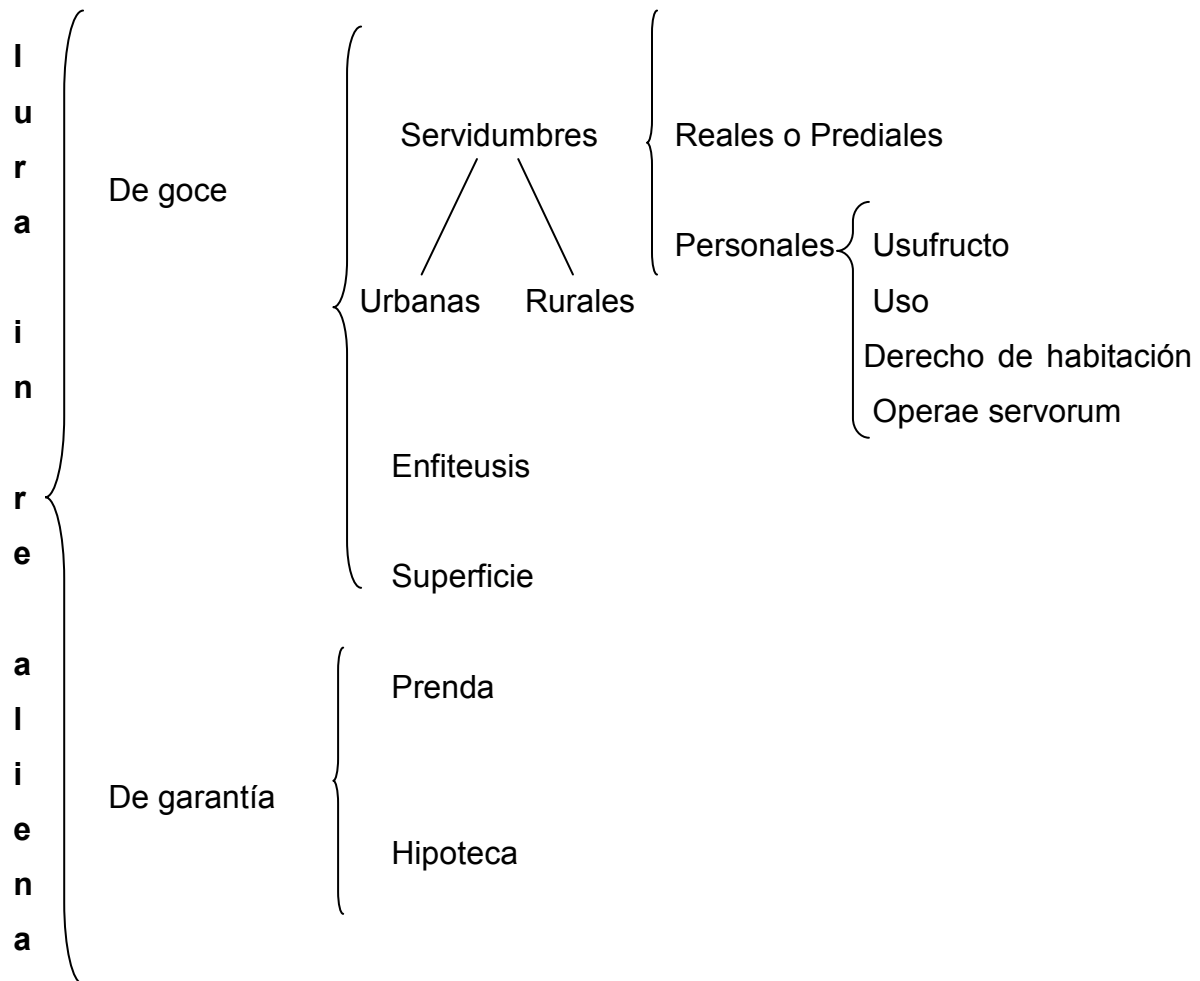


5. DERECHO REALES SOBRE LA COSA AJENA.

5.1. El goce.

Antes de empezar a tratar el tema del goce de los derechos reales sobre la cosa ajena, es necesario ubicar el tema dentro de un contexto general, con la finalidad de poder entender de forma clara y a profundidad este primer punto temático.

Lo primero que habría que decir, es que los derechos reales sobre la cosa ajena implican que una persona posea derechos sobre una o varias cosas que pertenecen a otro individuo. Estos derechos reales se clasifican principalmente en derechos de goce y derechos de garantía.



Además de la diferencia que hay por la terminología entre estos dos tipos de derechos, es importante señalar algunos otros puntos adicionales que distinguen a estos derechos de goce, entre ellos los siguientes:

- a) 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.
- b) Los derechos de goce pueden ejercerse, generalmente, en varias ocasiones; en cambio; los derechos de garantía se agotan en un solo ejercicio.
- c) El derecho de garantía puede establecerse sobre un derecho de goce, pero no a la inversa. Si se superponen derechos reales hasta forma con ellos una estructura vertical, los derechos de garantía únicamente pueden figurar como coronación, nunca como base.

5.1.1. Servidumbre.

“Servitus”¹, es el derecho real sobre la cosa ajena. La relación de servidumbre se establece entre personas que son propietarios de dos bienes inmuebles o fundos, en los cuales se presenta una situación de servicio y dependencia de uno respecto de otro. En las servidumbres es irrelevante la identidad del sujeto pasivo o activo, ya que este podrá variar en relación directa con la persona que sea el propietario de cada uno de los fundos vinculados por el derecho real de servidumbre.

