

VII. Derechos reales en cosa ajena	85
1. Servidumbres. Concepto	85
A. Servitus	85
B. Caracteres de las servidumbres prediales	86
C. Algunos tipos de servidumbres prediales rústicas	88
D. Algunos tipos de servidumbres prediales urbanas	89
E. Constitución de las servidumbres	89
2. El usufructo	93
A. Derecho del usufructuario	94
B. Origen y constitución del usufructo	95
3. Usus y habitatio	97
A. Otros derechos reales en cosa ajena. Enfiteusis, superficie	98

VII. DERECHOS REALES EN COSA AJENA

I. SERVIDUMBRES. CONCEPTO

Las servidumbres prediales (*servitutes* para los juristas clásicos y *servitutes rerum* para Justiniano) constituyen servicios voluntariamente⁹⁵ establecidos para el beneficio de un predio (dominante) y que los presta o soporta otro predio (sirviente), de distinto dueño.

Este concepto admite implícitamente en el derecho romano la existencia de derechos establecidos en una cosa que pertenece a otro denominados escolásticamente con la terminología genérica de “*ius in re aliena*”. En el ámbito de los derechos reales en cosa ajena “de goce” (*vid. supra*, página 29 de este texto) además de las servidumbres (*servitus*) en el derecho clásico se distingue también el usufructo (*usus fructus*). Observaremos que este último se constituía sobre una cosa corporal mueble o inmueble en beneficio de una persona determinada, por lo que llegó a calificarse bajo Justiniano como “servidumbre personal”, distinguiéndolo así de las servidumbres prediales (o reales) constituidas sobre un fundo en beneficio de otro fundo.

A. *Servitus*

La *servitus* es todavía en el derecho clásico una categoría independiente, autónoma de derecho real sobre la cosa de otro. En la misma medida lo es también el *usus fructus*.

De modo que la *servitus originaria* es coincidente con lo que después se denominó “servidumbre predial”, y el *usus fructus* con el término “servidumbre personal”, consecuencia de teorizaciones clásicas y post-clásicas, admitidas en la compilación de Justiniano, que encontraron ciertas bases comunes en ambos institutos (*servitus* y *usus fructus*).⁹⁶

⁹⁵ La regla en el derecho romano es la “voluntariedad” en la constitución de las servidumbres. El principio de la “legalidad” es moderno.

⁹⁶ No obstante que desde el punto de vista de la función socioeconómica la diferencia entre uno y otro instituto era profunda, pues en esencia el usufructo nace en el derecho romano para asegurar —por el uso y percepción de frutos de una

B. Caracteres de las servidumbres prediales

Se consideraban como una “cualidad” inherente al predio beneficiado y como una carga del predio gravado (*praedium serviens*), que se transmitía o transfería de un propietario a otro. Lo demuestra la interrogante de Celso (*Digesto* 50, 16, 86): “¿Qué otra cosa son los ‘derechos de los predios’ (*iura praediorum*) más que los predios tales como se hallan, con su bondad, salubridad y amplitud?”

No existe un concepto genérico de las servidumbres del cual puedan desglosarse sus caracteres. Los jurisconsultos romanos fueron perfilando caso a caso diversos tipos de servicios —pocos en su origen— que gradualmente fueron aumentando conforme las necesidades de la vida agrícola o las exigencias de la urbe. De allí que tales tipos resultaron, unos, caracterizados como *servitutes rusticorum* y otros como *servitutes urbanorum*, si bien el criterio de esta distinción tampoco lo enuncian las fuentes.

Caracteres claramente enunciados en las fuentes son el de vecindad (*vicinitas*) y utilidad (*utilitas*). En *Digesto*, 8, 3, 5, 1. Ulpiano, en *Comentarios al edicto*, libro XVII, hace referencia a lo dicho por Neracio: “Dice Neracio en los libros sobre Plaucio, que ni la servidumbre de sacar agua, ni la de llevar a beber el ganado, ni el derecho de extraer greda y de cocer cal pueden existir en el ajeno, si no tuviera otro fundo vecino; y dice que esto opinaron Próculo y Atilicino. Pero dice él mismo, que para que pueda constituirse especialmente la servidumbre de cocer cal y de extraer greda, no puede constituirse para más que para cuanto sea necesario al mismo fundo”. Este último punto

