



MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

Dr. Juan Larrea Holguín

**El Usufructo, Derechos de uso y
habitación, Patrimonio Familiar,
y las Servidumbres**



CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y
PUBLICACIONES

Edición Corregida y Actualizada

3 vol.5



MONSEÑOR JUAN LARREA HOLGUÍN (+)

Arzobispo de Guayaquil.

Abogado, Doctor en Derecho Civil y
Doctor en Derecho Canónico.

Ejerció la abogacía durante diez años
y después se ordenó sacerdote.

Fue Vicepresidente del Tribunal
Supremo Electoral.

Asesor de la Presidencia de la
República, de la Corte Suprema de
Justicia, del Ministerio de Agricultura.

Procurador de la Caja del Seguro;
Miembro de la delegación del Ecuador
a la Conferencia de Cancilleres de
Santiago de Chile.

Miembro de la Comisión para preparar
Reformas a la Constitución de la
República.

Profesor de las Universidades Central,
Católica de Quito, Católica de
Guayaquil; en el Instituto de Altos
Estudios Nacionales; en la Academia
de Diplomacia; en los seminarios de
Ibarra y Guayaquil; Miembro de la
Junta Consultiva de Relaciones
Exteriores; de las Academias de la
Historia y de la Lengua.

Autor de más de sesenta libros de
Jurisprudencia, Derecho Civil,
Internacional Privado y Constitucional.

Autor de varias obras de carácter ético
y religioso.

Recibió el título de Doctor "Honoris
Causa" de la Universidad Católica de
Guayaquil; el Premio "Tobar" de la
Municipalidad de Quito y el Premio
Nacional "Eugenio Espejo".

Fue Obispo Auxiliar de Quito, Obispo
de Ibarra y Obispo Castrense.



RO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

TA ES PENADA POR LA LEY

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** “(...) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (...) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones” y **literal vii** “La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad”.

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:

Estante:

Bandeja:

01

07

03

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:



INVENTARIO

Compra ☒ Donación Canje

Proveedor C.E.P.

Factura 73802 Fecha 29.09.12 Precio 20-25

N° Inf. Recp Fecha inf

N° Alta 5136539

Biblioteca GENERAL

346.
L333
w-5

ID: 1599

DR. JUAN I. LARREA HOLGUÍN

UNIVERSIDAD CENTRAL
CONTROL DE BIENES



5136539

**MANUAL ELEMENTAL DE
DERECHO CIVIL DEL
ECUADOR
VOLUMEN V**

**EL USUFRUCTO, DERECHOS DE USO Y
HABITACIÓN, PATRIMONIO FAMILIAR,
Y LAS SERVIDUMBRES**

C. 87052

QUITO, 2008

1599

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

Volumen V

El Usufructo, Derechos de Uso y
Habitación, Patrimonio Familiar,
y las Servidumbres
Dr. Juan I. Larrea Holguín

Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

Impresión
Talleres - CEP

Derecho de Autor No. 029642: 23-sep-2008

ISBN Obra Completa No. 978-9978-86-800-3: 25-sep-2008

ISBN No. 978-9978-86-804-1: 25-sep-2008

Edición. Segunda

Tiraje. Mil

Quito - Ecuador

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa y por escrito de la Corporación.

ÍNDICE

VOLUMEN V

MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

EL USUFRUCTO, DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN, PATRIMONIO FAMILIAR, Y LAS SERVIDUMBRES

CAPÍTULO I	EL USUFRUCTO	1
	1. Definición y características generales	1
	2. Clases de usufructo	7
	3. Constitución del usufructo	9
	4. Duración y prohibición	14
	5. Obligaciones del usufructuario	18
	6. Derechos del usufructuario	27
	7. Obligaciones y derechos del nudo Propietario	34
	8. Derechos de terceros	38
	9. Extinción del usufructo	40
CAPÍTULO II	DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN	47
	10. Definición y características generales	47
	11. Constitución de los derechos de uso y habitación	53
	12. Derechos y obligaciones del usuario o habitador	55
	13. Prohibiciones	61
	14. Derecho de habitación establecido por la ley	62
	15. Extinción del derecho	66

CAPÍTULO III	PATRIMONIO FAMILIAR	69
	16. Noción y características generales	69
	17. Historia de la institución	74
	18. Clases de patrimonio familiar	79
	19. Constitución del patrimonio familiar	81
	20. Derechos y limitaciones del patrimonio familiar	93
	21. Administración del patrimonio familiar	102
	22. Sustitución o subrogación real	105
	23. Extinción del patrimonio familiar	107
CAPÍTULO IV	LAS SERVIDUMBRES	111
	24. Concepto general y definición	111
	25. Clases de servidumbres	125
	26. Constitución de las servidumbres	129
	27. Modo de ejercer las servidumbres	140
	28. Las servidumbres naturales	142
	29. Servidumbres legales	152
	30. Demarcación	155
	31. Cerramiento	158
	32. Medianería	160
	33. Servidumbre de tránsito	168
	34. Especiales relaciones de vecindad	177
	35. Servidumbres de acueducto y anexas	179
	36. Servidumbres de luz y vista	194
	37. Aguas lluvias	202
	38. Las Servidumbres Voluntarias	203
	39. Extinción de las Servidumbres	207
	BIBLIOGRAFÍA	215

CAPÍTULO I EL USUFRUCTO

1. Definición y características generales

Dentro de las limitaciones del dominio a las que se refiere el artículo 766 de nuestro Código Civil, se incluye el usufructo, que a su vez es definido por el artículo 796 así: “El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible”.

De inmediato se aprecia que este **derecho real**, se aproxima al dominio, pero no es lo mismo, sino que supone un desmembramiento de él, que origina la limitación. A diferencia del fideicomiso, en el que esa limitación es temporal -es decir, que se suceden en el tiempo dos titulares del derecho, con diversas atribuciones-, en el usufructo, los dos sujetos tienen simultáneamente sus derechos: al **usufructuario** corresponde la tenencia de la cosa para usar y gozar de ella, mientras que al **nudo propietario** se reserva la facultad de disponer de la cosa. Se puede decir, que entre los derechos de uno y otro se **completa la propiedad**: el dominio está dividido entre ellos, de modo que cada uno tiene unas facultades distintas, simultáneamente.

Lo dicho se expresa con precisión en el artículo 797: “El usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes, el del nudo propietario y el del usufructuario.- Tiene, por consiguiente, una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario, y se consolida con la propiedad”.

Los dos artículos transcritos dan una idea cabal de esta institución jurídica, nada fácil de definir, como lo han apuntado numerosos autores. La dificultad proviene de la similitud con otras figuras del derecho, como la del

arrendamiento, el préstamo o la enfiteusis. El usufructo tiene puntos de contacto, analogía con ellas.

Por otra parte, el artículo 796 ya revela que dentro del usufructo se dan dos situaciones muy diversas, que complican la definición: si se trata de derecho constituido sobre cosas que se pueden usar sin consumirse por el uso, y si se trata de cosas fungibles, que necesariamente se consumen al ser usadas. En el primer supuesto, tenemos propiamente el usufructo clásico o normal, mientras que en la segunda hipótesis, se modifica profundamente la institución y por eso incluso se le da el nombre de “cuasiusufructo”.

La definición de nuestro Código coincide sustancialmente con las de la mayor parte de las leyes modernas, y todas ellas derivan, de una u otra forma, del Derecho Romano, aunque la evolución del derecho ha sido un tanto diversa en unos y otros países. ★ ★ ★

Como observa Puig Brutau, “Desde el punto de vista estrictamente analítico, al usufructo puede definirse como un derecho real de duración limitada, que permite usar y disfrutar de una cosa ajena sin alterarla sustancialmente. Como dice Westermann se trata de distinguir radicalmente entre el valor substancial de la cosa y su aprovechamiento atribuyendo uno y otro a diferente titular”.

Generalmente se afirma que este derecho real surgió en Roma para corregir el deficiente derecho sucesorio del cónyuge supérstite: a través de él, se proporcionarían medios de subsistencia al viudo o viuda, mientras se aseguraría el paso de los bienes a la descendencia. Por esto, como mencionan varios autores, se vincula el usufructo con los legados y donaciones y se encontrarán numerosas disposiciones relativas a las disposiciones testamentarias, que deben aplicarse al usufructo.

Entre los textos más antiguos se encuentra, pues, el clásico de Paulo, que dice que el usufructo es el derecho de usar y disfrutar de una cosa ajena dejando salva su sustancia (“Ius alieni rebus utendi et fruendi salva rerum substantia”).

La definición romana, imitada o adaptada constantemente por los códigos modernos, ha sido, sin embargo, fuertemente criticada como imprecisa. Se

aduce que la conservación de la sustancia no se produce en absoluto en el usufructo de cosas fungibles, y solamente se da en relativa medida en las demás cosas, porque la utilización de ellas, siempre disminuye en alguna cantidad su sustancia; en ciertos casos, como los de canteras o minas de arena, etc., la utilización puede llevar hasta el agotamiento, sin que se conviertan en cosas fungibles. El usufructo se ha de entender, por consiguiente, con esta característica de adaptarse a la naturaleza de las cosas a las que se aplica, y conforme a esa naturaleza se dará un derecho más o menos amplio de disfrute.

Pero también se objeta que la mencionada definición, base de la de nuestro Código, acude a un concepto eminentemente filosófico, como lo es el de sustancia, y se señala los inconvenientes de introducir en el campo jurídico términos filosóficos. Así, De Diego, señala la polémica suscitada por el uso de las palabras “forma” y “sustancia”, en la definición del Código Español y considera que ciertamente el uso de términos filosóficos en textos jurídicos, envuelve ciertos riesgos de oscuridad o confusión. Pero él mismo sale al paso de la dificultad, anotando cómo el sentido común y el uso normal de estas palabras, coincide con el dado por la filosofía, de modo que se pueden emplear con seguridad. Sustancia es el ser al que conviene existir en sí mismo, mientras que el accidente existe en otro. “Ser en sí y ser en otro”, es, por tanto, la diferencia entre sustancia y accidente. Lo que ha de conservar el usufructuario es la sustancia y, en el caso del cuasi-usufructo, que recae sobre cosas fungibles, se suple la posibilidad de conservar la sustancia por la sustitución de la cosa consumida por otra de igual género y en igual cantidad o por su valor.

A diferencia del Derecho Romano, en el Germánico no se conocía el usufructo, y los países del ámbito anglosajón, han desarrollado otras figuras afines, como el “estate for life interest”, la propiedad vitalicia y la renta vitalicia. Pero en el estado actual, también en esos países se ha llegado a regulaciones muy semejantes a las nuestras, dada la amplia recepción del Derecho Romano.

En los más variados ámbitos, se admite ahora el usufructo como derecho real. De aquí que no tenga mayor relieve la objeción hecha por Joserand a la definición del Código Francés, diciendo que se aplicaría también al arrendamiento. Este último es un contrato, que solamente origina relacio-

nes entre las partes, mientras que debemos decirlo desde este momento, el usufructo se puede reclamar frente a cualquier persona, por ser precisamente un derecho real, por ser una forma de dominio, aunque limitada. Dice Planiol, que la definición del Código Francés permite distinguir el usufructo, no sólo de la enfiteusis o del arrendamiento, sino también de la donación o del legado de frutos o rentas, que solamente establecen un derecho de crédito y del derecho de superficie, que es perpetuo y no puede extinguirse por el no uso.

Por ser un derecho real, será protegido por acciones reales, como lo son las posesorias y la reivindicatoria.

El origen romano del usufructo hace que en algunos códigos modernos se siga considerando al usufructo como una servidumbre. Claro Solar, cita a Vinnius que define el usufructo como una servidumbre de usar y gozar de una cosa ajena. Pero, hay que insistir en el carácter de derecho real, puesto que se ejercita sobre una cosa sin respecto a determinada persona, aunque como señala este mismo autor, el usufructuario tiene este derecho como inherente a su persona y de allí el matiz personal del uso de la cosa, sin que se pierda el carácter de derecho real.

En el usufructo, como observa Hedemann, se otorga un **aprovechamiento pleno**, desde el punto de vista del contenido; el usufructuario puede en principio percibir todos los provechos de la cosa. Pero con él mismo cesa el gravamen, es decir, que después de su muerte el propietario vuelve a entrar en la cosa. En esto radica la limitación del usufructo, se trata de una limitación personal.- En las servidumbres prediales, desde un punto de vista temporal, se concede todo; al propietario no le sirve de nada esperar; debe contar para siempre con el gravamen en su finca. Pero por eso mismo, las servidumbres prediales tienen limitado su contenido; no hay un aprovechamiento pleno, sino sólo orientado en una dirección determinada; por ejemplo, un derecho de paso. Es decir, la limitación se produce aquí en cuanto al contenido.

En las servidumbres personales limitadas se dan (como indica su nombre) las dos limitaciones, tanto personal como la relativa al contenido. Queda aún una cuarta posibilidad: limitación personal y en cuanto al contenido.

Pero entonces no quedaría nada de la propiedad, sería la enajenación de la propiedad y no aparecería un nuevo derecho.

En el derecho alemán se sigue considerando al usufructo como una servidumbre, siguiendo al derecho romano recibido. Se admiten, pues, las servidumbres inmobiliarias y las personales, que se ligan a un titular individualmente considerado y pueden proporcionar el pleno goce de las cosas gravadas (usufructo) o un goce limitado (servidumbre personal limitada). Esta concepción es distinta de la de nuestro Derecho, que incluye clara y terminantemente el usufructo entre los derechos reales, y que lo considera como limitación del dominio, de carácter temporal.

Siendo solamente un **derecho de goce**, el usufructo tiene una duración limitada; es **temporal**, a lo sumo, vitalicio, pero nunca perpetuo o definitivo. Un usufructo permanente, para siempre, sería jurídicamente inaceptable.

De ese carácter temporal, deriva la obligación del usufructuario de **conservar** la sustancia de la cosa, en cuanto esto sea posible, según su naturaleza, para devolverla al propietario, llegado el momento. El dueño, a su vez, durante la existencia del usufructo es un “nudo propietario”, que no tiene el uso y disfrute de la cosa, sino solamente la titularidad de la misma, pudiendo **disponer de ella**, pero con la carga de respetar el usufructo.

Sin definir al usufructo, el Código Italiano de 1942, señala las consecuencias de esta figura jurídica, de manera muy parecida a como lo hacen otros códigos contemporáneos, por ejemplo, el de Venezuela, del mismo año 1942, que prefiere definir conjuntamente el usufructo con el derecho de uso y el de habitación, para luego distinguir estos dos. En ambos casos se hace referencia al uso y goce de la cosa, como si se fuera dueño, sin serlo realmente, reconociendo el derecho ajeno del dueño para disponer de la cosa. En forma parecida, el derecho Suizo (Art. 754), admite el usufructo sobre bienes muebles, inmuebles o sobre un patrimonio sobre los cuales el usufructuario tiene el derecho de disfrute completo de la cosa, salvo el derecho de disposición que corresponde al nudo propietario.

También en nuestro derecho, como observa Carrión, el usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes, singulares y universales, muebles e in-

muebles, corporales e incorporeales. Sus aplicaciones, dice Planiol, tienen el mismo alcance que la propiedad. Sin embargo, en la práctica, casi exclusivamente se suele emplear este derecho sobre bienes inmuebles al punto que el caso previsto en la definición, de las cosas fungibles, solamente se da dentro de un conjunto de bienes, o como parte de una casa o hacienda, en la que hay también algunos bienes que se consumen por el uso. Esta frecuente constitución de usufructos solamente sobre inmuebles se produce también en otros países, como en Colombia, según atestigua Valencia Zea. Nuestro artículo 597, establece que los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe. Así el usufructo sobre un inmueble, es inmueble, y si se constituyera sobre un mueble, sería de igual naturaleza, mueble.

Al describir las características generales del usufructo, es muy importante destacar que el usufructuario no posee la cosa, sino que solamente es **tenedor** de ella. El artículo 729 del Código Civil dice terminantemente que el usufructuario sólo es mero tenedor. Esto tiene enorme importancia, puesto que el tenedor, tiene a nombre ajeno, es decir, por el propietario, quien es el poseedor, y de aquí se sigue que el usufructuario **no puede alegar prescripción adquisitiva de la cosa, contra el propietario**. El artículo 740 reafirma esta importante conclusión, pues dice que “el poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o cualquier otro título no traslativo de dominio.

Porque este derecho tiene una **naturaleza personalísima**, no es susceptible de enajenación ni de sucesión por causa de muerte. Así, el usufructuario no transmite el usufructo, sino a lo sumo “su ejercicio”, sutileza que, como observa Hedemann, no deja de tener consecuencias prácticas. Ni puede el usufructo sobrevivir a su titular, porque habría de pasar entonces a otras manos; de consiguiente, “se extingue por muerte del usufructuario” (Art. 820).

El nudo propietario y el usufructuario no se hallan en estado de indivisión, -enseña Planiol- ya que ésta solamente existe entre derechos de igual índole, concurrentes sobre una misma cosa indivisa, y aquellos son derechos distintos. Pero, podría existir indivisión entre nudos propietarios o entre

usufructuarios cuando coexisten distintos titulares del usufructo o de la nuda propiedad.

2. Clases de usufructo

La definición del artículo 778 contiene ya una clasificación de los dos tipos fundamentales de usufructo: el que podríamos llamar “normal” u ordinario, y el “cuasi usufructo”. En el primero, el usufructuario adquiere únicamente los derechos de usar y gozar de la cosa, conservando el nudo propietario el dominio de ella; mientras que en el cuasi usufructo, que se aplica a cosas fungibles, el usufructuario adquiere la propiedad de ellas y se obliga a devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o a pagar su valor.

El artículo 803 insiste en esta división fundamental y aclara que: “Si el usufructo se constituye sobre cosas fungibles, el usufructuario se hace dueño de ellas, y el propietario se hace meramente acreedor a la entrega de otras especies de igual cantidad o calidad, o del valor que éstas tengan al tiempo de terminarse el usufructo”. Fácilmente se aprecia la gran diferencia entre las dos figuras jurídicas: en el usufructo ordinario, hay dos derechos reales que coexisten: el de dominio que corresponde al nudo propietario, y el de usar y gozar de la cosa, que se atribuye al usufructuario; en cambio, si recae sobre cosas fungibles, pasa la propiedad al usufructuario y el propietario solamente se queda con un derecho de crédito que le permitirá exigir, en su momento, la devolución de un valor o de un número y calidad de cosas equivalentes.

En el cuasi usufructo se da una opción de restitución en especie o mediante **pago del valor**. El derecho francés con menos acierto dice que se devolverán igual número de cosas de la misma calidad y valor, lo cual, como observa Planiol es prácticamente imposible, porque las cosas de igual calidad y cantidad varían constantemente de precio, encareciéndose o abaratándose. Nuestro Código menciona las dos posibilidades: devolver el mismo número y calidad, o el valor que las cosas tendrían en el momento de restituirlas al propietario. Lo que no se dice es si esa **opción corresponde al deudor o si el acreedor** podrá exigir una de las dos formas de restitución. Siguiendo las normas generales, debemos entender que es el usufructuario quien ha de resolver si cumple su obligación de una u otra

manera, salvo que en el acto constitutivo de este derecho real se hubiere establecido otra cosa, o que entre las dos partes hubiere surgido un acuerdo previo sobre esta manera de restituir.

Otra clasificación importante del usufructo depende del modo de constitución. En el punto siguiente examinaremos las varias formas de establecer este derecho, pero fundamentalmente hay que distinguir el usufructo legal y el convencional.

El artículo 780 menciona el **usufructo legal** y señala como ejemplo, el del padre de familia, sobre los bienes del hijo. Este no es más que un ejemplo, y, en cierto modo impreciso, porque el usufructo de los bienes propios del hijo menor de edad, corresponden ahora a la sociedad conyugal formada por sus padres, o a ambos padres, si no tienen sociedad conyugal, y sólo excepcionalmente, al padre o madre a cuyo cuidado esté el hijo. Además, hay otros casos en que el menor o el incapaz, sujeto -no ya a la patria potestad- sino a una guarda ejercida por uno o ambos de sus progenitores, confiere por disposición de la ley el usufructo al guardador. Así lo disponen, principalmente, los artículos 285 y 287, con relación al hijo de familia.

Además del caso del menor de edad sometido a la patria potestad o a la guarda, tenemos las normas sobre la sociedad conyugal, que es usufructuaria de los bienes de los cónyuges, en el régimen ordinario, por lo cual tiene a su cargo las cargas y reparaciones usufructuarias, como lo ordena el artículo 171, numeral 4.

Una situación similar, que combina las dos antes mencionadas, se puede dar en el **patrimonio familiar**, que según el artículo 842 da origen a un usufructo a favor del propio constituyente y de los beneficiarios, que pueden ser el cónyuge y sus hijos.

Los poseedores provisionales de los bienes de un desaparecido, tiene derechos muy similares a los de los usufructuarios, pero el Código no les da ese nombre, y existen algunas características peculiares que no permiten una plena asimilación al derecho de usufructo.

De todas maneras, los usufructos legales se rigen por las propias normas que señala la ley para las diversas hipótesis, y solamente serían aplicables las normas generales de este título IX del Libro II, a falta de disposiciones específicas. Este carácter especial de los usufructos legales, ha llevado a algunos autores a negar que sean verdaderamente usufructos, pero, como afirma Claro Solar, las modificaciones no desvirtúan lo esencial del derecho real de usufructo y debe considerárselos tal como los denomina el Código.

No se trata de una clasificación de usufructos en el caso de las **concesiones administrativas** para la explotación de minas o yacimientos hidrocarbúricos. Allí sí, la naturaleza jurídica es totalmente diferente, y esos actos, que se inscriben dentro de las reglas del Derecho Público, tienen mayor analogía con los contratos, que con el derecho clásico de usufructo, que pertenece al ámbito del Derecho Privado.

3. Constitución del usufructo

Una clasificación llena de lógica jurídica da Puig Peña, respecto de la constitución del usufructo: A) Por disposición de la ley, B) Por voluntad de los particulares y, C) por prescripción. Se subdistinguen en la clase B: a) por acto entre vivos y b) por causa de muerte.

El artículo 780 de nuestro Código Civil enumera esas cuatro formas de llegar a existir un usufructo: “El derecho de usufructo se puede constituir:

1. Por la ley, como el del padre de familia sobre ciertos bienes del hijo;
2. Por testamento;
3. Por donación, venta u otro acto entre vivos; y,
4. Se puede también adquirir un usufructo por prescripción”.

Se podría objetar que la prescripción determina la adquisición del usufructo, por disposición de la ley, cumplidos ciertos requisitos, pero es evidente que esa forma de comenzar a existir el derecho, difiere radicalmente de las demás, de allí que deba enumerarse separadamente. Y desde luego, no se trata de “constitución” del usufructo por prescripción, sino de adquisición de este derecho, por prescripción.

El usufructo legal, esto es, el constituido *ipso iure* se prueba mediante las solemnidades constitutivas del estado civil del que derivan: así, demostrando que una persona es hijo de familia, con la partida de nacimiento que prueba su minoría de edad y quienes son sus padres; o el nombramiento del curador de su propio hijo; o la partida de matrimonio o las capitulaciones matrimoniales que confieran el usufructo a uno de los cónyuges, etc. Estos usufructos legales se rigen por reglas especiales, de las cuales no trataremos en este capítulo.

El **testamento** suele ser el instrumento más usado, junto con las donaciones, para constituir usufructo. Lógicamente, cuando se dispone por causa de muerte, solamente se produce el efecto constitutivo al abrirse la sucesión, esto es, al morir el causante; antes de esto, el testamento no produce ningún efecto sobre el posible usufructo, que sería una mera expectativa, tal vez desconocida por el beneficiario.

Mediante testamento, el propietario de una cosa, puede dividir el dominio, dejando la nuda propiedad a un heredero y el usufructo a otro. Igualmente puede tratarse no de herederos, sino de legatarios. En ambos casos, al disponer de los bienes se ordena esta limitación del dominio distribuyéndolo entre uno que tendrá la nuda propiedad y otro, el uso y disfrute de ella.

Las constituciones de usufructo por testamento, permiten establecer un plazo o condición iniciales, que en general están prohibidas, pero en este caso se permiten, siempre que dichos plazo o condición se hayan cumplido antes del fallecimiento del testador, como ordena el artículo 782.

El testador puede establecer cláusulas que modifiquen un tanto el alcance del usufructo, agravando o aliviando las obligaciones de las dos partes y aún estableciendo plazo de terminación o condición resolutoria que de fin al usufructo.

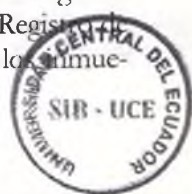
Para que esta forma de constitución produzca pleno efecto, se requiere que el usufructuario **acepte** la herencia o legado, y tiene libertad de hacerlo o de repudiarlos.

En cuanto a las **donaciones**, hay que distinguir si se trata de las que son revocables o de las irrevocables. Las primeras se asimilan a la sucesión por causa de muerte, en cuanto solamente producen efecto definitivo al producirse el fallecimiento del donante, ya que hasta ese momento puede dejarlas sin efecto, por la revocatoria.

Esto origina que, mediante donación revocable, se puede constituir usufructo de dos maneras: la una, cuando directamente el donante dispone que otra persona reciba en calidad de donatario el derecho de usufructo y ésta lo acepta. La otra forma, consiste en la donación revocable de una cosa seguida de la tradición de ella, la misma que produce, como ordena el artículo 1167, el efecto de que el donatario adquiere los derechos y obligaciones de usufructuario. Si el donante muere, se perfecciona la donación y el donatario adquiere la plena propiedad de la cosa, pero mientras vive el constituyente, puede revocar la donación y el usufructuario tendrá que devolver el bien al nudo propietario que consolida su plena propiedad. La donación revocable de todos los bienes o de una cuota de ellos, según el artículo 1161, se mirará como institución de heredero, que sólo tendrá efecto desde la muerte del donante. Sin embargo, podrá en donatario de todos los bienes o de una cuota de ellos, ejercer los derechos de usufructuario sobre las especies que se le hubieren entregado.

La tradición de la cosa, también el caso de las donaciones revocables o irrevocables, se realiza en la forma prevista por el Código: para los bienes muebles, conforme dispone el artículo 700, se puede actuar de diversas maneras por las cuales se pone a disposición de una persona el objeto que se quiere entregar, y una de ellas, consiste precisamente en que el dueño se constituya usufructuario. Cabe, por consiguiente una doble actuación al respecto: el propietario puede retener la nuda propiedad y constituir a otro como usufructuario; o el dueño se convierte en usufructuario transfiriendo a otro la nuda propiedad; en este segundo caso, la tradición se verifica por el mismo contrato, puesto que el dueño ya está en posesión de la cosa y en adelante será tenedor de ella a nombre del nuevo propietario -nudo propietario.

Si el derecho recae sobre un inmueble, la tradición debe realizarse según la regla del artículo 702, mediante escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad. Solamente la inscripción efectúa la tradición de los inmue-



bles. Quien ha donado un terreno o una casa, si se reserva él mismo la nuda propiedad, tendrá que inscribir la escritura de constitución de usufructo a favor de otro, y éste adquiere su derecho el momento de la inscripción. Si, por el contrario, el dueño se reserva el usufructo, debe igualmente inscribirse la escritura y mediante dicha inscripción el nudo propietario entra en posesión de la cosa, mientras que el antiguo dueño se constituye en mero tenedor a título de usufructuario.

Las donaciones entre vivos son siempre irrevocables, salvo entre cónyuges entre quienes son siempre revocables. Por ser irrevocables, producen su pleno efecto desde que se perfecciona el acto, mediante la aceptación por parte del donatario, la notificación de esta aceptación al donante y la tradición de la cosa, que, como acabamos de decir, si se trata de inmuebles, deberá hacerse por la inscripción en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, aunque el donante no se haya reservado el usufructo, puede llegar a **obtener este derecho**, si le es necesario para su congrua sustentación. El artículo 1424 establece, en efecto, que el que dona todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia; y si omitiere hacerlo, podrá en todo tiempo obligar al donatario a que, de los bienes donados o de los suyos propios, le asigne a este efecto, a título de propiedad, o de usufructo o renta vitalicia, lo que se estimare suficiente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados. Nos hallamos aquí, ante otra forma de constitución de usufructo, como consecuencia de una donación, y que requiere un nuevo acto constitutivo, que tendrá que ser, en el caso de inmuebles, una escritura pública inscrita. Si entre el donante y el donatario no hay un acuerdo voluntario, tendrá el primero que demandar judicialmente que se le reconozca su derecho y será el juez quien lo determine en sentencia, la misma que, al inscribirse en el Registro de la Propiedad, conferirá el usufructo al que hizo la donación y lo necesita para mantener su vida de modo adecuado a su estado y condición.