De esto se concluye que

“(…) las servidumbres son derechos reales de goce limitados en su contenido, y se pueden constituir para aumentar el valor de un inmueble o sólo con miras a favorecer a un sujeto determinado.”²

¹ Esta asignación le fue dada al primer derecho sobre la cosa ajena, que estuvo reconocida por el ius civile romano.

² MORINEAU IDUARTE, Martha y Román Iglesias González; Ob. cit.; p. 130. En el primer caso, serían las servidumbres reales o prediales, en el caso –cuando se favorece a un sujeto- estamos hablando de servidumbres personales.

El derecho de servidumbre tiene que nacer y extinguirse, las razones para uno y otro supuesto son las siguientes:

a) Para constituir son:

*La mancipatio.

* In iure cessio.

*Por reserva cuando se vendía un bien inmueble y el vendedor se reservaba una servidumbre sobre él, a favor de otro inmueble del que era dueño.

*Legado.

* Adiudicatio.

*Usucapio.

*Por convenio entre los interesados.

b) Las causas de extinción serían:

* Pérdida de cualquiera de los inmuebles.

*Por confusión o consolidación.³

*Por renuncia del titular del derecho real.

*Por el desuso del derecho.

La acción que amparaba el derecho real de servidumbre en el derecho romano se le denominaba “actio confessoria”. Fue diseñada de conformidad con la rei vindicatio, que era la que detentaba el propietario del fundo dominante contra el propietario o poseedor del fundo sirviente.

Amén de esta protección, las servidumbres podían ser amparadas a través de los interdictos, pero en este caso, la protección no proviene del derecho de servidumbre en sí mismo, sino de la relación de hecho que existe entre dos fundos y cuyo contenido material es el propio de las servidumbres.

Ya se dijo, que las servidumbres se clasificaban en el derecho romano, en reales o prediales y personales. Las primeras a su vez se clasifican en

a) Servidumbres rurales y

b) Servidumbres urbanas.

A su vez las servidumbres rurales de más importancia fueron

³ Esto es, que se reúna en una misma persona la titularidad del derecho y de la servidumbre.

- a) De paso.
- b) De acueducto: conducir el agua
- c) De toma de agua.
- d) De pasto: pastar.

Este tipo servidumbres, son derechos sobre un inmueble ajeno (fundo sirviente), cuyo aprovechamiento debe aumentar la utilidad de un inmueble propio (el fundo dominante), cercano al primero. Las servidumbres reales no son propiamente relaciones jurídicas oponibles a terceros, entre fundos dominantes y sirvientes, ya que todas las relaciones jurídicas se establecen entre personas y un fundo no tiene personalidad jurídica.

Lo incorrecto de la fórmula anterior es perdonable, ya que tratándose de servidumbre reales, los hombres entre quienes se establece la relación se designan mediante los terrenos; cada propietario del fundo sirviente queda obligado, mientras tenga esta calidad, y cada dueño del fundo dominante recibe determinado derecho, mientras tenga la propiedad.

Por ejemplo, en el caso de una servidumbre real, lo permanente son los terrenos, mientras que las personas obligadas y facultadas cambien todo el tiempo. Este tipo de servidumbre aparecieron por primera vez en la práctica agrícola de la antigua Roma.

Para la explotación racional del campo era conveniente que algunos propietarios aceptaran una restricción en sus derechos de propiedad, con el fin de que otros propietarios pudieran aprovechar un camino más corto a una carretera pública, disfrutar del agua que sobraba en otro predio, etcétera.

Este tipo de servidumbres, las reales se rigen por los siguientes principios:

- a) Servitus in faciendo consistere nequit, sed tantummodo in patiendo aut in non faciendo, la servidumbre no puede imponer deberes de hacer algo: sólo de tolerar algo o de no hacer algo.
- b) Nulli res sua servit. Nadie puede tener una servidumbre a cargo de una propiedad suya. En tal caso se extingue la servidumbre automáticamente por la reunión de ambos fundos en el patrimonio de una sola persona.

c) Fundus fundo servit. El terreno debe aprovechar al terreno. 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 sólo permite que se extraiga del fundo sirviente para construcciones en el fundo dominante, pero no para la venta de terceros.

d) La servidumbre debe tener una causa perpetua. No se permite que el arrendatario solicite una servidumbre por todo el tiempo que dure el arrendamiento; ni que el propietario del fundo, que normalmente tiene bastante agua, obtenga una “servitus auae haustus” para un año determinado de sequía.

e) La servidumbre es indivisible. La división del fundo dominante o del sirviente no cambia nada la servidumbre. La utilización parcial de una servidumbre protege a toda la servidumbre contra la prescripción extintiva.

f) La servidumbre no puede venderse con independencia del predio dominante, y sigue automáticamente al predio en caso de venta del mismo.

g) Como la servidumbre es un derecho real, los compradores del fundo sirviente no pueden alegar que la constitución de la servidumbre ha sido para ellos una “res inter alios acta”: la servidumbre es oponible a cualquiera.

h) Es perfectamente posible acumular servidumbres a cargo de un solo predio sirviente. Si el ejercicio de una servidumbre perjudica a otra servidumbre, no se reparte el beneficio de la servidumbre proporcionalmente, sino que se da preferencia a la servidumbre más antigua.

i) Las servidumbres no pueden ser base para establecer subservidumbres. Por ejemplo, no puedo dar a otro predio el privilegio, de carácter real, de aprovechar una servidumbre establecida en beneficio de mi propio predio.

j) El propietario del fundo dominante debe comportarse “civiliter”, con discreción.

k) Por regla general, los fondos dominante y sirviente debían ser vecinos, lo cual facilitaba la investigación sobre la existencia de eventuales servidumbres en una sociedad que no contaba con un registro público.