cosa ajena— la subsistencia de una familia (por lo común mediante un legado), y la servidumbre para asegurarse a un predio, una ventaja a cargo de un predio ajeno, *v. gr.*, permitiendo utilizar sus aguas de regadío, los jurisconsultos establecieron ciertas normas en relación específica con una u otra institución que se entienden —no obstante— de común aplicación: A) La regla establecida en *Digesto* 8, 2, 26, para las servidumbres prediales en el sentido que no podía existir servidumbre constituida sobre el propio fundo (*nulli res sua servit*). B) La regla *servitus in faciendo consistere nequit* (*Digesto*, 8, 15, 1) dirigida a poner en relieve que la servidumbre predial requería que el propietario *tolerare* que otro usara de la cosa o se *abstuviese* de ciertas facultades respecto de ella (*non facere*), y no en la obligación de hacer positivamente alguna cosa. Lo contrario habría significado constituir una relación de carácter obligatorio y no jurídico-real. C) La regla *servitus servitutis esse non potest* (*Digesto*, 33, 2, 1), que expresaba “*fructus servitutis esse non potest*”, y afirmaba la imposibilidad de constituir un derecho de usufructo sobre una servidumbre. Los compiladores del *Digesto* generalizaron la fórmula mediante la sustitución del vocablo *fructus* por el de *servitus* para abarcar también en esta regla, en el concepto genérico de *servitus*, tanto a las prediales como a las personales.

lo aclara Paulo en *Digesto*, 8, 3, 6: “como si tuviese (el sirviente) alfarerías en que se hiciesen tinajas en las que se exportase el fruto de este fundo (dominante). . . o tejas para edificar la casería. Pero si se mantuviesen las alfarerías para vender las vasijas, será usufructo”.

Se requería también que las servidumbres prediales tuviesen *causa perpetua*. Paulo, refiriéndose a las aguas lluvias y a su conducción por el predio vecino entiende que “lo que cae del cielo, aunque no se hace asiduamente, se hace sin embargo por causa natural, y por lo tanto se estima que se hace perpetuamente. . . todas las servidumbres de los predios deben tener causas perpetuas. . .”.

Esta circunstancia objetiva a que hace referencia Paulo, en el sentido de que el ejercicio de la servidumbre debe tener carácter permanente, permite conforme a tal criterio constituir la servidumbre de aguas lluvias; aun cuando éstas no caen ininterrumpidamente, constituyen un fenómeno natural y por tanto perpetuo. De aquí el origen de la máxima “*toda servidumbre debe tener una causa perpetua*”. Sin embargo, este axioma elevó a requisito general de las servidumbres prediales un elemento de hecho que sólo pudo tener —en verdad— aplicación respecto de algunos tipos de servidumbre. El texto citado (*Digesto*, 8, 2, 28) constituye un glosema o interpolación que sienta como principio de carácter general un requisito que los romanos indicaron —en sentido estricto— sólo para la *servitus* de conducción de aguas lluvias por el predio vecino.⁹⁷

Otra característica de la servidumbre predial es su *indivisibilidad*: “*Et servitutes dividi non possunt*”. . . (*Sexti Pomponii Regula*, in *Fontes*, parte II).⁹⁸ En el caso del condominio, no se podía constituir *por partes*, y en el supuesto que fuese concedida por los condóminos en sucesivos actos individuales, se entendía constituida, en el momento en que la cedía el último de los condóminos. Celso señala: “Puede concedérseme separadamente el derecho de paso y el de conducción por un fundo *que es de muchos*; por estricto rigor no se hará mío este derecho de otro modo que si todos lo cedieran, y al fin de la última cesión se confirmarán todas las anteriores. . .” (*Digesto*, 8, 3, 11).

En fin, las servidumbres prediales *no se podían enajenar separadamente* del fundo en que se encontraban establecidas. Paulo: “Cuando

⁹⁷ Perozzi, *Istituzioni*, I, p. 767, 1; además, Scritti II, p. 87. Respecto de la misma materia, también Biondi, *Le servitù prediali*, pp. 186 y ss.

⁹⁸ Di Marzo, *op. cit.*, p. 169. La referencia a las Reglas de Sexto Pomponio, corresponde al texto referido en su parte II, p. 449.

un fundo presta servidumbre a otro fundo, aun vendido el fundo le siguen las servidumbres” (*Digesto*, 8, 4, 12).

C. Algunos tipos de servidumbre prediales rústicas

Provenientes de la época más antigua y consideradas en su origen dentro de la categoría de las *res mancipi*, están las servidumbres de pasaje (*iura itinerum*) y de acueducto (*aquae ductus*).

La servidumbre de pasaje tenía tres variantes: *Via*, *iter* y *actus*. La *servitus via* constituía —materialmente— una verdadera calle construida en el fundo sirvente por donde podían transitar personas, animales y realizar el transporte de mercadería. Es la más amplia. Ordinariamente cumplía con el ancho establecido en la Ley de las XII Tablas: ocho pies en las rectas y el doble (dieciséis) en las curvas o vueltas. Gayo, en *Comentarios al edicto provincial*, libro VII (*Digesto*, 8, 3, 8) dice: “La anchura del camino tiene según la Ley de las Doce Tablas ocho pies en la parte recta, y diez y seis en las vueltas, esto es, donde hay recodo.”