La partición de la herencia, sea realizada por acto voluntario de las personas capaces que tienen derecho a ella, o por medio de juicio que termina en sentencia de partición, origina también derechos de usufructo. El testador puede haber dispuesto que se proceda a establecer esta limitación del dominio; pueden también convenir las partes interesadas en establecer este derecho, o, finalmente, el juez constituirá el usufructo cuando sea necesario. El artículo 1384 da las normas para dividir las deudas hereditarias entre

el usufructuario y el nudo propietario designados por testamento, de forma que en el acto partitorio se confirmará la constitución del usufructo y se regulará el alcance del mismo, al determinar las responsabilidades de las dos partes frente a terceros acreedores.

La **constitución del usufructo en la partición**, primariamente se tiene que sujetar a lo dispuesto por el testador, y luego, a lo que acuerden los participantes en la herencia: herederos o legatarios. Esto se desprende, entre otras disposiciones, de la contenida en el artículo 1387, que realza la trascendencia de lo que hayan acordado los interesados.

El **contrato de sociedad se presta también** para la constitución de usufructo, ya que uno o más de los socios pueden aportar al fondo social, no sólo la propiedad de una cosa, sino también el usufructo, como lo prevé el artículo 1986. Esa aportación se hará, lógicamente, cumpliendo las solemnidades de la constitución de sociedad, y si se aporta el usufructo de un inmueble, se requiere la inscripción en el Registro de la Propiedad, como en todos los casos en que se afecta a un derecho real sobre inmuebles. Los artículos 1988 y 1989 establecen lo relativo a la posible pérdida de la cosa aportada en usufructo y a la situación que se produce por la evicción y el consiguiente sancamiento de todo perjuicio.

Un caso curioso se produce si un socio ha aportado el usufructo de algo que perece: la sociedad se disuelve, a menos que el socio aportante la reponga a satisfacción de los consocios; por consiguiente, esta nueva cosa que se aporte, se constituye en usufructo, sustituyendo a la anterior que perció.

Hemos señalado los principales contratos mediante los cuales, por expresa referencia de la ley, se pueden constituir usufructos, pero no se agota con esta relación todas las posibilidades, ya que, en materia convencional el principio de la libertad contractual es muy amplio y se pueden hallar nuevas y nuevas maneras de actuar dentro de las normas jurídicas, por ejemplo, al permutar bienes o una renta vitalicia por un usufructo, o al vender y comprar, etc.

Lo más frecuente en la vida corriente consiste en la constitución del usufructo por donación o por testamento y, generalmente, es el constituyente

quien se reserva, en las donaciones, el derecho de usar y gozar de la cosa, mientras que transfiere solamente la nuda propiedad. También en la jurisprudencia de la Corte Suprema, los casos más frecuentes que se han presentado de constitución de usufructo, se refieren a estas situaciones jurídicas.

Por último, hay que considerar la posibilidad de adquirir el derecho real de usufructo por **prescripción**. Planiol dice que es casi imposible suponer que un usurpador que se apodera sin título de un inmueble, se conforme con adquirir solamente el usufructo y no la plena propiedad, por los mismos actos posesorios. Pero es muy razonable que una persona haya adquirido el usufructo de un no-propietario, y que llegue realmente a ser usufructuario por prescripción. ★

Claro Solar anota, a su vez, que no era necesario que el Código dijera, como dice expresamente en el artículo 780, que se puede adquirir el usufructo por prescripción, puesto que rige la norma general de la adquisición de los derechos reales por prescripción. Al tratar del fideicomiso, nada dice el Código, y en cambio sí lo afirma respecto del usufructo, probablemente por que podría pensarse que no cabe esta forma de adquisición del usufructo.

A propósito de la prescripción, recuérdese que si el título constitutivo de un derecho tuvo un vicio que pudo dar lugar a la demanda de nulidad, y transcurre el tiempo previsto para la **prescripción extintiva** de la acción, el título queda sancado. Entonces no se trata propiamente de adquisición por prescripción, sino por medio del respectivo título, y la prescripción extintiva solamente da firmeza y seguridad al respectivo derecho.

4. Duración y prohibiciones

El Derecho Romano admitía el usufructo de manera más amplia que la que se tiene ahora en la mayor parte de los países; se podía constituir bajo condición suspensiva y también se permitían los usufructos sucesivos. Todavía el Derecho francés resulta más amplio que el nuestro, en cuanto admite los usufructos sucesivos.

Nuestro Código, siguiendo la tendencia moderna de no permitir las excesivas limitaciones a la propiedad y de garantizar más bien la movilidad de ella, prohibió los usufructos sucesivos, de modo que expirado el primero surja otro y así sucesivamente. Esta innovación, con respecto a la legislación española anteriormente vigente en nuestro territorio, hizo que el mismo Código previera en el artículo 7, numeral 12, el posible conflicto de leyes con relación al tiempo, y resolvió aplicar el principio de la irretroactividad de la ley con relación a los efectos de una constitución de usufructo anterior al Código, y dispuso la caducidad de los derechos de los usufructuarios posteriores.

Actualmente tenemos el artículo 783 que dispone: “Se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos.- Si de hecho se constituyeren, los usufructos posteriores se considerarán como sustitutos, para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse el primer usufructo.- El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros, pero no durará sino por el tiempo que le estuviere designado”.

El espíritu de la ley es tan claro como su tenor literal: por una parte se quiere respetar la voluntad del constituyente y por otra, que no se perpetúe inmoderadamente la limitación de la propiedad. Por esto, si de hecho, contra la prohibición legal, se establecen usufructos sucesivos, no se anula todo el acto constitutivo, sino que se le reconoce eficacia para dar lugar a un solo usufructo, mientras que los demás caducan. La aceptación de un solo usufructo, no ha de ser motivo para prolongar su duración más de lo originalmente previsto por el constituyente.

La limitación que acabamos de indicar se refiere al derecho del usufructuario. Este derecho no puede transferirse a otro, llegado un plazo o condición (en esto consistiría el usufructo sucesivo), sino que termina en el primer titular, cuando muere, cuando se cumple el plazo o condición etc. En cambio, el derecho del nudo propietario, puede transmitirse por acto entre vivos o por causa de muerte.

El usufructo puede ser establecido pura y simplemente, o hasta cierto día o bajo condición resolutoria. No se permite, en cambio, la condición suspensiva, salvo una excepción: si se constituye por testamento, y la

condición se hubiese cumplido o el plazo hubiere expirado antes de la muerte del testador.

Dice el artículo 782: "Se prohíbe constituir usufructo bajo una condición o a un plazo cualquiera que suspenda su ejercicio. Si de hecho se constituyere, no tendrá valor alguno.- Con todo, si el usufructo se constituyere por testamento, y la condición se hubiere cumplido, o el plazo hubiere expirado antes del fallecimiento del testador, valdrá el usufructo".

Producida la muerte del que constituyó el usufructo por testamento, una de dos: o se hace efectivo este derecho real porque cumple las exigencias del constituyente, inclusive el transcurso de un plazo o el cumplimiento de una condición; o, en caso contrario, no tendrá valor alguno. Lo que no admite nuestra ley, es mantener en suspenso hasta que llegue a cumplirse un plazo posterior a la muerte del instituyente, o a cumplirse una condición, así mismo, después de la apertura de la sucesión. Si hay usufructo, su efecto ha de ser inmediato, tan pronto esté perfeccionado el acto constitutivo, y en el caso de las herencias o legados, esto se produce con la delación al momento de la muerte del causante.

En cuanto a la duración del usufructo, como todo derecho real, en principio debe ser indeterminada, indefinida; pero, como se trata a la vez de una limitación del dominio, se tiende a poner un límite. Estos límites pueden ser: la vida del usufructuario, un plazo o una condición resolutoria. También se pueden acumular dos de estos límites.

Establece el artículo 784 que: "El usufructo podrá constituirse por tiempo determinado, o por toda la vida del usufructuario.- Cuando en la constitución del usufructo no se fija tiempo alguno para su duración, se entenderá constituido para toda la vida del usufructuario.- El usufructo constituido a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años".

Lo más frecuente es que el usufructo sea vitalicio y, sobre todo cuando es el propio constituyente el que se reserva este derecho -transfiriendo a otro la nuda propiedad-, esta es la modalidad normal: el usufructo para toda la vida.

Generalmente se trata de dos personas casadas que donan sus bienes a sus hijos o descendientes, reservándose el usufructo ambos constituyentes (padres o abuelos). Tal usufructo plural y vitalicio, subsiste a la muerte de uno de los dos usufructuarios. En otros casos más raros, en que fueran varios los usufructuarios, igualmente, subsiste el derecho mientras viva uno de ellos; esto lo permite expresamente el artículo 786, y además, el artículo 794, establece el derecho de acrecimiento, salvo que el constituyente hubiere dispuesto que se consolide la propiedad al terminar un usufructo parcial.

“Art. 785.- Al usufructo constituido por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario, según los artículos precedentes, podrá agregarse una condición, verificada la cual se consolide con la propiedad.- Si la condición no se cumpliera antes de la expiración de dicho tiempo o antes de la muerte del usufructuario, según los casos, se mirará como no escrita”.

Es decir que la condición resolutoria puede acortar el plazo o hacer terminar el usufructo antes de la muerte del titular de este derecho, pero no puede prolongar el usufructo por tiempo mayor del plazo o de la muerte del usufructuario; se cierra de esta manera la puerta a una manera indirecta de constituir usufructos sucesivos.

Además, el artículo 1116 dispone: “La asignación hasta día incierto, pero determinado, unido a la existencia del asignatario, constituye usufructo; salvo que consista en prestaciones periódicas.- Si el día está unido a la existencia de otra persona que el asignatario, se entenderá concedido el usufructo hasta la fecha en que, viviendo la otra persona, llegaría para ella el día”. Con estas reglas se elimina la posibilidad de burlar la ley y constituir usufructos sucesivos, aún sin llamarlos de ese modo. Es el contenido de la disposición testamentaria, su naturaleza, la que prima y no la denominación que arbitrariamente pueda darle el testador: si asigna a día incierto, pero determinado, unido a la existencia del asignatario, hay usufructo; por ejemplo, si ha dicho: dejo tal hacienda a Pedro, si habrá cumplido su mayoría de edad al momento de mi muerte.

El artículo 786 permite la constitución de dos o más usufructos simultáneos, y puede gozarse de ellos conjuntamente o separadamente: “Se puede constituir un usufructo a favor de dos o más personas, que tengan simultáneamente por igual, o según las cuotas determinadas por el consti-

tuyente; y podrán, en este caso, los usufructuarios dividir entre sí el usufructo, de cualquier modo que de común acuerdo les pareciere”.

Si no se han dividido el usufructo, los varios llamados a ejercerlo simultáneamente, tienen **derecho de acrecimiento**, salvo disposición en contrario determinada por el constituyente, como afirma el artículo 794: “Siendo dos o más los usufructuarios, habrá entre ellos el derecho de acrecer, y durará la totalidad del usufructo hasta la expiración del derecho del último de los usufructuarios.- Lo cual se entiende si el constituyente no hubiere dispuesto que, terminado un usufructo parcial, se consolide con la propiedad”. El constituyente podría también haber establecido simultáneamente usufructo y fideicomiso a favor de otra persona, como se prevé en el artículo 751. El derecho de acrecer, se da entre los varios titulares del mismo derecho, pero no entre quienes tengan derechos diferentes, como se desprende de la disposición del artículo 1181: “Los coasignatarios de usufructo, de uso, de habitación, o de una pensión periódica, conservan el derecho de acrecer, mientras gozan de dicho usufructo, uso, habitación o pensión; y ninguno de estos derechos se extingue hasta que falte el último coasignatario”. De donde se deduce que, por el contrario, en el caso de usufructo y fideicomiso simultáneos, pertenecientes a dos personas distintas, el término del derecho de una de ellas no altera el derecho de la otra, salvo que esa sea la condición resolutoria señalada por el constituyente.

5. Obligaciones del usufructuario

Las obligaciones del usufructuario derivan de su condición de tenedor de una cosa ajena, que está obligado a entregar al término de su derecho. Es titular de un derecho real, que puede hacer valer frente a cualquier persona, pero debe a su vez respetar otro derecho real que coexiste con el suyo, el cual es el derecho de propiedad del nudo propietario.

Esta situación peculiar hace que el usufructuario deba cumplir algunas obligaciones antes de entrar en el uso y goce de la cosa, fundamentalmente la de formar inventario y prestar caución. Otras obligaciones se refieren al tiempo en que ejercerá su derecho y se concretan en la conservación de la cosa en su debido estado. Finalmente, al cesar el usufructo, se debe restituir el bien sobre el que recaía y cumplir con las indemnizaciones que haya lugar.

Como tenedor, el usufructuario hará eficaz la posesión del nudo propietario, ya que precisamente tiene la cosa en nombre de él. Por esto, la primera obligación del usufructuario consiste en **recibir la cosa**, y recibirla en el estado en que se halle, comprometiéndose a **conservarla** adecuadamente. Llama la atención a primera vista que el artículo 788 habla de la obligación de “recibir”, pero se entiende esta obligación cuando se considera lo que se acaba de expresar, y que esa recepción de la cosa es el origen de la otra obligación paralela: la de **conservar**, para **entregar** en su momento. Dice así el artículo 788: “El usufructuario está obligado a recibir la cosa en que está constituido el usufructo en el estado en que se encuentre, y tendrá derecho para ser indemnizado de todo menoscabo o deterioro que la cosa haya sufrido desde entonces en poder y por culpa del propietario”.

La obligación de recibir, origina, pues, también el **derecho de recibir** la cosa. Y el nudo propietario no puede arbitrariamente demorar la entrega de la cosa. El es el propietario, pero la limitación de su dominio hace que el usufructuario pueda exigir la entrega de la tenencia de la cosa. Si el nudo propietario demora esa entrega, responde ante el usufructuario de “todo menoscabo o deterioro”, porque realmente habrá incurrido en mora. Como se puede apreciar, la responsabilidad es ilimitada: “todo menoscabo o deterioro”, lo cual hace pensar incluso en el que se podría producir por caso fortuito: responde aún por ello, porque debió entregar la cosa y no lo hizo.

A su vez, el usufructuario se hará responsable de los daños en la cosa, desde el momento en que la recibe. Múltiples disposiciones del derecho fundamentan esta responsabilidad: en principio, responde toda persona que tiene en su poder algo ajeno. El artículo 823 considera una de las causas para terminar el usufructo, el incumplimiento de esta obligación “en materia grave” “o por haber causado deterioros considerables a la cosa”. Nótese que aquí se trata de deterioros “causados”, los cuales no incluyen los producidos por fuerza mayor o caso fortuito. Por esto último, solo cabría responsabilizar al tenedor que no devolviera la cosa oportunamente, incurriendo en mora.

La obligación de conservar la cosa, en su estado normal, incluye tanto los **cuidados y gastos** para realizar las reparaciones normales, llamadas “usufructuarias” o necesarias para mantener la cosa conforme a su naturaleza,

como también las acciones judiciales para defenderla de posibles atentados de terceros.

Para poder recibir la cosa, el usufructuario tiene que cumplir previamente dos obligaciones: **prestar caución** suficiente de conservación y restitución, y realizar el **inventario solemne** a su costa. Así lo ordena el Art. 789: "El usufructuario no podrá tener la cosa que es objeto del usufructo sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución, y sin previo inventario solemne a su costa, como el de los curadores de bienes.- Pero tanto el que constituye el usufructo como el propietario podrán exonerar de la caución al usufructuario.- No está obligado a ella el donante que se reserva el usufructo de la cosa donada.- La caución del usufructuario de cosas fungibles se reducirá a la obligación de restituir otras tantas del mismo género y calidad, o el valor que tuvieren al tiempo de la restitución".

No precisa insistir que la obligación de prestar caución no alcanza a quien ejerce **usufructo legal** (padre o madre con patria potestad, o administrador de sociedad conyugal). La analogía con el caso de los guardadores y el mismo sentido común, conducen a concluir que el monto y más características de la caución no quedan al arbitrio, del usufructuario, sino que han de ser determinados por el juez, en caso de no existir acuerdo entre las partes interesadas (Cfr. Art. 287)

Nuestra ley, zanja la duda que se presenta en otros derechos extranjeros, sobre la posibilidad de **exonerar de la caución**, ya que expresamente dice el Código que tanto el constituyente, como el nudo propietario pueden liberar de esa obligación, y es lógico que sea así, ya que esta garantía se establece en beneficio de ellos, y razonablemente pueden confiar en el usufructuario y renunciar a su derecho de exigir la caución.

El inventario es el punto de partida para la **contabilidad** y para establecer las responsabilidades por la administración de una cosa ajena, de allí, que junto a la exigencia de rendir caución, se plantea la de realizar inventario. El Código exige que este inventario sea "solemne", en concordancia con esta formalidad necesaria en las sucesiones en que intervienen menores de edad.

No dice expresamente el artículo transcrito si cabe exonerar de la obligación de hacer inventario solemne, a diferencia de lo que establece sobre la caución. También aquí se podría aplicar la analogía y por ella, se concluye que cabe levantar esta obligación, salvo que la factura del inventario esté exigida por el mismo título constitutivo, como acaece en las sucesiones en que se ha de proceder a una partición entre varios derechohabientes.

El inventario debe hacerse con intervención del propietario, para que éste pueda certificarse de la exactitud del mismo. Si no se contara con él, tampoco se podría oponer al propietario un documento elaborado sin su intervención. Pero si se le ha notificado y no ha intervenido, o si ha intervenido en la factura del inventario y no ha objetado oportunamente omisiones o inexactitudes, no podrá más adelante rechazar el inventario, como lo establece el artículo 792: “El propietario cuidará de que se haga el inventario con la debida especificación y no podrá después tacharlo de inexacto o de incompleto”.

Como la elaboración del inventario y el establecimiento de la caución pueden llevar algún tiempo, el Código ha previsto que en ese intervalo el propietario tenga la administración de la cosa, y el usufructuario reciba en compensación, los frutos líquidos. Se contemplan incluso, varias combinaciones, para asegurar los intereses de ambas partes, y con flexibilidad muy humana, se considera el caso de los muebles “necesarios para el uso personal del usufructuario y de su familia”, los cuales puede recibir bajo juramento de restituirlos. Los artículos 790 y 791, expresan con claridad cómo debe procederse:

“Art. 790.- Mientras el usufructuario no rinda la caución a que está obligado, y se termine el inventario, tendrá el propietario la administración, con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario”.

“Art. 791.- Si el usufructuario no rinde la caución a que está obligado, dentro de un plazo equitativo, señalado por el juez a instancia del propietario, se dará la administración a éste, con cargo de pagar al usufructuario el valor líquido de los frutos, deducida la suma que el juez prefijare por el trabajo y cuidados de la administración.



Podrá, en el mismo caso, tomar en arriendo la cosa en que está constituido el usufructo, o tomar prestados a interés de los dineros objeto del usufructo, de acuerdo con el usufructuario.

Podrá también, de acuerdo con el usufructuario, arrendar la cosa y dar los dineros a interés.

Podrá también, de acuerdo con el usufructuario, comprar o vender las cosas fungibles, y tomar o dar prestados a interés los dineros que de ello provengan.

Los muebles comprendidos en el usufructo, que fueren necesarios para el uso personal del usufructuario y de su familia, le serán entregados bajo juramento de restituir las especies o sus respectivos valores, tomándose en cuenta el deterioro proveniente del tiempo y del uso legítimo.

El usufructuario podrá, en todo tiempo, reclamar la administración, presentando la caución a que está obligado”.

Estas diversas formas de administración, tienen, por consiguiente, carácter **transitorio**: mientras no preste la caución correspondiente el usufructuario. Tales medidas provisionales, destinadas a asegurar los intereses de ambas partes, deben tomarse de acuerdo entre ambas partes, y si no se consigue un consenso, habrán de acudir al juez para que ordene lo más adecuado, siguiendo los criterios de equidad. Se trata de asegurar la conservación de los bienes destinados a pertenecer plenamente al propietario, pero de modo que el usufructuario pueda, de una u otra manera, beneficiarse con el uso de ellos, o por lo menos, con los frutos o su valor, para remediar sus necesidades y las de su familia.

En estos artículos aparece también claramente la obligación que tiene el usufructuario de **usar de las cosas según su propia naturaleza**, para evitar un deterioro irracional o excesivo, por eso se habla de “uso legítimo”.

Durante el tiempo de ejercicio de su derecho, el usufructuario debe principalmente: conservar los bienes, repararlos haciendo las expensas necesarias, pagar las cargas usufructuarias, cultivar la cosa gastando lo necesario

para dicho cultivo y respetar los derechos del nudo propietario o de terceros que deriven sus derechos de él.

La obligación de **conservar**, está principalmente formulada en el artículo 789, pero aparece también en otras disposiciones y deriva de la general responsabilidad de todo tenedor de cosas ajenas. La conservación “en especie”, no se extiende a los bienes fungibles, que, como hemos visto, deben ser restituidos en igual número y calidad, o pueden pagarse entregando su valor al momento de restituir (Arts. 789 y 791).

La buena conservación de las cosas productivas exige que se les haga **producir**. Algunas se destruyen si no se las cultiva, otras se deterioran considerablemente. Por esto, el usufructuario no solo tiene el derecho de cultivar, sino también el deber de hacerlo, y sobre todo en la hipótesis señalada, de que los bienes pierdan su valor en caso contrario.

La conservación de la cosa supone **no alterar sustancialmente su forma** y su destino, pero sí se permite y aún puede ser recomendable realizar los cambios o innovaciones que la técnica o la práctica aconsejen para continuar, mejorando, el uso o cultivo ordinarios. El sentido de conservación sin alteraciones fundamentales, mueve al legislador a ordenar que el usufructuario deba respetar los arriendos anteriormente establecidos. Además, si el usufructuario no respetara ese derecho de terceros, crearía posiblemente dificultades a su bienhechor, al constituyente, lo cual no sería equitativo. Por esto dispone el Art. 806: “El usufructuario está obligado a respetar los arriendos de la cosa, contratados por el propietario antes de constituirse el usufructo por acto entre vivos, o de fallecer la persona que lo ha constituido por testamento.- Pero sucede en la percepción de la renta o pensión desde que principie el usufructo”.

De esta manera, el usufructuario tendrá los **frutos civiles** de la cosa (el canon o pensión de arrendamiento), aunque no pueda disfrutar directamente de la cosa, mientras esté legalmente vigente el arrendamiento. En esta hipótesis, como en los casos previstos en los artículos 790 y 791, en que el nudo propietario puede arrendar la cosa, se está transfiriendo a un tercero parte del ejercicio del derecho que ordinariamente corresponde al usufructuario, pero no se cede el usufructo mismo. Como observa Barros Errázuriz, esta **cesión del uso del derecho**, no es lo mismo que cesión

del usufructo, por dos razones: 1. porque a pesar de la cesión, el cedente permanece directamente responsable ante el propietario, y 2., porque el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario cedente, en cuyo evento caduca la cesión.

“Corresponden al usufructuario todas las **expensas ordinarias** de conservación y cultivo”, dice el artículo 809. La doctrina y la jurisprudencia, siguiendo también el criterio de analogía con lo dispuesto más detalladamente para las guardas, adopta el criterio de lo que suele hacer “un buen padre de familia” para mantener un bien en el uso y explotación normales.

Por el contrario, las **reparaciones extraordinarias**, o mayores como las llama el artículo 811, que por regla general suponen un aumento de valor en la cosa, corresponden al nudo propietario. Si no están de acuerdo entre el usufructuario y el propietario sobre la necesidad y el carácter de las expensas, tendrán que acudir al juez para que zanje la controversia.

Dice el artículo 810: “Serán de cargo del usufructuario los cánones, pensiones y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa y que durante el usufructo se devenguen. No es lícito al nudo propietario imponer cargas nuevas sobre ella, en perjuicio del usufructo.

Corresponde asimismo al usufructuario el pago de los **impuestos** periódicos fiscales y municipales que la graven durante el usufructo, en cualquier tiempo en que se hayan establecido.

Si por no hacer el usufructuario estos pagos los hiciere el propietario, o se enajenare o embargare la cosa dada en usufructo, deberá el primero indemnizar de todo perjuicio al segundo”.

Estas cargas periódicas, lo mismo que las reparaciones exigidas por el uso normal de la cosa, corresponden al usufructuario, ya que permiten disfrutar del uso y goce de la cosa; del mismo modo que las reparaciones y gastos extraordinarios que aventajan al nudo propietario y recaen sobre éste. Cuando el orden lógico y equitativo se altera, por no cubrir el usufructuario los gastos periódicos y ordinarios, se hace responsable de los perjuicios que cause al propietario: no sólo debe pagarle lo que haya tenido que gas-

tar por su cuenta, sino también le deberá la indemnización por perjuicios. El Código prevé especialmente el caso de que, por el incumplimiento de las obligaciones del usufructuario, se llegue a embargar la finca; entonces los perjuicios podrán consistir en los gastos del juicio, y, eventualmente la pérdida de la propiedad o su remate por un precio inferior al del avalúo corriente. De todo ello responderá el usufructuario, porque esos daños se derivan del incumplimiento de su obligación.

“Las obras o refecciones mayores, -dice el artículo 811-, necesarias para la conservación de la cosa, serán de cargo del propietario, pagándole el usufructuario, mientras dure el usufructo, el interés legal de los dineros invertidos en ellas.

El usufructuario hará saber al propietario las obras o refecciones mayores que exija la conservación de la cosa que es objeto del usufructo.

Si el propietario rehúsa o retarda el desempeño de estas cargas, podrá el usufructuario, para liberar la cosa y conservar el usufructo, hacerlas a su costa, y el propietario se las reembolsará sin interés”.

Cuando paga quien no estaba obligado a pagar, tiene derecho a que se le reconozca el gasto con sus **intereses**; pero no puede exigir interés el que se beneficia, como es el caso del usufructuario cuando hace un desembolso que correspondía al propietario, pero que le beneficia a él, porque puede así seguir usando y disfrutando de la cosa.

Estas normas sobre las expensas, pueden eventualmente ser **alteradas por el testador** que constituye el usufructo. El artículo 1384 establece que si el testador que deja el usufructo de a una persona y la nuda propiedad a otra, el nudo propietario y el usufructuario se considerarán como una sola persona para la distribución de las obligaciones hereditarias y testamentarias que afecten a la cosa objeto del usufructo. Estas obligaciones se dividirán entre ellos conforme a las reglas siguientes:

“1. Será de cargo del propietario el pago de las deudas que recayeren sobre la cosa en que está constituido el usufructo, quedando obligado el usufructuario a satisfacerle los intereses corrientes de la cantidad pagada, durante todo el tiempo que durare el usufructo;

“2. Si el propietario no se allanare a este pago, podrá hacerlo el usufructuario; y a la expiración del usufructo tendrá derecho a que el propietario le reintegre el capital, sin interés alguno;

“3. Si se vende la cosa que es materia del usufructo para pagar una hipoteca o prenda constituida en ella por el difunto, se aplicará al usufructuario la disposición del artículo 1382” (que se subrogará en la acción del acreedor contra los herederos).

El artículo 1385 establece: “Las cargas testamentarias que recayeren sobre el usufructuario o sobre el propietario, serán satisfechas por aquélla quien el testamento las imponga y del modo que éste lo ordenare; sin que por el hecho de satisfacerlas de ese modo le corresponda indemnización ni interés alguno”. Precisamente surge la obligación de indemnizar o pagar interés, cuando no se cumple la obligación y por esto la otra parte debe cubrir o anticipar el gasto, tal como se prevé en los artículos transcritos y en el artículo 811.

