el rol de actor, reivindicaba la cosa como si fuere suya y el segundo no se oponía (*cederé).* Ante la falta de contradicción el magistrado pronunciaba la *adictio,* adjudicando la cosa a quien la había reclamado como propia. Así, el enajenante perdía la propiedad del bien, que se transmitía al adquiriente, que quedaba públicamente reconocido como propietario *ex iure quiritium.*

c) *Tradición,* fue el modo trasmisivo usual y ordinario del Derecho Romano, y se constituía por un acto no formal de derecho natural o de gentes que en la época clásica sólo se utilizaba para la transmisión de las *res nec mancipi,* pero que, con el derecho justinianeo se aplicó a toda clase de cosas. El cual consistía en la entrega de una cosa hecha por el propietario (*tradens),* a otra persona (*accipiens)* con la intención de que ésta la adquiera ocupando su lugar, para lo cual, las partes intervinientes en el negocio, debían ser capaces de enajenar y de adquirir.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE

El estudiante elaborará un mapa mental respecto de las diferentes formas de adquirir la propiedad y sus particularidades.

6.4. DERECHOS REALES SOBRE LA COSA AJENA

Los derechos reales pueden ser de dos clases: derechos reales sobre cosa propia *(iura in re)* y derechos reales sobre cosa ajena (*iura in re aliena),* que en resumen son los derechos que se ejercitan sobre cosas pertenecientes a personas distintas del titular, razón por la cual se denominan derechos reales sobre cosa ajena.[24] Entre estos *iura in re aliena* se cuentan las servidumbres, el enfiteusis y la superficie.

[24] Arguello, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones,* Editorial Astrea; 3ra. Edición corregida, Buenos Aires, 1993.

6.4.1 Esquema general, características de las servidumbres reales

El vocablo servidumbre proviene de *servus* que tiene su equivalente en la voz latina *servitus* misma que indica una relación de sumisión, una restricción a la libertad. Aplicado 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, o sobre cualquier cosa corporal y en ventaja de una persona.

Para el derecho clásico, servidumbre era la sujeción jurídica permanente de un fundo para proporcionar determinado beneficio a otro fundo ajeno, constituido de una vez por los respectivos propietarios.

En el derecho justinianeo, la categoría de servidumbre se alarga con la inclusión de las equivocadamente designadas servidumbres legales que son, límites legales del dominio, y de los antiguos derechos de usufructo, uso, habitación y *operae servorum.*

Son derechos reales sobre cosa ajena consistentes en una sujeción jurídica permanente de un fundo en provecho o beneficio de otro. Derechos, por lo tanto, transmisibles, en su aspecto activo y pasivo, a los sucesivos propietarios del fundo dominante y del sirviente, respectivamente, como cualidades inherentes e inseparables de los fundos.

Las servidumbres reales o prediales, tienen las siguientes características: establecidas para una objetiva y permanente utilidad de un fundo vecino, con calidad de perpetuas y solo tienen como objeto inmuebles. Se consideraban inherentes a los predios y de ellos inseparables, de modo, que una vez constituidas, si no había una causa legal de extinción, subsistían independientemente de la sucesión de diversas personas en la propiedad de los fundos.

Las servidumbres, debían ser; útiles, inalienables, indivisibles, de causa perpetua, posibles y perpetuas.

6.4.2 Su constitución y extinción

Con fundamento en el *ius civile* las servidumbres deben ser constituidas por:

a) Ciudadanos romanos

b) Sobre *ager romanus,* es decir, sobre fundos itálicos, y

c) Por medios idóneos.

Además de los modos de constitución de servidumbres conceptualizados por el *ius civile,* el pretor admitió otros, especialmente en el caso de los fundos provinciales, reconociéndose así las servidumbres establecidas con pactos y estipulaciones, es decir, con el acuerdo de voluntades en la forma de estipulaciones.

Desaparecidas la *mancipatio* y la *in iure cessio,* al desaparecer la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales, la *stipulatio* queda como modo general de constitución de las servidumbres.

Reconocidas por el derecho justinianeo las posesiones de derechos, la *traditio* sirve para constituir servidumbres, misma que se concreta con tolerar el dueño el ejercicio de la servidumbre y con su intención de concederla.