El derecho clásico 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.

L) Lo accesorio va automáticamente implícito en lo principal.

M) Lo accesorio no protege lo principal contra la prescripción extintiva: el ejercicio de la servidumbre implícita, accesorio, no interrumpe el plazo para la prescripción de la servidumbre principal, por falta de uso.

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

Las servidumbres reales pueden ser:

- a) Servidumbres urbanas.
- b) Servidumbres rurales.

Las primeras normalmente benefician a una construcción, en cambio la segundas, que son las más antiguas aprovechan a un predio rural.

Por su parte, las servidumbres urbanas se subclasificaban en:

- a) Prohibición de levantar construcciones que afecten y eviten el paso de luz.
- b) Apoyo de viga.
- c) Apoyo de muro.
- d) Desviación de agua

Este tipo de servidumbres dan lugar a un “ius habiendo”, por ejemplo, apoyar vigas en una pared ajena. O el “ius prohibendi, por ejemplo el derecho de impedir que el vecino construya una casa de una altura superior a 10 metros.

A la par de este tipo de servidumbres están las rurales, que conceden al propietario del fundo dominante un “ius Faciendi”, por ejemplo, derecho de paso, de pastoreo, de buscar agua en el fundo vecino. Entre las servidumbres rurales están las siguientes:

- a) Servits itineris, o del derecho de pasas a pie.
- b) Servitus actus, el derecho de pasar con ganado, el cual implica el derecho de pasar a pie.

c) *Servitus viae*, que es el derecho de pasar con carros, que incluye el derecho de pasar con ganado y el derecho de pasar a pie.

d) *Servitus aquae ductus*, que es el derecho de permitir el paso del agua al propio predio mediante canales, contruidos en un predio ajeno. Sin embargo, ésta es discontinua, mientras que aquella es continua.

Las segundas, que son las servidumbres personales, se clasifican a su vez en:

- a) **Usufructo.** Es uso de una cosa ajena no consumible –sea mueble o inmueble- , sin otra limitación que la de conservarla en el mismo estado en que se encuentre en el momento de constituirse el derecho, por lo que implica que no se debe de alterar la naturaleza de la cosa objeto del mismo⁴.
- b) **Uso.** Una persona goza de un *ius fruendi*, cuando se está facultado para utilizar una cosa ajena, en la medida necesaria para satisfacer los requerimientos propios de usuario.
- c) **Derecho de habitación (uso limitado).** Se concreta a la utilización de una habitación en específico.
- d) **Operae servorum.** Es un derecho de las personas que otorgaban a estas la posibilidad de beneficiarse de los servicios de un esclavo ajeno, ya sea de manera directa o bien alquilándolo.⁵

A la par de las servidumbres personales y reales existieron las servidumbres personales irregulares, que fueron propias de la época posclásica. Este tipo de servidumbres normalmente serían reales pero quedaban restringidas a la vida del titular del derecho.

5.1.2. Superficie.

Este derecho real consiste en

⁴ También existía el “cuasiusufructo”, que se constituía cuando se daba en usufructo bienes consumibles, que tenían que ser devueltos por otro de la misma especie, calidad y cantidad, al que tenía el bien consumible original.

⁵ En este caso, la servidumbre no se extingue por el no uso, ni por sufrir *capitis diminutio*.

“(...) el disfrute sobre las construcciones que se encuentren en un terreno del cual no se es propietario”⁶

Es un derecho real que es posible enajenar y transmitir a los herederos, por parte de su titular, que es llamado “superficiario”. Esta enajenación y transmisión del goce a perpetuidad o a largo tiempo del edificio construido en suelo ajeno, se hacía mediante el pago de un canon anual llamado “pensio” o “solárium”.

Este tipo de derecho era también posible de constituirse a favor de una persona a título gratuito; mediante la donación o a título oneroso; mediante la compraventa si el precio se daba de una sola vez, y no era así, entonces había la posibilidad de hacerlo a través de un arrendamiento cuando había de por medio una renta anual. El derecho que da la superficie se extingue por la pérdida de la cosa, o porque ha llegado a su vencimiento el término por el cual se otorgo su uso y disfrute.

La práctica jurídica obligaba a los juristas a reconocer paulatinamente la posibilidad de que una persona tuviera derecho de propiedad sobre una construcción, plantas o árboles, en terrenos ajenos. Este derecho de superficie puede también conceder al superficiero la facultad de tener su sótano bajo una casa vecina, no era el caso del arrendamiento, ya que se trata de un derecho real, por lo que cualquier tercero tenía que reconocer los derechos del superficiario.

Si se compara el derecho de superficie con la servidumbre real, se diferencian en cuanto que en este último derecho la línea divisoria de las dos propiedades es vertical; mientras que en caso de las superficies, la línea es horizontal.

5.1.3. *Enfiteusis.*

Fue heredado a los romanos por la cultura griega. Originalmente surgió como una concesión de terrenos del Estado a particulares. Cuando el Estado daba en arrendamiento terrenos agrícolas de su propiedad a perpetuidad, se decía que nacía el “ius in agro vectigali”, que era el derecho a disfrutar una finca en toda

⁶ MORINEAU IDUARTE, Martha y Román Iglesias González; Ob. cit.; p. 134.

plenitud, estando obligado el titular del derecho a un pago anual y a evitar el deterioro, tanto del cultivo como de la propiedad.