La conservación física y jurídica de la cosa, mediante el cuidado y uso normal, el cultivo y las acciones adecuadas para defender el bien, permitirán al usufructuario entregarlo en buenas condiciones al propietario cuando llegue su momento. En cambio, si la cosa se ha **deteriorado o disminuido** por falta o deficiencia de esos cuidados, el usufructuario tiene que responder. Esta responsabilidad es imputable por los hechos u omisiones propios del usufructuario y también por los hechos ajenos a que su negligencia haya dado lugar, como por ejemplo, si no interpone las acciones judiciales correspondientes y se produce por ello una usurpación o se imponen cargas a la propiedad. El artículo 816 expresa estas normas: “El usufructuario es responsable no sólo de sus propios hechos u omisiones, sino de los hechos ajenos a que su negligencia haya dado lugar.- Por consiguiente, es responsable de las servidumbres que, por su tolerancia, haya dejado adquirir sobre el predio dado en usufructo, y del perjuicio que las usurpaciones cometidas en la cosa en que está constituido, hayan causado al dueño, si no las ha denunciado al propietario oportunamente, pudiendo”. Si se produce una usurpación violenta, el mero tenedor puede proponer una acción posesoria contra el que arrebató por la fuerza, y el usufructuario debería actuar con esa defensa; en otros casos, deberá denunciar

los hechos que afecten a la propiedad, para que sea el dueño y poseedor, quien presente las respectivas acciones judiciales en defensa de su derecho.

6. Derechos del usufructuario

Según la definición misma, el usufructo confiere los derechos de usar y disfrutar, o sea, percibir los frutos de la cosa, durante el tiempo que dura esta limitación del dominio.

Por uso, se entiende el aprovechamiento normal de las cosas, por parte del titular del derecho y de quienes dependen de él: su familia y servidores.

El uso debe ser moderado, de forma que no se pierda o deteriore excesivamente la cosa; aunque, naturalmente, todo uso desgasta. Lo que sea normal no origina responsabilidad del usufructuario, pero si el uso ha sido desmedido o descuidado hasta hacer perecer la cosa o deteriorarla notablemente, entonces sí tendrá que indemnizar al propietario, en la medida en que sea causante -él o los suyos-, de esa extremada ruina.

Como el uso se extiende a todo el tiempo que dura el derecho, el propietario tiene que compensar al usufructuario que, por culpa del nudo propietario, se vea impedido de hacer uso de la cosa. Por ejemplo, si la ha arrendado y no se ha desahuciado al inquilino, el usufructuario deberá recibir una compensación, salvo que el mismo constituyente hubiere dado en arriendo o hubiere establecido esa disminución del usufructo.

Al usar de la cosa el usufructuario realiza actos de **tenencia en nombre del propietario**, al que corresponde la posesión, tal como se desprende de cuanto ordena el artículo 765. Por consiguiente, ese aprovechamiento del bien, no puede fundamentar una pretensión de adquirir la cosa misma por prescripción. El usufructuario no es poseedor, y no prescribe a su favor la cosa que solamente tiene, como mero tenedor.

En cambio, el usufructuario es titular de su derecho real de usufructo, que le autoriza a gozar de la cosa, usándola y percibiendo sus frutos, de modo que si otro le privara de estas facultades, podría defender su derecho, también con acciones posesorias. Incluso, frente al propietario, el usufructuario puede ejercer tales acciones.

El artículo 801 afirma este primer derecho del usufructuario referido a las cosas muebles, de usar de la cosa: “El usufructuario de cosa mueble tiene el derecho de servirse de ella según su naturaleza y destino; y al fin del usufructo no está obligado a restituirla sino en el estado en que se halle, respondiendo solamente de las pérdidas o deterioros que provengan de su **dolo o culpa**”. Sólo se excluye, pues, la responsabilidad por la culpa levísima y por los daños que provengan de fuerza mayor o caso fortuito.

Especial consideración han merecido los ganados, sobre los que el 820 dispone: “El usufructuario de ganados o rebaños está obligado a reponer los animales que mueren o se pierden, pero sólo con el incremento natural de los mismos ganados o rebaños; salvo que la muerte o pérdida fueren imputables a hecho o culpa suyos, pues, en este caso, deberá indemnizar al propietario.- Si el ganado o rebaño perece en todo o en gran parte, por efecto de una epidemia u otro caso fortuito, el usufructuario no estará obligado a reponer los animales perdidos, y cumplirá con entregar los despojos que hayan podido salvarse”.

Las cosas fungibles, normalmente se consumen por el uso, de allí que cuando el usufructo se haya constituido sobre estas cosas, solamente estará obligado el usufructuario a devolver igual cantidad o calidad o el valor que tengan al tiempo de terminar el derecho, como lo establece el artículo 803.

El uso y disfrute de las cosas, comprende también el de las **accesiones** naturales, como está previsto en el artículo 799. En cambio, si el constituyente se hubiere reservado el derecho de edificar o aumentar las edificaciones existentes en un inmueble dado en usufructo, esas nuevas construcciones no aumentarían el derecho del usufructuario, salvo que así lo disponga el dueño de ellas.

Los frutos naturales y civiles de una cosa, por regla general pertenecen al dueño de ella, como declara el artículo 662, pero el usufructo da este derecho al usufructuario. El artículo 795 dice: “El usufructuario de una cosa inmueble tiene derecho de percibir todos los frutos naturales, incluso los pendientes al tiempo de deferirse el usufructo.- Recíprocamente, los frutos que aún estén pendientes a la terminación del usufructo, pertenecerán al propietario”.

“Art. 796.- El usufructuario de una heredad goza de todas las servidumbres activas constituidas a favor de ella, y está sujeto a todas las servidumbres pasivas constituidas en ella”.

A continuación, se refiere el Código a ciertos bienes especiales que aunque se pueden percibir periódicamente, no se consideran como frutos, sino como **“productos”**, porque disminuyen más o menos la cosa misma, y terminan por agotarla totalmente. Es el caso de las minas, canteras y bosques. La regla general, sigue siendo la de la explotación moderada, conforme a los usos y reglamentos. El constituyente puede, sin embargo, alterar estas normas disponiendo expresamente de otra manera.

“Art. 797.- El goce del usufructo de una heredad se extiende a los bosques y arbolados, pero con el cargo de conservarlos en su ser, reponiendo los árboles que derribe, y respondiendo de su menoscabo, en cuanto no dependa de causas naturales o accidentes fortuitos”.

“Art. 798.- Si la cosa dada en usufructo comprende ruinas y canteras en actual laboreo, podrá el usufructuario aprovecharse de ellas; y no será responsable de la disminución de productos que en consecuencia sobrevenga, con tal de que haya observado las disposiciones de la ordenanza respectiva”.

A propósito de esto, observa Planiol, que lo que se extrae de una mina o cantera, no son propiamente frutos, porque no se renuevan, sino que son el mismo suelo que se vende en porciones. Pero, si ya se estaba explotando la mina o cantera, se entiende que el provecho se ha cedido al usufructuario. En cambio, como anota Claro Solar, si se comienza a explotar la mina, después de constituido el usufructo, se deberá contar con la voluntad del propietario o se tendrá que indemnizarle.

Los frutos civiles pertenecen al usufructuario **día por día**, según dispone el artículo 804. No importa que se reciban esos frutos con otra periodicidad, por ejemplo, cada mes o cada año. De modo que, si el usufructo termina mientras está corriendo uno de esos lapsos, se ha de calcular el número de días y le corresponderá exactamente lo que resulte, según ese número de días.

El asunto de los frutos civiles presenta algunas complicadas cuestiones. No cabe duda sobre los intereses de capitales dados a préstamo, o sobre los dividendos normales de empresas o acciones de compañías, mientras que hay otras utilidades civiles que no está claro si son realmente frutos y corresponden al usufructuario, o si son aumentos patrimoniales que se deben reconocer al nudo propietario.

Las **reservas** que se hacen en las compañías y que, eventualmente originan un aumento de capital, parece que se han de considerar como accesiones que enriquecen al nudo propietario y no al usufructuario. Planiol considera que estas reservas aumentan el activo social y pertenecen al nudo propietario, mientras que la utilidad que originan, se atribuirá al usufructuario.

Igual solución habría que dar al caso de **emisión de acciones** en favor de los accionistas, gratuitamente. En esta situación en realidad se están capitalizando las reservas y parece lo más equitativo que este acrecimiento sea para el dueño de las acciones.

Otras veces, se da a los accionistas la posibilidad de suscribir nuevas acciones en condiciones favorables, que no se reconocen al resto del público. Estos privilegios también se fundan en que los accionistas han contribuido a las reservas y se aprovechan de ellas en un momento determinado. Naturalmente, el usufructuario no podría ni siquiera suscribir las nuevas acciones, porque no es propietario.

Más difícil de resolver se presenta la situación cuando al accionista se le da la **opción de recibir un dividendo** en dinero o de recibir nuevas acciones en condiciones de favor. La equidad parece aconsejar que se reconozca al propietario su derecho, pero que compense de alguna manera al usufructuario, ya que cabría objetar que, en caso de no suscribir las acciones el dueño, se habría dado simplemente un fruto civil en forma de dividendo en dinero, que habría cobrado el usufructuario.

No hay para que insistir que estos asuntos pueden ser previstos y regulados por el constituyente con entera libertad, disponiendo a favor de una u otra parte. También pueden pactar libremente entre el propietario y el usufructuario, como les autoriza el artículo 805: “Lo dicho en los artículos precedentes se entenderá sin perjuicio de las convenciones que sobre la

materia se celebren entre el nudo propietario y el usufructuario, o de las ventajas que en la constitución del usufructo se hayan concedido expresamente al nudo propietario o al usufructuario”.

El usufructuario puede **hacer producir** los frutos de la cosa, trabajándola personalmente, o por medio de otros. Puede también darla en arrendamiento y recibir los frutos civiles: canon o pensión de arrendamiento. Si la finca estuvo arrendada antes de recibirla en usufructo, debe respetar el contrato anterior, pero tiene derecho a la renta desde el día en que principie el usufructo, según dispone el artículo 806.

“El usufructuario -dice el artículo 807-, puede dar en arriendo el usufructo, y cederlo a quienquiera, a título oneroso o gratuito.- Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario.- Pero no podrá el usufructuario arrendar ni ceder el usufructo, si se lo hubiere prohibido el constituyente; a menos que el propietario le releve de la prohibición.- El usufructuario que contraviene a esta disposición perderá el derecho de usufructo”.

La analogía entre el usufructo y el arrendamiento, en cuanto al disfrute de la cosa, resulta muy grande, de aquí que, el dar en arriendo el bien usufructuado, casi equivale a ceder el mismo usufructo, aunque en realidad lo que se concede es el aprovechamiento precario de la cosa, con una relación contractual exclusiva con el usufructuario. Por esto mismo, el constituyente puede prohibir aún el arrendamiento, pero esa prohibición no tendrá valor absoluto, ya que el propietario podría levantar la veda y permitir al usufructuario que arriende.

Como las limitaciones que se imponen al usufructuario miran a tutelar los intereses del propietario, los contratos de arrendamiento **no podrán exceder el tiempo que dure el mismo usufructo**, es decir, que cuando tenga que restituir la cosa, terminarán dichos arriendos, y otras cesiones similares. El propietario, concederá, sin embargo, al arrendatario o cesionario el tiempo que necesite para la próxima percepción de frutos; y por este tiempo quedará sustituido al usufructuario en el contrato (Art. 808). Nótese que el usufructuario no tiene derecho a hacer esperar hasta la percepción de los frutos pendientes, al término del usufructo, y esto es porque él, a su vez, recibió los frutos que estaban pendientes al comenzar

su derecho real; en cambio, al arrendatario que no ha tenido esa ventaja respecto de los frutos iniciales, se le reconoce el derecho de cosechar lo que está pendiente al momento de terminar el usufructo. El artículo 1901 garantiza también al arrendatario para que perciba los frutos pendientes, en caso de expropiación de la finca. Y el siguiente artículo, 1902, ordena que el arrendatario sea indemnizado si el usufructuario que arrendó, hizo cesión del derecho al propietario, siempre que éste no esté obligado a respetar al arrendatario para la percepción de los frutos pendientes. En una palabra, un conjunto de disposiciones, muy equitativas, protegen al tercero, contratante con el usufructuario, para evitar que la incertidumbre de la duración de su derecho -que casi siempre existe-, o la terminación antes de que termine el contrato de arrendamiento, ocasione perjuicio al arrendatario.

El artículo 787 establece que: “La nuda propiedad puede transferirse por acto entre vivos, y transmitirse por causa de muerte.- El usufructo es intransmisible por testamento o abintestato”. De aquí se deduce que el usufructo puede transferirse por acto entre vivos, ya que, mientras la nuda propiedad puede serlo por acto entre vivos o por causa de muerte, respecto del usufructo la ley solamente prohíbe la transmisión por causa de muerte, y los actos que la ley no prohíbe, están permitidos, de donde, resulta que **el usufructuario puede transferir su derecho por acto entre vivos**. Esto corresponde, además, a la naturaleza propia de los derechos reales, en general. Podría limitarse esta facultad por parte del constituyente, prohibiendo expresamente la enajenación por acto entre vivos. Ya hemos visto, por otra parte, que el artículo 807 se refiere expresamente al arrendamiento (que no implica enajenación, pero que vacía prácticamente de contenido al derecho del usufructuario) y permite también “cederlo a quienquiera, a título oneroso o gratuito”. Estas otras formas de cesión pueden entrañar verdadera enajenación, por lo menos de las facultades de usar y disfrutar de la cosa, aunque el usufructuario conservará siempre su relación directa con el constituyente y con el nudo propietario.

El usufructuario puede también hipotecar el bien raíz sobre el que recaiga su derecho, como le autoriza el artículo 2320. La hipoteca sobre un usufructo de minas o canteras no se extiende a los frutos percibidos, ni a las sustancias minerales una vez separadas del suelo (Art. 2325).

Así como el usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias para la conservación y cultivo de la cosa y tiene derecho a que no se le impida realizarlas, también tiene derecho de pedir al propietario que él haga las reparaciones mayores, que le corresponden al dueño. Estas deben realizarse “en un tiempo razonable y con el menor perjuicio posible del usufructo” (Art. 793). Naturalmente que podrían convenir entre las dos partes, que dichas reparaciones las haga el usufructuario, con cargo de indemnización por parte del dueño. Si no hubiere acuerdo y urgieran dichas reparaciones, el usufructuario podría recurrir al juez para que le autorice a realizarlas, con igual condición.

“No es lícito al propietario hacer cosa alguna que perjudique al usufructuario en el ejercicio de sus derechos, a no ser con el consentimiento formal del usufructuario”, dice el primer inciso del artículo 793, y el tercer inciso constituye una aplicación del principio: “Si transfiere o transmite la propiedad, será con la carga del usufructo constituido en ella, aunque no lo exprese”. Cualquier otra persona que llegue a tener la nuda propiedad, en otros términos, estará igualmente obligada a respetar el derecho del usufructuario y a no disminuir o impedir su ejercicio.

Si el predio dado en usufructo tiene a su favor **servidumbres activas**, el usufructuario podrá disfrutar de ellas y defenderlas, si le impiden utilizarlas (Art. 796).

Los derechos del usufructuario se extienden a las **accesiones o aumentos** que reciba la cosa por **aluvión** o por otras **accesiones naturales** (Art. 799).

Estos derechos pueden ampliarse o restringirse de dos maneras: bien por disposición del constituyente, o por convenciones entre el propietario y el usufructuario (Art. 805). De este modo, se da una gran flexibilidad a este derecho, para satisfacer las conveniencias de las partes.

Al terminar el usufructo, su titular tiene que devolver la cosa y pagar las indemnizaciones a que estuviere obligado, pero también tiene el derecho correlativo, de que a él se le cancelen las expensas y otras indemnizaciones que tenga a su favor. El artículo 814 concede al usufructuario el derecho de retención para hacer efectivos esos reembolsos: “El usufructuario podrá retener la cosa dada en usufructo hasta el pago de los reembolsos e

indemnizaciones a que, según los artículos precedentes, está obligado el propietario”.

Finalmente, se le reconoce al usufructuario un derecho de compensación entre las mejoras que hubiere introducido en la cosa, y que no pueda reclamar que se le paguen, con los deterioros de la misma. También puede separar los materiales y llevárselos si esto es posible realizar sin detrimento de la cosa, y el propietario no le abona lo que valdrían después de separados. Este punto, como otros, puede ser modificado por voluntad del constituyente o por convención entre dueño y usufructuario (Art. 815).

7. Obligaciones y derechos del nudo propietario

Aunque el usufructo es un derecho real y como tal confiere poderes frente a cualquier persona, establece también relaciones especiales entre las dos partes que tienen que ver con la cosa sometida a usufructo: el propietario y el usufructuario. Los derechos del uno son correlativos a obligaciones del otro, en muchos aspectos, principalmente en los referentes a gastos para la conservación y puesta en producción de la cosa. Por esto, al hablar de los derechos del usufructuario, han aparecido ya algunas de las atribuciones y deberes del nudo propietario.

En el momento inicial del derecho, el nudo propietario puede y aún debe **intervenir en la factura del inventario**, con las consecuencias que ya hemos señalado, si se prescinde de él, o si, él deja de actuar pudiendo hacerlo. Así mismo, le compete **aceptar la caución** del usufructuario, o, eventualmente, reclamar ante el juez, si no la considera suficiente.

Mientras el usufructuario no ha rendido caución adecuada y hecho el inventario en la forma exigida por la ley, el nudo propietario tiene derecho de **administrar** la cosa con cargo de entregar los frutos líquidos al usufructuario (Art. 790).

Si esa situación se prolonga, porque el usufructuario no cumple sus obligaciones “dentro de un plazo equitativo”, establece el artículo 791, que el nudo propietario continúe en la administración de la cosa, pagando los frutos líquidos al usufructuario, y descontando “una suma que el juez prefijare por el trabajo y cuidados de la administración”.

El mismo artículo le faculta al nudo propietario para **arrendar** a favor de un tercero, o para tomar **él** en arriendo la cosa.

De acuerdo con el usufructuario, pueden **comprar o vender** las cosas fungibles, y tomar a interés los dineros que de ello provengan. Solamente se pone a salvo los muebles comprendidos en el usufructo y que fueren necesarios para el uso personal del usufructuario y de su familia, que le deben ser entregados bajo juramento de restituirlos en especie, o pagando su valor, tomando en cuenta el deterioro proveniente del tiempo y del uso legítimo.

Tiene, por consiguiente, el nudo propietario, facultades administrativas muy amplias, y pueden modificarse por convenio con el usufructuario, sea ampliándolas o restringiéndolas, según determinaren entre ellos.

Pero, “no es lícito al propietario hacer **cosa alguna que perjudique al usufructuario** en el ejercicio de sus derechos, a no ser con el consentimiento formal del usufructuario” (Art. 793).

Como el dueño, sigue siendo tal, aunque su derecho esté limitado, puede **enajenar o gravar** la cosa, siempre que se mantenga el derecho del usufructuario. El nudo propietario puede vender, donar, hipotecar, pero no puede privar del uso y goce de la cosa, de modo que los compradores, donatarios, acreedores, etc., tendrán que reconocer esos derechos del usufructuario. Si este se viera perjudicado, tiene las correspondientes acciones reales, contra cualquier persona, inclusive contra el dueño, y las acciones personales frente al dueño que le ha perjudicado.

No puede el nudo propietario disminuir el derecho del usufructuario mediante contratos con terceros, por los cuales estableciera **nuevas servidumbres** sobre el predio, o limitaciones de cualquier género en cuanto a su uso y goce de los frutos. Tampoco puede el nudo propietario renunciar a servidumbres activas que benefician a su predio, y que, al renunciarse, disminuirían los beneficios del usufructuario.

En cuanto a la **hipoteca**, Claro Solar sostiene que solamente puede imponerla sobre la nuda propiedad, y que al consolidarse la propiedad, se extendería a toda ella.

Aunque el nudo propietario no haya hecho mención del usufructo que grava a la cosa, si la transfiere o transmite por acto entre vivos o por causa de muerte, la cosa pasará al nuevo titular de la nuda propiedad, con la misma carga usufructuaria. Aún en el caso de pretender enajenar la plenitud del dominio, este efecto no puede producirse, porque nadie transmite ni transfiere más de lo que tiene. En el caso de emplear el dolo, el engaño para hacer creer que se enajena toda la cosa, el nudo propietario incurriría en las especiales responsabilidades del quien actúa dolosamente y el tercero que de buena fe hubiere adquirido, de todas formas sufriría las consecuencias de la posible acción reivindicadora del usufructuario. Cabría, sin embargo, que el tercer poseedor de buena fe, llegue a adquirir por prescripción, mayor derecho que el que le pudo transmitir el nudo propietario.

Si se transmite por causa de muerte la nuda propiedad, el heredero o legatario, tendrá que esperar a que termine el derecho de usufructo, para entrar en pleno goce de la cosa.

El contrato de arrendamiento plantea alguna dificultad, porque parece excluir al usufructuario del goce de la cosa. Sin embargo, el artículo 791 considera la posibilidad de que el nudo propietario, “de acuerdo con el usufructuario”, arriende la cosa. Si se hiciera en tales términos el contrato, el usufructuario tendría derecho a percibir los frutos civiles de la cosa, es decir, el canon o pensión de arrendamiento. Pero, se entiende que preferentemente el mismo usufructuario ha de ser quien disfrute de la cosa, ya que este derecho se establece con un carácter de beneficio personal, que se revela en los mismos términos del artículo 791 cuando se refiere a los muebles “necesarios para el uso personal del usufructuario”. En una palabra, parece evidente, que el nudo propietario no podría arrendar, contra la voluntad del usufructuario que haya cumplido su obligación de prestar caución y hacer inventario. Es el usufructuario, quien puede arrendar, tal como lo reconoce el artículo 808, que impone al nudo propietario la obligación de dar al arrendatario el tiempo necesario para percibir los frutos, una vez que termina el arrendamiento al terminar el usufructo.

“Las obras o refacciones mayores, necesarias para la conservación de la cosa, serán de cargo del propietario, pagándole el usufructuario, mientras dure el usufructo, el interés legal de los dineros invertidos en ellas.

El usufructuario hará saber al propietario las obras y refecciones mayores que exija la conservación de la cosa que es objeto del usufructo.

Si el propietario rehúsa o retarda en desempeño de estas cargas, podrá el usufructuario, para liberar la cosa y conservar el usufructo, hacerlas a su costa, y el propietario se las reembolsará sin interés” (Art. 811).

“Se entiende por obras o refecciones mayores las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa en que está constituido el usufructo” (Art. 812).

“Si un edificio viene todo a tierra, por vejez o caso fortuito, ni el propietario ni el usufructuario están obligados a reponerlo” (Art. 813).

Los artículos transcritos revelan claramente la equidad con que el Código dispone las cargas que se vinculan con la conservación permanente de la cosa, al propietario de ella, mientras que las que se dirigen a la producción o utilización de la misma, tocan al usufructuario. Los dos, pueden, naturalmente, convenir libremente sobre mejoras o innovaciones que interesen a uno u otro o a ambos.

Si ha hecho las expensas el usufructuario y quien debía realizarlas era el propietario, el primero tiene derecho a que se le reembolse lo gastado, y para hacer efectivo su derecho, se le reconoce el derecho de retención de la cosa (Art. 814).

Las reparaciones ordinarias que corren a cargo del usufructuario se llaman precisamente “reparaciones usufructuarias”, y son análogas a las “reparaciones locativas”, de que trata el Art. 1881 y que se precisan por las costumbres del país. Nada de ello puede exigirse al nudo propietario y si él hubiere tenido que realizarlas para evitar mayores daños, podría exigir la correspondiente compensación al usufructuario que debió hacerlas y no las hizo.

Así como el propietario debió entregar la cosa al usufructuario al comenzar a ejercer su derecho, debe recibir la devolución al terminar. El inventario servirá para establecer las responsabilidades de uno y otro y se deben

cancelar las expensas realizadas por quien no tenía obligación de hacerlas, si hay lugar a ello, efectuándose la compensación entre mejoras y deterioros, que está prevista en el Art. 815. Si culpablemente no entrega el usufructuario cuando debe hacerlo, o si culpablemente no recibe el propietario cuando debe recibir, incurren en mora, con las consecuencias normales de esa situación, que agrava la responsabilidad y se extiende hasta por los casos fortuitos que se produzcan. Desde luego, no está en mora el usufructuario que ejercita el derecho de retención, hasta que se le satisfaga lo que se le debe.

8. Derechos de terceros

El Código Civil ha previsto no sólo los derechos del propietario y del usufructuario, sino también los de terceros acreedores, quienes pueden pedir el **embargo del usufructo** y que se les pague con él el valor de sus créditos, presentando la correspondiente caución de conservación y restitución a quien corresponda (Art. 817).

Lo previsto no se refiere, pues, al embargo de la cosa misma, sino del derecho de usufructo. Pero nada impide que se pueda también proceder a **embargar la nuda propiedad**, por obligaciones no cumplidas del propietario. En cada caso se llegará al remate de lo embargado y se transferirá el derecho correspondiente - usufructo o nuda propiedad -, y no se alterará el otro derecho, no embargado ni rematado.

Téngase en cuenta, no obstante, que el embargo no puede extenderse al **usufructo legal** del padre de familia o de quien administra la sociedad conyugal, ya que estos derechos están excluidos expresamente de la posibilidad de ser embargados, por lo que dispone el artículo 2368, y precisamente, esto constituye una de las diferencias más importantes con el usufructo ordinario.

Los acreedores a quienes se reconoce este derecho de embargo, pueden **oponerse a cesiones o renunciaciones** del usufructuario hechas en fraude de sus derechos. (Art. 817). Por consiguiente, puede pedirse la anulación de una donación o una renuncia del derecho del usufructuario, si éstas dejan a los acreedores impagos.

Los acreedores pueden también aceptar que el donatario se constituya en deudor, en lugar del usufructuario donante; esta es una opción que les reconoce el artículo 1435: no están obligados a reconocer la donación en perjuicio de sus intereses, pero, si el nuevo titular de la cosa es solvente, podría incluso resultarles ventajosa la donación y por esto se permite que se conformen con ella.

En cuanto a las **deudas** que **hubiere tenido** el testador, en los casos en que se constituye el usufructo por testamento, el artículo 1384 protege a los acreedores disponiendo que el nudo propietario y el usufructuario se considerarán como una sola persona para responder de dichas deudas y se señalan las reglas para distribuir las correspondientes cargas: 1. Será de cargo del propietario el pago de las deudas que recayeren sobre la cosa en que está constituido el usufructo, quedando el usufructuario obligado a satisfacer los intereses corrientes de la cantidad pagada, durante todo el tiempo que continuare el usufructo.- 2. Si el propietario no se allanare a este pago, podrá hacerlo el usufructuario; y a la expiración del usufructo tendrá derecho a que el propietario le reintegre el capital, sin interés alguno.- 3. Si se vende la cosa que es materia del usufructo para pagar una hipoteca o prenda constituidas sobre ella por el difunto, se aplicará al usufructuario la disposición del artículo 1382, esto es, que quien cancela una obligación que no estaba obligado a pagar, se subroga en los derechos del acreedor.

Por consiguiente, si los acreedores embargan el usufructo y se llega al remate, el usufructuario tendrá derecho a que el propietario le reintegre todo aquello que no estuvo obligado a pagar por sí mismo. El **usufructuario tiene que asumir la carga de los intereses de una deuda pagada por el propietario, pero no el capital**, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa. El nudo propietario, a su vez, por regla general, corre a cargo de las deudas hipotecarias o prendarias, pero también puede modificar el testador estas obligaciones normales, trasladándolas en todo o en parte, al usufructuario. Entendemos que uno y otro, se subrogan en los derechos del acreedor, cuando cubren una deuda que no tenían que pagar por sí mismos.

No cabe que el testador imponga a los acreedores condiciones que hagan más difícil u oneroso el cobro de su crédito. Por esto, si divide la propie-

dad dejando la nuda titularidad a uno y el usufructo a otro, los dos **forman como una sola persona**, y el acreedor que quisiera hacer efectivo su crédito mediante la acción real hipotecaria, bien podría demandar a los dos conjuntamente, y pedir el embargo de toda la cosa, y al llegarse al remate, quien adquiriera, conseguiría la plena propiedad, integrada por los dos derechos que se complementan.

