resulte indispensable para su integración".¹⁶

16. Pedro Bonfante, Instituciones de Derechos Romano, Edit. Reus, Madrid 1965, p. 134.

1) Cosas fructíferas y no fructíferas

"Dentro de las cosas fructíferas, se comprenden - aquellas que, manteniendo su naturaleza y su destino, - dan con carácter periódico, cierto producto o fruto (fructus), que se convierte, al separarse en natural o artificialmente, en cosa autónoma. Son cosas no fructíferas, las que no tienen esa cualidad.

Son frutos, por consiguiente, los productos naturales, que más o menos periódicamente suministran las cosas sin disminuir su esencia, como la leña de los bosques; la cría, la lana, la leche, de los animales; o -- las frutas de los árboles. Se entiende igualmente, que pertenecen a la noción de frutos, las rentas en dinero que suministra el empleo de un capital, los alquileres, etcétera, que para hacer la diferencia de los anteriores, se les ha llamado frutos civiles. Los frutos pueden hayarse en diferentes estados: pendientes, cuando están adheridos a la cosa productiva; separados, si han sido arrancados por cualquier causa, inclusive por su -

propio peso, por el viento, por granizo, etcétera; percepti, cuando se les ha cosechado; perciplendi, si estaban - para cosechar y no se les cosechó por falta de diligencia; existentes o exatentes, cuando se hallan todavía en poder del poseedor de la cosa, y consumidos o consumpti, si han sido consumidos, transformados o enajenados".¹⁷

En los negocios jurídicos, esta clasificación tenía aplicación práctica en las cosas, en que la ley atribuía algunos de esos cuerpos a determinada persona, con preferencia a otra u otras; por ejemplo, cuando establecía que los frutos percibidos y aun los ya separados, pertenecían al poseedor de buena fe, mientras que si era un poseedor de mala fe, no tenía derecho a los frutos percibidos o -- consumidos.

"En lo que concierne a los gastos impensas (impensae), que es todo lo que se desembolsa para una cosa determinada o se emplea en ella, se distinguen los gastos para con seguir los frutos de una cosa fructífera, de los gastos -

17. Luis Rodolfo Argüello; Ob.Cit. p. 157.

para la cosa misma. A su vez, dentro de estos últimos, -
cade diferenciar las impensas necesarias, las útiles y -
las voluntarias, según estén destinadas a conservar la -
cosa, a aumentar su utilidad o renta, o a embellecerla, -
haciéndola servir para lujo o placer"¹⁸.

1.5. LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES

Los romanos en su constante lucha por simplificar y volver prácticas las diversas instituciones jurídicas, - se abocaron a la tarea de construir una categoría especial de derechos, los cuales como es lógico pensar, debían de tener como fin principal, un bien, tal clasificación, es la que se refiere a los derechos patrimoniales, los cuales tienen como sello distintivo que persiguen satisfacer necesidades económicas y que por lo tanto pueden ser valiables en dinero.

18. Luis Rodolfo Argüello; Ob.Cit. p.p. 156-157

Estos derechos se encuentran divididos a su vez en dos grandes rubros, que son: los derechos reales y los derechos obligacionales, de crédito o personales.

En el presente trabajo, estudiaremos únicamente los derechos reales, sin embargo, antes de analizar su concepto y sus diferencias con los derechos personales, es necesario desentrañar el sentido que los romanos le dieron a la palabra patrimonio, por ser este la base de cualquier derecho.

1.5.1. EL PATRIMONIO.

Etimológicamente, patrimonio deriva del vocablo latino patrimonium y significa bienes que el hijo tiene heredados de su padre o de su abuelo. Así tenemos que en estricto sentido la palabra, patrimonio se refiere a los bienes de la familia que se obtienen por herencia; y en su acepción más amplia se entiende por patrimonio, el conjunto de derechos de que puede ser titular una perso-

na, así como las obligaciones o cargas que lo gravan.

En el antiguo Derecho Romano, el concepto de patrimonio, estaba limitado al conjunto de cosas corporales - que se transmitían de generación en generación, como propiedad ejercida por el pater-familias. Pero este sentido tan restringido, no se mantuvo mucho tiempo en vigencia, pues en la época clásica el patrimonio constituyó un ente o universalidad jurídica tutelada por la ley, que se integraba, no sólo ya con las cosas corpóreas, sino con todos los bienes, créditos y derechos de que fuera titular una persona, con deducción de las deudas y cargas -- que la gravaran.

Esta concepción de patrimonio, es apoyada por diversos jurisconsultos clásicos, en el caso concreto, Paulo señala: "Se entiende que son bienes de cualquiera, los que quedan después de deducidas las deudas"¹⁹, por su parte, Javoleno, nos aclara "No se pueden llamar bienes las cosas que tienen más molestias que ventajas"²⁰. Es estas ideas, son retomadas por Ulpiano, al puntualizar: --

19. Dig.50, 16, 39, 1.

20. Dig.50, 16, 83.

"Es dinero ajeno, el que debemos a otro, es dinero propio, el que otro nos debe"²¹.

"Al ser considerado el patrimonio como un ente jurídico, se hizo necesario que los romanos, aceptaran su -- transmisión por acto inter vivos, como ocurría en los su puestos de adrogación, legitimación y matrimonio, cum manu, cuando la mujer era sui juris. También cabía dentro de esta idea, la posibilidad de un patrimonio sin ti tular, con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, como era el caso de la herencia iacens. -- Además estando compuesto el patrimonio exclusivamente -- por bienes, en Roma podía haber personas sin patrimonio, cuando no pudieran cumplir con sus deudas"²².

1.5.2. LOS DERECHOS REALES.

Por lo que respecta a los derechos reales, los romanos no dieron, ciertamente una definición, ni se preocuparon de distinguirlos jurídicamente de los derechos per

21. Dig. 50, 16, 213, 1.

22. Luis Rodolfo Argüello, Ob.Cit. p. 178.

sonales. Apenas y esbosaron la separación entre las acciones in rem, como la vindicatio, y las acciones in personam, como las condictiones. Las distinciones entre las acciones reales y las acciones personales aparecen nítidas en el digesto, en que se lee: las clases de acciones son dos: reales, que se llaman vindicatio y personales, que se dicen condictio. Es acción real, aquella en que reclamamos la cosa nuestra, que otro posee; acción personal aquella en que exigimos de otro, lo que está obligado a hacer nos o a darnos, y siempre nos compete contra el mismo. En un texto atribuido a Gayo, se establece de una manera más precisa la distinción entre estas dos clases de acciones. Decía el jurisconsulto nombrado: "la acción es personal, cuando litigamos contra alguno, que está ligado hacia nosotros en virtud de un contrato, o un delito, es decir, cuando sostenemos que debe dar, hacer o prestar"²³.

Así pues, el Derecho Romano, distinguió, perfectamente que las acciones reales son acordadas contra todos, es decir, contra cualquiera que desconozca la existencia de un derecho real, o pretenda menoscabar su plenitud, o su-

libertad, y que las personales, en cambio, solo se dan contra el deudor, el obligado, esto es, una persona determinada que, en virtud de un contrato, o un delito, de be una prestación.

Concluyendo diremos que el derecho real, se traduce por una relación directa e inmediata, entre una persona y una cosa, de modo que, no se encuentran en esta relación más que dos elementos: la persona, que es el sujeto activo del derecho, y la cosa, objeto del mismo. Es el -- concepto que prevalece, a pesar de una tendencia, que ha perdido fuerza, que pretende asimilar, en lo fundamental, las dos categorías de derechos patrimoniales de que habla mos.

Conocido el concepto prevaleciente de derecho real, -- corresponde examinar las diferencias que existen entre él, y el derecho personal, subrayando que sólo se indican los rasgos más característicos.

1.5.2.1 DIFERENCIAS ENTRE DERECHOS REALES Y PERSONALES.

En el derecho real, encontramos solamente dos elementos: el sujeto activo, titular del derecho, y la cosa, -- que es el objeto de aquél. El derecho personal en cambio, presenta una estructura más compleja toda vez que consta de tres elementos: un sujeto activo o acreedor, un sujeto pasivo o deudor, y el objeto, que es la prestación (consistente en un dar, hacer o no hacer y tolerar que el deudor debe procurar al acreedor).

El derecho real, recae generalmente sobre una cosa corporal, salvo cuando la ley permite establecerlo sobre bienes o créditos, por ejemplo, el usufructo, la prenda y atribuye una esfera de acción más o menos amplia. El derecho personal, por el contrario, recae sobre actos ajenos, de interés patrimonial.

El derecho real puede hacerse valer contra todos, es decir, de él nacen acciones que el titular puede ejercitar contra cualquiera o por lo menos, contra personas no-

determinadas de antemano. El derecho personal, en cambio, - solo puede reclamarse del obligado, de la persona que, por virtud de un contrato, un delito u otra fuente legal, debe una prestación determinada.

El disfrute o satisfacción del derecho real no lo extingue por esa circunstancia; otorga un disfrute permanente. En cambio, la obligación se extingue cuando es satisfecha.

El derecho real tiene por reverso un deber negativo, -- que se traduce en no entorpecer su libre ejercicio. Tal deber desciende de la específica naturaleza del mismo derecho real, como parte de su contenido. En cambio, el derecho personal, tiene por reverso un deber que reviste, por lo general, la forma de acto positivo.

La persona que adquiere un derecho real sobre una cosa; nada tiene que temer, aunque se hayan constituido después otros derechos iguales sobre la misma cosa, en beneficio de otras personas, o bien, si el propietario de la cosa llegara a hacerse insolvente, pues su derecho queda -- siempre intacto. En cambio, ocurre de otra manera con el --

derecho personal, pues el deudor que se haya obligado con su acreedor, puede hacerlo también con otros, y estos derechos personales, nacidos sucesivamente, tienen todos --- ellos la misma fuerza. Por eso, si el patrimonio del deudor no basta para pagar a todos los acreedores, el derecho de cada uno es afectado y sufre una reducción proporcional.

El dominio de los derechos reales es menos amplio -- que el de los derechos personales. El derecho real, coloca a una persona en relación directa de una cosa, sólo -- puede tener por objeto una cosa con existencia actual. El derecho personal, por el contrario, no siendo más que una relación entre dos personas, tiene por objeto un hecho, -- un acto que el deudor debe cumplir en un término más o menos lejano, y para esto, no es indispensable que la cosa debida al acreedor, exista en el preciso momento en que -- se creó el derecho; es suficiente con que exista cuando -- el deudor tenga que ejecutar su obligación. En una palabra, el derecho personal puede tener por objeto una cosa futura.

El Derecho Romano, ha sostenido con firmeza la separación de los derechos reales y los derechos personales, desde el punto de vista de su creación y transmisión. El contrato es la fuente más fecunda de los derechos personales, mientras que los derechos reales sólo se establecen por modos especiales; el contrato o convenio de las partes, no podría constituirlos. Por otra parte, los procedimientos que sirven para transferir los derechos reales son inaplicables a los derechos personales.

En relación a las acciones que los tutelan tenemos que: la acción in rem, todo lo que está investido de un derecho real reclama la sanción judicial de este derecho y el poder de ejercerle libremente, sin que nadie ponga obstáculo. Por la acción in personam, el acreedor no solo pide el reconocimiento de su derecho, sino que también quiere vencer la resistencia del deudor, pues el objeto del derecho personal es un hecho del deudor, y si no lo ejecuta voluntariamente, es necesario que el acreedor encuentre en su acción un medio para obligarle. Debido a esta diferencia, la acción in rem es dada contra cualquier cosa que obstaculice el ejercicio del derecho real. Pero la

acción in personam, únicamente se da contra el deudor, por que sólo él, está obligado a ejecutar el hecho que es objeto del derecho personal.

Se distinguen, además, en que los derechos reales --- tienden hacia la perpetuidad, mientras los personales son siempre temporales, aunque pueden tener larga duración. Por el simple transcurso del tiempo, se puede llegar a adquirir derechos reales, al paso que es factor de extinción de los derechos personales. Otra diferencia, estriba en que desde siempre los derechos reales se pueden transferir con más o menos libertad, en tanto que en el derecho antiguo, cuando las obligaciones se consideraban vínculos estrictamente personales, no se las podía negociar, ni activa, ni pasivamente.

1.5.2.2. CLASES DE DERECHOS REALES.

Los romanos no conocieron muchas especies de derechos reales, sabemos que la propiedad es considerada como el derecho real por excelencia, el mas pleno y absoluto que se puede tener sobre una cosa. Eso queda plenamente comprobado si al remontarnos al origen de Roma observamos que todos los demás derechos reales requieren como elemento indispensable la existencia de la propiedad. Sin embargo, la propiedad podía ser limitada por las exigencias sociales. No en otro sentido puede interpretarse los términos "QUATENUS JURIS RATIO PATITUN". Pero aun admitiendo la existencia de limitaciones, éstas debieron ser mínimas al principio. Con el tiempo y en la medida que el pueblo romano fue progresando y adquiriendo la -- dimensión de un estado poderoso se aumentaron sensible -- mente las restricciones al derecho de propiedad. Asimismo esta puede ampliarse mediante la creación de vínculos de carácter real que se establecen con el fin de permitir -- un mejor disfrute de él. Así nacieron los llamados "Jurs

in Re Aliena", es decir derechos reales sobre la cosa ajena. Estos "Jura in Re Aliena" limitan, ciertamente, los -- derechos del propietario porque le obligan a asumir una -- actitud pasiva ante el ejercicio, por otra persona, de facultades que de ordinario son inherentes a la propiedad; -- tales derechos, sin embargo, importan al mismo tiempo, una prolongación del radio de acción de la propiedad, tal y como sucede en las servidumbres, tema central del presente -- trabajo.

CAPITULO II

LAS SERVIDUMBRES REALES EN EL DERECHO ROMANO

2.1. LOS JURA IN RE ALIENA.

Como señalamos anteriormente, el patrimonio de una persona en Roma se configuraba a través de dos clases de derechos, principalmente: los derechos reales, cuya expresión máxima se encuentra representada por la propiedad,²⁴ la cual se caracteriza por que el titular del objeto es el único que ejerce actos de dominio sobre éste, sin embargo, dentro de estos derechos reales, encontramos también otra especie de derechos, cuya característica esencial se determina en el hecho de que diversos derechos se ejercen sobre cosas que pertenecen a personas distintas del titular, razón por la cual se denominan derechos reales sobre cosa ajena (Jura in re aliena).

Por lo que los Jura in re aliena toman la categoría de simples desmembramientos de la propiedad, toda vez que la plenitud de facultades de que goza normalmente el pro-

24. La propiedad es el derecho de obtener de un objeto toda la satisfacción que éste pueda proporcionar.

pietario, se reparte entre varios sujetos, los cuales gozan de derechos reales que se pueden oponer a todo el mundo, pero lógicamente son inferiores en relación al que -- tiene el pleno y absoluto derecho de propiedad.

Entre estos jura in re aliena se cuentan las servidumbres que son una creación del jus civile, como una necesidad - impuesta por la actividad agrícola y ganadera de los primeros tiempos de Roma,²⁵ alcanzando plena regulación hasta la época del derecho clásico;²⁶ y la enfiteusis y la superficies, que a diferencia de la anterior proviene del jus honorarium y son una consecuencia del auge que alcanzó en el mundo romano la propiedad originaria. Hay que incluir también entre los derechos reales sobre cosa ajena a la hipoteca, aunque por su finalidad dar seguridad al acreedor de que el deudor va a cumplir con la obligación pactada --

25 Durante la Monarquía 753 a.c. a 510 a.c., en el derecho romano no se encuentran, como es fácil suponer, conceptos generales que respondan a las categorías del derecho. Lo anterior se explica por la sencillez de la vida económica de una comunidad de tipo agrícola, primitiva y cerrada, que poco a poco se iría transformando y sin --

mas propiamente se trata de un derecho real de garantía.²⁷

2.2. CONCEPTO DE SERVIDUMBRE.

El vocablo *servidumbre*, que proviene de *servus* y que tiene su equivalente en la voz latina *servitus*, indica una relación de sumisión, una restricción a la libertad. Aplicando el término a los derechos reales, se entiende por *servidumbre*, el derecho sobre la cosa ajena constituido sobre un fundo y en ventaja de otro fundo (*servidumbres prediales o reales: servitutes praediorum o rerum*) sobre cualquier cosa corporal y en ventaja de una persona (*servidumbres personales servitutes personarum*).

tiendo en esa forma la necesidad de llegar a formular conceptos generales más acordes con la realidad circundante al pueblo romano.- Lic. José María Sáinz Gómez S, Derecho Romano I, edit. Limusa p.45.

26. La época del derecho clásico abarca los siglos II y - III d.C., es cuando la ciencia del derecho alcanza su máximo esplendor, es una etapa en donde las respuestas de los jurisconsultos cobran auge al participar dentro del poder legislativo al concedérseles el *Jus Respondendi*.

El amplio y difundido concepto de servidumbre y su distinción en las dos especies señaladas, la cual fue sabidamente establecida en la legislación justineana, ya -- que hasta este momento la jurisprudencia romana había englobado la idea de servidumbre a las servitutes praediorum. Las servidumbres personales-uso, usufructo, habitación, etc; constituyeron para el derecho clásico, figuras especiales y autónomas de derechos reales sobre cosas ajenas.

Sin embargo, como es costumbre, en los estudiosos -- del derecho romano nosotros emprenderemos nuestra investigación siguiendo la separación que el emperador Justiniano hace de ambos tipos de servidumbres, esto es: las rea-

La intensa actividad de los jurisconsultos da lugar a la formación de dos escuelas que recibieron el nombre de Proculyana con su fundador Labeón, contraria a -- los intereses del Imperio, y la Sabiniana con su fundador Capiton, defensora de los mismos, las cuales -- adoptaron diversos criterios acerca de los problemas jurídicos que se les consultaron.- Lic. José María -- Sáinz Gómez S. Ob.Cit.p.62.

les y las personales, de estas segundas, es especial el usufructo, no sólo por la gran importancia que tuvo para el pueblo romano, sino por la evolución de su normatividad en el derecho positivo mexicano.

- 27 Guillermo Floris Margadant; clasifica como derechos -- reales de goce: a las servidumbres reales y personales, así como a la enfiteusis y superficie, y como derechos reales de garantía: a la prenda y la hipoteca. Asimismo señala algunos puntos de diferencia entre ambos: Además de la distinción claramente expresada en sus nombres, entre los derechos reales de goce y garantía, debemos señalar algunas diferencias secundarias:
- 1.- Los derechos reales de garantía son accesorios; es decir, suponen, para su validez, alguna otra relación-jurídica, que deben garantizar: los derechos de goce -- no.
 - 2.- Los derechos de goce pueden ejercerse, generalmente, en varias ocasiones, en cambio, los derechos de garantía se agotan en un solo ejercicio.
 - 3.- Un derecho de garantía puede establecerse sobre un derecho de goce, pero no a la inversa. Si superpone -- mos derechos reales hasta formar con ellos una estructura vertical o "castillo", los derechos de garantía -- únicamente pueden figurar como coronación, nunca como base.
- Por ejemplo A tiene la propiedad de un terreno, y otorga sobre él la enfiteusis a B; B concede luego el usufructo de la enfiteusis a C y C, a su vez, puede otorgar un derecho de hipoteca sobre ese usufructo. Tales acumulaciones de derechos reales pueden complementarse inclusive por bifurcaciones: si A es propietario, podrá conceder una hipoteca a B y, al mismo tiempo, una enfiteusis a C, después de lo cual, C podrá -- dar un derecho de hipoteca sobre la enfiteusis.
- Guillermo Floris Margadant, Ob.Cit. p.273.

2.3. SERVIDUMBRES PREDIALES O REALES.

Quando el derecho de servidumbre se establecía sobre un fundo en provecho de otro fundo, se tenían las llamadas servidumbres prediales o reales. Margadant comenta al respecto: "son derechos reales sobre un inmueble ajeno (el fundo sirviente), cuyo aprovechamiento debe aumentar la utilidad de un inmueble propio (el fundo dominante), cercano al primero"²⁸. Había pues, una sujeción permanente de un fundo, denominado sirviente (praedium dominans), en el sentido de que el segundo se aprovechaba de una actividad que podía desplegar sobre el primero, o de una restricción que se imponía al goce de él.

28 Guillermo Floris Margadant, Ob.Cit. p.274

Las servidumbres prediales se consideraban inherentes a los predios y de ellos inseparables, de modo que -- una vez constituidas, si no habia una causa legal de extinción, subsistían independientemente de la sucesión de personas en la propiedad de los fundo. Quien quiera que fuese propietario del predio dominante o del sirviente -- era, por tal carácter, titular o gravado de la servidumbre, la cual se transmitía activa o pasivamente con el -- fundo. Caracteriza por tanto a las servidumbres reales, la circunstancia de que la relación jurídica no queda reducida a las personas de sus titulares en el tiempo en el que se le constituye, sino que se conservan inalterables, a través de cuantas transferencias se operan de un propietario a otro. Se constituyen las servidumbres reales en -- atención a la utilidad objetiva del fundo, por lo cual no podía escindirle de éste, ni ejercitarsele como derecho independiente.

