

suya. Esta accion tiene de particular, lo mismo que la accion confesoria, que aunque sea real puede intentarse por aquel mismo que se halla en posesion, desde que se trata de amenazar su propiedad (1).

Podia haber tambien en ciertos casos acciones personales (*in personam*) relativamente á servidumbres, como, por ejemplo, si una servidumbre se hubiese prometido en un pacto inserto no en la tradicion, sino en un acto de venta (*actio empti ó venditi*), ó bien si habia sido prometida por estipulacion con cláusula penal (*actio ex stipulatii*) (2).

Derechos reales distintos de la propiedad y de la servidumbre.

Ademas de la propiedad y de las diferentes servidumbres, cuya existencia alcanza hasta los antiguos tiempos del derecho civil romano, se han producido posteriormente en la progresion histórica de las Instituciones otros tres derechos reales, que son fracciones ó modificaciones notables de la propiedad, y que deben mencionarse en este lugar para completar la enumeracion de los derechos reales que en cuanto á los bienes pueden tenerse.

Estos tres derechos reales son: el derecho de enfiteúsis (*jus emphyteuticarium* ó simplemente *enfiteúsis*); el derecho de superficie (*jus superficialium* ó solamente *superficies*), y el derecho de prenda ó hipoteca (*pignus* ó *hypotheca*). — El primero pertenece al derecho civil, en el cual ha tenido origen poco á poco de un modo indirecto por asimilacion con instituciones ya establecidas, y del cual no se ha separado terminantemente, y con un carácter suyo propio, hasta los tiempos del *Bajo Imperio*, poco ántes del de Justiniano. Los otros dos son de creacion pretoriana.

Por causas sin duda de este origen tardío ó extraño al derecho civil, no se hallan estas especies de derechos reales en los escritos de la jurisprudencia romana bajo el mismo nivel que la propiedad y la servidumbre. La Instituta de Justiniano, guardando un com-

(1) Esta circunstancia de que la accion *in rem* puede intentarse áun por el poseedor, es absolutamente particular, y exige explicaciones, que daremos en adelante. Acerca de estas acciones, véase Inst. 4. 6. § 2, y D. 7. 6.—8. 5.

(2) D. 8. 2. 35. f. Marcian.

pleto silencio sobre el derecho pretoriano de superficie, sólo trata del derecho de enfiteúsis con ocasion del contrato por el cual se conviene en su constitucion (véase en adelante, lib. 3, tít. 24, § 3), y del derecho de prenda ó hipoteca con ocasion de la accion á que da origen este derecho (véase más adelante, lib. 4, tít. 6, § 7). Allí será donde, siguiendo el orden del texto á que debemos conformarnos, trataremos de todo esto circunstanciadamente, contentándonos por ahora con dar aquí de ello una idea general.

La enfiteúsis, considerada independientemente de las convenciones que la dirigen, de las obligaciones que la acompañan, y únicamente como derecho real, es una desmembracion particular del derecho de propiedad, más extensa aún que la del usufructo, que sólo se aplicó á los inmuebles, al principio á los bienes rurales solamente, y despues áun á los edificios. Se llama enfiteuta (*emphyteuta*, á veces *emphyteuticarius*, y en otro tiempo *conductor*) el que tiene esta desmembracion; y *prædium emphyteuticarium*, y en otro tiempo *ager vectigalis*, el inmueble que es objeto de ella: aquel á quien queda lo demas del derecho de propiedad conserva el título de propietario (*dominus*).

El enfiteuta tiene no sólo, como el usufructuario, el derecho de sacar todos los servicios y todos los frutos del inmueble, sino que ademas es poseedor; los frutos le pertenecen por sola su separacion del suelo; puede disponer de la sustancia de la cosa, y hacer en ella todas las modificaciones que le acomoden, con tal que no la perjudiquen. Puede enajenar su derecho y transferirlo á otro, ya en vida suya, ya tambien á su fallecimiento, siempre bajo ciertas reservas y ciertas condiciones concedidas al propietario. En fin, este derecho no se extingue, como el del usufructo, con el enfiteuta, sino que pasa por herencia á sus sucesores testamentarios ó *abintestato*.