9. Extinción del usufructo

Valencia Zea enumera las siguientes causas de extinción del usufructo: por extinción natural de la cosa, por destrucción jurídica, por muerte del usufructuario, por el cumplimiento del término o de la condición, por la resolución del derecho del constituyente, por la consolidación del usufructo con la propiedad, por prescripción y por sentencia del juez.

En esta lista se incluyen casi todas las causas previstas en los artículos 818 a 824 de nuestro Código. Faltaría la mención expresa de la renuncia del usufructuario, a que se refiere el artículo 820. Y hay que tener en cuenta que, hay otras causas que afectan solamente a los usufructos legales, de los que no se trata en el Título IX, que estamos comentando, y a las que se aplica el artículo 824. Por otra parte, hay que decir, que la terminación “por sentencia del juez”, puede abarcar varios casos, pero, en la enumeración de Valencia, se refiere, sin duda al caso que Planiol llama de “caducidad del derecho” por incumplimiento del usufructuario de sus obligaciones fundamentales.

De Diego hace una clasificación interesante de las causas de terminación del usufructo. Unas afectan al sujeto (muerte, renuncia, prescripción), otras a la relación jurídica misma (consolidación), y otras, al objeto (pérdida total de la cosa) o a la constitución del usufructo (resolución del derecho del constituyente, plazo o condición resolutorias). Encuentro muy interesante esta clasificación, porque permite aplicar mejor la ley a los diversos casos, distinguiendo el usufructo propiamente dicho del cuasi usufructo, sobre bienes fungibles, ya que en este segundo caso, no rigen algunas de las causas de extinción., como es obvio.

“El usufructo se extingue -dice el Art. 818- generalmente por la llegada del día o el cumplimiento de la condición prefijados para su terminación.

“Si el usufructo se ha constituido hasta que una persona distinta del usufructuario llegue a cierta edad, y esa persona fallece antes, durará dicho usufructo hasta el día en que esa persona hubiera cumplido esa edad, si hubiese vivido”.

Este artículo señala, pues, la causa más general de terminación: la llegada del plazo o el cumplimiento de la condición resolutoria del derecho. El usufructo, en principio es un derecho temporal, destinado a tener vigencia durante un tiempo: hasta un día que ha de llegar por cumplimiento de plazo o de condición.

El segundo inciso solamente aclara cómo debe interpretarse el señalamiento del día en que una persona -distinta del usufructuario- cumplirá cierta edad: ese día es determinado aunque sea incierto el hecho de que esa persona realmente llegue a cumplir tal edad, porque puede morir antes. No se trata de condición, sino de verdadero plazo: hasta ese día, que con toda seguridad llegará, aunque no se sabe si esa persona estará viva en tal día.

Distinto sería el caso de que se hubiera constituido el usufructo “hasta que tal persona muera”, pues, entonces terminaría en el día imposible de determinar por adelantado, pero que ciertamente llegará. El usufructo en este caso, dependería de una verdadera condición: que viva esa persona.

Por lo demás, nada hay que decir sobre estas dos formas de terminar el usufructo, sino que siguen todas las reglas generales de los derechos sujetos a plazo o condición resolutoria.

Se despeja una duda que podría presentarse, sobre la posibilidad de descontar el tiempo que no haya disfrutado el usufructuario. Como la limitación temporal es por plazo y no por término, desde luego, no cabe descontar esos intervalos. Así lo declara el artículo 819: “En la duración legal del usufructo se cuenta aún el tiempo en que el usufructuario no ha gozado de él, por ignorancia o despojo o cualquier otra causa”.

El artículo 820 menciona otras varias causas de terminación, de muy diversa índole: “El usufructo se extingue también:

Por la muerte del usufructuario, aunque ocurra antes del día o condición prefijados para su terminación;

Por la resolución del derecho del constituyente, como cuando se ha constituido sobre una propiedad fiduciaria, y llega el caso de la restitución;

Por la consolidación del usufructo con la propiedad;

Por la prescripción; y,

Por la renuncia del usufructuario”.

La primera de estas causas **-la muerte del usufructuario-**, depende del carácter temporal del derecho y aún, en el origen histórico, de la intención de beneficiar a una persona determinada. Por esto, no se admite la transmisión de este derecho real por sucesión hereditaria. Muy distinto es el caso, de la muerte del nudo propietario, quien sí transmite su dominio por sucesión hereditaria, como también puede transferirlo por acto entre vivos, según el artículo 787.

Si una persona que tenía un usufructo ha **desaparecido** y se llega al decreto judicial que concede la posesión definitiva de sus bienes, según el artículo 77, los propietarios y fideicomisarios, los legatarios y en general, cuantos tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte.

El segundo supuesto, consiste en la **resolución del derecho** del constituyente, y el Código señala como ejemplo el caso más corriente: si se ha constituido el usufructo sobre una propiedad fiduciaria y llega el caso de la restitución. Ya hemos visto que pueden subsistir los dos derechos: fideicomiso y usufructo, y pueden haberse establecido simultáneamente, o también, se puede haber constituido el usufructo después de haberse limitado la propiedad con el fideicomiso. En todo caso, si desaparece el derecho que soporta el usufructo, naturalmente este segundo termina. Lo mismo sucedería en el caso de una propiedad vendida que regresa a su anterior propietario por resolución de la compraventa: si quien la adquirió instituyó sobre ella un usufructo, al perder la propiedad, determina también la extinción del usufructo.

En cuanto a la **consolidación**, observa con razón Puig Brutau, que en todos los casos en que termina el usufructo se produce consolidación de la propiedad, es decir, que se reintegra el dominio, que el titular llega a tener todos los derechos que normalmente corresponden al dueño¹. El Código más bien se refiere al fenómeno jurídico de que la misma persona reúne las dos condiciones: de propietario y de usufructuario. Ahora bien, esto se puede producir, sea porque el usufructuario adquiere la nuda propiedad (por herencia, compra, etc.), o porque el nudo propietario llega a ser titular del derecho de usufructo, o porque una tercera persona, adquiere ambas condiciones simultáneamente. Sin embargo, no parece posible la segunda hipótesis: que el nudo propietario adquiera el usufructo por consolidación, ya que, como anota Planiol, si el nudo propietario adquiere por herencia, entonces el usufructo se habrá extinguido por muerte del usufructuario; si adquiere por cesión o compra, hay una renuncia del derecho del usufructuario, y en ambos casos, la consolidación es más bien una consecuencia de esas causas, y no la causa de la extinción del derecho.

La consolidación propiamente dicha se produce, por tanto, cuando el usufructuario adquiere la nuda propiedad, y esto puede ser porque el dueño se la transmita o transfiera, sea por causa de muerte o por acto entre vivos.

La consolidación **en manos de un tercero**, que simultáneamente adquiere los derechos del nudo propietario y del usufructuario, teóricamente es posible, pero parece muy difícil de producirse en la vida real, y de todas maneras, supondría también otros eventos como la muerte de ambos titulares o renuncia de derechos, etc., de modo que nuevamente se reduciría esta causa a otras causas legales.

La **prescripción**, que enumera a continuación el artículo 820, también tenemos que entender en un doble sentido: como usucapión que produciría consolidación, o como prescripción extintiva del usufructo. Probablemente el Código quiere referirse solamente al segundo caso, ya que el otro estaría incluido en el concepto de consolidación.

¹ Puig Brutau, Ob. cit. T. 9, p. 333.

La prescripción **extintiva** si opera porque el usufructuario no ha hecho valer su derecho durante todo el tiempo que marca la ley para producir este efecto, simultáneamente traría consigo la reintegración del derecho de propiedad en manos del propietario.

También puede suceder que una persona distinta de quien es el verdadero titular del usufructo, haya suplantado a éste y haya disfrutado de la cosa hasta adquirir el derecho por prescripción, produciéndose secundariamente el efecto de la extinción del derecho de quien realmente era su titular.

La última causa prevista en el artículo 820, es la **renuncia del usufructuario**, que será posible siempre que sea persona que pueda disponer libremente de lo suyo. También hay que tener en cuenta que, como cabe la pluralidad de titulares de este derecho y existe el acrecimiento entre ellos, sería necesario que todos renuncien, para que se extinga el usufructo.

La extinción del derecho por **destrucción de la cosa**, está tratada en los artículos 821 y 840: Dice el primero: “El usufructo se extingue por la destrucción completa de la cosa en que está constituido. Si sólo se destruye una parte, subsiste el usufructo en lo restante.- Si todo el usufructo está reducido a un edificio, cesará para siempre por la destrucción completa de éste, y el usufructuario no conservará derecho alguno sobre el suelo.- Pero si el edificio destruido pertenece a una heredad, el usufructuario de ésta conservará su derecho sobre toda ella”.

Esta causa de terminación, ya hemos dicho, no afecta al cuasi usufructo, que comprende solamente cosas fungibles, puesto que al destruirse, consumirse o enajenarse todos estos bienes, permanece la obligación de restituir otra cantidad de la misma calidad, o el valor correspondiente, de modo que no se extingue el derecho.

Se entiende por destrucción de la cosa, su total inutilización para el objeto normal. Por esto el Código hace especial referencia a los casos más frecuentes, los de edificios, que, si se destruyen hacen terminar el usufructo, aunque permanece el suelo y aunque pueda pensarse en una nueva edificación. El artículo 813 estableció que ni el nudo propietario ni el usufructuario están obligados a reponer el edificio que se viene abajo. Cabría preguntarse, si no podrán de común acuerdo reconstruir el edificio en ruina. Pero

en esta circunstancia más bien comenzaría un nuevo derecho de usufructo, ya que el primero tiene que terminar por la expresa disposición de la ley.

Si se ha destruido totalmente un edificio pero existe un **seguro** que garantiza la total reconstrucción, tendríamos que concluir que no se extingue el usufructo, porque la destrucción material no ha hecho desaparecer realmente la posibilidad de continuar ejercitando el derecho, y precisamente con esa finalidad se ha contratado el seguro.

El artículo 822 considera el caso de los terrenos que se **inundan**. Si este fenómeno fuera permanente, estaríamos en el caso de la desaparición del objeto del derecho y la consiguiente extinción del usufructo, pero se supone más bien la posibilidad de que el suelo vuelva a ser aprovechable, y, en esta singular circunstancia, el usufructo, revive por el tiempo que falta hasta su terminación.

Puede **caducar** el derecho del usufructuario por abuso del disfrute. Está obligado a conservar la cosa, y si la **destruye** o deteriora notablemente, el propietario puede exigirle que la restaure y que de garantías de que no la perderá. El juez puede determinar varias medidas que limiten el uso desmedido de la cosa; puede ordenar que pase la administración al nudo propietario con cargo de pasar los frutos líquidos al usufructuario, y, finalmente, en caso de extremo abuso por parte del usufructuario, puede dar por terminado su derecho. Así lo ordena el artículo 823:

“El usufructo termina, en fin, por **sentencia de juez** que, a instancia del propietario, lo declara extinguido, por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o por haber causado daños y deterioros considerables a la cosa en que está constituido el usufructo.

“El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa, con cargo de pagar al usufructuario una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo”.

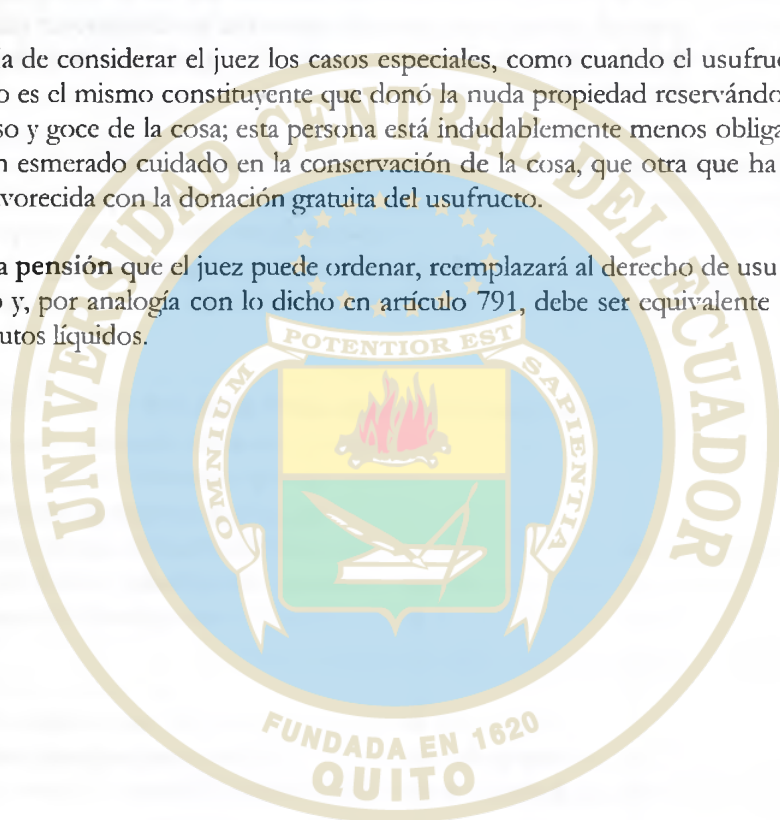
Concede la ley, facultades discrecionales muy amplias al juez, para arreglar esta materia, considerando las circunstancias y la gravedad de las faltas



cometidas por el usufructuario. Resulta razonable pensar que, así como el usufructuario está obligado a prestar caución antes de entrar en la administración de la cosa, podrá también evitar que se le prive de su derecho aumentando las garantías de buena conservación y demostrando a través de las reparaciones adecuadas, la voluntad de conservar el bien como es debido.

Ha de considerarse el juez los casos especiales, como cuando el usufructuario es el mismo constituyente que donó la nuda propiedad reservándose el uso y goce de la cosa; esta persona está indudablemente menos obligada a un esmerado cuidado en la conservación de la cosa, que otra que ha sido favorecida con la donación gratuita del usufructo.

La pensión que el juez puede ordenar, reemplazará al derecho de usufructo y, por analogía con lo dicho en artículo 791, debe ser equivalente a los frutos líquidos.



CAPÍTULO II

DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN

10. Definición y características generales

El Título X del Libro II del Código Civil trata de los Derechos de Uso y de Habitación, y en su primer artículo, los define conjuntamente: “Art. 825. El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa.- Si se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación”.

Sorprende un tanto la palabra “generalmente”, que matiza con cierta relatividad a la definición, abriendo la posibilidad de alguna excepción o alguna manera “especial” -no general- de concebir el derecho de uso. Opino que el legislador ha utilizado este vocablo para remitirse al concepto que habitualmente se tiene sobre el uso de las cosas. Como examinaremos más adelante, la extensión del derecho de uso y aún del más preciso de habitación, se regulan en parte por las costumbres a las que necesariamente tiene que remitirse la ley; de aquí, que lo que se estila “generalmente”, ha de tomarse en cuenta para aquilatar estos derechos.

El derecho de uso, históricamente se desprende del usufructo, deriva de él y confiere unas facultades más restringidas que las que tiene el usufructuario. En el usufructo, se comprenden el uso y el goce, mientras que el derecho real de uso solamente, no implica percepción de frutos.

Muchos autores señalan que en el Derecho Romano el uso no daba ningún derecho a los frutos, pero que esta disposición del “ius civile”, se atemperó en el Derecho Pretorio y preparó así la reforma en tiempos de Justiniano, que confiere ya un limitado goce de ciertos frutos al mero

CAPÍTULO II

DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN

10. Definición y características generales

El Título X del Libro II del Código Civil trata de los Derechos de Uso y de Habitación, y en su primer artículo, los define conjuntamente: “Art. 825. El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa.- Si se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación”.

Sorprende un tanto la palabra “generalmente”, que matiza con cierta relatividad a la definición, abriendo la posibilidad de alguna excepción o alguna manera “especial”-no general- de concebir el derecho de uso. Opino que el legislador ha utilizado este vocablo para remitirse al concepto que habitualmente se tiene sobre el uso de las cosas. Como examinaremos más adelante, la extensión del derecho de uso y aún del más preciso de habitación, se regulan en parte por las costumbres a las que necesariamente tiene que remitirse la ley; de aquí, que lo que se estila “generalmente”, ha de tomarse en cuenta para aquilatar estos derechos.

El derecho de uso, históricamente se desprende del usufructo, deriva de él y confiere unas facultades más restringidas que las que tiene el usufructuario. En el usufructo, se comprenden el uso y el goce, mientras que el derecho real de uso solamente, no implica percepción de frutos.

Muchos autores señalan que en el Derecho Romano el uso no daba ningún derecho a los frutos, pero que esta disposición del “ius civile”, se atemperó en el Derecho Pretorio y preparó así la reforma en tiempos de Justiniano, que confiere ya un limitado goce de ciertos frutos al mero

usuario. Esta reforma aproxima notablemente la figura del uso a la del usufructo.

En la definición del Código se señalan algunas características fundamentales. En primer lugar, se afirma que se trata de un derecho real. Ya en el artículo 595 se enumeró entre los derechos reales a los de uso y habitación.

Al decir el artículo 825 que el uso consiste en la facultad de gozar de una parte “limitada” de las utilidades y productos de una cosa, está caracterizando este derecho como un **derecho limitado**, en comparación con el amplísimo dominio o propiedad. Efectivamente el uso y la habitación son derechos reales que a su vez limitan la propiedad. El dueño de una cosa sobre la que recaen estos gravámenes de uso o habitación, ve recortada de alguna manera sus facultades dominicales. Categóricamente afirma el artículo 747 del Código Civil que los gravámenes de uso o habitación son limitaciones del dominio.

Concretamente, el titular de estos derechos tiene la “facultad de gozar de **una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa**”. Utilidades y productos, expresan precisamente la capacidad de utilización de algo. Una cosa sirve en cuanto tiene alguna utilidad o produce algo y esta capacidad de servir es lo que, de modo limitado, se pone a disposición o en beneficio del usuario.

No pierde, por consiguiente el propietario toda la posibilidad de servirse de la cosa, sino en cierta medida, en tanto en cuanto ella pasa al servicio o utilidad del usuario.

Desde luego, el dueño no pierde las otras facultades propias del dominio, principalmente la de disponer de la cosa, siempre que respete el derecho constituido en ella. Podríamos decir que el dueño conserva mucho más sus atribuciones que cuanto las retiene el nudo propietario en el usufructo.

La utilidad propia de una casa consiste en que se pueda **morar** en ella. Ciertamente puede servir para otros objetos, de carácter comercial, industrial, cultural, etc., pero cuando se establece el derecho de habitación, se destina una casa a esa función, la más esencial o propia de ella.

Cuando los testadores romanos dejaban una casa en favor de un tercero, -dice De Diego-, que se discutió mucho el alcance de estas disposiciones, diciendo unos que transfería la propiedad, otros que el uso o el usufructo; unos decían que podía ser cedida, y otros no. Justiniano concluyó con estas discusiones constituyendo con la habitación “quoddam proprium jus”, es decir, un derecho de índole propia, consistente en **habitar en casa ajena pudiendo arrendarla, pero no cederla gratuitamente**. En el derecho moderno se asimiló al derecho de uso, es decir, que es un uso de las casas, y como el uso es intransmisible, este carácter se atribuyó también al derecho de habitación.

Como señala Puig Brutau, en este derecho no se da como en el usufructo el disfrute de la percepción de frutos, y la permisión de arrendar tiene carácter excepcional; el usuario ha de aprovechar de la cosa en su beneficio personal y de su familia, para los objetos propios de la vida corriente, así por ejemplo, los frutos de una huerta pueden servir para la alimentación pero no para venderse al público.

La característica de ser un derecho personal, incluso se puede decir personalísimo, contribuye a diferenciarlo del usufructo y de otras figuras jurídicas afines. Eduardo Carrión insiste también en este carácter personalísimo, que hace del uso y la habitación derechos **intransmisibles a los herederos** y que no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse.

Planiol señala otra característica: que nunca es establecido por la ley. Sin embargo, esto ya no resulta aplicable en el derecho ecuatoriano, pues, como expondremos más adelante, la reforma introducida por la Ley 43 del año 1989, establece un **derecho de habitación legal**.

Sí hemos de tener en cuenta, en cambio, que ciertos “usos” conferidos por el Derecho, no constituyen este peculiar derecho real de uso del que trata el Título X y del que estamos hablando.

En primer lugar hay que descartar el “**uso público**” al que están destinados algunos bienes comunes a todos los hombres, como la alta mar, a la que se refiere el artículo 602. Ese uso público se regula entre los individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre naciones distintas, por el Dere-

cho Internacional. Hay, pues, un **uso común**, no exclusivo, distinto del derecho real de uso, que es exclusivo, aunque limitado.

El artículo 604 se refiere al uso “que pertenece a la nación toda” de los “bienes nacionales de uso público”, como calles, plazas, puentes, caminos, mar adyacente y sus playas. Tampoco estos usos entran en el concepto propio del derecho real de uso.

También son distintos, los derechos que se adquieren por **concesión administrativa** o por permiso de autoridad competente, para usar temporalmente de esos bienes nacionales. Tales concesiones o permisos se regulan por las leyes administrativas y configuran derechos bastante diferentes del derecho real de uso, propio del Código Civil. Ciertamente este punto ha sido debatido, tanto en Francia como en Chile, y Claro Solar menciona alguna sentencia de ese país, en que la Corte reconoció en el concesionario un verdadero usuario, con un derecho real que le facultaba a ejercitar las correspondientes acciones, pero no parece acertada esta solución jurídica que no toma en cuenta la índole peculiar de las concesiones administrativas.

El propietario de un inmueble puede permitir también el uso público de él, como lo reconoce expresamente el artículo 608, sin perder el dominio. Se trata de actos de **mera tolerancia**, que pueden suspenderse en cualquier momento y que no originan en un sujeto determinado el correspondiente derecho y las acciones para exigirlo; por tanto, aunque se da una cierta semejanza con el derecho real de uso, dista enormemente de su realidad jurídica.

Las concesiones administrativas o los permisos de autoridad competente, por los que se puede construir en sitios de propiedad nacional, no dan el “sino el uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo”, dice el artículo 618. Y, “abandonadas las obras, o terminado el tiempo para el que se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo, por el ministerio de la ley, al uso y goce privativo del Estado, o al uso y goce general de los habitantes, según lo prescriba la indicada autoridad”.

Cierta limitación del uso de las cosas, sobre todo de los inmuebles, se da por la existencia de **servidumbres**, como cuando dispone el artículo 873 que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren natu-

ralmente por ella, aunque no sean de su dominio privado, el uso conveniente para los menesteres domésticos, para el riego de la misma heredad, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas y abreviar sus animales. Estos usos, propiamente no disminuyen un derecho ajeno y por su específica utilidad para servir al predio dominante, no pueden de ningún modo transferirse, ni se configuran como el derecho de uso propiamente dicho.

Numerosos artículos del Código, refiriéndose sobre todo a las servidumbres de aguas señalan esta utilización de una cosa por parte de quien no es dueño de ella, lo cual tienen en común con el derecho de uso. La principal diferencia radica en que las servidumbres adhieren al predio y no se pueden separar de él de ningún modo.

También hay cierta analogía con el caso de las **escaleras comunes** de un edificio de propiedad horizontal, cuyo uso pertenece a los diversos propietarios. Pero aquí, se da más bien un **condominio** de dichas escaleras, aunque el artículo 895 habla más específicamente de su uso. Es un uso que corresponde a quienes son **dueños en común**.

La **analogía** con el comodato o préstamo de uso resulta evidente. En ambas figuras el dueño se desprende del uso de una cosa, que pasa a otro, pero en el comodato sucede esto por una relación meramente contractual, que sólo vincula a las dos partes entre sí, y que puede terminar en cualquier momento en que lo decida el comodante (cfr. Art. 2077). Las obligaciones que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contratantes; pero los del comodatario **no tendrán derecho** a continuar en el uso de la cosa prestada, sino en el caso excepcional, previsto en el artículo 2083, de que se trate de una cosa para servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse. De este modo, el artículo 2089 marca otra diferencia esencial entre el derecho de uso y ese especial uso que confiere el comodato.

Se puede **donar el derecho de uso**, o, mejor dicho, puede constituirse por donación y generalmente provendrá de una donación; en cambio no hay donación en el comodato de una cosa cualquiera, aunque su uso o goce acostumbre darse en arriendo, según dispone el artículo 1411, al tratar de las donaciones entre vivos.

El **arrendamiento** también presenta alguna similitud con el derecho de uso, pero, como en el caso del comodato, se trata de un mero contrato que sólo establece relaciones de obligación entre las partes y no funda un derecho real, como es el uso. Sin embargo al tratar del arrendamiento, el Código tiene que emplear la palabra “uso”, ya que este contrato confiere precisamente la facultad de usar de una cosa y es necesario que la cosa sirva para ese uso, como señala el artículo 1873.

Por el mero **depósito** no se confiere al depositario la facultad de usar la cosa depositada sin permiso del depositante. Este permiso podrá a veces presumirse, y queda al arbitrio del juez calificar las circunstancias que justifiquen la presunción, como las relaciones de amistad y confianza entre las partes. Se presume más fácilmente este permiso en las cosas que no se deterioran sensiblemente por el uso. Así indica el artículo 2125, la analogía, y al mismo tiempo la diferencia con el derecho real de uso.

Como las **cosas fungibles** se destruyen por el uso (Art. 593), no cabe propiamente derecho real de uso sobre ellas. Se pueden, en cambio dar en comodato o arrendamiento o depósito. No habría inconveniente, en cambio, de que, en una heredad dada en uso se encuentren una o más cosas fungibles, que tendrán que ser restituidas, conforme a su propia naturaleza, con otras de la misma calidad.

Al tratar del derecho de usufructo, hemos señalado que antes de que el beneficiario rinda **caución**, no se le confiere el uso y goce de las cosas, salvo de aquellos muebles personales necesarios para él y su familia, que se le entregan bajo juramento de conservación y restitución. Así, en el ejercicio del derecho real de usufructo, se pone a salvo un uso limitado de ciertos bienes, antes de la plena ejecución del primer derecho. Y también se puede producir el caso de que se entregue al usufructuario solamente los frutos líquidos, privándole del uso de la cosa, por razones de conservación de la misma. Todo esto, nos demuestra la íntima vinculación entre ambos derechos reales, de uso y de usufructo.

Ni el usuario ni el habitador están obligados a prestar caución, pero sí están obligados a **inventario**. Aquí tenemos otra diferencia con el usufructo.

También se halla otra diferencia, en cuanto a las **expensas**, ya que el usuario y el habitador deben ejercitar su derecho como lo haría un buen padre de familia, y las expensas de conservación y cultivo, les tocan a prorrata del beneficio que obtengan él y el propietario.

A diferencia del usufructuario, **el usuario no puede disponer de su derecho a favor de una tercera persona**, ni por arriendo o cesión ni a sus herederos por causa de muerte. Esto deriva del carácter personalísimo de los derechos de uso y habitación, que terminan necesariamente con la persona que los tiene. Si de hecho se vendieran estos derechos, la venta no produciría efecto alguno, por ser acto prohibido por la ley. Otra consecuencia de esta misma condición de derechos personalísimos, consiste en que no pueden ser hipotecados.

Finalmente, otra característica de estos derechos es que no son **embargables**. Expresamente lo declara así el artículo 1634, al tratar de la cesión de bienes, de la que se excluyen los bienes no embargables, entre los que se enumeran los “los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación”. También el artículo 2368, inciso 3o. declara que “no será embargable el usufructo legal... ni tampoco los derechos reales de uso y habitación”.

11. Constitución de los derechos de uso y habitación

“Los derechos de uso y habitación se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo”, dice el artículo 826.

Siendo el derecho de uso -y la habitación que no es más que un uso específico sobre una casa-, como un “usufructo pequeño”, o más limitado, la analogía entre ambas instituciones hace que el derecho pueda remitirse genéricamente al modo de constitución del usufructo. Sin embargo hay alguna diferencia, que deriva de la naturaleza de las cosas.

Claro Solar observa que, a diferencia del usufructo, que puede constituirse a título universal o singular, el uso o la habitación solamente pueden serlo a **título singular**, pues por su naturaleza se halla limitado a una parte de las utilidades y productos de una determinada cosa.

Los actos y declaraciones de voluntad, de que trata el Título II del Libro IV, deben tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. Y aclara el artículo 1476 que “el mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”. Efectivamente, se requiere que el constituyente determine la cosa sobre la que establece el derecho de uso o habitación y que precisamente conste que se trata de estos derechos reales y no de un mero préstamo, ni tampoco del derecho más amplio, de usufructo.

