

Esta ley no se refería á los fundos provinciales en los cuales jamás se había podido adquirir un derecho por usucapión. Se aplicaba á ellos el principio de la *longi temporis præscriptio*, á lo menos en lo que se refiere á las servidumbres prediales. El uso de una servidumbre continuada durante diez ó veinte años no daba, á la verdad, el derecho de servidumbre según el *ius civile*; pero el pretor protegía el ejercicio de la misma ya por medio de una excepción, ya también por medio de una acción confesoria útil. De hecho, pues, la *longi temporis præscriptio* era un medio de adquirir las servidumbres prediales en las provincias, como la usucapión lo había sido quizá de una manera más general antes de la ley *Scribonia* ².—Por fin, despues de la fusión de ambas instituciones, Justiniano aplicó la *longi temporis præscriptio* indistintamente á todas las servidumbres, tanto prediales como personales ³.

En el derecho nuevo, por consiguiente, la usucapión ó la prescripción son un modo de adquirir las servidumbres. Para poderla invocar, debemos reunir las condiciones siguientes: 1° Es preciso la cuasi posesión de la servidumbre, es decir, que la hayamos ejercido como un derecho que nos pertenece ⁴.—2° La posesión debe tener una justa causa ⁵, esto es, que debemos haber empezado el ejercicio de la servidumbre de una manera no viciosa y en circunstancias tales, que hayamos podido creernos con derecho de ejercer-

constituebat, non etiam eam, quæ libertatem præstat sublata servitute».—Los motivos que se oponen á que la usucapión se aplique de un modo general á los derechos de servidumbre son expuestos por PAULO, en el Fr. 14, pr. D., de *servit* 8, 1. V., también el Fr. 43, § 1, D., de *adq. rer. dom.* 41, 1, así como lo que ya hemos dicho relativo á la posesión de las servidumbres, más arriba, § 135, particularmente en las notas 3 y sgg. Para la inteligencia de la ley *Scribonia*, la cual data tal vez del fin de la república ó principios del imperio, es preciso leer además el Fr. 10, § 1, D., de *usurpat.* 41, 3. «Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam (al. numquam) longo tempore capi possint, cum ædificiis possint», en el cual las palabras *longo tempore capi* son evidentemente una interpolación de Justiniano para *usu capi*.—El pasaje de PAULO, I, 17, 2, que la *Interpretatio Visigoth.* entiende de una *usureceptio servitutis*, pertenece probablemente á otro orden de ideas. V., á cont., § 145, nota 1.

² *Diuturnus usus, longa quasi possessio, longi temporis consuetudo.* Fr. 10, pr. D., de *si serv. vind.* 8, 5.—Fr. 1, §§ 22, 25, D., de *aquæ pluv. arc. act.* 39, 3.—Fr. 5, § 3, D., de *itinere* 43, 19.—L. 1, 2, C., de *servitutibus* 3, 34.

³ L. 12, C., de *præscriptione longi temporis* 7, 33. Algunos han negado que Justiniano hubiese extendido la *longi temporis præscriptio* á las servidumbres personales; pero los términos de la ley citada parecen demasiado precisos para que sea permitida alguna duda: «Eodem observando etsi res non soli sint, veluti ususfructus et ceteræ servitutes».—Por lo demás, muy oscura és toda esta materia, por la razón de que habiéndola excluido del *ius civile* la ley *Scribonia*, no fué cuasi sometida á los trabajos de los jurisconsultos, de tal modo que la legislación imperial se encuentra reducida á sus propias luces.

⁴ Fr. 10, pr. D., de *si serv. vind.* 8, 5.—Fr. 25, D., de *quemadm. servit. amitt.* 8, 6.—Fr. 1, § 23, D., de *aquæ pluv. arc. oct.* 39, 3.—Fr. 1, § 6, 7. Fr. 3, § 4. Fr. 5, § 3. Fr. 7, D., de *itinere* 43, 19.—L. 1, C., de *servit.* 3, 34.—V., también, más arriba, § 135, notas 8 y sgg.

le ⁶. Esta condición implica la buena fé en el *usucapiens* ⁷; pero nuestras leyes no mencionan aquí, como en la usucapión de las cosas corporales, la necesidad de un título en virtud del cual haya sido adquirida la posesión ⁸: y esto es porque el ejercicio legal y público de la servidumbre, unido á la *patientia* de la cosa sirviente, basta para dar á la posesión una justa causa ⁹.—3.º El ejercicio de la servidumbre debe haberse continuado de una manera no viciosa *nec vi nec clam nec precario*, sin interrupción durante diez años entre presentes y veinte años entre ausentes ¹⁰. La posesión puede interrumpirse de diferentes maneras. En las servidumbres negativas, *quæ non faciendo consistunt*, hay interrupción por el solo hecho de que el estado de las cosas conforme á la servidumbre ha sido cambiado de una manera cualquiera ¹¹; en las servidumbres afirmativas,

⁶ Esto, casi no puede suceder más que en las dos hipótesis siguientes: 1.º La servidumbre ha sido constituida en favor nuestro por uno que no es propietario de la cosa sirviente, pero que lo creemos tal. 2.º Adquirimos la propiedad (ó bien la *b. f. possessio*) de un fundo de uno que se encuentra en posesión de la servidumbre y que nos transmite el fundo con ésta posesión ó que nos garantiza la existencia de la servidumbre. En virtud de esta adquisición ejercemos la servidumbre en lo sucesivo como si nos perteneciese.

⁷ V., más arriba, § 110, n.º 4 y § 111, n.º 3, y Arg. Fr. 25, D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6.—Fr. 1, § 10, D., *de aqua* 43, 20.—Por lo demás, en nuestra materia lo mismo que en la usucapión de las cosas corporales, no necesita el *usucapiens* hacer la prueba de su buena fé: está considerada como una consecuencia natural de la *iusta causa*, V., las dos notas anteriores.

⁸ V., los textos de las notas 3, 4, 5, y principalmente el Fr. 10, pr. D., *si servitus vind.* 8, 5.—Fr. 1, § 25, D., *de aquæ plu. arc. act.*, 38, 3.—L. 1, 2, C., *de servit.* 3, 34. Cf. Fr., 5, § 3, D., *de itinere* 43, 19.—Hemos procurado establecer más arriba, § 113, OBSERVACIÓN, que el *iustus titulus* no es una condición para la usucapión derivado necesariamente de la naturaleza de las cosas. Si la jurisprudencia lo hubiera exigido para la adquisición de las servidumbres, hubiera hecho imposible ésta adquisición en todos los casos comprendidos en la segunda de las dos hipótesis que hemos indicado más arriba, nota 6.

⁹ Con efecto, es muy difícil, por no decir imposible, que una servidumbre sea ejercitada *nec vi nec clam nec precario*, sin que la persona que tiene un interés en defender la libertad del fundo sirviente tenga conocimiento de ello. La *patientia*, por consiguiente, de esta persona constituye una presunción en favor de la legitimidad del ejercicio. Es preciso, por lo demás, no perder de vista, cuando solamente hay el propietario del fundo sirviente que tenía interés en defender la libertad del fundo: será más bien el poseedor quien tendrá un interés más directo en impedir las usurpaciones actuales. Por esto hemos dicho en nuestro texto «*patientia* de la cosa sirviente» y no «*patientia* del propietario de la cosa sirviente». Porque no hay necesidad que este último haya tenido conocimiento personal del ejercicio de la servidumbre. Algunos autores han sostenido lo contrario por causa de las palabras *eo sciente*, que se encuentran en la L. 2, C., *de servit.* 3, 34; pero no se puede admitir esta conclusión por las razones que expondremos á cont., t. II, § 203, nota 10, al explicar la L. 5, C., *de his quæ vi* 2, 20, que presenta una redacción análoga. No obstante, sería tal vez necesario hacer una excepción para el caso en que la servidumbre hubiese sido constituida en favor nuestro sobre un inmueble por un poseedor de mala fé V., *Nov.* 119, c. 7, y más arriba, § 113, nota 7.

¹⁰ PAULO, V, 5 a, 8.—Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5.—Fr. 1, § 10, D., *de aqua* 43, 20.—L. 1, 2, C., *de servit.* 3, 34.—L. 12, C., *de præscr. longi temp.* 7, 37.

¹¹ Fr. 6, D., *de S. R. U. S.*, 2.—Fr. 6, § 1, D., *si servitus vindicetur* 8, 5.

quæ patiendo consistunt, es preciso, en general, un acto contrario de parte del propietario de la cosa sobre la cual se ejerce la servidumbre ¹². En todos los casos, la protestación ó la oposición de este último interrumpirá la usucapión de la servidumbre ¹³.—La *accessio possessionis* tiene lugar igualmente en la usucapión de las servidumbres ¹⁴.—En las hipótesis en que la usucapión no es admisible, es precisa la posesión continuada durante treinta ó cuarenta años ¹⁵.