Como señalamos anteriormente, estas servidumbres surgieron por primera vez en la práctica agrícola de los orígenes de Roma para la explotación del campo a favor del -- interés colectivo, era conveniente que algunos propietarios de predios, aceptaran una restricción a sus derechos de propiedad, con el fin de que otros propietarios pudie-

ran aprovechar un camino más corto a una carretera pública, disfrutar del agua que sobraba en otro predio, etc. La molestia que se causaba era pequeña en comparación -- con la importancia de la ventaja, de manera que quedaba un saldo beneficioso para la comunidad.

Los rasgos más sobresalientes de las servidumbres reales eran:

A) Es característico en las servidumbres reales el hecho de que, las obligaciones que las servidumbres imponían al propietario del inmueble gravado o fundo sirviente, tenían necesariamente carácter negativo, como lo expresa claramente la regla creada por los comentaristas.²⁹

29 Los comentaristas también denominados postglosadores, es una escuela que surge en el siglo XIV, en donde -- destacan Bartolo de Sassoferato y Baldo de Ubaldis, -- quienes buscan las teorías fundamentales contenidas -- en el Corpus Juris, ejercitándose en el estudio de las glosas de los juristas de dos siglos anteriores y no -- en los textos justinianos encontrados. Reciben el nombre de comentaristas porque sus integrantes efectuaron comentarios sobre instituciones concretas y postglosadores, porque glosaron las glosas de sus antecesores, José María Sáinz Gómez S, Ob.Cit. p.p.78-79.

"Servitus in faciendo consistere nequit"³⁰ Así pues, el derecho de servidumbre no llevaba implícito un hacer a cargo del titular del predio sirviente, sino un abstenerse de hacer o un tolerar, que el propietario del fundo dominante hiciera (in non faciendo vel in patiendo).

B) El propietario de una cosa no podía ser titular de una servidumbre constituida sobre la misma cosa "nulli res sua servit"³¹ (en tal caso se extingue la servidumbre automáticamente por la reunión de ambos fundos - en el patrimonio de una sola persona), ni tampoco la -- servidumbre se presumía, dado su carácter de jura in -- rea aliena. Asimismo, no estaba admitido que este gravamen real pudiese establecerse sobre otra servidumbre, - porque además, de carecer de sentido lógico, sólo era - posible la constitución de servidumbre sobre una cosa - ajena, imponiéndose a favor de una persona o de un fun- do individualmente determinado (servitudo servitutis esse non potest).

C) El terreno debe aprovechar al terreno "fundus - fundu servit"³² en otras palabras es esencial para la - servidumbre real que, a consecuencia de ella, el fundo- dominante responda mejor a su función.

Por tanto, las servidumbres deben servir a los predios no a los propietarios con independencia de sus predios. Por ejemplo, la servidumbre de extraer cal, solo permite que se extinga del fundo sirviente para construcciones en el dominante, pero no para la venta a terceros.

D) "La servidumbre debe tener una causa perpetua!"³³ No se permite que el arrendamiento solicite una servidumbre por todo el tiempo que dure el arrendamiento; ni que el propietario de un fundo, que normalmente tiene bastante agua, obtenga una servitus aquae haustus para un año-determinado de sequía, etc. De ahí que la servidumbre -- clásica no permitía, lógicamente, términos o condiciones resolutorias, principio a veces abandonado por los post-clásicos.

E) Una de las particularidades más interesantes es la que se refiere a la llamada indivisibilidad,³⁴ ya que indivisible era la situación jurídica que ella implicaba, pues un estado de sumisión no implicaba el no poder ser - constituido fraccionadamente. De tal manera que si el fun

30. D.8.1.15.1

31. D.8.2.26

32. D.8.4.12

33. D.8.2.28

34. D.8.3.32

de dominante o el sirviente llegaban a dividirse, el derecho o la obligación que imponía la servidumbre, no corría la misma suerte, porque tenía que corresponder por entero a cada una de las partes resultantes de la división. Así mismo se estableció que la utilización parcial de una servidumbre, protege a todo el conjunto (fundo dominante y -- fundo sirviente) contra la prescripción extintiva.

F) En virtud de que la servidumbre es un derecho real, los compradores del predio sirviente no pueden alegar que -- la formación de dicha servidumbre ha sido para ellos una -- res inter alios acta: la servidumbre es oponible a cualquier tercero. "35

G) El derecho romano permitió acumular servidumbres a cargo de un solo predio sirviente. Sin embargo, se planteaba el siguiente problema: si al ejercerse una de las servi-

35. Desde luego que el arrendatario o el comodatario tienen derecho a utilizar una cosa ajena, pero no con fundamento en un derecho real oponible a terceros, sino como -- parte inherente al contrato y los beneficios que su celebración traen aparejados a las partes contratantes.

dumbres, perjudicaba a la otra, por ejemplo en el caso de dos servidumbres de pastoreo sobre un pequeño predio, que por sus propias características no puede alimentar los rebaños de los dueños de los fundos dominantes, ¿cuál de los rebaños tendría mayor derecho sobre la servidumbre?, aun - que algunos jurisconsultos romanos consideraron que la solución adecuada era repartir en forma equitativa lo poco - que se podía aprovechar del fundo sirviente, este planteamiento adolecía de que, en lugar de beneficiar a ambos fundos dominantes, perjudicaba a ambos, además del desgaste - del predio sirviente, por esta razón la legislación Justiniana determinó, en base a un viejo principio romano: primo en tiempo, primero en derecho, es decir se le daba in variabilmente preferencia a la servidumbre mas antigua:

"Prior tempore, prior jure"³⁶.

36. D8.3.14 aunque este principio parece resolver por completo el problema arriba planteado, se complicaba cuando se trataba de una servidumbre de agua, si se considera que hay escasez de agua, que además de afectar a los fundos dominantes dañaba el fundo sirviente, en este caso el que debe de tener preferencia para utilizar el agua es el fundo sirviente, y si existe duda en relación a los derechos sobre una servidumbre, esto se resolvía a través de la limitante de la propiedad.

H) La necesaria regulación y aprovechamiento de las servidumbres, determinó que éstas, no pueden ser base para establecer subservidumbres. Por ejemplo, no se puede dar a otro predio el privilegio de carácter real, de aprovechar una servidumbre establecida en beneficio de mi propio predio, esto equivaldría a un traspaso parcial (lo que daría lugar al lucro) de una servidumbre, de tal manera que contravendría uno de los principios esenciales de la servidumbre: la indivisibilidad, y se opondría también al principio que establece que, una servidumbre no puede transmitirse sin traspasar, al mismo tiempo, el fundo dominante. Por lo tanto "servitus servitutis esse non potest: no puede haber servidumbre sobre servidumbre"³⁷.

1) "El propietario del fundo dominante debe de aprovechar en forma racional la servidumbre, evitando excesos que puedan perjudicarla y que no reporten ningún beneficio al dueño del predio dominante"³⁸.

37. D.33.2.1.

38. D.8.1.9.

J) *Por un principio fundamental en las servidumbres reales los predios tenían que ser vecinos (praedia vicinasse debent).*

Esta vecindad no debe entenderse en el sentido de que los fundos fueran contiguos, sino que tuvieran una cercanía entre ellos que permitiera el real ejercicio de la servidumbre de que se tratara. Esta disposición facilitaba la investigación sobre la existencia de eventuales servidumbres en una sociedad que no contaba con un registro público. El derecho clásico como vimos, maneja este requisito de inmediata vecindad con un amplio margen de tolerancia. Así, se permite que el dueño de un terreno tenga derecho de vista al mar, sobre un terreno situado entre el fundo dominante y el mar, pero no limítrofe con aquél.

K) *Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Si A concede a B una servidumbre de sacar agua del pozo de A, éste no puede oponerse a que B pase sobre su predio para ir al pozo; dicha servidumbre implica automáticamente el derecho de paso necesario.*

L) *Las reparaciones necesarias para que la servidumbre pueda tener interés práctico, son por cuenta del titular de la servidumbre, pero el propietario del predio sirviente no puede oponerse a estas reparaciones.*

2.4. TIPOS DE SERVIDUMBRES REALES EN ROMA.

Dos clases de servidumbres prediales o reales se conocieron en el derecho romano: las servidumbres reales o rústicas (servitutes praediorum rusticorum) y las urbanas (servitutes praediorum urbanorum). La distinción fundamental entre estas clases de servidumbres, se estableció en razón al fundo dominante, es decir, en favor del cual se había establecido el gravamen. Si el predio dominante era un terreno libre, sin edificios, destinado principalmente a la actividad agrícola, se estaba en presencia de una servidumbre rústica; en cambio, si el fundo dominante era un edificio, la servidumbre era necesariamente urbana, sin importar si la construcción estuviera situada en la ciudad o en el campo.

Como toda civilización que empieza a desarrollarse, es lógico suponer que en Roma las más antiguas formas de servidumbre, sin las que forman la categoría de las servidumbres rústicas, eran las que entraban dentro de la clasificación de las res mancipi"³⁹.

39. La distinción entre res nec mancipi la encontramos ya contemplada en la Ley de las XII Tablas; eran mancipi las cosas cuya propiedad se transmitía por un modo de derecho civil formal y solemne, en cambio las cosas nec mancipi, no se pueden transmitir de esta forma. Las primeras otorgan una propiedad plena a su titular. Terriblemente problemático resulta determinar el origen de las servidumbres, para tal efecto, expresaremos aquí algunas de las hipótesis de mayor aceptación, que intentan explicar esta génesis de la servidumbre: Se ha afirmado que la raíz de las servidumbres la encontramos en los juicios divisorios, que el sendero y el acueducto primitivo son objeto de dominio (lo que atribuye no es un derecho sobre cosa ajena, sino la señoría sobre la faja de terreno, de acuerdo con esta hipótesis entre la propiedad y la servidumbre, no hay una diferencia cualitativa, sino cuantitativa) y por lo tanto que, sobre el sendero y el acueducto se da un concurso de propiedad.

Por nuestra parte creemos que la constitución de las primitivas servidumbres rústicas, entraña el desarrollo de una actividad positiva del propietario del fundo dominante sobre el fundo sirviente. Es la misma soberanía del mancipium, la que manifiesta y se prolonga más allá de sus límites normales.

Dentro de éstas, encontramos las siguientes:

- 1.- *Iter, permite el paso por el fundo sirviente del propietario o habitante del dominante, así como también de su familia, sea a pie o a caballo.*
- 2.- *Actus, además del anterior derecho, permite el paso de bestias y carros*
- 3.- *Via, derecho de paso, sin restricción de ninguna especie a través de un camino, cuya máxima extensión se halla determinada por la Ley de las XII Tablas.^I*
- 4.- *De acueducto, derecho para poder pasar vías de agua por el fundo sirviente (canales, tuberías), para conducir las en beneficio del predio dominante.*

Gana hoy terreno la hipótesis, de que la primitiva servidumbre se concibió como "propiedad", pero en nuestra opinión no consideramos que se haya dado nunca tal mudanza o desplazamiento en los conceptos. Cuando se afirma que la originaria categoría de las res mancipi sólo comprende -- res corporales, se transporta indebidamente a los viejos tiempos una nación y una clasificación creadas en las horas más recientes. Los primeros pobladores de Roma parten de la idea del poder, y si ellos engloban bajo la común denominación de res mancipi a los fundos, los esclavos, los animales de tiro y carga, el sendero y el acueducto, con esto no quiere decir que todas estas cosas son objeto de propiedad, sino que todas se hallan sometidas a la ley del mancipium, que puede actuar de modos diferentes.

Dentro de las servidumbres res nec mancipi encontramos:

- 1.- *Servitus aquae haustus, es el derecho de sacar agua de las tomas de agua, para sufragar las necesidades-indispensables del predio dominante.*
- 2.- *Servitus precoris ad aquam adpulsus, es la posibilidad de abrevuar el ganado propio.*
- 3.- *Servitus precoris pascendi, es la de apacentar el ganado.*

Los romanos no conciben que una cosa sea a la vez dos cosas, y a esta consecuencia llegamos si decimos que la servidumbre es un fundo. La cosa que sirve es un cuerpo simple, pero obedece al mancipium de dos personas: al de su propietario y al del titular de la servidumbre. El mancipium del segundo, merma al mancipium del primero. Este puede disponer de la propiedad, pero no de la libertad de la propiedad. En el caso de la servidumbre se da un "poder de uso", pero por razón de una necesidad del fundo dominante. Si el poder se ejercita por el titular de la servidumbre, el lazo que se establece entre aquél y el fundo sirviente, resulta de un elemento intermedio el fundo dominante. La realidad es que un poder limita a otro poder, pero una imagen sacada del lenguaje habla de no libertad del fundo -servit praedium- y de restablecimiento de la libertad -praedium liberum-.

- I.- La Ley de las XII Tablas establecía el paso a través de un camino sin restricciones; alguna sólo se puede dar por un sendero de ocho pies en la línea recta y de dieciseis en los recodos.

- 4.- *Servitus calcis coquendae, cretae exhlmendae, areane fo-
diendae, era la facultad de quemar cal, extraer grada o
arena del fundo sirviente, sin un fin industrial.*

Entre las servidumbres tenemos las siguientes:

- 1.- *La de vertiente de aguas de lluvia desde el propio teja-
do, de modo natural -servitus stillicidii- o por condu-
tos o canalones -servitus fluminis-; la de desagüe me-
diante tuberías o canales -servitus cloacae-.*
- 2.- *La de apoyo de viga -servitus tigni inmittendi-; la de -
apoyo de muro -servitus oneris ferendi-, la de avanzar-
sobre el fundo vecino los balcones, galerías y tejados-
servitus prolicendi protegendi -.*
- 3.- *La que prohíbe elevar el edificio sobrepasando cierta -
altura - servitus altius non tollendi- las que impiden-
que el vecino prive a nuestro edificio de luces -servi-
tus ne luminibus officiatur-⁴⁰ o de vistas - servitus -*

40; Las servidumbres con las cuales se aseguraban luces y -
aire a los edificios eran dos: una que con varias formu-
las -no altius toallatur neluminibus officiatur, o lumi-
na, quae nunc sunt, ut ita sunt, tendía a garantizar --
las luces contra la amenaza de elevaciones excesivas; -
otra -ne luminibus officiatur-, que evitaba cualquier --
atentado a las luces mismas.

ne prospectui officiatu- *la que autoriza a abrir ventanas sobre el terreno del vecino para tener luces - servitus lu*
minum ⁴¹.

41. Ninguna ventana se puede abrir invito vecino, y el permiso de éste se traduce en la concesión de la servitus luminum. Con la servidumbre, el propietario adquiere el derecho, que antes le faltaba, de tener abiertas las ventanas hacia el fundo ajeno, y el vecino pierde el derecho hacerlas tapar.

2.5. CONSTITUCION DE LAS SERVIDUMBRES.

Siguiendo el orden de la constitución de las servidumbres, hay que distinguir entre Derecho Clásico y Derecho -- Postclásico y Justiniano.

*I.- Derecho clásico.- La época clásica no conoce otros modos de constitución de las servidumbres, que los sancionados por el derecho civil.*⁴²

La constitución de las servidumbres en el derecho clásico, tiene lugar:

a) Por mancipatio e in jure cessio. La primera se aplica a las antiguas servidumbres rústicas, que son res mancipi; la segunda, a toda clase de servidumbres.

42. Al lado de los modos civiles no hay modos pretorios. Y Modos pretorios son los que la opinión tradicional engloba en la categoría de las servidumbres, tuitioe -- praetoris, es decir, las constituidas mediante traditio, pactio et stipulatio y prescripción adquisitiva.

- b) *Por la enajenación de un predio, mediante la deductio, - esto es, la reserva de la servidumbre en favor del enajenante. Para los fundos provinciales, que no exigían modos por el derecho civil, se admitió la constitución por pactos seguidos de estipulaciones, que después en el derecho clásico, desaparecidas las formas solemnes y la -- distinción entre fundos itálicos y provinciales, fue el modo general de constitución de las servidumbres prediales.*
- c) *Por disposición de última voluntad, el testador podía -- imponer válidamente servidumbres entre los predios dejados a los herederos o legatarios. El medio más común que se usó en el derecho clásico, fue el legatum per vindicationem.*
- d) *Por adjudicatio, pronunciada por el juez, entre dos fundos comprendidos en un proceso de partición o de deslinde.*

e) Por usucaplo, según nos dice Paulo, en el derecho antiguo era posible la adquisición de las servidumbres por el simple transcurso del tiempo. Tal posibilidad existió, hasta que fue promulgada la Ley Scribonia⁴³; debió referirse a las cuatro primitivas servidumbres rústicas, englobadas en la categoría de las res mancipi.

Las servidumbres constituyen entonces casos típicos de -
Usus⁴⁴.

43. Se ignora la fecha de promulgación de esta Ley, que sólo está citada por Paulo. Generalmente la encontramos después de Cicerón, quien alude todavía a la usucapio de las servidumbres, y posiblemente fue creada en el -- 719 de Roma, bajo el consulado de L.Scribonius Libo.
44. La primitiva servidumbre rústica es usus, y se adquiere por el usus. En el caso típico de la servidumbre rústica, usus se refiere al ejercicio de hecho de un poder, y también al poder mismo, una vez consumada la capio -- por la manus. Antes de cumplirse el término de la usucapio, se usa de un poder, cumplido tal término, se tiene el poder de uso. En otros casos, el usus se aplica a las cosas corporales y también a los derechos absolutos susceptibles de una actio in rem. Por consiguiente, pueden usucapirse tanto las cosas que son objeto del dominium ex iure Quiritium, cuanto las servidumbres rústicas, la tutela, la herencia, la manus maritalis. En todos estos poderes o derechos, de vario contenido y utilidad, se da una razón igual: la de estar en la manus, la de obedecer a la ley del mancipium.

El concepto de Usus, más amplio que el de Possessio, que luego le sustituyó, entrañaba el ejercicio de un poder: -- "Poder de Uso", sustituido el Usus por la Possessio, y concebidas las servidumbres como Res Incorporales, ya no fue posible la Usucapión. En este momento, no se pudo usucapir más que possidendo.

f) Mancipatio e in iure cessio no se aplican a los fundos provinciales, que sólo son susceptibles de possessio - por los particulares. El resultado a que se endereza - la constitución de las servidumbres se logra allí mediante pactos acompañados de estipulaciones-pactionibus et stipulationibus.

No es cuestión pacífica la de si las pactiones et stipulationes entrañan eficacia real o eficacia obligatoria. Buen número de romanistas se proclaman por lo primero, pero no faltan argumentos para inclinarse a favor de lo segundo. A este propósito, son de tener en cuenta las siguientes consideraciones: 1a. Las servidumbres sólo pueden constituirse por quienes son propietarios, y no simples possessores; 2a, los fundos pertenecen todos a un único propietario, que es el Estado, --

3a, la misión del gobernador provincial es la de defender la propiedad del Estado, y ésta sería violentada o menoscabada permitiendo a los poseedores la imposición de gravámenes sobre las tierras; 4a, pactio et stipulatio son formas cuya esencia propia-genuina, consiste en servir para la constitución de derechos obligatorios; 5a, no es concebible que la stipulatio, el más genuino contrato romano, tenga en Roma menor eficacia que en las provincias.

II.- Derecho justiniano.- La constitución de las servidumbres tiene lugar por modos no formales. Tales son:

- a) La pactio atque stipulatio. Desaparecidas la mancipatio y la in iure cessio, así como la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales, éste es el modo general para la constitución de toda clase de servidumbres-prediales y personales.
- b) La adjudicatio, el legado y la deductio. Esta se verifica al entregarse, sin formalidad alguna, la cosa que se enajena.

- c) *La patientia, esto es, una quasi traditio que se sustancia en tolerar el ejercicio de la servidumbre, con la intención-declarada-de atribuir la titularidad.*
- d) *Por el diuturnus usus o la vetustas, es decir, -- por el ejercicio de la servidumbre desde tiempo inmemorial. Sobrevive aquí un principio que ya regía en el Derecho Clásico, cuando menos en la servitus aquae ductus y en la servitus altius non tollendi, cuya constitución en tal forma se defendía por una actio utilis.*
- e) *Por prescripción. El Derecho justiniano reconoce la prescripción adquisitiva de las servidumbres rústicas, según las normas vigentes en materia de inmuebles.**

* En el derecho clásico sólo pueden constituirse servidumbres mediante declaraciones de voluntad expresadas en formas solemnes. Una voluntad presunta o implícita nada significa. El derecho justiniano admite, en ciertos supuestos, lo que hoy se llama constitución de la servidumbre

En tal sentido, se exige la posesión de diez años entre -- presentes y veinte entre ausentes.