La *servitus iter* era la más simple, pues, admitía pasar a pie o a caballo a través del fundo sirvente. La de *actus* permitía la conducción de animales y carros por el fundo ajeno. Señala Ulpiano en *Digesto* 8, 3, 1: “Las servidumbres de los predios rústicos son éstas: paso, conducción, camino, acueducto. Paso (*iter*) es el derecho de ir, de pasear, para un hombre. . . Conducción (*actus*) es el derecho de conducir o una caballería, o un vehículo. Y así, el que tiene paso no tiene conducción. . . Camino (*via*) es el derecho de ir (*iter*) y de conducir (*actus*). . . porque el camino contiene en sí tanto el paso como la conducción”.

La servidumbre de acueducto, según los términos de Ulpiano: “Es el derecho de conducir agua por un fundo ajeno”.⁹⁹

Ulpiano, en relación a otros tipos de servidumbre rústica, entiende que también se deben contar entre ellas: la de sacar agua (*aquae hantus*), *v. gr.*, de una noria del fundo sirvente; la de llevar a abrevar el ganado (*pecoris ad aquam appulsus*); el derecho de apacentar el ganado en el fundo sirvente (*pecoris pascendi*).

⁹⁹ Un acertado tratamiento de las servidumbres de agua se encuentra en *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, de Capograssi Colognesi, Milano, 1966.

D. Algunos tipos de servidumbre prediales urbanas

Las servidumbres urbanas son de aparición posterior. Destaca la *servitus stillicidii* o *fluminis*, consistente en permitir la caída de las aguas lluvias desde el techo de la edificación vecina dentro del fundo sirviente, bien sea la caída directa desde las tejas o recogida en canales. La *servitus oneris ferendi*, que permitía apoyar una construcción en el muro o pilares del vecino. La *servitus tigni immittendi*, que permitía introducir una viga en el edificio vecino para sostén del propio.

En general, las urbanas tenían relación con servicios establecidos en beneficio de las edificaciones (*aedes*), y su contenido ordinariamente inmaterial, condujo a la jurisprudencia clásica a considerarlas como derechos (*iura*). Se supera así la antigua concepción que confunde el derecho de servidumbre con una propiedad limitada sobre el predio sirviente, propiedad que, por añadidura, se confunde con el derecho y es, por tanto, dentro del antiguo concepto una *res* (*mancipi* las rústicas y *non mancipi* las urbanas). La conceptualización de las servidumbres como *iura* (derechos) o *res incorporales* es expuesta en el siglo II d. C. —con claridad— por Gayo: “Se cuentan igualmente en el número de las cosas incorporales los derechos sobre los predios urbanos y rústicos... Estos derechos, tanto los ejercidos sobre los predios rústicos como sobre los predios urbanos son llamados servidumbres”.¹⁰⁰

E. Constitución de las servidumbres

a) Por acto inter vivos

Procedía la *in iure cessio* para todas las servidumbres. Las cuatro más antiguas, consideradas desde su origen como *res mancipi* podían además constituirse en virtud de la *mancipatio*. Así, Gayo: “mientras las servidumbres de los predios urbanos pueden ser cedidas ‘*in iure*’, las de los predios rústicos, en cambio, pueden también ser mancipadas” (*Institutas*, II, 29).

Sin embargo, la *mancipatio* y la *in iure cessio* sólo tenían aplicación para los predios situados en suelo itálico. Para la constitución de las servidumbres en el suelo provincial se recurría a *pactos* seguidos de *estipulaciones*. Dice Gayo: “Por el contrario, si en los predios provin-

¹⁰⁰ Krueger, en concepto de Di Pietro, ha reconstruido este último párrafo (*Institutas* II, 14), del cual se conservan muy pocas palabras; sin embargo, tal reconstrucción se ciñe al sentido del texto. *Vid.*, Di Pietro, *op. cit.*, p. 86.

ciales se quiere constituir... un derecho de paso, de llevar agua... u otros derechos similares, se les puede constituir, por ejemplo, por medio de pactos y de estipulaciones, puesto que dichos predios no admiten ni la *'mancipatio'* ni la *'in iure cessio'*".¹⁰¹

Bajo Justiniano no tiene ya lugar la *mancipatio* ni la *in iure cessio*, por lo que el modo de constitución *pactionibus et stipulationibus* se generaliza para el establecimiento —*inter vivos*— de las servidumbres prediales. En *Instituciones* de Justiniano, 2, 3, 4, se ordena: "Si alguno quisiere constituir a favor del vecino algún derecho, debe hacerlo mediante pactos y estipulaciones". Aún más; se llega a no requerir forma alguna específica, bastando el consentimiento —incluso tácito— (*patientia*) que permitiese el ejercicio de la servidumbre.¹⁰²

b) Establecimiento de la servidumbre en el acto mismo de enajenación de un predio (deductio)