El derecho de enfiteúsis se produce constantemente con diferentes obligaciones personales al enfiteuta, de las que es la principal la de pagar al propietario, en épocas periódicas determinadas, una cierta renta llamada *pensio* ó *cánon*; no sólo se debe esta renta al dueño, como pago de la obligacion personal del enfiteuta, sino tambien como consecuencia del derecho real de propiedad que ha conservado sobre el inmueble.

El derecho de enfiteúsis se presenta de hecho entre los romanos como establecido usualmente en ejecucion de una convencion par-

ticular que los antiguos jurisconsultos consideraban, los unos como una venta, los otros como un arrendamiento; pero al que el emperador Zenon ha dado una existencia, un nombre (*emphyteusis*), y una accion (*emphyteuticaria actio*), exclusivamente propias. Pero es preciso tener en cuenta que este contrato no tiene más efecto que el ordinario en los contratos, es decir, el de obligar á las partes; no produce el derecho real de enfitéusis: para que exista este derecho real es preciso que lo haya tenido por cuasi-tradicion.

Una vez establecido el derecho real de enfitéusis, aunque el enfitentea no sea propietario, se le conceden para la proteccion de este derecho, pero sólo con la calificacion de acciones útiles, las acciones atribuidas ordinariamente á los propietarios (*utilis vindictio, utilis publiciana, utilis confesoria vel negatoria, etc.*) (1).

El derecho de superficie (*jus superficiarium* ó solamente *superficies*) es un derecho real análogo al que tiene el enfitentea sobre el fundo enfitéutico, pero que sólo tiene por objeto la superficie de un terreno (*superficies*), es decir, toda construccion fabricada sobre el suelo. El superficiario (*superficiarius*) tiene tambien, pero sólo en lo tocante á la superficie, una gran desmembracion de la propiedad, y para este objeto se le conceden, como al enfitentea, bajo la calificacion de acciones útiles, las mismas acciones que á un propietario.—Esta concesion puede serle hecha gratuitamente ó á título oneroso, con cargo para él de pagar un precio alzado, ó una renta periódica (*solarium pensio*). No hay para semejantes convenciones contrato particular, sino únicamente las formas ordinarias de los contratos; y obsérvese con atencion que el contrato en este caso, como en la enfitéusis, sólo tiene su efecto ordinario, es decir, el de producir obligaciones entre las partes. Respecto de la constitucion del derecho real es preciso que vaya seguido de la cuasi-tradicion. Este derecho, y la proteccion que le ha sido concedida, no pertenecen al derecho civil, sino que son de origen pretoriano (2).

El derecho de prenda ó de hipoteca (*pignus* ó *hypotheca*), considerado, no bajo el punto de vista del contrato ó de la convencion que lo constituye, sino sólo como derecho real, es un derecho por el cual una cosa está afecta por seguridad al pago de una deuda.—

(1) V. sobre esto: Dig. 6. 3. *Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur.*—Cod. 4. 66. *De jure emphyteutico.*—Nov. 7. c. 3, y nov. 120.

(2) V. el Dig. 43. 8. *De superficibus.*

Este derecho puede tener por objeto tanto las cosas muebles como las inmuebles, las cosas incorpóreas como las corpóreas.

Las ventajas que confiere al acreedor por prenda ó hipotecario son: 1.º El derecho de hacer vender la cosa para ser pagado con el precio (*jus vendendi seu distrahendi*). 2.º El derecho de ser pagado con el precio con preferencia á los demas acreedores. 3.º El derecho de repetir contra terceros detentadores, para garantía y ejercicio de los derechos que preceden. Entre diferentes hipotecas, el derecho de preferencia se determina por la fecha de su establecimiento; el primero en fecha es el primero en categoría: «*potior tempore, potior jure.*» Hay, sin embargo, algunas hipotecas á las que por excepcion y prescindiendo de su fecha, se ha concedido un derecho especial de preferencia, que ocupa lugar no segun la época de su establecimiento, sino segun el grado de favor de que gozan, y que son preferidas á las hipotecas establecidas ántes de ellas. Los modernos han dado á las hipotecas que gozan de esta preferencia el título de hipotecas *privilegiadas*, ó el nombre de *privilegios*; denominaciones que los romanos no emplearon en este sentido técnico y especial.