OBSERVACIÓN. Nos dicen algunos pasajes que aquel que ha ejercido una servidumbre de acueducto durante un tiempo inmemorial debe ser mantenido en este ejercicio ¹⁶. Esta disposición particular ha dado lugar á la teoría de la prescripción inmemorial, que ha gozado de gran importancia durante la edad media. Los glosadores, y después de ellos la mayor parte de los comentadores, distinguen las servidumbres en continuas y discontinuas, y sostienen que para la adquisición de las primeras basta la prescripción ó la usucapión ordinarias, mientras que exigen la prescripción inmemorial para las servidumbres discontinuas ¹⁷. Estas distinciones son estrañas al derecho romano. Encontramos, á la verdad, algunos pasajes en los cuales se trata del ejercicio continuo de las servidumbres; pero la existencia ó defecto de esta circunstancia carece de influencia sobre la adquisición por usucapión ¹⁸.

§ 143. *Por la ley.*

Solo hay el usufructo que se adquiere de pleno derecho en virtud de una disposición legal, sin que haya necesidad de un acto de ad-

¹² Fr. 6. 20. pr. D., de S. P. U. 8, 2.

¹³ El ejercicio, continuado á pesar de tal oposición y protesta toma, con efecto, el carácter de una posesión violenta ó clandestina. Fr. 4, § 27, D., de *usurpationibus* 41. 3.—Fr. 3, pr. § 1, D., de *itinere* 43, 19.—Fr. 1. § 5. 7, D., *quod vi aut clam* 43, 24.—L. 2, C., de *servitutibus* 3, 34.—L. 10, C., de *adquirenda possessione* 7, 32.

¹⁴ Arg. GAYO, IV, 151.—Fr. 3, § 2. 6-10. Fr. 6. D., de *itinere* 43, 19.

¹⁵ Arg. L. 5, C., in *quibus causis in int. restitutio necessaria non est* 2, 41.—L. 5, C., de *fundis rei privatæ* 11, 65.—Nov. 131, c. 6, y más arriba, § 112.

¹⁶ Fr. 28, D., de *probat.* 22, 3.—Fr. 3, § 4, D., de *aqua* 43, 20.—Fr. 2. 26, D., de *aquæ pluv. arc. actione* 39, 3.

¹⁷ Relativamente á esta cuestión se puede leer, VIXNIUS, *Selectæ quæstiones* I, 31.

¹⁸ Los comentadores que admiten la terminología de la cual acabamos de hablar, la definen de varias maneras. El código de Napoleón, en el art. 688, dice: «Las servidumbres continuas son aquellas cuyo uso és ó puede ser sin interrupción, no necesitando del hecho actual del hombre... Las servidumbres discontinuas son aquellas que necesitan del hecho actual del hombre para ser ejercidas». Esta definición es buena especialmente por indicar la diferencia importante que hemos señalado más arriba, § 135, nota 4. Pero estas nociones no son romanas: nuestros jurisconsultos califican de *no continuas* las servidumbres cuyo ejercicio se hace con ciertos intervalos, determinados por con-

quisición. Así es que en el derecho nuevo, el padre tiene en general el usufructo de los bienes que pertenecen á los hijos *peculium adventicium* ¹, y en virtud de la disolución del matrimonio, los esposos se encuentran reducidos en ciertas hipótesis, al usufructo en lo que concierne á los bienes gananciales y aún respecto de estos bienes en caso de contraer segundas nupcias ².

COMO SE EXTINGUEN LAS SERVIDUMBRES †.

§ 144.

Las reglas generales sobre la extinción de los derechos se aplican igualmente á la extinción de las servidumbres. La materia presenta, no obstante, aquí algunas particularidades. En primer lugar, la extinción de una servidumbre, haciendo cesar la restricción impuesta á la cosa sirviente produce naturalmente el efecto de hacer que vuelva al dominio de esta cosa el desmembramiento que constituía el derecho de servidumbre ¹. En segundo lugar, hay que hacer notar que las servidumbres no pueden ser enajenadas como tales ², si no es para hacerlas volver á la propiedad de la cual han sido desmembradas ³. Por fin, resulta de la indivisibilidad de las servidumbres (excepto el usufructo) que la división de la cosa sirviente ó del fundo dominante deja subsistir las servidumbres existentes respecto de todas y cada una de las parcelas creadas por la partición ⁴,

vención ó dependientes del azar. Fr. 14. pr. D., *de servitutibus* 8, 1.—Fr. 7, D., *quemadm. serv. amitt.* 8, 6. Cf. *acont.*, § 145, nota 15.

¹ Titt. C., *de bonis maternis et materni generis* 6, 60; *de bonis quæ liberis* 6, 61, y á *cont.*, t. III, § 331, c.

² A) L. 3, § 1. L. 5, C., *de secundis nuptiis* 5, 9.—Nov. 22, c. 23-26. 46, § 2, y á *cont.*, t. III, § 321, notas 26 sgg.—B) L. 11, § 1. 2. C., *de repudiis* 5, 17.—Nov. 117, c. 1. 2. y á *cont.*, t. III, § 322, nota 11.

† Tit. D., *quibus modis ususfructus vel usus amittitur* 7, 4 (Cf. PAULO, III, 6, 28-33.—Tit. D., *quemadmodum servitutes amittantur* 8, 6.

¹ PAULO, III, 6. 28. «Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit...»—§ 4, I., *de usufructu* 2. 4. «Cum autem finitus fuerit ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem...».—L. 3, pr. C., *eodem* 3. 32, «regreditur».—L. 14, C., *eodem* 3, 32. «redit».—Fr. 72, D., *eodem* 7, 1. «accedit».—Fr. 18, § 4, D., *de pig-nor. act.* 13, 7. «adcrecit».—Fr. 20. D., *de S. P. U.* 8, 2 y *passim*.

² Con efecto, las servidumbres personales están adheridas al individuo á favor del cual han sido creadas y no pueden pasar á otra persona; las servidumbres prediales son inherentes al fundo dominante y no pueden existir sin este fundo. V., más arriba, § 124. *initio*; § 126, nota 20; § 132, notas 2. 3.

³ V., á *cont.*, nota 6.

⁴ Esta proposición (consagrada por el Fr. 23, § 3. Fr. 25, D., *de S. P. R.* 8, 3. Cf. Fr. 19, § 4, D., *communi dividendu* 10, 3) está muy lejos de ser absoluta. Así, 1º si, respecto de una de las parcelas, las condiciones requeridas para la existencia de la servidumbre no se encuentran reunidas, es evidente que la servidumbre cesará por fuerza en lo que toca á esta parcela. 2º Si, con respecto á una de las parcelas, hubiese cesado el uso durante el tiempo legal, la servidumbre quedará extinguida, por lo que toca á esta parcela. Fr. 6, § 1, D., *servitutes quemadm. amitt.* 8, 6. Cf. Fr. 16, D., *eodem*. V., á *cont.*, § 145, nota 11.

y de otra parte, que las servidumbres, en general, no pueden extinguirse parcialmente ⁵.

1.º Renuncia. En materia de servidumbres, le renuncia contiene implícitamente una enagenación á favor del propietario de la cosa sirviente cuyo derecho se encuentra desde entonces libre de la restricción que le imponía la servidumbre ⁶. En el antiguo derecho la renuncia debía hacerse por medio de un acto solemne: por *in iure cessio*, es decir, por una acción negatoria ficticia, ó por *remancipatio* ⁷. En el derecho nuevo, la renuncia no exige ninguna formalidad; puede también hacerse tácitamente ⁸.—Cuando una servidumbre indivisible pertenece á muchos en común, la renuncia solo produce efecto si se hace por todos ⁹.

2.º Confusión ó consolidación. Hay confusión, cuando el derecho limitado y el derecho limitador, ó en otros términos, la propiedad restringida y la servidumbre, se reúnen en la misma persona ¹⁰. La confusión se llama particularmente consolidación, cuando se refiere al derecho de usufructo ¹¹. El efecto de la confusión es extinguir la servidumbre pues nadie puede tener una servidumbre en su cosa ¹². Si más tarde, el propietario enajena ya el fundo sirviente ó ya el dominante, la enajenación no hace revivir el derecho de servidumbre extinguido por la confusión ¹³.—Hay que advertir que las servidum-

⁵ V., más arriba, § 124, n.º 6, y para las varias aplicaciones del principio, á cont., notas 9. 14. 15 y § 145, notas 11. 13. 14.