Si alguien es dueño de dos predios que admitan la constitución de servidumbres prediales y enajena uno, puede en el acto de la *mancipatio*, de la *in iure cessio* o bien de la *traditio* reservar (*deductio*) alguna *servitus* en beneficio del predio que retiene. Por ejemplo la de *aquae haustus*, esto es, de sacar agua del predio que se enajena, en beneficio del predio cuya propiedad retiene. También puede, el dueño inversamente, en el acto de la enajenación, expresar que aquella propiedad que no es entregada (*non traduntur*), sea sirviente de aquella que se entrega" (Ulpiano, *Digesto*, 8, 4, 6. *Comentarios a Sabino*, libro XXVIII).¹⁰³

c) Por adjudicación

"El juez de la partición de herencia (*familiae erciscundae iudex*) puede adjudicar a muchos una misma cosa... cuando adjudica podrá

¹⁰¹ "La forma usual era la del *pactus*, seguida por una *stipulatio*, en la cual el que había prometido la servidumbre se obligaba a observar la convención y a pagarle una indemnización en el caso de que después se opusiera al real ejercicio de la servidumbre. *De estas convenciones y estipulaciones naclan las acciones respectivas*". Di Pietro, *op. cit.*, p. 94, cita 29 *infine*.

¹⁰² Arangio-Ruiz, estima que la "*patientia*" (en esencia una *quasi traditio*) debe fundarse, en un documento que sirva de título a la *servitus* (*Istituzioni*, p. 244). De otro modo, como bien señala Iglesias, la mera tolerancia abre puertas a una prescripción adquisitiva, y no a una constitución inmediata de la servidumbre. Es un caso semejo al de la *traditio ficta* justiniana.

¹⁰³ El texto de Ulpiano ha sido evidentemente interpolado. Donde se hacía referencia a la *mancipatio* o a la *in iure cessio* figura la *traditio*.

imponer alguna servidumbre, de suerte que para el uno (predio dominante) haga sirviente el otro de los fundos que adjudica..." (Ulpiano, *Digesto*, 10, 2, 22, 3).

El juez de la partición hereditaria puede establecer la servidumbre entre dos predios diferentes que están en la misma herencia o bien entre las partes de un predio común que por la *adjudicatio* resulta subdividido y adjudicado así a los coherederos.

d) Por disposición directa de última voluntad

Las servidumbres prediales también se constituían por disposición directa de última voluntad. Así, *v. gr.*, respecto de un predio dejado a un heredero, se imponía una servidumbre en beneficio de otro predio dejado a otro heredero.

En este sentido se afirma por la doctrina romanista que bajo Justiniano llegó a tener valor incluso la voluntad presunta del testador, porque en variadas ocasiones parece reconocida en las fuentes, como título constitutivo de la servidumbre, la situación de hecho preexistente entre dos predios establecida por quien había sido su único propietario, ahora por vía hereditaria pertenecientes a distintos dueños. "Y sobre la base de algunos textos variadamente interpolados los intérpretes construyeron la doctrina de la constitución de la servidumbre como hoy se dice, 'por destinación del padre de familia'. Pero es cierto que ella fue desconocida en el derecho clásico y es también dudoso que Justiniano haya querido reconocerla como constitución tácita de la servidumbre".¹⁰⁴

e) Adquisición de las servidumbres por usucapio

En la época quirritaria era posible la adquisición de las cuatro primitivas *servitus* rústicas (las tres de paso, *iter*, *actus via* y la de *aqueductus*) por usucapio.¹⁰⁵ Ubicadas entre las "*res mancipi*", se admitía a su respecto el ejercicio de un poder de uso —"*usus*"— que permitía su adquisición por *usucapio*. Pero en la era clásica, ubicadas todas las servidumbres entre las cosas incorpóreas (*res incorpóreas*) no fue admisible el *usus* sobre ellas; tampoco el del nuevo concepto de la *possessio* que sucede al de *usus*, pues en rigor la posesión clásica se vincula a la de las cosas corporales. Es por ello que en esencia, durante la era clásica no es posible la adquisición de las servidumbres por *usucapio*.

¹⁰⁴ Di Marzo, *op. cit.*, p. 171.

¹⁰⁵ Tal situación, según Paulo, subsiste hasta que la *lex Scribonia* lo prohíbe (*Digesto*, XLI, 3, 4, 29).

En la época de Justiniano se admite la prescripción adquisitiva de las servidumbres en los siguientes términos (*Digesto*, 7, 33, 12, 4): “Como para los antiguos surgían... dudas respecto a la prescripción de largo tiempo (bajo Justiniano de 10 o 20 años, respectivamente)... (respecto de) los bienes por que se cuestiona (*res, pro quibus certatur*)... (4) Debiéndose observar lo mismo también (la prescripción adquisitiva) si los bienes no fueran raíces, sino incorpóreos, que consisten en un derecho, como el usufructo, y las demás servidumbres.” (Obsérvese la insistencia justiniana de identificar los *res soli* —bienes raíces— con el dominio, considerando *res incorporales* sólo los otros derechos reales.) En todo caso la prescripción de la servidumbre se basa en su ejercicio aparente por el plazo legal.¹⁰⁶

f) Extinción de las servidumbres

Las servidumbres prediales se extinguen principalmente por alguna de las causas siguientes:

a. *Por renuncia* de quien tenía una justa posición para ejercitarla. Debía adoptar la forma de la *in iure cessio*, siendo aquí la imagen ficticia de la *actio negatoria*. Quien tenía el derecho, confesaba *in iure* que no le correspondía tal *servitus*. Progresivamente, en la era postclásica se va aceptando la renuncia no solemne.