Aunque bajo el aspecto del contrato ó de la convencion que sirven para constituir el derecho hipotecario, se distingue la prenda (*pignus*) de la hipoteca (*hypotheca*), y que se reserva especialmente la primera denominacion para el caso en que la cosa obligada al pago de la deuda fuese entregada al acreedor, miéntras que la segunda se usa más comunmente en el caso en que no ha tenido lugar dicha entrega; sin embargo, en cuanto al derecho real que resulta, las dos expresiones son absolutamente sinónimas, y bajo este aspecto puede decirse que es verdad lo que dice el jurisconsulto Marciano: «*Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.*»

Este derecho real, que por su origen y sancion es absolutamente pretoriano, tiene la particularidad bien notable de que la sola convencion, sin ninguna tradicion ni cuasi-tradicion, basta para constituirlo en calidad de derecho real.

El acreedor hipotecario tiene, para reclamar el ejercicio de su derecho de cualquier detentador de la cosa hipotecada, una accion real pretoriana llamada *quasi-serviana*, y á veces tambien *vindicatio pignoris, pignoris persecutio, persecutio hypothecaria, pignoratiua in rem*, ó simplemente *pignoratiua actio*, bien que este último

nombre se haya especialmente reservado á la accion personal que tiene por objeto la reclamacion de las obligaciones nacidas del contrato de prenda (1).

TITULUS VI.

DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS
POSSESSIONIBUS.

TÍTULO VI.

DE LAS USUCAPIONES Y DE LAS POSESIONES DE LARGO TIEMPO.

El texto pasa aquí á los medios de adquirir segun el derecho civil, y luego examina aquellos por cuyo medio se adquirieren objetos particulares.

La usucapion se hallaba en el primitivo derecho en el número de los medios civiles de adquirir el dominio romano. La hemos dado á conocer suficientemente, para no necesitar ya volver á insistir en lo mismo. Sólo recordaremos que tenía dos efectos principales: el de dar el dominio de una cosa que de buena fe se habia recibido de alguno que no era propietario de ella, y el de dar el dominio de una cosa que, siendo *res mancipi* y habiendo sido dada por la sola tradicion, únicamente habia entrado *in bonis*.

Al suelo provincial (á excepcion de los territorios que por favor especial habian obtenido el *jus italicum*), no participando del derecho privado, ni siendo capaz de propiedad privada, pues se hallaba reputado como perteneciente al pueblo ó á César, no podia aplicársele la usucapion. No era posible hacerse propietario por la posesion de un terreno, que en todo rigor no era susceptible de propiedad. En estas circunstancias, los pretores por medio de sus edictos provinciales introdujeron para aquellos inmuebles, y los emperadores confirmaron en sus constituciones (2), no un medio de adquirir por la posesion, sino lo que se llamó una prescripcion de largo tiempo (*prescriptio longi temporis*), concedida al cabo de diez años de posesion entre presentes y veinte entre ausentes.

Notables diferencias distinguian la usucapion de la prescripcion: 1.º La usucapion era un medio de adquirir el dominio (*capio usu*, adquisicion por uso, es decir, por la posesion); por consiguiente, al cabo del tiempo fijado, que era un año para los muebles y dos para los inmuebles, se hacía uno propietario, y tenía el derecho de

(1) V. más adelante, lib. 4, tit. § 7.