⁶ PAULO, III, 6, 28.—Fr. 14, § 1, D., *de servitutibus* 8, 1.—Fr. 20, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 17, in f. D., *communis prædiorum* 8, 4.

⁷ GAYO, II, 30.—PAULO, III, 6, 28. 32.

⁸ Fr. 8, pr. D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6.—Fr. 4, § 12, D., *de doli mali except.* 44, 1.—Sin embargo, no se presume la renuncia. Fr. 21, D., *de S. P. U.* 8, 2.—Fr. 20, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3. V., más arriba, § 37, nota 8.

⁹ Fr. 32, pr. in f. D., *de S. P. U.* 8, 2.—Fr. 34, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3. «Unus ex sociis fundi communis permittendo ius esse ire agere, nihil agit. Et ideo, si duo prædia, quæ mutuo serviebant, inter eosdem fuerint communicata, quoniam servitutes pro parte retineri placet, ob altero servitus alteri remitti non potest. Quamvis enim unusquisque sociorum solus sit, cui servitus debetur, quoniam non personæ sed prædia deberent, neque adquiri libertas, neque remitti servitus per partem poterit».

¹⁰ Fr. 4, D., *usufructuarius quemadm. caveat* 7, 9.—Fr. 10, D., *communis prædiorum* 8, 4.—Fr. 1, D., *quemadm. servit. amittantur* 8, 6.

¹¹ *Vaticana fragm.* 83.—§ 3, I., *de usufr.* 2, 4.—Fr. 3, § 2, D., *de usufr. accrescendo* 7, 2.—Fr. 73, § 2, D., *de iure dotium* 23, 3.—En PAULO, III, 6, 28, encontramos el término *dominii comparatio* para designar la consolidación del usufructo con la nuda propiedad.

¹² § 3, I., *de usufructu* 2, 4.—Fr. 17, D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4.—Fr. 10, D., *comm. præd.* 8, 4.—Fr. 1, D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6.

¹³ Fr. 30, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2.—Pero puede suceder que, llegando á desaparecer la causa de la confusión, el propietario del fundo liberado por la confusión se encuentre obligado á reconstituir la servidumbre. V., á cont., t. III, §§ 313. 413 Obs. § 447. y Fr. 18, D., *de servit.* 8, 1.—Fr. 9, D., *communis prædiorum* 8, 4.—Fr. 116, § 4, D., *de legatis I* (30). Cf. Fr. 2, § 19, D., *de hereditate vendita* 18, 4, y Fr. 7, § 1, D., *de fundo dotali* 23, 5. En algunos casos parti-

bres indivisibles no se extinguen, si la reunión de los dos derechos (propiedad y servidumbre) no es más que parcial ¹⁴.

3.º Pérdida de la cosa sirviente. No hay que decir que las servidumbres se extinguen por la pérdida total de la cosa gravada con la servidumbre ¹⁵; pero, además se extinguen cuando la cosa sufre cambios tales que hagan imposible la existencia de la servidumbre. Análogo resultado produce respecto de las servidumbres personales más fácilmente que respecto de las servidumbres reales ¹⁶. Las primeras, con efecto, se extinguen en virtud de un acontecimiento cualquiera ¹⁷, que modifique el estado de la cosa sujeta á la servidumbre, de manera que impida el uso de la misma, tal como lo requiere la naturaleza particular del derecho de que se trata en la especie ¹⁸. Para las servidumbres reales es preciso un cambio radical

culares el restablecimiento se hace de pleno derecho. Cf. Fr. 57, pr. D., *de usufructu* 7, 1, y á cont., t. III, §§ 417 sgg.

¹⁴ De esta manera puede suceder que se tenga una servidumbre sobre su propia cosa. Fr. 8, § 1, D., *de servit* 8, 1.—Fr. 30, § 1, D., *de S. P. R.* 8, 2.—Fr. 27, D., *de S. P. R.* 8, 3. «... Quia proprio fundo per communem servitus deberi potest».—Fr. 34, pr. D., *eodem*, más arriba, nota 9. — Siendo el usufructo divisible, puede naturalmente extinguirse por partes. *Vaticana fragm.* 80.—Fr. 14, D., *quibus modis ususfr. amitt* 7, 4. Cf. Fr. 25, D., *eodem*.

¹⁵ Pérdida física ó legal, colocación fuera del comercio. Pr. § 3. I., *de usufructu* 2, 4.—Fr. 2, D., *eodem* 7, 1.—Fr. 23. 24. 26. 30, D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4.—La pérdida parcial deja subsistir la servidumbre, á menos que el estado de la cosa producido por esta pérdida no haga imposible la existencia de la servidumbre. Fr. 53, D., *de usufructu* 7, 1 y las notas siguientes, 16-21.

¹⁶ PAULO, III, 6, 31. «*Rei mutatione amittitur ususfructus, si domus legata incendio conflagraverit aut ruina perierit, licet postea restituatur.*».—Fr. 5, § 2. 3. Fr. 10, § 2, sgg. Fr. 12. 23. 24, D., *quibus modis ususfructus amittatur* 7, 4, así como los textos citados en la nota siguiente. Cf. Fr. 17 pr. D., *de usufructu* 7, 1.—Para el usufructo de un patrimonio, V., Fr. 34, § 2, D., *de usufructu* 7, 1.

¹⁷ Poco importa que este acontecimiento sea fortuito ó sea el hecho del hombre, y aún del propietario de la cosa sirviente, salvo, en esta última hipótesis, la responsabilidad del agente. Fr. 71, D., *de usufructu* 7, 1.—Fr. 5, § 3. Fr. 6. 7. D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4.—Fr. 9, pr. D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6, y á cont., nota 20.

¹⁸ Así A) el usufructo de un campo destinado al cultivo se extingue cuando el campo se encuentra en tal estado que hace su cultivo imposible. Fr. 10, § 2. 3. 4. Fr. 23. 24. pr. D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4.—B) El usufructo de una *area* se acaba cuando el solar llega á estar cubierto por algún edificio. De la misma manera se extingue el usufructo de una casa, cuando el edificio desaparece; y, en este caso, el usufructuario no puede pretender ningún derecho sobre las ruinas ó restos del edificio, ni sobre el solar. PAULO, III, 6, 31.—§ 3, I., *de usufructu* 2, 4.—Fr. 36, pr. Fr. 71, D., *eodem*.—Fr. 5, § 2. 3. Fr. 10, § 1. Fr. 12, pr. D., *quibus modis* 7, 4.—Fr. 20, § 2. D., *de S. P. U.* 8, 2.—Pero Cf. Fr. 8. 9, D., *quibus modis* 7, 4, y Fr. 34, § 1, D., *de usufr.* 7, 1.—C) Fr. 10, § 8, D., *quibus modis* 7, 4. «*Quadrige usufructu legato, si unus ex equis decesserit, an extinguatur ususfructus, queritur. Ego puto multum interesse, equorum an quadrige usufructus sit legatus. Nam, si equorum, supererit in residuis; si quadrige, non remanebit, quoniam quadrige esse desiit.*».—El Fr. 31, D., *eodem*. «*Cum gregis usufructus legatus est, et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit usufructus*», ha dado lugar á las más extravagantes interpretaciones. Cf. á cont., t. III, § 432 *in fine*.

que dé lugar á la imposibilidad permanente de ejercer la servidumbre ¹⁹.—Si las cosas vuelven más tarde al estado en que se encontraban antes de la destrucción, las servidumbres reviven, con tal que, en el intervalo no se hayan extinguido por el no uso ²⁰. Esta regla es incontestable respecto de las servidumbres prediales; pero es de una aplicación menos cierta para las servidumbres personales ²¹.

4.º Cesación de la cualidad que dá derecho á la servidumbre.—A) Las servidumbres personales inherentes al individuo, se extinguen por la muerte natural ó civil de aquel á favor del cual se han establecido ²². En el antiguo derecho, toda *capitis deminutio*, aún la *minima*, tenía por efecto extinguir los derechos que derivaban del *ius civile*; en el derecho nuevo, la *capitis deminutio minima* no produce ya este efecto ²³. Si el usufructo se establece á favor de una persona civil, la ley fija su duración en cien años, á menos que la persona civil quede extinguida antes de espirar este tiempo ²⁴. El usufructo concedido á una persona y á sus herederos cesa por la muerte de los que suceden inmediatamente al primer usufructuario ²⁵.—Encontramos además la particularidad de que el usufructo legado á un esclavo ó á un hijo de familia no se extingue por la muerte ó por la *capitis deminutio* de estas personas, sino que continúa existiendo á

¹⁹ Fr. 20, § 2. Fr. 31, D., *de S. P. U.* 8, 2.—Fr. 13, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 9, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5.—Fr. 14, pr. D., *quemadmodum servitutes amittantur* 8, 6.