b. *Por confusio*, vale decir, cuando el predio dominante y el sirviente pasan a ser de un mismo dueño. En el título VI (“De qué modo se pierden las servidumbres”) del libro VIII del *Digesto*, Gayo, en *Comentarios al edicto provincial*, libro VII, señala: “Confúndense las servidumbres de los predios, si uno mismo hubiere comenzado a ser dueño de ambos predios.”

c. *El no uso (non usus)* se constituye también en causa de extinción de las servidumbres. Dice Gayo en *Digesto*, 8, 2, 6: “Pero estas servidumbres (urbanas) del mismo modo que también las de los predios rústicos, se extinguen no usándolas por cierto tiempo.” Las rústicas se extinguen —simplemente— no ejercitándolas por el plazo de dos años en la era clásica y de 10 o 20 bajo Justiniano. Las urbanas, en cambio, se extinguían transcurrido igual periodo de tiempo, pero contado desde el día en que el propietario del fundo sirviente hubiere comenzado a poseer de modo incompatible con la existencia de la servidumbre. Se

¹⁰⁶ Topasio, “El concepto corporal del dominio”, en *Estudios de derecho romano*, cit. En relación con la prescripción adquisitiva de la servidumbre, *vid., supra*, nota 102.

requería por tanto que con el *non usus* concurriese la *usucapio libertatis* de parte del propietario del predio sirviente. Dice Gayo: “por ejemplo. . . si tus casas deben la servidumbre de cargar sobre ellas una viga, pierdo mi derecho únicamente si tú hubieres tapiado el forado de donde se sacó la viga, y así lo hubieres tenido durante el tiempo establecido; de otra manera, si no hubiese hecho nada nuevo, permanece íntegro mi derecho”.

g) Protección de las servidumbres

Las servidumbres prediales eran tuteladas por la *vindicatio servitutis*, denominada por Justiniano *actio confessoria*. Correspondía al propietario del predio dominante en contra del propietario del fundo sirviente. Más que al restablecimiento de la servidumbre, o el resarcimiento de daños, tenía por finalidad servir de garantía en contra de futuras perturbaciones, solicitando, conjuntamente con la *actio*, la *cautio de non amplius turbando*. Dice Paulo (*Digesto*, 8, 5, 7): “El resultado de estas acciones es este, que al vencedor se le dé o la cosa, o caución, por ministerio del juez. La cosa misma es esto, que el juez mande que el adversario repare el desperfecto de la pared, y la preste arreglada convenientemente. La caución es esto, que mande que aquél dé caución de reparar la pared. . . y si diere caución será absuelto, pero si no da ni la cosa, ni la caución, condénelo en tanto, cuanto el actor hubiere jurado por el pleito” (*Comentarios al edicto*, libro XXI).

2. EL USUFRUCTO

El usufructo (*usus fructus* en el concepto clásico y *servitutes personarum en el justiniano*) era el derecho de usar la cosa de otro y de percibir sus frutos sin destruirla. Por esta razón y en sentido estricto, en el derecho romano el usufructo sólo podía tener por objeto cosas inconsumibles. Dice Paulo: “El usufructo es el derecho de usar y disfrutar de cosas ajenas, quedando salva la naturaleza de las cosas” (*Digesto*, 7, 7, 1). Y Celso señala: “Es en realidad el usufructo un derecho sobre cosa corpórea (*ius in corpore*), suprimida la cual, es necesario que se extinga también el usufructo” (*Digesto*, 1, 2).

A. Derecho del usufructuario

El usufructuario tenía el pleno goce de la cosa (*uti frui*), sin embargo, no podía alterar la forma o la función económico-social de la misma. Este criterio tiende a hacer compatible dos derechos reales sobre una misma cosa: el del propietario (en este caso *nudum dominus*) y el del usufructuario. Por ejemplo, el usufructuario de un predio rural no podía transformar una arboleda en un huerto o bien, en uno urbano, readecuar la estructura de una casa derribando muros. Ulpiano en *Comentarios a Sabino (Digesto, 7, 13, 4)* indica: “El usufructuario. . . no debe ni cortar los árboles frutales, ni demoler los edificios, ni hacer cosa alguna en perjuicio de la propiedad. Y si acaso el predio fue de recreo, teniendo vergeles, o alamedas, o paseos cubiertos de sombra y aún con árboles infructíferos, no deberá arrancarlos, acaso para hacer huertas u otra cosa de la que se espere réditos.”