El “*ius in agro vectigali*” era un derecho real y por tanto oponible a terceros, por largo plazo y a perpetuidad. Su objeto consistía generalmente en terrenos públicos o pertenecientes a templos, y su renta se llamaba vectigal,

La enfiteusis era igualmente un derecho oponible a terceros, consistía en poseer terrenos ajenos como si se fuera propietario, a condición de cultivarlos debidamente y de pagar cada año en *cannon*. El enfiteuta puede modificar el carácter de terreno, a condición de no deteriorarlo.

La diferencia que hay con el usufructo es la siguiente:

“(...) por sus modos de constitución, porque generalmente resulta de un arrendamiento, seguido de cuasitradicion, como el derecho real de superficie, aunque puede ser establecido por legado”⁷

La diferencia que existió entre las dos figuras de la superficie y la enfiteusis consistió en que el derecho de superficie supone que A construye un edificio propio apoyándose en el terreno de B, de manera que la línea divisoria de ambas propiedades es horizontal; en cambio, en la enfiteusis, todo el inmueble objeto de la misma pertenece al propietario. El derecho real de superficie se vincula con la urbanización, en cambio, la enfiteusis, tiene su aplicación y funcionamiento dentro del ámbito agrícola y del campo.

El derecho real del enfiteuta puede transmitirse a sus herederos o traspasarse por actos inter vivos. En este último caso, el enfiteuta debe avisar al propietario; éste puede, entonces, optar entre el ejercicio de preferencia, o el pago del 2% del precio de venta de la enfiteusis.

La enfiteusis a perpetuidad es el “*ius in re aliena*” que más se acerca al plano derecho de propiedad, sin alcanzar todavía por completo esta figura jurídica, a causa de los mencionados pagos periódicos e incidentales, la prohibición de deteriorar el terreno y cuestión y el deber de cultivarlo debidamente.

⁷ PETIT, Eugene; Ob. Cit.; p. 295.

Este derecho se extinguía por incumplimiento por parte de enfiteuta del pago de tres anualidades, por la falta de cultivo del suelo, por pérdida del objeto, por consolidación y renuncia.

La enfiteusis nacía generalmente con un contrato, seguida de una “quasi traditio”. También podía nacer de una “in iure cessio”, de una “deductio” en relación con la entrega de un terreno, como consecuencia de una donación o venta, de un legado o de una prescripción adquisitiva.

Justiniano fue el emperador que unifico la enfiteusis y la superficie a través de la figura de la “enfiteusis justiniana” que fue un derecho real perfecto establecido sobre terrenos ajenos, sujeto al deber de cultivar éstos, de pagar anualmente un canon, de conceder, en caso de venta, un derecho de preferencia al nudo propietario, y de pagarle el “laudemio” en caso de que no se aprovechara de este derecho.

5.2. Derechos reales de garantía.

5.2.1. Fiducia.

El contrato de fiducia es un contrato de buena fe, por cuya virtud una persona llamada fiduciante, se obliga a transmitir y transmite a otra persona, denominada fiduciaria, la propiedad de una cosa mancipable a través de la *in iure cessio* o de la *mancipatio*.

En este caso, el objeto de la fiducia no entraba a formar parte del patrimonio del acreedor de una forma definitiva, sino únicamente, de un modo transitorio y temporal, en razón de que aquél tenía un crédito a su favor.

El acreedor no puede quedar con el bien dado en fiducia como pago de la deuda a que tiene a su favor, ni tampoco podía venderlo para cobrarse la misma con el precio de la venta, salvo que hubiera un pacto previo para esos efectos.

La fiducia está vinculada a los actos negociales, tiene un campo de acción y aplicación muy vasto por esta razón,

“(...) el deudor enajena una cosa al acreedor en forma de *mancipatio* o *in iure cessio* y con fines de garantía –*fiducia cum creditore pignoris iure*. A la transmisión se une un convenio de fidelidad –*fiducia*–, que obliga a la restitución de la cosa una vez satisfecha la deuda –*lex pactum, pactum conventum, o pactum fiduciae*, como dicen los modernos. En virtud de tal convenio, el deudor se haya asistido por una acción personal restitutoria: la *actio fiduciae*.”⁸

Trasmitida la propiedad civil, la cosa suele quedarse en posesión del deudor. Por la posesión continuada durante un año, incluso tratándose de bienes inmuebles, recupera el deudor la propiedad, esto es lo que se conocía con el nombre de *usureceptio ex fiducia*. Para evitar el efecto de la *usucapio extraordinaria*, la cosa es dejada al deudor a título de arrendamiento o de precario.

La *fiducia* ofrece condiciones muy ventajosas para el acreedor, no así para el deudor, que se ve privado de la propiedad de la cosa y no tiene más que una acción personal para pedir la restitución. El acreedor como dueño de la cosa no puede enajenarla a un tercero y si lo hace, la *actio fiducie* sólo proporciona una indemnización por incumplimiento. La *fiducia* cayó en desuso y de ella surgieron las figuras jurídicas de la prenda y la hipoteca.

5.2.2. Prenda.

Se deriva del vocablo latino “*pignus*”. La prenda es un derecho pretoriano que consiste en lo siguiente

“(...) es el derecho real que otorga a su titular, el acreedor prendario o *pignoraticio*, la facultad de retener una cosa que se le ha entrega en garantía del pago de una deuda.”⁹

En este caso, el acreedor debería de devolver la prenda al momento de recibir el pago, no teniendo más facultad de retener la cosa, aunque podía hacerlo cuando

⁸ IGLESIAS, Juan; Ob. cit.; p. 220.

⁹ MORINEAU IDUARTE, Martha y Román Iglesias González; Ob. cit.; p. 135.

existieran cláusulas especiales en relación a este punto. La prenda por lo general recaía sobre bienes muebles.