²⁰ V., á cont., § 145. Sin embargo, en este caso puede suceder que el propietario de la cosa sirviente esté obligada á restablecer la servidumbre. Fr. 71, D., *de usufr.* 7, 1.—Fr. 5, § 3. Fr. 6, 7, D., *quibus modis* 7, 4.—Fr. 14, pr. D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6.—Los Fr. 34, § 1 y Fr. 35, D., *de S. P. R.* 8, 3, parece que también decretan el restablecimiento del derecho después de haberse cumplido la prescripción. «Si fons exaruerit ex quo ductum aquæ habeo, isque post constitutum tempus ad suas venas redierit rel.»

²¹ Para las servidumbres prediales. Fr. 24, § 1, D., *h. t.* 7, 4.—Fr. 31, D., *de S. P. U.* 8, 2.—Fr. 14, pr. D., *h. t.* 8, 6. Cf. Fr. 34, § 1, Fr. 35, D., *de S. P. R.* citados en la nota anterior. En cuanto á las servidumbres personales, los Fr. 71, D., *de usufructu* 7, 1, y Fr. 23, 24, pr. D., *h. t.* 7, 4, están por la afirmación; pero PAULO, III, 6, 31 y los Fr. 36, pr. D., *de usufr.* 7, 1 y Fr. 10, § 1, 7, D., *quib. mod. ususf. amitt.* 7, 4, deciden lo contrario.

²² § 3, I., D., *de usufr.* 2, 4. — Pr. I., *de usu.* 2, 5. — Fr. 3, § 3, D., *quibus modis usufr. amitt.* 7, 4.—Fr. 37, D., *de S. P. R.* 8, 3.—L. 3, pr. L. 13, 14, C., *de usufructu* 3, 33.—Excepción para las *operæ servorum*, más arriba, § 131, nota 3.

²³ PAULO, III, 6, 28, 29.—*Vaticana fragm.* 61-64.—Fr. 1, D., *quib. mod. ususf. amitt.* 7, 4.—§ 3, I., *de usufr.* 2, 4.—§ 1, I., *de adquis. per. arrog.* 3, 10.—L. 16, § 2, C., *de usufr.* 3, 33.—Hemos visto más arriba, §§ 130, 131, que la habitación y las *operæ servorum* no se pierden por la *capitis deminutio*.

²⁴ Fr. 56, D., *de usufructu* 7, 1.—Fr. 8, D., *de usu et usufr. per leg. datis* 33, 2.—Fr. 21, D., *quibus modis usufructus amittitur* 7, 4.—Cf. más arriba, § 21, notas 33, sgg.

²⁵ Propiamente hablando, en este caso existen dos usufructos distintos, el uno á favor de la persona designada, el otro á favor de sus herederos. Fr. 3, § 3, Fr. 5, D., *quib. mod. usufr. amitt.* 7, 4.—Fr. 38, § 10, 12, D., *de verb. obl.* 45, 1.—L. 14, C., *de usufructu* 3, 33.

favor del padre de familia. Del mismo modo, la muerte del padre de familia no extingue el derecho si el hijo ó el esclavo sobreviven ²⁶.—B) Las servidumbres prediales estando unidas á los inmuebles, no cesan por la muerte de aquel que las ejerce actualmente; pero se extinguen por la destrucción del fundo dominante. Si las cosas vuelven á su antiguo estado, la servidumbre extinguida revive, con tal que no haya perecido por el no uso ²⁷.

5° La revocación de la propiedad de aquel que ha constituido la servidumbre extingue el *ius in re*, con tal que la revocación se ejerza *in rem* ²⁸. Lo mismo sucede con las servidumbres establecidas por el enfiteuta y por el superficiario, los cuales cesan al finir los derechos de enfiteusis y de superficie ²⁹.

6° El cumplimiento de la condición resolutoria y la expiración del término por el cual se ha concedido la servidumbre ³⁰ no se aplican como causas de extinción más que á las servidumbres personales ³¹. — Hay que notar que el usufructo concedido hasta que un tercero tenga una edad determinada dura hasta esta época, aunque el tercero muera antes de la edad fijada ³².

7.° La prescripción. Véase el párrafo siguiente.

§ 145. De la prescripción extintiva de las servidumbres †.

Hemos intentado probar más arriba, §§ 6 y 61, que los derechos no se pierden por el simple no uso; hemos presentado la prueba irrecusable en cuanto al derecho de propiedad. No obstante, hemos hecho constar también que la pérdida del derecho de propiedad puede resultar indirectamente del no ejercicio, cuando otra persona ha adquirido por usucapión la cosa que nos había pertenecido. El mismo resultado puede producirse respecto de los *iura in re* y particularmente de las servidumbres. Con efecto, si, durante el

²⁶ L. 17, C., de usufr. 3, 33. Cf. L. 15. 16, C., eodem.—En el antiguo derecho, existían varias distinciones. *Vaticana fragm.* 57. Cf. *ibidem* 55. 71.

²⁷ Fr. 20, § 2, D., de *servitutibus prædiorum urbanorum* 8, 2. Cf. más arriba, notas 4. 15. 20 sgg., y á cont., § 145, nota 11.

²⁸ V., más arriba, § 94, n° 3, OBSERVACIÓN, y á cont., t. II, § 249, OBSERVACIÓN.

²⁹ V., á cont., § 147, nota 4, y § 152, nota 9.

³⁰ PAULO, III. 6, 33.—Fr. 16, D., *quibus modis ususfr. amittitur* 7, 4.—Fr. 35, D., de *usu et usufr. per legatum datis* 33, 2.—L. 5. 12, C., de *usufructu* 3, 33.

³¹ Con efecto, las servidumbres prediales no admiten término ni condición. V., más arriba, § 132, n° 4.

³² L. 12, pr. C., de *usufr.* 3, 33. V., algunas decisiones análogas: L. 12, § 1, C., eodem, y Fr. 1, § 6, D., de *usu et usufr. per legatum datis* 33, 2.

† Titt. D., *quibus modis usufructus amittitur* 7, 4; *quemadmodum servitutes amittantur* 8, 6.

tiempo requerido para la usucapión, la persona á quien compete una servidumbre no la ejerce, y durante este mismo tiempo el dueño de la cosa sirviente ejerce el derecho de propiedad en toda su extensión bajo las condiciones requeridas para la usucapión, es evidente que este último habrá adquirido la propiedad libre é ilimitada de su cosa, *usucapio libertatis*. Esa usucapión producirá necesariamente por efecto extinguir la servidumbre que limita la libertad, como la usucapión de una cosa corporal destruye el derecho del antiguo propietario. Pero, tanto en uno como en otro de estos casos, propiamente hablando, es la usucapión del nuevo adquisidor lo que produce este resultado, y no el no uso accidental de aquel que pierde su derecho. He aquí la base originaria de la institución de que vamos á tratar. Lo que prueba que al principio los Romanos lo consideraban bajo el mismo punto de vista, son los términos que encontramos en el antiguo derecho, y que son de un año para las cosas muebles y de dos años para los inmuebles ¹.

Pero en la práctica, es á menudo difícil distinguir entre la posesión de la libertad y el no uso de la servidumbre, por la razón de que las manifestaciones exteriores de estas ideas no presentan ninguna diferencia sensible. Esto es particularmente verdad respecto de las servidumbres cuyo ejercicio exige un acto positivo de parte de aquel á quien competen. Con efecto, desde el momento en que no tiene ya lugar el acto positivo necesario al ejercicio de la servidumbre, la cosa sujeta á ella se encuentra en estado de libertad sin que el propietario tenga necesidad de hacer acto alguno que haga constar que toma posesión de esta libertad. En otros términos, el simple no uso de estas servidumbres tiene necesariamente por efecto dar al propietario de la cosa sujeta á ella, el ejercicio ó posesión de la libertad. Desde entonces no es extraño que se haya olvidado para estas servidumbres la idea de la usucapión de la libertad, que en sí misma es abstracta y ofrece ménos interés práctico que la de la extensión de la servidumbre. No obstante, la jurisprudencia se mantuvo dentro de los límites que la naturaleza de los casos prescribía rigurosamente. Así, si bien se erigió en principio general que *servi-*

¹ PAULO, I, 17, 1. «Viam, iter, actum, aquæductum qui biennio usus non est, amississe videtur... 2. Servitus hauriendæ aquæ vel ducendæ biennio omisa intercidit, et biennio usurpata recipitur». ¿Cual és el sentido de las palabras *biennio usurpata recipitur*? La interpretación visigoda los entiende del *usu receptio* de la servidumbre perdida. Nos parece más probable tomar *usurpare* en el sentido ordinario: *interrumpir la prescripción*. EL MISMO, III, 6, 30. «Non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno». — Cf. *Vaticana fragm.* 46, y Fr. 2, in f. D., *de usu et usufr. per legatum datis* 33, 2. «... Servo usucapto legatum [operarum] perit».

tutes non utendo pereunt ², se continuó exigiendo la usucapión de la libertad para las servidumbres á las cuales no se aplicaba la observación que hemos hecho. Encontramos la disposición expresa de que el simple no uso no basta para extinguir las servidumbres *pædiorum urbanorum*, sino que es preciso además *usucapio libertatis* de parte del propietario de la cosa sirviente ³. Hemos visto en el § 132 que el ejercicio de las servidumbres urbanas consistía precisamente en gozar de un estado de cosas, *habendo*, ó en impedir el libre ejercicio de la propiedad del vecino, *prohibendo*, mientras que las servidumbres rurales exigen en general para ser ejercidas, el hecho positivo de aquel que tiene la servidumbre y la tolerancia del dueño de la cosa sujeta á ella. Las servidumbres personales se parecen bajo este concepto á las servidumbres rústicas. Por esto se ha admitido que se extinguen igualmente por el simple no uso ⁴.