Sin embargo, puede hacer algunas limitadas innovaciones: (Ulpiano) “¿Podría acaso él (usufructuario) abrir canteras o gredales o minas...? Y opino que puede abrirlas, si para este objeto no ha de ocupar una parte necesaria del campo agrícola...” (*Digesto, 13, 5*).

No obstante, el mismo Ulpiano advierte: “Pero si las cosas que innova el usufructuario, o vician la atmósfera del campo (*aut coelum corrumpant agri*), o hubieran de requerir un grande aparato, acaso de operarios o de recolectores. . . no parecerá que (el usufructuario) usufructúa a arbitrio de buen varón...” (*Digesto, 7, 13, 6*). Obsérvese que en el derecho romano ya existen claros principios de protección del medio ambiente, materia que sólo después de dos milenios ha sido reconsiderada por el derecho.

a) Percepción de frutos

Una de las facultades más importantes concedidas al usufructuario por el ordenamiento romano es aquella que le permite apropiarse de los frutos que rinde la cosa, sean éstos naturales o civiles. Los frutos naturales los adquiriría por la percepción, que implica un acto de apoderamiento personal; no es suficiente la sola separación, como cuando caen por el viento (*vid. supra*, página 49 de este texto). Ulpiano afirma: “. . . los frutos no se hacen del usufructuario, si por él no son percibidos...” (*Digesto, 7, 1, 12, E*). Los frutos civiles los hace suyos día por día (*Digesto, 7, 1, 25, 2 y 19, 11, 9*).

B. Origen y constitución del usufructo

En esencia, el usufructo nace en el derecho romano para asegurar —en virtud del uso y percepción de frutos de una cosa ajena— la subsistencia de una familia. Por esta razón, se constituye en su origen, ordinariamente, por medio de un legado, que constituye una disposición directa de última voluntad.

Inter vivos, el acto o modo formal admitido es la *in iure cessio*; dice Gayo en *Institutas* III, 30: “El usufructo no admite sino la *in iure cessio*; en efecto, el dueño de una propiedad puede ceder ‘*in iure*’ el usufructo, de tal modo que este último tenga dicho derecho y aquél retenga la nuda propiedad.” Esta formalidad es admisible tratándose de suelo itálico. En los predios provinciales en cambio si “se quiere constituir un usufructo. . . se puede por medio de pactos y estipulaciones” (Gayo, *Institutas*, II, 31).¹⁰⁷

El usufructo también se puede constituir por adjudicación, al igual que las servidumbres prediales.

En el derecho justiniano quedan sólo el legado, la adjudicación y la *traditio* fundados en un simple pacto. A la *traditio* se equipara la *patientia* que es la actitud permisiva del nudo propietario de ejercicio del usufructo pactado o convenido.

a) Cesación del usufructo

La finalidad original de este derecho, su función económico-social, hemos observado que consiste en asegurar a una persona determinada medios de subsistencia; es, por tanto, un derecho estrictamente personal. Por esta razón cesa con la muerte del usufructuario. De manera que se puede constituir de por vida. También, por un tiempo determinado: *Fragmenta vaticana* 48: “(*usus fructus*) *ad certum tempus et in iure cedi et legari et officio iudicis constitui potest*”. Pero extinguida la vida o expirado el plazo, cesa el usufructo.

Mediante la *in iure cessio*, el usufructuario podía renunciar a su derecho; Gayo señala en *Institutas* II, 30: “El mismo usufructuario puede

¹⁰⁷ El modo formal *mancipatio* es admitido para constituir un usufructo transfiriendo el dominio y reservando el derecho (*deductio*) Gayo señala en *Institutas*, II, 33: “al manciparse la propiedad puede reservarse el usufructo (y en este acto) se ve que no es el usufructo mismo el que ha sido mancipado, sino que a consecuencia de la *mancipatio* de la propiedad es retenido el mismo, y de aquí que uno sea el titular del usufructo y el otro el titular de la propiedad”.

ceder '*in iure*' su usufructo al propietario produciendo este efecto: que el usufructo se acaba y se confunde con la propiedad". Gayo esclarece, en esguida, que si tal cesión se realiza en favor de un tercero, ella no produce efecto alguno; el usufructuario conserva su derecho.

También se extingue el derecho en análisis por consolidación, esto es, por reunirse en un solo titular las calidades de *dominus* y *usufructuarius*, como cuando este último adquiere el dominio de la cosa fructuaria.