El acreedor pignorante tiene más derecho que la simple detención del bien objeto de la prenda, porque posee y se beneficia de este derecho. Aquél es tratado como si poseyese por sí mismo, en cuanto que tiene la posesión que le brinda los denominados interdictos.

Cualquiera persona que llegase a arrebatar la cosa, aun el mismo deudor, puede dirigirse a la autoridad para que lo ponga nuevamente en posesión de aquella. Con el tiempo se permitió que el deudor estableciera una garantía real pero sin entregar la cosa al acreedor, quien estaba facultado para solicitar la entrega de esa cosa, en caso de que el deudor no cumpliera con su obligación en los términos y formas pactados entre ellos. A esta modalidad se le conoció en Grecia con el nombre de “hipoteca”, que en Roma se le denominó “*pignus conventum*”..

La diferencia entre la prenda y la hipoteca es la siguiente:

“(...) en el orden a la posesión (...) propiamente llamamos prenda lo que pasa a manos el acreedor; hipoteca cuando no pasa al acreedor ni la posesión. (...)”¹⁰

Se identifican entre sí en cuanto a sus efectos, constitución y extinción, así como respecto de la protección procesal que concedía el derecho a los partes que celebraban ese contrato. El derecho de prenda se constituye de la manera siguiente:

- a) Por contrato.
- b) Por testamento.
- c) Por rescisión judicial.
- d) Por la ley en forma directa.

Las formas de extinción de la prenda son las siguientes:

- a) Por la extinción de la deuda garantizada.¹¹

¹⁰ IGLESIAS, Juan; Ob. cit.; p. 222.

¹¹ Si se deuda se extinguía parcialmente, los derechos de garantía subsistían, pues estos derechos se consideraban como cosas indivisibles.

- b) Por pérdida de la cosa.
- c) Por renuncia.
- d) Por confusión.
- e) Por prescripción.
- f)

5.2.3. Hipoteca.

Es una garantía real por la que se afecta a una cosa en garantía al pago de una deuda. La hipoteca se desarrolló e introdujo bajo la influencia del derecho pretoriano. La diferencia entre la prenda y la hipoteca estriba únicamente en la pronunciación y sonido de los dos términos. Para designar la diferencia entre un derecho real de garantía con desposeimiento –prenda- y sin dicha desposesión, se utilizaban los términos *pignus contratum* –prenda- y *pignus conventum* –hipoteca- respectivamente.

Sin embargo, en la época bizantina se introduce ya la terminología moderna, y así, mediante la interpolación, los compiladores afirmaban: hay *pignus* si el objeto es entregado al acreedor, pero de hipoteca si el acreedor no recibe posesión.

La hipoteca puede constituirse a favor de sucesivos acreedores, la posesión de estos puede ser de paridad o de disparidad. En el primer caso, rige el criterio de satisfacción por cuotas; en el segundo, se establece una primicia de rango fundado en el tiempo, en el valor atribuido en el documento de constitución o en el privilegio.

El objeto de la hipoteca –que igualmente es el objeto de la prenda- en el derecho romano era:

- a) Un bien corporal, siempre que se trate de una res in comercio.
- b) Un derecho de crédito.
- c) Un derecho de Usufructo.
- d) Una servidumbre real.
- e) Un derecho de prenda o hipoteca.

- f) Todo un patrimonio presente e inclusive futuro.¹²

En caso de pluralidad de acreedores hipotecarios, valía la regla *prior tempore, potior iure*. Sin embargo, hubo hipotecas legales que lograban, a menudo, por disposición imperial, un lugar preferente sobre las hipotecas convencionales de fecha anterior. Entre tales hipotecas legales y preferentes están las del fisco, de pupilos sobre los bienes de sus tutores, de esposas sobre los bienes de sus maridos, para garantizar la devolución de la dote, etcétera.

También hay hipotecas solemnes, constituidas con intervención de notarios u otras personas de fe pública, o con intervención de tres testigos, podían obtener un lugar superior a otras hipotecas anteriores, menos solemnes.

El tema de la sucesión hipotecaria es discutido, algunos supuestos:

a) Cuando el acreedor hipotecario posterior tenía un crédito de vencimiento anterior al que correspondía a algún acreedor hipotecario de mejor lugar, no podía realizar su derecho hipotecario, mientras no hubiera vencido el crédito del acreedor de rango superior.

Sin embargo gozaba del “*ius offerendi et succedendi*”, o sea, el derecho de ofrecer dinero y suceder en el mejor rango de otro acreedor.

b) Si un acreedor hipotecario de rango superior recibía directamente del deudor el pago de su crédito, los acreedores de rango inferior mejoraban su lugar. Esta solución presentaba desventajas e injusticias.

Como los réditos de hipotecas de rangos posteriores eran más elevados, no era justo que algunos acreedores mejoraran su rango por el cumplimiento del deudor con otros acreedores.

En términos generales la hipoteca se constituía por:

- a) Por disposición de la ley.
- b) Por sentencia judicial.
- c) Por testamento.
- d) Por convenio.