(2) Dig. 18. 1. 76. f. Ulp.

vindicar la cosa de cualquier poseedor. La prescripcion, por el contrario, no era un medio de adquirir, sino sólo un medio de oponerse á la accion del propietario (1). Si este último vindicaba su cosa en el plazo determinado, era preciso restituírsela; pero si transcurria aquel plazo, se rechazaba su accion por la prescripcion. Así es que esta *prescripcion* casi producía el mismo efecto que una *excepcion*: posteriormente se convirtió aquélla en excepcion, y vemos que los juriconsultos Paulo, Ulpiano y otros usan indistintamente estas dos palabras en la misma materia (2). Se deduce de aquí que el que tenía la posesion de largo tiempo, no podía, segun el derecho civil, intentar la accion por vindicacion; sin embargo, obtenia del derecho honorario una accion pretoriana (3).—2.º La usucapion daba el dominio de la cosa con las cargas con que estaba gravada. Si un acreedor tenía sobre ella un derecho de prenda ó

(1) En todo rigor no habia propietario, porque se trataba del suelo provincial; pero sabemos que las posesiones provinciales, sin ser una verdadera propiedad, se hallaban protegidas de un modo casi semejante. (Véase la *Generalizacion del Derecho romano*, núms. 41 y 44.)

(2) Ha habido al principio una diferencia entre las prescripciones y las excepciones. La palabra prescripcion, que hoy usamos, tanto como medio de adquirir, cuanto como medio de quedar libre, se halla tan distante de su primera significacion, que acerca de este punto no serán inútiles algunas explicaciones. Se llamaban *prescripciones* (por *præ* y *scribere*) ciertas restricciones puestas al principio de la fórmula dirigida al juez por el pretor. Estas prescripciones se ponian á solicitud del demandante ó del defensor. Las que ponía el demandante, tenían por objeto restringir su demanda á las cosas que tenía actualmente el derecho de demandar, y de indicar al juez que no debía ocuparse de las demas. Por ejemplo, cuando sólo una parte de la deuda habia vencido, la prescripcion estaba concebida en estos términos: *ea res agatur, cujus rei dies fuit*; y luego seguía el resto de la fórmula. Las prescripciones puestas á solicitud del defensor tenían por objeto indicar al juez ciertos casos, en los que ni aún debía examinar el negocio; Gayo nos ofrece un ejemplo de esto: tal debía ser la prescripcion de la posesion de largo tiempo. Cuando el propietario vindicaba su cosa, la fórmula de la accion debía llevar con corta diferencia esta prescripcion: *ea res agatur, cujus non est possessio longi temporis*. Había, pues, entre una *prescripcion* y una *excepcion* puestas por el defensor, la diferencia de que la prescripcion, si el caso en que se fundaba era verdadero, dispensaba hasta de ocuparse del negocio, al paso que la excepcion exigía que se le examinase, puesto que era preciso ver, por ejemplo, si habia engaño, violencia, pacto posterior, etc.; una se ponía al principio y la otra al fin de la fórmula. Posteriormente y ya en tiempo de Gayo, las prescripciones puestas por el defensor se convirtieron en una especie de excepciones, y no se insertaron en la fórmula sino con el carácter de tales. (Véase acerca de todas estas nociones á Gayo, que nos las ha dado á conocer, comm. 4, §§ 130 y siguientes.) Andando el tiempo, pero segun todas las probabilidades, aún antes de la supresion de las fórmulas, las prescripciones puestas por el demandante fueron suprimidas á su vez, y dieron lugar á excepciones contra el demandante, cuando éste demandaba lo que aún no se debía, ó no habia vencido su plazo. Por esto desde entónces las palabras *prescripciones* y *excepciones* se hallan enteramente confundidas; y ésta es la razon de encontrarse en el Código indicadas como sinónimas en un título: *De exceptionibus seu prescriptionibus*. (Dig. 44. 1.—Cod. 8. 36.)

(3) No creo que se pueda deducir positivamente este hecho del fragmento del Digesto (8. 6. 10), en que se trata de la larga posesion absolutamente particular de las servidumbres; pero no por esto deja de ser cierto. Justiniano nos lo dice positivamente (Cod. 7. 39. 8). El poseedor tenía además, antes que espirase el tiempo prescrito, la accion *publiciana*, especie de vindicacion pretoriana.