“La voluntad presunta no basta para constituirlo”, dice una sentencia de Casación, de Colombia. Y bien puede aplicarse esta misma doctrina en nuestro país. Otra sentencia colombiana, tiene relación con esto y afirma que “Cuando el testador ordena en su testamento que se entreguen a una persona las llaves de una casa para que habite en ella por tiempo determinado, debe considerarse tal disposición como un legado del derecho de habitación”.

La tradición del derecho de uso o de habitación constituidos sobre bienes raíces, “se efectuará por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registrador de la Propiedad” dice el artículo 702 de nuestro Código. Esta disposición ha dado origen a una discusión sobre si basta la inscripción en el Registro de la Propiedad, en cualquier libro, o si debe necesariamente serlo en el de gravámenes. Una sentencia de mayoría de la Corte Suprema aceptó la validez de la constitución mediante la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, pero uno de los Ministros salvó su voto, opinando que no lo fue en el libro en que debía inscribirse, esto es, en el de gravámenes.

La voluntad de constituir estos derechos, puede manifestarse en muy diversos actos, como en el caso del usufructo. El artículo 1353 establece que se puede establecer un derecho de uso o de habitación en la partición, “con el consentimiento de los interesados”.

El artículo 1104 prevé la posibilidad de que se provea a la subsistencia de una persona mientras permanezca soltera o viuda, dejándole, por ese tiempo, un derecho de usufructo, de uso o de habitación o una pensión periódica. Estos casos corresponden a una conveniencia evidente que se experimenta en muchas circunstancias de la vida: personas -sobre todo

mujeres-, que requieren una especial protección económica, durante un período transitorio de su vida: soltería o viudedad. Estos casos han sido considerados ampliamente por algunos derechos, como los forales de varias regiones de España, en los que se reconocen derechos ampliamente a las viudas.

Este sentido de protección inspiró también la reforma introducida por la Ley 43 del año 1989 en el Código Civil, en favor de la mujer casada, de la que trataremos más adelante, pero advirtiéndolo desde este momento que esta legislación, bien intencionada pero poco acertada, determinó un derecho de habitación legal, que se constituye “*ipso iure*” en ciertas circunstancias, no muy adecuadamente precisadas.

Dentro de esa variedad de formas de constituir estos derechos, se ha presentado algún caso en el que se lo ha hecho mediante transacción, aprobada por sentencia judicial e inscrita, todo lo cual es inobjetable.

Teóricamente, puede constituirse por prescripción adquisitiva, pero en la práctica será muy difícil que alguien se limite a reclamar sólo el uso o la habitación y no el dominio o por lo menos el usufructo. Más factible resulta lo contrario: que quien tenga el uso o la habitación, pretenda apoderarse del dominio, y efectivamente, se han producidos juicios de esta índole, aunque, con toda razón, la Corte Suprema ha rechazado la demanda o la excepción de prescripción, alegadas por quien tenía el derecho de habitación, ya que éste implica solamente la tenencia de la cosa, y el reconocimiento del dominio ajeno, que impide la usucapión.

12. Derechos y obligaciones del usuario o habitador

Ya sabemos que el usuario o habitador son meros tenedores de una cosa, pero son titulares de un derecho real, parecido al usufructo, menor que él, cuyo objetivo consiste en permitir el uso de un objeto; cuando éste es una casa, el uso normal consiste en habitarla, vivir en ella.

Como este uso limitado se da **para un tiempo**, éste se puede fijar por medio de plazo o condición. Se puede establecer para toda la vida del usuario o habitador, y esto es lo más frecuente. En todo caso, llegará un momento en que se deba devolver la cosa que se está usando, y de aquí la

necesidad de establecer claramente en qué consiste, lo cual se logra por medio del **inventario**.

Los titulares de estos derechos no están obligados a **rendir caución** (a diferencia de lo que sucede con los usufructuarios), pero sí deben hacer inventario. No se precisa en el Código, que este inventario haya de ser solemne; puede, por tanto, ser privado. Incluso, tratándose de cosas de uso ordinario y corriente, bastará una mera lista de ellas. De todas formas, para la prueba de las obligaciones se requiere que exista el documento escrito (si valen más de dos mil sucres, según el artículo 1727), y para tener prueba plena, se requiere documento público o privado reconocido. El documento privado con la firma de **dos testigos** se equipara para estos efectos, al documento público, de modo que muchas veces bastará con esta manera de certificar el inventario.

La obligación de hacer inventario, más exactamente grava al habitador y al usuario que recibe cosas que **deban restituirse en especie** (Art. 827) No se extiende, por tanto, a las cosas fungibles que puedan formar parte de estos derechos, y respecto de las cuales bastará la indicación de su calidad y número, o su apreciación en dinero, si así se conviene.

La caución podría llegar a ser necesaria si el usuario o habitador pone en **peligro de perderse la cosa o la deteriora** considerablemente, entonces no se podría negar, por analogía con lo que sucede en el usufructo, que el dueño pueda exigir que **se le garantice su derecho**. El Código argentino, y algunos otros, hacen expresa **referencia a esta posibilidad**.

La cosa o la casa sobre las que se ejercen estos derechos, se deben **entregar al beneficiario**, en el estado en que existieren al momento en que comienza su derecho. El artículo 1146, se refiere a cuando se han establecido por testamento, y entonces se deben las cosas en el estado que tenían a la muerte del testador, “comprendiendo los utensilios necesarios para su uso que existan en ella”.

Cuando en la sucesión hereditaria se pide la guarda bajo llave y sello, de los bienes sucesorios, expresamente pone a salvo el artículo 1245, “los muebles domésticos de uso cotidiano” de los cuales solamente “se formará una lista de ellos”. Con esta y otras disposiciones análogas, se quiere facili-

tar que inmediatamente se puedan usar las cosas que se consideran necesarias para la vida.

Toda la extensión del derecho debe entenderse con el criterio de lo que es acostumbrado o normal en el uso de las cosas. Este es el concepto del “uso corriente”. Así, al tratar de la accesión, el Código considera accesorio la cosa “que sirva para el uso”, ornato o complemento de la otra; esta **destinación normal**, es la que se debe tener en cuenta para interpretar la amplitud de facultades del usuario sobre los bienes.

También proyecta una luz sobre este contenido del derecho, la disposición del artículo 1798, según el cual las cosas “que no sirven para su uso natural, o sólo sirven imperfectamente”, tienen un vicio redhibitorio. Hay, pues, un uso que se desprende de la naturaleza misma, y que exige una cierta perfección de las cosas y ese uso es el que puede reclamar el usuario y no puede exigir otro. El propietario, a su vez, tiene derecho a que el usuario no desvirtúe el uso de la cosa, no la emplee en algo distinto de aquello para lo que sirve normalmente.

El usuario o habitador tiene que sujetarse a lo que haya dispuesto el constituyente del derecho, como ordena el artículo 828: “La extensión con que se concede el derecho de uso o de habitación se determina por el título que lo constituye; y a falta de esta determinación en el título, se regla por los artículos siguientes”.

“Art. 829. El uso y habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.- En las necesidades personales del usuario o habitador se comprenden las de su familia.- La familia comprende la mujer, y los hijos, tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después; y esto, aun cuando el usuario o habitador no estén casados, ni hayan reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.- Comprende así mismo, el número de sirvientes necesarios para la familia.- Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivan con el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos”.

“Art. 830.- En las necesidades personales del usuario o del habitador no se comprenden las de la industria o tráfico en que se ocupan.- Así, el usuario

de animales no podrá emplearlos en el acarreo de los objetos en que trafica, ni el habitador servirse de la casa para tiendas o almacenes.- A menos que la cosa en que se concede el derecho, por su naturaleza y uso ordinario, y por su relación con la profesión o industria del que ha de ejercerlo, aparezca destinada a servirle en ellas”.

“Art. 831.- El usuario de una heredad tiene solamente derecho a los objetos comunes de alimentación y combustible, no a los de una calidad superior; y está obligado a recibirlos del dueño, o a tomarlos con su permiso”.

“Art. 832.- El usuario y el habitador deben usar los objetos comprendidos en sus respectivos derechos con la moderación y cuidado de un buen padre de familia; y están obligados a contribuir a las expensas ordinarias de conservación y cultivo, a prorrata del beneficio que reporten.- Esta última obligación no se extiende al uso o la habitación que se dan caritativamente a personas necesitadas”.

Este conjunto de artículos precisa las obligaciones y derechos limitados del usuario o habitador, de modo supletorio, a falta de expresa determinación por parte del constituyente. Esa precisión hecha por el que establece estos derechos es la que prevalece y, a falta de ella, o si es de dudosa interpretación, habrá que aplicar los claros artículos que se acaban de transcribir.

Todavía se puede completar el concepto de uso normal, acudiendo a otras disposiciones del Código, aplicables por analogía, como las relativas al arrendamiento. Por ejemplo, los artículos 1888 y 1911 se refieren al “deterioro ocasionado por el uso y goce legítimos” del arrendatario, y esto se debe apreciar según lo que es común en el aprovechamiento normal y ordinario de las cosas “por un buen padre de familia”, para aplicarlo también al caso del habitador o usuario. El extralimitarse en el uso de la cosa, o emplearla mal, produciendo daños, da derecho a hacer cesar el arrendamiento (Art. 1921), y por analogía, tenemos que concluir que el usuario no debe producir esos desperfectos o deterioros en la cosa que usa.

El cuidado de la cosa, se extiende al uso que hagan las personas que viven con el habitador o usuario y ellos deben prevenir también los perjuicios que pudieran causar terceras personas. Así, el artículo 2215 dispone que el habitador o el usuario puedan pedir indemnizaciones que se produzcan

por delitos o cuasi delitos de otros, que irroguen daño a su derecho. Incluso deberán entablar las acciones judiciales para defender el objeto de su derecho, sobre todo si no lo hace el propietario; por lo menos, deben advertir al dueño para que él interponga las correspondientes acciones, y a falta de ello, deberán actuar directamente. El artículo 966 dispone que “El usufructuario, el usuario y el que tiene el derecho de habitación, son hábiles para ejercer por sí las **acciones y excepciones posesorias** dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos, aún contra el propietario mismo. El propietario está obligado a auxiliarles contra todo turbador o usurpador extraño, siendo requerido al efecto. Las sentencias obtenidas contra el usuario, obligan al propietario; menos si se tratare de la posesión del dominio de la finca o de derechos anexos a él, en cuyo caso no valdrá la sentencia contra el propietario que no haya intervenido en el juicio”.

En muchos casos, el uso o la habitación serán parcialmente **compartidos con el mismo dueño de la cosa**, que se haya reservado el poder también él usar o habitar. Es frecuente que se ceda una parte de una casa, o un cuarto concreto para el usuario. En tales circunstancias el usuario debe extremar la delicadeza en el uso moderado de la cosa. Ya el artículo 831 establece que solo debe tomar los objetos “comunes y no los de calidad superior”, y que debe recibirlos del dueño o tomarlos con su permiso. Naturalmente, este uso no podría, en ningún caso, privar al propietario de lo que a él le corresponde. También aquí, ilumina la relación existente, la analogía con lo que sucede en las sociedades colectivas, en las que “cada socio podrá servirse, para su uso personal, de las cosas pertenecientes al haber social, con tal que las emplee según su destino ordinario, y sin perjuicio de la sociedad y del “justo uso” de los otros” (Art. 1985, Num. 2). Todavía frente al propietario, el usuario se halla en una situación menos favorecida que entre socios, que son iguales, pues él debe “recibir del dueño”, o “tomar con su permiso”. Esto determina que sea el dueño quien puede graduar el alcance del derecho del usuario, pero tampoco podría extremar las restricciones hasta el punto de desconocer el derecho de uso.

La **administración** de la cosa puede corresponder más o menos ampliamente al propietario o al usuario, según se haya establecido en el acto constitutivo, y a falta de determinación hay que resolver con criterio de

equidad, interpretando la intención y considerando las necesidades de ambas partes.

Algunos comentadores plantean la duda sobre si el usuario debe **consumir** los frutos, sin lo cual no tendría derecho a ellos, o si efectivamente los adquiere por la tradición que le hace -directa o indirectamente- el propietario o por la percepción efectuada por él, en el predio que los produce. Claro Solar considera, citando a otros autores, que el usuario puede disponer como quiera de esos frutos una vez que se haya apropiado de ellos. Efectivamente, si bien el aprovechamiento de frutos tiene carácter un tanto excepcional, y se destinan en principio al mantenimiento del usuario y su familia (en el sentido que aclara el Art. 829), sin embargo, no hay una restricción tal que permita disponer libremente de esos frutos. Se le prohíbe al usuario ceder sus derechos, pero no el enajenar, del modo que quiera, los objetos adquiridos en el justo ejercicio de su derecho.

El propietario tiene que respetar el justo uso del usuario, pero, como lo ha dicho la Corte Suprema en una antigua sentencia, "el propietario de una casa no está obligado a indemnizar los perjuicios que la construcción de las obras o refecciones mayores ocasionaren a las personas que tienen el derecho de habitación en una o más piezas de ella. Si dichas personas abandonaron las piezas durante la construcción, no pierden, por eso, el derecho de habitarlas después; derecho que sólo se extingue por la destrucción total de la casa en que está constituido el derecho de habitación".

Como el dueño puede **enajenar libremente** su propiedad, quien la adquiera debe respetar igualmente los derechos de los usuarios o habitantes en la misma forma que reconocía su derecho el anterior propietario. Una sentencia de la Corte reconoce este mantenimiento de la extensión del derecho, en caso de enajenación de la propiedad.

Finalmente, señalemos que existe el derecho de acrecer entre los múltiples usuarios o habitantes, tal como lo reconoce el artículo 1181, de igual manera que sucede en el usufructo cuando hay más de un usufructuario.

13. Prohibiciones

Aunque no figure expresamente la prohibición de establecer usos o derechos de habitación sucesivos, entendemos que esta norma que se da para el usufructo, se debe aplicar también para estos derechos, sea por la evidente analogía, sea por la remisión que hace el artículo 826 para lo relativo a la constitución del uso o la habitación. Además, el numeral 12 del artículo 7, estableció la no retroactividad de la ley que prohibiera los usufructos sucesivos, y a continuación indica que la misma regla se aplica a los derechos de uso o habitación; ahora bien, estas normas se establecieron precisamente cuando se reformó el texto primitivo del Código de 1861 prohibiendo expresamente los usufructos sucesivos, de donde se deduce la intención del legislador de extender la regla a los otros dos mencionados derechos.

A diferencia de otros derechos reales, el de uso o habitación no es susceptible de **cesión ni de gravamen**. El artículo 833 lo dice expresamente: “Los derechos de uso y habitación son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse.- Ni el usuario ni el habitador pueden arrendar, prestar o enajenar objeto alguno de aquellos a que se extiende su derecho.- Pero bien pueden dar los frutos que les es lícito consumir en sus necesidades personales”.

El artículo transcrito contiene, pues, dos prohibiciones diferentes: ni el derecho mismo, ni los objetos del derecho se pueden ceder, prestar o arrendar. Se exceptúan los **frutos ya percibidos** por el usuario, y que podría consumir en sus necesidades, los cuales, como cosa propia que son, pueden enajenarse libremente.

Estas prohibiciones arrancan del derecho francés, como anota Ortega Torres, citando a Demolombe y Laurent, y han sido recogidos en nuestra legislación y en general en los derechos modernos.

La prohibición de **arrendar** (sea el derecho mismo, o la cosa sobre la que recae), se explica por el carácter personalísimo del derecho de habitación y está manifestada en el Art. 1857, al tratar del arrendamiento: “Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporeales que puedan usarse sin consumirse; excepto aquellas que la ley prohíbe arren-

dar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso”.

Como el usuario y el habitador “deben usar de los objetos comprendidos en los respectivos derechos con la moderación y cuidado propios de un buen padre de familia”, se desprende evidentemente, que no pueden usar de las cosas en **objeto distinto** del que corresponde a su propia naturaleza y al destino ordinario. Los deterioros que exceden al desgaste normal por el uso, deben ser indemnizados.

Los beneficiarios de estos derechos también están obligados a evitar, en lo posible, los desperfectos o daños que **otras personas** puedan causar, sea en la cosa, o con la cosa en otras personas u objetos. Así el artículo 2228 establece la responsabilidad de todas las personas que habitan una misma casa (tengan o no el derecho real de habitación) por los daños causados por un objeto que cae o se arroja, a menos que se pruebe la culpa o mala intención de alguno en concreto. Se establece así una responsabilidad colectiva, que implica la prohibición de causar daños a terceros.

14. Derecho de habitación establecido por la ley

Observa Puig Peña que los derechos de uso y habitación no suelen constituirse por disposición de la ley.

Sin embargo, ya hemos indicado que en nuestro Código se consideran algunos derechos de uso en beneficio exclusivo de algunas personas, aunque no constituyan derecho real de uso; tal sucede con los pescadores a los que se reconoce el **uso de la playa**, en la que pueden construir sus cabañas, sacar sus barcas y utensilios o el producto de la pesca, pero sin usar las construcciones ajenas. Este bien nacional de uso público, admite por consiguiente, una utilización personal muy semejante a la que permite el derecho de uso.

Por otra parte, el problema de la escasez o deficiencia de la vivienda, constituye en el mundo contemporáneo uno de los más acuciadores y graves, y se trata de remediarlo por múltiples medios de índole económico, por iniciativa pública y privada, además de una legislación que favorezca de diversas maneras la construcción y el aprovechamiento de las casas para

habitación. Entre esos diferentes derechos que pueden contribuir a remediar esta necesidad humana, está el derecho de habitación, cuyo desarrollo legislativo es deseable.

El Decreto Legislativo 53, que se publicó en el Registro Oficial 361 del 20 de enero de 1981, estableció **un derecho real de habitación a favor del cónyuge sobreviviente**, siempre que no posea a título propio otros bienes que permitan satisfacer sus necesidades de habitación, y cumplidas ciertas condiciones: que el cónyuge que falleció no haya dejado más que un inmueble habitable en el que estuvo constituido el hogar, y que el avalúo de éste no sobrepase el límite permitido para establecer patrimonio familiar, además de que en la herencia, concurren otras personas.

La Ley 43, promulgada en el Registro Oficial 256 del 18 de agosto de 1989, ordena agregar después del artículo 194 otro artículo de contenido parecido, pero no idéntico al que formuló la Ley 53 del año 1981. Resulta, por lo menos, dudoso que se haya derogado lo dispuesto en 1981, y más bien se deben considerar vigentes los dos. Además de que su contenido no es idéntico, el de 1981 se introdujo después del artículo 851, a propósito del derecho de habitación, mientras que la nueva ley pone la reforma al tratar de la disolución de la sociedad conyugal.

Efectivamente, la Ley 43 en el artículo 46 dispone: “Después del artículo 194 agréguese el siguiente: “En el caso de que exista un solo bien social destinado a la vivienda, **el cónyuge al cual se le confíe el cuidado de los hijos menores o minusválidos, tendrá derecho real de uso y habitación**, mientras dure la incapacidad de los hijos, debiendo inscribirse la providencia o sentencia que los constituye en el Registro de la Propiedad respectivo.”

“El goce del derecho de uso y habitación de que habla el inciso anterior elimina la posibilidad de que el otro cónyuge cohabite en el bien gravado, pudiendo el agredido solicitar amparo de su posesión”.

La buena inspiración de las dos reformas es evidente: se pretende favorecer a la familia incompleta, a la que ha perdido uno de los padres. La ley de 1981 se centra más en el cónyuge, mientras que la de 1989, trata de proteger al cónyuge y los hijos “menores o minusválidos”.

Sin embargo de la buena intención, la forma de una y otra leyes resulta sumamente defectuosa y crea problemas por la inadecuada redacción y los errores jurídicos en que incurren.

Ya queda señalada la **penosa duda** sobre la posible derogación tácita de la ley de 1981 por la de 1989, por cuanto ambas establecen el derecho legal de habitación a favor del cónyuge sobreviviente, y se podría argüir, que no cabe establecer lo que ya se constituyó. Sin embargo, como la Ley 43, por una parte es más amplia que la 53, y por otra exige nuevos requisitos, y las dos reformas se deben introducir en distintos lugares del Código, parece preferible considerar que ambas están vigentes. Sería deseable que el legislador no origine ninguna duda sobre asuntos tan importantes.

La hipótesis que plantean ambas leyes consiste, en el fondo, en que el cónyuge sobreviviente carezca de vivienda. Este hecho se expresa de diversas maneras, poco adecuadas: que “haya un solo inmueble habitable en el haber hereditario” (Ley del 81), “en el caso de que exista un solo bien social destinado a la vivienda” (Ley del 89). En uno u otro caso, lo que debería considerarse es que el cónyuge sobreviviente carezca de vivienda para él y sus hijos. Es evidente que, aunque exista un solo inmueble en la sucesión o en la sociedad conyugal, lo que interesa considerar es si ese u otro inmueble puede ser utilizado por el sobreviviente y los hijos. Si ya tiene la propiedad de dicho inmueble, es simplemente ridículo que la ley establezca a su favor un derecho de habitación; y, en el otro extremo, si no le corresponde recibir la propiedad, pero ya tiene otros bienes propios que sirvan para la habitación, no se ve la necesidad de este peculiar derecho de habitación.

La ley 43, se refiere a los diversos casos en que se disuelve la sociedad conyugal, mientras que la Ley 53 se aplicaba solamente a las sucesiones por causa de muerte. Más razonable es considerar todos los casos en los que se disuelve el matrimonio.

No es correcta la expresión de la Ley 43 que dice: “El goce del derecho de uso y habitación de que se habla en el inciso anterior elimina la posibilidad de que el otro cónyuge cohabite en el bien gravado, pudiendo el agredido solicitar amparo en su posesión”. En primer lugar, es falso que no puedan convivir los cónyuges después de la disolución de la sociedad conyugal

-que es el presupuesto de la ley-, ya que la sociedad conyugal puede terminar y disolverse a petición de cualquiera de los cónyuges o de ambos, sin originar separación personal ni divorcio. En segundo lugar, no se puede hablar de “cónyuge agredido” en el caso de alguna forma de convivencia en la misma casa, ya que tampoco esto significa “agresión”. Luego, de manera incongruente, en caso de esa agresión, se reconoce el derecho de que “el agredido solicite el amparo de su posesión”: si se trata de agresión personal, otras serían las acciones adecuadas, y en ningún caso se puede plantear “amparo de posesión” ya que el habitador no es poseedor sino mero tenedor, y solamente podría intentar una acción posesoria en nombre del propietario (que probablemente sería en este caso el “agresor”, el otro cónyuge, de donde se ve lo absurdo de la expresión legal).

La ley de 1981 contiene una limitación respecto de la cuantía del bien, pues no consiente que se establezca este derecho si el único inmueble sobre el que recae supera el valor sobre el que se puede constituir patrimonio familiar. No parece razonable esta limitación, que ya no aparece en la ley de 1989.

La segunda ley supone que debe haber una providencia o sentencia que reconozca este derecho, mientras que la primera no hace ninguna referencia a esto. La intervención del juez, sería para reconocer el derecho, que dimana de la disposición legal: cumplidas las condiciones, tiene que reconocerse el derecho real y la sentencia inscrita sirve de título y de prueba del mismo.

Quedan otros problemas que no han sido considerados por ninguna de las dos leyes, principalmente el relativo a si este derecho de habitación debe imputarse a la porción conyugal o si constituye otra asignación forzosa o derecho de previa deducción a favor del cónyuge. Considero que, como la hipótesis contemplada por las leyes consiste en que el cónyuge sobreviviente no tenga habitación propia, se debería interpretar que el derecho real que se le asigna debería imputarse a su porción conyugal, ya que ésta favorece igualmente al cónyuge que carece de lo necesario para su congrua sustentación.

Ya vigentes estas reformas legales se han presentado un interesante litigio y ha sido resuelto por la Corte Suprema. Por transacción aprobada judi-

cialmente dispusieron los ex-cónyuges al divorciarse, dejar indivisa una casa. Posteriormente demandó la mujer que se le reconozca el derecho de habitación para ella y los hijos que quedaron a su cuidado, fundándose en la reforma de 1989. La 5a. Sala acogió la demanda considerando que no había cosa juzgada porque la reforma legal se produjo después de la transacción y originó el derecho de habitación legal.

15. Extinción del derecho

Los derechos de uso y habitación se pierden del mismo modo que el usufructo, declara el artículo 826.

Por tanto, terminan estos derechos por el cumplimiento de la condición o plazo al que estén sujetos; por la muerte del beneficiario, ya que es un derecho personalísimo; por la destrucción de la cosa o su inhabilitación definitiva para prestar el servicio apropiado; por renuncia del respectivo derecho, siempre que el sujeto tenga capacidad para renunciar; por prescripción, si transcurre el tiempo previsto por la ley sin que se haya ejercitado el derecho ni se haya reconocido por la otra parte, de alguna manera; por la resolución del derecho del constituyente.

A pesar de la remisión absoluta al usufructo, contenida en el artículo 826, no parece que se pueda aplicar al uso o la habitación, la terminación por consolidación propiamente dicha en manos del propietario. Como los derechos de uso o habitación no pueden cederse ni transmitirse, no pueden pasar del usuario o habitador al dueño de la cosa. Pero sí es posible lo contrario: que el usuario o habitador llegue a ser propietario, que adquiera la nuda propiedad por cesión, transferencia o transmisión del derecho del dueño de la cosa, y se produzca así esta especie de consolidación en las manos del usuario o habitador.

En cuanto a la caducidad del derecho por el mal ejercicio del beneficiario, naturalmente, las exigencias para con el usufructuario no son las mismas que las que señala la ley para el usuario o habitador; ha de tomarse la equiparación "mutatis mutandis": aplicando al uso o habitación lo que es propio de estos derechos, cuya extensión es menor que la que confiere el usufructo.

La inutilización de la cosa para su uso normal o para su habitación, no produce la terminación del derecho sino cuando es definitiva. Una sentencia de la Corte Suprema ha dejado en claro que aunque el habitador abandone la casa mientras se sujeta a reparaciones mayores, no por eso pierde su derecho y puede exigirlo nuevamente, concluidas las obras, o cuando ya esté habitable el inmueble.





CAPÍTULO III PATRIMONIO FAMILIAR

16. Noción y características generales

Entre las limitaciones del dominio que enumera el artículo 747 del Código Civil, está el patrimonio familiar.

No se define expresa y directamente el patrimonio familiar en nuestra legislación, pero el Título XI del Libro II del Código Civil, presenta los elementos indispensables para formarse una clara idea de esta institución. Se complementa el concepto, con lo que dispone la Constitución de la República y lo que se encuentra en ciertas leyes especiales, principalmente las del Seguro Social Obligatorio y la de Asociaciones Mutualistas de Crédito para la vivienda.

Nuestra Constitución Política de 1929 se refirió, por primera vez en el derecho del Ecuador, al patrimonio familiar inembargable. La actual Carta Política de 1998 en el artículo 37 declara que el Estado “Protege, igualmente, el matrimonio, la maternidad y el haber familiar”, y poco más adelante, en el Art. 39 dice: “Se Reconocerá el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y condiciones que establezca la ley; y, con las limitaciones de ésta, garantízase los derechos de testar y heredar”.

Este ideal formulado en la Ley Suprema del Estado, se ha concretado a través de las normas del Código Civil y de las leyes especiales a las que he hecho referencia. Se trata de un ideal profundamente humano y cristiano: proteger a la familia, entre otras formas, mediante un sistema de propiedad en mano común, para beneficio de quienes integran el hogar doméstico y principalmente cuando entre ellos existen personas incapaces.

Pío XII en el muy notable Mensaje de Navidad, con motivo de la celebración de los cincuenta años de la Encíclica Social de León XIII ("Rerum Novarum"), decía: "La familia tiene derecho a poseer, y en primer lugar a poseer un hogar en el que la vida familiar, material y moralmente sana, pueda desarrollarse plenamente" y agregaba: "En segundo lugar es sumamente descabido que cada familia posea un pedazo de suelo nacional, porque entre todos los bienes que pueden ser objeto de propiedad privada, ninguno es más conforme a la naturaleza, que el terreno, la casa en la que habita la familia, y de cuyos frutos saca en todo o en parte, de qué vivir".

