

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**ANÁLISIS DE LAS CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE REGULACIÓN
LEGAL DEL DERECHO DE SUPERFICIES EN EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO.**



JULIA IRENE BROOKS SALAZAR

GUATEMALA, ABRIL 2009

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS DE LAS CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE REGULACIÓN
LEGAL DEL DERECHO DE SUPERFICIES EN EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO.**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JULIA IRENE BROOKS SALAZAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, abril 2009.

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

| | |
|-------------|---------------------------------------|
| DECANO: | Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana |
| VOCAL I: | Lic. César Landelino Franco López |
| VOCAL II: | Lic. Gustavo Bonilla |
| VOCAL III: | Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez |
| VOCAL IV: | Br. Marco Vinicio Villatoro López |
| VOCAL V: | Br. Gabriela Maria Santizo Mazariegos |
| SECRETARIO: | Lic. Avidán Ortiz Orellana |

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

| | |
|-------------|-------------------------------------|
| Presidente: | Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera. |
| Vocal: | Lic. Luis Alfredo González Rámila. |
| Secretario: | Lic. Alvaro Hugo Salguero Lemus. |

Segunda Fase:

| | |
|-------------|--|
| Presidente: | Lic. Ronan Roca Menéndez. |
| Vocal: | Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez. |
| Secretario: | Lic. Ileana Noemí Villatoro Fernandez. |

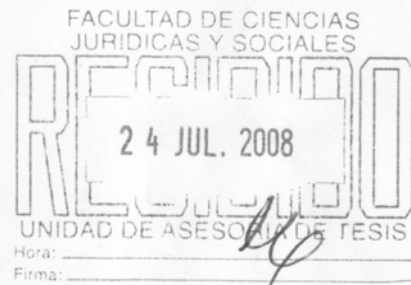
RAZÓN “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

**BUFETE JURIDICO DEL ABOGADO Y NOTARIO
LUIS RANFERÍ DÍAZ MENCHÚ
2ª. CALLE 3-39 2do. Nivel Zona 2. CHIMALTENANGO.
TELÉFONO: 7839-3479.**



Chimaltenango, dieciocho de julio del año dos mil ocho.

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy,
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su despacho.



Respetable Lic. Carlos Manuel Castro Monroy:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que en cumplimiento de la resolución emitida por esa Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha dieciocho de septiembre del año dos mil siete, procedí a ASESORAR el Trabajo de Tesis de la Bachiller **JULIA IRENE BROOKS SALAZAR**, Intitulado: "**ANÁLISIS DE LAS CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE REGULACIÓN LEGAL DEL DERECHO DE SUPERFICIES EN EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO**".

He realizado la Asesoría de la investigación y en su oportunidad, he sugerido a la sustentante, algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias, para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico social de actualidad, la recolección de información realizada por la Bachiller **JULIA IRENE BROOKS SALAZAR**, fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual, por lo que constituye un apoyo para enriquecer la bibliografía de nuestra facultad.

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de la investigación bibliográfica que comprueba que se efectuó la recolección de la bibliografía actualizada, lo que se refleja en las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía que se menciona en el trabajo, las cuales son congruentes con el tema, debido a que tiene su justificación en la importancia del desarrollo del tema para la educación, promoción y enriquecimiento del contenido.

**BUFETE JURIDICO DEL ABOGADO Y NOTARIO
LUIS RANFERÍ DÍAZ MENCHÚ
2ª. CALLE 3-39 2do. Nivel Zona 2. CHIMALTENANGO.
TELÉFONO: 7839-3479.**



Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En virtud de haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público de Tesis de su autor y se le confiera, el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y los Títulos de Abogada y Notaria, respectivamente, resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, a la investigación realizada por la Bachiller JULIA IRENE BROOKS SALAZAR.

Al agradecerle la atención que se sirva prestar al presente DICTAMEN FAVORABLE DE ASESOR, me es grato suscribirme de usted, atentamente:

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

*Lic. Luis Ranferí Díaz Menchú
Abogado y Notario*

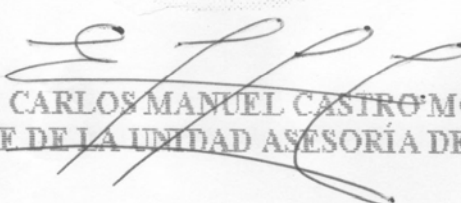
**LIC. LUIS RANFERÍ DÍAZ MENCHÚ
ABOGADO Y NOTARIO
ASESOR DE TESIS
COLEGIADO ACTIVO: 7,149.**



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiocho de julio de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) NEARLY WALDEMAR PERDOMO LÓPEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JULIA IRENE BROOKS SALAZAR, Intitulado: "ANÁLISIS DE LAS CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE REGULACIÓN LEGAL DEL DERECHO DE SUPERFICIES EN EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, *asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes"*.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONRO
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/ragm

Lic. Nearly Waldemar Perdomo López
Abogado y Notario
7ª. av. 20-36 zona 1 Of. 37
3er. Nivel Edificio Gándara Guatemala
Teléfono 22-32-45-06 Celular 57-13-04-70
Colegiado No. 3,360



Guatemala, 06 de agosto de 2008

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

Respetable Licenciado:

De manera respetuosa me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento que he procedido a dar fiel cumplimiento a la resolución de fecha veintiocho de julio del dos mil ocho, la cual se transcribiera oportunamente, a efecto de revisar la tesis de la Bachiller **JULIA IRENE BROOKS SALAZAR**, la cual se tituló "**ANÁLISIS DE LAS CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE REGULACIÓN LEGAL DEL DERECHO DE SUPERFICIES EN EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO**".

En cuanto al trabajo de tesis realizado por la Bachiller **JULIA IRENE BROOKS SALAZAR**, puedo manifestarle que el trabajo desarrollado es un aporte para los estudiantes y profesionales del Derecho, ya que es muy importante la forma en que la Bachiller **JULIA IRENE BROOKS SALAZAR**, lo enfoca, posee un excelente contenido, técnico y científico, con una metodología basada en el uso del método científico, utilizando las técnicas de investigación documental y bibliográfica.

Se utilizó la metodología pertinente, con una redacción clara y se manejó de manera práctica para la fácil comprensión del lector, en su elaboración se utilizó bibliografía de autores nacionales como internacionales en materia civil, arribando a conclusiones y recomendaciones importantes que deben de ser tomadas en cuenta, tanto por los legisladores, estudiosos del Derecho y población en general.

Por lo antes mencionado, procedo a emitir **DICTAMEN EN SENTIDO FAVORABLE**, referente al trabajo de tesis, por cuanto, que si cumple con todos los requerimientos científicos y técnicos, así como la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografías por el autor utilizadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del normativo



para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual considero que puede ser sometido a su discusión y finalmente a su aprobación en el Examen Público de Tesis de su autor y se le confiera, el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y los Títulos de Abogada y Notaria, respectivamente.

ID Y ENSEÑAD A TODOS

Lic. Nearly Waldemar Perdomo López
Colegiado No. 3,360

Nearly Waldemar Perdomo López
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintitrés de enero del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JULIA IRENE BROOKS SALAZAR. Titulado ANÁLISIS DE LAS CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE REGULACIÓN LEGAL DEL DERECHO DE SUPERFICIES EN EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS:** Gracias por ser mi padre celestial y guardarme en cada momento de mi vida ayudándome a alcanzar mis metas.
- A MI PADRE:** **RICHARD BROOKS NIXÓN.**
Por estar conmigo siempre, brindarme su apoyo y amor incondicional, agradeciendo a Dios por darme un padre como él. Lo quiero mucho.
- A MI MADRE:** **MARIA IRENE SALAZAR MORÁN.**
El ser que mi Dios uso para darme vida y brindarme su amor y apoyo siempre. La quiero con todo mi corazón.
- A MIS HIJOS:** **ALISSON JULISSA , OSCAR ANDRÉS.**
Y al angelito que está por nacer.
Por ser mi mayor inspiración para seguir adelante y a quienes desde ya les dedico mis éxitos, los amo.
- A MIS HERMANOS:** **LUIS ERNESTO Y LOSSY BROOKS SALAZAR.**
Por apoyarme en cada momento de mi vida los quiero mucho. A GABY, HEIDY, VIOLETA y con cariño especial a RICHARD y SAMUEL BROOKS MARTINEZ, quienes con sus sabios consejos fueron un ejemplo para mi vida.
- A MI ESPOSO:** **ELFIN OSCAR RAFAEL GARCÍA RIVAS.**
Por su amor, apoyo y comprensión. Te amo.
- A MI PAPÁ SAMUEL:** Gracias por su cariño, consejos y su apoyo desde mi infancia, lo quiero mucho.
- A MI PASTOR:** **FRANCISCO RIOS.**
Por ser un enviado de Dios a mi vida.
- A MIS SOBRINOS:** **JORGE, LOSSITA, RICHARD Y DIEGO.**
Con todo mi cariño, los quiero mucho.

A MIS SUEGROS:

**OSCAR GARCÍA Y GLADYS RIVAS.
Por su cariño y apoyo.**

A MIS CUÑADAS:

**NEKA, LUISA, GLADYS Y ROXANA.
Por su cariño y su apoyo.**

A MIS TIOS:

Con cariño y respeto.

**A MARIA JOSÉFA LÓPEZ y
ELFA CASTAÑEDA:**

Con cariño.

A MIS AMIGOS:

Con mucho cariño.

A LOS LICENCIADOS:

**BEYLY ESTRADA, NEARLY PERDOMO LOPEZ,
Y RANFERI DIAZ MENCHU.
Por su amistad y apoyo.**

AL DOCTOR:

**CARLOS GARCÍA.
Por sus sabios consejos, con cariño.**

**A MIS HERMANOS
EN CRISTO:**

Por tener en común una misma meta.

A IGLESIA MI-EL:

Por ser un lugar de refugio.

**A LA UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA:**

**Especialmente a mi Facultad de Ciencias
Jurídicas Sociales por haberme formado
como una profesional consciente y
responsable.**

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|-------------|
| Introducción..... | i |
| CAPÍTULO I | |
| 1. Concepto y evolución histórica de los derechos reales en el derecho romano. | 1 |
| 1.1. Definición de derechos reales..... | 1 |
| 1.2. Evolución histórica de los derechos reales..... | 4 |
| CAPÍTULO II | |
| 2. Modos de adquirir la propiedad en el derecho civil guatemalteco..... | 27 |
| 2.1. Definición..... | 27 |
| 2.2. Clasificación..... | 30 |
| 2.3. Ocupación..... | 34 |
| 2.4. Prescripción adquisitiva..... | 36 |
| 2.5. Accesión..... | 39 |
| CAPÍTULO III | |
| 3. Derechos reales pretorianos, los modos de adquirir la propiedad y el derecho de superficies en el derecho romano..... | 49 |
| 3.1. Clases..... | 49 |
| 3.2. Clasificación romana respecto a los modos de adquirir la propiedad.... | 52 |
| 3.3. Adquisición de la propiedad en el derecho romano..... | 54 |
| 3.4. Derecho de superficies..... | 65 |
| CAPÍTULO IV | |
| 4. Causas y consecuencias de la falta de regulación legal del derecho de superficies en el derecho civil guatemalteco..... | 77 |
| 4.1. Causas..... | 80 |
| 4.2. Consecuencias..... | 81 |

| | Pág. |
|----------------------|-------------|
| CONCLUSIONES..... | 85 |
| RECOMENDACIONES..... | 87 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 89 |

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se realiza un análisis doctrinario del derecho de superficies en el derecho romano y cuales son las causas y consecuencias de la falta de su regulación legal dentro del derecho civil guatemalteco, esto debido a la necesidad de conocer este tema poco apreciado en el ámbito jurídico de nuestro país pero no por ello insignificante al mundo jurídico, ya que no se puede negar la gran influencia del derecho romano en casi todos los sistemas jurídicos del mundo moderno en especial en el derecho civil en lo que se refiere a los derechos reales, dentro de los cuales los romanos incluían el derecho de superficies, temas que hoy en día son de gran importancia para todo jurista, por lo cual se analizan los derechos reales dentro del derecho romano y su actual regulación en Guatemala, haciendo una breve comparación con la regulación actual de accesión, la cual en la regulación legal guatemalteca es escasa, esto debido al desconocimiento que los legisladores tienen de la existencia de esta institución; dicho desconocimiento trae como consecuencia que en Guatemala no pueda edificarse en terreno ajeno conservando cada dueño la propiedad de sus cosas lo que hace mas difícil el desarrollo económico social en el país porque existen personas que tienen las posibilidades para poder construir pero no para comprar un terreno propio.

Con lo dicho anteriormente se pretende, establecer cuáles son las causas y consecuencias de la falta de regulación legal del derecho de superficies en el derecho civil guatemalteco, determinar la existencia de diferencias entre la figura de la accesión y el derecho de superficies en el derecho romano y el derecho civil guatemalteco, así como definir y enumerar las principales diferencias entre los derechos reales en el derecho romano y el derecho civil guatemalteco; en la evolución del derecho existen diferencias entre los derechos reales en el derecho romano y el derecho moderno.

Se inicia explicando el concepto y evolución histórica de los derechos reales en el derecho romano brindando un panorama histórico de los mismos; se estudiarán los

modos de adquirir la propiedad en el derecho civil guatemalteco, con énfasis en la figura de la accesión que es la que mas se asimila con el derecho de superficies utilizado por los romanos; seguidamente se procede a analizar los derechos reales pretorianos, los modos de adquirir la propiedad y el derecho de superficies en el derecho romano; por último se determina cuáles son las causas y las consecuencias de la falta de regulación legal del derecho de superficies en el derecho civil guatemalteco.

CAPÍTULO I

1. Concepto y evolución histórica de los derechos reales en el derecho romano

1.1. Definición de derechos reales.

Seguido el estudio de los que la ciencia jurídica moderna llama derechos reales, dicha ciencia congloba tales derechos bajo la denominación de derechos reales patrimoniales. Se dice hoy que son derechos patrimoniales los que tienen contenido y valor económico o bien los que directa o indirectamente pueden reducirse a dinero. La mayor parte de las legislaciones modernas se han inspirado en los principios fundamentales del derecho romano. Por lo tanto, decimos que es la parte más importante en el estudio del derecho romano y la que arroja más proyecciones sobre el derecho civil moderno.

El derecho real atribuye facultades positivas al titular sobre la cosa, el titular puede poner por obra todas las facultades que encierra su derecho. Lo dicho no significa, sin embargo, que el titular se mueva en un mundo aislado, donde sólo están él y la cosa. Ciertamente que la libre actuación del derecho que le otorga la norma, permite al sujeto sentirse en contacto con la cosa antes que con los demás individuos, pero la relación jurídica se establece, precisamente, entre aquél y éstos.

“El derecho real establece una relación jurídica entre el titular y los no titulares. La relación no es inmediata, como lo es la relación contractual, sino mediata, por obra de la norma que fija los límites dentro de los cuales la libertad de acción de uno no se ve impedida por los demás. El deber de los demás se traduce en observar una conducta negativa, esto es para no entorpecer el libre

ejercicio del derecho conferido a otro sobre la cosa. (El derecho real se traduce en una relación directa e inmediata entre el sujeto y la cosa)".¹

Anteponiendo a la exposición de los varios derechos reales una consideración acerca de las cosas, porque éstos son los objetos, concebidos como bienes o valores sobre los que recaen aquellos derechos.

La idea de res, de cosa, en cuanto objeto de la naturaleza, material, corpórea, tangible, es típica de una concepción puramente romana. Una tal idea de cosa, con valor técnico jurídico, no viene quebrada por la distinción entre res corporales las cosas que se pueden tocar y res incorporales las que no se pueden tocar apreciándose intelectualmente, como ocurre con los derechos reales sobre cosa ajena, los créditos, la titularidad de una herencia.

En rigor, y como luego veremos, tal distinción gira en torno al patrimonio, que puede estar formado por cosas las tangibles: un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata, cuanto por derechos iura. La verdad es que en la denominación de cosas, de res, tanto se comprenden las causae, los objetos mismos, como los derechos que recaen sobre estos.

La cuestión esta en que, entrando en juego el binomio cosa-derecho, más se realce el primer elemento (cosa) o el segundo (derecho). Tanto cabe hablar de cosa (sobre la que recae el derecho), como de (derecho que recae sobre la cosa). Y ocurre que en el caso del derecho de propiedad, el más absoluto de los derechos reales, se habla del objeto, de la cosa, por estimar, de acuerdo con la noción romana, que el derecho se materializa en ésta. El objeto del derecho de la propiedad viene clarificado cuando se reclama frente al que es propietario: rei vindicatio.

¹ Iglesias, Juan. **Derecho romano**. pág. 147

Todos los derechos reales recaen sobre cosas, pero en punto al de propiedad. No importa que en la herencia, en el usufructo o en cualquier tipo de obligación haya cosas corporales, siendo así que en los tres supuestos los derechos mismos son incorpóreos. Las cosas en sentido técnico, y de res incorpóreas, esto es, los iura proyectados sobre realidades no menos corpóreas y tangibles, debe señalarse que la primera categoría es cerrada, y mantenida como tal hasta nuestros días, en tanto que la segunda es abierta a desarrollos conexos con los avances de la economía y de las relaciones jurídicas.

Con todo, y por lo que toca a esta segunda categoría, conviene notar que dicha apertura no sobrepasa los linderos a los que la concepción romana sujeta los derechos o, si se prefiere, -las cosas que consisten en derechos- res quae in iure consistunt-. El número de los derechos, de las cosas que in iure consistunt, puede crecer a tenor de las demandas económicas y sociales, pero sin que en Roma alcancen a las entidades inmateriales, a las prestaciones, a las ideas (inventos o ingenios industriales).