2.6 EXTINCION DE LAS SERVIDUMBRES.

Las servidumbres se extinguen:

a) *Por pasar el fundo sirviente a la condición de res extra commercium. En cambio, no se extingue la servidumbre cuando cambian las condiciones naturales del fundo. Según - el Derecho Justiniano, si tales cambios impiden el ejercicio de la servidumbre, queda ésta en situación de reposo, - para extinguirse por non usus, a no ser que se restaure la vieja situación antes de que se cumpla el término legal de la prescripción.*

bre por destino del padre de familia. No cabe hablar de servidumbre en el caso de que un propietario de dos fundos se sirva de uno para atender a las necesidades del otro, porque nemini res sua servit. Sin embargo, tal estado de servicio se transforma en servidumbre, jurídicamente reconocida, -- cuando los fundos pasan a propietarios distintos, v.gr. a -- dos legatarios, o a un heredero y un legatario.

b) *Por demolición del edificio dominante, salvo que tal se haga para volver a levantarlo; ut eadem specie et qualitate reponatur. También por la demolición del edificio sirviente.*

c) *Por confusión-confusio- que tiene lugar cuando la -- propiedad sobre los fundos dominante y sirviente, viene a -- coincidir en una misma persona. Rige aquí el principio nemini res sua servit.*

d) *Por renuncia del titular.*

e) *Por resolución del derecho del concedente. Impuesta -- por el heredero una servidumbre al fundo legado bajo condición, el cumplimiento de ésta determina la extinción de la servidumbre.*

f) *Por el non usus. En la época clásica la servidumbre -- rústica se extingue cuando el derecho que entraña no es ejercido durante dos años⁴. Tratándose de servidumbre urbana, además del non usus, es necesaria la usucapio libertatis.*

⁴ Si la primitiva servidumbre rústica fuera un caso de propiedad que sólo difiriera cuantitativamente de la propiedad propia y verdadera, o si se quiere, una especie de fundus dentro de otro fundus, no se concebiría su extinción autónoma por el non usus. Los textos clásicos nos advierten que la -- ley Scribonia, que ha abolido la adquisición de las servidumbres por el usus, ha mantenido su extinción por el non usus. La propiedad sobre el fundo se adquiere por el decurso de -- dos años; por dos años también el "poder del uso". La propiedad no se pierde--autónomamente por el non usus, porque no es usus; el usus se pierde por dejar de ser tal.

2.7. PROTECCION DE LAS SERVIDUMBRES.

La acción típica para la protección de las servidumbres es la vindicatio servitutis, llamada en el Derecho -- postclásico y justiniano actio confessoria, en antitesis a la actio negativa o negatoria.

La actio confessoria, modelada a imagen de la reivindicatio compete al propietario del fundo dominante contra el propietario del fundo dominante contra el propietario o poseedor del fundo sirviente que impide el ejercicio de la servidumbre. En la época justiniana puede dirigirse contra todo tercero.

Con el carácter de utilis, la actio confessoria compete también, según el Derecho Justiniano, al acreedor pignoraticio, al enfiteuta y al superficiario.

La actio confessoria tiende al restablecimiento de la condición legítima de la servidumbre y al resarcimiento de los años.

Las servidumbres se hallan también protegidas por los interdictos. La protección no tiene en cuenta su existencia sin la relación de hecho que media entre dos fundos, y cuyo contenido material es el propio de las servidumbres. Figuran en el Edicto los de itinere actuque privato y de itinere actuque reficiendo de aqua cottidiana, de aqua aestiva y de rivis; de fonte y de fonte reficiendo, de cloacis.

CAPITULO III

LOS DERECHOS REALES SOBRE COSAS AJENAS

EN EL DERECHO ROMANO

3.1. USUFRUCTO:

*La Doctrina romanista define el usufructo, como "el derecho de usar la cosa ajena y percibir sus frutos sin alterarle la esencia"*⁴⁵

a) *El usufructo es una servidumbre personal y es un -- derecho real.*

b) *El usufructo es la más amplia y completa entre las servidumbres personales, pues concede al usufructuario el -- uso (jus utendi) y el fructus (jus fruendi). El propieta -- rio sólo conserva el jus abutendi (abusus) "limitado por -- los opuestos intereses del usufructuario y por sus propias -- conveniencias, por lo que su derecho (del propietario) se -- denomina nuda propiedad"*⁴⁶.

c) *El usufructo nació en el siglo IV antes de Cristo, -- como consecuencia del desuso de la manus, de la difusión del matrimonio libre y como un medio de proveer a la viuda de -- lo necesario para su subsistencia, sin afectar la parte que debían recibir los hijos en la herencia de su padre, conser*

⁴⁵ Oderigo, Mario Ob.cit. pág. 204

⁴⁶ Oderigo, Mario Ob.cit. pág. 204

vando la institución, a través de su evolución, aquella función alimentaria que motivó su nacimiento.

d) Pueden ser titular del derecho de usufructo, tanto la persona física, como la persona jurídica, porque esta -- servidumbre se da en beneficio de una persona determinada y por consiguiente, no puede existir, sin una persona que detente el uso y goce de la cosa ajena. Para los entes colectivos, el derecho justinianeo limitó a cien años el término del derecho de usufructo.

e) El usufructo puede tener por objeto las cosas corporales mobiliarias o inmobiliarias, animadas o inanimadas, - que figuren en el patrimonio de los particulares, con exclusión de las cosas consumibles.

f) Las cosas dadas en usufructo deben ser de tipo inconsumibles, a fin de que no se altere la esencia de la misma. No deben ser cosas consumibles, porque el uso y goce de las mismas significa su consumición. No obstante, existe -- una modalidad, cuando se dan cosas consumibles, que se llama cuasi usufructo.

g) Arangio Ruiz dice que el usufructo, por su conexión inseparable con la persona, y con la situación jurídica del titular del derecho, significa ante todo que el usufructo - es un derecho intrasmisible, esto es, que el usufructuario no puede ceder el derecho mismo a un extraño, por ser éste inherente a su individualidad, aun cuando pueda cederse su ejercicio. Las fuentes señalan que la cesión del usufructo, produce la extinción del mismo. Según GAYO, que inspiró al derecho justiniano, en este sentido mantiene que la cesión del usufructo provoca sólo la anulación de la cesión. Recordemos, que el usufructuario sí puede ceder el ejercicio del derecho de usufructo.

h) El usufructo, como toda servidumbre personal, es temporal, es decir, cesa con la vida del usufructuario, si no se hubiere fijado un plazo determinado para su duración.

i) El usufructo, como corolario de lo anterior, no se transmite por herencia.

j) El usufructo, a diferencia de las otras servidumbres personales, es divisible y, por tanto, puede constituirse por partes, porque el objeto afectado a este derecho es generalmente susceptible de división.

k) El usufructuario podía usar la cosa de la manera más extensa, siempre que el uso de la misma fuese conforme a su destino, pudiendo obtener los frutos que ella produce, sean naturales, industriales o civiles, con la condición de que no se altere la esencia de la cosa, no pudiendo el propietario impedirlo. Los frutos pertenecen al usufructuario, desde el momento de su percepción, de allí que, si entra al ejercicio de la servidumbre y existen frutos, a él le pertenecen y si al extinguirse el usufructo existen frutos, éstos pertenecen al propietario.

1) El usufructo es gratuito.

3.2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO:

DERECHOS:

Usar la cosa y sus accesorios libremente, estando obligado el propietario a respetar este derecho, sin realizar actos que causen lesiones o perjuicios al usufructuario. En cuanto a los frutos hemos hablado de los mismos anteriormente.

OBLIGACIONES:

a) Debe usar la cosa en la forma en que lo haría el propietario mismo, siendo responsable de todos los perjuicios que ocasione. El uso de la cosa debe ser conforme con su destino.

b) La más importante obligación del usufructuario es conservar la cosa en buen estado, debiendo emplear la mayor diligencia, no respondiendo del deterioro natural que sufriera la cosa, como consecuencia del uso normal de la misma. Tampoco responde por su pérdida, cuando su utilización normal estuviera expuesta a riesgos y peligros.

c) Se ha dicho que el usufructo es gratuito, no obstante, el usufructuario debía pagar los impuestos y realizar los gastos de conservación de la cosa.

d) El propietario, para proteger su propiedad, tenía contra el usufructuario la *actio legis aquiliae*, cuando por ejemplo, el usufructuario deteriorara o lesionara la cosa objeto de la servidumbre, voluntariamente. Podría igualmente ejercer la *actio reivindicatio*, en caso de que el usufructuario se negara a devolver la cosa. Es interesante destacar, que la *Lex Aquiliae* no reprime más que los daños causados por dolo y no los provocados por negligencia.

Los daños causados por dolo y no los provocados por negligencia. El derecho pretoriano, para dar una mayor protección "al nudo propietario estableció que al constituirse el usufructo el titular del mismo debía prestar la cautio-usufructuaria, y utilizando el contrato de estipulación, el usufructuario se obligaba a usar la cosa como un buen padre de familia y restituir la misma o lo que de ella quedare al terminar el usufructo. Este compromiso contraído por el usufructuario hacia el nudo propietario acorredor de la relación que podía exigir mediante la actio ex stipulatu".

3.3. CONSTITUCION DEL USUFRUCTO:

Su constitución se realizaba por diversos medios:

a) Por la in jure cessio. Era la forma de constitución de mayor frecuencia.

b) Por la mancipatio, para el caso de que la servidumbre fuese constituida sobre una res mancipi.

c) Por legado. El testador podía constituirla en su testamento mediante legado. Legado es una disposición testamentaria, por la cual el testador concede la propiedad-

de una cosa, o cualquier otro derecho real o de crédito, - a una persona, o la libera de una deuda, sin instituir la heredera. De tal manera que, por medio del legado, no sólo se puede transmitir la propiedad de una cosa sino también - constituir cualquier derecho real o de crédito. Recordemos que el usufructo es una servidumbre personal y un derecho-real. Mas, según la definición, no es necesario que el legatario sea instituido heredero. La institución de heredero es una cláusula esencial de testamento, en virtud de la cual el testador atribuye a una o varias personas el título de heredero. La institución de heredero es esencial al testamento romano. Este no puede existir sin ella.⁴⁷

d) Por la adjudicatio. Hecha por el juez en un litigio de partición.

e) Por prescripción adquisitiva. Ejercicio continuado de la servidumbre, durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

f) Por pacto de reserva, estipulado con el adquirente de una cosa, enajenada por tradición.⁴⁸

47. Mario Oderigo. Ob.Cit. pág.207

48. Mario Oderigo. Ob.Cit. pág.208

3.4. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO.

El usufructo se extingue por varias causas.

a) *Muerte del usufructuario. Se extingue con la vida de la persona y no pasa a los herederos. Cuando se trata de -- personas morales, el usufructo se extingue a los cien años, contados a partir de la fecha de constitución. Este era el lapso de duración de la vida humana, según los romanos.*

b) *Capitis deminutio del usufructuario. La capitis deminutio, provoca la pérdida de la personalidad civil.*

c) *Destrucción de la cosa, total o parcial, si ha perdido sus cualidades esenciales, o no puede destinarse al -- fin para el cual constituyó el usufructo.*

d) *Renuncia del usufructuario. Antiguamente, se verificaba por la in jure cessio. Al caer en desuso esta institución, era suficiente la restitución de la cosa.*

e) *El no uso. "Si el usufructuario mismo o un tercero -- en su interés no realizaban actos de uso y goce en el tiempo que la ley fija. En la época clásica, un año para los -- muebles y dos para los inmuebles, y con JUSTINIANO, diez -- años entre presentes y veinte entre ausentes.*

f) *Por consolidación. Adquisición, por el usufructuario, de la propiedad de la cosa sobre la que versa su derecho.*

g) *Expiración del término. Hemos dicho que por su naturaleza, el usufructo es vitalicio, no obstante, puede estipularse término. El vencimiento del mismo provoca su extinción.*

h) *Por confusión. Reunión en una misma persona de la -- calidad de propietario y usufructuario de la cosa.*

3.4.1 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTO Y EL ARRENDAMIENTO.

Brevemente, según la doctrina romanista, el usufructo es una servidumbre personal y un derecho real. El arrendamiento es un contrato. En Roma, se donomina locación. Conforme a la clasificación de los contratos, por su modo de perfeccionamiento, es un contrato consensual, o sea, que se perfecciona por el simple consentimiento expresado legítimamente por las partes. El arrendamiento es un contrato-consensual, en que una persona, llamada locator, se compromete a procurarle el goce temporal de una cosa a otra persona, llamada conductor, mediante una retribución en dinero, que se denomina merces. El arrendamiento puede ser de tres tipos: de cosas, de obras y de servicios, que se estudiarán más adelante. De tal manera, que se distinguen en su naturaleza y conceptos. Mas, hemos dicho que el usufructo es un derecho real, y tal participa de los caracteres de los derechos reales.

El arrendamiento es un contrato que engendra derechos personales a la persona del arrendatario. El arrendatario puede requerir del arrendador, el uso y goce temporal de la cosa.

Se diferencian igualmente, en sus caracteres, en su constitución y extinción. El usufructo es gratuito, en cambio el arrendamiento es oneroso. Se asemejan, porque tanto el usufructuario como el arrendatario, son poseedores precaristas.

3.4.2 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTO Y LA ENFITEUSIS.

Siguiendo nuestro orden de ideas, insistimos en que, el usufructo es una servidumbre personal y un derecho real. Las servidumbres en general, son estudiadas por el derecho civil. La enfiteusis no es un derecho real civil, pero sí un derecho real pretoriano, creado por la magistratura de la pretura. Se distinguen en sus definiciones. Hemos definido el usufructo. La enfiteusis es un derecho real pretoriano, enajenable y transmisible, que da el pleno goce de un fundo a una persona y con la obligación de cultivarlo y pagar un canon anual. Además, el usufructo es gratuito, la enfiteusis es onerosa. El usufructo no se transmite por herencia. El derecho de enfiteusis es transmisible a los herederos.

El usufructuario no puede enajenar su derecho. El enfiteuta puede enajenar y transmitirlo. Se distinguen en sus acciones: la acción que defiende las servidumbres se denomina confesoria y la que protege la enfiteusis, la actio vectigali. Son semejantes, porque en ambos se confiere la posición natural de la cosa, la detentación.

3.4.3 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTO Y EL PRECARIUM.

El usufructo, se ha tratado ampliamente en su naturaleza, definición, caracteres, constitución y extinción.

El precarium para algunos, es un contrato real, porque se perfecciona con la entrega de la cosa, para otros, un contrato innominado, por el que una persona cede a otra y a ruego de ésta la posesión gratuita de una cosa, con cargo de restituirla al serle reclamada. Se diferencian, en las obligaciones de uno y otro, porque el precarista se obliga a devolver la cosa, al serle requerida, aun cuando hubiese término. Son semejantes, porque en ambos se confiere la detentación de la cosa, no hay transmisible a los herederos y son gratuitos.

3.4.4 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTO Y EL COMODATO.

El comodato es un contrato real, se perfecciona con la entrega de la cosa y consiste en que una persona, llamada comodante, entrega a otra persona, llamada comodatario, una cosa cierta, para que la use gratuitamente y la devuelva al vencerse el término fijado en contrato. Su naturaleza, características, requisitos y obligaciones, son distintas a las que hemos visto en el usufructo. Recordemos que el usufructo es un derecho real no transmisible.

El comodato es un contrato real, que engendra derechos -- personales y transmisible a los herederos. Se asemejan, - porque en ambos se tiene la detentación de la cosa y son gratuitos. En caso de que el comodato se remunere, deja de ser comodato para convertirse en contrato de arrendamiento.

Las pequeñas diferencias anotadas del usufructo con los otros institutos, nos permite evitar posteriores con fusiones.

3.4.5. CUASI USUFRUCTO.

Hemos dicho que el usufructo no podía constituirse sobre cosas que se consumen o que se deterioran por el uso. Esto trajo algunos inconvenientes, pues las cosas consumibles estaban excluidas de este gravamen, "creando en los casos de legado de usufructo de todos los bienes de una persona de los que debían existir cosas de este género.⁴⁹ Posteriormente, un senado consulto permitió legar cosas de este género. Luego, esto se generalizó, permitiéndose el cuasi usufructo, por cualquier medio que la ley establezca para su constitución, independiente del legado. Se permitió incluso, dar en usufructo una cosa incorporal.

El cuasi usufructo daba a su titular la propiedad de las cosas recibidas y, por consiguiente, podía consumirlas, pero se obligaba a prestar caución para restituir cosas de igual cantidad, calidad y valor. Si no prestaba la caución, se producía su extinción, y si las cosas se habían entregado, podía ejercitarse la acción reivindicatoria contra el titular del cuasi usufructo.

49. Luis Rodolfo Arguello, Ob.Cit. p.138.

3.5. USUS.

*Junto al usufructo existe en la época clásica, el -
 usus. Según su significado originario, usus es el derecho
 de usar una cosa sin percibir sus frutos: uti potest, --
 frui non potest. Por razones fácilmente comprensibles, los
 jurisconsultos amplían la esfera del uti: el usuario de -
 una casa puede habitarla con su familia, y dar acogida en
 ella a huéspedes, esclavos, libertos, operarios, etc; el -
 usuario de un fundo puede recoger los frutos agrícolas, -
 hortícolas y forestales más indispensables para atender a
 las necesidades domésticas cotidianas. Otorgada esta facul
 tad dentro de ciertos límites, rige el criterio del consumo
 de los frutos en el propio lugar in villa. En el Derecho --
 justinianeo es dable alquilar las habitaciones sobrantes,⁵⁰
 y tomar los frutos del fundo que sean necesarios para el -
 sustento del usuario y de su familiar.⁵¹*

*Por la cautio usuaría⁵² garantiza el titular la con -
 servación de la cosa y su devolución al terminar el "uso".
 En los demás, rigen principios análogos a los del usufruc -
 to.*

50. D.7,8,4 pr., interpol

51. D.7,8,12, 1 interpol. Sobre la cuestión Pampaloni, *Questi di diritto iustiniano*, RISC, 49 (1911), p.241 ss;

52. D.7,9,5,1.

3.6. HABITATIO.

Cuestión discutida en la época clásica es la de si la habitatio o el habitare concedido en particulares negocios- implica uso, usufructo o un simple derecho de crédito. Con Justiniano, la habitatio es un derecho real especial, distinto del uso y del usufructo-quasi proprium aliquod ius-, que atribuye la facultad de habitar una casa ajena.

El habitator puede arrendar toda la casa.⁵³ La habitatio es un derecho vitalicio, a lo sumo, y no se extingue por la capitis deminutio ni por el no uso.⁵⁴

3.7. OPERAE SERVORUM.

Las operae servorum dan derecho a disfrutar de los servicios de un esclavo ajeno. Discútese también en la época clásica sobre si a las mismas debe aplicarse el régimen del uso o el del usufructo. Justiniano considera las operae servorum como derecho real autónomo, distinto del usus, aun que análogo a él.

53. D.4,5,10, interpol: D.7,8,10 interpol.

54. Para lo primero D.7,7,5; para lo segundo D.7,7,3; D.33,2,24, 1.

3.8. LA FIDUCIA.

Jorquera dice: "Sabemos que el deudor o la persona - que contraía un crédito, vendía sus bienes por mancipatio y el acreedor se hacía dueño de las cosas. Se agregaba a - la mancipatio, cuando no se trataba no propiamente de haber ventas reales o ficticias, sino garantizar un crédito, un pacto de fiducia que obligaba sobre la fe de su palabra al adquirente, para restituir cuando se produjera el pago. Pero el deudor que hubiere pagado no tenía garantía ninguna de que la cosa se le restituyera, porque estaba amparado - por un simple pacto, además del inconveniente gravísimo de que las cosas que se daban en garantía eran, en un pueblo de labradores como fue primitivamente el de Roma, los útiles o herramientas de trabajo de las cuales el deudor debía deshacerse. Por otra parte, si no pagaba, como los acreedores exigen siempre una garantía de valor muy superior a su crédito, el perjuicio de sus cosas para el deudor privado, definitivamente era enorme. De todas maneras, podía quedar - se el acreedor con una cosa que valiera más que el crédito, y podía acontecer también, que el pacto de fiducia escondie - ra la existencia de intereses usureros.

Entonces el deudor siempre resultaba perjudicado en forma gravísima, por lo cual se estableció un nuevo sistema que fue el pignus.