Las formas de extinción de la hipoteca fueron las siguientes:

¹² Véase; MARGADANT, Floris; Ob. cit.; p. 293, 294

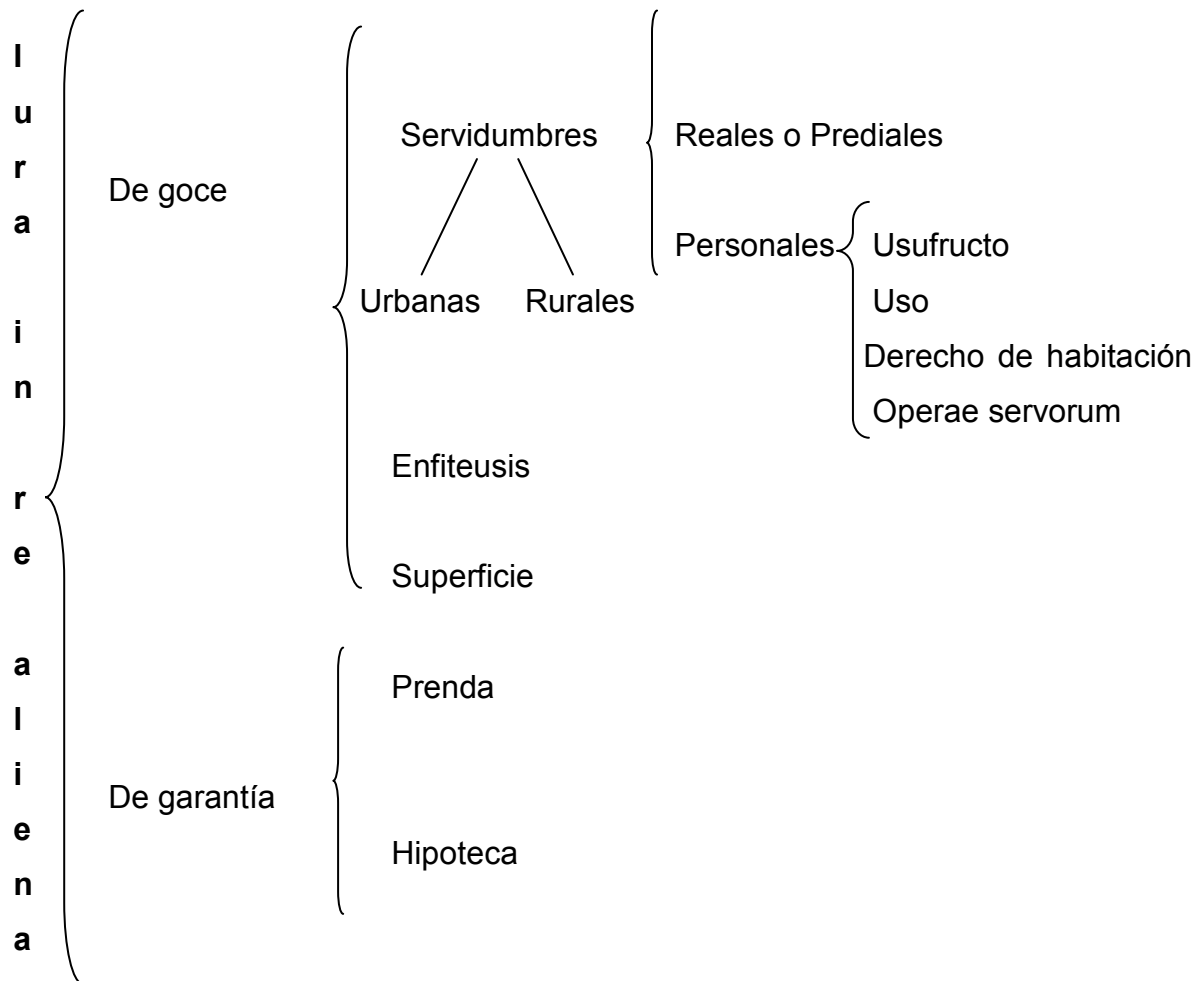
- a) Por el pago de la deuda garantizada.
- b) Por renuncia.
- c) Por pérdida del bien hipotecado, la deuda conserva su validez.
- d) Por venta del bien hipotecado en ejercicio del "ius vendendi" del acreedor, aún cuando el importe de la venta no satisfaga a los otros deudores hipotecarios.
- e) Por confusión.
- f) Por prescripción extintiva.

5. DERECHO REALES SOBRE LA COSA AJENA.

5.1. El goce.

Antes de empezar a tratar el tema del goce de los derechos reales sobre la cosa ajena, es necesario ubicar el tema dentro de un contexto general, con la finalidad de poder entender de forma clara y a profundidad este primer punto temático.

Lo primero que habría que decir, es que los derechos reales sobre la cosa ajena implican que una persona posea derechos sobre una o varias cosas que pertenecen a otro individuo. Estos derechos reales se clasifican principalmente en derechos de goce y derechos de garantía.



5.1.1. Servidumbre.

“Servitus”¹, es el derecho real sobre la cosa ajena. La relación de servidumbre se establece entre personas que son propietarios de dos bienes inmuebles o fundos, en los cuales se presenta una situación de servicio y dependencia de uno respecto de otro. En las servidumbres es irrelevante la identidad del sujeto pasivo o activo, ya que este podrá variar en relación directa con la persona que sea el propietario de cada uno de los fundos vinculados por el derecho real de servidumbre.

De esto se concluye que

“(…) las servidumbres son derechos reales de goce limitados en su contenido, y se pueden constituir para aumentar el valor de un inmueble o sólo con miras a favorecer a un sujeto determinado.”²

El derecho de servidumbre tiene que nacer y extinguirse, las razones para uno y otro supuesto son las siguientes:

a) Para constituir son:

*La mancipatio.

* In iure cessio.

*Por reserva cuando se vendía un bien inmueble y el vendedor se reservaba una servidumbre sobre él, a favor de otro inmueble del que era dueño.

*Legado.

* Adiudicatio.

*Usucapio.