El ordenamiento jurídico toma en cuenta las cosas en cuanto tienen de bienes, esto es; en cuanto reportan una cantidad o beneficio económico. Tal utilidad o beneficio viene juzgando de distinta manera en el curso de los tiempos.

El mayor valor que se otorgó en un primer momento a las res mancipi, cedió a la mayor estimación posterior de las cosas inmuebles- res inmóviles.

Máximo por su potencia, es el derecho de propiedad que entraña una afirmación soberana hasta soberbia frente a todos: res mea est (esta cosa es mía).

“En el derecho real no existe relación de hombre a cosa porque este vínculo no es jurídico. El titular del derecho será el sujeto activo y la comunidad humana absteniéndose de perturbar al titular, configura el sujeto pasivo y que en los

derechos reales, por ser oponibles ante terceros, también existe una abstención a la que está obligada la colectividad humana".²

1.2. Evolución histórica de los derechos reales.

En la evolución histórica de los derechos reales podemos decir: Primero fue el poder. Y el poder proyectó sobre las cosas con fuerza superior y distinta a la que es propia de la avanzada idea patrimonialística. El yo mando precedió a cualquier noción de ejercicio de un derecho timbrado por la nota económica absorbente y decisivamente definidora de patrimonio.

El poder, con descanso y defensa en la manus, en la mano, tuvo por eje y centro la idea de imperio, de señorío sobre los bienes que estaban en la órbita de la familia y, en algún caso- apuntamos ahora a las servidumbres, de sus aledaños. El Imperio, el señorío sobre las cosas, no está reñido con el significado económico, beneficioso, industrial, que conformaban la res, las cosas.

Sin embargo, lo económico tardaba en alcanzar esa valoración autonómica que acompañaba a la idea de propiedad, de atribución, de pertenencia personalista o individualista a los fines humanos de un disfrute remunerador o útil.

La primera etapa del derecho romano que comprende desde el año 753 a. de C. con la fundación de Roma hasta años antes de la expedición de las XII tablas, es un período donde se viven dos formas de gobierno como la monarquía (753 - 509 a. de C.) y la República (509 a. de C. hasta 451 a. de C. la Ley de las XII tablas).

La normatividad de este período se basaba en la costumbre (more), que constituyó el derecho no escrito (ius nom scriptum), también conocido como

² Flores Juárez, Juan Francisco. **Los derechos reales en nuestra legislación.** pág. 51

derecho consuetudinario (mos majorum consuetudo). Con la Ley Poetelia Papiria se da la división de los derechos personales de los derechos reales, entendiéndose que el derecho real es el que se tiene sobre las cosas sin tener en cuenta las personas que en el momento las posean (res clamat dómínio) y el derecho personal es el que pueden reclamar de ciertas personas sin importar quien posea o donde se encuentre la cosa. Lo cual conviene a todos los derechos reales, pero no siempre a la obligación romana y a la obligación moderna.

Analizando lo anterior se verán las distintas figuras de derechos reales que reconoce y regula el derecho romano.

1.2.1. La propiedad.

Es la señoría más general, en acto o en potencia, sobre la cosa; La propiedad entraña un poder tan amplio, que no es posible reducir a un cuadro la serie de facultades que encierra: El derecho de usar, de disfrutar, de enajenar, de reivindicar. En principio la cosa se somete entera y exclusivamente al dueño.

En el derecho romano, la propiedad constituía una suma de derechos: el de usar de la cosa (ius utendi), el de percibir los frutos (fruedi), el de abusar, de contenido incierto (possidendi),el de enajenar (alienandi), el de disponer (disponendi) y el de reivindicar (vindicandi).

Todo lo que estaba en el ámbito de la antigua familia, así las personas como las cosas, se sometían a un poder soberano: el mancipium. Entre las cosas, hay algunas que tenían un especial significado e importancia para el grupo familiar, cumplidor de fines que sobrepasaban a los de simple razón doméstica: el fundo, los esclavos, los animales de tiro y carga.

Estas cosas pertenecían a la familia y constituían en cierta manera, un patrimonio inalienable. No era que se prohibían la enajenación, sino que estos se

mostraban propicios a la perpetuación de la casa, tanto en su espíritu como en su cuerpo material.

La enajenación, en todo caso se sometía a un procedimiento embarazoso: el *mancipium*, acto solemne cuyo nombre deriva del poder mismo, y al que más tarde se llamaría *mancipatio*. Las cosas familiares estaban bajo el *mancipium* del *paterfamilias*, que respecto a ellas es considerado soberano. Pero debía mantenerse en la familia: no era *dominium* en el sentido que tenía esta palabra. El *paterfamilias* asumía una postura institucional, acorde con el fin unitario y objetivo del grupo que gobernaba.

La propiedad servía a los intereses del grupo, y si aparecía individualizada en cabeza de *pater*, había que evitar el pensamiento de que esto correspondía a los dictados de un fin personal. Sirviendo a un fin común no era extraño que la conciencia social declarara que ya en vida del *pater* los *fili* eran en cierto modo, propietarios. Pero el derecho privado se agotaba, formalmente, en los *paterfamilias*: el antiguo derecho romano no reconocía otros sujetos.

Los caracteres de la propiedad romana, consonantes con la función política de la señoría sobre el fundo eran los siguientes:

1°. El fundo romano tenía confines santos, como los muros de la ciudad. Los confines eran señalados con el ceremonial solemne y sagrado de la *limitatio*. Alrededor de este corría un espacio libre, de cinco pies, cuando menos: *iter limitare*, en el campo; *ambitus*, en la ciudad. De modo semejante tenía la *urbs* su *pomerium* en torno a la cinta amurallada. En época antigua este espacio libre debió de ser *res sancta* y tanto, sustraída al comercio privado.

2°. La propiedad ilimitada, en el sentido de absoluta y exclusiva. Estaba sometida al propietario bajo todos los aspectos y no admitía influencia alguna proveniente del exterior. En el antiguo derecho romano no existían servidumbres

legales. Las servidumbres de paso y de acueducto sólo podían constituirse contando con la voluntad del propietario del fundo agravado. En realidad, el *iter limitare* facilitaba el acceso a cada uno de los campos y no se hacía preciso el paso obligatorio. De todos modos, si alguien quería pasar por el fundo vecino, o asegurarse una *melior condicio* en orden a las aguas, trayéndolas desde aquél hasta el propio, debía pactar con el *paterfamilias* titular.

3°. La propiedad romana tenía virtud absorbente, todo lo que estaba en el fundo o se incorporaba al fundo tesoros, plantas, semillas, edificios, aluviones, etc. pertenecía al propietario del mismo. Este principio de la *accesión* respondía al carácter orgánico de la propiedad y no a una determinación positiva legal como ocurre en el derecho moderno.

4°. El fundo romano era inmune, es decir libre de cualquier impuesto o carga fiscal. El *tributum*, era personal: se satisfacía según los bienes, pero no recaía sobre la propiedad.

5°. La propiedad romana era perpetua. No se podía constituir un derecho de propiedad *ad tempus*, en términos de establecer, que pasada cierta fecha, retorne *ipso iure* al enajenante, según el concepto de la enajenación real.

La verdadera propiedad individual se afirma en la época clásica, cuando ya se ha quebrado la unidad compacta del grupo familiar. El *mancipium* se escinde en *dominium iura in res* y potestad sobre las cosas.

Sobrevalorando el concepto económico de *res* se desarrolla una propiedad de contenido patrimonial.

El principio de la tolerancia de tales actos es claramente afirmado por los clásicos ahora bien una cosa es que el propietario pueda disponer libremente de lo que es suyo y otra que invada la esfera de libertad del vecino.

1.2.2. La posesión:

Es la dominación de hecho sobre una cosa, Entre posesión y propiedad existe una diferencia que corre entre el hecho y el derecho. La ley trata de meter la propiedad dentro de precisos contornos jurídicos, más la propiedad no empieza ni acaba en estos, acaso no hay institución que más se apoye en fuerzas extrajurídicas.

Por vía jurídica discurren la propiedad y su defensa la rei vindicatio; por vía anormal, extra ordinem, la posesión y su tutela . Sin embargo, la Posesión no es más que el complemento extrajurídico de la propiedad.

El ius civile no conoce la possessio, que es hija de la práctica social; no la conoce ni la protege, porque cae fuera del campo de los derechos. Pero el ius civile se sirve de esta señoría socialmente sancionada, tomándola en consideración a los efectos de la adquisición de la propiedad por usucapión.

Más aún, toda la teoría de la posesión es elaborada por los juristas con miras a este fin. La posesión no es un hecho ni acto sino acción del sujeto, desaparece la possessio si cesa o se interrumpe la acción. Acción de raíz y valor, pero que se endereza, cuando se dan ciertos requisitos, al logro de una situación jurídica. Acción para o hacia el derecho.

Grande es el acercamiento entre propiedad y posesión. La propiedad es la posesión dotada de garantía jurídica y ciertos casos de possessio, como el in bonis habere, se hacen formas de propiedad.

En orden a la adquisición del tesoro, a la tradición y a la ocupación, se habla de animus o affectio possidendi, porque en situaciones semejantes se tiene la intención de conseguir el señorío de hecho y no tiene importancia para la

adquisición el que se sepa con certeza que tal hecho es garantizado y constituye el derecho de propiedad.

La posesión lleva a la adquisición de la propiedad, como ocurre en los casos de la ocupación, usucapión y tradición. A la posesión se debe también la adquisición de frutos por el poseedor de buena fe.

- La possessio. Es la posesión caracterizada por la tenencia de la cosa corpus y la intención de disponer de ella con exclusión de los demás- animus possidendi, animus rem sibi habendi.

- La possessio civiles. Esta posesión entra en el campo de los derechos sobre las cosas moviéndose en tal ámbito, la jurisprudencia clásica constituye la teoría de la possessio con miras a la adquisición de la propiedad, y no desde el punto de vista de la defensa interdictal.

- La possessio naturales. Es la detentación el simple estar en la cosa, fuera de la noción de possessio sin oposición alguna queda la detentación: detinere, tenere rem, possidere corpore, possessio corporales, esse in possessionem, morari in fundo, esse in fundo.

La adquisición podía tener lugar por ocupación y por tradición:

A) Ocupación:

La adquisición originaria era tratada con más rigor que la adquisición derivativa. En orden a los muebles, no solo era necesario entrar en ellos, sino que aún era preciso realizar ciertos actos que denunciaran su apropiación con carácter permanente por ejemplo, cercándolos o poniéndolos en cultivo.

Por lo que toca a los muebles. Bastaba una relación con la cosa que permitiera actuar sobre ella. Así la pieza caída en el cepo se consideraba poseída por el cazador. En general, se adquiría la posesión de una cosa mueble desde el momento en que quedaba puesta a nuestra disposición.

B) Tradición:

Para adquirir la posesión de un fundo no era menester recorrerlo *circumambulare amnes gleba-*, sino que bastaba con pisar en él- *partem fundi introire; pedem finibus inferre*. Si habiendo comprado un fundo vecino, lo señalaba el vendedor desde una torre situada en el fundo del comprador, declarando que le entregaba la vacua posesión, comenzaba a ser poseído, no de otra suerte que si el adquiriente hubiese puesto el pie dentro de sus confines o linderos. Más tarde, ni siquiera se exigía esta vecindad.

La espiritualización de la *traditio* viene a oscurecer, en época justiniana, la noción realista de la posesión. Respecto de los bienes muebles la jurisprudencia clásica no exige que sean aprehendidos materialmente hasta que se encuentren ante el adquiriente, o que sean depositadas en su casa o puestas bajo la custodia de un guarda, o que tratándose de mercaderías, sean éstas signadas o marcadas.

El derecho de la última época introduce varias innovaciones, no es menester que la cosa este presente, se adquiere la posesión por la transmisión que hace el vendedor de los instrumentos; la posesión de las mercaderías almacenadas se adquiere por la entrega de las llaves del almacén. En general, la aprehensión material de la cosa puede sustituirse por una declaración de las partes.

Animus possidendi: Según el lenguaje moderno no era suficiente, junto a él debe darse en unión indisoluble la intención de disponer de la cosa con exclusión de los demás. Tal era la *affectio tenendi*, el *animus rem sibi habendi*, con lo que se

alude a un querer activo, permanente e ilimitado también en el tiempo sobre la cosa.

Dada la exigencia del animus, no podían adquirir la posesión, cuando menos por sí los infantes y los locos. El impúber no necesitaba la auctoritas tutoris, ya que la posesión es *res facti, non iuris*. Era dable adquirir la posesión por intermediario, en cuanto servía de instrumento inteligente para aprehender la cosa que otro quería poseer.

Principio vigente en el derecho clásico es el de que no puede adquirirse por medio de extranea persona, es decir, por persona libera que *nostrae potestati* o *nostro iuri* subiecta non est. Tal principio se quiebra en la época de los severos, al admitirse *utilitatis causa* la adquisición mediante el procurador, *etiam ignorante*. El derecho justiniano se adquiere la posesión, *etiam ignorante*, por persona libre o por procurador, si bien el mandato especial o la ratificación.

En general, se considera que no es necesaria una actuación inmediata y constante, sino que la posibilidad de disponer libremente de la cosa en cualquier momento. Se conserva la posesión *nudo animo solo animo retinetur possessio* en el caso de los *saltus hiberni et aestivi*, es decir, de los fundos que quedan abandonados, durante una parte del año.

Los clásicos admiten tal conservación *utilitatis causa*; los justinianos generalizaban lo que antes era norma excepcional para considerar la conservación de los *saltus hiberni* como uno más entre los varios ejemplos. Se puede adquirir sin violencia la posesión de un fundo ajeno, cuando está vacante por abandono, muerte sin sucesor o larga ausencia del dueño. El ausente que retorna carece de remedios posesorios, porque cesó la posesión al ser ocupado el fundo. Si es propietario, solo le cabe ejecutar la *rei vindicatio*. El derecho justiniano entiende por el contrario que el ausente conserva la posesión solo ánimo.

La doctrina proculeyana afirma que se pierde la posesión del *servus fugitivus*. Otros juristas admiten *utilitaris causa* que se conserva si bien a los solos efectos de la usucapión. La legislación de Justiniano se proclama decididamente por la conservación *ánimo*. Se conserva la posesión, *ánimo nostro*, *corpore alieno*, cuando otro, el arrendatario, el depositario, el comodatario o el procurador, detenta la cosa en nuestro nombre. En el derecho justiniano se conserva la posesión solo *ánimo*, cuando el intermediario procede infielmente abandonando o enajenando el fundo. Se conserva de la misma manera cuando un tercero provoca con malignidad el abandono del fundo por parte del intermediario.

En la época clásica, la posesión recae sobre la *res-possessio rei*- pero no sobre el *ius- possessio iuris*. La protección interdictal es extendida, por vía útil al usufructo, al uso, a la *habitatío* y a algunas de las principales servidumbres prediales, pero no se habla con relación a estas figuras de *possessio*, sino de *usus* y de *uti*. Ciertamente es todavía que se habla de *quasi possessio*, en el sentido de que el usufructo y el uso implican un goce de la cosa que es semejante al de la posesión, y sin que este lenguaje entrañe un atentado contra lo que es cuestión sustancial.

Los justinianos transforman la *quasi possessio rei*, cuasi-señoría sobre la *res corporales*- en señoría sobre la *res incorporalis*- *possessio usus fructus*. Ahora es posible, no solo la posesión de los *corpa*, sino también la posesión de los *iura*; posesión del usufructo, del uso, de la *habitatío*, de las servidumbres prediales, de la *enfiteusis* y de las superficies. Esta última noción de la *possessio* tiene la amplitud de la más antigua noción de *usus*.

1.2.3 La servidumbre:

Es un derecho real sobre cosa ajena, la relación de servidumbre- palabrea con la que hoy traducimos la latina se establece y no cabría de otro modo entre personas. Las personas que aquí cuentan son los propietarios de dos fundos, de los cuales uno sirve a otro. Titulares activo y pasivo de la servidumbre no son dos

sujetos determinados, sino los propietarios, cualesquiera que sean de los fundos. Las fuentes hablan, de una parte, del fundo qui servit o qui servitutum debet, y de otra, fundus cui servitus debetur o que servitutum habet. Hablan tambien de ius praedii o fundi, o dicen que la servidumbre fundo adquiritur o que sententia proedio datur. Pero ni una ni otras expresiones deben inducir al error de creer que los romanos admiten una relación entre fundo y fundo, cuando lo que quieren significar no es otra cosa que la adscripción permanente de la servidumbre a los fundos, en vista de la utilidad objetiva que uno procura a otro, y con independencia de los cambios o vicisitudes que puedan darse en cabeza de los respectivos propietarios.

El nombre de servitus fue dado al primer derecho sobre cosa ajena reconocido por el ius civile, la servitus originaria coincide con lo que nosotros llamamos "servidumbre predial". La extensión de aquel nombre al usufructo, que es también institución del ius civile, pero surgida más tarde, y a los derechos análogos al usufructo. Sancionados por el derecho honorario y por normas más recientes, se debe a la jurisprudencia posclásica. El derecho justiniano distingue las servitutes en dos clases: servitutes praesiorum- las antiguas servitutes, sin oposición alguna y servitutes personarum- usufructo y derechos análogos.

Los clásicos no conocen la categoría de la servitus, sino particulares servitutes. Falta la figura general y abstracta y no porque no hayan formulado una definición de la servitus, sino porque los romanos no se muestran propicios a truncar la libertad de dominio con la libre constitución de servidumbres.

Las servidumbres aparecen progresivamente y la aparición de cada una responde al reconocimiento de las servitutes, este no es otro que el de la necesidad social que se proyecta de modo singular en cada nuevo caso. Se habla de tipicidad de las servidumbres, para significar que los romanos conocen un número limitado de servidumbres y no la servitus, como categoría general.