De lo anterior, podríamos precisar que caracteriza a la fiducia, el hecho de que la persona del deudor-que requiere - el crédito-entrega sus bienes en propiedad al acreedor, le -- transmite el dominio de los mismos, a fin de garantizar así - la obligación principal. Además, se dice que a la mancipatio, que era el medio utilizado para vender los bienes al acreedor, se añadía un pacto de fiducia, que tenía como finalidad obligar al acreedor a restituir los bienes del deudor, cuando éste cumpliera en su totalidad la obligación principal. Como -- hemos estudiado, el pacto es la conjunción de voluntades que no engendra obligación y que los romanos distinguieron claramente del contrato. Conforme con este concepto, podríamos pensar refiriéndonos a la fiducia, que el deudor que pagaba, no se encontraba protegido para solicitar del acreedor la restitución de los bienes, toda vez que lo único que lo amparaba - era simple pacto de fiducia que había celebrado. Esta desventaja llevó al derecho pretoriano, a la necesidad de proteger-

al deudor mediante una acción, denominada actio fiducia, que podía intentar contra el acreedor, para requerirle la devolución de los bienes en caso de incumplimiento.

Más, observamos que los bienes que entrega el deudor en garantía, pero en propiedad, a la persona del acreedor, son sus "útiles de trabajo, desprendiéndose de los mismos", y -- era frecuente, por tal razón, que el acreedor permitiese al obligado, conservar lo cosa en su poder a título de arrendamiento o de precario. El pacto de fiducia privó en el derecho antiguo, llenó las lagunas de la prenda y la hipoteca, constituyendo el origen de los contratos de comodato, prenda y depósito.

3.9 PRENDA.

La prenda consiste en entregar a una persona una cosa, para asegurar el pago de una deuda. Esta definición permite señalar que en la prenda, la cosa que se entrega para garantizar la obligación principal, es en carácter de posesión a la persona del acreedor. En este sentido, hay un avance con

respecto a la fiducia, porque en ésta se transmite la propiedad de las cosas, si al comienzo se podrían entregar cosas muebles e inmuebles en prenda, los inmuebles se reservaron posteriormente para la hipoteca, aun cuando en la fiducia y en la prenda o pignus el deudor se desprende de las cosas, que transmite al acreedor en garantía.

3.9.1. EVOLUCION:

El antiguo derecho romano no conoció la relación jurídica de prenda. Se aseguraba el cumplimiento de las obligaciones, entregando en garantía una cosa, utilizando la fiducia. Es decir, que la fiducia llenaba la laguna de la prenda. En la época imperial, la prenda es concebida con un contenido económico, sin excluir la responsabilidad del deudor, ni privarle del derecho al remanente. No obstante, la fiducia sigue confiriendo al acreedor un derecho de propiedad y no un derecho pignoraticio. El acreedor podía venderla o cambiarla; en estos estaba obligado a indemnizarle. El deudor fue protegido mediante la actio fiducia, que tenía un carácter infamante, pero no tenía acción el deudor para reclamar la cosa-

Del tercero, que la hubiere adquirido. De tal manera que, - aun cuando se le indemnizare, perdía la cosa. Estos perjui - cios anotados, llevaron a concebir la prenda con verdaderos - caracteres propios, consistiendo en que el deudor entregase al acreedor, mediante tradición, la simple posesión de la - cosa, mas no su propiedad; en esta forma se evitan las des - ventajas que el deudor sufría con la fiducia, pues en la -- prenda, sigue el deudor prendario (quien entrega la cosa) - conservando la propiedad de la misma y por consiguiente, - el derecho a reivindicarla de manos de cualquier tercero. Contra el acreedor (que es la persona que recibe la cosa en prenda) el deudor puede ejercitar, para obligarle a la res - titución de la misma, la actio pignoratitia directa. El -- acreedor, si bien es cierto que tenía la cosa en su poder, - no tenía el derecho a disponer en provecho suyo de la cosa, que se le entrega en cumplimiento de la obligación. No podía venderla para cobrarse de su valor, si el deudor u ogligado no cumplía.

Para poder cobrar el acreedor, privadamente de la cosa, era necesario realizar ciertos pactos, como el commissorio, por ejemplo, que hacía al acreedor prendario, propietario de la cosa y el cual fue suprimido por Constantino, porque desnatu - raliza la finalidad de la prenda, o bien, celebrar . . . ---

un pacto especial (el *pactum de vendendo*). Mediante "este último, la prenda posesoria al igual que la fiducia, se fue convirtiendo prácticamente en prenda venal.

El derecho pretorio le concedió validez a este pacto, el cual no producía efecto en el derecho civil. Señalemos que - la prenda en el derecho pretoriano, engendra una acción real, que permite al acreedor reclamar la posesión de la cosa, si el deudor no cumple la obligación principal en el plazo estipulado y le permite el derecho de venta, que le autoriza a - cobrarse, en caso necesario, de su valor. Recordemos que el deudor prendario está protegido por la acción reivindicatoria, como propietario que es de la cosa que entrega en garantía, y por la *actio pignoratitia directa*, para obligar al - acreedor a restituirle dicha cosa, cuando aquél la retiene, - a pesar de que le ha satisfecho la obligación principal.

SANM dice: "Bajo el impulso del comercio jurídico cada vez más complejo, la prenda primitiva en propiedad, prenda manu cinatoria o de comiso, conviértese en prenda posesoria constituida mediante tradición, y ésta a su vez en simple prenda venal o convencional, en que la cosa prendada no representa - ya más que la concreción jurídica de un valor pecuniario; -

tal es, descrita a grandes rasgos la trayectoria que siguen en "soma los derechos reales pignoratícios"⁵⁵

Al estudiar los efectos en la hipoteca, en lo que respecta al acreedor hipotecario, posiblemente veamos con mayor claridad esta evolución sobre la venta de la cosa, pues los mismos conceptos, que explicaremos en relación a la hipoteca, se aplican también al derecho real de prenda.

3.9.2. CARACTERES:

Hemos dicho que la prenda consiste, en que el deudor - entrega al acreedor en garantía de su obligación, la posesión de una cosa, la que debe serle restituida al cancelar la susodicha obligación.

Por tanto:

a) No es necesario que el deudor sea propietario de la cosa pignorada, pues la prenda no transfiere la propiedad - de ella al acreedor pignoratício, es suficiente con ser poseedor.

55. Rodolfo Shöm, . Ob.cit. Pág.315.

Existe una evolución con respecto a la fiducia, pues, en ésta, se transfiere la propiedad y es necesario ser propietario de las cosas, que el deudor entrega en garantía de su obligación. No obstante, es común que tanto en la fiducia, como en la prenda, el deudor se desprenda de la cosa.

b) Es un derecho real, pues se ejerce de persona a cosa.

c) Es accesoria, supone la existencia de un crédito y se incorpora a la obligación principal.

d) Debe ser constituida sobre una cosa ajena.

e) Es una garantía, pues asegura el pago de una deuda.

f) Es indivisible, ya que el pago parcial de la deuda, no extingue parcialmente la prenda. Subsiste hasta que se satisfaga totalmente la obligación principal.

g) El acreedor, más que la simple detentación, tiene la posesión de la prenda y, en su evolución, señalamos que el derecho pretoriano le permitió disponer. Además, el acreedor pignoraticio está protegido por los interdictos posesorios, para retenerla o recuperarla de manos del deudor o de un tercero. El acreedor tiene la posesión ad Interdicta*

* La posesión ad interdicta y los interdictos posesorios, - los tratamos al estudiar el tema intitulado, la posesión.

h) Si el deudor no paga la obligación principal, puede el acreedor subastar la cosa prendada y cobrarse con el precio. Si existiere algún remanente, éste pertenece al deudor y se denomina hinerochá.

3.9.3 OBJETO:

En los primeros tiempos, era permisible entregar en prenda las cosas corporales: muebles e inmuebles. Posteriormente, los inmuebles se reservaron para la hipoteca. Están excluidas las cosas extra commercium. Ello se debe, a que la prenda tiene como finalidad, que el acreedor pueda indemnizarse, con el precio de la cosa dada en garantía, del daño causado por el incumplimiento del deudor. Por tanto, el objeto debe ser fundamentalmente una cosa in commercium, susceptible de enajenar, una vez que el acreedor afecte la prenda. Debemos agregar que, por razones de utilidad práctica, se admitió que la prenda pudiere tener por objeto cosas incorporales, como el usufructo, las servidumbres y las superficies, pero en estos ca-

sos, lo que se grava es el derecho real y no la cosa, sobre el que él mismo recae. También podía darse en prenda un crédito. Igualmente, el derecho real podía recaer sobre una universalidad de cosas, como un rebaño, o sobre un conjunto de cosas y sobre un patrimonio total.

3.9.4. CONSTITUCIÓN:

a) Convencional. Por un acuerdo expreso de las partes. Generalmente, la prenda se constituye por el contrato real de prenda.

b) Testamentaria. Como en el caso de que se quiera asegurar a un legatario de renta vitalicia, o alimentos, la percepción de los beneficios legados, constituyéndose sobre los bienes del deudor.

c) Resolución de la autoridad judicial, como ocurre, -- cuando una disposición judicial tuviese por objeto una ejecución forzosa, en cuya sentencia se dispone una ejecución, garantizando la misma, impidiendo así, los daños que pueda ocasionar un deudor, como ocurre cuando es llamado a la herencia el hijo por nacer.

d) Por la ley. Puede constituir por disposición de la ley. Estas garantías pueden ser generales y especiales, si gravaban la totalidad de un patrimonio, o determinados bienes. Como ejemplo de las primeras, puede citarse la del -- fisco, establecida sobre los bienes de los contribuyentes, -- por los créditos provenientes de impuesto; la del pupilo, -- del furioso y del menor, sobre los bienes de sus tutores o curadores; la de la mujer, sobre los bienes del marido, para asegurar la devolución de la dote, o de los bienes parafenales. Como ejemplo de la segunda, puede citarse la que gravaba una casa, en favor de quien había prestado el dinero para su reparación; o la establecida en beneficio de un legatario, sobre los bienes adquiridos por la persona gravada (heredero), que debe entregar el legado impuesto por el testador.

3.9.5. Efectos:

Derecho de persecución.

Este derecho es común a los derechos reales, el de perseguir la cosa en manos de quien se encuentre.

a) Derecho de venta. Está facultado para vender la casa, previa imitación al deudor.

b) Derecho de preferencia. Tiene prioridad, respecto a los demás acreedores del deudor.

Estas consecuencias las explicaremos con mayor extensión, al estudiar los efectos en la hipoteca.

3.9.6. Extinción:

Por vía de consecuencia.

Extinción total de la obligación, en seguridad de la cual fue constituida.

Por vía directa.

a) Pérdida total de la cosa.

b) Confusión. Reunión en una misma persona de la calidad de acreedor y deudor:

3.10 HIPOTECA:

"Ni la venta con pacto de fiducia, ni la prenda, subsanaron una imperiosa necesidad social que sólo se solucionó al instituirse la hipoteca."

Este vacío institucional se hacía sentir especialmente en las relaciones de los arrendadores de tierras rurales -- con los colonos; éstos que generalmente sólo disponían de sus implementos de labranza y sus ganados para garantizar al locador el pago de los arriendos, no podían transferir la posesión o propiedad de éstos sin quedar privados de sus medios de vida.

Por ello no tardó en admitirse que, tanto los útiles de trabajo como las manadas de animales y demás bienes que el colono hubiese llevado a sus tierras, quedasen sujetos al pago del arrendamiento por simple convención y sin que el arrendatario permitiera la posesión de ellos.

Más adelante el interdicto Salviano permitió al arrendador imago obtener la posesión de esos bienes. Pero como no podía venderlos por no ser propietario, sus derechos -- eran ilusorios.

Posteriormente la acción serviana amplió la esfera del interdicto al conceder al locador una acción real sobre los

bienes del arrendatario para hacerse poner en posesión de ellos no sólo de manos del locatario sino de cualquiera que los tuviese en ese momento. Con ello la práctica de la hipoteca se generaliza. Pero el acreedor seguía sin poder venderlos. JUSTINIANO permitió la venta de la cosa sin previa estipulación característica ésta que se convierte en elemento esencial de la hipoteca".

De inmediato y conforme con la cita anterior, precisamos un avance con respecto a los otros derechos reales pretorianos, que hemos estudiado, por qué se le permite con la hipoteca, al deudor, constituir un derecho real sobre un objeto propio, en garantía de su obligación, sin desprenderse de la propiedad ni de la posesión de la cosa gravada. Este derecho se defiende con la acción cuasi serviana o hipotecaria.

La hipoteca es un derecho real pretoriano accesorio, - que supone una deuda cuyo pago asegura. El deudor afecta un bien inmueble de su propiedad, para garantizar la obligación principal, sin desprenderse de la propiedad, ni de la posesión de la cosa gravada.

3.10.1 CARACTERES:

Los mismos caracteres que tipifican la prenda, son comunes para la hipoteca, sólo que, en la prenda, no es necesario ser propietario de la cosa, para constituir la, y en la hipoteca, es necesario que el constituyente sea propietario del bien dado en garantía o que tuviera la posibilidad de adquirirlo. Por tanto, la hipoteca sobre una cosa ajena, es nula, salvo que el propietario ratificara el gravamen o el deudor hipotecario adquiriera la propiedad de la cosa. La diferencia fundamental entre ambos institutos consiste en que, si en la prenda se transmite la posesión ad interdicta de un bien mueble al acreedor prendario, y el deudor prendario se desprende de la cosa, en la hipoteca se grava un bien inmueble del deudor, en garantía de una obligación, pero no se desprende del uso y goce de la cosa.

Requisitos:

a) La primera condición requerida para la constitución de una hipoteca, es la existencia de una obligación principal, a la que el derecho real sirve de garantía, no impor -

tando que sea una deuda propia o ajena del constituyente, ni tampoco cual fuere el objeto o la causa de la obligación.

b) La segunda condición indispensable para la existencia de la hipoteca, es la necesidad de que se constituya - por un medio o modo legítimo

c) La cosa susceptible de ser hipotecada debe ser un - bien enajenable, corporal e incorporal.

d) Todas las obligaciones pueden garantizarse con hipoteca: obligaciones civiles, naturales, verbis, etc.

Constitución:

Los modos que analizamos para la constitución del derecho real de prenda, son los mismos medios estatuidos para - constituir la hipoteca.

Objeto:

Lo que hemos apuntado al respecto sobre la prenda es - también igual para la hipoteca.

3.10.2 EFECTOS:

Respecto del Deudor.

a) *Que al deudor hipotecario, como propietario de la cosa le corresponde percibir los frutos naturales o civiles, que la misma produjese.*

b) *Que el deudor hipotecario puede reivindicar la cosa contra terceros.*

c) *Que puede gravarla con servidumbre hipotecas y aún enajenarla, pero sin lesionar los derechos del acreedor hipotecario.*

d) *Que, si en caso de pagar la obligación principal, el acreedor incumpliera en el sentido de que no libera el gravamen, puede el deudor ejercitar el derecho de retención (este último en la prenda).*

Respecto del acreedor.

a) *El acreedor hipotecario fue protegido con la actio hipotecaria o quasi-serviana, y de esa manera defendía su crédito.*

b) *La acción hipotecaria era una acción real, que le permitía usar del ius possidendi y del ius distrahendi.*

Mediante el primero (*ius possidendi*), obtenía la posesión de la cosa, pero sólo desde el momento en que el deudor no cumplía su obligación. En la prenda en cambio, se tenía la posesión desde el momento de su constitución.

Volviendo a la hipoteca, debemos decir, que el derecho al *ius possidendi* conlleva la persecución de la cosa, no sólo de manos del deudor, sino aún de cualquiera que la detentase. Mediante el segundo (*ius distrahendi*), podía, una vez que tenía la posesión de la cosa, venderla para hacer efectivo el crédito.

Con respecto a la venta de la cosa y a la cual nos hemos referido al tratar la prenda, es necesario insistir que en un principio, el acreedor no podía vender la cosa hipotecada y se le permitió sólo celebrar pactos con el deudor, - como por ejemplo, el comisario, que lo hacía propietario de la misma o el de *distrahendi*, que le permitía venderla. El primero, fue suprimido por Constantino, porque desnaturalizaba la figura jurídica de la prenda y de la hipoteca y fue entonces práctica constante, sin necesidad de pacto alguno, la venta de la cosa misma. Para efectuarla se requería, por parte del acreedor, que la deuda estuviese vencida; que --

existiere una sentencia, que condenare al deudor y que expresare la intención de efectuar la venta. En el derecho -- justinianeo se exigió, además de la notificación, que el -- acreedor esperase dos años, a menos que se hubiere convenido un término menor. Si vendía la cosa y el producto de la venta cubría el crédito, la deuda se extinguía; si era menor, subsistía la diferencia. En ambos casos, el derecho -- real de hipoteca se extinguía. Si era superior y quedaba un remanente, éste iba al deudor.

c) El acreedor hipotecario tenía derecho de preferencia con respecto a otros acreedores comunes o quirografarios.

Pluralidad de hipotecas:

La doctrina romanista admitió que, sobre una misma cosa, pudieran constituirse varias hipotecas. Recordemos, que el deudor hipotecario mantenía la posesión de la cosa, no así el deudor prendario. En caso de pluralidad de hipotecas, si éstas han sido constituidas en épocas distintas, rige la regla de que la más antigua tiene preferencia, pudiendo así el primer constituyente cobrarse con preferencia a los demás. Si se constituyeron en la misma época, no hay preferencia.

La propiedad hipotecaria se comprobaba por la fecha de constitución del gravamen y no con la fecha del nacimiento de la obligación.

3.10.3. EXTINCIÓN:

Por vía directa. Se extingue directamente, por las causas comunes que producen la extinción de los derechos reales: destrucción de la cosa, renuncia a la garantía y por confusión. También es causa de extinción la prescripción, con un plazo de diez o veinte años a favor de un tercero y el de treinta años, cuando se tratara de un poseedor de buena fe. JUSTINIANO fijó el plazo de cuarenta años, para la extinción de la acción hipotecaria.

Por vía indirecta. Al extinguirse la deuda principal, por pago, novación, compensación, se extingue la hipoteca.

La anticresis:

"La anticresis es una forma especial de la hipoteca que permite al acreedor pagarse con los frutos de la cosa".

Para que esto pueda ocurrir, es necesario que la cosa esté en poder del acreedor y por eso, se trata más bien de una prenda y no de una hipoteca.

3.11. JUS IN AGRO VECTIGALI.

"Es un derecho que ha desaparecido de las legislaciones modernas, que no está concebido en el derecho romano como institución propia pero que sin embargo era una realidad de la existencia jurídica, y por tanto, debe tratarse como una institución aun cuando algunos tratadistas no lo consideren".

Para su cabal comprensión, es necesario remitir al estudio del desarrollo de la propiedad inmobiliaria en Roma, - expuesta en el tema relativo a la propiedad. En efecto, las personas que arrendaban al Estado tenían que pagar un canon, llamado vectigali, pero realmente no era un arrendamiento, - porque el arrendamiento es un derecho de carácter temporal, en cambio el poseedor de estos terrenos de ager publicus tenía un derecho sumamente extensivo y muy amplio, transmisible por causa de muerte y estaba facultado para ejercitar todos los derechos del propietario, pero no era propietario. El dueño era el Estado, a pesar de lo impreciso del término, porque los bienes del estado son de uso público, que no son comerciables y aquellos terrenos lo eran, desde el momento que sobre ellos se realizaban actos jurídicos.

El jus in agro vectigali consiste en el arriendo, hecho a perpetuidad, de los municipios o particulares, mediante el pago de un canon o vectigal.

Hemos indicado que, a pesar de que la definición citada contiene el término arriendo, el jus in agro vectigali no es un arrendamiento, ni tampoco es una venta, porque se daba a perpetuidad y era transmisible. Algunos lo confunden con el jus perpetuum. JUSTINIANO lo fundió con la enfiteusis griega, terminando así con las divergencias señaladas.

3.12 ENFITEUSIS.

"La enfiteusis es un derecho real enajenable y transmisible, que da el pleno goce de un fundo a una persona -- con la obligación de cultivarlo y pagar un canon anual".

La enfiteusis es pues, un derecho real de carácter predial, constituido sobre un fundo ajeno, para usar, gozar y disponer de él en la forma más amplia, pero sin ser propietario. La costumbre que establecieron los municipios la hizo nacer, porque los municipios no podían cultivar sus fundos y los daban entonces en una especie de arrendamiento, por contratos a perpetuidad, lo que lo hacía transmisible a los herederos. De los municipios, para esta institu-

ción, a las Iglesias, a las instituciones piadosas, que no podían hacer por sí mismas estos trabajos y después a los particulares.

Se discutió si la enfiteusis era un arrendamiento o una venta. A pesar de las opiniones sustentadas en uno y otro sentido, en el imperio cristiano se puso fin a dicha discusión, pues ZENON dijo que la enfiteusis es un contrato especial.

3.12.1 CARACTERES:

- a) No concede al enfiteuta la propiedad del fundo.
- b) Es a perpetuidad.
- c) Se contrae la obligación de cultivar el fundo.
- d) Es transmisible a los herederos.

El hecho de ser un derecho real pretoriano, perpetuo, transmisible a los herederos y onerosa, la diferencia del usufructo, como hemos estudiado.