Justiniano conservó las reglas que se habían así formado por la jurisprudencia; solamente que abolió los antiguos términos de la usucapión y los reemplazó por los de la *longi temporis præscriptio* ⁵. En el derecho nuevo, encontramos por consiguiente, el principio de que las servidumbres se extinguen por el no uso de diez ó veinte años. El no uso basta para las dos servidumbres personales sometidas á este modo de extinguirse ⁶, así como para las servidumbres rústicas ⁷. Pero respecto de las servidumbres urbanas, es pre-

² PAULO, I. 17, § 1, citado más arriba.—§ 3, I., *de usufr.* 2, 4.—Fr. 6, pr. D., *de S. P. U.* en la nota que sigue.—Fr. 18, D., *de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 7, D., *h. t.* 8, 6, «... SERVIUS scribit perdere eum, non utendo, servitutem...».—L. 13, C., *de servitutibus* 3, 34, «... Ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur».

³ Fr. 6, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2. «Hæc autem iura, similiter ut rusticorum quoque prædiorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod hæc dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si ædes tuæ ædibus meis serviant, ne altius tollantur, item si tigni immissi ædes tuæ servitutem debent, ita demum amitto ius meum, si tu foramem, unde exemptum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris: alioquin, si nihil novi feceris, integrum ius meum permanet».—Fr. 6, § 1. Fr. 32, D., *eodem.*—Fr. 18, § 2, D., *h. t.* 8, 6.—Fr. 4, § 29, D., *de usurpationibus* 41, 3.

⁴ PAULO, III, 6, 30.—§ 3, I., *de usufr.* 2, 4.—Fr. 3, D., *si usufr. petetur* 7, 6.—Fr. pr. D., *de iura dotium* 23, 3.—Fr. 126, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1.—L. 16, C., *de usufructu* 3, 33.

⁵ L. 16, C., *de usufructu* 3, 33, del 1.º de Octubre del año 530.—L. 13, C., *de servitutibus* 3, 34 de 18 octubre de 531.—Cf. á cont., nota 16.

⁶ Es decir, para el usufructo y el uso, V. más arriba, nota 4.

⁷ V., los textos citados en las notas 4 y 5. Para el usufructo, algunos autores exigen la usucapión de la libertad, fundándose sobre las disposiciones de la L. 16, § 1, C., *de usufructu* 3, 33. Pero es evidente que no se puede atribuir este alcance á esta ley del año 530, si se la pone en combinación con la L. 13, C., ya citada la cual es del año 531. Por lo demás, el no uso del derecho de usufructo tiene por consecuencia la extinción de la acción personal que pudiéramos tener contra el constituyente y sus herederos, lo que había sido discutido. L. 16, § 1, C., citada y *Vaticanu fragm.* 46.—El cuasi usufructo no está sujeto

ciso, además, la *usucapio libertatis* por parte del dueño de la cosa sirviente ⁸; es decir, es preciso que este haya puesto un acto contrario á la servidumbre, sin que el propietario del fundo dominante se haya opuesto á ello, y que el estado de cosas producido por este acto haya durado el tiempo requerido para la prescripción ⁹.

Importa poco que sea voluntariamente ¹⁰, ó por ignorancia, ó en fin, por otro cualquier motivo, que aquel á quien compete la servidumbre haya dejado de usarla ¹¹. Mas, para conservarla, no es necesario que el titular la haya ejercido por sí mismo; puede hacerla ejercer por otro: subsiste también, cuando es ejercida por un tercero cualquiera, con tal que el uso se haga á título de derecho ¹². Cuando la servidumbre pertenece á varios por indiviso, el goce de uno impide, en virtud de la indivisibilidad de las servidumbres, la prescripción respecto de todos. Del mismo modo, si entre ellos se encuentra uno contra el cual no ha podido correr la prescripción, se con-

á la extinción por el no uso, «quia nec ususfructus est». *Vaticana fragm.* 46. —Fr. 9. 10, pr. D., *de ususfr. carum rerum* 7, 5.—Fr. 7, §1, D. *usufructuarius quemadm. caveat* 7, 9. El usufructo que se ejerce *alternis annis* tampoco está sujeto á este modo de extinción. Fr. 28, D., *quibus modis* 7, 4. «Si usufructus alternis annis legetur, non posse non utendo eum amitti: quia plura sunt legata». —Fr. 13, D., *de usu et usufr. leg.* 33, 2. «Cum usufructus alternis legatur, non unum sed plura legata sunt. Aliud est in servitute aquæ et viæ. Viæ enim servitus una est quia natura sui habet intermissionem». Cf. á cont., nota 16.

⁸ V., más arriba, nota 2.

⁹ V., más arriba, nota 3.

¹⁰ No hay que decir que el no uso que se hace *precario* no puede servir de base á la prescripción. Fr. 32, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2.—Fr. 17, D., *communis prædiorum* 8, 4.

¹¹ Fr. 20, D., *h. t.* 7, 4. — Fr. 19, § 1, D., *h. t.* 8, 6. Se extinguirá la servidumbre cuando el no uso provenga de fuerza mayor ó también de la violencia de la parte contraria. Cf. más arriba, § 144, notas 20. 21, y Fr. 14, pr. D., *h. t.* 8, 6; Fr. 6, pr. D., *si servitus vindicetur* 8, 5; Fr. 34, § 1. Fr. 35, D., *de S. P. U.* 8, 3.—Fr. 4, § 27, D., *de usurpat.* 41, 3. Algunas interesantes hipótesis del no uso se presentan cuando desaparece la vecindad entre los dos fundos. (Fr. 6, pr. D., *citado*) y particularmente cuando este hecho se produce á consecuencia de la división de uno de los fundos. Por más que, en este caso, continua subsistiendo la servidumbre á favor y cargo de cada una de las parcelas, á pesar de todo, en la realidad, hay tantas servidumbres como parcelas, y cada una de estas servidumbres puede desde luego extinguirse separadamente á consecuencia del no uso. (Fr. 6, § 1. Fr. 16, D., *h. t.* 8, 6).—En las diversas hipótesis de pérdida á consecuencia del no uso por causa de fuerza mayor puede haber lugar al restablecimiento de la servidumbre si volviese á ser posible su ejercicio. Fr. 34. Fr. 23, § 2, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6.—Fr. 34, § 1. Fr. 35, D., *de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 14, pr. D., *h. t.* 8, 6.—Fr. 9, § 1. Fr. 10, D., *de vi* 43, 16. Cf. más arriba, § 144, notas 20. 21.

¹² Fr. 12, § 2. 3. Fr. 38-40, D., *de usufructu* 7, 1.—Fr. 22. 29, pr. D., *h. t.* 7, 4.—Fr. 5, D., *h. t.* 8, 5.—Fr. 6, pr. D., *eodem.* «Nam satis est fundi nomine itum esse». —Fr. 12. 20. 25, D., *eodem.* Fr. 3, § 4, D., *de itinere* 43, 19.—Fr. 5, § 1, D., *de aqua* 43, 20. Cf. más arriba, § 135, nota 15.—Se encuentran algunas disposiciones particulares relativas al ejercicio del usufructo en los Fr. 38. 39. 40, D., *de usufructu* 7, 1.

serva el derecho de todos los demás ¹³. Por la misma razón la servidumbre continúa entera, aunque solo se ejerza sobre una parte de la cosa sirviente ¹⁴, ó que el titular solamente se sirva de una parte de las disposiciones comprendidas en el derecho ¹⁵.—El término de las prescripción se ha fijado de una manera uniforme para todas las servidumbres, en diez años entre presentes y veinte entre ausentes ¹⁶.—No hay que decir que no debe haber interrupción en el no uso. El principio de la *accessio possessionis* se aplica igualmente á esta materia ¹⁷.