La servidumbre predial, como ya se mencionó, tenía carácter perpetuo, pero, podía extinguirse por ciertos hechos sobrevinientes, tales como:

a) Confusión, cuando ambos fundos llegaran a encontrarse bajo el *cominium* de una misma persona.

b) Por renuncia, concentrada en la abstención de defensa frente a una acción negatoria.

c) Por el *non usus,* aún cuando el *ius civile* no admite que un derecho se pueda perder por no haberlo ejercitado.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE

El estudiante realizará una investigación documental de la figura *stipulatio.*

6.5. CARACTERÍSTICAS DE LAS SERVIDUMBRES PERSONALES

En oposición a las servidumbres prediales o reales, el derecho justinianeo comprende los siguientes: *iura in re aliena:* usufructo, uso, *habitatio y operae servorum.* Mismas que son establecidas en beneficio de una determinada persona, son temporales, ya que se extinguen con la muerte del titular, y tienen como objeto bienes muebles e inmuebles.

6.5.1 El usufructo, su evolución

El usufructo, *(ususfructus o fructus)* es un derecho a percibir para sí los frutos de una cosa ajena, dejando a salvo sus sustancia, es decir, sin poder alterar la estructura ni el destino económico de la cosa.

El origen de esta institución de la época republicana se debió al propósito del testador de asegurar a determinadas personas, especialmente a su esposa no *in manu,* un disfrute de bienes suficiente para la subsistencia mientras vivieran, pero dejando a sus herederos la propiedad de esos bienes.

6.5.2 Derecho y deberes del usufructuario

Reconocida a una persona el derecho de percibir los frutos (*fructus)* había que presuponer un cierto poder de manejo (*usus)* de la cosa: *"fructus sine usu ese non potes"* es decir, no puede haber disfrute sin el ejercicio de un poder de manejo. De tal manera que era una tenencia de la cosa a modo fructífero

El usufructuario hacía suyos, por percepción, los frutos: las crías de los animales sí, pero no los partos de las esclavas; las adquisiciones

resultantes de los servicios del esclavo sí, pero no de las herencias o legado recibidos por éste, los que al igual que los partos de las esclavas pasaban a pertenecer al nudo propietario.

Al titular del bien, le quedaba el derecho de disponer de la cosa y aún de gozarla en los límites en que no obstaculizara el *usus* y el *fructus* del usufructuario. El derecho del usufructuario se extendía a todo posible goce que fuese compatible con el derecho del propietario a que la cosa no experimentara transformación o destrucción. El usufructuario no podía enajenar su derecho, pero nada le impedía ceder su ejercicio. No podía alterar la esencia y destino de la cosa.

Las características del usufructo son: su correlación con el destino económico de la cosa; su carácter personal y temporal.

6.5.3 Constitución y extinción Cuasi-usufructo

A comienzos de la época imperial, se configuró lo que se llamó cuasi usufructo (*quasi ususfructus).* Mismo que, generalmente obtenía el derecho de usufructo por legado, adquiría la propiedad de las cosas, pero se comprometía, mediante caución, a restituir al concluir la relación, una cantidad igual y del mismo género de las cosas recibidas. Por tanto, esta figura se diferencia del usufructo en que no proporcionaba la simple detentación de la cosa, sino que traía aparejada la adquisición de ella en propiedad. Aplicable a cosas no consumibles pero deteriorables. Consistió en la facultad de usar una cosa dentro de los estrechos límites de las necesidades propias o familiares.

6.5.4 Uso y habitación

El *uso* se refiere al derecho de obtener de una cosa todo el uso de que sea susceptible, pero sin percibir fruto alguno. Comprendía el *ius utendi,* exclusivamente, de manera que el usuario no estaba autorizado a arrendar o

ceder el ejercicio de su derecho por el pago de un precio, porque, al carecer del *ius fruendi* no podía adquirir los frutos civiles que la cosa produjera. Se consideraba derecho indivisible, se constituía y se extinguía por las mismas causas del usufructo, estando el usuario sometido al cumplimiento de obligaciones similares a las del usufructuario.

Habitación, fue un derecho justinianeo donde se configuró la *habitatio* como una servidumbre personal. Consistía en el derecho real de habitar una casa con posibilidad de darla en arrendamiento, como su fuera un usufructuario. No se extinguía por el no uso, ni por la *capitis deminutio* de su titular.

6.5.5 Las acciones correspondientes

La acción confesoria es dada para la defensa de todas las servidumbres prediales, designada por los jurisconsultos clásicos *vindicatio servitutis,* o vindicación de la servidumbre. Estas figuras legales se encontraban protegidas por los mismos interdictos que defendían la posesión, siendo aplicables, según las circunstancias de cada una para retener la posesión o para recuperarla.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE

El estudiante elaborará un mapa mental de las servidumbres personales y sus características.

6.6 DERECHO DE SUPERFICIE, SU EVOLUCIÓN

El derecho real sobre cosa ajena, que podía ser transmitido tanto por acto *inter vivos* como *mortis causa,* y por el cual el titular estaba facultado para el pleno disfrute del edificio levantado en suelo ajeno, recibe el nombre de superficie.