3.12.2 CONSTITUCION.

a) Por convención seguida de cuasi-tradición. Recomendamos que la cuasi traditio es el medio de transmitir los derechos.

3.12.3 EXTINCION.

- a) *Por destrucción del fundo.*
- b) *Por renuncia del enfiteuta*
- c) *Por la muerte y capitis deminutio máxima.*
- d) *Por el advenimiento de la condición y llegada del término.*
- e) *Por incumplimiento de las obligaciones del enfiteuta.*

3.13. LA SUPERFICIE.

Este derecho real pretoriano nace de una institución jurídica, que hemos estudiado entre los modos de adquisición de la propiedad, por el derecho de gentes-la accesión. Entre las varias clases de accesión, vimo la accesión artificial y dentro de ella, específicamente, la edificación, punto al cual remitimos para la comprensión de este derecho real. Mientras el dueño del terreno no reclama la cosa por la accesión, el dueño del edificio puede usar del terreno, sobre el cual ha edificado en la forma más amplia, puede vivir en la habitación, destinarla a cualquier objeto, cederla, transmitirla, en fin, tiene un derecho real sobre la superficie del terreno.

3.13.1 CONCEPTO:

La superficie es un derecho real pretoriano, enajenable y transmisible, que atribuye al superficiario el pleno goce y uso de un edificio construido por él, en terrenos de un tercero, con autorización de éste.

De tal manera, que la superficie es un arrendamiento de terrenos no edificados, que se entregan al superficiario para que éste construya y se beneficie con el uso y goce del edificio levantado.

3.13.2 CARACTERES.

a) El arrendatario solo debe pagar el canon y edificar.

b) El derecho del superficiario es transmisible a sus herederos.

c) El superficiario puede ceder, enajenar o hipotecar el derecho de superficie.

d) El concedente (quien entrega el terreno), conserva la propiedad del terreno y adquiere la del edificio construido.

e) El pretor protegió al superficiario con el interdicto de superficie, para hacer valer su derecho contra el que lo desconociera; aún contra el propietario del terreno.

3.13.3 EXTINCIÓN.

a) Destrucción total del edificio o que sufra daños, que impidan destinarlo al uso que se le daba (a menos que el superficiario construya un nuevo edificio).

b) Confusión. El arrendatario adquiere la propiedad del terreno.

C A P I T U L O IV

LOS DERECHOS REALES SOBRE COSAS AJENAS EN EL

DERECHO POSITIVO MEXICANO

4.1. LAS SERVIDUMBRES.

Las servidumbres constituyen formas de desmembración de la propiedad. Son gravámenes reales que se imponen en favor del dueño de un predio llamado dominante y a cargo del dueño de otro predio perteneciente a distinta persona, llamado sirviente, para beneficio del primero. Esta definición es acorde con la doctrina y con el artículo 1057 - del Código Civil.

4.1.1 ELEMENTOS DE LA DEFINICION.

Desarticulando los elementos de esa definición, encontramos que la servidumbre es un derecho real oponible al dueño del predio sirviente. En la existencia de un sujeto pasivo indeterminado y de un sujeto pasivo determinado, el derecho real de servidumbre se asemeja al usufructo, al uso y la habitación, pues en todos estos derechos-

reales se trata de desmembraciones de la propiedad con un titular que conserva el dominio de una cosa y otro que tiene una forma especial de aprovecharla, ya sea mediante el uso, el usufructo, la habitación o la servidumbre. Otro elemento de la definición es el de que la servidumbre se constituye siempre entre predios, a diferencia del usufructo -- que puede ser constituido sobre bienes muebles o inmuebles, corporales e incorporales. En ningún caso deben confundirse las expresiones "predio dominante" o "predio sirviente" con el titular del derecho o el sujeto de la obligación, toda vez que los únicos titulares son los propietarios de los predios de que se trate. Otro elemento de la definición es el de que los predios deben ser pertenecientes a distintos dueños y por último, que la servidumbre debe constituirse siempre para beneficio del predio dominante.

4.1.2 CARACTERISTICA DISTINTIVA DE LAS SERVIDUMBRES.

La distinción principal es la de que las servidumbres consisten en no hacer o en tolerar y en que exigen dos pre-

dios pertenecientes a distintos dueños, por lo que la restricción del dominio se impone a cargo de uno y en beneficio de otro (Art. 1058). En cambio, en las demás limitaciones al dominio puede haber más de dos predios o tratarse de muebles o inmuebles cuyo derecho de propiedad queda limitado por interés privado o público para llenar necesidades sociales, sin crear una carga en favor de -- predio determinado.

4.1.3 INSEPARABILIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LAS SERVIDUMBRES.

Las servidumbres son inseparables de los predios a que activa o pasivamente pertenecen. Así, se desprende de la naturaleza real de la servidumbre que, "sigue" a los predios aunque cambien de dueño, los cuales no pueden ser cedidos, ni embargados, ni hipotecados separadamente de las servidumbres, ni éstas pueden ser desprendidas del -- predio dominante ni del sirviente para ser transportadas-

a otro. Se transmiten necesariamente con la propiedad de ambos predios y pasan al mismo tiempo que cualquier otro gravamen a sus respectivos adquirentes. De estas características se desprende también la de indivisibilidad, según la cual la servidumbre no se divide, pues -- aunque el predio sirviente se divida entre muchos dueños, cada uno de ellos tendrá que tolerarla en la parte que le corresponda. Si el predio dominante es el que se divide, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no variando el lugar de su uso ni agravándolo de otra manera. Mas si la servidumbre se hubiere establecido en favor de una sola de las partes del predio dominante, al dividirse éste sólo el dueño de esa parte podrá continuar disfrutándola (CC. Art. 1066).

4.1.4 CLASIFICACION DE LAS SERVIDUMBRES. POSITIVAS Y NEGATIVAS: RUSTICAS Y URBANAS: CONTINUAS Y DISCONTINUAS; APARENTES Y NO APARENTES; LEGALES Y VOLUNTARIAS; SOBRE PREDIOS DE DOMINIO PUBLICO Y SOBRE PREDIOS DE PARTICULARES.

Las servidumbres pueden ser positivas y negativas; rústicas y urbanas; continuas y discontinuas; aparentes y no aparentes; legales y voluntarias; sobre predios de dominio público y sobre predios de particulares, con -- las siguientes características:

a) Son positivas las que para su existencia requieren actos del dueño del predio dominante, como la servidumbre de paso. Negativas, las que no requieren de acto alguno para su existencia, como la de luces.

b) Las servidumbres urbanas y rústicas son las que se constituyen respecto de predios urbanos o rústicos.- Su diferenciación carece de importancia porque no están regidas por reglas distintas.

c) Son servidumbres continuas aquellas cuyo uso es o puede ser incesante sin la intervención de ningún hecho del hombre (Art.1060) y discontinuas las que requieren de algún hecho actual del hombre para su existencia (Art.1061). Entre las primeras pueden mencionarse las de luces; entre las segundas; las de paso.

d) Las servidumbres aparentes, son las que se anuncian por obras o signos exteriores, dispuestos para su uso y aprovechamiento (Art. 1062); y las no aparentes, las que no presentan signo exterior de su existencia (Art. 1063).

e) Las servidumbres legales son las que impone la ley como consecuencia natural de la situación de los predios, como la de desagüe. Las voluntarias, son las que se crean por contrato, por acto unilateral o por prescripción (Arts. 1067, 1068). Las servidumbres legales se subdividen a su vez en naturales y legales estricto sensu. Son las primeras las que impone la ley por la situación natural de los predios y las segundas las que se establecen para beneficio particular o colectivo, teniendo o no en cuenta las exigencias naturales de los predios. A todas las servidumbres legales se les llama también servidumbres forzosas.

f) Las servidumbres sobre predios del Estado son las que gravan los bienes propios del Estado. Los bienes de uso común y los destinados a un servicio público, no pueden ser gravados con servidumbres en los términos del derecho común.

La Ley General de Bienes Nacionales así lo establece, señalando que los derechos de tránsito, de vistas, de luces, de derrames y otros semejantes sobre dichos bienes - se rigen exclusivamente por las leyes y reglamentos administrativos.

4.1.5 SERVIDUMBRES RUSTICAS Y URBANAS, AFIRMATIVAS Y NEGATIVAS, CONTINUAS Y DISCONTINUAS, NATURALES O FORZOSAS, SEGUN ESCRICHE.

Refiriéndose a los diferentes tipos de servidumbres, Escriche enseña que los predios en que están constituidas pueden ser rústicos o urbanos; que rústicos son las tierras y heredades en que no hay edificios que sirvan de habitación, cualquiera que sea el paraje en que estén situados; que servidumbre urbana es la que se debe a una casa o edificio destinado para la habitación y que entre las especies de las servidumbres urbanas se cuentan principalmente la que entre los romanos se llamaba "servitus oneris ferendi", esto es, la sujeción de sufrir una casa la-

carga de otra o el derecho de edificar sobre la pared o columna del vecino; que esta especie de servidumbre tiene algo de particular y extraordinario, pues todas las demás no exigen de parte del dueño del predio sirviente, sino una simple tolerancia, sin que nada tenga que hacer por sí, al paso que en ésta, tiene que conservar a sus expensas la pared, columna o pilar en que descansa el predio dominante; la llamada "jus tigni immittendi", esto es, el derecho de meter una viga en la pared de la casa vecina en beneficio de la propia; la conocida como "jus luminum", que es el derecho de abrir una ventana en la pared del vecino para recibir luz; el "jus stillicidii vel fluminis avertendi", que es el derecho de echar el agua que cae sobre los tejados a la casa del vecino por canal, caño o de otra manera, la "jus altius non tollendi", que es el derecho de prohibir al vecino que levante más su casa, quitando la vista y la luz de la propia y la "jus transeundi", que es el derecho de entrar en la casa o corral propio por la casa o corral del vecino.

Considera Escriche la servidumbre rústica como la que se debe a una tierra o heredad, en que no hay edificio desti-

nado para la habitación y señala entre las especies de servidumbres rústicas más conocidas y frecuentes, el derecho de senda, esto es, de pasar por la heredad de otro a pie o a caballo, solo o acompañado, de manera que en este caso - vaya uno detrás de otro y no todos a la par, por lo que la senda suele tener la anchura de dos pies; el derecho de -- carrera o de llevar y hacer pasar por la heredad ajena carretas o bestias cargadas a mano; el derecho de camino o - de llevar por la heredad ajena carretas, bestias cargadas, madera o piedra arrastrando y demás cosas que fueren me - nester; el derecho de conducir agua por heredad de otro pa ra nuestros molinos o riego de nuestras tierras, bajo el - supuesto de que el dueño del predio dominante debe guardar y mantener el cauce, acequia, canal u otro conducto de modo que no se pueda ensanchar, alzar ni bajar, ni hacer da - ño al dueño del predio sirviente; el derecho de sacar -- agua de la fuente o pozo del vecino para beber yo, mis la - bradores, bestias y ganados, el derecho de introducir mis - bestias o ganados en la heredad ajena para abrevarlos en - la fuente, cisterna, pozo, balsa o arroyo que hay en ella; el derecho de apacentar en prado o dehesa ajena, las bes -- tias con que labro mi heredad; el derecho de hacer o cocer cal en heredad ajena y el derecho de sacar tierra, arena,-

greda o piedra de la heredad de otro. Refiriéndose a las servidumbres afirmativas y negativas dice Escriche que -- afirmativa es la que consiste en permitir al dueño del predio dominante que haga alguna cosa en el sirviente; tales son, por ejemplo, todas las servidumbres rústicas y la mayor parte de las urbanas. La servidumbre negativa es la -- que consiste en no poder el dueño del predio sirviente hacer en él ciertas cosas, tal como la servidumbre urbana en virtud de la cual debe abstenerse alguno de levantar más su casa por no quitar las vistas o la luz a la del vecino. Con relación a las servidumbres continuas o discontinuas, enseña que servidumbre continua es aquella cuyo efecto dura perpetuamente sobre el predio sirviente, tales como las urbanas de viga o de carga; y que servidumbre discontinua, es, por el contrario, aquella de que no se hace uso cada día, o aquella cuyo efecto obra solo por intervalos, como las rústicas de senda, carrera y camino, de agua que venga una vez en la semana, mes o año, de abrevadero o pasto, de sacar tierra, arena o piedra o de hacer cal y otras semejantes. El mismo autor considera que los terrenos inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre fluyen de los superiores, así como -

la piedra o tierra que arrastran en su curso, advirtiendo que si las aguas fuesen producto de alumbramientos artificiales o sobrantes, de acequias de riego o procedentes de establecimientos industriales que de nuevo se crearen, -- tendrá el dueño del predio inferior derecho a exigir resarcimiento de daños y perjuicios. En cuanto a la servidumbre de acueducto, dice que puede imponerse la servidumbre forzosa de acueducto para la conducción de aguas destinadas a algún servicio público, que no exija la formal expropiación del terreno; que puede imponerse también la servidumbre forzosa de acueducto para objetos de interés privado en los casos de establecimiento o aumento de riegos, establecimiento de baños y fábricas, desecación de lagunas y terrenos pantanosos, evasión o salida de aguas procedentes de alumbramientos artificiales y salidas de aguas de escorrentías y drenajes; que en los tres primeros casos puede imponerse la servidumbre no sólo para la conducción de las aguas necesarias, sino también para la evasión de las sobrantes. Menciona además la servidumbre de estribo de presa y de parada o partidor que puede imponerse forzosamente cuando el que intente construir una presa

no sea dueño de las riberas o terrenos donde haya de apoyarla y el agua que por ella se deba tomar, se destine a un servicio público o privado, y señala que si alguno, para dar riego a su heredad o mejorarla, necesite construir pasada o partidor en la acequia o regadera por donde haya de recibirlo, sin vejamen ni mermas a los demás regantes, podrá exigir que los dueños de las márgenes permitan su construcción, previo abono de daños y perjuicios, incluso los que se originen por la nueva servidumbre.

4.1.6 FORMAS DE CONSTITUIR LAS SERVIDUMBRES. POR CONTRATO POR ACTO JURIDICO UNILATERAL, POR PRESCRIPCION Y POR LA LEY.

Las servidumbres, como cualquier otro derecho real, pueden ser constituidas por contrato, por acto jurídico -- unilateral, por prescripción y por la ley, de la siguiente manera:

a) Las servidumbres nacidas de contrato implican una enajenación de parte del derecho de propiedad al imponer una restricción al ejercicio del dominio. Por eso, sólo -- pueden constituir servidumbres quienes son capaces de enajenar bienes raíces.

b) A través del acto jurídico testamentario pueden -- constituirse servidumbres entre dos predios, debiendo entenderse que implican limitaciones que voluntariamente establece el testador al derecho de propiedad de los predios de que dispone.

c) La prescripción requiere la posesión del derecho -- que se trata de adquirir, mediante la ejecución de actos -- que revelen su ejercicio. No todas las servidumbres pueden adquirirse por prescripción; sólo las servidumbres -- continuas y aparentes, pues nada más en ellas puede haber la posesión continua, pacífica, pública, y de buena o mala fe.

En consecuencia, las servidumbres discontinuas y las no -- aparentes no pueden ser adquiridas por prescripción.

d) *La ley como constitutiva de las servidumbres obra por voluntad del legislador cuando se trata de intereses-públicos o privados que es necesario proteger o de hechos naturales, que imponen la existencia de las servidumbres. Tratándose de servidumbres voluntarias, la ley simplemente es la norma cuya aplicación se realiza por la voluntad de las partes.*

4.1.7 PERPETUIDAD DE LAS SERVIDUMBRES.

Las servidumbres son perpetuas por su naturaleza pero no por su esencia y por tanto la ley considera perpetuas salvo pacto en contrario, menos cuando se trata de servidumbres que forzosamente deben subsistir por la disposición natural de los predios o por interés general.

4.1.8 OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL DUEÑO DEL PREDIO DOMINANTE Y DEL DUEÑO DEL PREDIO SIRVIENTE.

El dueño del predio dominante está obligado a ejecutar todas las obras necesarias para la constitución y conservación de la servidumbre y a ejecutar todas las obras que la hagan menos gravosa. En cambio, el dueño del predio sirviente está obligado simplemente a no hacer o a tolerar, es decir, a no impedir el uso de la servidumbre, a no hacerla difícil ni gravosa para el dueño del predio dominante y a tolerar las obras, las construcciones y las reparaciones que conforme a la ley deben ejecutarse. Sólo en caso excepcional, cuando la ley o el título constitutivo de la servidumbre expresamente lo determinen, el dueño del predio sirviente estará obligado a ejecutar determinado hecho u obra, pero se librará de esta obligación abandonando su predio al dueño del dominante. Sin embargo, el dueño del predio sirviente tiene el derecho de ejecutar todas las obras que sin perjudicar la servidumbre la hagan menos gravosa, absteniéndose de ejecutar obras que impidan el ejercicio de la servidumbre o la hagan difícil. Tiene además la facultad de cambiar el lugar de la servi-

dumbre siempre que no se cause perjuicio con ello al dueño del predio dominante y que del cambio resulte una ventaja al predio sirviente.

4.1.9 LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS.

REGLAS DE INTERPRETACION.

Para las servidumbres voluntarias se admite la regla de la autonomía de la voluntad como principio general; es decir, se estará a lo estatuido. Por tanto, el dueño del predio sirviente puede fijar las modalidades y condiciones, las formas de uso y las restricciones, con excepción de los casos en que la estipulación sea contraria a una disposición de orden público, o a un precepto que no admita pacto en contrario. A falta de estipulación en las servidumbres voluntarias, se aplicarán las normas generales para suplir las estipulaciones de las partes. Si no pudiera resolverse un caso a través de las estipulacio-

nes relativas a la constitución de la servidumbre ni con normas generales deberá resolverse siempre en la forma que menos perjudique al predio sirviente (Art. 1127). Este es un principio de protección que trata de hacer menos oneroso el gravamen. Toda servidumbre, al constituirse o extinguirse, comprende la constitución o la extinción de los derechos accesorios a la misma.

4.1.10 TIPOS DE SERVIDUMBRES LEGALES: DESAGUE, ACUEDUCTO Y PASO.

Conforme al Código Civil vigente, las servidumbres legales son de desagüe, de acueducto y de paso. El Código anterior comprendía en la servidumbre de aguas tanto la de desagüe como la de acueducto y consideraba que las relaciones motivadas por la colindancia originaban la servidumbre legal de medianería; el Código actual -- sostiene que no se trata de una servidumbre sino de una copropiedad, puesto que no existe gravamen a carga de un predio y provecho o beneficio de otro, sino que las-

cargas y los provechos son recíprocos, imponiéndose una - situación idéntica a los copropietarios de las paredes medianeras.

4.1.11 CASOS QUE COMPRENDE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE DESAGUE

La servidumbre legal de desagüe está reglamentada -- por los artículos 1071 a 1077 del Código Civil y comprende la que se origina entre predios de distinto nivel y la que se crea a favor de un predio enclavado entre otros para dar salida al agua del primero.

4.1. 12 LA SERVIDUMBRE EN PREDIOS DE DISTINTO NIVEL.

Las servidumbres que se originan en predios de distinto nivel admiten dos formas: La estrictamente natural y, la voluntaria u originada por actos del hombre. En la servidumbre natural, la ley dispone que los dueños de - los predios inferiores estén obligados a recibir las --

aguas que por declive natural caen de los predios superiores. En cambio, la servidumbre de desagüe voluntaria u -- originada por actos del hombre, prohibida en el Código anterior y permitida en el vigente, se acepta en el caso de que por las mejoras agrícolas o industriales se arroje -- agua de un predio superior a un predio inferior. El Código anterior sólo admitía la servidumbre de desagüe natural motivada por la situación de declive de los predios, pero no permitía que por algún acto del hombre, se pudiera originar una servidumbre, arrojando agua sobre otro predio. Los artículos 1071 y 1072 del actual Código vigente, crearon tal servidumbre por mejoras agrícolas o industriales para estimular unas y otras; sin embargo, dan al dueño -- del predio sirviente el derecho de ser indemnizado, justamente porque tales mejoras deben beneficiar sólo a quien las hace. En esta servidumbre, existe la obligación de hacer inofensivas las aguas insalubres que por usos domésticos o industriales pasen al predio sirviente, por lo que el dueño de este predio tiene el deber de permitir el paso de las aguas y el derecho correlativo de exigir que se hagan inofensivas.

4.1.13 LA SERVIDUMBRE LEGAL DE ACUEDUCTO.

La servidumbre legal de acueducto, está reglamentada por los artículos 1078 y 1096, y protege al que pueda disponer de agua que tenga fuera de su predio, con el derecho de hacerla pasar mediante un acueducto a través de los predios intermedios; al que quiera desecar un pantano o dar salida a aguas acumuladas, con el derecho de hacer pasar un acueducto por los predios circunvecinos; y al que pueda captar agua mediante una presa para la irrigación de su predio, y no pueda construirla dentro de su finca, con el derecho de constituir una servidumbre llamada de estribo de presa en el predio sirviente, previa la indemnización correspondiente (Art.1096).