Fernando Fueyo da el siguiente concepto sobre lo que es el patrimonio familiar: "un conjunto de bienes especiales, pertenecientes al titular de ellos, que se distingue del patrimonio común por su función aseguradora de la prosperidad económica de la familia y por las normas que la ley dicta en su protección.- No significa una copropiedad familiar entre los dos cónyuges y los hijos, ni constituye una persona autónoma, como si fuese una fundación. Tampoco se le reconoce personalidad jurídica a la familia, que no la tiene. Existe especialidad de bienes susceptibles de constitución en propiedad familiar. Generalmente se excluyen los bienes muebles".

Josserand observa que el derecho de propiedad es uno de los más flexibles y los más variables que figuran en las diversas categorías jurídicas: su plasticidad es infinita, y permite estas formas nuevas, como la del patrimonio familiar.

Luna Serrano, a su vez, anota que las reformas agrarias modernas buscan aumentar la productividad de la tierra y proteger a la familia. El modo inmediato de realización de estas reformas es diverso según las ideologías políticas, económicas y sociales, pero, en general, todos los países, estructuran su organización fundiaria sobre explotaciones de carácter familiar, y para apoyar la conveniencia de este sistema, cita a Enrico Bassanelli, quien sostiene que "la unión completa de vida del trabajador y de su familia con la tierra es la mejor garantía del progreso económico".

El jurista ecuatoriano Emilio Romero Parducci ha estudiado en un valioso libro el patrimonio familiar y anota que "la afectación de tales bienes (inmuebles por lo general) al servicio de determinada familia no hace pasar

la propiedad de tales bienes a la familia beneficiaria, a la que no se le reconoce personalidad jurídica, sino que concede a los miembros de la misma la facultad de disfrutar de dichos bienes, cuyo dominio retiene limitadamente el propietario”.

Eduardo Carrión Eguiguren, a su vez, siguiendo de cerca el texto del Código, dice que “El Patrimonio familiar es **limitación del dominio** porque los bienes que lo forman son inalienables y no están sujetos a embargo ni a gravamen real, excepto el de las servidumbres preexistentes y el de las que llegaren a ser forzosas y legales”.

No es frecuente encontrar definiciones legales en los textos modernos, uno de ellos se encuentra en la ley española de 1935: “Se entiende por patrimonio familiar agrícola el terreno cultivable con su casa, si la hubiere en él, que puede estar constituido por una o varias parcelas colindantes o no, y que sea poseído y cultivado por una familia, cuya explotación sea suficiente para el sustento de la misma y para la absorción de su capacidad de trabajo”.

A diferencia de este concepto, eminentemente agrario, nuestro Código Civil, sin definir, señala las características principales que permiten reconocer al patrimonio familiar, en el artículo 835: “El marido, la mujer o ambos conjuntamente, si son mayores de edad, tienen derecho de constituir, con bienes raíces de su exclusiva propiedad, un patrimonio para sí y en beneficio de sus descendientes, quedando aquellos bienes excluidos del régimen ordinario de la sociedad conyugal y de toda acción de los acreedores”.

El patrimonio familiar al que se refiere nuestro Código Civil, no es, pues una institución agraria, pero sí se refiere exclusivamente a los bienes raíces. Por la finalidad de la ley que lo estableció, más bien se trata de bienes eminentemente urbanos, destinados principalmente a la habitación de la familia, aunque no se excluye la posible explotación agrícola, y sobre este peculiar aspecto han legislado nuestras leyes agrarias.

El artículo 835 no contiene una definición propiamente dicha, pero señala quienes pueden constituir el patrimonio familiar, con qué bienes, a favor de quien pueden hacerlo, y los efectos más generales relativos a la adminis-

tración: que esos bienes quedan excluidos del régimen ordinario de sociedad conyugal. Estos elementos conforman un concepto o noción bastante completo de lo que debe entenderse por patrimonio familiar.

Si quisiéramos hacer una definición clásica habría que señalar que el género próximo es el de los **derechos reales** y la diferencia específica consiste en que este derecho real se **establece para beneficio de la familia**, la que tiene el uso y goce del bien, conservando el propietario su dominio. Se completa la noción diciendo que las atribuciones conferidas a la familia por el patrimonio familiar, implican una **limitación del dominio** del constituyente, y que, por tratarse de una institución de índole social, destinada a proteger a la familia, **goza de especiales garantías** señaladas por la ley, como la inembargabilidad.

Maldonado critica el concepto dado por la ley, indicando que no define lo que sea la familia, y que la institución no debería aplicarse sólo a bienes raíces sino también a establecimientos comerciales o industriales. En cuanto a lo primero, evidentemente no era necesario que la ley definiera la familia, cuando ya lo hace el Código en el artículo 829. Más bien puede objetarse que nuestra ley admite el patrimonio familiar en algún caso, solamente en favor de una persona, y en tal caso no tenemos propiamente una familia. La posibilidad de extender el régimen de patrimonio familiar a establecimientos comerciales o industriales sí parece digna de profundización, ya que en la vida moderna tienen tanta o más importancia que la tradicional cultura de la tierra.

Que el patrimonio familiar sea un derecho real y que implica una limitación del dominio, están fuera de duda, tanto por la expresa declaración de los artículos 747 y 835, como por el análisis del contenido de esta institución.

Tres facultades atribuye el patrimonio familiar a quien lo tiene: a) vivir en la heredad de que se trata; b) usar en común de la misma; y c) aprovechar en común de los frutos. Estas facultades pueden defenderse frente a cualquier persona, de aquí la naturaleza real del derecho.

Por otra parte, las mismas tres facultades, se han desprendido del dominio: el propietario ya no puede de modo exclusivo habitar en la casa, usar de

los objetos y gozar de los frutos, sino que esto pertenece a los **beneficiarios**. Ciertamente el propietario puede ser también uno de los beneficiarios, pero ya no tendrá en exclusiva, esas facultades, sino que las compartirá con otros. En el caso extremo que permite nuestro Código constituir el patrimonio familiar para una sola persona que sea el mismo constituyente, la limitación es por lo menos potencial, porque podrán disfrutar de dichas facultades los hijos que sobrevengan.

El carácter social de esta institución aparece inmediatamente, luego de afirmar que es un derecho real y una limitación del dominio, ya que ambas características están aceptadas por el Derecho, con la finalidad de proteger a la familia. Esta destinación al servicio de la célula fundamental de la sociedad, que es la familia, configura el patrimonio familiar con sus otras características, como las de ser un derecho personal, intransferible, no gravable ni embargable.

Como señala Luna Serrano, no parece adecuado calificar el patrimonio familiar como una universalidad. Más bien se trata de bienes, incluso uno sólo, con destino específico y sometidos a una original administración. Se podría hablar de una “empresa familiar” sustentada sobre la base del derecho real de aprovechamiento en común de un inmueble.

Romero Parducci sintetiza las características propias del patrimonio familiar así:

- a) Es un derecho temporal,
- b) Es un derecho inembargable,
- c) Es un derecho intransferible;
- d) Es un derecho intransmisible por testamento o abintestato y,
- e) Es un derecho “en mano común”.

Este derecho real limitado, con las características señaladas, con su contenido social, es un derecho inmueble, porque solo sobre **inmuebles** se puede establecer, aunque dentro de ellos haya muebles, que por destinación o adherencia se consideran también inmuebles.

El derecho es **limitado**, en el sentido de que sus titulares no tienen todo lo que confiere la propiedad; son solamente tenedores con facultad de usar,

gozar y habitar. Es también limitado en el tiempo, no perpetuo, sino destinado a extinguirse. Limita, igualmente la propiedad del dueño de la cosa, puesto que él debe compartir el uso y goce o desprenderse totalmente de esas facultades, conservando solamente la facultad de disponer y ésta también con limitaciones, como expondremos después.

La característica de ser un **derecho personalísimo**, origina que no pueda ser cedido, transferido ni transmitido, así como tampoco puede ser embargado.

El patrimonio familiar normalmente corresponde a un conjunto de personas (solo excepcionalmente puede pertenecer a un solo sujeto), y ese conjunto de personas **forman una familia**; sin embargo, el titular del derecho, la familia, no es una persona jurídica, sino que ejerce el derecho de una manera original, a través de un administrador y perciben los miembros de modo directo los beneficios de la habitación, uso y goce de las cosas.

El Dr. Emilio Romero Parducci presenta con prudente reserva, un ensayo de definición analítica del patrimonio familiar: “Es un derecho real que consiste generalmente en el poder jurídico temporal que tienen en común los miembros de una familia determinada para usar, habitar y usufructuar comunitariamente, bajo la dirección de un administrador, uno o más inmuebles que, perteneciendo a uno o más de dichos miembros o a todos ellos en común, según los casos, no pueden mientras el prenombrado poder jurídico subsista, enajenar, ni embargarse ni estar sujetos a gravamen real, salvo las excepciones previstas o motivadas por la ley, así como tampoco ser materia de división, comodato, anticresis, arrendamiento o aparcería, salvo algunas excepciones, ni, en ciertos casos, estar sujetos al estatuto sucesorio común”.

17. Historia de la institución

Los más antiguos antecedentes de este instituto jurídico se encuentran en la **Biblia**, que relata la original forma de propiedad de la tierra que tuvo el pueblo de Israel, desde su establecimiento en la tierra prometida. El suelo se repartió entre las Tribus y dentro de éstas, se asignó a cada familia; los contratos de transferencia del dominio tenían limitaciones notables, puesto

que cada año jubilar, cada cincuenta años, se reintegraban los predios a la familia a la que correspondían.

Una tendencia a mantener la propiedad de la tierra unida a la continuidad de la familia, sin permitir la enajenación a extraños, o limitándola, se encuentra también en algunas leyes de Grecia y de Roma. Tampoco falta en el derecho de los pueblos germánicos el principio de la propiedad indivisible y cultivada en común por el núcleo familiar, con el nombre de “Mund”. Estos diversos componentes influyen en las costumbres europeas y afloran en el derecho consuetudinario francés tanto como en los fueros españoles.

Los principios excesivamente individualistas de la Revolución Francesa significaron una fuerte reacción contra este sentido social de la propiedad y, como en otros aspectos del derecho, se configuró en el Código de Napoleón un concepto del dominio demasiado absoluto y excluyente de cualquier limitación. Muchos derechos modernos, entre ellos, el nuestro, siguiendo las huellas del sistema francés surgido de la Revolución, borraron toda posibilidad de un patrimonio familiar. Hemos llegado a admitirlo, por el oblicuo camino de la imitación de la legislación desarrollada en los países anglosajones, de muy diverso ámbito cultural que el nuestro.

Efectivamente, en el Estado de Texas, en 1839 se estableció por primera vez, en la época moderna, el patrimonio familiar, rompiendo con el dogmatismo jurídico napoleónico. En 1862 llegó a ser Ley Federal de los Estados Unidos de América, y pronto se aplicó en otros países del mismo ámbito cultural: en Canadá en 1878, en Inglaterra en 1887 con los “Smal Holdings” o pequeños repartos municipales de tierras a las familias.

En el ámbito germano, Suiza desde 1882 hizo un primer intento de establecer algo de este tipo, y finalmente se concretó en 1907, mientras en Alemania en 1920 el “Heimstättenrecht” significaba una propiedad que solo se podía enajenar con el consentimiento de la familia.

En España han subsistido los antiguos Fueros, entre ellos, el Viejo Fuero de Castilla, que se remonta al año 1250 y habla de ciertos inmuebles inalienables.

Los países de América Hispana, casi todos han introducido en este siglo el patrimonio familiar en sus legislaciones: Puerto Rico en 1902, Venezuela en 1904, México en 1917, Chile en 1925, República Dominicana en 1928 adoptó la ley francesa, Colombia había iniciado el proceso con la Constitución de 1886 y lo concretó en la ley de 1931, Perú y Honduras en 1936, Paraguay, Cuba y Ecuador en 1940, Bolivia y Guatemala en 1945, Panamá en 1946, Nicaragua en 1948, Costa Rica en 1949, El Salvador en 1950, Uruguay en 1951. Se puede decir que hay un movimiento moderno, más o menos paralelo, en este grupo importante de Naciones.

La Constitución Política de 1929 mencionó por primera vez, en la legislación del Ecuador, el bien inembargable de familia, mientras que, doce años antes, apareció en la Revista de la Sociedad Jurídico Literaria un sabio ensayo del Dr. Julio Tobar Donoso sobre el patrimonio familiar inembargable.

El Dr. Alfonso María Mora, otro de los fundadores de la Universidad Católica del Ecuador con Tobar Donoso, preparó un proyecto de ley que fue discutido por la Academia de Abogados de Quito en 1939, y ese mismo año y el siguiente, en la Legislatura, hasta su aprobación y puesta en vigencia por el Gobierno del Dr. Carlos Alberto Arroyo del Río².

Puede ser interesante recordar que los puntos más debatidos en el momento de la aprobación de la nueva ley, fueron: si se podría constituir patrimonio familiar a favor de hijos ilegítimos; si cabría más de un patrimonio familiar y la limitación de su cuantía.

No se puede pensar, sin embargo, que el desarrollo de la legislación haya sido uniforme en los diversos ambientes. Hedemann relata como en Suiza se introdujo a principios de siglo este bello ideal, pero que en más de cuarenta años, hasta 1949, no se logró crear ni un solo patrimonio familiar en ese país. En el Ecuador ha llegado a tener frecuente aplicación, sobre todo por las leyes del Seguro Social y de las Mutualistas de Vivienda, que imponen la constitución del patrimonio familiar en los casos de préstamos concedidos por esas instituciones, para fines de vivienda; también ha con-

² Decreto Legislativo del 1 de noviembre de 1940, publicado en el Registro Oficial 56 del 8 de noviembre de 1940.

tribuido a la difusión, la Ley de Reforma Agraria, con sus numerosas reformas.

Las Constituciones del Ecuador, a partir, como queda anotado, de 1929, hablan de “haber familiar” y además, de “patrimonio familiar”. Lo primero, parece más abstracto o ideal, y el patrimonio familiar concreta la aspiración legislativa.

La Ley de Reforma Agraria de 1963 había ya definido “la unidad agrícola familiar” (Art. 41) y en el artículo 48 dice: “constituirá de pleno derecho patrimonio familiar agrícola”. Al tratar de los antiguos “Huasipungos”, que se extinguieron, ordena que constituyan “patrimonio familiar agrícola”. Estas disposiciones han subsistido a través de la accidentada historia de la Ley de Reforma Agraria, hasta llegar a la actual Ley de Desarrollo Agrario, que no impone necesariamente el patrimonio familiar, pero sí estimula la integración de las unidades agrícolas productivas y deja abierta la posibilidad de la constitución de patrimonio familiar.

También en la Ley de Tierras Baldías, se anota en el Ecuador una cierta evolución desde un sentido más rígido de imposición del patrimonio familiar, a uno más flexible, que promueve la constitución de éste, sin imponerlo necesariamente.

Hasta la vigencia de la Constitución de 1929, rigió en el Ecuador el principio individualista consignado en la Carta Política de 1906 que prohibía la existencia de bienes inalienables. La Ley Suprema de 1929, suprimió esa prohibición y una primera aplicación se produjo en una ley de 1 de octubre de 1931 que permitió para un caso particular, la adjudicación de tierras a indígenas de Loja, con el carácter de inalienables. La nueva vigencia teórica de la Constitución de 1906 por los gobiernos de facto, hizo posible que los adjudicatarios enajenaran sus tierras.

La Ley del Seguro Social de 1935 (Decreto Supremo 12 del 2 de octubre de 1935), declaró como **patrimonio familiar inembargable** los predios adquiridos con préstamos del Seguro Social, mientras perduran dichos préstamos, y posteriormente se estableció el seguro de desgravamen, por el cual se cancelan los préstamos a la muerte del afiliado, y continúa el régimen de patrimonio familiar a favor de los herederos menores de edad.

Simultáneamente, el Decreto Supremo 114 del Ing. Federico Páez el 2 de octubre de 1935, autorizó a los Municipios para que puedan enajenar a favor de obreros, directamente y sin sujeción a trámites legales, las casas que construyan para vivienda, hasta que los obreros no cubran su valor, no se hacen efectivas las enajenaciones, gravámenes ni hipotecas. Tampoco pueden embargarse las casas adquiridas en Barrios obreros. El Municipio de Quito, bajo la dirección de Jacinto Jijón y Caamaño fue el primero en desarrollar amplios Barrios Obreros, bajo este régimen especial de patrimonio familiar legal.

Otros casos singulares de adjudicaciones de tierras a indígenas, con imposición del sistema de patrimonio familiar, se multiplicaron en 1937 en el Gobierno del General Alberto Enríquez Gallo. El Decreto 55 del 29 de marzo de 1937 creó el Departamento de Seguro de Desgravamen del Seguro Social y en él se establece el patrimonio familiar a favor de los beneficiarios de dicho seguro.

Esta abundante legislación especial, se tuvo en cuenta en el Código de Procedimiento Civil, (del año 1938) cuyo artículo 548 disponía que la inhabilidad del fallido no se extiende "a la administración del patrimonio familiar" y así se preparó la ley del año 1940, que ha dado origen al actual Título XI del Libro II del Código Civil, en el que se introdujo ya desde la edición de 1950. Posteriores reformas se han producido, sobre todo para actualizar el límite de la cuantía máxima del patrimonio familiar. La Ley 256, que reformó ampliamente al Código Civil para aplicar los principios de igualdad de los hijos y de los cónyuges, también modificó algunos artículos del mencionado Título.

La Ley de Cooperativas, aprobada por Decreto Supremo 1031, publicado en el Registro Oficial 123 del 20 de septiembre de 1966, en el artículo 153 declara que constituyen patrimonio familiar las casas, apartamentos, lotes de terreno, parcelas o fincas adquiridas en dominio por los socios a través de cooperativas de vivienda, agrícolas, de colonización o de huertos familiares. Este artículo, fue reformado por el Decreto Supremo 3688-A, publicado en el Registro Oficial 892 del 9 de agosto de 1979, señalando ciertos límites: no podrá el patrimonio familiar exceder la cuantía señalada por la ley, y únicamente pueden ejercitar este derecho las personas que por ley

tengan derecho a alimentos o quienes hayan vendido los bienes a las cooperativas.

18. Clases de patrimonio familiar

Por cuanto ya se ha expuesto, se puede apreciar que en los diversos sistemas jurídicos, el patrimonio familiar aparece con características bastante diferentes de lugar a lugar, de modo que bien podemos hablar de patrimonio familiar propio del Derecho Privado o encuadrado en el Derecho Público. Esto segundo sucede sobre todo en el ámbito del Derecho germánico, en el que normalmente se establece por concesión estatal.

Otra clasificación deriva de la consideración de la finalidad esencial que se propone el legislador. Principalmente dos motivaciones han llevado al establecimiento del patrimonio familiar: la protección de la familia **campesina** y el remedio al problema de la falta de vivienda **urbana**. Nuestro Derecho engloba ambas finalidades y admite el patrimonio familiar sin distinción de predios rústicos o urbanos.

La **extensión de las atribuciones** que confiere el patrimonio familiar a sus beneficiarios y las limitaciones, que, al mismo tiempo, se imponen para protegerlo, determinan que se puedan establecer varias clases en esta institución. Según este último criterio, Romero Parducci distingue, en la legislación ecuatoriana, tres tipos: a) el patrimonio familiar “strictu sensu”; b) el privilegiado y c), el “cuasi patrimonio familiar”.

El patrimonio familiar “privilegiado” corresponde a las diversas figuras jurídicas que tienen en común la inalienabilidad de la propiedad, con sus respectivas consecuencias y la participación de los beneficiarios en el uso, goce y habitación en común; pero se trata de hipótesis en las que el derecho surge por la intervención de entidades públicas, como el Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria (ahora ya suprimido), el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (y las antiguas Cajas del Seguro y Caja de Pensiones), a las asociaciones Mutualistas de Crédito para la Vivienda.

La constitución de estos patrimonio familiares es tan diferente de la normal, que algunos, como Maldonado, opinan que no se puede hablar de

verdadero patrimonio familiar, al no reunir las exigencias formales que señala la ley; pero los efectos de esta constitución por vía de aplicación ipso iure, sin intervención judicial, son semejantes a las del patrimonio familiar ordinario y están ordenadas por leyes especiales, de modo que no creo que se deba negar su condición de verdaderos patrimonios familiares.

Ciertamente hay diferencias también en cuanto al contenido mismo del derecho. Así, cuando se establecía por la Ley de Reforma Agraria (hoy sustituida por la Ley de Desarrollo Agropecuario), se confería un derecho exclusivo a favor del adjudicatario de tierras rurales, lo cual chocaba con el sentido precisamente “familiar”. Sin embargo, este derecho se extendía a los hijos que sobrevivieran, y, por otra parte, desde la reforma al Código Civil introducida por la Ley 256 del año 1970, el concepto de patrimonio familiar normal también permite por excepción que el titular pueda ser una sola persona.

El patrimonio familiar se estableció en 1940 solamente en favor de la familia legítima, pero las disposiciones de la Ley de Reforma Agraria de 1963, las del Seguro Social, ya desde la vigencia del Decreto 517 del 26 de septiembre de 1963 sobre el Seguro de Desgravamen, y la legislación sobre Mutualistas de vivienda, desde 1961 en adelante, abren la posibilidad de beneficiar con patrimonio familiar a personas que no forman parte de la familia legítima. La Ley 256, ateniéndose al mandato constitucional de establecer equiparación de derechos entre los hijos legítimos y los ilegítimos y de reconocer la igualdad de derechos de los cónyuges, abrió ya definitiva y más generosamente el patrimonio familiar también a favor de quienes no fueron concebidos dentro de matrimonio. Esta Ley, además, consideró el caso de otras personas incapaces, minusválidas, sin trabajo o necesitadas de especial protección, además de los menores de edad, quienes fueron los primeros en los que pensó el legislador, y por esto se permite ahora en el Código Civil el patrimonio a favor de hijos o descendientes aún mayores de edad.

En los patrimonios “privilegiados”, en lugar de intervenir el juez para autorizar su constitución o para declarar su extinción, intervienen las autoridades administrativas respectivas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o del Banco de la Vivienda.

En cuanto al “cuasi patrimonio familiar”, como lo denomina Romero Parducci, depende de la Ley de Régimen Municipal, que ya en la recopilación de 1960 exoneraba del impuesto predial urbano al patrimonio familiar (Art. 145 literal g.) y extendía los beneficios propios del patrimonio familiar a las casas construidas en los “Barrios obreros” de iniciativa de los mismos municipios y a otras “viviendas populares” (Art. 115). En todos estos casos, no se produce la intervención judicial para la constitución, ni se siguen rigurosamente las normas sobre quien puede constituir y a favor de quienes, de modo que la figura jurídica sufre notable variación que justifica el llamarla “cuasi patrimonio familiar”.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha acogido ampliamente el carácter de patrimonio familiar conferido por las mencionadas leyes especiales. Varios casos se han presentado de litigios y en todos, la Corte ha resuelto admitiendo plenamente que se trata de verdaderos patrimonios familiares, a los que se aplican las normas del Código Civil, en todo lo que no esté regulado de modo disunto por las leyes especiales.

19. Constitución del patrimonio familiar

Sujeto.- A diferencia de lo que sucede en el Derecho germano, en el nuestro, siempre y solamente pueden constituir un patrimonio familiar las personas naturales. Hedemann, refiriéndose a su país dice que la fundación de los patrimonios familiares no dependen del albedrío de las personas privadas, sino que se origina en “concesión” de las autoridades competentes, que no pueden ser otras que las del Estado o los Municipios, o bien asociaciones de carácter público o empresas de utilidad pública especialmente diputadas para ello por las autoridades regionales. Por el contrario, en el Ecuador, son las personas privadas, exclusivamente quienes pueden ser sujeto constitutivo de patrimonio familiar. En los casos comunes esto es evidente, pero aún en los patrimonios privilegiados, que dependen de leyes especiales, predomina la actuación del simple ciudadano, si bien en esta segunda hipótesis se establece de modo automático, por simple aplicación de la ley.

Quien constituya patrimonio familiar debe ser **persona capaz**, ya que se trata de un acto jurídico que por una parte crea derechos y por otro, implica una limitación del dominio del mismo instituyente.

El artículo 114 del Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante dispone que “La propiedad de familia inalienable y exenta de gravámenes y de embargo, se regula por la ley de la situación. Sin embargo, los nacionales de un Estado contratante en que no se admita o regule esta clase de propiedad, no podrán tenerla u organizarla en otro, sino en cuanto no perjudique a sus herederos forzosos”. Combina así este Código, el estatuto real que se sujeta a la ley del territorio, con el estatuto personal limitado, por razón del interés de orden público de proteger a los herederos forzosos; salvado el derecho de éstos, el nacional de un país que no reconozca el patrimonio familiar, puede establecerlo sobre bienes situados en otro Estado en el que sí existe esta figura jurídica.

Correspondiendo a la estructura familiar vigente en la época en que se creó el patrimonio familiar en el Ecuador, éste podía ser establecido por el marido, padre de familia, a favor del núcleo familiar legítimo. Después de la reforma de 1970 (Ley 256 de 4 de junio), se permite establecer patrimonio familiar tanto a personas casadas como a célibes.

También la profunda modificación del régimen de la sociedad conyugal, ha determinado que actualmente puedan ser constituyentes, bien los **dos cónyuges conjuntamente, o uno sólo de ellos**. Cuando se afecta bienes de la sociedad conyugal o comunes de ambos cónyuges, ambos deben igualmente intervenir. Y si se trata de constituir sobre bienes propios de uno sólo de los cónyuges - marido o mujer - solamente él tiene que actuar. Los siguientes artículos contienen las normas al respecto:

“Art. 835.- El marido, la mujer o ambos conjuntamente, si son mayores de edad, tienen derecho de constituir, con bienes raíces de su exclusiva propiedad, un patrimonio para sí y en beneficio de sus descendientes, quedando aquellos bienes excluidos del régimen ordinario de la sociedad conyugal y de toda acción de los acreedores”.

“Art. 836.- Si los inmuebles pertenecieren al haber social, será necesario que intervengan, de común acuerdo, ambos cónyuges, quienes podrán hacer extensivo dicho patrimonio a los hijos, sean de uno de ellos o de ambos.

Podrá también instituirse un patrimonio familiar sobre bienes propios de cualquiera de los cónyuges, a favor de sus hijos”.

“Art. 837.- También podrá una persona viuda, divorciada o célibe, constituir un patrimonio familiar, en beneficio suyo o de sus hijos”.

En resumen, queda en evidencia que, puede constituir patrimonio familiar cualquier persona natural capaz de disponer de sus propios bienes. Si los bienes son comunes a los cónyuges, deben intervenir ambos.

Beneficiarios.- El patrimonio familiar, como hemos expuesto, tiende a garantizar la estabilidad económica de la familia, esta es la intención que aparece en la Biblia (Deuteronomio 24, 6), en las leyes de Licurgo, lo mismo que en los modernos códigos. Pero el concepto de familia es flexible: se puede entender como el núcleo íntimo de los padres y los hijos, o como grupo más amplio. Cabe aún considerar la familia actual y la futura, la que se desarrolla por el nacimiento de nuevos hijos.

En el Ecuador, inicialmente se estableció el patrimonio familiar a favor de la familia legítima en sentido estricto: cónyuges y sus hijos comunes. Desde la reforma del año 1970 se ha ampliado a favor de los hijos concebidos fuera de matrimonio y otros descendientes hasta el segundo grado, es decir, nietos. Por otra parte, se permite establecer el patrimonio familiar a un matrimonio sin hijos y a una persona célibe, soltera, viuda o divorciada, a favor de sí misma; en estos casos, si posteriormente llega a tener hijos o descendientes, el patrimonio los beneficia también a ellos.

En su origen, solamente se podía constituir a favor de hijos **menores de edad**, y cuando todos llegaban a la mayoría, el patrimonio familiar terminaba. En 1970 se consideró conveniente que pudieran beneficiarse también los hijos mayores de edad, sobre todo si son discapacitados, carecen de trabajo o tienen alguna causa de incapacidad, dejando al criterio de los padres el extender este beneficio, según las circunstancias. De tal modo, la ley resulta más flexible y benéfica.