En la época postclásica se admite el usufructo en beneficio de un ente colectivo (persona jurídica). Bajo Justiniano se limitó la máxima duración del usufructo —en esta situación— a cien años.¹⁰⁸

Extinguíanse también el usufructo por transformación (*reimutatione*) o destrucción de la cosa; también por el *non usus*, siendo este término en la era clásica de dos años para los inmuebles y de uno para los muebles. En la era justiniana el plazo para los inmuebles es de 10 años entre presentes y de veinte entre ausentes.

b) Facultades que conserva el propietario

El constituyente del usufructo (propietario) no queda en verdad, totalmente extraño a la cosa. Conserva todas aquellas facultades que no resultan incompatibles con el ejercicio del derecho de usufructo. El propietario conserva el "*ius abutendi*"; puede por tanto enajenar la cosa fructuaria a un tercero. El derecho de usufructo —como derecho real que se entiende ejercido respecto de una cosa corporal— persistirá para el usufructuario no obstante el cambio de dueño, hasta la expiración del término primitivamente convenido o dispuesto por legado.

c) Cautio fructuaria

Al convenirse un usufructo, el beneficiario está obligado a prestar una caución (*cautio fructuaria*) por la cual queda constreñido a usar y disfrutar la cosa *diligentemente*, y a su restitución una vez cesado el derecho de usufructo. Si la caución no se otorgaba, el propietario se podía rehusar a la entrega de la cosa; en caso de haberla entregado, podía reivindicarla.

¹⁰⁸ *Digesto* 7, 1, 56 y, en otro lugar, 33, 2, 8, textos muy discutidos. *Vid.*, Di Marzo, *op. cit.*, p. 164, nota 12.

d) Protección del derecho de usufructo

El titular del derecho tiene la *vindicatio usufructus* denominada *actio confessoria* en la época postclásica. Por otra parte, del mismo modo que las servidumbres, el libre ejercicio del derecho de usufructo resulta también protegido *utilitatis causa* por el pretor en virtud de los interdictos posesorios *uti possidetis* y *unde vi*.

e) El cuasi usufructo

En el concepto del derecho de usufructo dejamos establecido que procedé sólo respecto de cosas inconsumibles. No obstante, con la finalidad de hacer eficaces en su totalidad ciertos legados en los que se dejaban cosas inconsumibles y también consumibles comprendidas todas en un determinado patrimonio, un senado consulto de comienzos del Imperio, de fecha incierta, admitió el usufructo sobre cosas consumibles, disponiendo que el legatario recibía del heredero las cosas en propiedad y dando caución de restituir otras tantas del mismo género y calidad al fin del usufructo. Ese es el origen de la institución del *quasi usufructus*. En *Instituciones* de Justiniano, 2, 4, 2, se dispone: “Porque tales cosas ni por la razón natural ni por el derecho civil admiten el usufructo: en cuyo número están el vino, el aceite, los granos y los vestidos: a los que se aproxima el dinero contante; porque en cierto modo se extingue por el mismo uso en el cambio continuo. Pero por causa de utilidad decretó el senado que también pudiera constituirse el usufructo de estas cosas, con tal de que por tal título se dé al heredero suficiente caución. . . Así, pues, el senado no creó verdaderamente el usufructo de estas cosas (ni lo podía), sino que por la caución constituyó un cuasi usufructo”.

3. USUS Y HABITATIO¹⁰⁹

Constituye el *usus* un derecho que confiere el poder de usar la cosa de otro más sin percibir los frutos. Dice Gayo (*Digesto* 7, 8, 1): “Constitúyese también el nudo uso, esto es sin el usufructo, el cual también se suele constituir de los mismos modos que el usufructo.” Y Ulpiano (*Digesto* 7, 8, 2): “Aquel a quien se dejó el uso puede usar, pero no

¹⁰⁹ Además del *usus* y la *habitatio*, las *operae servorum* (servicio de los esclavos) son consideradas en la época de Justiniano como derecho real con perfiles autónomos, aunque similares al *usus*.

puede usufructuar.” Sin embargo, se admite que el usuario de un predio agrícola —limitadamente— consume los frutos necesarios para su subsistencia y los de su familia, haciendo así compatibles el derecho real de uso con el del propietario, el cual “puede ir para percibir los frutos” (el mismo Ulpiano, *Digesto* 7, 8, 12).

En cuanto a la *habitatio*, durante la época clásica se discute su naturaleza jurídica; no se esclarece si es negocio jurídico significativo de uso, usufructo y aún de derecho de crédito. Bajo Justiniano se consagra como derecho real específico, diferente del uso y del usufructo que confiere el poder de habitar la casa de otro. El habitador (*habitor*) está facultado para arrendar la casa. En *Código* de Justiniano, 3, 33, 13 se indica: “Si, pues, no hubiere dejado el derecho de habitación, nos ha parecido conveniente inclinarnos al parecer más favorable, y dar el legatario también la facultad de arrendarla. Porque, ¿qué diferencia hay entre que el mismo legatario permanezca en ella, o la ceda a otro para percibir la renta?”