Según el *ius civile,* todo lo que se erigía sobre suelo ajeno pertenecía por accesión al propietario del suelo (*superficies solo cedit)*. Sin embargo,

cuando los particulares, siguiendo el ejemplo del Estado, quien utilizaba ciertos terrenos que formaban parte de sus dominios, dándolos en arrendamiento a perpetuidad, o a largos plazos a los particulares, concedieron a otros particulares el derecho de edificar y gozar del edificio construido plenamente, y así se acostumbró a celebrar contratos en los que el propietario del suelo recibía como contraprestación el pago de una canon o alquiler.

Como tal figura se utilizó frecuentemente, el pretor protegió al superficiario con un interdicto posesorio *de superficiebus,* ejercitable contra cualquiera que molestase su derecho de disfrute del edificio. Y es así, como, por acción del pretor, comienza a apuntar el carácter real de estas concesiones, carácter que quedó definido en el derecho justinianeo, que otorgó el ejercicio de una *actio in rem,* oponible *erga omnes* y transmitible a los herederos del superficiario.

6.6.1. Constitución y extinción

La forma más común de constitución del derecho de superficie continuó siendo la convención, pero igualmente podía nacer por disposición de última voluntad, por *adiudicatio,* o por usucapión.

El concesionario estaba obligado a pagar el canon anual o una suma única que se entregaba al propietario del suelo al constituirse la superficie, así como los tributos que tuviera que soportar el inmueble. Como contrapartida, gozaba de derechos tan amplios sobre el edificio, que no eran diferentes de los del verdadero propietario, ya que podía usar personalmente el edificio o darlo bajo cualquier título en disfrute a otro, sin consultar la voluntad del concedente y sin necesidad de notificárselo. Estaba autorizado para imponerle servidumbres y para gravarlo con prenda e hipoteca.

La superficie se extinguía por destrucción del fundo, no del edificio, ya que era susceptible que el titular se reservara el derecho de reconstruirlo.

6.7 ENFITEUSIS, SU DESARROLLO, CONSTITUCIÓN Y EXTINCIÓN

La institución clásica que aparece como antecedente para que Justiniano conformara, de acuerdo con necesidades y prácticas del mundo heleno-oriental, el derecho real de enfiteusis, fue la *possessio* del *ager vectigalis,* concedida por el estado o los municipios en forma permanente siempre que se pagara el canon establecido, y fue considerada por unos juristas como resultado de una compraventa, y por otros, de una locación.

Enfiteusis significa en griego plantación, aunque en la institución justinianea no se exigía el cultivo del fundo.

Desde la época del emperador Constantino se comenzó la práctica de conceder en arrendamiento los inmuebles propiedad dinástica a largos plazos, confiriendo al arrendatario un derecho especial, llamado *ius emphyteuticum*. La tierra arrendada era retribuida mediante el pago de un canon anual llamado *vectigal,* por lo que la tierra recibía el nombre de *ager vectigalis.*

Siendo siempre fuente de la enfiteusis un contrato de arrendamiento que, sin embargo, producía efectos similares a la venta.

6.7.1 Las acciones correspondientes

Las principales sanciones que garantiza al enfiteuta su derecho son:

a) Tiene contra todos, aún contra el propietario, acciones *in rem,* útiles para demandar bien la cosa misma, bien las servidumbres de que está investida.

b) A su derecho corresponde una posesión protegida por el interdicto de superficie, que es una copia del interdicto *uti possidetis.*

c) La pérdida de esta posesión, si ésta ha sido adquirida a *non domino,* le permite el ejercicio de la acción publiciana.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE

El estudiante investigará la acción publiciana, de la cual entregará un ensayo.

6.8 LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA, SU EVOLUCIÓN

Llamados así porque son constituidos a favor de un acreedor para reforzar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, asegurándole su cumplimiento al conceder al acreedor ciertas facultades sobre pertenencias del mismo deudor. El acreedor tiene sobre esas cosas acciones reales para perseguirlas en manos de quien se encuentren, para hacerse poner en posesión de ellas. Los derechos reales de garantía son derechos accesorios, se adhieren a una obligación cuyo cumplimiento garantizan[25].

Frente a los otros derechos reales sobre cosa ajena, consistentes en derechos limitados de goce, la prenda y la hipoteca son considerados derechos reales de garantía, pues, constituidos sobre una cosa, están dirigidos a ejercer presión sobre su dueño para obligarlo al cumplimiento de una prestación debido a y vinculan esa cosa con la eventual satisfacción –indirecta- del crédito a través de ella.