Servidumbres prediales y servidumbres personales, como ahora decimos, tienen una nota común: la de ser derechos sobre cosa ajena. Bajo tal aspecto análogos son los modos de constitución y extinción y análogos también los medios de defensa. Sólo con relación a las primeras se habla de servicios de la cosa, pero no menos hay una cosa que sirve en las segundas, también servitutes en el derecho justiniano. La diferencia es ésta: las servidumbres prediales se establecen en razón de la utilidad objetiva que procuran al fundo; las servidumbres personales se constituyen a favor de un sujeto determinado, con miras a su propio beneficio. Las servidumbres prediales se vinculan permanentemente al que hoy llamamos fundo dominante. Y su titularidad corresponde a cualquiera que sea propietario del mismo; las servidumbres personales son inseparables del sujeto al que benefician y acaban si no tienen duración más corta, cuando este muere o sufre una *capitis deminutio*.

En materia de servidumbres rigen los siguientes principios:

1) La servidumbre se establece en razón de la utilidad objetiva del fundo, ejercitada dentro de los límites de las necesidades del fundo al que beneficia- *civiliter uti*- no puede desligarse de éste, ni enajenarse como derecho independiente . La mudanza de los titulares, por sucesión universal o particular, no afecta a la existencia de la servidumbre.

2) La utilidad debe ser permanente: *servitutis perpetua causa esse debet*.

3) Los fundos han de ser vecinos: *praedia vicina esse debent* .Vecinos no se traduce, necesariamente por contiguos. La servidumbre es posible cuando los fundos están separados por una vía pública.

4) El propietario sólo puede tener derechos sobre la cosa *iure diminii*. No cabe ser propietario de una cosa a la vez que titular de una servidumbre constituida sobre la misma cosa: *nemini res sua servit*.

5) La obligación impuesta al propietario del fondo sirviente ha de ser de carácter negativo: *servitus in faciendo consistere nequit*. El propietario del fondo sirviente debe tolerar que otro haga- *pati*- o abstenerse de hacer algo- *non facere*- pero no puede venir obligado a observar una conducta positiva- *facere*. Una excepción a esta regla ofrece la *servitus honoris ferendi*, en virtud de la cual el propietario del fondo sirviente debe mantener en buen estado la columna o el muro en que se apoya el fondo dominante. De observar es no obstante, que si la solidez del sostén interesa al fondo dominante, el sostén mismo pertenece al fondo sirviente, y no es razonable que el propietario de aquel repare a sus expensas una cosa que no es suya.

De otro lado la obligación de restaurar no agota el contenido de la servidumbre y aún más ni siquiera atañe a lo que en esta hay de esencial. Lo esencial de la servidumbre es un *pati*, un tolerar que el vecino apoye su edificio en el nuestro. El deber de restaurar es una consecuencia particular y accesorio del ejercicio de la servidumbre, y no violenta el carácter fundamental de ésta.

6) La servidumbre es indivisible porque indivisible es la situación jurídica que la misma entraña. No puede constituirse por fracciones en el caso de condominio. Es lógico por el contrario que se conserve entera cuando el propietario de un fondo adquiere una cuota de condominio sobre otro fondo. Si el fondo dominante o el fondo sirviente es dividido, el derecho a la obligación de servidumbre corresponde por entero a cada una de las resultantes de la división- multiplicación o refracción de la servidumbre.

7) Al propietario del fondo dominante no le es permitido, en el derecho clásico dar en usufructo prenda o arrendamiento la servidumbre de que es titular.

Las más antiguas servidumbres son las de paso *iter*, *actus*, *via* y *acueducto aquae ductus* que aparecen englobadas en las *res mancipi*. Estas cuatro servidumbres se agrupan después bajo la denominación de *servitutes praediorum*

rusticorum, para distinguirlas de otras servidumbres prediales que surgen progresivamente y se llaman servitutes praediorum urbanorum.

Cuestión grave es la relativa al origen de las servidumbres. Se ha dicho entre otras cosas que su raíz primera está en los juicios divisorios; que el sendero y el acueducto primitivo son objeto de dominio; que sobre el sendero y el acueducto se da un concurso de propiedad. Gana terreno la hipótesis de que la primitiva servidumbre se consebió como propiedad pero no se cree que se haya dado nunca tal mudanza o desplazamiento en los conceptos.

Cuando se dice que la originaria de la res mancipi solo comprende res corporal, se transporta indebidamente a los viejos tiempos una noción y una clasificación afirmadas en hora más reciente. Los primeros romanos partían de la idea de poder y si ellos englobaban bajo común denominación de res mancipi a los fundos, los esclavos, los animales de tiro y carga, el sendero y acueducto, con esto no querían decir que todas estas cosas son objeto de propiedad, sino que todas se hallaban sometidas a la ley del mancipium, que podían actuar de, modos diferentes. Los romanos no concebían que una cosa fuese a la vez dos cosas y a esta consecuencia llegaríamos si dijéramos que la servidumbre es un fundus.

La cosa que sirve es un cuerpo simple pero obedece al mancipium de dos personas: al de su propietario y al del titular de la servidumbre. El mancipium del segundo merma el mancipium del primero. Este puede disponer de la propiedad, pero no de la libertad de la propiedad, en el caso de la servidumbre se da un poder de uso, pero por razón de una necesidad utilitas del fundo dominante.

Si el poder se ejercita por el titular de la servidumbre el lazo que se establece entre aquel y el fundo sirviente resulta de un elemento intermedio: el fundo dominante, la realidad es que aquel poder limita a otro poder, pero una imagen sacada del lenguaje habla de no libertad del fundo *servit praedium* y de restablecimiento de la libertad *praedium liberum*.

Las servidumbres se distinguían en rústicas y urbanas. El criterio distintivo se basaba en la naturaleza propia de las servidumbres: eran rústicas las que tenían por finalidad el disfrute económico de un fundo; urbanas las que establecidas para provecho o comodidad de los edificios.

Servidumbres rústicas eran el primer término las cuatro más antiguas, es decir las tres de paso *via*, *iter actus* y la de acueducto *aquae ductus* esto implica el derecho de conducir agua *servitus aquae haustus* la de abrevadero *servitus pecoris ad aquam appellendi* o *adpulsus*.

Entre las servidumbres urbanas tenemos las siguientes:

La de vertiente de aguas de lluvia desde el propio tejado, de modo natural *servitus stillicidii* o por conductos o canalones-*servitus fluminis*: la de desagüe mediante tuberías o canales.

La acción típica para la protección de las servidumbres es la *vindicatio servitutis* llamada en el derecho posclásico y justiniano *actio confessoria*, en antítesis a la *actio negativa* o *negatoria*. La *actio confessoria*, modelada a imagen de la *rei vindicatio*, compete al propietario del fundo dominante contra el propietario o poseedor del fundo sirviente que impide el ejercicio de la servidumbre.

En la época justiniana puede dirigirse contra todo tercero. Con el carácter de *utilis*, la *actio confessoria* compete también, según el derecho justiniano al acreedor *pignoraticio* al enfiteuta y al superficiario.

La *actio confessoria* tiende al restablecimiento de la condición legítima de la servidumbre y al resarcimiento de los daños. Las servidumbres se hallan también protegidas por los interdictos. La protección no tiene en cuenta su existencia, sino

la relación de hecho que media entre dos frutos, y cuyo contenido material es el propio de las servidumbres.

1.2.4 El usufructo:

Usus fructus es el derecho de usar y disfrutar la cosa ajena, salvando su sustancia: *usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. El usufructo aparece más tarde que las servidumbres, posiblemente hacia finales del siglo VI de Roma cuando entra en quiebra la vieja concepción familiar y se difunde el matrimonio libre-sine-manu. Su nacimiento responde a la necesidad de dejar a la viuda lo necesario para seguir viviendo en la forma que lo hiciera antes de morir el marido, y sin que por otra parte se la nombre heredera en perjuicio de los hijos. Tiene pues carácter alimenticio, si esto se entiende en un amplio sentido. La propiedad y usufructo han sido siempre dos categorías jurídicas distintas.

Nunca fueron concebidos como poderes cualitativamente iguales y sólo cuantitativamente diferentes. No se trata de un poder mayor que otro poder sino de poderes por esencia distintos, donde está uno no está otro: la exclusión es recíproca, desde el punto de vista jurídico, la noción de propiedad es unitaria, plena in re potestas. La propiedad no es la suma de las facultades que entraña, sino una quillitas distinta de las mismas. El derecho concedido al usufructuario limita la plena potestas del propietario, pero no cabe decir que lo que se da al primero en lo jurídico no en lo económico se identifica con lo que se quita al segundo.

El nombre de usufructo sirve para designar una categoría jurídica específica una figura autónoma, un derecho existente por si mismo. El usufructo fue siempre un derecho sobre cosa ajena, el usufructo absorbe el mayor contenido económico de la propiedad y por esto se llama nuda pero los juristas romanos, aun presuponiendo tal realidad, la excluyen de su exposición científica, pues aproximan, en ciertos casos y bajo ciertas razones, el usufructo a la propiedad

pero no porque entre en consideración lo económico. La verdad es que ellos aíslan o separan los elementos jurídicos de los elementos prácticos. En esta parte de la definición se da a entender que el usufructo es un derecho personal y que limita la plena potestas pero a su vez se dan en él obligaciones y limitaciones que no existen normalmente en la propiedad, aunque muchos nos esforcemos, no podemos negar que la propiedad y usufructo surgen a la vida del derecho por obra de una técnica distinta.

El usufructo es un derecho estrictamente personal, como tal, no puede enajenarse a un tercero, puede cederse el ejercicio perceptio fructuum sea por arrendamiento, venta o donación, pero el cedente no pierde su condición de usufructuario. Muerto este, aunque viva el cesionario, se extingue el usufructo. El usufructo no excluye el goce del propietario, este conserva todos los poderes o facultades que no lesionen el derecho del usufructuario. El propietario puede adquirir servidumbres, como puede constituir las que no empeoran la condición del usufructuario.

El usufructo por principio no puede recaer sobre cosas consumibles a partir de un senadoconsulto de comienzos de la época imperial, que no nos es bien conocido, se dio la posibilidad, fue dable en efecto legal el usufructo de cosas consumibles comprendidas en un patrimonio comprometiéndose el usufructuario mediante caución a restituir otras tantas al término del usufructo.

Tal es la figura del cuasi usufructus. El cuasi usufructus constituido por caución per cautionem cuasi usufructum constituit se diferencia del usufructo en que no procura la simple determinación de la cosa, sino que implica la adquisición de ésta en propiedad.

El usufructo se extingue por renuncia mediante iniure cessio, en la época clásica, y acto no formal, en el derecho justiniano consolidatio destrucción o alteración del destino económico de la cosa mutatione rei no uso durante un bienio

o un año. Según se trate de cosa inmueble o mueble; muerte o capitis diminuto no la minina, el derecho justiniano del usufructuario. El usufructo se halla tutelado por la vindicatio usufructus o actio confessoria, en la denominación posclásica, su régimen es análogo al de la vindicatio servitit. Al igual que las servidumbres el ejercicio del usufructo es progresivo por el pretor mediante los interdictos posesorios uti possidetis y unde vi, concedidos con el carácter de utilia.

1.2.5. El uso.

Junto al usufructo existe, en la época clásica, el-usus. Según su significado originario, usus es el derecho de usar una cosa sin percibir sus frutos: uti potest, frui nonpotest. Por razones fácilmente comprensibles, los jurisconsultos amplían la esfera del uti, el usuario de una cosa puede habitarla con su familia y dar acogida en ella a huéspedes, esclavos, libertos, operarios atc. El usuario de un fundo puede recoger los frutos agrícolas, hortícolas y forestales más indispensables para atender a las necesidades domésticas cotidianas.

Otorgada esta facultad dentro de cortos límites rige el criterio del consumo de los frutos en el propio lugar in villa. En el derecho Justiniano era dable alquilar las habitaciones sobrantes y tomar los frutos del fundo que fuerán necesarios para el sustento del usuario y de su familia, por la cautio usuaria garantiza el titular la conservación de la cosa y su devolución al terminar el uso. En lo demás, rigen principios análogos a los del usufructo.

1.2.6. La habitación.

Cuestión discutida en la época clásica es la de si la habitatio o el habitare concedido en particulares negocios implica uso, usufructo o un simple derecho de crédito. Con Justiniano, la habitatio era un derecho real especial, distinto del uso y del usufructo quasi proprium aliquod ius, que atribuía la facultad de habitar en una

casa ajena. El habitador podía arrendar toda la casa, la *habitatio* era un derecho vitalicio, a lo sumo y no se extinguía por la *capitis deminutio* ni por el uso.

Existen además de las servidumbres y el usufructo, otros dos que también procuran un goce o beneficio económico, y tales son la *enfiteusis* y la *superficie*.

1.2.7 La *enfiteusis*.

En la época justiniana, la *enfiteusis* es un derecho real, enajenable y transmisible a los herederos que atribuye un poder prácticamente análogo al de la propiedad pero sobre una casa ajena, mediante el pago de un cano por años. La *enfiteusis* hacer plantaciones es una institución del mundo griego, aun cuando su contenido esencial tiene antecedentes en las concesiones de terrenos del Estado o de otros entes públicos *ager vectigalis* hechas a los particulares *ius in agro vectigali*.

Los terrenos del Estado y de las comunidades a él sometidas *coloniae*, *municipia* solían ser concedidos a los particulares, bajo la obligación de pagar un canon anual *vectigal*. De mediar tal pago, viene la inclinación de algunos juristas a considerar la concesión como arrendamiento; en cambio la perpetuidad de la pertenencia o su larga duración por ejemplo, cien años mueve a otros a pensar en la *compraventa*.

Discutido el problema en tales términos llega a prevalecer la primera opinión: *magis placuit locationem conductionemque esse*. Sin embargo esta relación jurídica adquiere eficacia real y no simplemente creditual, cuando el pretor otorga al concesionario una *actio in rem* análoga a la *rei vindicatio*, mientras es satisfecha el *vectigal*, no se puede quitar el predio ni al mismo concesionario ni a sus herederos. El derecho que atribuye la concesión es susceptible de enajenación.

Según el testimonio que nos ofrecen varias inscripciones y papiros greco-egipcios, la administración imperial concedía a los particulares en arriendo de larga duración grandes extensiones de terreno inculto saltus. La concesión regulada por la *lex saltus* que dicta el emperador atribuye una pertenencia designada con las expresiones *usus proprius*, *ius colendi*, *ius possidendi ac fruendi heredique suo relinquendi*. La práctica de tales contratos agrarios se generaliza a partir de Constantino, quizá como consecuencia de las grandes confiscaciones llevadas a cabo por los instauradores del Cristianismo.

Junto a esta figura de arrendote larga duración, que recibe el nombre de *ius emphyteuticum* y constituye sobre los *fundi patrimoniales*, aparece el *ius perpetuum*, establecido sobre los *fundi rei privatae* – patrimonio del fisco como tal, el *ius emphyteuticum* es temporal mientras el *ius perpetuum* es ilimitado.

El *perpetuarius* tiene la consideración de *dominus fundi* las dos figuras se funden y confunden para hablarse únicamente de *ius emphyteuticum* o *emphyteusis*, la institución se extiende a los terrenos de las ciudades y de las corporaciones de las iglesias, sobre todo y acaba por implantarse en orden a las fincas privadas.

De la misma manera que los clásicos discutían acerca de la naturaleza del *ius in agro vectigali* se discute ahora sobre la calificación jurídica que debe atorgarse al *ius emphyteuticum*. Desde el punto de vista práctico, la disputa se centra en la disciplina del *periculum*, esto es de la carga del riesgo en el caso de que fuerza mayor destruya o aminore la productividad del fundo. Si se decide que la concesión implica una venta, el riesgo corre a cargo del concesionario; si se considera que es arriendo, pesa sobre el concedente.

El emperador Zenón resolvía el problema al definir el negocio constitutivo como un contrato *sui generis* distinto de la venta y del arrendamiento, no mediando pacto en contrario la destrucción total del fundo redundaba en perjuicio del dueño

y cuando sólo era de una parte afecta al enfiteuta que no se liberaba del pago íntegro del canon. Dentro del régimen Justiniano, el enfiteuta tenía derecho al pleno goce del fundo. Hacia suyos los frutos naturales – que adquiría por separación – así como los demás arrendamientos de la cosa, podía mejorar la finca adquirir y constituir servidumbre a favor y en contra de la misma, conceder el derecho en hipoteca, enajenando por acto inter vivos y transmitirlo mortis causa.

Los deberes de enfiteuta eran : Pagar el canon anual; no deteriorar el fundo; soportar las cargas o tributos que graven sobre éste; notificar al propietario su propósito de enajenar el *ius emphyteuticum*, para que hiciera uso, si quisiera de derecho de preferencia *ius praeiacionis*, frente a cualquier tercero que quisiera adquirirlo.

El incumplimiento de tales deberes en orden al pago, si se trataba de la falta de abono durante tres meses facultaba al propietario para despojar al enfiteuta de su derecho.

Procuraba al titular o enfiteuta, mediante el pago de un canon por años, una posición análoga no igual a la del propietario. El enfiteuta, en efecto, además de serlo a largo plazo o a perpetuidad tenía facultades sobre el fundo, superiores a las que otorgaban las servidumbres y el usufructo.

1.2.8 La superficie.

Entre el derecho clásico y preclásico se produce un choque entre el carácter absorbente de la propiedad romana inmobiliaria. Representado por el *ppio* superficies solo *cedit* y problemática socioeconómica de las ciudades muy pobladas. Ni por el sujeto, una de las partes no es un particular, ni por el contenido, posibilidad de transformar el suelo construyendo sobre él.