A. Otros derechos reales en cosa ajena. *Enfiteusis*, *superficie*

Otro derecho que se configura con las características de *real* en la época de Justiniano es la *enfiteusis* (del griego: hacer plantaciones). Es un instituto jurídico que proviene del mundo helénico, pero que se combina con antecedentes de concesiones de tierras hechas por el Estado romano a particulares (*ius in agro vectigalis*). Consistía en el derecho al pleno goce de un predio de otro mediante el pago de un canon anual (*canon*). Originariamente son los municipios (*municipia*) quienes conceden tierras a los particulares, obligándose éstos al pago de una renta anual denominada *vectigal*. Para tutela de este derecho, se concede una acción real (*actio vectigali*), similar a la *rei vindicatio*.

Después, se hizo usual tal concesión de tierras, por largo tiempo, por parte de la corona imperial misma, obligando al concesionario también al pago de un canon. El Estado romano acoge aquí un antiguo instituto griego relativo a tierras incultas o mal cultivadas de comunidades públicas, que el concesionario se obligaba a mejorar, terminando por prevalecer el concepto de *ius perpetuum*, esto es, otorgando al concesionario la facultad de transmitir el derecho a sus herederos. Ya a fines del siglo v d. C., la concesión de bienes de los municipios y de bienes de la corona se observan fundidos en el concepto “*ius emphyteuticum*”

o “*emphiteusis*” que también se extendió a los predios de los particulares.¹¹⁰

En el sistema justiniano el enfiteuta tiene el pleno disfrute del predio. Los frutos los hace suyos por simple separación (igual que un *dominus*). Su derecho de enfiteusis puede enajenarlo por acto entre vivos o disponer de él *mortis causa*. Sus facultades se extienden —naturalmente— a la constitución de servidumbres e hipotecas.

La tutela de la enfiteusis se realiza en virtud de las acciones que protegen el dominio, concediéndolas como *útiles*.

El derecho de *superficie*, también se ubica entre los derechos reales. Nació en Roma para satisfacer nuevas exigencias edilicias, a las cuales la concesión romana del derecho de propiedad no era idónea para el fin perseguido, adquiriendo, lentamente, un perfil propio. Supone —como la enfiteusis— más que una limitación al dominio del propietario, un verdadero señorío que prevalece sobre el dominio. Así como la enfiteusis operó sobre los fundos rústicos, la superficie se aplica en el régimen de los predios urbanos.

Para los romanos era principio “*iure gentium*” aquel que entendía como perteneciente al dueño todo aquello plantado o edificado en el predio. No se concedía una propiedad de estas últimas cosas separada del suelo mismo. Gayo en *Institutas* 2, 73, dice: “Además, lo que otro ha edificado en su nombre, se hace nuestro por derecho natural, porque la superficie accede al suelo (*superficies solo cedit*).

Sin embargo, se comenzó —primero en el suelo público— a conceder a los particulares el derecho de edificar, de tener para sí y de transferir el goce mediante un pago. Después, necesidades edilicias hicieron surgir frecuentes relaciones de este tipo con los particulares. El contrato que establecía este derecho era generalmente la locación (arrendamiento), en virtud del cual el superficiario podía hacer valer su derecho contra el concedente y sus herederos, interponiendo la *actio conducti*. Gayo, en *Comentarios al edicto provincial*, libro XXV, dice: “Llamamos cosas superficiarias a las que se levantaron en solar tomado en arrendamiento; cuya propiedad es por derecho civil y natural de aquél de quien también es el suelo” (*Digesto*, libro XLIII, título VIII, 2). El pretor protegió al superficiario contra terceros mediante un interdicto especial, llamado de *superficiebus* y análogo al interdicto *uti possidetis*, que prohibía toda molestia respecto de aquél que en virtud de un contrato

¹¹⁰ Cfr., Riccobono, *Legges*, 100, 102, 103. Arangio-Ruiz, *Epigraffa giuridica*, SDHI, 2 (1936), pp. 504 y ss; 5 (1939) pp. 617 y ss. Iglesias, p. 351, nota 6. *Vid.*, Di Marzo, p. 175.

de arrendamiento (*locatio*) tenía el goce de la edificación. En *Digesto* 43, 18, 1, Ulpiano comenta: “Dice el pretor: Vedo (*prohibo*) que se haga violencia para que no disfrutéis a la ley de la locación o de conducción de la superficie de que se trata... y si al respecto, a la superficie se pidiere alguna otra acción, la dará con conocimiento de causa”.

Bajo Justiniano, finalmente, se encuentra consagrada para el superficiario una acción real, una *quasi in rem actio*. Dice Ulpiano en *Digesto* 43, 18, 1, 1: “Mas como también era incierto si existiría la acción, y es mejor poseer que ejercitar la acción personal, pareció muy útil proponer este interdicto, y prometer una como acción real”.

La superficie se perfiló así como un derecho real que otorgó la facultad de gozar de modo estable una edificación construida en suelo ajeno mediante el pago de un canon que se denominó *solarium*. Juliano confiere validez a la disposición *mortis causa* de este derecho en *Digesto* 30, 86, 4: “Es válido el legado, si se hubiere legado la superficie...”