*Por convenio entre los interesados.

b) Las causas de extinción serían:

* Pérdida de cualquiera de los inmuebles.

*Por confusión o consolidación.³

¹ Esta asignación le fue dada al primer derecho sobre la cosa ajena, que estuvo reconocida por el ius civile romano.

² MORINEAU IDUARTE, Martha y Román Iglesias González; Ob. cit.; p. 130. En el primer caso, serían las servidumbres reales o prediales, en el caso –cuando se favorece a un sujeto- estamos hablando de servidumbres personales.

*Por renuncia del titular del derecho real.

*Por el desuso del derecho.

La acción que amparaba el derecho real de servidumbre en el derecho romano se le denominaba “actio confessoria”. Fue diseñada de conformidad con la rei vindicatio, que era la que detentaba el propietario del fundo dominante contra el propietario o poseedor del fundo sirviente.

Amén de esta protección, las servidumbres podían ser amparadas a través de los interdictos, pero en este caso, la protección no proviene del derecho de servidumbre en sí mismo, sino de la relación de hecho que existe entre dos fundos y cuyo contenido material es el propio de las servidumbres.

Ya se dijo, que las servidumbres se clasificaban en el derecho romano, en reales o prediales y personales. Las primeras a su vez se clasifican en

- a) Servidumbres rurales y
- b) Servidumbres urbanas.

A su vez las servidumbres rurales de más importancia fueron

- a) De paso.
- b) De acueducto: conducir el agua
- c) De toma de agua.
- d) De pasto: pastar

Por su parte, las servidumbres urbanas se subclasificaban en:

- a) Prohibición de levantar construcciones que afecten y eviten el paso de luz.
- b) Apoyo de viga.
- c) Apoyo de muro.
- d) Desviación de agua

Las segundas, que son las servidumbres personales, se clasifican a su vez en:

- a) **Usufructo.** Es uso de una cosa ajena no consumible –sea mueble o inmueble-, sin otra limitación que la de conservarla en el mismo estado en que se encuentre en el momento de constituirse el derecho, por lo que

³ Esto es, que se reúna en una misma persona la titularidad del derecho y de la servidumbre.

implica que no se debe de alterar la naturaleza de la cosa objeto del mismo⁴.

- b) Uso. Una persona goza de un ius fruendi, cuando se está facultado para utilizar una cosa ajena, en la medida necesaria para satisfacer los requerimientos propios de usuario.
- c) Derecho de habitación (uso limitado). Se concreta a la utilización de una habitación en específico.
- d) Operae servorum. Es un derecho de las personas que otorgaban a estas la posibilidad de beneficiarse de los servicios de un esclavo ajeno, ya sea de manera directa o bien alquilándolo.⁵

5.1.2. Superficie.

Este derecho real consiste en

“(...) el disfrute sobre las construcciones que se encuentren en un terreno del cual no se es propietario”⁶

Es un derecho real que es posible enajenar y transmitir a los herederos, por parte de su titular, que es llamado “superficiario”. Esta enajenación y transmisión del goce a perpetuidad o a largo tiempo del edificio construido en suelo ajeno, se hacía mediante el pago de un canon anual llamado “pensio” o “solárium”.

Este tipo de derecho era también posible de constituirse a favor de una persona a título gratuito; mediante la donación o a título oneroso; mediante la compraventa si el precio se daba de una sola vez, y no era así, entonces había la posibilidad de hacerlo a través de un arrendamiento cuando había de por medio una renta anual

El derecho que da la superficie se extingue por la pérdida de la cosa, o porque ha llegado a su vencimiento el término por el cual se otorgo su uso y disfrute.

⁴ También existía el “cuasiusufructo”, que se constituía cuando se daba en usufructo bienes consumibles, que tenían que ser devueltos por otro de la misma especie, calidad y cantidad, al que tenía el bien consumible original.

⁵ En este caso, la servidumbre no se extingue por el no uso, ni por sufrir capitis diminutio.

⁶ MORINEAU IDUARTE, Martha y Román Iglesias González; Ob. cit.; p. 134.

5.1.3. Enfiteusis.

Fue heredado a los romanos por la cultura griega. Originalmente surgió como una concesión de terrenos del Estado a particulares. Cuando el Estado daba en arrendamiento terrenos agrícolas de su propiedad a perpetuidad, se decía que nacía el “*ius in agro vectigali*”, que era el derecho a disfrutar una finca en toda plenitud, estando obligado el titular del derecho a un pago anual y a evitar el deterioro, tanto del cultivo como de la propiedad.

La diferencia que hay con el usufructo es la siguiente:

“(...) por sus modos de constitución, porque generalmente resulta de un arrendamiento, seguido de cuasitradición, como el derecho real de superficie, aunque puede ser establecido por legado”⁷

5.2. Derechos reales de garantía.

5.2.1. Fiducia.

El contrato de fiducia es un contrato de buena fe, por cuya virtud una persona llamada fiduciante, se obliga a transmitir y transmite a otra persona, denominada fiduciaria, la propiedad de una cosa mancipable a través de la *in iure cessio* o de la *mancipatio*.

En este caso, el objeto de la fiducia no entraba a formar parte del patrimonio del acreedor de una forma definitiva, sino únicamente, de un modo transitorio y temporal, en razón de que aquél tenía un crédito a su favor.

El acreedor no puede quedar con el bien dado en fiducia como pago de la deuda a que tiene a su favor, ni tampoco podía venderlo para cobrarse la misma con el precio de la venta, salvo que hubiera un pacto previo para esos efectos.

⁷ PETIT, Eugene; Ob. Cit.; p. 295.