En el derecho posclásico, el riesgo de edificar publico solo ente una posible demolición ordenada por la autoridad. Uno de los derechos reales pretorianos o instituidos por el pretor; El derecho de superficie era el derecho que los arrendatarios o colonos de los predios rústicos, a perpetuidad o a largo plazo, tenían sobre las edificaciones levantadas en ellos con el consentimiento del arrendador. Este derecho se extendía naturalmente a la superficie del suelo cubierto por la edificación y de ahí el nombre que recibió.

Sin embargo sentida que fue la necesidad de construir en suelo público, se permitió a los particulares levantar sobre él edificios, otorgándoles el goce de los mismos a cambio de un canon por años. Famosas que son las concesiones hechas por los Magistrados a los banqueros argentarii para contruir en el foro tabernae donde ejerce sus actividad, con la facultad de destruirlas, así como de transmitir a otros el derecho al goce de las mismas.

Nada se sabe con exactitud acerca del régimen jurídico que sirve de base a tales concesiones, si bien no se excluye la posibilidad de que la relación se constituyese mediante un arrendamiento de derecho público y que el concesionario se hallase asistido por el interdictum de loco público fruendo. Sea como fuere es lo cierto que está práctica se extendió después a los municipios y en último término a los sujetos privados.

Fue en este momento cuando la institución adquiere figura autónoma, constituyéndose casi siempre por arrendamiento. El dominus soli permite la edificación y el constructor inquilinus, conductor adquiere el derecho a su goce.

El titular, vistas las facultades que tiene, ocupa una posición semeja a la del propietario, bajo un régimen vecino al de la enfiteusis.

Distintos de los derechos reales hasta aquí enumerados, y que procuran todos un goce o beneficio económico, son la prenda y la hipoteca, figuras de

garantía real, esto es con o por la cosa misma, y en el derecho moderno, a diferencia del romano, reciben regulación completamente distinta.

Los derechos reales sobre cosa propia y sobre cosa ajena ofrecen una mayor ventaja que la procurada a través de los contratos, por los derechos personales, de obligación o de crédito. Mientras los derechos reales son ostensibles frente al común de los hombres erga omnes los derechos personales dan vida a una facultad valedera frente al obligado o deudor concreto.

CAPÍTULO II

2. Modos de adquirir la propiedad en el derecho civil guatemalteco

2.1. Definición.

“Un concepto que tiene raíces en el derecho romano sostiene que los civilistas, especialmente los latinos, denominan modos de adquirir la propiedad a aquellos actos jurídicos, o en oportunidades simplemente hechos que tienen por objeto y dan como resultado precisamente la adquisición del derecho de propiedad sobre un bien”.³ En algunos casos, y para ciertos supuestos, la palabra modo se emplea como en contraposición a la palabra título, a efecto de resaltar, en la teoría del título y del modo, uno de los dos elementos requeridos para la adquisición del dominio.

“Los modos de adquirir la propiedad son aquellos hechos jurídicos a los cuales la ley reconoce la virtud de hacer surgir el dominio de un determinado sujeto”.⁴

Los hechos a los que se refiere la doctrina, pueden devenir de la naturaleza como en el caso de aluvión; de la legislación, como en el caso de la expropiación forzosa, y de la voluntad humana plasmada en la realización contractual, constituyendo los dos últimos, en rigor de la técnica, actos jurídicos por ser calificadas por la participación del hombre.

En el derecho romano la propiedad podía adquirirse de dos maneras: per universitatem (a título universal) y a título singular. Se realizaba la adquisición en la primera forma cuando el adquirente sucedía al transmisor en una universalidad patrimonial, todos sus elementos activos y pasivos, derechos reales, créditos y

³ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. pág. 309,310.

⁴ Vásquez Ortiz, Carlos. **Derecho civil sustantivo los bienes y demás derechos reales**. pág. 39.

obligaciones. Se operaba este medio principalmente en la sucesión por causa de muerte. Se adquiría a título singular cuando la adquisición tenía por objeto una o más cosas singulares.

“Los medios de adquirir el dominio a título singular se dividían en dos clases: medios del derecho civil (*ius civile*) y medios del *ius gentium*. Los primeros fueron instituidos por el *ius civile*, con destino exclusivo a los ciudadanos romanos. Los segundos fueron creación del *ius gentium*, y se extendían a los no ciudadanos, como a los peregrinos. Los medios adquisitivos propios del *ius civile* fueron: la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *usucapio*, la *adjudicatio* y la *lex*. Los del *ius gentium* fueron: la ocupación, la tradición, la accesión, la especificación, la percepción de frutos, la confusión y la *commixtio*”.⁵

Dicho autor hace referencia también de cómo se regulaban los modos de adquirir la propiedad dentro del derecho civil en época romana, de lo cual se hace un breve resumen a continuación:

2.1.1 Mancipatio.

Era una transmisión del derecho de dominio de una persona a otra bajo el símbolo de una venta y con el empleo de la forma ritual y solemne denominada *per aes et libram*. Debían comparecer el enajenante y el adquirente en presencia de cinco ciudadanos romanos púberes y otro ciudadano que en ese acto solemne se denominaba *libripens*, el cual tenía en sus manos una balanza. El adquirente afirmaba su derecho de dominio en términos solemnes golpeando la balanza con una moneda de cobre que entregaba al enajenante como símbolo de precio. El enajenante asentía a todo aquello y de ese modo quedaba operada la adquisición, quedando el adquirente como propietario *ex iure quiritium* (propietario quiritario).

⁵ Medellín, Carlos. **Lecciones de derecho romano**. pág. 83.

La *mancipatio* daba el dominio al adquirente, mas por si sola no le daba la posesión, si la cosa no era materialmente entregada por el enajenante.

2.1.2. In iure cessio.

Era un medio solemne y simbólico. Las dos partes enajenante y adquirente, comparecían ante el magistrado figurando un juicio de reivindicación de la cosa cuyo dominio pretendía adquirirse. Si la cosa era mueble o el fragmento de ella. El adquirente, tocando la cosa mueble o el fragmento del inmueble afirmaba, en presencia del magistrado y del enajenante, ser suya, según el derecho civil. El enajenante declaraba ser cierta tal afirmación y en vista de ello el magistrado declaraba propietario al adquirente.

2.1.3 Usucapión.

La usucapión (*usucapere*, tomar por el uso) era un medio de adquirir el dominio de una cosa mediante la posesión de esta por el tiempo y en las condiciones prescritas por la ley. *Usucapio est adiectio dominio per continuationem tenporis lege definiti* (“La usucapión es la adquisición del dominio por continuidad de tiempo definido en la ley “). Fue el origen de la prescripción adquisitiva del derecho moderno. Esta institución, como todas las instituciones jurídicas de Roma, evolucionó progresivamente a través de los siglos. Nacida dentro de un estrecho molde en la época de la Ley de las Doce Tablas, vino a ensancharse en la época clásica y a culminar, bajo el derecho de Justiniano, en la institución básica de la moderna prescripción adquisitiva.

En la época clásica la usucapión podía producir dos efectos distintos: convertir al propietario bonitario quiritarario y hacer propietario al poseedor que no lo era.

Todas las cosas corporales, muebles e inmuebles, *mancipi nec mancipi*, eran susceptibles de ser adquiridas por usucapión, salvo aquellas que la ley exceptuaba, como los fundos provinciales, las cosas robadas (*res furtivae*), los muebles e inmuebles ocupados por violencia (*res vi poséase*) y los predia restica vel suburbana de los pupilos y menores de veinticinco años, ocupados por terceros. En general, tampoco podían ser usucapidas las cosas que no eran susceptibles de propiedad particular.

2.2. Clasificación.

“Existen diversas clasificaciones de los modos de adquirir la propiedad, pero aún ninguna parece haber alcanzado el relieve de la tradicional, extendiéndose por el modo de adquirir el acto o hecho jurídico, cuyo efecto según la ley es la transmisión de la propiedad y de los derechos reales en general”.⁶

Tiene relevancia en la legislación civil la clasificación que divide los modos de adquirir la propiedad, en la siguiente forma:

2.2.1. Modos originarios.

Cuando la adquisición de la propiedad se realiza sin existir relación jurídica con el anterior propietario o cuando no existe anterior propietario. En el primer caso, es ejemplo típico la usucapión, también denominada prescripción adquisitiva. En el segundo, puede ponerse como ejemplo la ocupación de un bien que no ha pertenecido antes a nadie.

⁶ Vázquez Ortiz, Carlos, **Ob. Cit**; pág.39.

Es cuando el adquirente no recibe derechos de ninguna otra persona, sea porque en el momento de la adquisición el bien adquirido nunca fue o no era más el objeto de un derecho preexistente, o bien porque la ley suprime o transforma, en beneficio del nuevo adquirente, el derecho preexistente. Dentro de los modos originarios aparecen en primer término aquellos que dan lugar a un derecho primigenio sobre el bien adquirido y que son:

a) La actividad creadora del hombre.

b) La ocupación, que consiste esencialmente, en el hecho de tomar una cosa no perteneciente a nadie, con la intención de adquirir la propiedad (*res nullius*).

c) La accesión, es un modo de adquirir la propiedad basada en la incorporación de elementos extraños a las cosas de nuestra propiedad. Puede ser de mueble o inmueble natural o artificial.

Existen también modos originarios que suponen la extinción de un derecho persistente sobre el bien adquirido como lo es la accesión artificial que se produce en virtud de la intervención del hombre fusionando dos cosas de distinta pertenencia, dando lugar a que desaparezca uno de los dos derechos de propiedad. El principio de que lo accesorio sigue a lo principal esclarece esta situación.

2.2.2. Modos derivativos.

Cuando preexistiendo la propiedad, esto es el derecho de propiedad sobre un bien, éste es transmitido a otra persona en virtud de una relación jurídica. Por ejemplo, cuando se realiza una compraventa, y por razón de ella un bien pasa a ser propiedad de otra persona.

Implica la transmisión de un derecho preexistente por un autor a un sucesor. En cuanto a los modos derivativos de adquirir el dominio, existen cuando un derecho correspondiente a determinada persona es transmitido a otra en virtud de un título legal. Esta operación puede operarse de diversas maneras:

a) A título universal.

Se da cuando la titularidad de un patrimonio es subrogada totalmente por una persona. Como esta substitución no puede tener efecto por negocios entre vivos, sólo puede realizarse por causa de muerte, es decir este tipo de transmisión sólo opera a través de la sucesión mortis causa.

b) A título particular.

Este modo de adquisición está referido a cosas concretas y no a universalidades por lo que es el medio generalizado en las relaciones jurídicas de tráfico, puede ser mortis causa como los legados o bien por negocio entre vivos, como la compraventa o la permuta.

c) A título oneroso.

Las adquisiciones a título oneroso se producen cuando la parte transmitente recibe a cambio una compensación de índole económica que le permite el equilibrio de su patrimonio.

d) A título gratuito.

Surge cuando a cambio del bien, sin recibir ninguna prestación a cambio, en el ánimo de la persona que cede un bien hay ánimo de liberalidad, como consecuencia aumenta el patrimonio del que recibe y disminuye el patrimonio del cedente.

e) A título intervivos.

Se realiza durante la vida de las personas, de los sujetos interesados, en este sentido encontramos todos aquellos actos propios del tráfico mercantil, cualquier acto jurídico que represente una transmisión del dominio de derechos sujetos durante su vida se producen aquí.

f) Por causa de muerte.

El presupuesto esencial para que tenga lugar es que el titular de los bienes muera, esto nos lleva a la teoría de la herencia de la sucesión.

La anterior clasificación es admitida por la mayoría de civilistas dada su concreción y simplicidad, ha sido sin embargo, objeto de críticas tendiéndose a otra clasificación que no ha tenido tanta aceptación como la anterior, se expone en los términos siguientes: En la doctrina más reciente se observan, sin embargo, defectos lógicos en la clasificación bipartita de modos originarios y derivativos, que obliga a reunir en uno de sus miembros, situaciones muy diversas y con diferente causa; para evitarlo se propone subdistinguir más entre las causas adquisitivas del siguiente modo: adquisiciones que no presuponen la existencia del derecho y su transferencia (como la tradición o el consentimiento donde impere el principio consensual) y una categoría intermedia que presupone la existencia del derecho, bien en el propio adquirente o en otra persona y que se subdivide según que el derecho preexista en el mismo adquirente (como en la accesión, la especificación y el tesoro respecto al propietario de la materia o el fundo) o que preexista el derecho en un tercero, pero sin existir transferencia (como la especificación respecto al especificador, el tesoro respecto al inventor, la adquisición de cosas perdidas y la usucapión).

En esta división aún más compleja y aparentemente menos didáctica. Se pretende encontrar un mayor valor sistemático.

El Código Civil guatemalteco no adopta ninguna clasificación de los modos de adquirir la propiedad. Simplemente, se limita a enumerarlos, sin orden previamente establecido. Por ello a continuación se hace una exposición:

2.3. Ocupación.

Hay ocupación cuando alguien toma una cosa para sí, que no pertenecen a nadie o pertenece a dueño ignorado o este la ha abandonado. A continuación se analizarán los requisitos generalmente necesarios para que jurídicamente pueda hablarse de ocupación, los que se estudian en relación al sujeto y en relación al objeto.

En relación al sujeto, se requiere capacidad para adquirir y propósito o intención de apropiarse la cosa. En relación al objeto, se requiere que la cosa no pertenezca a nadie o que pertenezca a dueño ignorado o a dueño que la haya abandonado.

Originalmente, la ocupación se entendió en relación a las cosas que no tenían dueño. En la actualidad, se ha reducido enormemente ese supuesto porque es muy difícil encontrar cosas sin dueño y porque las legislaciones, en especial en cuanto a bienes inmuebles tienden a conceder al Estado la propiedad de las cosas en tal situación.

El Código Civil guatemalteco admite los siguientes casos de ocupación:

2.3.1 Ocupación de bienes muebles.

Dispone que pueden adquirirse por ocupación, las cosas muebles o semovientes (ganado de cualquier especie) que no pertenecen a ninguno, observándose lo dispuesto en leyes especiales (Artículo. 589). Especifica el Código que son bienes muebles que pueden ser objeto de ocupación, las piedras, conchas y otras sustancias que se encuentren en las riberas del mar, de los ríos y arroyo de uso público y que no presentan señales de dominio anterior; y que pueden también ser objeto de ocupación las cosas cuya propiedad abandonan voluntariamente su dueño (Artículo. 591). Respecto a los bienes inmuebles, dispone el Código que no pueden adquirirse por ocupación; los que no están reducidos a propiedad particular, pertenecen a la nación (Artículo. 590).

2.3.2 Ocupación de tesoro.

El tesoro encontrado en terreno propio, pertenece al descubridor (o sea al mismo dueño del terreno). Si el tesoro es encontrado en terreno ajeno, fortuitamente o con permiso del dueño del terreno, el tesoro se dividirá por partes iguales entre el propietario del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento. Existe cierta discrepancia de criterios en cuanto al concepto de tesoro. Son depósitos ocultos o ignorados de dinero, objetos de valor o alhajas (Artículo. 218).

Algunos Códigos exigen que se trate de cosas preciosas, otros no. Algunos creen que cierta antigüedad de los objetos es necesaria. Pero se coincide en afirmar que deben tener valor en el comercio de los hombres. Es necesario tener presente que el descubrimiento de un tesoro es considerado como una forma específica de ocupación, en vista que el dueño no existe o es ignorado.

2.3.3. Ocupación de bienes mostrencos.

Según el Código Civil, es bien mostrenco todo bien mueble o semoviente (ganado de cualquier especie), al parecer extraviado y cuyo dueño se ignore (Artículo 596). El Código regula esta clase de ocupación obligando a informar a la autoridad municipal más cercana sobre el encuentro de uno de esos bienes, para que haga pública esa circunstancia, fije un término a fin que se presente el dueño, y si no apareciere proceda a la venta en pública subasta de lo encontrado.

A la persona que hubiere encontrado el bien corresponde el diez por ciento del valor de la venta más el pago de los gastos. Leyes especiales de carácter administrativo regulan la ocupación de animales sin dueño, tales por ejemplo, las relativas a la caza y pesca, enjambres de abejas, etc.

2.4. Prescripción adquisitiva.

La prescripción adquisitiva, también llamada usucapión (del latín *usucapio*), es un modo de adquirir el dominio (propiedad) y ciertos derechos reales, en virtud de la posesión ejercida durante el tiempo que la ley señale. Nótese que el transcurso del tiempo es el factor más importante en esta clase de prescripción, sin perjuicio de que generalmente se requiere un título incompleto o defectuoso, aunque no necesariamente.

El Código Civil guatemalteco denomina usucapión a este modo de adquirir la propiedad; no obstante, en el desarrollo de la materia la denomina también prescripción.

El origen de la prescripción adquisitiva es muy antiguo; se remota a las XII Tablas; tiene pleno desarrollo en el derecho romano; y el derecho canónico, que

inicialmente no aceptó esta figura, después la admitió plenamente; en el derecho moderno conserva su importancia, especialmente respecto a los demás muebles.

Dispone el Código Civil que puede adquirir la propiedad por usucapión, todas las personas capaces para adquirir por cualquier otro título; y que son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres (Artículos. 642 y 643).

Quién posee a nombre de otro no puede adquirir por prescripción la cosa poseída, a no ser que legalmente se haya mudado la causa de la posesión (Artículo 646). O sea la prescripción sólo favorece a quién posee e nombre propio. Se dice mudada legalmente la causa de la posesión cuando el que poseía a nombre de otro, comienza a poseer legalmente a nombre propio; pero en este caso, la prescripción no corre sino desde el día en que se haya mudado la causa (Artículo 647).

Si varias personas poseen en común alguna cosa, no puede ninguna de ellas prescribir contra sus copropietarios o coposeedores, pero si puede prescribir contra un extraño, y en este caso, la prescripción aprovecha a todos los partícipes (Artículo. 648).