4.1.14 REQUISITOS PARA ESTABLECERLA.

El que pretenda constituir servidumbre de acueducto debe acreditar que puede disponer del agua que pretende conducir, que es conveniente para el dueño del predio dominante disponer de esa agua y que el paso del acueducto

es el menos gravoso para los predios sirvientes. Además, - debe indemnizar conforme a la ley a los dueños de los predios ocupados por el acueducto según el valor fijado por los peritos y un 10% más, e indemnizar a dueños de los predios ocupados por los daños y perjuicios que se les causen tanto por las obras materiales, como por la construcción y-paso de materiales, personas, animales, etc. La servidumbre de acueducto, nunca puede instalarse a través de edificios, jardines o dependencias inmediatas del predio sirviente (Art. 1079); el que pretenda la instalación del acueducto deberá hacer el canal a su costa y el dueño del predio sirviente puede evitar la apertura de un nuevo canal - si ya tiene alguno. Este canal puede ampliarse y, si no -- fuere bastante, se podrá abrir un nuevo canal. En este caso la indemnización tendrá que ser siempre proporcional.

4.1.15 VARIANTES DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO:
TRANSITO, ABREVADERO, RECOLECCION DE FRUTOS,
INSTALACIONES Y TRANSITO PARA CONSTRUCCION
Y COMUNICACIONES.

La servidumbre legal de paso comprende las siguientes variedades:

*I.- La de tránsito, cuando un predio se encuentra -
enclavado entre otros, sin paso o acceso a la vía pública (Art.1097);*

*II.- La de abrevadero, que tiene por objeto permitir que los ganados de un predio que no tiene agua ni --
acceso a la vía pública pasen por uno o varios predios -
ajenos circunvecinos para llegar a un abrevadero perteneciente al dueño del predio dominante (Art.1105);*

*III.- La de recolección de frutos, para hacerlo de los arboles, cuyas ramas caigan sobre predio ajeno (Art.-
1106);*

*IV.- La de instalación de andamios y paso de materiales, personas y vehículos para la construcción de un edificio, cuando sólo pueda llevarse a cabo entrando a -
predio ajeno colindante (Art.1107);*

*V.- La de instalación de líneas telefónicas o cables de energía eléctrica entre dos fincas, cuando para ello sea necesario atravesar predios y colocar postes. Esta -
servidumbre se extiende a todos los predios que sea necesario usar (Art.1108).*

4.1.16 LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR EN LA SERVIDUMBRE DE PASO.

En todas las servidumbres de paso el dueño del predio dominante debe pagar una indemnización al dueño del predio sirviente, a diferencia de la servidumbre legal de desegüe en la que cuando existe el declive o desnivel natural no se debe pagar indemnización alguna. La indemnización debe ser proporcional al gravamen que se constituya y podrá ser convenida por las partes o fijada por el Juez previo dictamen pericial. En esta servidumbre el dueño del predio sirviente tiene el derecho de fijar el lugar de paso, pero si éste es calificado de impracticable o de oneroso, el juez permitirá nuevamente al dueño que determine el lugar y, si tiene esas mismas características, lo determinará el juez, previo informe de peritos, eligiendo la distancia más corta que no resulte impracticable por los accidentes del terreno. Si hubiere lugares o pasos de igual distancia, el juez hará la elección. No podrá señalarse por el dueño ni por el juez un nuevo paso, cuando ya exista otro anterior que se hubiere abandonado, pues en ese se localizará la servidumbre.

4.1.17 CONTENIDO DE LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS. LA SERVIDUMBRE DEL PADRE DE FAMILIA.

En las servidumbres voluntarias no existe clasificación, porque pueden tener un contenido amplísimo. El dueño del predio sirviente puede constituir las servidumbres que quiera en ejercicio de su derecho de propiedad, siempre que no cause perjuicio al interés general o a -- tercero, bien entendido de que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido o conservado por el propietario de ambas, se considera, si se enajenaren, como título para que la servidumbre contínue, a no ser que al tiempo de dividirse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas. Así lo establece el artículo 1116 del Código Civil, manteniendo el tipo de servidumbre llamado del padre de familia, es decir, de quien tiene el cuidado de crear o conservar el signo aparente de la servidumbre para el caso de que los predios relativos pertenezcan o vuelvan a pertenecer a distintos dueños.

4.1.19 EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS.
SUS CAUSAS.

El artículo 1128 del Código Civil establece como causas de extinción para las servidumbres voluntarias que se reúna en una misma persona la propiedad de ambos predios, la falta de uso durante tres años si la servidumbre fuere continua o aparente o de cinco años si fuere discontinua o no aparente, el que los predios lleguen a tal estado físico que no pueda usarse de la servidumbre, la remisión gratuita u onerosa hecha por el dueño del predio dominante y cuando constituida la servidumbre en virtud de un -- derecho revocable, se vence el plazo, se cumple la condición o sobreviene la circunstancia que debe poner término a aquél. Las extinciones de las servidumbres deben ser -- inscritas en el Registro Público de la Propiedad.

4.1.19 EXTINCION TEMPORAL Y DEFINITIVA DE LAS
SERVIDUMBRES LEGALES.
LA FALTA DE USO.

Las servidumbres legales se extinguen independientemente de la voluntad del dueño del predio sirviente, cuando dejan de existir las causas que las motivan. Se extinguen temporalmente cuando los predios pasan a poder o propiedad de un solo dueño y reaparecen si los predios vuelven a pertenecer a dueños distintos (Art.1129). Las servidumbres establecidas como de utilidad pública o comunal, se pierden por la falta de uso durante cinco años si han sido substituidas por otra servidumbre (Art.1130). El dueño de un predio sujeto a una servidumbre legal puede por medio de convenio librarse de ella con las restricciones que el artículo 1131 establece, las cuales se refieren al caso en que la servidumbre esté constituida en favor de un municipio o población, pues entonces el convenio tiene que ser celebrado con intervención del Ayuntamiento; al caso en que la servidumbre sea de uso público, pues entonces el convenio es nulo totalmente;

al caso en que la servidumbre sea de paso o desagüe, siempre que el convenio sea aprobado por los dueños de los predios circunvecinos o por el de aquel predio por el que nuevamente se constituya la servidumbre y, finalmente, al caso en que la renuncia de la servidumbre no se oponga a los reglamentos respectivos.

De las disposiciones legales mencionadas se desprende que la falta de uso de una servidumbre legal, debida a fenómeno físico que haga imposible o inútil ese uso, como en el caso de la servidumbre de desagüe que deja de usarse cuando haya sequía, no se extingue la servidumbre sino que -- vuelve cuando se hace necesaria de nuevo. Además la extinción de la servidumbre legal requiere generalmente la sustitución de la que se extingue por otra que satisfaga las finalidades de la primera.

4.1.20 LA PRESCRIPCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES Y LA COPROPIEDAD.

Respecto de la prescripción, téngase presente que el uso del predio sirviente por un copropietario del predio-dominante, impide la extinción de la servidumbre (Art.1132) y que si entre los copropietarios del dominante hubiere alguno contra quien no pueda correr la prescripción, ésta no correrá contra los demás (Art.1133). Finalmente, téngase en cuenta que el modo de usar la servidumbre puede --prescribirse en el tiempo y de la manera que la servidumbre misma (Art.1134). Esta regla es aplicable tanto para la constitución como para la extinción del derecho.

4.2 EL USUFRUCTO Y SU CONCEPTO.

El Artículo 980 del Código Civil define el usufructo como el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos. Conforme a esta definición, el usufructo es un de-

recho real, siempre temporal, que consiste sólo en disfrutar de los bienes que sean ajenos. La temporalidad del usufructo permite que se constituya desde o hasta cierto día, en la inteligencia de que será vitalicio cuando el usufructuario sea persona física, si en el título constitutivo, no se expresa lo contrario, y sólo podrá durar 20 años cuando el usufructuario sea persona moral que pueda adquirir y administrar bienes raíces. Artículo 985, 988 y 1040.

4.2.1 TIPOS DE USUFRUCTO.

El Maestro Luis Araujo Valdivia nos comenta que "el usufructo puede constituirse a favor de varias personas, simultánea o sucesivamente; en el primer caso, al cesar el derecho de cada una de ellas el usufructo respectivo se consolidará con el dominio del propietario, a menos que al constituirse el derecho real se hubiere dispuesto el derecho de acrecer en favor de los otros usufructuarios. Si se constituye sucesivamente, la muerte del usufructuario no extingue el usufructo, pues entrará al goce del mismo la persona que corresponda y así sucesivamente en favor de todas las personas constituidas como usufructua-

rias que existan al tiempo de comenzar el derecho del primer usufructuario. Al disponerlo así los artículos 982, -- 983, 984 y 1039 en relación con el 1038 fracción I del Código Civil, tratan de impedir que a través del usufructo - se inmovilice la propiedad en favor y a través de varias - generaciones y se viole la característica de temporalidad - que el usufructo debe tener como desmembramiento de la pro - piedad permitido sólo en los casos y con las condiciones - que requiere el interés social".⁵⁶

El Usufructo puede establecerse sobre toda clase de - bienes, muebles, inmuebles, derechos de Autor, de comercio, valores mobiliarios, cosas incorpóreas.

Lo mas natural es que el usufructo recaiga sobre co - sas no consumibles (una finca, un automóvil, etc), sin em - bargo, también en algunas ocasiones su origen son objetos - consumibles ante lo cual estaremos en presencia del cuasi - usufructo o del usufructo irregular, estando regulado por - el Código Civil en su Art. 994 de la siguiente forma: "Si - el usufructo comprende cosas que no pueden usarse sin con - sumirse, el usufructuario tendrá derecho de consumirlas, -

56. Luis Araujo Valdivia, Derecho de las Cosas y Derecho - de las Sucesiones; Edit. José M. Cajica, S.A. Segunda Edi - ción., Puebla, Pue., 1972, p.p. 361-362.

pero está obligado a restituirlas al terminar el usufructo, en igual género, cantidad y calidad. No siendo posible hacer la restitución, está obligado a pagar su valor, si se hubiesen dado estimadas, o su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo, si no fueren estimadas".

A primera vista es fácil confundir al cuasiusufructo con el mutuo y el usufructo, por lo que reproducimos las diferencias más notables que entre estas figuras jurídicas establece el Lic. Antonio de Ibarrola.

Diferencias entre el Préstamo de Consumo o Mutuo y el Cuasiusufructo, con el cual tiene analogías:

- a) El cuasiusufructuario debe afianzar, hacer inventario. El mutuario no tiene que afianzar.
- b) El cuasiusufructo puede ser legal, testamentario o convencional: el préstamo de consumo siempre es convencional.
- c) En el cuasiusufructo la obligación de restituir nace con la muerte del cuasiusufructuario; en cambio en el mutuo cuando se vence el plazo fijado.

Las analogías entre ambas instituciones pueden hacerse patentes recordando la definición que nuestro artículo 2384 da del Mutuo, como "un contrato por el cual el mutuan

te, se obliga a transferir la propiedad de una suma de di-
nero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se ob-
 liga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad".
 Restitúyese aquí también no el idem, sino el tantumdem.

Asimismo el usufructo se distingue del cuasiusufruc-
 to:

- a) El usufructo es un desmembramiento del derecho de pro-
 piedad; el cuasiusufructo es un derecho de propiedad -
 pleno y completo.
- b) El cuasiusufructuario puede enajenar, el usufructuario
 no;
- c) Siendo propietario el cuasiusufructuario, los riesgos-
 son por su cuenta; casum sentit dominus. Es el dueño -
 quien resiente el caso fortuito. Si las cosas perecen,
 a pesar de ello tendrá que restituirlas. En cambio, el
 usufructuario, no siendo propietario, no responde de -
 los riesgos: si la cosa perece, no tendrá que devolver
 la.
- d) El usufructuario deberá restituir la misma cosa, el --
 cuasiusufructuario no. "57

57. Antonio de Ibarrola, Cosas y Sucesiones, Edit. Porrúa,
 Cuarta Edición, México 1977, p.412.

4.2.2 MODOS DE ESTABLECER EL USUFRUCTO.

Tiene importancia estudiarlos, ya que "los derechos - y obligaciones del usufructuario y del propietario se arreglan, en todo caso, por el título constitutivo del usufructo. (Art. 987).

El artículo 981 determina que el usufructo puede constituirse por la ley, por la voluntad del hombre o por prescripción. En el primer caso, el usufructo es legal, como - el que está concedido a los padres que administran los bienes de sus hijos en ejercicio de la patria potestad; en el segundo caso, el usufructo, puede ser constituido por la - voluntad de una persona mediante el testamento o la donación o, contractualmente, por convenio de las partes, y se registrará fundamentalmente por el título constitutivo de ese derecho. En el último caso, de adquisición ad usucapionem - o por prescripción, el usufructo se adquiere como cualquier otro derecho real por el transcurso del tiempo y mediante la posesión a título de usufructuario que reúna las demás - condiciones de modo y de tiempo establecidas por la ley -- para la usucapión de la propiedad.

Examinemos las diversas formas:

A) Puede constituirse el usufructo por Contrato, bien

sea a título gratuito o a título oneroso.

Por contrato se constituye:

a) Por Enajenación. El objeto del contrato es el Usufructo mismo. Por ejemplo, puede tratarse de una venta, - contrato muy poco en uso, ya que sería un verdadero acerto fijar el precio de ésta, toda vez que se ignora cuán to podrá vivir el usufructuario; de una donación o de una partición. Hace así per translationem.

b) Por Retención. Aquí el objeto del contrato es la Nuda Propiedad, ella es la que se enajena: el usufructo - se constituye per deductionem.

Naturalmente, para constituir el usufructo se necesita:

a) Ser propietario de la cosa, puesto que es un desmembramiento del derecho de propiedad: pars quaedam domini.

b) Tener capacidad para enajenar.

En cuanto a la obligación de inscribir el contrato - respectivo en el Registro Público, recordemos que conforme al artículo 3002, fr. I "se inscribirán en el Registro: I. Los títulos por lo cuales se adquiere, transmite, modifica, grava o extingue el dominio, la posesión o los demás derechos reales sobre inmuebles".

B) Constitución por Testamento.

Creado el Usufructo por testamento ofrece grandes ventajas sobre la Renta Vitalicia, puesto que otorga el goce in specie y asegura la solvencia del usufructuario. La desventaja que presenta es que, no siendo dueño el usufructuario de los objetos materia del usufructo, pocas veces cuidará de ellos como es su obligación, y habrá el peligro -- que devuelva los bienes excesivamente gastados o deteriorados.

Por testamento se puede establecerse el usufructo en favor de varias personas, conjunta o sucesivamente. En su testamento puede decir N: lego el usufructo de mis bienes a Primus, a su muerte a Secundus, y a la muerte de éste a Tertius: es el caso del usufructo sucesivo. Aquí cada usufructuario fallecido, y aclaremos:

a) En caso de Donación, cada beneficiario deberá existir (estar concebido) en la época de la donación;

b) En caso de Testamento, deberá estarlo en la época del fallecimiento del de cujus. Artículo 984: "Si se constituye sucesivamente, el usufructo no tendrá lugar sino en favor de las personas que existan al tiempo de comenzar el derecho del primer usufructuario".

Es la reversibilidad del usufructo.

C) Constitución por Prescripción.

Tiene su importancia cuando se adquiere el Usufructo a non domino (de quien no es el dueño). Son requisitos la creencia de poseer un derecho para adquirirlo y la posesión legítima del derecho, creído adquirido, durante el tiempo fijado por la ley.

D) Constitución por Ley.

Dice el artículo 430: En los bienes de la segunda -- clase (los que adquiriera el hijo, no por su trabajo), la propiedad y la mitad del usufructo pertenecan al hijo: la administración y la otra Mitad del Usufructo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad..." En otros países los padres no pueden renunciar a ese Usufructo, -- que crea en favor de ellos la Ley: entre nosotros sí (art. 431): "Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda". (Esto es considerado como Donación por el art.432).

Es curiosa la institución del Usufructo de Usufructo que se presenta cuando el hijo tiene un bien en usufructo: a su vez la mitad pasa en usufructo al padre.

Ha resultado verdaderamente complicado el determinar en que momento el usufructuario entra a goce de la cosa usufructuada? ¿y a través de que acción jurídica se da -- tal cosa? el Lic. Antonio de Ibarrola resuelve estas interrogantes manifestando que: "Para entrar en el goce posee el usufructuario, una doble acción:

a) Una Real, erga omnes (contra todos): la confesoria de usufructo. Compete, dice el artículo 11 CPC "al titular del derecho real inmueble y al poseedor del predio dominante que esté interesado en la existencia de la servidumbre. Se da esta acción contra el tenedor o poseedor jurídico que contraerla el gravamen, para que se obtenga el reconocimiento, la declaración de los derechos y obligaciones del gravamen y el pago de frutos, daños y perjuicios, en su caso, y se haga cesar la violación. Si fuere la sentencia condenatoria, el actor puede exigir del reo que afiance el respeto del derecho". (Arts. 10 y 430, fr. XVI, CPC). Notemos que esta acción viene a ser la Reivindicación del usufructo. Las reglas que rigen la restitución de los frutos en la reivindicación, se aplican a la confesoria del usufructo: la restitución se hará con todos --- ellos, cum omni causa.

b) Una acción personal de entrega, conforme al título (contrato o testamento)."⁵⁸

4.2.3 OBLIGACIONES PREVIAS AL GOCE DE LOS BIENES.

El artículo 1006 establece como obligaciones previas al goce de los bienes, es decir, impuestas al usufructuario antes de entrar en ese goce, la de formar a sus expensas y con citación del dueño, llamándolo fehacientemente aunque no comparezca, un inventario de todos los bienes y un avalúo de los muebles, así como una constancia del estado en que se encuentren los inmuebles.

El inventario garantiza la Restitución de los bienes y una Indemnización en caso de un uso abusivo, al que desgraciadamente se siente muy inclinado el usufructuario.

De igual forma, antes de entrar en el goce, está obligado el usufructuario "a dar la correspondiente fianza de que disfrutará de las cosas con moderación, y las restituirá al propietario con sus acciones, al extinguirse el usufructo, no empeoradas ni deterioradas por su negligencia, salvo lo dispuesto en el artículo 434". Este precepto que exime a los padres de la obligación de dar fianza,

58. Antonio de Ibarrola-, Ob.Cit., p.415.

contiene las siguientes excepciones: "cuando los que ejercen la patria potestad han sido declarados en quiebra; -- cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos".

Esta obligación garantiza al nudo propietario contra la Insolvencia del Usufructuario.

Queda dispensada:

a) Artículo 1007. Para "el donador que se reserve el usufructo de los bienes donados... si no se ha obligado expresamente a ello".

b) A los padres, conforme al artículo 434 citado.

c) Cuando "el que se reserva la propiedad" (art.1008) hace uso del derecho que tiene de "dispensar al usufructuario de la obligación de afianzar".

Muchas veces sucede que el usufructuario es pobre, y no le es fácil otorgar caución. En tal caso, si el usufructo es a título oneroso, el propietario tiene a su favor la medida que le otorga el artículo 1010: "intervenir la administración de los bienes, para procurar su conservación, - sujetándose a las condiciones prescritas en el artículo -- 1047 y percibiendo la retribución que el mismo concede".

4.2.4 CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO.

Las susodichas obligaciones pueden ser consideradas como obligaciones reales o propter rem, por ser obligaciones que deben su existencia a la del derecho real de usufructo, y de las cuales el usufructuario puede liberarse -- abandonando el derecho. El incumplimiento de tales obligaciones tiene como consecuencia la de que el usufructuario no pueda entrar en el goce de los bienes, si se trata de la de formar el inventario con el avalúo de los muebles -- y la constancia del estado en que se hallen los inmuebles. Respecto de la segunda obligación, que consiste en dar la correspondiente fianza, el incumplimiento extingue el usufructo, si éste fue dado a título gratuito y el dueño no eximió al usufructuario de esa obligación, pero si se trata de usufructo constituido por título oneroso, el derecho real no se extingue, sino que el propietario adquiere el derecho de intervenir la administración de los bienes -- para procurar su conservación y aun pedir que se le ponga en posesión de los mismos, obligándose bajo fianza a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de -- ellos, deducido el premio de administración que acuerde -- el juez. Al disponerlo así, los artículos 1009, 1010, 1011,

1038 fracción novena y 1047, dan un tratamiento distinto - al usufructo gratuito y al usufructo oneroso, toda vez que el primero implica una liberalidad y el segundo adquiere - las características de un contrato bilateral y conmutativo en el que las partes se obligan recíprocamente, estipulando provechos y gravámenes recíprocos, cuyas respectivas -- prestaciones son ciertas desde que se celebra el contrato.