La fiducia está vinculada a los actos negociales, tiene un campo de acción y aplicación muy vasto por esta razón,

“(...) el deudor enajena una cosa al acreedor en forma de mancipatio o in iure cessio y con fines de garantía –fiducia cum creditore pignoris iure. A la transmisión se une un convenio de fidelidad –fiducia-, que obliga a la restitución de la cosa una vez satisfecha la deuda –lex pactum, pactum conventum, o pactum fiduciae, como dicen los modernos. En virtud de tal convenio, el deudor se haya asistido por una acción personal restitutoria: la actio fiduciae.”⁸

Trasmitida la propiedad civil, la cosa suele quedarse en posesión del deudor. Por la posesión continuada durante un año, incluso tratándose de bienes inmuebles, recupera el deudor la propiedad, esto es lo que se conocía con el nombre de usureceptio ex fiducia. Para evitar el efecto de la usucapio extraordinaria, la cosa es dejada al deudor a título de arrendamiento o de precario.

La fiducia ofrece condiciones muy ventajosas para el acreedor, no así para el deudor, que se ve privado de la propiedad de la cosa y no tiene más que una acción personal para pedir la restitución. El acreedor como dueño de la cosa no puede enajenarla a un tercero y si lo hace, la actio fiducie sólo proporciona una indemnización por incumplimiento. La fiducia cayó en desuso y de ella surgieron las figuras jurídicas de la prenda y la hipoteca.

5.2.2. Prenda.

Se deriva del vocablo latino “pignus”. La prenda es un derecho pretoriano que consiste en lo siguiente

“(...) es el derecho real que otorga a su titular, el acreedor prendario o pignoraticio, la facultad de retener una cosa que se le ha entrega en garantía del pago de una deuda.”⁹

⁸ IGLESIAS, Juan; Ob. cit.; p. 220.

⁹ MORINEAU IDUARTE, Martha y Román Iglesias González; Ob. cit.; p. 135.

En este caso, el acreedor debería de devolver la prenda al momento de recibir el pago, no teniendo más facultad de retener la cosa, aunque podía hacerlo cuando existieran cláusulas especiales en relación a este punto. La prenda por lo general recaía sobre bienes muebles.

El acreedor pignorante tiene más derecho que la simple detención del bien objeto de la prenda, porque posee y se beneficia de este derecho. Aquél es tratado como si poseyese por sí mismo, en cuanto que tiene la posesión que le brinda los denominados interdictos.

Cualquiera persona que llegase a arrebatar la cosa, aun el mismo deudor, puede dirigirse a la autoridad para que lo ponga nuevamente en posesión de aquella. Con el tiempo se permitió que el deudor estableciera una garantía real pero sin entregar la cosa al acreedor, quien estaba facultado para solicitar la entrega de esa cosa, en caso de que el deudor no cumpliera con su obligación en los términos y formas pactados entre ellos. A esta modalidad se le conoció en Grecia con el nombre de “hipoteca”, que en Roma se le denominó “*pignus conventum*”..

La diferencia entre la prenda y la hipoteca es la siguiente:

“(...) en el orden a la posesión (...) propiamente llamamos prenda lo que pasa a manos el acreedor; hipoteca cuando no pasa al acreedor ni la posesión. (...)”¹⁰

Se identifican entre sí en cuanto a sus efectos, constitución y extinción, así como respecto de la protección procesal que concedía el derecho a los partes que celebraban ese contrato. El derecho de prenda se constituye de la manera siguiente:

- a) Por contrato.
- b) Por testamento.
- c) Por rescisión judicial.
- d) Por la ley en forma directa.

Las formas de extinción de la prenda son las siguientes:

¹⁰ IGLESIAS, Juan; Ob. cit.; p. 222.

- a) Por la extinción de la deuda garantizada.¹¹
- b) Por pérdida de la cosa.
- c) Por renuncia.
- d) Por confusión.
- e) Por prescripción.

5.2.3. Hipoteca.

Es una garantía real por la que se afecta a una cosa en garantía al pago de una deuda. La hipoteca se desarrolló e introdujo bajo la influencia del derecho pretoriano. La diferencia entre la prenda y la hipoteca estriba únicamente en la pronunciación y sonido de los dos términos. Para designar la diferencia entre un derecho real de garantía con desposeimiento –prenda- y sin dicha desposesión, se utilizaban los términos *pignus contratum* –prenda- y *pignus conventum* –hipoteca- respectivamente.

Sin embargo, en la época bizantina se introduce ya la terminología moderna, y así, mediante la interpolación, los compiladores afirmaban: hay *pignus* si el objeto es entregado al acreedor, pero de hipoteca si el acreedor no recibe posesión.

La hipoteca puede constituirse a favor de sucesivos acreedores, la posesión de estos puede ser de paridad o de disparidad. En el primer caso, rige el criterio de satisfacción por cuotas; en el segundo, se establece una primicia de rango fundado en el tiempo, en el valor atribuido en el documento de constitución o en el privilegio.

El objeto de la hipoteca –que igualmente es el objeto de la prenda- en el derecho romano era:

- a) Un bien corporal, siempre que se trate de una res in comercio.
- b) Un derecho de crédito.
- c) Un derecho de Usufructo.
- d) Una servidumbre real.

¹¹ Si la deuda se extinguía parcialmente, los derechos de garantía subsistían, pues estos derechos se consideraban como cosas indivisibles.

- e) Un derecho de prenda o hipoteca.
- f) Todo un patrimonio presente e inclusive futuro.¹²

¹² Véase; MARGADANT, Floris; Ob. cit.; p. 293, 294