Es principio general que quienes tienen capacidad para enajenar, pueden renunciar la prescripción consumada, pero el derecho de prescribir es irrenunciable; y que el que alega la prescripción debe probar la existencia del título en que funda su derecho (Artículo. 644 y 649).

El título, por supuesto, ha de ser necesariamente defectuoso o incompleto, según antes se expuso, para que sirva como base de la usucapión. En efecto fundamental de la prescripción que, una vez perfeccionada, produce el dominio de la cosa adquirida, y con la acción que nace de él, puede reivindicarse de cualquier poseedor y utilizarse como acción o excepción por el usucapiente (Artículo. 650).

El Código civil dispone que, salvo disposiciones especiales, el dominio sobre bienes inmuebles y demás derechos reales sobre los mismos, se adquiere por prescripción por el transcurso de diez años; y el de los bienes muebles y semovientes, por el de dos años (Artículo. 651).

El Artículo 652 ha previsto los casos en que no corre la prescripción, entre las personas a que se refiere; que literalmente dice no corre la prescripción:

- 1) Contra los menores y los incapacitados, durante el tiempo que estén sin representante legal constituido. Los representantes serán responsables de los daños y perjuicios que por la prescripción se causen a sus representados;
- 2) Entre padres e hijos, durante la patria potestad;
- 3) Entre los menores e incapacitados y sus tutores, mientras dure la tutela;
- 4) Entre los consortes; y
- 5) Entre copropietarios, mientras dure la indivisión.

El Artículo 653, los casos en que la prescripción se interrumpe, el que literalmente dice así: La prescripción se interrumpe:

- 1°. Si el poseedor es privado de la posesión de la cosa, o del goce del derecho, durante un año;
- 2°. Por notificación de la demanda o por cualquier providencia precautoria ejecutada, salvo si el acreedor desistiere de la acción intentada, o el demandado fuere absuelto de la demanda, o el acto judicial se declare nulo; y

3°. Si la persona a cuyo favor corre la prescripción reconoce expresamente, de palabra o por escrito; o tácitamente por hechos indudables, el derecho de la persona contra quién prescribe.

El efecto de la interrupción es inutilizar, para la prescripción, todo el tiempo corrido antes de ella (esto es, la interrupción) Artículo. 654.

2.5. Accesión.

2.5.1 Definición.

La accesión, en su concepto global, es todo lo que produce un bien y pertenecen a este y todo lo que se une e incorpora a un bien, por acción de la naturaleza o del hombre; “Desde el derecho romano, la accesión fue considerada como un modo de adquirir la propiedad. Modernamente, ese criterio ha sido objeto de críticas. Amplio sector de la doctrina, y varios Códigos civiles, se inclinan a considerar la accesión como una extensión del derecho de propiedad, no como un modo de adquirir ese derecho”.⁷

“Un modo de adquisición de la propiedad resultante de la incorporación natural es una cosa a otra más importante.”⁸ “Otro modo de adquirir lo accesorio por pertenecernos la cosa principal, o el derecho que la propiedad de una cosa mueble o inmueble es que da al dueño de ellas sobre todo cuanto produce o sobre lo unido accesoriamente por obra de la naturaleza o por mano del hombre, o por ambas causas a la par y de ahí que pueda ser natural, industrial o mixta”.⁹

“La accesión es el derecho que compete al dueño de una cosa sobre lo que está produzca y a ella se incorpore o una, más o menos inmediatamente en

⁷ Brañas, Alfonso, **Ob. Cit**; pág. 315

⁸ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencia jurídicas políticas y sociales**, pág. 31

⁹ **Ibid.**

calidad de accesorio y de un modo inseparable.”¹⁰

Se llama accesión, al derecho en virtud del cual el propietario de una cosa adquiere la propiedad de todo lo que natural o artificialmente se une o incorpora a su cosa. Así se dice que el propietario de un terreno es propietario también, por medio de la accesión de los materiales empleados en una construcción sobre el mismo terreno.

La palabra accesión designa también la cosa accesoria unida a la principal, en cuyo provecho se realiza la accesión puede ser mueble o inmueble, siendo la accesión unas veces efecto de un fenómeno natural.

La tendencia ecléctica tiende a distinguir los casos de accesión discreta (propiedad de los frutos que otras cosas producen) y accesión continua (El propietario hace suyas las incorporaciones a su propiedad de un bien, parte del mismo o varios bienes), y concluyen los partidarios de la teoría, que la accesión discreta no es un modo de adquirir la propiedad, sino un simple efecto del derecho de propiedad; y que en cambio, la accesión continua sí constituye un modo de adquirir la propiedad.

El Código civil guatemalteco, admite la distinción entre accesión discreta y accesión continua, pero sin distinguir si la accesión es un modo de adquirir la propiedad o un efecto de extensión de la misma. Trata en primer lugar, el Código civil, de la accesión discreta, al disponer que los frutos naturales y civiles pertenecen al propietario de la cosa que los produce (Artículo. 655), y especifica que son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, las crías de los animales y demás productos que se obtengan con o sin la industria del hombre (Artículo. 656); entendiéndose que no se conceptúan frutos naturales sino los que están manifiestos, producidos o nacidos (Artículo.657); y respecto a los animales,

¹⁰ Vásquez Ortiz, Carlos, **Ob. Cit**; pág. 47.

bastan que estén en el vientre de la madre, perteneciendo la cría exclusivamente al dueño de la hembra, salvo estipulación contraria (Artículo.656).

2.5.2 Naturaleza jurídica.

Tampoco ha existido unanimidad en la doctrina acerca de la naturaleza de este instituto jurídico y entre los mantenedores de la extensión de la propiedad antigua, y la adquisición de la propiedad nueva, se mantiene como extremas las posiciones siguientes:

a) La que considera la accesión como un modo originario de adquirir secundum quid propio del derecho romano.

b) La mantenida por los tratadistas modernos y que siguen los Códigos francés, italiano, alemán, portugués, austriaco y otros, que la reputan como una simple consecuencia o facultad del dominio.

No faltan posiciones eclécticas, que distinguen entre una y otra para calificar, la realización del fin natural de la propiedad, la discreta y como un auténtico modo de adquirir, la continúa.

2.5.3 Clasificación de la accesión.

2.5.3.1 Accesión discreta.

Es la que tiene lugar en virtud de las fuerzas internas de la misma cosa y va de adentro hacia fuera, el Código civil guatemalteco en el **Artículo 655** establece que los frutos naturales y civiles pertenecen al propietario de la cosa que los produce.

a) Frutos naturales:

Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, las crías de los animales y demás productos que se obtengan con o sin la industria del hombre.

b) Frutos civiles:

Son aquellos que no son productos espontáneos de las cosas sino que surge por las relaciones jurídicas entre personas y cosas sobre un bien determinado.

2.5.3.2 Accesión continúa.

Es la incorporación de un bien a otro por fuerzas exteriores a la cosa misma, y va de afuera hacia adentro. Puede realizarse en forma natural y artificial. Existen tres clases de accesiones continuas:

a) Accesión de inmueble a inmueble.

Estas son originadas por las acciones de aguas o por los ríos, a su vez se subclasifican en:

- Avulsión. Es lo que la fuerza del río arranca de un campo en una avenida repentina y lo lleva a otro inferior o a la ribera opuesta cuando sea de tanta consideración que pueda conocerse y distinguirse; ya consiste en árboles, ya en alguna porción de terreno. Ocurre la avulsión cuando la corriente de un arroyo, torrente o río segrega de su ribera una porción conocida de terreno, y la transporta a las heredades fronteras o a las inferiores. En estos casos, el dueño de la finca que orillaba la ribera segregada conserva la propiedad de la porción del terreno incorporado pero si dentro del término de seis meses no ejercitare su derecho, lo perderá a favor del dueño del terreno a que se hubiere agregado la porción arrancada (Artículo. 676).

- Aluvión. Se denomina así al aumento de terreno que reciben los terrenos que colindan con la ribera de los ríos, este aumento en la estructura del suelo se caracteriza por ser lento, imperceptible y se acumula arena y rocas. Ocurre el Aluvión, por acrecentamiento que reciban paulatinamente por accesión o sedimentación de las aguas, los terrenos confinantes con los arroyos, torrentes, ríos y lagos que provocan el acrecentamiento, el cual pertenece a los dueños de tales terrenos (Artículo.679).

- Mutación de cauce. Consiste en la desviación que en forma natural realicen las aguas de un río. (Artículo.672). Dos casos distingue el Código civil guatemalteco:

1º. Si se trata de ríos no navegables, los cauces abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas, pertenecen a los dueños de los predios ribereños en toda la longitud respectiva. Si el cauce abandonado separa heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante de unas y otra (Artículo. 673).

2º. Si se tratase de ríos navegables o flotables, y variando naturalmente la dirección, se abre un nuevo cauce en heredad privada, este cauce entrará en dominio público.

En ambos casos el dueño de la heredad lo recobrará siempre que las aguas vuelvan a dejarlo en seco, ya naturalmente o bien por trabajos legalmente autorizados al efecto (Artículo.674).

- Formación de Isla. Es un fenómeno natural en virtud del cual se origina una isla por la acumulación de materiales. Son propiedad de la Nación las islas ya formadas o que se formen en la zona marítimo-terrestre y en los ríos y desembocaduras; pero si estas islas se formaren en terrenos de propiedad

particular, continuarán perteneciendo a los dueños de la finca o fincas desmembradas (Artículo.670). Las islas que, por sucesiva acumulación de arrastres superiores se van formando en los ríos, pertenecen a los dueños de las márgenes u orillas cercanas a cada una, o a las de ambas márgenes si la isla se hallase en medio río, dividiéndose entonces longitudinalmente por la mitad. Si una sola isla formada, distare de una margen más que de otra, será únicamente y por completo dueño suyo el de la margen más cercana (Artículo. 678).

b) Adquisición de mueble a inmueble.

Como principio general, lo que se une o se incorpora a una cosa pertenece al propietario de ésta (Artículo.658). Así, toda construcción, siembra, plantación u obra verificada sobre o debajo del suelo, se presume hecha por el propietario a sus expensas y que le pertenece (Artículo. 659).

c) Adquisición de mueble a mueble.

Esta representada concretamente por la unión de dos cosas de naturaleza mueble que pertenecen a distintos propietarios.

El Artículo 686 del Código civil guatemalteco establece que: Cuando dos cosas muebles pertenecientes a dueños distintos, se unen de tal manera que vienen a formar una sola, sin que intervenga mala fe, el propietario de la principal adquiere lo accesorio, pagando su valor. Se reputa principal entre dos cosas incorporadas, la de mayor valor.

Dentro de este tipo de adquisición aparecen las siguientes figuras:

- La adición o conjunción. Se denomina también conjunción, consiste en la unión de dos cosas muebles pertenecientes a distintos dueños, se unen de tal

manera que viene a formar una sola cosa, pero con la posibilidad de separarlos o de que subsistan después con independencia. (Artículo.689).

- La especificación. Existe este modo cuando una persona transforma mediante la acción de su trabajo un bien de ajena pertenencia. Los Autores Ripert y Boulanger, citados por el Autor Carlos Vásquez, refieren que: “la especificación fue objeto de prolongada discusión entre proculeyanos y sabinianos, concluyéndose en que si el valor de la obra rebasa el de la materia prima se opera una pérdida del derecho del propietario de la cosa transformada. (Artículos.698 al 700)”.¹¹

- La conmixción. Constituye uno de los modos de adquirir el dominio por accesión mediante la mezcla de varias cosas sólidas o líquidas, de la misma o distinta especie, pertenecientes a diversos dueños. A la mezcla de cosas sólidas se le denomina conmixción, y a la de líquidos confusión (Artículo. 690). La doctrina también menciona en provecho de inmuebles la accesión natural, es decir, accesión de animales, que se realiza de dos modos diferentes: a veces el propietario del fundo en el cual pertenece el animal, adquiere la propiedad de este inmediatamente, y otras la adquisición sólo se produce después de determinado plazo. Puede ser inmediata respecto a animales como las palomas, conejos, peces, que pasan de un lugar a otro, es decir, se considera que estos animales forman parte de un fundo en que se encuentran, pero por ser bienes inmuebles por su destino, cambian de dueño al cambiar de morada, suponiendo que el desplazamiento de éste ha sido natural, siempre no han sido atraídos por fraude o artificio. Sin embargo, no debemos de perder de vista la que prescribe la ley en cuanto al plazo que se menciona, cuando se hace la declaración del bien mostrenco presentado a la municipalidad local.

¹¹ Vásquez Ortiz, Carlos, **Ob. Cit**; pág. 51

2.5.3.3 Adcesión de mala fe.

El propietario del suelo que ha hecho construcciones, plantaciones u obras con materiales ajenos, debe pagar al dueño el valor de éstos, y quedará también obligado, en caso de mala fe, al pago de los daños y perjuicios; pero el propietario de los materiales no tiene derecho de llevárselos, a menos que pueda hacerlo sin destruir la obra o sin que perezcan las plantaciones (Artículo.662).

El que de mala fe edifica o siembra en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin que tenga derecho a reclamar indemnización alguna del dueño del suelo, ni de retener la cosa (Artículo.662).

Si existe mala fe de ambas partes (edificador y dueño del terreno), se entenderá compensada esta circunstancia y se arreglarán los derechos de uno y otro, conforme lo resuelto para el caso de haberse procedido de buena fe (Artículo. 664). Se entiende que hay mala fe de parte del edificador, plantador o sembrador, cuando nace la plantación, edificación o siembra en terreno que es ajeno, no pidiendo previamente al dueño su consentimiento por escrito (Artículo.665). Y se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que a su vista o ciencia y paciencia se hicieren el edificio, la siembra o la plantación y no se opusiere a ellos (Artículo.666).

2.5.3.4 Adcesión de buena fe.

Dispone el Código civil guatemalteco que el dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización correspondiente o de obligar al que edifico o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró solamente su renta (Artículo. 661).

Si los materiales, plantas o semillas pertenecen a un tercero que no ha precedido de mala fe, el dueño del terreno es responsable subsidiariamente del valor de aquellos objetos, siempre que: quién de mala fe empleó los materiales, plantas o semillas no tenga bienes con que responder su valor, y que lo edificado, plantado o sembrado aproveche al dueño del terreno (Artículo. 667).

2.5.3.5 Accesión ocasionada por las aguas.

Dos casos distingue el Código civil guatemalteco en el Artículo 669: **a)** Que son de dominio público (Artículo. 457). Los terrenos que se unen a la zona marítimo- terrestre por las accesiones y aterramientos que ocasione el mar; y, **b)** que, cuando por consecuencia de estas accesiones y por efecto de retirarse el mar, la línea interior que limita la expresada zona avance hacia aquél, los terrenos sobrantes de lo que era antigua zona marítimo-terrestre, pasarán a ser propiedad de la nación.

CAPÍTULO III

3. Derechos reales pretorianos, los modos de adquirir la propiedad y el derecho de superficies en el derecho romano

3.1. Clases:

Los derechos reales pretorianos o instituidos por el pretor fueron, según hemos dicho, La superficie, el ius in agro vectigalis, la enfiteusis y la hipoteca.

3.1.1. La superficie.

La superficie era el derecho que los arrendatarios o colonos de los predios rústicos, a perpetuidad o a largo plazo, tenían sobre las edificaciones levantadas en ellos con el consentimiento del arrendador. “Este derecho se extendía naturalmente a la superficie del suelo cubierto por la edificación, y de ahí el nombre que recibió”.¹²

3.1.2. Ius in agro vectigalis.

El ius in agro vectigalis surgió del arrendamiento a perpetuidad, que los municipios solían hacer de sus tierras, mediante un censo o vectigal. En atención a la perpetuidad de aquella situación jurídica del colono, el pretor creó a favor de este un verdadero derecho real.

3.1.3. La enfiteusis.

La enfiteusis, palabra que procede del griego plantar, sembrar, nació del

¹² Medellín, Carlos, **Ob. Cit**; Pág. 95.

arrendamiento de tierras incultas, a largo plazo o a perpetuidad, que los emperadores solían dar a los particulares, con la obligación para el colono de cultivarlas y plantarlas.

Esta práctica fue igualmente seguida por los grandes propietarios y dio origen al derecho real del colono sobre las tierras, creado por el pretor y denominado enfiteusis. En la época de JUSTINIANO se refundieron el *ius in agro vectigalis* y la enfiteusis en la misma situación y se sometieron a un mismo régimen legal.

3.1.4. La hipoteca.

Según el derecho romano, la hipoteca era un derecho real accesorio sobre una cosa mueble o inmueble, destinado a garantizar el pago de una deuda. La institución de la hipoteca surgió lentamente a la vida jurídica mediante una evolución progresiva.

Con la finalidad de obtener una garantía para el acreedor, distinta de las seguridades puramente personales, se acostumbró primeramente lo que se llamó enajenación fiduciaria. Quién contraía una deuda, enajenaba a favor del acreedor una cosa determinada, pero conviniendo por un pacto llamado de fiducia, que al pagarse la deuda volviera la cosa al patrimonio del deudor. Luego vino la institución de la prenda *pignus*. El deudor entregaba a su acreedor la posesión de una cosa en garantía de pago. El acreedor conservaba dicha posesión mientras no se le pagara la deuda. *Propie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit...ad creditorem. Decimos prenda propiamente lo que se entrega al acreedor; hipoteca cuando no se entrega al acreedor.*

Posteriormente se vio el verdadero origen de la hipoteca en el arrendamiento de fundos rurales. Para garantizar al arrendador el pago del arrendamiento, se estableció que por un convenio entre arrendador y arrendatario, los ganados y

utensilios agrícolas llevados al predio por el arrendatario quedarán afectos al pago, sin que salieran del poder de este. Si el arrendatario no pagaba, se permitía al arrendador tomar la posesión de aquellas cosas por medio de una acción llamada interdicto salviano.