4.2.5 FACULTADES QUE CONFIERE EL USUFRUCTO AL USUFRUCTUARIO.

a) A usar de la cosa (Usus), como lo haría el mismo - propietario, utilizándola conforme a su naturaleza. Tam -- bién puede usar de los aumentos que reciba la misma por -- accesión y de las servidumbres que tenga a su favor. Para -- cerciorarse hasta aplicar al respecto, por analogía, el -- artículo: 1000: "Corresponde al usufructuario el fruto de -- de los aumentos que reciban las cosas por accesión y el go -- ce de las servidumbres que tenga a su favor". El artículo- 994, ya mencionado, nos habla de los derechos del usufruc -- tuario sobre las cosas "que no pueden usarse sin consumir -- se". Comparar con el artículo 993: "Si el usufructo com --

prendiera cosas que se deteriorasen por el uso, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas, empleándolas según su destino, y no estará obligado a restituirlas, al concluir el usufructo, sino en el estado en que se encuentren; pero tiene la obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubieren sufrido por dolo o negligencia".

b) A percibir los frutos (Fructus). "El usufructuario tiene derecho de percibir todos los frutos, sean naturales, industriales o civiles" (Art. 990).

Como podemos observar una de las facultades que caracteriza al usufructo es el hecho de que el usufructuario puede disponer de los frutos ¿pero que es un fruto? ¿y cuáles son las diferentes clases de frutos que existen?

Son frutos los productos que una cosa puede proporcionar a intervalos regulares; sin disminuir su propia substancia. Si falta el requisito de Periodicidad, o los productos alteran la substancia, ya no serán frutos.

Los frutos pueden clasificarse en frutos en Especie, Naturales y Civiles.

En cuanto a los frutos en especie, pueden subdividirse en productos del suelo (cereales) o productos de los animales (crías, lana, huevos, leche). En materia de usu-

fructo la distinción entre frutos naturales e industriales para nada sirve. Debería hablarse en estricto rigor de frutos naturales (los naturales e industriales: éstos se producen pro cultura et cura, por el cultivo y el cuidado) y los frutos ficticios (los civiles,). Los frutos en dinero son los frutos civiles: son los ingresos en dinero que una cosa puede producir en virtud de un contrato, tales como las rentas de casas o fincas rústicas. Las rentas del dinero son, por ejemplo, los intereses de un préstamo. El dinero no es realmente un fruto de la cosa arrendada; pero representa el uso de la cosa; se trata de una ficción de la ley.

El derecho de hacer obras útiles y voluntarias.

El usufructuario puede hacer mejoras útiles y puramente voluntarias, esto es, puede hacer las obras que sean convenientes para el usufructo o que simplemente satisfagan su voluntad o su deseo; pero no tiene derecho de reclamar el pago de unas o de otras, aunque sí puede retirarlas sin detrimento de la cosa usufructuada.

La facultad de disponer de la cosa usufructuada.

Correspondiendo al derecho que el usufructuario tiene de disponer del usufructo, la ley reconoce el derecho del propietario para disponer de los bienes en que otro tenga el usufructo, con la condición de que se conserve éste, es decir, de que no se perjudique el derecho real del usufructo. Esta y otras más, como la que establece el artículo -- 1021 acerca de las reparaciones convenientes en el usufructo oneroso, caracterizan este derecho real como absoluto-- relativo, porque como absoluto impone a todos la obligación de respetarlo facultando al usufructuario para ejercerlo, y como relativo impone a un sujeto determinado la obligación de hacer posible su funcionamiento.

El derecho a los frutos naturales o industriales .

Sobre la base de que los derechos y obligaciones del usufructuario y del propietario se arreglan en todo caso - por el título constitutivo del usufructo, según lo dispone el artículo 987, el usufructuario tiene derecho de percibir todos los frutos naturales o industriales pendientes - al tiempo de comenzar el usufructo, pues los que estén pen

dientes al tiempo de extinguirse pertenecen al propietario, sin que uno u otro tengan que hacerse abono alguno por razón de labores, semillas u otros gastos semejantes, lo cual no debe perjudicar a los aparceros o arrendatarios, de cuyos contratos se desprende el derecho de percibir alguna porción de frutos al tiempo de comenzar o de extinguirse el usufructo.

El derecho a los frutos civiles.

Los frutos civiles pertenecen al usufructuario en la proporción del tiempo que dure el usufructo, aun cuando no estén cobrados, porque se han causado dentro de la vigencia del usufructo.

Usufructo de montes, minas, viveros, ganados y arboles frutales.

El usufructuario de un monte disfruta de todos los productos que provengan de éste, según su naturaleza, dice el artículo 996 y el 997 aclara el concepto de productos por la ley, asimilándolo al de frutos, puesto que considerando al monte como talar o de maderas en construcción, autoriza-

al usufructuario para hacer las talas o cortes ordinarios que haría el dueño, acomodándose en el modo, porción o época a las leyes o costumbres del lugar, lo cual significa que el usufructuario sólo puede hacer las talas o cortes regulares para obtener rendimientos considerados como frutos porque no alteran la substancia del monte y porque para la conservación de éste es necesario que se practiquen los cortes regulares y se recojan los frutos. El artículo 998 confirma este criterio al prohibir el corte de árboles por el pie, cuando no sea para reponer o reparar justificadamente y a satisfacción del propietario la cosa usufructuada. Confirman también esa interpretación los artículos 999, 1013, 1014, 1015 y 1016 que se refieren al usufructo de viveros, de ganados y de árboles frutales. Lo -- confirma igualmente el artículo 1001 según el cual no corresponden al usufructuario los productos de las minas, a no ser que se le concedan expresamente en el título constitutivo del usufructo o que éste sea universal, es decir, que no tenga ninguna excepción y abarque la totalidad del patrimonio, sobre el cual se constituye el usufructo, sin excepción alguna.

El Lic. Luis Araujo Valdivia manifiesta que también se puede considerar la exclusión del derecho a los productos.

*"De la exclusión de los productos en el usufructo, se desprende la característica que consiste en que el usufructo sólo se refiere al aprovechamiento de frutos y excluye el de productos, entendiendo por frutos los rendimientos regulares que natural, industrial o civilmente produce una cosa sin alterar su forma ni substancia, y por productos los rendimientos cuyo aprovechamiento alteren, menoscabando generalmente, la esencia o la substancia de la cosa de la cual se obtienen".*⁵⁹

El usufructo sobre capitales. Limitaciones al dueño.

En el usufructo sobre capitales impuestos a réditos, es decir, sobre frutos civiles de dinero a que se refiere el artículo 995, la ley limita el derecho del usufructuario sólo a los réditos, pero le garantiza, impidiendo que el propietario sin el consentimiento del usufructuario redima anticipadamente el capital, haga novación de la obligación primitiva, subsituya a la persona del deudor cuando se trata de créditos personales o vuelva a imponer el capital ya redimido, de modo que pueda perjudicar al usufructuario.

59. Luis Araujo Valdivia, OB. Cit. p.p. 363-364.

4.2.6 · PODERES JURIDICOS DEL USUFRUCTUARIO.

El artículo 1002, establece que "El usufructuario puede gozar por sí mismo de la cosa usufructuada. Puede enajenar, arrendar y gravar su derecho de usufructo; pero todos los contratos que celebre como usufructuario terminarán -- con el usufructo".

a) Puede el usufructuario arrendar; pero como el arrendatario sólo hace nacer una obligación personal, terminará con el usufructo. Por ello rara vez querrá tratar el inquilino con el usufructuario; se le presenta la gravísima incógnita ¿cuánto va a durar el usufructo y por ende el arrendamiento concertado con el usufructuario? Además el arrendamiento deberá concluir con el usufructo, porque de otro modo el usufructuario podría causar enormes perjuicios al nudo propietario, concertando un arrendamiento larguísimo por vil precio. Como el arrendamiento dura lo que el usufructo, tenemos que, mientras se encuentre vigente, nadie, ni el nudo propietario podrá censurar o criticar un arrendamiento concertado por el usufructuario; el inquilino no podrá discutirlo, ni aun después de concluido el usufructo.

b) Puede hipotecarse el usufructo, salvo "el derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por este Código a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes", pues dicho derecho "no se podrá hipotecar" (art. 2898, fr. IV)

c) El usufructo no es embargable (arts. 544, fr. IX CPC) pero sí son embargables los frutos

d) El usufructuario puede intentar Acciones. En efecto, debemos considerar que el derecho a la posesión del bien es un derecho esencial en el usufructo, de allí que el usufructuario tenga derecho, no sólo a entablar la acción confesoria del usufructo, sino también al juicio plenario de posesión. La acción confesoria "compete... al titular del derecho real inmueble... para que se obtenga el reconocimiento, la declaración de los derechos y obligaciones del gravamen y el pago de frutos, daños y perjuicios. en su caso y se haga cesar la violación..." (art. 11-CPC).

Esto ocurre porque el usufructuario, si bien es de tenedor precario de la posesión, de parte de la propiedad, no lo es del usufructo, del cual es titular. Vemos por ejemplo que el artículo 19 CPC, le da ciertas acciones al poseedor de un derecho real sobre el predio.

El artículo 989 es más explícito: "El usufructuario tiene derecho de ejercitar todas las acciones y excepciones reales, personales o posesorias, y de ser considerado como parte en todo litigio, aunque sea seguido por el propietario, siempre que en él se interese el usufructo".

e) *Recepción de Capitales.* Anteriormente mencionamos que el artículo 995, establece que el usufructuario no hace suyos los capitales. En cambio en derecho francés sí, y éstos constituyen un cuasiusufructo: es en derecho francés -- uno de los casos de la consersión del usufructo en propiedad.

f) *En caso de Expropiación.* Artículo 1043: "Si la cosa usufructuada fuere expropiada por causa de utilidad pública, el propietario está obligado, bien a sustituirla con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien a abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que debía durar el usufructo. Si el propietario optare por lo último, deberá afianzar el pago de los réditos". Vemos que aquí se transforma el objeto del usufructo.

g) *Derechos a percibir la indemnización por destrucción de la cosa, de la sociedad aseguradora.* Este punto lo

trataremos al hablar de las causas de extinción del usufructo.

h) Tiene derecho el usufructuario a efectuar enajenaciones y otros actos de disposición. Puede enajenar todo su derecho (art.1002) y puede enajenar la cosa misma en caso de cuasiusufructo (art.994).

Cuando el usufructuario cede su derecho "es responsable del menoscabo que tengan los bienes por culpa o negligencia de la persona que lo sustituya" (art.1012).

i) El usufructuario goza del derecho del tanto (art. 1005). "Es aplicable lo dispuesto en el artículo 984, en lo que se refiere a la forma para dar el aviso de enajenación y al tiempo para hacer uso del derecho del tanto".

4.2.7 OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO DURANTE EL GOCE.

Estas obligaciones no las establece directamente la ley refiriéndose a ellas en una forma categórica y expresa.

A) La primera es usar de la cosa como un buen padre de familia, como un buen propietario, un propietario cuidadoso. Dice el artículo 1006, fr. II que la fianza garantizará "que (el usufructuario) disfrutará de las cosas con mode

ración, y las restituirá al propietario con sus acciones, - al extinguirse el usufructo, no empeoradas ni deterioradas por su negligencia..."

Tiene pues obligación el usufructuario:

a) De abstenerse de deteriorar la cosa (art. 1006, fr. II). En caso de abuso grave tiene aplicación el artículo 1047.

"... el propietario puede pedir que se le ponga en posesión de los bienes, obligándose bajo fianza, a pagar anualmente - al usufructuario el producto líquido de los mismos, por el tiempo que dure el usufructo, deducido el premio de administración que el juez le acuerde".

b) De mantenerlas en buen estado. Se deduce esta obligación del texto mismo del artículo 1006, fr. II, ya que ella - habla de que "las restituirá (las cosas) no empeoradas ni -- deterioradas por su negligencia..."

c) Hacer ciertas reparaciones.

Se entiende por reparación toda obra hecha en una construcción deteriorada para precaver su ruina y ponerla en estado de que continúe sirviendo al objeto al que estaba destinada. Si la construcción estuviese totalmente en ruinas, la obra que se hiciera no sería reparación, sino una reconstrucción: si estuviese en buen estado, tomaría el nombre de Mejora de la construcción. Reparar la cubierta de un edificio, -

por ejemplo, es reemplazar las tejas, los ladrillos, etc. -
 nor otros en buen estado; reparar un piso "és poner planchas
 trozos y empedrados nuevos en lugar de los que ya estaban -
 gastados y quebrados.

Reparar su propiedad es un derecho del propietario.

Por regla general no debe perjudicar al vecino.

d) Avisar al nudo propietario la necesidad de las re-
 paraciones, cuando el usufructo haya sido constituido a --
 título oneroso: "La omisión del aviso al propietario, hace
 responsable al usufructuario de la destrucción, pérdida o -
 menoscabo de la cosa por falta de las reparaciones, y le -
 priva del derecho de pedir indemnización si él las hace"
 (art. 1923).

e) Dar aviso al propietario de las usurpaciones proba-
 bles. "Si los derechos del propietario son perturbados por
 un tercero, sea del modo y por el motivo que fuere, el usu-
 fructuario está obligado a ponerlo en conocimiento de ---
 acuél; y si no lo hace, es responsable de los daños que re-
 sulten, como si hubiesen sido ocasionados por su culpa".

f) El usufructuario debe impedir que se cumplan las --
 prescripciones que perjudicaren al nudo propietario.

g) ¿Debe pagar las primas del seguro contratado por el propietario? No, pues el contrato hace nacer obligaciones personales entre los obligados. Claro que el usufructuario podrá celebrar él mismo el contrato de seguro, ya que "todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro, podrá ser objeto de contrato de seguro contra los daños". Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato". Surge aquí otro caso notable de mutua representación tácita.

B) La segunda obligación del usufructuario es usar de la cosa conforme la usaba el Propietario.

a) ¿Puede cambiar el usufructuario el destino de los inmuebles, convirtiendo por ejemplo una casa en hotel? No creemos. Sería un abuso, equivaldría a alterar la substancia.

b) ¿Puede cambiar el cultivo al que está destinado un campo?, veremos que sí, en contra de la opinión de Laurent, que es sumamente severo.

c) ¿Puede cambiar la forma de explotar un bosque?

No creemos, en vista, en primer lugar de que el artículo 997 le concede sólo el derecho de "hacer en él talas o cortes ordinarios que haría el dueño".

CARGAS DEL DISFRUTE.

A) En primer lugar tiene el usufructuario que pagar las contribuciones. "Toda disminución de los frutos que provengan de imposición de contribuciones o cargas ordinarias sobre la finca o cosa usufructuada, es de cuenta del usufructuario".

"Si el usufructuario hace el pago de la cantidad, no tiene derecho de cobrar intereses, quedando compensados éstos con los frutos que reciba".

B) Queda obligado el usufructuario al pago de ciertas retribuciones como arriba quedó explicado.

C) Está obligado el usufructuario al pago del Legado de Renta Vitalicia o de Pensión de Alimentos, cuando el usufructo haya sido constituido a título Universal:

Artículo 1027: "El que por sucesión adquiere el usufructo -- universal, está obligado a pagar por entero el legado de renta vitalicia o pensión de alimentos". Artículo 1028: "El que

nor el mismo título adquiriera una parte del usufructo universal, pagará el legado o la pensión en proporción a su cuota!"

o) En cuanto a la Hipoteca, tenemos que "el usufructuario particular de una finca hipotecada, no está obligado a pagar las deudas de cuya seguridad se constituyó la hipoteca" (art.1029). Y si "la finca se embarga o se vende judicialmente para el pago de la deuda, el propietario responde otra cosa al constituir el usufructo" (art.1030).

E) Pasando al capítulo de deudas hereditarias, nos dice el artículo 1031 que "si el usufructo es de todos los bienes de una herencia, o de una parte de ellos, el usufructuario - podrá anticipar las sumas que para el pago de las deudas hereditarias correspondan a los bienes usufructuados, y tendrá derecho de exigir del propietario su restitución, sin intereses, al extinguirse el usufructo". Pero "si el usufructuario se negare a hacer la anticipación de que habla el artículo que precede, el propietario podrá hacer que se venda la parte de bienes que baste para el pago de la cantidad que -- aquél debía satisfacer, según la regla establecida en dicho artículo (art.1032).

F) El usufructuario tiene que cubrir el gasto del Inventario, el cual se deberá "formar a sus expensas" (art.1006, - fr.I).

4.2.8. OBLIGACIONES DEL NUDO PROPIETARIO.

Precisaremos la situación jurídica que guarda el nudo propietario y las obligaciones que por virtud del usufructo se le imponen.

El jus abutendi, que corresponde al propietario, no se afecta por virtud del usufructo. Por consiguiente, el dueño puede ejecutar los actos de dominio, tales como vender, hipotecar, constituir servidumbres; pero todos estos actos de dominio no pueden perjudicar los derechos del usufructuario; si se ejecuta una venta, el comprador no entrará en posesión de la cosa sino al extinguirse el usufructo y bajo esa condición debe adquirir.

En cuanto al jus abutendi y con la explicación anterior, no existe limitación por parte del dueño de la cosa, pero en cuanto al jus utendi y al jus fruendi, que por virtud del usufructo se transmite al usufructuario, encontramos una serie de restricciones al dominio y de obligaciones impuestas al propietario, que tienen por origen un gravamen real impuesto sobre la cosa y que, por consiguiente, pesan sobre la propiedad, sobre la cosa misma, a pesar de que haya una transmisión del dominio. Esto demuestra que no son obligaciones personales del dueño en su carácter de

contratante (cuando el usufructo se constituye por contrato), sino que son obligaciones reales que graván la cosa a pesar - de que cambie la persona misma del propietario. Supongamos, -- cuando se vende la cosa dada en usufructo, es el nuevo propie- tario, el que responde de todas esas cargas reales que vamos- a estudiar. En esto difiere la situación que guarda el nudo - propietario como responsable de obligaciones, de la que guar- daría un arrendador, un comodante por virtud de las obligacio- nes personales nacidas del contrato de arrendamiento o de co- modato:

Las obligaciones reales que gravan la propiedad y que, - por consiguiente, se imponen a todo dueño, cualquiera que sea, son las siguientes:

1o. Entregar la cosa en todas sus accesiones y en estado de servir para el uso convenido o, a falta de convenio, para su destino o naturaleza. Esta obligación existe, siempre y -- cuando el usufructuario haga el inventario y otorgue fianza.

2o. Conservar la cosa en estado de servir para el uso -- convenido, obligación que hemos visto que sólo se impone al - propietario cuando el usufructo es a título oneroso; si es a título gratuito, la obligación de conservar, reparando la co- sa, corresponde al usufructuario.

3o. No intervenir ni en alguna forma embarazar o perjudicar el uso o disfrute de la cosa; obligación de no hacer que corresponde al propietario y que simplemente consiste en abstenerse de ejecutar actos que en alguna forma puedan impedir el ejercicio normal del derecho de usufructo. Esta obligación de no intervenir, de no hacer, tiene como excepción la de ejecutar las reparaciones necesarias en el usufructo a título oneroso y el gratuito, si voluntariamente el dueño quiere ejecutarlas. Cuando interviene el dueño para reparar la cosa, el usufructuario no puede protestar por la perturbación que naturalmente tenga que sufrir, ni tiene derecho tampoco a exigir una indemnización por el tiempo que no use la cosa o que permanezca improductiva.

4o. Además, el propietario tiene como cuarta obligación la de garantizar el uso y goce pacífico de la cosa, al usufructuario. Esto es una consecuencia de toda enajenación onerosa; no sólo en el usufructo, sino siempre que se enajena una cosa o un derecho, el enajenante tiene la obligación de garantizar el uso y goce pacífico. El vendedor debe garantizar su posesión pacífica al comprador. En el -

usufructo oneroso, como existe una enajenación, está obligado el dueño a garantizar a éste el uso y goce pacífico de la cosa y, por consiguiente, responde de los actos jurídicos de tercero y de sus actos jurídicos propios que impliquen perturbación en el uso y goce de la cosa.

5o. Finalmente, el propietario está obligado en el usufructo a título oneroso a responder de los daños y perjuicios que se causen al usufructuario por vicios o defectos ocultos de la cosa usufructuada. También ésta es una obligación propia del enajenante, en toda enajenación a título oneroso, el enajenante responde de los vicios ocultos de la cosa; como en el usufructo existe la enajenación del derecho de goce, debe el propietario responder de esos vicios o defectos ocultos.

Este conjunto de obligaciones del propietario tienen marcada semejanza con las obligaciones que tiene el arrendador con respecto al arrendatario, pero se distinguen en que en el arrendamiento el arrendador tiene obligaciones de carácter personal, creadas por virtud de un contrato a favor del arrendatario; en cambio, en el usufructo son cargas que, como hemos visto, afectan o gravan la cosa misma, de naturaleza real, independientes de la persona del propietario, que existen a pesar de todo cambio de propiedad.