La primera garantía real entre los romanos fue la *fiducia,* vocablo derivado de *fides:* buena fe, lealtad, confianza. Consistía en la alienación de una cosa, por las formas solemnes de la *mancipatio* y la *in iure cessio,* con la finalidad de la *fiducia,* lo que entrañaba la obligación, exigible con la *actio fiduciae* de restituir la cosa al mancipante o cedente, una vez pagada la deuda que se había querido garantizar.

[25] Bravo González, Agustín, Bravo Valdés, Beatriz, *Derecho Romano Primer Curso,* Editorial Porrúa vigésimo tercera edición, México 2006.

6.8.1 La enajenación con fiducia; la prenda y la hipoteca

Con el tiempo, se fueron constituyendo otros vínculos reales aptos para garantizarle al acreedor la satisfacción indirecta de su crédito sin necesidad de la transmisión de la propiedad: la prenda y la hipoteca.

La prenda (*pignus)* consistió al principio en la simple entrega de la tenencia de una cosa mueble o inmueble al acreedor, permaneciendo para el deudor la propiedad o la *possessio ad usucapionem.* Figura protegida por los interdictos del pretor, primero con el interdicto Salviano, para darle al locador la posesión de esos bienes mientras estuvieran en el fundo arrendado, y luego con la acción Serviana, para reclamar esa posesión si los bienes habían ido a parar a manos de un tercero.

Más tarde, con la extensión de esta acción, a cualquier otra constitución en garantía, quedó perfilada frente al *pignus,* basado en la entrega de la cosa en garantía al acreedor, la *conventio pignoris,* o convención de prenda, llamada más tarde hipotheca, (vocablo griego), que tenía la misma misión que el *pignus.*

Prenda e hipoteca recaían, indistintamente sobre bienes muebles o inmuebles y con el mismo carácter de garantía real: la única diferencia es que la última no requería la entrega de la cosa al acreedor. Por ello la hipoteca resultó más práctica y frecuentemente utilizada respecto de inmuebles.

6.8.2 Pluralidad de acreedores hipotecarios

En Roma, a falta de controles sobre el gravado hipotecario de un inmueble, era común que, un mismo bien se encontrara gravado con varias hipotecas, sin embargo, esto se resolvía con la preferencia ordinaria, es decir, el primero era el único que podía hacerse entregar la cosa no sólo de los

terceros en cuyas manos estuviera, sino de los demás acreedores hipotecarios. La preferencia ordinaria se determina por la fecha *prior tempore, potior iure,* lo cual constituía una decisión simple y equitativa, pues el deudor no tenía derecho a hipotecar la cosa más de una vez.

Ahora bien, la regla primero en tiempo, primero en derecho, *sicut prior es tempore, ita potior iure,* tenía excepción, pues ciertas hipotecas tenían primacía sobre las demás, por razón de la calidad del acreedor o por causa del empleo que se dio al crédito. Dentro de las primeras se encuentran:

a) La de la mujer sobre los bienes del marido para la devolución de la dote

b) La de los incapaces sobre los bienes de los tutores y curadores.

c) La del fisco.

d) La de las ciudades.

Dentro de las segundas, están:

a) La del acreedor que prestó y ese dinero se empleó en la reconstrucción o mejora del bien.

b) La de aquel que ha depositado el dinero con un cambista.

c) La de aquel que ha pagado los gastos funerarios que debe soportar el patrimonio vendido.

6.8.3 Defectos del sistema hipotecario romano

El principal problema fue la falta de un sistema de control, es decir, la falta de publicidad de los inmuebles hipotecados. Ya que, principalmente todos los tratos se hacían de buena fe, ya que se carecía de una forma segura de conocer si un bien estaba hipotecado con anterioridad.

Otro error, era la preferencia que tenía el primer acreedor sobre los restantes, quienes no tenían ningún tipo de garantía real.

6.8.4. Acciones correspondientes

La hipoteca genera a favor del acreedor hipotecario, derechos de preferencia, de persecución y de venta sobre la cosa afectada como garantía.

a) *De preferencia,* generalmente aplicándose la regla de, primero en tiempo, primero en derecho.

b) *De persecución,* derecho de ejercitar contra cualquier detentador de la cosa hipotecada la acción *in rem* hipotecaria para hacerse poner en posesión, cuando no ha pagado el deudor.

c) *De venta,* el acreedor no pagado a su vencimiento, por medio de la acción hipotecaria se hacía poner en posesión del bien afecto como garantía y podía proceder a su venta después de notificar al deudor.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE.

El estudiante elaborará un ensayo sobre el concepto actual de la hipoteca.