Vino en seguida un proceso en la institución. Mediante convenio entre arrendador y arrendatario de un predio rústico, el primero quedaba investido de un verdadero derecho real sobre los ganados y utensilios agrícolas del arrendatario, el cual podía hacer efectivo no solo contra este, en caso de no pagar, sino contra toda persona que hubiera adquirido las cosas afectadas al pago. Ese gravamen sobre las cosas acompañaba, pues, a estas en cualquier poder en que se hallaran, y daba lugar a que el acreedor obtuviera su posesión si no se le pagaba la deuda. Esta acción del acreedor para hacerse a la posesión de las cosas agravadas, en caso de no ser pagado, se denominó acción serviana.

Finalmente, aquella institución se generalizó para todas las cosas, cualesquiera que fuesen la naturaleza y el origen del crédito que trataba de garantizarse. El que contraía una deuda podía, por un simple convenio con el acreedor, gravar en garantía del pago una o más cosas de su propiedad, muebles o inmuebles, sin que por el solo hecho del gravamen salieran de su poder. El acreedor adquiría por ese modo sobre las cosas gravadas un derecho real que, en caso de no ser pagado, hacía efectivo por medio de la acción llamada cuasi serviana o hipotecaria, extensiva a todas las personas que adquirieran las cosas gravadas con posterioridad a la constitución del gravamen.

La acción cuasi serviana o hipotecaria se dirigía en un principio a obtener la posesión de las cosas gravadas en caso de no pagarse la deuda. El acreedor adquiría entonces la posesión y seguía teniéndola, a manera de prenda mientras no se le pagara.

Pero aquella situación podía hacerse indefinida, por lo cual vino a establecerse primeramente que por convenio de las partes, al constituirse el gravamen, el acreedor se hiciera dueño de las cosas gravadas en caso de no ser pagado. En seguida se permitió convenir entre acreedor y deudor, que en caso de no pago, el acreedor pudiera vender las cosas gravadas para pagarse con su precio. Y culminó aquel proceso evolutivo, estableciéndose que sin necesidad de convenio expreso entre las partes, el acreedor hipotecario tenía el derecho de vender las cosas gravadas para pagarse con su precio en caso de que llegado el día del pago no se hiciera este.

De este modo vino a consagrarse en las instituciones jurídicas de Roma el derecho real de hipoteca con los mismos caracteres generales que lo distinguen en el derecho civil moderno, salvo su extensión en cuanto a las cosas susceptibles de él, que era mayor en el derecho romano, pues tenía lugar sobre los bienes muebles e inmuebles, al paso que el derecho moderno solo tiene lugar sobre los inmuebles.

3.2. Clasificación romana respecto a los modos de adquirir la propiedad.

Se llaman modos de adquirir la propiedad a los hechos jurídicos que la ley declara idóneos para que aquella entre, como señoría general que es, en la esfera de disposición de los sujetos particulares. La variedad con que tales hechos jurídicos se presentan da lugar a clasificaciones diversas. De raíz romana y bizantina, respectivamente, son las que a continuación exponemos.

En algunas instituciones se distingue entre modos de adquirir *iuris civile* e *iuris gentium*. Dentro de los primeros figuran la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *usucapión*; dentro de los segundos, fundados en la *naturalis ratio*, la *ocupación*, la *accesión*, la *especificación*, la *tradición*. La distinción tiene gran importancia en la época clásica, ya sea referida a los sujetos ciudadanos romanos exclusivamente en los modos civiles ya a las cosas las *res nec mancipi* son las únicas susceptibles

de adquisición *iuris gentium*. Otorgada la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio constituido Antoniniana, borrada la diferencia entre *res mancipi* y *nec mancipi*, y desaparecidas, en fin, las viejas formas civiles de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, semejante distinción tiene un simple valor teórico en la Compilación justiniana. Por lo demás, en las instituciones del emperador bizantino la distinción entre modos civiles y modos naturales se alarga hasta abarcar la generalidad de los modos de adquisición.

Clasificación del sello bizantino y con gran favor acogida por los modernos es la que se hace entre modos de adquirir originarios y derivativos. Dicese originaria la adquisición cumplida sin que medie relación con un antecesor jurídico auctor, transmitente, como ocurre, con la ocupación de una cosa que no tiene dueño *res nullius*. Derivativa es por el contrario, la adquisición cuya eficacia arranca de un acto de disposición del precedente titular, cual sucede.

La adquisición de frutos tanto puede ser originaria como derivativa. La usucapión ofrece unas características especiales, que mueven a los autores a no pocas discusiones. Algunos se inclinan a colocar entre los modos originarios, pero debe observarse que si falta aquí aquella directa coordinación entre el derecho del anterior titular y el derecho del nuevo, aún es menester justificar la adquisición de la posesión, que es fundamento de la usucapión. Hay al menos una sucesión cronológica, en cuanto que la cosa fue de propiedad de otra en el instante preciso en que la usucapión se ha consumado. Por otra parte, las prohibiciones de enajenar impiden la usucapión, y además, la usucapión no extingue el usufructo, las servidumbres activas y pasivas y la prenda. Dados estos caracteres y presupuestos también un consentimiento tácito del propietario, los romanos cuentan la usucapión entre las enajenaciones.

Los romanos no se cuidaron de distinguir en la forma hoy tan preferida. Fuera de la sucesión hereditaria, no coinciden que los derechos y las obligaciones situaciones puramente personales puedan ser objeto de transmisión. En la

mancipatio y en la in iure cessio lo decisivo es la afirmación unilateral del derecho de propiedad por parte del adquirente, frente a un enajenante que renuncia, no oponiéndose, a lo que era suyo. La traditio tiene en un principio eficacia exclusivamente posesoria, según parece lo más probable; función traslativa del dominio tiene en la época clásica, pero es muy oscura. Consecuencia de los tres actos mencionados, pero no esencia de los mismos, es la transmisión del derecho. Todo esto significa, en definitiva, que los clásicos no contemplan la traditio iuris, sino la translatio rei. “Ciertamente, se habla tan sólo de una transmisión de la cosa tranferri, transire, y no del derecho que recae sobre la misma, y hay fundamento en pensar que han sido los bizantinos quines han visto en la transmisión de la cosa la transmisión del derecho”.¹³

3.3. Adquisición de la propiedad en el derecho romano.

3.3.1. Modos originarios:

a) Ocupación:

Ocupación es la adquisición de la propiedad mediante la toma de posesión de una cosa que no tiene dueño: *res nullius cedit occupanti*.

En el derecho romano muéstrase imperante el principio de la libertad de ocupación. Aplicase la *occupatio*, durante largo tiempo, a un amplio círculo de *res nullius*, y su importancia es tal que llega a verse en la misma la fuente de la que surge la propiedad. En esta suerte de adquisición – y en otras como la *usucapio*, la *accessio*, la *specificatio* y la *traditio* – es fácil advertir la propensión de la jurisprudencia a elaborar un derecho de raíz natural.

¹³ Iglesias, Juan, **Ob. Cit**; pág. 166

Casos de ocupación son los siguientes:

- La insula in Mari nata.
- Las res inventae in litore maris perlas, piedras y conchas-, es decir, las cosas descubiertas y aprehendidas, pues no basta la inventio en la ribera del mar.

- La caza aucupium de las ferae bestiae, esto es, de los animales que gozan de libertad natural. El cazador hace suyo el animal cazado, importando poco que esto ocurra en finca ajena. El propietario de una finca puede prohibir el acceso a ella de cualquier extraño, pero no porque se reconozca a su favor la existencia de un derecho exclusivo de caza. Al cazador que de cualquier modo entra en la finca ajena podrá hacérsele responsable de una violación, pero la pieza es suya. Idéntico principio rige en nuestra materia de pesca piscatio.

En la época clásica se discute del momento en que el cazador adquiere la propiedad del animal herido. Debió prevalecer, según creemos, la opinión que luego fue acogida en la legislación justiniana, a tenor de la cual no basta que el cazador hiera y persiga al animal sino que es necesaria también la aprehensión: quia multa accidere possunt ut eum (feraz bestiam) non capiamus (porque puede suceder veces que no aprehendamos al animal).

Además de los animales salvajes ferae bestiae, pueden ser objeto de ocupación los animales amansados o domesticados ciervos, palomas, abejas, etc. que han perdido el animu revertendi, esto es, el hábito de volver a la casa del dueño. Se excluye de la ocupación en todo caso, los animales domésticos- caballos, bueyes, gallinas.

- Los res derelictae. Es decir, las cosas libremente azadonadas por su dueño, y no las cosas perdidas o extraviadas. Discútese entre los clásicos acerca del momento en que se pierde, por el abandono, la propiedad. Según los proculyanos, la perdida de la propiedad coincide con el acto de aprehensión por parte de otro; los sabinianos, por el contrario, entienden que la propiedad se

pierde en el instante mismo en que el titular se despoja de la cosa. Esta última opinión, que concibe la derelictio como una transmisión a persona incierta traditio in incertam personam, fue acogida por la jurisprudencia más tardía y por la legislación de Justiniano.

Dos constituciones imperiales de finales del siglo IV de C. aplican a los agri deserti el régimen de la derelictio. Las tierras situadas en los confines del imperio, expuestas como estaban a las incursiones de los bárbaros, solían ser dejadas incultas por sus dueños. Con el fin de remediar los males que de aquí nacían, se permitió a cualquiera ocuparlas y cultivarlas, transformándose la posesión en propiedad luego de pasados dos años sin que el propietario la reivindicase. De otra parte, si el propietario que no puede pagar los tributos, abandona el fundo, y no retorna a este dentro de seis meses, según el requerimiento oficial que se le hace, adquiere la propiedad la persona que, entrando a ocuparlo, se comprometa a corre con las cargas fiscales.

Las res hostium. Es decir, las cosas tomadas a los hostes, sea en acción de guerra –ocupatio bellica- sea fuera de ella, cuando no media un tratado de amistad con Roma. El autor citado Gayo, nos dice que los antiguos consideraban como propiedad más legítima la de las cosas acogidas al enemigo: maxime sue esse credebant, quae ex hostibus cepissent. En época histórica, el botín propiamente dicho pertenece al Estado, en tanto que las cosas concretas u objetos singulares entran en el dominio del que ocupa.

b) Adquisición de tesoro.

El tesoro es una cierta cantidad depositada de la que no existe memoria de quien pudo ser su propietario, de forma que ya no tiene dueño. Tratase de cualquier objeto precioso- y no sólo de dinero- que permanece oculto- bajo tierra o de otro modo- durante el tiempo necesario para que se pierda la memoria de quién

sea su dueño, haciéndose imposible, en todo caso, identificar en alguna persona al sucesor.

En el curso de la historia del derecho romano la adquisición del tesoro fue regulada de modos diversos. Al principio, considerase como incremento del fundo en que se encuentra.

Semejante solución responde a la peculiar naturaleza del fundus romano, cuya propiedad alcanza a todo cuanto está en él y bajo él, es decir, en el subsuelo. Más tarde y a consecuencia, según parece de la lex Iulia y Papia Poppaea se le aplica el régimen e los bienes vacantes bona vacantia atribuyéndose la propiedad al aerarium al fiscus, después. Una constitución de Adriano, luego desviada, pero acogida, a la postre, por Justiniano, confiere la propiedad del tesoro, por mitad, al dueño del fundo ya sea lugar privado o locus Caesaris y al descubridor. Si el lugar es sagrado o religioso, corresponde por entero al inventor. Es lo cierto que el dominus y el inventor adquieren a la vez e inmediatamente.

c) Accesión.

Hay accesión cuándo una cosa se adhiere a otra, por obra natural o artificial, para integrarse ambas en un solo cuerpo. El dueño de la cosa principal la que define la esencia y la función del todo, según un criterio económico-social se hace dueño de la cosa accesoria, es decir, de la que cede o accede ceder o accedit. La unión que puede deshacerse, reavivando en la cosa accesoria su originaria individualidad su pristina causa, determina una adquisición resoluble. Al dueño de la cosa accesoria se le concede, en el caso de accesión separable, la actio ad exhibendum, para reclamar luego por la rei vindicatio.

La unión orgánica, sólida y duradera, lleva aparejada una adquisición irrevocable es decir que esto no significa, sin que el perdidoso no deba ser

indemnizado. A tal respecto hay que ver si la conjunción ha sido hecha por el propietario de la cosa accesoria o por el de la principal. En el primer supuesto, si el propietario de la cosa accesoria ha obrado de buena fe, y tiene la posesión del todo, puede oponer la *exceptio doli a la rei vindicatio* entablada por el propietario de la cosa principal.

En el segundo supuesto, el propietario de la cosa accesoria tiene la *exceptio doli*, si es él quien posee el todo, o una *actio in factum*, si tal posesión recae en el propietario de la cosa principal. La accesión presupone, según principio general, la adherencia verdadera de una cosa ajena a una cosa propia. También cabe, sin embargo, respecto de una *res nullius*, sin que ésta tenga carácter accesorio, y sin que medie una efectiva conjunción. Así ocurre en los casos del *alveus derelictus* y de la *insula in flumine nata*.

Los romanistas distinguen tres clases de accesión:

a) Accesión de mueble a mueble.

Tiene lugar en los siguientes casos:

- *Ferruminatio*. Es la unión inmediata de dos objetos del mismo metal; *ferruminatio per eandem materiam facit confusionem*. La adquisición de la cosa accesoria a favor del dueño de la cosa principal tiene carácter irrevocable. Distinta de la *ferruminatio* es la *adplumbatio*, esto es, la unión de objetos metálicos o no metálicos, de igual o diferente especie, mediante un tercer elemento plomo o estaño. En cuanto tal unión puede deshacerse sin detrimento de las cosas, no determina adquisición definitiva de propiedad. Luego de ejercitada la *actio ad exhibendum*, petitoria de la separación, puede el dueño de la cosa accesoria entablar la *rei vindicatio*.

- Textura. Según el derecho justiniano, ceden a la tela ajena los hilos que se le incorporan, por obra de bordados o entretejidos. En la época clásica la textura no otorga una adquisición definitiva de los hilos. Ulpiano citado por el autor Juan iglesias atribuye al dueño de éstos la actio ad exhibendum. Gayo no menciona tal modo como accesión.

- Tinctura. El colorante accede al paño.

- Scriptura. Lo escrito sobre carta, pergamino u otro objeto ajeno, accede a éste.

- Pictura. La pintura cede a la tabla, la tabla cede a la pintura magis enim dictar tabulam picturae cedere, sostiene Gayo. Esta postura la gayana, o proculyana, como también se le llama es acogida en el derecho justiniano. Se puede admitir que la tabla accede a la pintura, pero el jurista clásico confiesa que semejante solución, contraria a la dada en el caso de la scriptura, no se explica de modo satisfactorio: cuius diversitatis vix idonea ratio redditur.

b. Accesión de mueble a inmueble.

Pertenece al suelo todo lo que se une a él: Superficies solo cedit. Tal principio importa la accesión en los casos siguientes:

- Satio. Accede a la tierra la semilla ajena que en ella es sembrada.

- Plantario. El propietario de la tierra adquiere lo en ella plantado, siempre que eche raíces: si modo radicibus terram complexa fuerit. La adquisición es definitiva, aunque la planta sea arrancada después.

- Inaedificatio. Los edificios u otras construcciones un acueducto, por ejemplo pertenecen, en su totalidad, al propietario del suelo: omne quod inaedificatur solo cedit. La propiedad sobre la obra completa, sobre la species o el

todo corpus ex cohaerentibus, como la nave o el armario, no significa, sin embargo adquisición de la propiedad de los materiales. El dueño de éstos conserva su derecho, si bien no puede hacerlo valer mientras dure la conjunción.

Las XII Tablas prohíben la rei vindicatio del madero o viga unida al edificio de otro, así como los palos que sostienen una viña: tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito. La norma decenviral, motivada en la defensa de intereses edilicios – ne urbs ruinis deformatur – y agrícolas, fue luego extendida por obra de la jurisprudencia, a toda clase de materiales de construcción omnis materia ex qua aedificium constat.

“La misma jurisprudencia clásica, primero, y Justiniano, después restringieron el tenor de la antigua norma, concediendo el ius tollendi mientras el edificio está en pie y siempre que la separación no venga en daño o menoscabo de éste”.¹⁴ El ius civile no concede indemnización alguna al dueño de los materiales, no obstante cuando estos son furtivos, a sabiendas o no del dueño del edificio, le otorga contra éste la actio de tigno iuncto, para reclamar el doble del valor. Pagado el doble, aún es posible, en la época clásica, reivindicar los materiales, cuando se deshace la edificación. En la época justiniana la reivindicación sólo procede si no se ha reclamado el duplo.

El derecho clásico concede al que edifica en suelo ajeno, creyéndolo propio, la facultad de pedir resarcimiento, cuando el dominus soli reivindica el edificio.

c. Accesión de inmueble a inmueble.

Casos de accesión de inmueble a inmueble son los conocidos bajo el nombre común de incrementos fluviales: avulsio, alluvio, insula in flumine nata y

¹⁴ Iglesias, Juan, **Ob. Cit**; pág. 170.

alveus derelictus. Dentro de la época clásica, la accesión sólo es posible a favor de los agri arcifinii, que tienen su límite natural en el río público. En el caso de los agri limitati, no cabe modificar los confines, aplicándose a los incrementos fluviales, o a algunos de ellos, las normas que rigen en materia de ocupación. Desaparecida en el derecho justinianeo la distinción entre una y otra clase de agri, impera únicamente la accesión.