4.2.9. Forma de extinción del usufructo.

El usufructo se extingue de las siguientes maneras:

- a) Por muerte del usufructuario;
- b) Por el vencimiento del plazo que establezca;
- c) Por el cumplimiento de la condición resolutoria que lo afecte;
- d) Por consolidación, reuniéndose en una persona las calidades de usufructuario y propietario;
- e) Por renuncia del usufructuario;
- f) Por pérdida de la cosa;
- g) Por prescripción;
- h) Por revocación del derecho del propietario constituyente cuando siendo su dominio revocable llega el tiempo de la revocación;
- i) Por no otorgarse la fianza en el usufructo a título gratuito.

Analizaremos separadamente cada una de las formas mencionadas:

ñ) Por muerte del usufructuario.- El usufructo es vitalicio: se extingue por la muerte del usufructuario; en consecuencia, no es transmisible por herencia a sus herederos.

Cuando el usufructo se constituye a favor de personas morales, el legislador ha fijado un plazo máximo de veinte ---

años; el usufructo terminará si la entidad se extingue antes de ese término. Naturalmente que el usufructo puede constituirse por un plazo inferior, solamente se fija el límite máximo.

b) Vencimiento del plazo.- La segunda causa de extinción consiste en el vencimiento del plazo prefijado para la duración del usufructo. Puede señalarse un plazo para la duración del usufructo, pero este plazo se entiende siempre en el sentido de que si el usufructuario muere antes de que se cumpla, se extinguirá el usufructo.

c) Cumplimiento de la condición resolutoria.- Ya hemos dicho que por condición se entiende un acontecimiento futuro de realización incierta; que las condiciones pueden ser de dos clases: suspensivas o resolutorias; que la condición suspensiva impide el nacimiento del derecho, hasta que se realiza y que la resolutoria lo extingue.

d) Consolidación.- Una cuarta forma de extinción del usufructo consiste en la consolidación por la reunión en una sola persona de las calidades de usufructuario y de propietario. Esta forma se presenta cuando el usufructuario adquiere la nuda propiedad; naturalmente que debe extinguirse el usufructo y que requiere necesariamente dos personas, una --

con el jus abutendi y la otra con el jus fruendi.

a) Prescripción debida al no uso del derecho real del usufructo.- En el caso del usufructo, si el titular no usa no disfruta de la cosa, la abandona, está renunciando tácitamente a su derecho. La prescripción se funda en este caso en el abandono, en que no se ejerza durante cierto tiempo - el derecho de usufructo. Además ese abandono debe ser continuo, si no se interrumpe la prescripción. El usufructuario al cabo de diez años de no haber usado su derecho en forma continua y total, lo perderá. El plazo de diez años se fija en virtud de que para los casos no especificados, el término máximo de prescripción negativa, en nuestro Código vigente, es de diez años, en el anterior era de veinte, y este es un caso no especificado.

El artículo 1038 dispone: "El usufructo se extingue"
 V.- Por prescripción conforme a lo previsto respecto de --
 los derechos reales" y en el capítulo de posesión se dice:
 Art. 829: Se pierde la posesión de los derechos cuando es im
posible ejercitarlos o cuando no se ejercen por el tiempo -
 que baste para que quedan prescritos". Por consiguiente, se
 pierde la posesión del derecho de usufructo y además, se ex
tingue el usufructo cuando no se ejerce por el término de --
 diez años, como plazo de prescripción.

f) *Renuncia.* - La renuncia puede ser expresa o tácita. La renuncia expresa puede hacerse constar en un documento público o privado o bien puede manifestarse verbalmente ante testigos. La renuncia expresa puede ser unilateral, es decir, simple declaración del usufructuario de que renuncia al derecho, o bilateral, establecida en un contrato con el propietario. Cuando es bilateral puede ser onerosa o gratuita, es decir, se puede renunciar merced a una contraprestación en dinero, bienes o servicios o sin esa contraprestación. Cuando la renuncia es bilateral y de carácter oneroso, en realidad equivale a una cesión de derechos, o sea a una venta, y debe llenar las formalidades del contrato de compra-venta.

g) *Pérdida de la cosa.* - El perecimiento real o jurídico de la cosa, extingue el usufructo. Ya sea por destrucción material o porque quede fuera del comercio. Cuando la cosa es expropiada, el usufructo se substituye sobre un equivalente, por cuanto que como toda expropiación trae consigo una indemnización.

En nuestro derecho, el usufructuario no recibe el capital, valor de la indemnización, sino los réditos que produzca ese capital, que es manejado por el propietario, otorgando fianza para responder de él.

La pérdida de la cosa debe ser total para que se extinga el usufructo: por consiguiente, si es una pérdida parcial se extingue sólo en parte, a no ser que se haya constituido sobre un edificio exclusivamente, en cuyo caso la pérdida no da derecho al usufructuario a gozar del terreno y de los materiales, por ejemplo en caso de demolición, en el caso de incendio, de destrucción por terremoto, etc. Pero si el usufructo se ha constituido sobre un inmueble del cual sólo forma parte del edificio, por ejemplo, sobre una finca rústica, la destrucción del edificio no extingue el usufructo y éste se continuará ejercitando sobre el terreno, tanto en el que estaba el edificio como en el excedente. En los casos de destrucción, si vuelve a reconstruirse la cosa, se concede la posibilidad de que renazca el usufructo, cosa que no se admite en el derecho francés. El usufructuario, según que él haya reparado, reconstruido, o lo haya hecho el propietario, continuará gozando del edificio y sólo tendrá derecho a indemnización si él reconstruyó. Si reconstruyó el propietario, será a cargo de éste el valor de la reconstrucción. Esta forma de renacer el derecho de usufructo por reconstrucción de la cosa, se admite en el artículo 1044.

4.3 EL USO Y LA HABITACION.

Uso y habitación.- *Caracteres generales.*- Estos derechos reales son también desmembraciones de la propiedad, de menor importancia que el usufructo. En realidad, el uso constituye un usufructo parcial o restringido dado que actualmente no se concreta al ejercicio exclusivo del *Jus utendi*, sino que *faculta al usuario para percibir algunos frutos.*

El usufructo, el uso y la habitación se denominaban antiguamente *servidumbres personales*, por oposición a las *servidumbres prediales o reales*. En la actualidad se emplea la *denominación específica para cada derecho: usufructo, uso o habitación*. Para las *servidumbres reales simplemente se emplea el término "servidumbres"*.

Uso.- Podemos definir el uso indicando que es un derecho real, temporal, por naturaleza vitalicio, para usar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni substancia, y de carácter *intransmisible*. Se distingue por consiguiente del *usu -- fructo*:

I.- En el contenido, que es restringido sólo para el uso, y en algunos casos para percibir ciertos frutos; y

II.- En el carácter *intransmisible*, peculiar al uso y a la habitación, que no existe en el usufructo, porque, como -

hemos visto, el usufructo puede enajenarse, puede gravarse, puede transmitirse; en cambio, el usufructuario o el habituario no pueden transmitir su derecho. Son personalísimos en un doble aspecto, tanto porque se extinguen por la muerte, - como acontece con el usufructo, como porque se confieren exclusivamente tomando en cuenta la calidad de la persona, por amistad, parentesco, etc., y no pueden transmitirse a ninguna otra.

Precisadas estas distinciones entre el usufructo y el uso, las demás características son iguales: se trata de un derecho real, temporal, por naturaleza vitalicio (si no se establece lo contrario limitándolo a un cierto tiempo): se ejerce sobre cosas ajenas; el usuario debe respetar siempre la forma y substancia de la cosa, con mayor razón que en el usufructo, dada la limitación para aprovecharse de la misma consistente de utilizar la cosa que no altere la substancia de la misma.

Habitación.- El derecho real de habitación en realidad es el derecho de uso sobre una finca urbana para habitar -- gratuitamente algunas piezas de una casa. No se distingue en rigor fuera de esta circunstancia especialísima, en cuanto al contenido, pues también se trata de un derecho real -

temporal, por naturaleza vitalicio, para usar algunas piezas de una casa, sin alterar su forma ni substancia. En -- cambio, el uso se extiende como el usufructo tanto a los -- bienes muebles como a los bienes inmuebles. Cuando ese uso se refiere sólo a las piezas de una casa habitación, toma el nombre de derecho real de habitación.

La habitación siempre es por esencia gratuita, nunca podrá constituirse en forma onerosa; en cambio, el uso puede ser como el usufructo, a título gratuito o a título -- oneroso.

Las reglas generales del usufructo se aplican al uso -- y a la habitación, exceptuando las especiales que hemos establecido por cuanto al carácter intransmisible de estos -- derechos. Por consiguiente, las obligaciones del usuario y del habituario son semejantes a las del usufructuario: deben formar inventario, tasando los bienes muebles y haciendo constar el estado de los inmuebles; otorgar fianza, con fianza, con excepción de los casos en los cuales se les -- dispensa o cuando se releva al usufructuario de esta obligación.

Las obligaciones durante el disfrute, que existen a -- cargo del usufructuario, también existen, pero limitadas, a cargo del usuario o del habituario; es decir, la obliga-

ción fundamental de cuidar y conservar la cosa como buen padre de familia, les es aplicable, así como la de no alterar la forma ni substancia de la cosa y de responder de culpa leve y grave. En el uso que es gratuito y en el derecho de habitación que siempre lo es, se responde de culpa levísima. El juez apreciará según el valor del uso o bien según el número de piezas que se ocupen en una finca habitación, para imponer proporcionalmente la obligación de reparar al propietario, al usuario y al habituario.

En cuanto a la obligación de responder de las cargas de la cosa, también se aplica el principio de equidad para distribuir las proporcionalmente, según sea el uso y los frutos percibidos o el número de piezas que ocupe el habituario.

Finalmente, la obligación de restituir al extinguirse el uso o el usufructo, la de rendir cuentas y la de responder de daños y perjuicios por pérdida o deterioro de la cosa, son iguales en el uso, en el derecho real de habitación y en el usufructo.

Las formas de extinción de estos derechos, uso y habitación, son también iguales a las formas de extinción del usufructo.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA

El fundamento de los derechos reales y su razón de ser consiste en que se trata de bienes específicos determinados.

SEGUNDA

La palabra bien puede considerarse como sinónimo - de cosa y esta última es todo elemento tangible -- que puede producir satisfacción al hombre, en Roma la palabra cosa se designaba con el término "Res".

TERCERA

Para que algo pueda ser considerado como cosa en - derecho, debe reunir los requisitos siguientes:

- a) *Que se trate de algo susceptible en el espacio.*
- b) *Que sea capaz de satisfacer alguna necesidad o placer lícito del hombre. En este segundo requisito, sólo las cosas lícitas intervienen en las relaciones jurídicas, pero nunca las ilícitas, - porque entonces no estaríamos en el terreno del derecho y por consiguiente, no podrían ser objeto de las relaciones jurídicas.*

CUARTA

La primera clasificación de cosas que hacen las - fuentes del Derecho Romano, es la que se refiere a cosas dentro del patrimonio (Res Intra Patrimonium)

y fuera del patrimonio (*Extra Patrimonium*), en el primer caso, se encuentran todos los bienes que forman parte del patrimonio de una persona, y forman parte de las segundas, todas aquellas cosas que por su propia naturaleza, no son susceptibles de ser apropiadas por algún particular, por ejemplo, las pertenecientes del estado.

QUINTA

La anterior clasificación constituye un primer intento de diferencias y ordenar los diversos tipos de cosas existentes, a fin de excluir todas aquellas, que no son susceptibles de relaciones jurídicas, de las que no lo fueran; presentaba el grave inconveniente de no alcanzar a regular las cosas que no respondan a una situación actual. Por tal motivo, posteriormente surgió una clasificación parecida a la antes anotada, pero de mayor utilidad jurídica, ésta contempla las cosas que se encuentran dentro del comercio (*Res In Commercio*) y las que están fuera del comercio (*Res Extra Commercio*).

SEXTA

Al existir una gran variedad de cosas se tuvo la necesidad de regular la relación directa e inmediata que se crea entre las personas y las cosas, dando origen a los derechos reales, un derecho inviolable y absoluto, que trata de regir a una sociedad entera, el cual merece y se debe respetar.

SEPTIMA

Los romanos no definieron en forma precisa a los derechos reales, sino que con base a la teoría de las acciones *In Rem* señalaron sus elementos: la persona

y el objeto. De manera puramente convencional, los podemos definir diciendo que los derechos reales son oponibles a terceros, que facultan a su titular a sacar el máximo provecho de una cosa, en cuyo caso estamos hablando del derecho real por excelencia que es la propiedad, o bien en forma limitada, entonces estaremos tratando los derechos reales sobre cosa ajena (Jura In Re Aliena) como son: la prenda, el uso, el usufructo, etc.

OCTAVA

A la par del surgimiento de los derechos reales se da nacimiento a los llamados derechos personales, los cuales el Derecho Romano ha definido como aquellos que facultan a una persona denominada acreedor a exigir a una llamada deudor la prestación o abstención de un hecho consistente en un Dare (dar) Facere (hacer), Non Facere (no hacer) o un Pati -- (tolerar).

NOVENA

Con la equivalencia aparente que existía entre los derechos reales y los personales, fue necesario -- precisar algunas diferencias entre ambos derechos. En el derecho real encontramos dos elementos: el sujeto activo, titular del derecho y la cosa, que es el objeto de aquél. El derecho personal recae sobre actos ajenos, de interés patrimonial; el derecho personal sólo puede reclamarse del obligado y en el derecho real puede hacerse valer contra todos. El derecho real otorga un disfrute permanente;

en cambio el derecho de crédito se extingue cuando es satisfecho. La persona que adquiere un derecho-real sobre una cosa, nada tiene que temer, aunque se haya constituido después otros derechos iguales sobre la misma cosa, en beneficio de otras personas o bien si el propietario de la cosa llegará a hacerse insolvente, pues su derecho queda siempre intacto. En cambio, ocurre de otra manera con el derecho personal, pues el deudor que se haya obligado con su acreedor puede hacerlo también con otros y estos derechos personales, nacidos sucesivamente, tienen todos ellos la misma fuerza, por eso, si el patrimonio del deudor no basta para pagar a todos los acreedores, el derecho de cada uno es afectado y sufre una reducción proporcional.

DECIMA

Dentro de los derechos reales existe una categoría especial denominada derechos reales sobre cosa ajena (*Jura In Re Aliena*) los cuales son simples desmembramientos de la propiedad. Estando estos últimos integrados por las servidumbres, la enfiteusis, la superficie, la prenda e hipoteca.

DECIMA PRIMERA

El vocablo servidumbre proviene de *Servus*, indica una relación de sumisión entendiéndose como el derecho sobre la cosa ajena constituido sobre un fondo y en ventaja de otro fondo (servidumbres prediales o reales: *servitutes praediorum* o *rerum*) o sobre cualquier cosa corporal y en ventaja de una persona (servidumbres personales *servitutes personarum*).

Dentro del primer tipo de servidumbres encontramos a las llamadas servidumbres rústicas y urbanas; en las personales existen las siguientes especies, - uso, usufructo, habitación.

DECIMA SEGUNDA

El usufructo es el derecho de usar la cosa ajena y percibir sus frutos sin alterarle la esencia. Junto al usufructo existe en la época clásica, el usus. Según su significado originario, Usus es el derecho de usar una cosa sin percibir sus frutos: Uti Po - test frui non potest. La habitación es el simple - derecho de habitar una cosa ajena y es un derecho vitalicio.

DECIMA TERCERA

Dentro de los derechos reales sobre cosas ajenas, - del Profesor Guillermo Floris Margadant clasifica - aquellos que denomina de garantía, sobresaliendo - en estos últimos, la prenda que consiste en entre - gar una cosa, para asegurar el pago de una deuda. Esta definición permite señalar que en la prenda, - la cosa que se entrega para garantizar la obliga - ción principal, es en carácter de posesión a la - persona del acreedor.

DECIMA CUARTA

Sobre la enfiteusis podemos igualmente clasificarla como un derecho real enajenable y transmisible, que da el pleno goce de un fundo a una persona con la obligación de cultivarlo y pagar un canon anual. La superficie en cambio es un derecho real pretoriano, enajenable y transmitible, que atribuye al superficiario el pleno goce y uso de un edificio construido por él, en terrenos de un tercero con autorización de éste.

B I B L I O G R A F I A

ABOUHAMAND HOBAICA, CHIBLY. Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano I. Editorial Jurídica Venezolana, 3era. Edición. Caracas, Venezuela, Año de 1979.

ALVAREZ SUAREZ, URSCICINIO. Curso de Derecho Romano. Revista de Derecho Privado. Tomo I, 3era. Edición, Madrid, España. - Año de 1955.

APENDICE DE JURISPRUDENCIA DE 1917-1965. Del Seminario de la Federación. 4ta. Parte, Tercera Sala.

ARANGIO RUIZ, V. Historia del Derecho Romano (traducción de Pelsmaeker). Editorial Labor, 3era. Edición, Madrid, España. Año de 1963.

ARAUJO VALDIVIA, LUIS. Derecho de las Cosas y de las Sucesiones. Editorial José M. Cajica, S.A., 2da. Edición, Puebla - 1972.

ARGUELLO, LUIS RODOLFO. Manual de Derecho Romano. Editorial Astrea. 2da. Edición, Buenos Aires, Argentina, Año de 1976.

ARIAS, RAMOS J. Compendio de Derecho Romano. 3era. Edición, Valladolid, España, Año de 1966.

BLAS HERMOSA. Derecho Romano Tomo II. Editorial Talleres -- Gráficos de la Escuela Técnica Salesiana, 2da. Edición, Asunción, Paraguay, Año de 1977.

BIALOSTOSKY, SARA. Panorama de Derecho Romano. Editorial -- Universidad Nacional Autónoma de México, 2da. Edición, México, D.F., Año de 1976.

BONAFANTE, PIETRO. Historia del Derecho Romano (traducción de José Santacruz Tejeiro), Editorial Tea, 2da. Edición, Madrid, España, Año de 1944.

BRAVO VALDEZ, BEATRIZ. Primer Curso de Derecho Romano. Editorial Pax. 3era. Edición, México, D.F., Año de 1983.

CLEMENTE DIEGO, FELIPE. Instituciones de Derecho Civil. T.L. Introducción, Madrid, España, Año de 1959

DE COULANGES, FUSLE. La Ciudad Antigua. Editorial Porrúa. 4ta. Edición, México, D.F., Año de 1980.

- FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge, 3era Edición, México, D.F. Año de 1983.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. El Patrimonio. Editorial Porrúa, S.A., 3era. Edición, México, D.F. Año 1990.
- H. LAFAILLE. Tratado de los Derechos Reales Tomo III. Alemania.
- HERNANDEZ TEJEIRO, JORGE. Derecho Romano. Editorial Darro, 4ta. Edición, Madrid, España, Año de 1978.
- IBARROLA ANTONIO. Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, 4ta. Edición, México. Año 1977.
- IGLESIAS, JUAN. Instituciones de Derecho Privado Romano. - Editorial Ariel, 5ta. Edición, Barcelona, España. Año de 1965.
- MORALES, IGNACIO JOSE. Derecho Romano. Editorial Trillas, 2da. Edición, México, D.F. Año de 1984.
- ODERIGO, N. MARIO Sinópsis de Derecho Romano. Editorial Epe sa, 5ta. Edición, Madrid, España. Año de 1964.
- ORTOLAN M. Legislación Romaine. Editorial Leocadio López, - Madrid, España, Año de 1876.
- PALOMAR DE MIGUEL, JUAN. Diccionario para Juristas. Editorial Mayo, 1a. Edición, México, D.F. Año 1981.
- PAYNO, MANUEL. Tratado de la Propiedad. Editorial Comité Interno de Ediciones, S.R.A., México, D.F. Año de 1981.
- PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano (traducción de José Fernández González), 2da. Edición, Editorial Epe ca, México, D.F. Año de 1977.
- SAINZ GOMEZ SALCEDO, JOSE MARIA. Derecho Romano I. Editorial Limusa, México, D.F. Año de 1988.
- SALEILLES, RAIMUNDO. La Razón de la Posesión. Editorial Espea, España. Año de 1912.
- SHOH, RODOLFO. Instituciones de Derecho Privado Romano. Editorial Nacional, 2da. Edición, México, D.F. Año de 1975.
- SOTO PEREZ, LUIS. Derecho a la Posesión. Editorial Porrúa, - México, D.F. Año de 1980.

SUAREZ, GUILLERMO. Derecho Civil. Editorial Limusa, México, D.F. Año de 1978.

VON IHERING, RUDOLF. El Espíritu de las Leyes. Editorial - Calpa, Alemania, Año de 1982.