En el caso de extinguirse la servidumbre por el no uso, no necesita haber tenido buena fé aquel que quiere aprovecharse de la prescripción; pero la *usucapio libertatis* exige naturalmente esta condición ¹⁸.

¹³ Fr. 18, D., *de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 5. 6. 8, § 1. Fr. 16, D., *h. t.* 8, 6.—Fr. 10, pr. D., *eodem*. «Si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum et ego viam retineo». Cf. Fr. 25, § 18, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. Lo que es verdad para un fundo común, cesa de serlo, despues de la partición, para las partes que dejan de ser comunes. Cf. más arriba, nota 11.—Siendo el usufructo divisible, no puede ser conservado por el uso que de él hace nuestro usufructuario. Fr. 14. 25, D., *h. t.* 7, 4.

¹⁴ Fr. 18, D., *de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 6, § 1. Fr. 9, D., *h. t.* 8, 6. (Recordamos las observaciones hechas en la nota anterior para el caso de partición y para el usufructo.)

¹⁵ Fr. 2, D., *quemad. servit. amitt.* 8, 6. «Qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum ierit, non periisse actum, sed manere, Sabinus, Cassius, Octavianus aiunt. Nam ire quoque per se eum posse qui actum habet».—Fr. 8, § 1. Fr. 9. 11, pr. D., *eodem*.—Fr. 9, § 1, D., *si serv. vind.* 8, 5.—Fr. 18, D., *de S. P. R.* 8, 3.—No sería lo mismo si el titular ejerciese poderes diferentes de los que están contenidos en su derecho: en esta hipótesis, podría haber no uso y por consiguiente extinción de la servidumbre. Fr. 10, § 1. Fr. 17, D., *h. t.* 8, 6. Fr. 18, pr. D., *eodem*. «Si quis alia aqua usus fuerit, quam de qua in servitute imponenda actum est, servitus amittitur».—Fr. 17, pr. D., *aqua et aquæ pluv. arc. act.* 39, 3.—Fr. 20, D., *h. t.* 7, 4. «Is, qui usumfructum habet, si tantum utatur, quia existimet, se usum tantum habere, an usumfructum retineat? Et si quidem sciens, se usumfructum habere, tantum uti velit, nihilominus et frui videtur, si vero ignoret, puto eum amittere fructum; non enim ex eo, quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere». Probablemente á este orden de ideas se refieren las palabras del § 4, I., *de usufructu* 2, 4. «Finitur autem ususfructus... non utendo per modum et tempus...», cuya interpretación es, por lo demás, muy controvertida. V., MM. SCHRADER, ORTOLAN, *ad h. l.*

¹⁶ L. 13, C., *de servitutibus* 3, 34. Relativamente á las servidumbres discontinuas, siempre se necesitan veinte años, cuando los intervalos de tiempo que su ejercicio permite son de un mes ó más. L. 14, pr. C., *eodem*, combinado con Fr. 7, D., *communis prædiorum* 8, 4.—Cuando se trata de personas ó bienes que no están sometidos al plazo ordinario de diez ó veinte años, el tiempo de la prescripción es de treinta ó cuarenta años. Arg. L. 5, C., *in quibus causis in integrum restitutio* 2, 41.—Nov. 131, c. 6. V., también á cont., nota 19.

¹⁷ Fr. 7. 32, § 1, D., *de S. P. U.* 8, 2.—Fr. 18, § 1, D., *h. t.* 8, 6.—Arg. Fr. 3, § 2, D., *de itinere* 43, 19.

¹⁸ Arg. Fr. 1, § 10. 19, D., *de aqua* 43, 20.—El Fr. 32, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2. no es contrario; pues nada, en la especie decidida, prueba que el *usucapiens* haya obrado de mala fé respecto de *Mævius*.—En el Fr. 4, § 27, D., *de usurpat.* 41, 3, se trata de una servidumbre real.

Las disposiciones legales que eximen á ciertas personas y á ciertas cosas de la prescripción y de la usucapión¹⁹, se aplican igualmente á la pérdida de las servidumbres por no uso²⁰.

TÍTULO TERCERO.

DE LA ENFITEUSIS †.

NATURALEZA DEL DERECHO DE ENFITEUSIS.

§ 146. *Noción é introducción histórica.*

La enfiteusis es un *ius in re* en virtud del cual podemos cultivar un fundo y gozar de él de la manera más extensa, mediante una renta que se debe pagar al propietario. Para designar este derecho, desde el segundo siglo de la era cristiana, se emplea la palabra *emphiteusis*, pero encontramos instituciones más ó ménos análogas mucho tiempo antes de esta época.

En primer lugar, la posesión del dominio público de que hemos hablado en la introducción histórica, ofrece grande analogía con el derecho de que tratamos aquí. Encontraremos con efecto, la renta que se debe pagar al propietario y el derecho de gozar del terreno concedido al poseedor. Que esta posesión haya sido garantizada por una acción real, ó que haya sido protegida solamente por medio de interdictos, siempre resulta que el poseedor tenía el pleno goce del fundo y lo transmitía á sus sucesores, salvo el derecho que tenía la república de revocarlo cuando quisiese¹. Bajo el punto de vista práctico, solo por esta última restricción la posesión del dominio público difería de la enfiteusis: hay que hacer notar todavía que el Estado no hizo uso sino raramente² de su derecho de revocación respecto de estas ocupaciones³.

¹⁹ V., mas arriba, §§ 60. 113, A.

²⁰ Fr. 28, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. «Alienationis verbum etiam usucapionem continet. . . . Eum quoque alienare dicitur qui non utendo amisit servitutem». Más arriba, § 33, nota 10.—Fr. 10, pr. D., *h. t.* 8, 6.—Fr. 5. 6, D., *de fundo dotali* 23, 5.—Cf. Fr. 78, § 2, D., *de iure dotium* 23, 3.—Fr. 3, § 5, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9.

† GAYO, III, 145.—§ 3, I., *de locatione et conductione* 3, 24.—Tit. D., *si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur* 6, 3.—Tit. C., *de iure emphyteutico* 4, 66.—Nov. 7. 120.

¹ V., más arriba, n.º 15.

² Lo hacía tan solamente *cogente inopia*, como dice OROSIO, V, 18, citado más arriba, n.º 15.

³ Según APIANO, *de bellis civilibus*, I, 27, hubo también, durante un cierto

Pero hay otra institución que ofrece más analogía con la enfiteusis, no solamente en cuanto á los efectos prácticos, sino además en cuanto al origen y á la naturaleza del derecho. Los municipios, los colegios de los sacerdotes, etc ⁴, tenían propiedades inmuebles que acostumbraban dar en arrendamiento ⁵. Semejantes arrendamientos sin duda, no ofrecían al principio nada de particular; pero la cualidad de arrendatario debió naturalmente dar cierto carácter de estabilidad á las relaciones que de ella resultaban, tanto más cuanto que la mayor parte de estos inmuebles estaban situados en países

tiempo, ocupaciones irrevocables absolutamente análogas al derecho de enfiteusis. Con efecto, en él leemos que poco tiempo después de los Gracos, el tribuno Sp. Borius hizo que se votase una ley según la cual las tierras del dominio público no debían dividirse, sino quedarse en poder de los poseedores actuales, mediante el pago de una renta « τὴν μὴν γῆν μηκέτι διανεμαίν, ἀλλ εἶναι τῶν ἰσχυόντων καὶ φόρους ὡς πρὸς αὐτοῖς τῶ δῆμῳ κατατίσσειν » (Tal vez á esta condición se refiere el término *ager privatus vectigalisque*, de la ley THORIA AGRARIA, c. 22. 30 in f., lin. 44. 65). Pero no duró mucho este estado de cosas; pues Apiano añade que la venta poco después fué abolida por otro tribuno, lo cual naturalmente hizo de estas concesiones unas propiedades de hecho. Cf. más arriba, n.º 85.