- Avulsio. Tiene lugar cuando la porción de terreno arrancada a un predio, por el ímpetu del río – vis fluminis -, se incorpora a otro – incrementum patens. Para que haya accesión es menester que la tierra y las plantas transportadas se unan orgánicamente al nuevo predio, de suerte que formen con él un todo continuo. En cualquier caso, compete al dueño del fundo mermado, mientras no se verifique la coalitio, el ejercicio de la rei vindicatio. Cabe también que el desprendimiento no sea debido al golpe de riada, sino a la quiebra del terreno por otra fuerza o agente. La porción desprendida – crusa lapsa – sólo puede reivindicarse si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit (si no se hubiera unido inseparablemente con mi tierra). En ambos supuestos no procede indemnización a favor del dueño cuya propiedad se ve disminuida. Cuando menos así su propia negligencia.

- Alluvio. Es incremento paulatino e imperceptible, por obra de la corriente de las aguas fluviales, en los predios ribereños.

- Insula in flumine nata. Si nace una isla en medio de un río público in flumine publico, se divide entre los propietarios de los predios de una y otra orilla; y si no nace en medio, se divide entre los que tiene predios en la orilla más próxima. La porción que corresponde a cada propietario se halla delimitada por línea media la que se traza, imaginariamente, a lo largo del centro del río y las líneas perpendiculares a ésta desde los confines de los predios ribereños. El incrementum latens el propio de la alluvio favorece al usufructuario del fundo. En cambio, la insula in flumine nata es un incremento separado veluti proprium fundum, y accede al usufructuario. Si un río rompe por un lado, y con un nuevo

cauce, que luego se une al antiguo, llega a circular parte de un fundo, no se aplica el régimen de la accesión. El terreno que así queda aislado no pertenece al lecho del río, y permanece invariable, por consiguiente, la condición de la propiedad: *causa proprietatis non mutatur*.

- *Alveus derelictus*. Si el río público se seca permanentemente, o abandonado por completo su álveo natural, empieza a correr por otro lugar, el álveo antiguo se distribuye entre los que tienen predios en sus orillas, según las reglas señaladas para el caso de la insula in flumine nata. El derecho justiniano establece que si el río vuelve a su cauce primitivo, el nuevo, ahora abandonado, retorna a quien antes fuera su propietario.

- Especificación. Con este nombre se designa la transformación de una *materiaprima materia, materia et substantia* en una cosa nueva *novam speciem facere*. Tal ocurre, por ejemplo, cuando se obtiene vino de la uva, o carbón de la leña, o un vestido de la lana. Elaborado un producto con materia ajena, ha de decidirse acerca de su propiedad, Según los sabinianos, la cosa nueva pertenece al dueño de la materia, puesto que de ella deriva; los proculyanos, por el contrario, atribuyen la *nova species* al artífice. Los mismos proculyanos distinguen todavía entre la *species* que puede reducirse a su estado anterior, fundiendo la taza de plata o la estatua de bronce, y aquella en que tal no es posible.

En el primer caso, el propietario de la materia continúa teniendo el dominio; en el segundo, la *nova species* corresponde al especificador. Esta *media sententia* es acogida por Justiniano, si bien añadiendo la nueva regla de que el especificador adquiere la propiedad de la cosa especificada cuando elabora con materia en parte propia y en parte ajena.

Desde el punto de vista formal, la especificación justifica siempre un enriquecimiento, ora se a favor del dueño de la materia, ora a favor del artífice.

Esto no significa, sin embargo, que el que pierde la materia o el trabajo no deba ser indemnizado. La indemnización puede obtenerse oponiendo la *exceptio doli a la rei vindicatio*, siempre que la *nova species*, se encuentre en poder del perdidoso. Si éste no posee, queda desamparado de todo recurso. Los derechos de uso y usufructo constituido sobre una cosa perecen cuando ésta cambia de especies. Los demás derechos sobre cosa ajena se extinguen tan solo cuando la propiedad de la cosa nueva es atribuida al especificador.

- *Confusión y Conmixción*. Tiene lugar, respectivamente, cuando se mezclan líquidos o sólidos, de igual o de distinto género, sin que haya incorporación de una cosa a otra – *accesión* -, ni se elabore una *nova species* – *especificación*. En orden a una mezcla de tal naturaleza rigen los siguientes principios:

1º. Si la separación es posible, cada propietario conserva la propiedad de su cosa, otorgándosele la *actio ad exhibendum*, para reclamar luego por la *rei vindicatio*.

2º. Si la separación no es posible, surge un estado de copropiedad *communio proindiviso*. Concédese entonces a cada propietario la *actio común dividendo*, además de la reivindicación *pro parte indivisa*; es decir por la cuota.

3º. Si la mezcla de líquidos o de sólidos produce adquisición de propiedad en los casos de *especificación* y de *accesión*. La *confusión* y la *conmixción*, por el contrario, sólo acarrear una transformación de la propiedad separada o autónoma en propiedad *pro parte indivisa*. Todavía es cierto que la mezcla de monedas importa adquisición de dominio, en cuanto no hay posibilidad de identificar las recibidas. Si alguien, por ejemplo, paga una deuda con monedas robadas, las hace suyas quien recibe. Ante la imposible identificación de cada una de las especies, el propietario no podrá ejercitar la *rei vindicatio*, sino únicamente la acción que nace del delito *actio furti*.

- Adquisición de frutos. El fruto no tiene existencia propia mientras no se desprende de la cosa matriz: *fructus pendentes pars fundi videntur*. Al desprenderse, es considerado, en el mundo jurídico, como objeto independiente, y su propiedad puede corresponder al dueño de la cosa fructífera, o bien al titular de un derecho real o de un derecho Personal.

Por la sola separación adquieren los frutos los dueños de la cosa fructífera; El poseedor el *ager vectigalis*, en la época clásica; el enfiteuta, en el derecho Justiniano.

El que posee de buena fe en el momento mismo de la separación. La jurisprudencia clásica otorga al *bonae fidei possessor* igual tratamiento que al propietario: *in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est*.

Todos los frutos separados ante *litem contestam* son adquiridos, según el derecho clásico, en propiedad definitiva e irrevocable. El derecho justiniano modifica este régimen, estableciendo que el poseedor de buena fe sólo se beneficia de los frutos consumidos *consumpti* antes de promoverse la reivindicación, debiendo restituir los todavía existentes *estantes* en este momento.

Cuestión discutida en la época clásica es la de si basta la buena fe inicial, o bien si es necesaria la buena fe *perpetua*: *quaestio in eo est, atrim initium spectamus ad singula momenta*. El derecho Justiniano acoge la última solución. Por percepción adquiere los frutos el usufructuario.

- *Adiudicatio*. Consiste en la adquisición de la propiedad por pronunciamiento que hace el *iudex* en los juicios divisorios. Los juicios en virtud de los cuales se dividen las cosas o herencias comunes *actio común dividendo*, *actio familiae erciscundae* tienen valor constitutivo. Por la *adiudicatio* judicial, la que hasta ahora era propiedad *pro parte indivisa* se convierte en propiedad

separada. Y ésta será civil o pretoria, según que la división tenga lugar en un iudicium legitimun o en un iudicium imperio continens.

- Litis aestimatio. En el proceso clásico el juez no condena al demandado a dar el objeto por el que se litiga, sino a pagar, previa estimación de lo que importa, su valor en dinero. La condena condemnatio pecuniaria sólo es pronunciada cuando el demandado no atiende la invitación hecha por el iudex para que restituya neque ea res arbitrato tuo restituetur. El demandado puede elegir, por tanto entre restituir la cosa o pagar la condena. Si se inclina por lo último, la cosa queda de su propiedad.

3.4. El derecho de superficies.

El término superficie deriva de los vocablos latinos Super y Facies, en su acepción más amplia designa la parte superior de un objeto, su cara posterior o más propiamente las construcciones que se elevan por encima del suelo.

En definitiva el concepto de este derecho se puede expresar como aquel derecho transmisible intervivos y mortis causa, que otorga a su titular, el superficiario, el goce a perpetuidad o por largo tiempo del edificio construido en el suelo ajeno, mediante el pago de un canon.

Modernamente se ha definido a la superficie como el derecho de hacer y mantener una construcción sobre el suelo o el subsuelo de otros.

El derecho de superficie es un derecho Real, enajenable y transmisible por sucesión, que confiere a su titular, durante un plazo determinado que no puede exceder al máximo fijado por ley (se trata de un derecho Temporal), la facultad de tener y mantener en terreno ajeno sobre o bajo la superficie del suelo, una edificación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anexo de edificación o por medio de

un acto adquisitivo de la edificación preexistentes o por contrato accesorio al de arrendamiento de un terreno.

La superficie no se refiere al estrato necesariamente sutilísimo y en rigor sin espesor de la corteza terrestre, esto es, el suelo o la faz de la tierra que está en contacto con el inicio del espacio atmosférico, sino a lo que estando incorporado al suelo construcción o en su caso plantación o forestación emerge del suelo; esto es, el sobresuelo (*superficiem*).

El derecho real de superficie es una figura legal que en los ordenamientos jurídicos modernos reviste cada vez mayor importancia por la función económica que está llamada a cumplir. El funcionamiento del derecho real de superficie tiene que ver también con la cultura moderna que, ordinariamente, no da espacio en su seno para obras perdurables.

Es un derecho real, enajenable y transmisible a los herederos, que otorga al titular superficiario el goce a perpetuidad o por largo tiempo del edificio construido en suelo ajeno, mediante el pago de un canon anual, llamado pensio o *salarium*. Según los principios de la accesión lo que se edifica en suelo de otro cede o accede a la propiedad del dueño del suelo: superficies solo cedit.

El derecho así establecido es inajenable y transmisible a los herederos como puede también ser concedido en prenda y gravado o beneficiado por el titular con servidumbres. Dado que entraña una relación contractual, sólo vincula a las partes y su sanción se logra por la *actio del propio negocio actio conducti* si se trata de arrendamiento. La protección frente a terceros es conferida por el Pretor, mediante el *interdictum de superficiebus*, el cual estando modelado a imagen del *ius possidetis*, da la victoria al *inquilinus* o conductor de las superficies que se encuentre en su disfrute *nec vi nec clam nec precario* respecto del adversario.

En el derecho Justiniano culmina un proceso que iniciado quizás en la época posclásica, consagra las superficies como derecho real. El superficiario tiene a su favor la actio in rem, así como todos los recursos normalmente otorgados a los propietarios. A la inversa, se dan contra él los recursos que de ordinario se conceden frente a los propietarios.

3.4.1 Antecedentes históricos del derecho de superficies:

El origen histórico del derecho de superficie se encuentra en Roma; en sus inicios, por la protección dada por el Pretor. Más tarde, en la época post clásica, sus perfiles se encontraban ya totalmente establecidos, sin confundirse con el dominio.

La superficie se inicia a través de un objetivo concreto, que es la necesidad de dar una solución a las consecuencias antieconómicas, de lo que significaba verdaderamente el dominio.

Surgió más tarde que las servidumbres. Este y otros derechos análogos no tuvieron sanción por parte del ius civile, ni fueron reconocidos como derechos reales de la doctrina clásica.

Surgieron en razón de este principio grandes dificultades a medida que crecían los centros urbanos donde se levantaron edificios como palacios, circos, templos y diversas obras públicas.

A medida que Roma se expandía territorialmente era imprescindible la regulación y la utilización y aprovechamiento de la tierra.

A los fines de darles un merecido destino a los latifundios es que se decidió primeramente por parte del Estado y luego de los terratenientes particulares, entregar

fundos a manos privadas y que se encargarían de las construcciones de edificios en estos terrenos, que podían usar y beneficiarse de ellos con la condición de un pago a cambio.

Cuando la población se tornó numerosa y todos ansiaban vivir cerca de un lugar céntrico, las casas comenzaron a transformarse en más de una planta. En el caso de construcción de un piso superior se lo llamaba coenaculum, porque allí se solía cenar y si la edificación era en un subsuelo, se llamaba krypta, estos lugares podían ser dados en locación y se podía conceder al locatario la superficie.

Los romanos admitieron la posibilidad de establecer superficie en edificios de varias plantas, pero dada la existencia de pluralidad de personas una sola era la que podía tener la propiedad y las demás el derecho de superficie, a raíz de lo expresado no es posible establecerse la *communio pro diviso*. En la época bizantina lograron tipificar la superficie, en un *ius in re aliena*.

El germen del derecho de superficie se encuentra en las concesiones *ad aedificandum* del suelo público romano, conocidas ya en la época republicana. Posteriormente, esas concesiones fueron utilizadas por los privados. Sin embargo, en ningún caso el concesionario hacía suya la propiedad, por aplicación de la regla de la *accessión*, teniendo éste sólo un derecho de goce.

Más tarde, en el *ius praetorium*, el pretor concedió al superficiario un interdicto modelado sobre el interdicto posesorio *uti possidetis* y una acción de superficie. Empero, aunque al superficiario se le concedía una suerte de *rei vindicatio*, subsistía el principio conforme el cual la propiedad de lo edificado no podía estar en el dominio de otra persona distinta al dueño del suelo. En el Digesto se reporta el comentario de Ulpiano al Edicto, de lo que resulta que la posición del superficiario era sustancialmente equiparada al titular de un derecho real, toda vez que aquél tenía, contra terceros, una acción *quasi in rem*.

La afirmación del derecho de superficie como derecho Autónomo, diverso de la propiedad, encontró su fundamento, dice Messineo, en la posibilidad, delineada en el derecho medieval, de la división de la propiedad inmobiliaria, además de por planos verticales, también por planos horizontales, derogando el principio de la accesión inmobiliaria.

En el derecho intermedio, el derecho de superficie tomó la estructura de un dominio dividido.

El Código Napoleón no reconoció el derecho de superficie por ser considerada como una de las antiguas formas de sofocación de la propiedad inmobiliaria. Esta fue en general la política de los Códigos decimonónicos, de corte liberal e individualista, que eran, por lo general, contrarios a la propiedad dividida

3.4.2 Aplicación.

El derecho real de superficie permite construir sobre suelo ajeno, generalmente a cambio de una contraprestación, sin necesidad de comprar el terreno sobre el cual se asienta la construcción.

La superficie es uno de los derechos reales pretorios que permite gozar a perpetuidad o a largo plazo una construcción hecha sobre el terreno de otro, a cargo de pagar una retribución al propietario. La parte superior de un objeto y se opone a solum que es la parte baja o inferior por ejemplo, Un edificio o construcción, este derecho es transmisible inter vivos y mortis causa. Aquí los intérpretes en una propiedad distinta de la del suelo, por tanto, es una derogación al principio superficie solo cedit, (la construcción accede al suelo), aunque debe considerarse como una servidumbre de una naturaleza particular que paraliza la aplicación de este principio sin derogarlo teóricamente.

El Estado y las ciudades acostumbraron rentar a perpetuidad o a largo plazo ciertos terrenos a personas que tenían el derecho de elevar construcciones y de disfrutarlas, mediante el pago de una pensión.

Este uso fue seguido por los particulares, por lo que el pretor sancionó en beneficio del superficiario un verdadero derecho real, el derecho de superficie. El derecho de construir no es sólo eso sino que también conlleva la potencia de hacer propia la obra emprendida, que es lo que interesa al titular del derecho.

El derecho de superficies constituye propiamente una derogación del principio de accesión.

En su virtud existe, de un lado, el dominus soli o dueño del suelo y del otro, se encuentra el superficiario, titular del derecho de superficies y propietario de lo que se edifique.

3.4.3 Constitución, extinción y defensa de la superficie.

El derecho de superficie puede constituirse por acto entre vivos o por testamento; asimismo, este derecho es transmisible, salvo prohibición expresa.

Se distinguen tres modalidades de constitución del derecho de superficie;

- a)** Por efecto de la concesión ad aedificandum o derecho de construir.
- b)** En razón de la enajenación de una edificación preexistente; y,
- c)** Como resultado del contrato accesorio al de arrendamiento de un terreno.

La constitución del derecho real de superficie solía hacerse por contrato, en la práctica derivada de un contrato de arrendamiento hecho a perpetuidad o a largo plazo; también podía constituirse por compraventa, por disposición testamentaria, por medio de una adjudicatio o por usucapio.

3.4.4 Elementos del contrato de derecho de superficies.

Los romanos distinguían los elementos fundamentales para la existencia de un contrato que regulara el derecho de superficies, los cuales son:

a) Elementos Personales. El concedente y el superficiario para poder vincularse, en virtud del contrato correspondiente, deben tener la capacidad necesaria para hacerlo.

Siendo la constitución del derecho de superficie un negocio de tipo dispositivo, el concedente deberá ser propietario del terreno sobre o bajo la cual se constituirá dicho derecho, tener poder de disposición sobre la misma, y plena capacidad de ejercicio. En cuanto al superficiario, bastará que disponga de capacidad suficiente para contratar, para que se complete el círculo contractual y surja válidamente el derecho de superficie.

b) Elementos reales. Entre los elementos reales se encuentran el suelo y la edificación. El objeto básico del derecho de superficie es tener y mantener una edificación de propiedad del superficiario (propiedad superficiaria) en terreno ajeno, sobre o bajo la superficie del mismo, de manera temporal.

El ejercicio del derecho de superficie deberá encuadrarse dentro de los términos del título en virtud del cual ha sido constituido.

3.4.5 Extinción del derecho de superficies.

Normalmente la superficie se extinguía por la pérdida del fondo del edificio o de la construcción, pues éstos podían ser reconstruidos; por la llegada del término o de la condición resolutoria fijado por las partes; por confusión.

La extinción del derecho de superficie importa la terminación de los derechos concedidos por el superficiario en favor de tercero.

Las causas de extinción del derecho de superficie son las siguientes:

- Por transcurso del plazo.
- Por resolución del título constitutivo.
- Por abandono o renuncia del superficiario.
- Por otras causas: consolidación, mutuo disenso, expropiación forzosa,

El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido, Comúnmente la destrucción de la propiedad superficiaria debería traer aparejada la extinción del derecho real de superficie, más en el derecho comparado se suele contemplar el derecho de reconstrucción. En estos casos puede decirse que de alguna manera nace o recobra virtualidad el ius aedificandi y el derecho no se extingue, si el superficiario construye nuevamente.