Los cónyuges pueden, siempre actuando en conjunto, establecer el patrimonio a favor de los hijos comunes o a favor de los hijos de uno de ellos, o de ambos grupos. Los hijos beneficiados pueden ser de anterior matri-

monio de uno de los cónyuges, o no legítimos. La ley no hace ninguna distinción, pero si se trata de hijos de un sólo cónyuge, no pueden ser beneficiados sino con bienes de su respectivo padre o madre, y para recibirlos de la sociedad conyugal, se requiere necesariamente el acuerdo de ambos cónyuges.

Las normas que se acaban de exponer se encuentran en los artículos 835, 836 y 837, y no se necesitaba nueva insistencia sobre esto. Si embargo, el artículo 849 dice expresamente: "El patrimonio familiar podrá establecerse en beneficio de los cónyuges, de los hijos menores de edad, de los mayores de edad incapaces, y de los descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad.- El patrimonio familiar garantiza, no sólo a aquellos en favor de quienes se constituyó, sino a los descendientes citados en el inciso anterior, y que llegaren a existir posteriormente".

Hay una cierta repetición inconveniente de estas normas. Sería preferible fundirlas, evitando la posible contradicción que siempre surge cuando se dicen dos veces las mismas cosas con palabras distintas. Este defecto de la ley, lleva a dudas en la interpretación de la misma; así el Dr. Eduardo Carrión considera que del tenor literal se desprende una situación mejor para los nietos que para los hijos, ya que éstos deben ser incapaces, mientras que no se exigiría esa condición a los nietos. Pero la comparación de lo dicho en los diversos artículos que se acaba de citar, conduce a la conclusión de que no hay limitación en cuanto a la legitimidad ni de los hijos ni de los nietos, tanto más que la categoría de "hijos ilegítimos" fue suprimida por la Ley 256, de modo que no cabe continuar estableciendo una distinción que no acepta el legislador, tampoco se requiere que sean incapaces, los unos o los otros.

El artículo 849 prácticamente lo único nuevo que aporta es que el patrimonio puede beneficiar a los hijos que nazcan después de establecido, y no se confiere solamente en favor de los existentes al momento de la constitución.

Objeto.- El patrimonio familiar solamente puede establecerse, en el Ecuador, sobre inmuebles.

Estos bienes raíces, pueden ser uno sólo o varios. En cualquier circunstancia los bienes deben pertenecer al constituyente. En los casos de préstamos del Seguro Social, del Banco de la Vivienda y -anteriormente- de adjudicaciones del IERAC o de adquisiciones por medio de Mutualistas de vivienda, el patrimonio se establece sobre los bienes que se adquieren en el mismo acto, o más precisamente, se constituye el patrimonio el momento mismo de la adquisición por parte del propietario y constituyente.

Si la heredad sobre la que se constituye el patrimonio comprende también **muebles**, estos quedan incluidos por razón de la ficción por la que se los considera inmuebles por **destinación o adhesión**.

No se admite en el Ecuador la constitución de patrimonio familiar sobre otros derechos reales distintos del de propiedad, ni sobre propiedades limitadas por la existencia de un fideicomiso o usufructo. La naturaleza misma del patrimonio familiar **excluye esas posibilidades**, ya que los beneficiarios deben tener el uso y goce y, normalmente, la habitación, lo cual no se daría si el usufructo pertenece ya a otra persona.

Tampoco se ha considerado en nuestra legislación la posibilidad de establecer este derecho sobre **acciones, títulos u otros instrumentos** considerados inmuebles por referirse a bienes raíces. El Patrimonio familiar directamente versa sobre una finca, un suelo, normalmente edificado, y no sobre documentos representativos de derechos inmobiliarios. Esto aparece muy claramente del tenor del artículo 838 que se refiere a “vivir en la casa” y “cultivar el campo”.

El objeto del patrimonio tiene que ser necesariamente un bien actual, no futuro, y del cual pueda disponer el constituyente. Se excluye, por tanto, el inmueble sobre el que pesara prohibición de enajenar, aunque la constitución del patrimonio no sea un acto de enajenación.

Desde 1940 existió una limitación de cuantía. Inicialmente, no podía exceder de veinte mil sucres. La desvalorización de la moneda hizo necesaria la elevación de esa cuantía a trescientos mil sucres, en 1970, y posteriormente el Decreto 53 publicado en el Registro Oficial 361 del 20 de enero de 1981, la aumentó a un millón doscientos mil sucres. En la Ley 256, se

preveía un aumento de veinticinco mil sures por cada hijo, y la última reforma sube también este límite a cien mil sures más por cada hijo.

No parece adecuado el sistema de cuantía fija, dado el proceso constante de desvalorización de la moneda, que exigirá periódicos reajustes. Sería preferible la fijación con referencia al salario mínimo vital, como ya se ha hecho en otras disposiciones legales.

También se ha discutido sobre si conviene el señalar un límite absoluto, igual para todos, o si debería más bien guardar proporción con el monto de los bienes del constituyente. En 1970 propuse que se adoptara el criterio proporcional, y que, por analogía con la regla para las donaciones, se permitiera establecer patrimonio familiar hasta por la cuarta parte de los bienes del constituyente; pero no se aceptó este criterio.

Hay que tener en cuenta que el monto de los bienes se aprecia al momento de la constitución, y esto exige el hacer el correspondiente avalúo. Posteriormente los bienes pueden aumentar o disminuir su valor, pero el patrimonio no resulta afectado por ello. En algunos países si el bien llega a sobrepasar el valor máximo admitido por la ley, se reduce el patrimonio a una parte de él, mientras que en otros, se extiende el patrimonio a todo el nuevo valor y este es el sistema de nuestro Código, que nada establece al respecto de modo expreso. En algunos países, como Suiza, Italia o Brasil, no hay límite de cuantía para el patrimonio familiar.

Requisitos formales.- Desde un punto de vista teórico, Luna Serrano distingue en la constitución del patrimonio familiar dos actos: el fundacional y el de vinculación, si bien pueden coincidir en un mismo momento. En algunos sistemas jurídicos se requiere la intervención de autoridades administrativas o judiciales para la constitución.

En el Ecuador es siempre un acto que dimana de una declaración de voluntad. Esta debe manifestarse en forma solemne, constante en escritura pública y normalmente se requiere **previa aprobación judicial**. Los casos de excepción, previstos en las leyes especiales que hemos mencionado, no requieren la autorización judicial previa, pero siempre se exige la escritura pública y su inscripción.

Por tanto, en nuestro país, la constitución del patrimonio familiar es un acto jurídico voluntario, libre, espontáneo y no impuesto. En algunos países, como México, se puede obligar a un padre de familia que establezca un patrimonio a favor de sus hijos, en ciertas circunstancias graves en las que, por la dilapidación de los bienes pondría en peligro el cumplimiento de la obligación de darles alimentos. Esta solución jurídica es menos grave que la interdicción, que sería el único remedio en nuestro sistema, para esos extremados peligros.

Tiene obligatoriedad el establecimiento legal del patrimonio, en los casos de préstamos del Seguro Social, Banco de la Vivienda etc., para adquirir inmuebles; pero se trata de una obligatoriedad condicional: quien desea obtener esos préstamos tiene que someterse al establecimiento del patrimonio familiar, pero no está obligado de manera absoluta a ello, ya que nadie puede ser compelido a recibir dichos préstamos.

El acto constitutivo **no es de enajenación**: la propiedad sigue siendo de su antiguo dueño. El constituyente se desprende solo parcialmente del uso y goce de la cosa, y si se trata de una casa, del derecho de habitarla, ya que en adelante, esos derechos los deberá compartir con los beneficiarios: cónyuge, hijos o descendientes. Nótese que muchas veces, aún antes de la constitución, esas otras personas habrán tenido participación en el uso, goce y habitación, pero de manera diversa: como beneficiarios de su condición de miembros de la familia y personas a quienes se deben alimentos. Por otra parte, el constituyente, no pierde su propio derecho de uso, goce y habitación, sino que puede conservarlos también para sí mismo.

Sin embargo de no ser un acto de alienación, la ley establece que se proceda de manera en todo semejante a la transferencia del dominio de inmuebles, esto es, mediante escritura pública que debe inscribirse.

El acto es esencialmente **gratuito**. Participa en buena parte de la naturaleza de una donación entre vivos, puesto que es una liberalidad y beneficia a otras personas, sin ningún precio o recompensa.

En cuanto el patrimonio familiar supone una limitación parcial de las facultades propias del dominio, al “afectar” o destinar un bien raíz al uso y goce de la familia, produce una disminución del derecho del constituyente.

Romero Parducci afirma que el constituyente conserva una “cuasi nuda propiedad”, ya que, efectivamente, no sería exacto hablar de “nuda propiedad”, porque conserva también un derecho restringido de uso, goce y habitación, y no se transfieren íntegramente estas facultades a personas distintas, sino a quienes dependen del jefe de familia y tienen ya alguna participación en esos bienes, al menos como alimentarios.

Hay que considerar que en ciertos casos, nuestro Código autoriza la constitución del patrimonio familiar en **beneficio del mismo constituyente**, y entonces no hay ninguna desmembración de las facultades del dominio. Tampoco se produce entonces una consolidación, a pesar de que es una misma persona quien tiene el derecho como beneficiario del patrimonio familiar y como cuasi nudo propietario.

Ya que la constitución en favor del cónyuge, hijos o descendientes, equivale a una donación irrevocable, y también porque la ley señala un límite de cuantía, así como porque no puede constituirse el patrimonio familiar en perjuicio de los acreedores o de cualquier tercero, por todo esto, se hace necesaria la intervención del juez. Efectivamente, esta es obligatoria para el acto constitutivo en los casos normales, solo en los de excepción, cuando se aplican las leyes especiales del Seguro Social, agrarias o de vivienda, entonces, se exonera de la intervención judicial, que, de alguna manera resulta reemplazada por una intervención administrativa.

Queda aún por decir que el acto constitutivo es **unilateral**. No se requiere, de ninguna manera, aceptación por parte de los beneficiarios.

En cuanto a la inscripción de la escritura pública, como anota Romero Parducci, tiene la doble función constitutiva o de solemnidad necesaria, y de medio de prueba. **No hay tradición**, porque no se transfiere la propiedad, pero la inscripción en el Registro de la Propiedad, perfecciona el acto constitutivo, y sin ella no produciría aún sus efectos.

Los requisitos formales de la constitución del patrimonio familiar, dan la suficiente publicidad al acto, para permitir la eventual oposición a él por parte de quienes pudieran considerarse perjudicados, principalmente los acreedores. Efectivamente, como los bienes que forman estos patrimonios adquieren la condición de inembargables, podría resultar un perjuicio para

los acreedores; el Código ha considerado especialmente el caso de los beneficiarios del derecho de alimentos, que son también acreedores, y acreedores privilegiados, de modo que pueden oponerse a que el deudor se desprenda de la libre disposición de los bienes con los que podría cubrir sus obligaciones.

No ha previsto la ley de modo expreso, que terminada la vigencia del patrimonio familiar, se proceda a igual inscripción del levantamiento de esta limitación del dominio, pero ello se desprende de la naturaleza misma del derecho y cabe aplicar aquí el aforismo de que las cosas se deshacen de la misma manera que se hacen.

Transcribimos a continuación los artículos que regulan estos requisitos formales de la constitución del patrimonio familiar:

“Art. 844.- Para la validez del acto se requiere: 1. Autorización del juez competente; y, 2. Que la escritura de constitución del patrimonio familiar, en la que se deberá insertar la sentencia del juez que autorizare el acto, se inscriba en el Registro de Gravámenes de la Propiedad del Cantón, en el que estuviesen situados los bienes raíces”.

“Art. 845.- Para obtener la licencia judicial se determinará en la solicitud el nombre y apellido, el estado civil, la edad y el domicilio del peticionario, así como los de los beneficiarios y el lugar o lugares donde estuviesen situados los inmuebles, con sus linderos propios y demás circunstancias que los individualicen.

“Además, se justificarán los requisitos siguientes: 1. Que los bienes no estén embargados, hipotecados, en litigio, anticresis o en poder de tercer poseedor con título inscrito, lo que se acreditará con el certificado del Registrador de la Propiedad; y, 2. Que su valor no exceda del determinado en el artículo 843. Para esto, el juez ordenará el avalúo por un perito nombrado por él.- El precio fijado en el informe, si fuere mayor que el que figura en el catastro, servirá de base para el pago del impuesto predial correspondiente; para este fin, el juez lo comunicará a la oficina respectiva”.

“Art. 846.- Mientras se practicaren las diligencias a que se refiere el artículo anterior, el mismo juez mandará que se publique la solicitud de constitución del patrimonio, en un periódico del cantón, y, si no lo hubiere en la provincia a que pertenece el cantón, en el de la provincia más inmediata. Esta publicación se hará durante tres días, y, además, se fijarán carteles durante diez días, en la parroquia en que estén situados los inmuebles”.

Como se puede apreciar, mientras el artículo 844 precisa los dos requisitos esenciales para la constitución: autorización judicial y escritura pública inscrita, en los otros artículos se agregan algunas disposiciones de trámite y de carácter más bien reglamentario, algunas de ellas escapan al dominio de lo civil y pertenecen al Derecho Administrativo y el Tributario. Sin embargo, también entre esas otras regulaciones, hay algunas de suma importancia, como la obligatoria publicidad por medio de la prensa y de carteles, que permite a los terceros ejercitar sus derechos de oposición eventual.

Oposición de terceros.- Quien se considere perjudicado por la constitución de un patrimonio familiar, puede oponerse y la controversia será resuelta por el juez, en juicio verbal sumario, según dispone el artículo 847.

La oposición será justificada si la mencionada constitución afecta verdaderamente a un derecho ajeno, no a meras expectativas como las del que espera heredar cuando una persona muera. Habría perjuicio a terceros, si el bien está gravado con hipoteca, prohibición de enajenar u otro derecho real como el usufructo. También el acreedor cuyo crédito quedará sin la debida garantía, puede oponerse o exigir que se le afiance debidamente su crédito. Especialmente ha considerado el Código el crédito alimenticio: los alimentarios no podrían quedar burlados por la constitución de un patrimonio familiar a favor de otros beneficiarios; en cambio, sería para ellos una ventaja que el patrimonio se establezca precisamente a su nombre o a favor de ellos.

El artículo 847 establece: “Si hubiere oposición para la constitución del patrimonio familiar, se la resolverá por el trámite del juicio verbal sumario.- Cuando algún acreedor con suficiente título se opusiere, el juez no concederá la licencia judicial mientras el instituyente o instituyentes no cancelaren la obligación o aseguraren suficientemente el pago”.

Desde luego, cabe la oposición por parte de quien se considere dueño de un inmueble que otra persona pretende someter al régimen de patrimonio familiar. El constituyente tiene que presentar al juez los títulos que acrediten su dominio; si otro se considera dueño, a su vez presentará sus pruebas. Lo notable, en este caso, es que tal disputa sobre la propiedad, equivalente a un juicio de reivindicación, se debe tramitar mediante juicio verbal sumario.

El artículo 850 declara que: “La constitución del patrimonio familiar no podrá hacerse en perjuicio de los derechos de los acreedores, ni de las personas a quienes deba **alimentos** el instituyente, quienes podrán ejercer contra éste, acción rescisoria, dentro del plazo de prescripción que se contará desde la inscripción de la escritura”. La ley contemplaba una prescripción especial en dos años, pero la reforma del año 1970 (Ley 256), estableció el sometimiento a los plazos normales de la prescripción extintiva.

Se ha previsto, pues, que los acreedores, y principalmente los acreedores de alimentos, puedan oponerse, no sólo antes de que se perfeccione la constitución, sino también cuando ya se ha concedido por el juez el permiso, se ha firmado la escritura y se la ha inscrito.

Se ha planteado la objeción contra la ley diciendo que autoriza volver a discutir sobre un asunto que ha pasado en **cosa juzgada**, ya que los acreedores que se opusieron a la constitución, pueden aún después pedir la rescisión del acto. Pero hay que considerar que no siempre habrán intervenido los acreedores en el primer momento, por otra parte, si el juez desechó su oposición en el momento de la constitución del patrimonio, otros hechos posteriores pueden dejar sus créditos desgarnecidos y se justifica que puedan solicitar la rescisión para poder embargar bienes y cobrar lo que tienen derecho. Hay que reconocer, sin embargo que este derecho conferido a los acreedores debilita notablemente la institución del patrimonio familiar, haciendo muy relativo su carácter de inembargable.

También el artículo 2370 afirma el derecho de los acreedores para rescindir la constitución de un patrimonio familiar que les perjudica, pero se refiere al caso concreto del deudor que ha hecho **cesión de bienes** o ha dado motivo para un **concurso de acreedores**. Habría sido preferible que solamente se admitiera la posibilidad de la acción rescisoria en los casos de

quiebra o de insolvencia del deudor, y, quizás, solamente cuando se proba su carácter de fraudulenta; así se garantizaría al máximo el patrimonio familiar.

Además de la oposición por la violación de derechos de terceros, cabe la acción para que se anule el patrimonio familiar, cuando no se han observado las **solemnidades** previstas por la ley, que ya hemos señalado que enumera el artículo 844. Dice el artículo 858: "El patrimonio familiar, que no se hubiere constituido de acuerdo con las prescripciones de este título no tendrá valor legal.- Esta disposición no comprende al Seguro de Desgravamen establecido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social".

No es muy exacto el artículo que acabamos de transcribir. En primer lugar, cualquier trasgresión de disposiciones contenidas en este título, no causa necesariamente nulidad, ya que el artículo 844 enumera expresamente cuales son las solemnidades esenciales, y otros detalles de trámite podrían faltar sin dar origen a nulidad, por ejemplo, si no se han mantenido durante los diez días prescritos, los carteles en que se anuncia la constitución. Por otra parte, no solamente en los casos de Seguro de Desgravamen, sino siempre que se aplican **leyes especiales**, como la ya derogada Ley Reforma Agraria, o la del Banco de la Vivienda, las formalidades son muy diferentes, y, desde luego, la constitución conforme a esas leyes especiales es válida.

El legislador ha querido favorecer la constitución de patrimonios familiares mediante la **desgravación de impuestos** al acto mismo de institución, como también respecto de otros impuestos sobre los bienes. Lo segundo se tratará más adelante; en cuanto a la escritura, dice el artículo 854: "Para la constitución del patrimonio familiar no se pagará impuesto de alcabala, y tanto el Notario como el Registrador de la Propiedad cobrarán únicamente la mitad de los derechos que les asigne la ley para casos similares".

Ampliación del patrimonio.- Dice el artículo 848: "Si el precio de los bienes sobre los que se constituye el patrimonio familiar fuere inferior al máximo del valor puntualizado en el artículo 843, se podrá posteriormente ampliar, hasta completar su límite, siguiéndose el mismo trámite que para su constitución".

La intención del legislador es clara: pretende que se aproveche al máximo la posibilidad de establecer el patrimonio familiar, dentro del límite señalado por la ley, que actualmente es de un millón doscientos mil sucres, más cien mil por cada hijo.

Ahora bien, como el precio de las cosas varía con el tiempo, se presenta el problema de si será necesario **revaluar** los predios al momento en que se pretende hacer una ampliación del patrimonio familiar. Parece que esto es lo razonable, ya que se deben cumplir las mismas solemnidades que para la inicial constitución, y no sería equitativo que se pudiera aumentar un nuevo inmueble a un patrimonio que, por el transcurso del tiempo, ya supera el límite de la ley. También puede suceder el caso contrario, aunque más raramente, de que el inmueble se haya deteriorado o perdido por varias causas algo de su valor, y entonces, habría igualmente motivo para pedir un nuevo avalúo, al momento de querer añadir nuevos bienes para completar la cuantía máxima del patrimonio familiar.

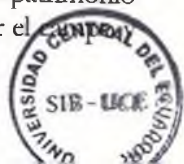
Estas agregaciones están permitidas por la ley, sin impedirse que se hagan una o muchas veces, siempre que sea dentro de la cuantía máxima señalada por el artículo 843. Naturalmente que, si una nueva ley aumenta dicho límite, esta amplitud beneficiará a todos y quienes constituyeron anteriormente patrimonio familiar, pueden acrecentarlo hasta el nuevo límite.

20. Derechos y limitaciones del patrimonio familiar

En algunos derechos extranjeros, como el de España, se desarrollan sobre todo ciertas facultades de aprovechamiento de servicios administrativos: crédito en especiales condiciones ventajosas, asesoramiento técnico para el cultivo de la tierra, participación en el sistema cooperativo y la inalienabilidad, prohibición de partición e inembargabilidad.

Nuestro sistema se centra más en los derechos civiles: habitación, uso y goce de frutos, con modalidad específica - en común -, y más bien como consecuencia de esto, se siguen las características de la inalienabilidad, no partición y exclusión del embargo.

El artículo 838 dice: “Los beneficiarios y el instituyente del patrimonio familiar, en su caso, tendrán derecho a vivir en la casa, cultivar el



aprovechar en común los frutos del inmueble.- El acto constitutivo del patrimonio familiar no significa enajenación, sino tan sólo limitación del dominio”.

Queda, pues, muy claro que el constituyente del patrimonio familiar **conserva la propiedad**, ya que el Código dice que no se produce enajenación, sino limitación de sus dominio. En esto, nuestro sistema se diferencia de otros que contemplan la transferencia de la propiedad a los miembros de la familia beneficiados por la institución. En el Ecuador, no se trata, pues, de una donación de la propiedad, aunque sí puede hablarse de una donación entre vivos, irrevocable, de los mencionados derechos de habitar, usar y percibir los frutos.

Este aprovechamiento parcial de la cosa, corresponde a todos los beneficiarios en común, sin que quepa división material o por cuotas.

Además, el mismo instituyente puede reservarse el participar en la habitación uso y goce del patrimonio. Puede también pasar en su integridad estos derechos a los beneficiarios, por ejemplo, en el caso de divorcio, disponiendo que el cónyuge que tendrá a su cargo los hijos (y eventualmente, nietos) tengan estos derechos en común. Si los cónyuges permanecen unidos, si se mantiene el hogar común, lo razonable es que se reconozca a la familia completa los mencionados beneficios.

La ley se refiere a “aprovechar en común los frutos del inmueble”, lo cual ha de entenderse razonablemente, según las costumbres generalmente aceptadas. No se excluye la posibilidad de vender algunos de los frutos, que no se consuman en el sostenimiento de la vida familiar, y el producto de esa enajenación debería igualmente emplearse en las necesidades domésticas.

En los siguientes artículos el Código señala las limitaciones que, para proteger el haber familiar, se imponen:

“Art. 839.- Los bienes que forman el patrimonio familiar son inalienables y no están sujetos a embargo ni a gravamen real, excepto el de las servidumbres preestablecidas y el de las que llegaren a ser forzosas y legales”.

“Art. 840.- Tampoco podrán dichos bienes ser objeto de división, comodato, sociedad, renta vitalicia ni anticresis, sino de acuerdo con este Título”.

Art. 841.- “En los casos de necesidad o conveniencia, calificados por el juez, previo conocimiento de causa y audiencia del Ministerio Público, podrá el instituyente dar en arriendo o en aparcería los inmuebles que formen el patrimonio.- El Ministerio Público se cerciorará de la necesidad y conveniencia del acto, bajo su más estricta responsabilidad”.

Las limitaciones enumeradas, se refieren al patrimonio familiar, sea considerado como derecho real, o al objeto del mismo, es decir, a los bienes que lo integran. No se puede transferir ni transmitir el derecho mismo, ni por acto entre vivos, ni mortis causa. Tampoco, se puede enajenar o gravar los bienes inmuebles que forman el patrimonio. Pienso que los frutos ya percibidos, si no se van a consumir en familia, pueden y deben enajenarse, para no perderlos y para aprovecharlos en beneficio común: el espíritu de la institución conduce a esta conclusión.

Anota Romero Parducci que la Ley de Reforma Agraria -ya derogada-, permitía establecer prenda agrícola sobre los frutos pendientes. Norma ésta muy razonable, ya que las necesidades de capital para el cultivo de la tierra frecuentemente hacen necesario o muy conveniente este gravamen que no afecta al inmueble, sino sólo a los frutos.

El mismo Autor indica que los frutos no pueden tampoco ser objeto de partición. Tal vez habría que entender esta regla con alguna flexibilidad, adaptándose a razonables costumbres: si se trata de moderados frutos agrícolas que normalmente se emplean en el consumo familiar, y los beneficiarios han llegado a establecer más de un hogar (como cuando uno o más hijos se han casado) pero siguen conservando el derecho al patrimonio, ha de admitirse que puedan recibir parte de esos frutos, en proporción a sus necesidades.

Como el patrimonio familiar no se somete al régimen de la sociedad conyugal, se produce el efecto de que los frutos no entran a formar parte del haber de dicha sociedad, como sucede con la generalidad de los frutos de los bienes sean de uno o ambos cónyuges. Estos frutos, en último

término, si no se consumen ni se enajenan, acrecentarán el patrimonio familiar y, eventualmente podrán a su vez producir nuevos frutos que pertenecerán, o podrán ser utilizados en común por los beneficiarios.

El hecho de que los bienes del patrimonio familiar no sean enajenables, acarrea la consecuencia de su **inembargabilidad**. Pero, ya hemos visto que antes de constituirse el patrimonio, los acreedores podrían oponerse y que aún después, pueden pedir la rescisión del acto constitutivo para cobrar sus créditos; por consiguiente, puede llegarse al embargo del patrimonio familiar a través de esta acción reconocida a los acreedores. En cuanto a los patrimonios especiales, establecidos conforme a las leyes del Seguro Social o del Banco de la Vivienda, pueden ser embargados para que las entidades que hicieron el préstamo para la adquisición del inmueble, cobren sus acreencias, si no han sido pagadas por el deudor.

Tanto el artículo 839 como el artículo 1634 numeral 11 declaran que el patrimonio familiar es **inembargable**, de modo absoluto, sin hacer reserva de ninguna excepción, pero hay que admitir que esas excepciones existen, como se acaba de mencionar, en virtud de otras leyes especiales.

Cabría también el embargo, aplicando las normas generales, si el constituyente hubiera procedido dolosamente, ocultando deudas anteriores a la institución, con la intención de perjudicar a los acreedores. El dolo viciaría el acto constitutivo y permitiría proceder al embargo.

El artículo 2250 establece que está obligado a dar fianza, a petición del acreedor, entre otros, “el deudor que hubiere constituido válidamente patrimonio familiar sobre una parte de sus bienes, en forma tal que no quedare debidamente respaldada la deuda”. Esta hipótesis no supone necesariamente una actitud dolosa, pero el legislador quiere salvaguardar el derecho de los acreedores, que ciertamente debió ser protegido por el juez, al momento de dar su autorización. Si el instituyente, o los beneficiarios afianzan al acreedor, se solucionará el problema, pero si no se cumple este deber, se entiende que no puede quedar burlado el acreedor, y podrá pedir la rescisión del patrimonio para cobrar su crédito.

En cuanto a la **prohibición de una serie de contratos** -comodato, sociedad, renta vitalicia, anticresis-, se explica evidentemente porque pug-

nan con la utilización “en común” de la cosa. Sin embargo, esta prohibición no es absoluta, como lo dice el artículo 840 remitiéndose a las disposiciones del mismo Título XI. En realidad, sólo en el artículo 841 se considera la posibilidad de que el juez, con conocimiento de causa y en audiencia del Ministerio Público, pueda permitir que el instituyente dé en arriendo o en aparcería el inmueble. De estas dos excepciones, la segunda, fue expresamente prohibida por la Ley de Reforma Agraria, de modo que queda solamente la posibilidad del arriendo. Se entiende que el juez no permitirá este contrato si no se asegura al hogar doméstico las condiciones adecuadas de habitación y de mantenimiento con el equivalente a los frutos del patrimonio familiar; pueden los frutos naturales ser reemplazados adecuadamente por frutos civiles.

Si bien el objeto del patrimonio familiar no puede enajenarse ni embargarse, esto no quiere decir que esté fuera del comercio y como consecuencia, cabe que quien no tenga derecho a estas cosas pueda llegar a poseerlas y, a través de la posesión durante el tiempo legal, adquirirlas por **usucapión**.