⁴ La República también daba en arriendo algunas partes del dominio público por términos bastante largos (De cinco á cien años, según los *Gromatici*. V., las citas de la nota siguiente y más arriba, n.º 79), y es probable que el ejemplo de Roma impulsó los municipios y las otras corporaciones para obrar de esta manera. Con este título, los arrendamientos de las tierras públicas contribuyeron pues á la creación y desarrollo de la institución en que nos ocupamos aquí. Pero bajo el punto de vista jurídico, falta la analogía. Con efecto, el Estado, no hacía los arriendos directamente con los cultivadores, sino con empresarios (*mancipes, redemptores*. Cf. más arriba, n.º 80, y á cont., t. II, § 216) que tomaban vastas extensiones de terrenos que subarrendaban después por pequeñas porciones. De este modo, los subarrendatarios, es decir los verdaderos colonos sólo gozaban del arrendamiento ordinario, que no tenía el carácter de estabilidad, propio de los arrendamientos de los *agri municipum* (á cont., notas 5 y 6). Se puede añadir que las mismas relaciones del Estado con los empresarios no eran inviolables, como lo son generalmente las relaciones consagradas por el derecho privado; porque no hay derecho contra la voluntad soberana de los Quirites. Naturalmente, este poder arbitrario pasó del pueblo al príncipe, de tal manera, que las concesiones de terrenos, hechas á los veteranos y más tarde á los soldados de las provinciae fronterizas, *militēs limitanei*, fueron siempre revocables, Fr. 15, § 2, D., *de rei vind.* 6, 1.—Fr. 11, D., *de evictionibus* 21, 2. Las tierras así concedidas por los emperadores fueron llamadas *agri limitanei, limitrophī*. LAMPRIDIO, *Alej. Severo* 58.—VOPISCUS, *Probus*, 13. 14. 16.—L. 38, Th. C. (*de fundis patrimonialibus*) 5, 13.—*Novellæ Theodosii, de patrim. et limitrophis fundis*, tit. V, c. 2, pr. § 1; *de ambitu et locis limitaneis*, tit. XXIV, c. 1, § 1.—L. 2, § 8, I. C., *de officio præf. præf. Africae* 1, 27.—L. 3, I. C., *de fundis limitrophis et limitaneis* 11. 59.—Cf. más arriba, n.º 68 in fine y número 230.

⁵ *Gromatici*, p. 36, 2; 116, 5; 162, 25 (76; 205; 206; 23 Goës.).—GAYO, III, 145.—Fr. 1, pr. D., *h. t.*—Fr. 3, § 1, D., *de administr. rerum ad civitates pertin.* 50, 8.—Fr. 219, D., *de verb. signif.* 50, 16.—PLINIO EL JOVEN, *Epist.* VII, 18, refiere, que, habiendo querido fundar una renta inmueble, reservándose el derecho de enfiteusis: « Agrum ex meis longe plaris exactori publico mancipavi: eumdem vectigali imposito recepi, tricena millia annua daturus. Per hoc enim et reipublicæ sors in tuto, nec reditus incertus, et ager ipse propter id quod vectigali large supercurrit semper dominum a quo exerceatur inveniet ».

lejanos ⁶. Así fué que se llegó á considerar estos arrendamientos como hechos á perpetuidad, y á admitir que el arrendatario no podía ser obligado á dejar el fundo mientras pagase exactamente el arrendamiento convenido ⁷. Para dar eficacia á este derecho, se concedía al arrendatario una acción no solamente contra la corporación que le había arrendado el inmueble, sino además contra toda persona que le perturbase en el goce de su derecho ⁸. Estos inmuebles llevaban el nombre de *agri vectigales*, derivado de la renta, *vectigal*, que pagaba el arrendatario ⁹; y la *actio in rem*, que se le concedía por esta razón, se llamaba *actio vectigalis quæ de fundo vectigali proposita est*, ¹⁰.

Por fin, en tiempo de los emperadores, encontramos el *ius ἐμφοτευτικόν* representado como un *ius prædii* ¹¹. Las invasiones de los bárbaros y la mala organización social habían dejado abandonada la agricultura, especialmente en las provincias fronterizas y habían aumentado el pauperismo en una proporción espantosa. Los grandes propietarios que poseían vastas estensiones de tierra desiertas, para las cuales buscaban en vano establecer arrendadores á las con-

⁶ Cic., *ad famil.*, XIII, 7, 11.—VELEIO PATÉRCULO, II, 81.—Las mismas causas debieron igualmente contribuir á que la tasa de la renta fuese inferior á los precios ordinarios de los arrendamientos. V., á cont., nota 12, y PLINO, *Epist.*, VII, 18, citado en la nota anterior.

⁷ GAYO, III, 145. «... veluti si qua res in perpetuum locata sit; quod evenit in prædiis municipum, quæ ea lege locantur, ut quamdiu vectigal præstetur, neque ipse conductori, neque heredi eius prædium auferatur...».—Fr. 11, § 1, D., *de publicanis* 39, 4.

⁸ Fr. 1, § 1, D., *h. t.* «Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipales».—Fr. 3, D., *eodem*. «Idem est, et si ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit». Probable es que este fragmento haya sufrido una interpolación. Cf. Fr. 1, pr. D., *eodem*.—¿Esta *in rem actio*, concedida al arrendatario de un *ager vectigalis*, fué introducida por la jurisprudencia, ó bien es de origen pretorio? La analogía de la superficie milita en favor de la última hipótesis. V., á cont., § 152, notas 15-17.

⁹ Por la misma razón, el propio término sirvió también para designar las tierras del dominio público y los inmuebles en las provincias. Pero, á pesar de la identidad del nombre, los derechos de los poseedores eran esencialmente diferentes en las tres hipótesis. En el derecho nuevo, la palabra *ager vectigalis* ha llegado á ser, naturalmente, el término técnico para designar la institución en la que nos ocupamos aquí.

¹⁰ Fr. 15, § 26, D., *de damno infecto* 39, 2.—Fr. 66, pr. D., *de evictionibus* 21, 2.

¹¹ La primera mención de este derecho se encuentra en un pasaje de ULPIANO. Fr. 3, § 4, D., *de reb. eor. qui sub tut.* 27, 8. «Si *ius ἐμφοτευτικόν* vel *ἐμβατευτικόν* habeat pupillus, videamus an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est, non posse, quamvis *ius prædii* potius sit».—DIOCL. ET MAXIM. L. 13, C., *de præd. min.* 5, 71. «Etiam *vectigale* vel *patrimoniale sive emphyteuticum prædium sine decreto præsidis distrahi non licet*. La etimología de la palabra (*ἐμφοτεύω*) indica el objeto de la institución cuyo objeto era favorecer el cultivo de las tierras. La palabra *ἐμβατευτικόν* es probablemente sinónima. V., HEINECCIUS *ad BRISSON*, *h. v.*

diciones ordinarias, se vieron obligados á fin de atraer á los cultivadores, á abandonarles estas tierras por un tiempo muy largo y hasta á perpetuidad, mediante una renta inferior á la tasa habitual de los arrendamientos ¹². Especialmente los emperadores intentaban, por este medio, hacer cultivar sus fundos patrimoniales ¹³. Más tarde la institución fué igualmente aplicada á los inmuebles de las particulares y de las iglesias ¹⁴.

Justiniano comprendió que el derecho de enfiteusis era, por su naturaleza, idéntico á los arrendamientos perpétuos y acabó por reunir estas dos instituciones en una sola; de manera que, en su compilación, los términos *ager vectigalis* y *ager emphyteuticarius* son enteramente sinónimos ¹⁵.

Se vé por la definición sumaria que hemos dado del derecho de enfiteusis, que podría ser considerado como una servidumbre personal. Se parece principalmente al usufructo; no obstante, difiere también de él por muchos conceptos. Así, se nota de una manera especial que el derecho enfiteutico no es inherente á la persona á quien se ha concedido, se transmite á los herederos y puede ser enagenado; se concede á perpetuidad si en el acto de su constitución no se asigna una duración limitada ¹⁶. Después, los derechos del enfiteuta son, bajo muchos conceptos, más extensos que los del usufructuario, y no obstante, no está obligado á dar caución. Por el contrario, la renta parece ser esencial en el derecho enfiteutico. Por fin, el enfiteuta tiene la posesión jurídica del fundo enfiteutico.

La enfiteusis no puede, en rigor, establecerse más que sobre los inmuebles susceptibles de ser cultivados. Encontramos, no obstante, tres constituciones que parece la aplican también á los edificios ¹⁷.

OBSERVACIÓN. La gran extensión de los poderes atribuidos al enfiteuta ha hecho creer á los glosadores y á sus sucesores que el derecho de enfiteusis era una especie de propiedad. Para distin-

¹² La institución del colonato (más arriba, n.º 112) y la de la enfiteusis tienen su origen en las mismas causas.

¹³ Tit. Th. C. (*de fundis patrimonialibus*) 5, 13. A los descubrimientos de M. Peyron se debe el conocimiento de este título (más arriba, n.º 238).—Tit. Th. C., *de locatione fundorum iuris emphyteutici et reipublicæ et templorum* 10, 3.—*Nov. Theod. de patrimon. fundis*, tit. V.—Titt. I. C., *de iure emphyteutico* 4, 64; *de fundis patrimonialibus* 11, 61.