En última instancia, el objeto del derecho de superficie es el suelo ajeno, de modo que mientras éste exista, subsistirá el objeto del derecho de superficie. La duración a perpetuidad es ampliamente conocida en el derecho real de superficie a favor de la perpetuidad del derecho de superficie se ha señalado que en algunos supuestos la perennidad, sin afectar la función del dominio ni obstar a su racional ejercicio, puede

resultar conveniente, como en el caso de una construcción subterránea que no obste al aprovechamiento del suelo. Sin embargo, parece preferible, por razones económicas, la solución normativa que le fija un plazo de duración, impidiendo un desmembramiento permanente del derecho de dominio.

3.4.6 Defensa de la superficie.

“En el derecho romano nos encontramos con que una persona puede arrendar a otra un terreno para poder edificar a cambio del pago de un canon o *salarium* en donde el dueño de cada cosa conserva su derecho de dominio sobre la misma llamándole a esta institución derecho real de goce sobre la cosa ajena a lo que en roma le denominaron derecho de superficies”.¹⁵ La obligación de pagar el canon superficiario implica una obligación de carácter *propter rem*.

Hay que distinguir entre la propiedad superficiaria, es decir, la propiedad de una edificación; y el derecho de superficie, que es el derecho a tener dicha propiedad en terreno ajeno. Existe entre los dos una relación de dependencia, de forma tal que la propiedad superficiaria solo puede existir mientras haya derecho de superficie. Si se extingue el derecho de superficie, desaparece la propiedad superficiaria.

Respecto a la utilidad económica del derecho de superficie:

En teoría todo se arregla con el derecho de superficie, por el que ni uno paga la edificación ni el otro el suelo. Pero en la práctica, nos parece que hay otros muchos caminos para llegar a resultados equivalentes o aun preferibles. Razón por la que mucho es de temer que la figura prospere poco en la realidad.

¹⁵ Morineau Idearte, Marta, **Derecho romano**, Pág. 125.

Teniendo en cuenta que el valor beneficio nace de las diferentes condiciones en el modo de producción que hoy con la globalización, se conjugan con la movilidad de capitales; sin duda, un inmueble sometido al derecho de superficie establece un nuevo modo de producción destinado a generar utilidad, favoreciendo al capital, ya que mediante una inversión menor en relación con la compra del inmueble puede generar un beneficio mayor.

De esta forma, el derecho de superficie al colocarlo en el mercado se transforma en un valor de renta autónomo, como nuevo modelo de producción.

El derecho de superficie como derecho real autónomo y sustantivo. Se considera como un auténtico derecho de superficie dándole la característica definitoria del mismo: la disociación entre la propiedad del suelo y la fábrica. Así el superficiario tiene un auténtico dominio sobre lo edificado separadamente del dominio del suelo.

3.4.7 Derechos y obligaciones del dominus soli.

Dentro de sus derechos tenemos que el dominus soli es libre de constituir un derecho debajo del suelo –cuando haya dispuesto el sobresuelo y siempre que ambas concesiones no se perturban u obstruyan mutuamente. Es el caso, por ejemplo, en que el derecho de superficie es dedicado a la edificación de bodegas, sótanos, etc.

Por otra parte, dentro de sus obligaciones tenemos que el propietario del terreno debe inhibirse de todo acto que presuponga perturbación u obstaculización del derecho del superficiario, como por ejemplo, la de impedirle realizar la construcción.

3.4.8 derechos y obligaciones del superficiario.

El derecho de superficie supone para su titular la posibilidad de tener y mantener por encima del suelo ajeno, o por debajo de él, una edificación.

Siendo el derecho de superficie un derecho de naturaleza real, el superficiario se encuentra en aptitud de enajenar y gravar libremente su derecho.

Es el plan seguido por el derecho civil guatemalteco; fue el que adoptó Gayo en sus instituciones, y el adoptado por la compilación del Emperador Justiniano, distribuyen su contenido en disposiciones relativas a las personas y a la familia a las cosas o bienes y modos de adquirirlas y a las obligaciones y contratos.

CAPÍTULO IV

4. Causas y consecuencias de la falta de regulación legal del derecho de superficies en el derecho civil guatemalteco

El Derecho de superficie cumplió en el derecho romano una función social a fin de superar los problemas de vivienda de las clases sociales trabajadoras y sería conveniente la incorporación del Derecho real, en lo que a su objeto se refiera, en forma genérica y no sólo limitado a la esfera de lo forestal o selvicultura.

En los ordenamientos jurídicos modernos el derecho de superficies resulta admitido debido a que se constituye en una figura cada vez más significativa dada su implicancia económica y social en distintos países, por ejemplo Alemania, Austria, Bélgica, Bolivia, Canadá en especial Québec, Cuba, España, Francia, Holanda, Italia, Japón, Perú, Portugal y Suiza, entre otros, aplican y regulan este derecho, curioso es que la mayoría de estos países han sobrevalorado la propiedad de inmueble, lo que ha hecho casi inaccesible la compra de terrenos para construcciones residenciales o comerciales, cosa curiosa también es que como por ejemplo en Japón existen una sobrepoblación por hectárea cuadrada, por lo anteriormente expuesto no cabe duda que el derecho de superficie haya brindado a estas sociedades una salida legal y efectiva para apalea su déficit en materia de terrenos.

En Guatemala del conjunto de situaciones problemáticas detectadas que resulta preciso superar, así como del reconocimiento del sostenido proceso de urbanización global, es posible identificar, sin pretensiones de exhaustividad la inevitable incorporación de mayores cantidades de suelo destinado al uso urbano la demanda de suelo de extendidos sectores empobrecidos, sin acceso al mismo la ocupación precaria de suelo no apto para uso urbano por parte de los segmentos más vulnerables de la sociedad, sometidos a segregación espacial en deficientes condiciones de calidad de vida; la reducida y distorsionada oferta de suelo

disponible merced a los procesos especulativos; y la conflictiva racionalidad de los modos vigentes de gestión urbana, del uso y ocupación del suelo urbanizado, de la desestructuración urbana y su modalidad difusa de expansión, condicionadas por la especulación inmobiliaria y el uso fáctico de los recursos, colaboran fuertemente en el mantenimiento de situaciones estructurales inequitativas e insustentables.

Aunque de orígenes variados e inciertos, resulta opinión dominante de los autores consultados, que tales institutos se originaron en el derecho romano mediante la protección dada por el pretor encontrando aplicación en suelo de dominio tanto público como privado. El desarrollo histórico de tales derechos reconoce en una fase inicial que el interdicto posesorio y la acción de superficie del *ius praetorium* no constituye un principio absoluto mediante el cual la propiedad de lo edificado pueda estar en manos distintas al dueño del suelo

Las condiciones históricas que dieron origen al derecho de superficie en roma y que tuvieron lugar a partir del S IV AC, fueron estructuradas por transformaciones de orden político y social que determinaron entre otras consecuencias, procesos de rápida urbanización animados por el relativo abandono de la tierra rural y las demandas de la militarización, del comercio y los servicios. En tales condiciones, la carencia de suelo urbano, devino en una significativa densificación edilicia y poblacional, así como la aplicación de tipologías de edificios residenciales o mixtos, que alcanzaban los siete pisos de altura,

En el último medio siglo de historia de Guatemala, una parte sustantiva del hábitat urbano, ha venido manifestando progresivas condiciones de precariedad, ilegalidad e inseguridad, que caracterizan un común denominador en sus componentes constitutivos, estableciendo formas concretas de inclusión social sesgada y segregación espacial. Prueba de ello la constituye la dinámica de las distintas manifestaciones del hábitat de la pobreza en todos los aglomerados urbanos del país.

Este proceso estructural estimula el deterioro social y genera nuevas demandas que se agregan a aquellas insatisfechas. A pesar de las acciones realizadas para su superación, la dispersión y naturaleza sectorial de las medidas adoptadas (cuando no la aplicación de políticas decididamente inadecuadas) relativizan el acceso de los sectores más vulnerables de la sociedad a mejores condiciones de vida en términos social, económico y ambientalmente sustentable.

Con frecuencia, cuestiones problemáticas relativas e inherentes a las políticas oficiales con las que se intenta satisfacer la demanda más crítica, incorporan ciertos preceptos implícitos que aparentemente constituyen el núcleo duro del paradigma en la materia, profundizando el divorcio entre las políticas de vivienda y las de desarrollo urbano. Tal situación es merecedora al menos de una enérgica revisión, cuando no de su decidido reemplazo.

El derecho de superficie resulta uno de los medios más idóneos y relevantes para resolver el grave problema que les significa a las personas de economía limitada, la falta de vivienda y en general lo que constituye el déficit habitacional porque el derecho real de superficies permite construir sobre suelo ajeno, generalmente a cambio de una contraprestación, sin necesidad de comprar el terreno sobre el cual se asienta la construcción. Se pretende así, disminuir los costos de las construcciones, frente a los altos precios que pudiera tener el suelo. También posibilita que, quien no tiene los fondos necesarios o no quiere emprender nuevas obras sobre su terreno pueda, sin desprenderse del mismo, darlo en superficie para que el superficiario realice negocios que necesiten de grandes inversiones o de una organización empresarial, que no están al alcance del propietario.

Por tal motivo consideramos necesario hacer algunas precisiones desde el punto jurídico en torno a este derecho real por lo cual procederemos a elaborar un pequeño bosquejo que identifique las principales causas y consecuencias de la falta de regulación legal del derecho de superficie en la legislación guatemalteca.

4.1. Causas.

a) Una de las principales causas de la falta de regulación legal del derecho de superficies en el derecho civil guatemalteco se debe a la falta de conocimiento que tienen los legisladores de la existencia de esta institución.

Si los legisladores conocieren de esta institución y la regularan dentro del derecho civil guatemalteco, traería como consecuencia una solución a la escasez de vivienda que afecta hoy en día a los guatemaltecos.

El derecho de superficie es una vetusta institución jurídica que se remonta al viejo derecho romano que ha tenido una trayectoria irregular y que sólo en épocas recientes ha encontrado en nuestro derecho civil un pleno reconocimiento con una regulación legal explícita.

b) Por la evolución y adaptación del derecho a las necesidades sociales de cada una de las épocas a una realidad económica social.

c) Podemos incluir dentro de las causas que no permiten que en la legislación guatemalteca se regulé y se reconozca el derecho de superficies, a la mala fe, la corrupción de los superficiarios de apropiarse de la propiedad ajena abusando así de esta manera de su posición y de la buena intención del propietario del suelo o del terreno.

En cuanto a la edificación en terreno ajeno, existen dos regímenes teniendo en cuenta la buena o mala fe, ya sea del propietario del suelo o del invasor. Cuando éste edifica de buena fe en terreno ajeno, el propietario del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado y pagar por ello u obligar al invasor a que le pague el terreno.

6.2. Consecuencias.

a) La falta de conocimiento de los legisladores de la institución del derecho de superficies, trae como consecuencia que en Guatemala no pueda edificarse en terreno ajeno conservando cada dueño la propiedad de sus cosas lo que hace más difícil el desarrollo económico social en el país porque existen personas que tienen las posibilidades para poder edificar o construir pero no tienen para comprar un terreno propio a la inversa.

Establecer un régimen jurídico que más allá de la función tradicional de fomento a la edificación que se atribuye al derecho de superficie, pueda ser un factor importante en la formación del mercado inmobiliario y también en los aprovechamientos agrarios y forestales.

b) Otra consecuencia es que exista una posible contradicción porque la accesión actualmente está regulada dentro del derecho civil guatemalteco.

Existe una vieja figura jurídica que se conoce como la accesión inmobiliaria, según la cual las construcciones y las plantaciones existentes en una finca pertenecen al propietario de la misma y se presume salvo prueba en contrario, que tales edificaciones y plantaciones han sido llevadas a cabo por la persona propietaria del terreno.

Sin embargo, sucede a menudo que interesa derogar la aplicación de ese principio y mantener separada la propiedad de las construcciones o plantaciones existentes o a realizarse respecto de la propiedad del suelo donde existen o se van a llevar a cabo. Al respecto, se considera que el derecho de superficie constituye propiamente una derogación del principio de accesión.

Esto constituye un avance importante en la legislación misma, pero no suficiente a los fines de utilizar la institución del legendario y siempre vigente

derecho romano con el fin de solucionar los problemas habitacionales que aquejan a nuestro país y toda Latinoamérica.

c) Que las personas no puedan optar a obtener una vivienda o inversión en terreno ajeno a perpetuidad o a largo plazo a través de un contrato de derecho real de superficies.

El derecho de superficie resulta uno de los medios más idóneos y relevantes para resolver y no tan sólo para paliar, el grave problema que les significa a las personas con economía limitada la falta de vivienda y en general lo que constituye el déficit habitacional.

Uno de los principales problemas de calado social con los que se enfrenta el actual gobierno es el elevado costo de acceso a la vivienda. En este contexto la construcción en ejercicio de un derecho de superficie sobre suelo propiedad de las administraciones públicas y por tanto, excluido a priori del mercado especulativo, se podría plantear como un instrumento útil para el fomento de la edificación.

Se trata de un derecho real y como tal tiene eficacia frente a terceros a partir de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Como la propiedad separada de una construcción o una plantación, dicha propiedad separada es transmisible y susceptible de ser gravada.

Esto constituye un avance importante en la legislación misma, pero no suficiente a los fines de utilizar la institución del vigente derecho romano con el fin de solucionar los problemas de vivienda que aquejan a nuestro país y a toda América Latina.

En cuanto a la doctrina que enarbola el principio de la función social de la propiedad, se considera que este derecho de superficies resulta óptimo para

ejecutar esta idea, especialmente en planes sociales de vivienda, con una normativa específica cuando el titular de dominio fuera el Estado.

CONCLUSIONES

1. Se establece que la gran influencia de los pensamientos y doctrinas jurídicas de los romanos, crearon un sin número de instituciones jurídicas que se daban en la época clásica romana y que aún son una fuente vigorizante para el Derecho moderno.
2. El derecho romano creó una figura jurídica a la que denominaron derecho de superficies la cual es aplicada en la actualidad por muchas legislaciones a nivel mundial. El derecho de superficie constituye propiamente una derogación del principio de accesión. En cuanto a la edificación en terreno ajeno, de acuerdo con las reglas de la accesión, existen dos regímenes teniendo en cuenta la buena o mala fe, ya sea del propietario del suelo o del invasor.
3. En Roma, según las reglas del Derecho Civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que importaba decir no sólo que el propietario del suelo venía a ser propietario de todas las construcciones y plantaciones que él hubiera hecho con los materiales de otros, o que un tercero hubiese hecho en el suelo con sus materiales, sino también que el propietario del suelo no podía enajenar la superficie en todo o en parte, separándola del suelo; y si él, por ejemplo, hubiese vendido su casa solamente sin vender el suelo, el adquirente no venía a ser propietario de ella.
4. El Derecho de Superficie cumplió en el derecho Romano una función social a fin de superar los problemas de vivienda de las clases sociales trabajadoras y sería

conveniente la incorporación del derecho real, en lo que a su objeto se refiera, en forma genérica y no sólo limitado a la esfera de lo forestal o selvicultura.

RECOMENDACIONES

1. Es conveniente hacer un estudio de las diversas escuelas de derecho que han inspirado al derecho civil guatemalteco, para tener siempre en cuenta que es el derecho romano, una de las primeras escuelas que tendríamos que consultar por la gran influencia en el derecho civil a nivel mundial.
2. Es necesario que los estudiantes de derecho investiguen más sobre la institución de derecho civil romano conocida como derecho de superficies, ya que al profundizar en ella se comprende porque muchas legislaciones a nivel mundial la han aplicado.
3. Es conveniente la recepción en el derecho Civil guatemalteco de este instituto sino que se cree que el mismo debe receptarse, en cuanto a su objeto se refiere, con una amplitud, para no sólo limitarlo a lo forestal o selvicultura. El resultado sería que muchas personas no se vean en la necesidad de comprar un inmueble para poder realizar una construcción que satisfaga sus necesidades.
4. Es importante hacer positiva en la legislación guatemalteca la institución jurídica romana denominada derecho de superficies, para dar solución a la problemática de falta de vivienda que afecta a muchos guatemalteco.
5. El Congreso de la República de Guatemala debe crear una normativa específica en la cual se recoja la institución del derecho de superficies. Lo cual sería de extrema importancia para planes sociales de vivienda del Estado y las posibles relaciones que se puedan suscitar entre particulares cuando según las circunstancias sea necesario.

BIBLIOGRAFÍA

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**, 1ª. ed.; Guatemala: s.e. 1998. págs. 309, 310 y 315.

FLORES JUAREZ, Juan Francisco. **Los derechos reales en nuestra legislación**, 2ª. ed.; Guatemala: Ed. Fenix, 2002. pág.51.

IGLESIAS, Juan. **Derecho romano**, 12ª. ed.; Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1999. págs. 147,166 y 170.

MEDELLIN, Carlos. **Lecciones de derecho romano**, 14ª. ed.; Colombia: Ed.Temis, S.A., 2000. págs. 83, 95.

MORINEAU IDEARTE, Marta. **Derecho romano**, 1ª. Ed.; México: Ed. Harla, 1998. pág. 125.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**, 27ª. ed.; Argentina: Ed. Heliasta, 2000. pág. 31.

VASQUEZ ORTIZ, Carlos. **Derecho civil sustantivo los bienes y demás derechos reales**, 1ª. Ed.; Guatemala: s.e. 2003. págs 39, 51.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil, Enrique Peralta Azurdia. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil, Enrique Peralta Azurdia. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107 1964.