¹⁴ CONSTANTINO, L. 1, C., *de fundis patrim.* 11, 61.—ZENON, L. 1, C., *h. t.* 4, 66.—JUSTINIANO, L. 2, C., *eodem*.—*Nov.* 7, c. 3.—*Nov.* 120, *passim*.

¹⁵ V., la rúbrica del Tit. D., *si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur* 6, 3, y la interpolación del Fr. 15, § 1, D., *qui satisfacere cogantur* 2, 8.—Cf. GAYO, III, 145, con § 3, I., *de locat. et cond.* 3, 24.

¹⁶ No hay necesidad que el arrendamiento sea hecho á perpetuidad. Fr. 3, D., *h. t.*

¹⁷ L. 5, Th. C., *de locatione fundorum iuris emphyt.* 10, 3.—*Nov.* 7, c. 3, § 1. 2.—*Nov.* 120, c. 1, 2.—V., también Fr. 15, § 26, D., *de damno infecto* 39, 2.

guirla de la verdadera propiedad, solía llamársele *dominium utile* *, ya porque el enfiteuta retira toda la utilidad del fundo, ya porque la *actio vectigalis* se llama también *utilis petitio*. Esta terminología que ha ejercido una influencia funesta durante siglos, es también contraria á los principios generales y á las disposiciones positivas del derecho romano. Algunas leyes de los códigos de Teodosio y de Justiniano aplicaban, á la verdad, la palabra *dominus* al enfiteuta ¹⁸; pero se trata, en estos pasajes, del enfiteuta que ha adquirido la nuda propiedad, y que desde entonces es verdadero *dominus*. Lejos de asimilar la enfiteusis al derecho de propiedad, los Romanos oponen con cuidado el *dominus* al *emphyteuta* ¹⁹; Ulpiano distingue nuestro derecho del de la propiedad, llamándolo *ius prædii*; y el establecimiento de una enfiteusis no se considera como constitutivo de un *titulus alienationis* ²⁰.

§ 147. Derechos del enfiteuta.

1.º El enfiteuta goza del fundo y de los derechos á él inherentes como si fuese el propietario. Puede hacer en él los cambios que le parezcan necesarios ó útiles; tiene también el derecho de disponer de la sustancia, y su poder arbitrario está limitado solamente por la prohibición de deteriorar el fundo ¹.— 2.º El derecho forma parte del patrimonio de la persona á quien compete y se transmite á los herederos ². El enfiteuta puede disponer de su derecho como bien le parezca, tanto entre vivos como por causa de muerte ³; puede arrendarlo y gravarlo con servidumbres é hipotecas ⁴; puede tam-

¹⁸ L. un. Th. C., *communi dividundo* 2, 25.—L. 5. Th. C., *de censitoribus* 13, 11. Cf. L. 5, I. C., *de locatione prædiorum civilium* 11, 70.—L. 4, 12, I. C., *de fundis patrimonialibus* 11, 61.—L. 5, C., *de diversis prædiis urbanis et rusticis templorum* 11, 69.

¹⁹ § 3, I., *de locat. et conduct.* 3, 24.—Fr. 1, § 1, D., *h. t.*—Fr. 10, D., *famil. ercisc.* 10, 2—Fr. 71, § 5, 6, D., *de legatis I* (30).—L. 1, 2, 3, C., *h. t.*—L. 8, C., *de fund. patrim.* 11, 61.—L. 2, C., *de mancipiis et colonis patrim.* 11, 62.—Así es que se hace uso de los términos «perpetuo iure locare, tenere,» para designar el estado de cosas creado por la enfiteusis. L. 1, Th. C., *de extraordin. muneribus* 11, 16.—L. 4, Th. C., *de collatione fund. patrim. vel emphyt.* 11, 19.—L. 5, *verb.* Videtur enim I. C., *de locat. præd. civilium vel fiscalium* 11, 70.—Sin embargo, á veces nuestras fuentes se expresan de una manera poco exacta diciendo *fundus vectigalis* en lugar de *ius emphyteuticum*. Fr. 39, § 5, Fr. 71, § 5, 6, D., *de legatis I* (30) Cf. Fr. 66, pr. D., *de evictionibus* 21, 2.

²⁰ Fr. 3, § 4, D., *de rebus eorum qui sub tutela* 27, 9.—L. 1, C., *h. t.*
¹ § 3, I., *de locatione* 3, 24.—Fr. 1, D., *h. t.*—Nov. 7, c. 2, § 2.—Nov. 120, c. 8.—V., además á cont., § 149, notas 2, 10, y § 151, nota 7.

² GAYO, III, 145.—§ 3, I., *de locat. et conduct.* 3, 24.—Fr. 1, pr. D., *h. t.*—Fr. 9, 10, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2.—Nov. 7, c. 3.—Nov. 120, c. 6, § 1.—V., también á cont., nota 5 *in fine*.

³ § 3, I., *citado y á cont.*, nota 5.

⁴ (*Vaticana fragm.* 61) Fr. 1, pr. D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4.—Fr. 16, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7.—Fr. 31, D., *de pignoribus* 20, 1.—Cf. Fr. 13, § 5

bién cederlo y transferirlo á título oneroso ó gratuito ⁵. No obstante, no puede venderlo, sino notificando sus intenciones al propietario, para que éste pueda ejercer el derecho de preemción, que la ley le concede á precio igual. En caso de que el *dominus* no use de esta facultad dentro de dos meses, el enfiteuta es libre de vender, pero con las obligaciones de que se hablará más adelante ⁶. Hay que hacer notar que la partición del fundo enfiteutico en partes divisas está prohibida, *ne præstatio vectigalis confundatur* ⁷.—3.º El enfiteuta tiene la posesión del fundo enfiteutico. Esta anomalía puede explicarse por la analogía que existía entre los antiguos *agri vectigales* y la posesión de dominio público. Además es posible que antes de la creación de la *vectigalis in rem actio*, los municipios acostumbrasen ceder á sus arrendatarios los interdictos, á fin de darles una arma contra las usurpaciones de un tercero ⁸. En su cualidad de poseedor del fundo, el enfiteuta tiene, pues, el derecho de intentar los interdictos posesorios y adquiere los frutos por la simple separación ⁹.

§ 148. Obligaciones del enfiteuta.

1.º El enfiteuta paga los impuestos y demás cargas que pesan sobre el fundo ¹.—2.º Está obligado á cultivar el fundo como un buen padre de familia, y á restituirlo al concluir la enfiteusis, en el estado en que lo ha encontrado; está obligado á pagar toda deterioración que provenga de su culpa ².—3.º Debe pagar exactamente la renta anual (*pensio, reditus, canon*), mediante la cual ejerce el derecho de

D., *eodem*.—Pero es preciso no perder de vista que los *iura in re* concedidos por el enfiteuta desaparecen con la extinción de la enfiteusis. Fr. 31, D., *citado*.

⁵ § 3, I., *citado*.—Fr. 39, § 5. Fr. 71, § 5. 6, D., *de legatis I* (30). Cf. Fr. 81, § 3. Fr. 86, § 4, D., *eodem*.—L. 3, C., *h. t.*—L. 1, C., *de fundis patrimonialibus* 11, 61.—El enfiteuta puede también ser expropiado de su derecho, no solo cuando lo tiene empeñado ó hipotecado á un tercero, sino también á consecuencia de una ejecución forzosa ó dirigida contra él. Fr. 15, § 26, D., *de damno infecto* 39, 2.

⁶ L. 3, C., *h. t.*—V., á cont., § 148, n.º 4 y § 152, nota 5.

⁷ Fr. 7, D., *communi dividundo* 10, 3. Cf. Fr. 10, D., *familia erciscundæ* 10, 2.

⁸ Cf. más arriba. § 81, notas 13-21.

⁹ Arg. Fr. 25, § 1, D., *de usuris* 22, 1. «... Cum ad bonæ fidei possessorem (fructus) pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt».—V., más arriba, § 108, notas 8. 13. Cf. también Fr. 31, D., *de pignoribus* 20, 1.—El Fr. 15, § 1, D., *qui satisfacere cogantur* 2, 8, que también se cita para probar que el enfiteuta tiene la posesión del fundo, no es concluyente; pues, es evidente que la palabra *possessor* está en él tomada en un sentido diferente. V., el Fr. 15, § 2. 3. D., *eodem*.

¹ L. 2, C., *h. t.* 4, 66.

² Nov. 7, c. 3, § 2.—Nov. 120, c. 8.—*Auth. Qui rem C., de SS. Ecclesiis* 1, 2.