La **indivisibilidad** del patrimonio familiar se refiere, como es obvio, al tiempo en que perdura este derecho. Pero, como se trata de una limitación temporal del dominio, destinada a terminar, cuando llega ese momento, se puede y debe proceder a la **partición**. Partición, ¿entre quienes? - Indudablemente entre los que tengan el derecho de propiedad de la cosa o cosas que formaban el patrimonio familiar, incluidos sus **acrecimientos** y frutos. No necesariamente serán los **beneficiarios**, aunque muchas veces coincidirán en su calidad de **herederos del propietario**. Lo más frecuente será esto: el padre o la madre han constituido el patrimonio familiar, y llegados todos los hijos a la mayoría de edad, habiendo muerto el instituyente, se dividen el patrimonio, en cuanto son herederos del constituyente y propietario.

La Ley del Seguro Social Obligatorio establece que las propiedades adquiridas por los asegurados con préstamos hipotecarios concedidos por el Seguro Social, serán consideradas como patrimonio familiar inembargable cuando el préstamo hubiere sido redimido por el Seguro de Desgravamen Hipotecario o hubiere sido cancelado a la terminación del plazo de amortización o con posterioridad al mismo. Sólo en los casos calificados por las Comisiones de Crédito del Instituto, podrán éstas autorizar la enajenación

de dichos inmuebles, o la constitución de hipotecas u otros derechos reales. Esta disposición corresponde al antiguo artículo 75, a propósito del cual se planteó la duda de si la Ley del Seguro Social había alterado o no el sistema de sucesión hereditaria. El Dr. Alfredo Pérez Guerrero opinaba que el patrimonio familiar no entraba al acervo líquido divisible. El Dr. Romero Parducci, sugiere otra solución posible: el titular de la propiedad no puede disponer de ella en testamento, en perjuicio de sus hijos; pero si lo hiciera, la disposición constituiría un fideicomiso, que se habría de restituir sólo cuando el último de los hijos llegara a la mayor edad.

Pienso que es preciso establecer varias distinciones para resolver el problema planteado, que ciertamente es grave, y que debió ser previsto expresamente por el legislador, como lo hacen los derechos de algunas naciones extranjeras.

En primer lugar, puede suceder que al fallecer el instituyente (normalmente el padre o madre de familia), deba terminar el patrimonio familiar, por haber llegado todos los beneficiarios a la mayor edad y ser capaces. Si se produce esta circunstancia, parece evidente que las reglas comunes de la sucesión, no tendrían porqué sufrir ninguna alteración. El hecho de que el constituyente haya realizado esa donación irrevocable del uso, habitación y frutos, durante un tiempo, y que terminen tales derechos, no debe alterar la sucesión. Si el causante hizo testamento, habrá que atenerse a él en todo lo que no sea ilegal; si la sucesión es abintestato, se llamará a los herederos en su respectivo orden sucesorio. Muchas veces coincidirán los herederos con los antiguos beneficiarios del patrimonio familiar, sobre todo si son los hijos, ya que ellos son los primeramente llamados en la sucesión intestada. Coincidan o no, han de ser las reglas de la sucesión las que se apliquen, sin tener en cuenta quienes eran anteriormente los beneficiarios de unos derechos que ya se han extinguido.

La verdadera dificultad surge cuando el patrimonio familiar deba perdurar después de la muerte del constituyente. Quedan, por ejemplo, el cónyuge y los hijos y nietos, menores de edad o incapaces por otros motivos. En esta segunda hipótesis, habría que subdistinguir si se trata de sucesión testada o no testamentaria.

Mediante **testamento** puede el causante disponer de lo suyo, pero sin afectar a las asignaciones forzosas, entre las que se cuentan la porción conyugal, las legítimas (destinadas a los hijos) y las mejoras (que se han de dejar a los descendientes, hijos, nietos, etc.). Si el testador hubiere hecho en vida donaciones, se deben acumular imaginariamente al haber para determinar el monto de estas asignaciones forzosas, y eventualmente puede llegarse a la reforma del testamento, para que no se perjudique a los asignatarios forzosos. Por tanto, si se hubiere constituido patrimonio familiar a favor de algunos de los descendientes, excluyendo a otros que tendrían derecho a recibir sus legítimas o mejoras, éstos tendrían que alcanzar la parte de herencia que les corresponde. Pero no tienen que recibir necesariamente la cosa o cosas en que se constituyó el patrimonio: podrían ser compensados de otra manera con una refundición, en dinero o con otros bienes.

Si la sucesión es abintestato, igualmente el cónyuge tiene derecho a recibir la porción conyugal y los hijos o descendientes las partes hereditarias que les corresponde. Si el causante, al constituir el patrimonio familiar dispuso de una parte excesiva de sus bienes, al morir habrá que respetar el patrimonio que fue legalmente instituido, y deberán esperar los herederos que termine la vigencia del patrimonio para completar sus respectivas cuotas hereditarias. Pueden proceder a una partición de los otros bienes hereditarios, y cuanto se extinga el patrimonio familiar, procederían a una partición complementaria.

Creo encontrar una confirmación de esta tesis, en el hecho de que el artículo 857 que dispone que al extinguirse el patrimonio familiar, los bienes **vuelven al pleno dominio del que los constituyó** o al de la sociedad conyugal, según el caso. No pasan los bienes a los beneficiarios al extinguirse el patrimonio. Si ellos reciben estos bienes será a título de herederos del dueño que ha fallecido. También el artículo 855 parece confirmar mi opinión de que no se alteran las reglas de la sucesión: dice este artículo que no se cobrará el impuesto a la herencia, sino cuando se extinga el patrimonio familiar, de modo que se supone esta situación intermedia, cuando se ha abierto la sucesión pero no puede aún distribuirse los bienes que forman el patrimonio familiar. Solamente se calcularán, para establecer los derechos de los herederos forzosos, pero no se dividen ni entregan estos bienes, mientras subsiste el patrimonio familiar, y por eso la ley ordena que

no se cobre sobre ellos el impuesto a la herencia (Ahora el impuesto a la herencia está incluido en el tributo a la renta, y se regula por la Ley de Régimen Tributario Interno, pero no afecta esto al razonamiento que acabo de formular).

De la manera que dejo planteada se concilia el respeto a la voluntad del instituyente, y a los derechos hereditarios, que, no habiendo dicho el legislador expresamente que deban alterarse, se entiende que permanecen sin cambio.

De este análisis se deduce, una vez más, que habría sido adecuado establecer en la ley, no la cuantía máxima absoluta, sino la relativa, en proporción al monto de los bienes del constituyente, de esta manera se evitaría estas posibles controversias entre herederos y beneficiarios del patrimonio familiar, cuando no coinciden unos y otros en las mismas personas.

Liberación de impuestos.- Dentro de los derechos que origina el patrimonio familiar hay que enumerar la liberación de ciertos impuestos, que disponen los artículos 854 a 856: “Art. 854.- Para la constitución del patrimonio familiar no se pagará impuesto de alcabala, y tanto el Notario como el Registrador de la Propiedad cobrarán únicamente la mitad de los derechos que les asigne la ley para casos similares”.

“Art. 855.- Si fallecieren los instituyentes, no se recaudará el impuesto hereditario sobre los bienes que forman parte del patrimonio familiar, sino en los casos de extinción del mismo; entonces se procederá a la liquidación definitiva de dicho impuesto a cargo de los herederos”.

“Art. 856.- Mientras subsista el patrimonio familiar, los bienes que lo constituyan estarán exentos de impuestos, salvo el gravamen a la propiedad predial, sin que para su cómputo se acumulen las demás contribuciones”.

Aparentemente el legislador ha querido proceder con largueza en la desgravación de impuestos, sin embargo, analizada la cuestión, resulta más bien parca la generosidad del Fisco, ya que perdura el principal tributo: el **predial**. Fuera de éste, existen algunas tasas adicionales, que se cobran juntamente con el impuesto a los bienes raíces, pero esas tasas cubren determinados servicios, como agua potable, recolección de basura, pavi-

mentación de calles, y no quedan comprendidas en la exoneración. Prácticamente sería sólo el impuesto a la renta el exonerado, y aún este, dada la reducida cuantía del patrimonio familiar, normalmente no tendría lugar a cobrarse, aunque no hubiera la especial exoneración del Código Civil. Otros impuestos, por su carácter de leyes especiales, prevalecen sobre las normas generales del Código Civil, y tampoco quedarían exonerados. De modo que lo que parece mucho, en realidad resulta poco.

En cuanto al impuesto a la herencia, al que se refiere el artículo 855, desde la vigencia de la Ley de Régimen Tributario Interno³, considera como renta, para los efectos tributarios, los ingresos generados por bienes sucesorios indivisos, previa exclusión de los gananciales del cónyuge sobreviviente, y se deben liquidar y cobrar, considerando a la sucesión como una unidad económica independiente. Si al extinguirse el patrimonio familiar, los bienes pasan de una persona difunta (el constituyente) a los herederos, habrá lugar al pago de este impuesto. Pienso que no cabe acogerse a la exoneración del artículo 856 del Código Civil, porque los bienes, después de la extinción del patrimonio familiar, ya no entran en esa exoneración, y más bien el artículo 855 ordena pagar el impuesto a la herencia; aunque ya no se trata propiamente de “impuesto a la herencia”, que está derogado, el que le ha reemplazado, tiene igualmente que pagarse.

La Ley de Régimen Tributario Interno, en cambio, está en concordancia con la exoneración dispuesta por el Art. 854 del Código Civil, en cuanto exime del pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA), los aportes a sociedades (que deben entenderse en sentido muy amplio, según la misma Ley: Art. 94), entre las cuales se encuadraría el patrimonio familiar, aunque no sea una sociedad en estricto sentido. Tampoco habría lugar al pago de este impuesto, al disolverse el patrimonio, si los bienes vuelven a su propietario en pleno dominio, ya que no hay ninguna transferencia; ni habría que pagarlo en el caso de sucesión hereditaria, porque este impuesto no grava a las transmisiones por causa de muerte, sino a las transferencias por acto entre vivos (incluidas las donaciones entre vivos).

³ Promulgada en Registro Oficial 341 del 22 de diciembre de 1989. Cfr. Art. 53.

21. Administración del patrimonio familiar

La eficacia de los derechos y de las prohibiciones que implica el patrimonio familiar, en buena parte dependen de su correcta administración. El administrador es el principal responsable del cumplimiento de los objetivos de esta institución, quien debe resguardarla, defenderla, ejercitando las acciones judiciales que sea del caso y proveyendo a las necesidades de los beneficiarios.

Mientras que los derechos de habitación, uso y aprovechamiento de los frutos, se dan en común a los beneficiarios, la administración debe tener unidad y corresponde normalmente a una sola persona: el constituyente. Sólo si los constituyentes son marido y mujer, se dará una administración conjunta de los dos, siguiendo las normas de la sociedad conyugal en cuanto puedan aplicarse al caso.

Normalmente **el mismo constituyente será el administrador**. Cabe también que él designe a otra persona, y si han fallecido los cónyuges instituyentes, pueden los beneficiarios **mayores** de edad juntamente con los curadores de los menores de edad, nombrar un administrador. Finalmente, el juez puede nombrar administrador cuando la mayoría de los que deben aprovechar la cosa común, lo determinare. Pero esta última disposición, debe entenderse, siempre que exista un motivo suficiente, que el juez tendrá que apreciar, ya que no sería razonable arrebatar la administración al instituyente (padre o madre por lo general) si está cumpliendo competentemente sus deberes. El juez debería atender la petición de esa mayoría, siempre que falte el constituyente, o que haya incurrido en graves culpas que hagan aconsejable el cambio de administrador.

Está previsto el caso especial de los **cónyuges instituyentes que se divorcian**. Aunque la ley no es clara en cuanto a si se refiere a aquellos que han constituido el patrimonio y después se divorcian, o solamente a los que el momento de divorciarse acuerdan constituir el patrimonio a favor de sus hijos y para protegerlos en la anómala situación en que quedan los hijos de divorciados. Pienso que en ambos casos debe seguirse la norma del artículo 842, que obliga a precisar quién tendrá la administración del patrimonio familiar, como requisito para que pueda inscribirse la sentencia de divorcio.

He aquí el texto del artículo 842: “Corresponde a los cónyuges la administración del patrimonio familiar, si ambos lo han constituido, siguiendo reglas análogas a las de la administración de la sociedad conyugal.- En caso de muerte o de impedimento legal de uno de los cónyuges, le reemplazará el otro, y a falta de ambos, el administrador que nombraren los beneficiarios mayores de edad y el curador o curadores que, de acuerdo con las leyes, representaren a los menores beneficiarios.- En todo caso, el usufructo aprovechará al instituyente y a los beneficiarios. Si hubiere disconformidad respecto de la administración, resolverá el juez, siguiendo el trámite del juicio verbal sumario.- El divorcio de los cónyuges instituyentes no se inscribirá en el Registro Civil, sino cuando hubiesen acordado, entre ellos, la administración del patrimonio familiar, aprobada por el juez, con conocimiento de causa y audiencia del Ministerio Público.- La administración del patrimonio familiar instituido por un célibe, corresponderá a la persona que designare el instituyente, quien podrá designarse a sí mismo. Con todo, en cuanto al aprovechamiento de frutos se estará a lo dispuesto en el inciso 3o. del presente artículo.- Puede el juez nombrar administrador cuando la mayoría de los que deben aprovechar de la cosa común, así lo determinaré”.

Los **contratos necesarios** para la explotación de la cosa común, normalmente contratos de trabajo, deberán ser hechos por el administrador. También, en el caso excepcional en que puede arrendarse el objeto, este contrato deberá ser autorizado por el juez y realizado por el administrador, aunque la Ley del Seguro Social se refiere al instituyente. Este defecto se debe a que generalmente el que constituye el patrimonio es a la vez administrador, pero en esta segunda calidad debe realizar los referidos contratos.

Nótese que, en estricto sentido, sólo el célibe puede designar a otro administrador distinto de él mismo. Considero, sin embargo que, por el espíritu de la ley, no podría privarse a las personas casadas del derecho de nombrar un administrador, que en ciertos casos convendrá que sea distinta persona, por ejemplo, si el patrimonio se ha constituido a favor de hijos de anterior matrimonio.

Cuando administra el mismo dueño de los bienes, es evidente que no cabe pedirle que haga **inventario** de ellos, puesto que no tiene que responder

ante ningún extraño. En cambio, habría sido conveniente que la ley dispusiese la factura de inventario cuando se nombra administrador a un extraño; no lo dice el Código, pero el juez podría ordenar esta medida de elemental prudencia, ya que no se pueden hacer efectivas las responsabilidades de una mala administración sino a partir de los datos ciertos que proporciona el inventario inicial. Por analogía con las guardas, y en general con toda administración de bienes ajenos, debe exigirse el hacer inventario, siquiera en forma privada, aunque no solemne, pero de modo que no falte la lista de los bienes que recibe el administrador. Algunos códigos, como el Italiano, contienen la obligación de hacer inventario.

Un vacío muy grave ha dejado en la legislación la supresión arbitraria de la **separación conyugal judicialmente autorizada**, por disposición de la Ley 43 del año 1989. Actualmente los cónyuges no pueden separarse de modo legal y, naturalmente, se separan ilegalmente, sin ninguna intervención del juez y sin que sea posible proteger a la parte más débil ni a los hijos. Si existe patrimonio familiar, en los casos de separación ilegal, cualquiera de los beneficiarios, por sí o por medio de su representante legal, debería poder recurrir al juez para que establezca el modo más adecuado de administrar el patrimonio en esa situación anómala.

La **jurisprudencia** ecuatoriana ha resuelto algunos casos relativos a la administración del patrimonio familiar. Una sentencia de la Sala declara la nulidad del contrato de anticresis celebrado por uno de los cónyuges, sin la intervención del otro, siendo así que ambos debían intervenir como administradores del patrimonio común. Sin embargo, esta resolución no toma en cuenta que el contrato de anticresis está prohibido por el artículo 840, y no figura en el Título XI ninguna disposición que permita hacer excepción a esta regla. Tal vez la Sala consideró que la anticresis equivale al arrendamiento, y podía hacerse excepcionalmente con el concurso de ambos administradores, ambos cónyuges.

Habiendo demandado la mujer al marido que arrendó un inmueble constituido en patrimonio familiar, la 5a. Sala rechaza la demanda por imprecisa, ya que sólo pide que “se haga lo que convenga”, y aclara la Corte que lo que debió demandar la cónyuge, era la remoción del administrador del patrimonio familiar. Considero que, aunque es evidente que la mujer podía pedir la remoción del administrador por la gravísima falta cometida, sin

embargo también podía demandar la anulación del contrato de arrendamiento por haberse extralimitado en sus funciones el marido y por haber hecho un contrato contra la prohibición expresa de la ley. La Corte debía aplicar el derecho con sentido de equidad, supliendo la deficiencia de la demanda y protegiendo a la familia, sin el excesivo rigorismo formal de esta sentencia.

En la liquidación de una sociedad conyugal, por divorcio, la 3a. Sala de la Corte Suprema resolvió con acierto que no debía entrar en consideración un apartamento comprado por la mujer, para su hija y constituido como patrimonio familiar; éste debía solamente administrarse por la constituyente y no entró a la sociedad conyugal que se liquidaba.

22. Sustitución o subrogación real

En principio el patrimonio familiar debe mantenerse en los bienes sobre los que se ha constituido, pero pueden producirse dos circunstancias en las cuales sea necesario transferir este derecho real a otros inmuebles distintos de los originarios. El primer caso está previsto en el artículo 852 y consiste en que se haya producido expropiación por causa de necesidad o utilidad pública; el segundo, será a petición de los interesados, por motivos de especial conveniencia que deben ser apreciados y aprobados por el juez, y está regulado por el inciso 4º, del artículo 851. Dice el primero:

“Art. 852.- Si se expropiare judicialmente, por causa de necesidad y utilidad pública, el inmueble sobre el que se ha constituido patrimonio familiar, el precio íntegro de la expropiación y de las correspondientes indemnizaciones se depositará en un Banco para que, con la compra de otro inmueble, siga constituido el patrimonio. Entre tanto los beneficiarios percibirán los dividendos por intereses en vez de los frutos a que antes tenían derecho”.

Hay que observar que la expropiación se realiza o por causa de necesidad pública o de utilidad pública, sin que se requieran ambas causas simultáneamente, como se desprendería del tenor literal del artículo transcrito.

El ciudadano particular no puede evitar la expropiación si existe la causa que la justifica. Puede sí, litigar con la entidad pública que expropia, sobre

el precio, que debe ser justo y para esto existe el correspondiente trámite judicial previsto en el Código de Procedimiento Civil.

El precio que reciba el administrador del patrimonio familiar, puede superar el monto máximo para la constitución de este derecho, según el artículo 843, pero, debe prevalecer la disposición más específica del artículo 852, que ordena que "el precio íntegro", se destine a la adquisición de un nuevo inmueble. En estas circunstancias, la subrogación real permitirá que el patrimonio familiar supere el límite de cuantía antes indicado.

El artículo 851 enumera las causas de extinción del patrimonio familiar, y en el numeral 4o. dice: "La subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el juez, previa solicitud del instituyente. El juez calificará la **conveniencia en interés común de los beneficiarios**".

No resulta exacto decir que se extingue el patrimonio, si continúa en otros bienes que se subrogan a los originarios. Pero la ley quiere indicar en el numeral 4o, que objetivamente termina el gravamen o limitación propios del patrimonio familiar, respecto de los bienes sobre los que se constituyó, mientras que continúa el derecho subjetivo de los beneficiarios y del mismo constituyente.

No se señalan las causas por las que se podrá proceder a la subrogación, pero el juez debe calificar "la **conveniencia en interés común de los beneficiarios**". Podría suceder que algunos consideren conveniente la subrogación y otros no; el juez, después de oír a todos y apreciar las pruebas que presenten, deberá resolver lo que mejor convenga a la generalidad.

Se han dado algunos litigios sobre estos asuntos y la Corte Suprema ha resuelto invariablemente, que no se puede permitir la subrogación sin que se presente desde el principio el nuevo inmueble sobre el que se constituirá el patrimonio, y que se han de justificar las motivaciones para el cambio. Igualmente reconoce la Corte que la Ley del Banco de la Vivienda prevalece, como Ley especial, y por tanto se puede realizar la subrogación, con autorización judicial, cuando también las autoridades del Banco lo consientan, y que la subrogación debe hacerse por escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad.

23. Extinción del patrimonio familiar

La terminación de este derecho real y la consiguiente liberación del gravamen que pesa sobre uno o más inmuebles, se produce por las causas señaladas en el artículo 851 del Código Civil, con algunas modificaciones para los casos del patrimonio establecido por las leyes del Seguro Social, del Banco de la Vivienda o de Reforma Agraria (reemplazada ahora por la Ley de Desarrollo Agrario), y más las circunstancias en que, según las normas generales, se extinguen los derechos.

Dice el artículo 851: "Son causas de extinción del patrimonio familiar ya constituido:

1. El fallecimiento de todos los beneficiarios, si el constituyente es célibe;
2. La terminación del estado de matrimonio, siempre que hubieren fallecido los beneficiarios,
3. El acuerdo entre los cónyuges si no existiere algún hijo o nieto de uno de ellos o de ambos, que tuviere derecho a ser beneficiario; y,
4. La subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el juez, previa la solicitud del instituyente. El juez calificará la conveniencia en interés común de los beneficiarios".

Las tres primeras causas expresan la supresión del patrimonio familiar por la desaparición de todos los actuales o potenciales beneficiarios. No habiendo ni pudiendo surgir un titular del derecho, es obvio que éste se extingue.

Sin embargo puede hacerse alguna objeción al texto legal. Efectivamente, en el primer supuesto, se extingue el patrimonio si el constituyente es célibe y han fallecido todos los beneficiarios, y cabe preguntarse por qué no esperar a que fallezca también el constituyente, ya que podría contraer matrimonio y tener descendencia a favor de quienes quedaría el patrimonio.

El artículo 851 establece la intervención del juez solamente en el cuarto caso, y sin embargo, parece que sería muy conveniente que el magistrado considere todos los casos, se cerciore de la verdad de las circunstancias y

declare expresamente la terminación del patrimonio familiar, de este modo se evitarían posibles abusos.

Ya que la ley permite la extinción por acuerdo entre los cónyuges, cuando no hay beneficiarios (se entiende, fuera de ellos mismos), parece que se debería permitir también la extinción cuando todos los beneficiarios han llegado a ser mayores de edad y capaces, y están de acuerdo en dar fin a esta situación. Por el contrario, no convendría que el juez autorice la terminación del patrimonio, cuando el último de los hijos ha llegado a la mayoría de edad, puesto que podría ser necesario que se siga protegiendo a un mayor de edad incapaz para el trabajo aunque tenga capacidad legal, por ejemplo un minusválido, ciego, paralítico, etc.

Una sentencia de la 4a Sala resuelve el interesante caso de un patrimonio familiar procedente de préstamo de una Asociación Mutualista de Vivienda; habiendo llegado los hijos del adquirente a la mayoría de edad, solicitaron al extinción del patrimonio; la Sala resolvió que la Ley 256 había modificado la causa legal de extinción reemplazándola por el caso de que el constituyente sea célibe y todos los hijos hayan muerto. Negó por tanto la demanda de extinción. No obstante, considero que la reforma al Código Civil no modificó la ley especial de las Asociaciones Mutualistas, y que la causa de extinción allí contenida es diferente de la mencionada en el numeral 1, del artículo 851.

El Código permite que los cónyuges puedan acordar la terminación, si no hay ningún hijo o nieto, pero no da ese mismo derecho a quienes dejaron de ser cónyuges, por haberse divorciado.

En una sentencia se admite la terminación del patrimonio familiar por la voluntad unánime de los hijos que, llegados a la mayoría de edad, han renunciado a cualquier beneficio que les pudiera corresponder en dicho patrimonio, y lo han hecho mediante escritura pública.

El Dr. Romero Parducci observa con acierto que habría sido adecuado que la ley impusiera para la terminación los mismos requisitos que para el establecimiento del patrimonio familiar, incluida la publicación por la prensa, para poner a salvo los derechos de cualquier interesado.

Respecto de la subrogación, ya he dicho más arriba que propiamente no es caso de terminación del patrimonio, sino de reemplazo del objeto sobre el que recae el derecho. El juez debe apreciar la conveniencia de esta sustitución de un inmueble por otro. La jurisprudencia ha precisado que no se puede autorizar la subrogación si no se presenta el nuevo inmueble sobre el cual se va a establecer el gravamen.

La 1ª Sala negó la petición del dueño de una casa, que recibió préstamo de una mutualista y deseaba extinguir el patrimonio familiar para poder contratar un préstamo del Seguro Social, que consideraba más ventajoso. En este caso, no se trataba de sustituir un inmueble a otro, sino de cancelar un préstamo contrayendo otro, y el nuevo acreedor habría sido el único que podría embargar el bien que, en ambos casos, quedaba como patrimonio familiar.

La Corte Superior de Quito, ha reconocido que se puede solicitar conjuntamente la extinción del patrimonio familiar y la insinuación para donar a los hijos beneficiarios el mismo inmueble sobre el que recaía el gravamen.

La primera Sala de la Corte Suprema también ha resuelto que los juicios de extinción de patrimonio familiar son de jurisdicción voluntaria, mientras no surja oposición, y que, en tales juicios no cabe apelación y tercera instancia, debiendo acatarse lo que resuelva el juez de primer nivel.

Habiendo decretado un juez el embargo de un inmueble que fue adquirido con préstamo del Seguro Social, la Corte declaró la nulidad de ese acto judicial, por afectar a un patrimonio familiar que no estaba aún extinguido legalmente.

Es evidente que, aunque el Código no haga mención, el patrimonio tiene que extinguirse en el caso de total **destrucción** de la cosa o cosas sobre las que recae, como cuando queda una heredad perpetuamente inundada.

Otro caso de derecho general, consiste en la extinción del dominio del constituyente, sea por efecto de una sentencia que declare la **resolución o la rescisión** del contrato por el cual adquirió el inmueble, sea en los casos de reversión de tierras al dominio del Estado o de otros entes públicos. En cambio, no se produce este efecto de terminar el patrimonio familiar, si se

expropia el inmueble, como lo establece el artículo 852, pues, entonces se debe depositar el precio en un banco, para que se adquiera otra propiedad raíz, y mientras tanto, los beneficiarios recibirán los frutos civiles. Acertadamente observa el Dr. Romero que la ley debería fijar un plazo para la adquisición del nuevo inmueble y para constreñir a que se haga esto, pasado el plazo cesaría el privilegio de inembargabilidad.

Extinguido el patrimonio familiar, el propietario recupera la plenitud de sus atribuciones, o pasa el dominio a los herederos, si ha muerto. La administración de los bienes se regirá por las reglas comunes, y si se trata de bienes de la sociedad conyugal, vuelven a la administración normal de ella, así lo dispone el artículo 857: “Si se extingue el patrimonio familiar, los bienes que lo formaban volverán al pleno dominio del que lo constituyó o de la sociedad conyugal, según el caso, o pasarán a los herederos que tuvieren derecho a ellos”.

La regla transcrita no se aplica, desde luego, si se produce la reversión de tierras adjudicadas por el Estado, conforme a la Ley de Reforma Agraria o la de Desarrollo Agrario, ya que en esa hipótesis, el dueño pierde la propiedad y ésta regresa al anterior propietario: el Estado. Las adjudicaciones que actualmente hace el Instituto de Desarrollo Agrario, INDA, se resuelven, si el adjudicatario no cumple las obligaciones de cultivo, etc. Este instituto puede declarar la resolución de adjudicaciones hechas anteriormente por el IERAC, bajo la vigencia de la Ley de Reforma Agraria, y caben las acciones contencioso-administrativas contra esta resolución, como lo explica el Dr. Cueva, hasta llegar a la casación ante la Corte Suprema. En tales casos, es evidente que terminaría el patrimonio familiar constituido sobre esos inmuebles.

CAPÍTULO IV LAS SERVIDUMBRES

24. Concepto general y definición

El dominio o propiedad es el derecho real por excelencia, del cual se desprenden los demás, por imitación o por desmembramiento. La propiedad, concebida por el Derecho Romano clásico como un poder ilimitado del dueño sobre una cosa, para poder usar, gozar y disponer de ella, incluso enajenándola o destruyéndola, tuvo que admitir ciertas limitaciones que hacen posible la vida social y aún la adecuada utilización de las cosas propias. Hemos expuesto ya algunas de las limitaciones del dominio, y entramos a analizar las comprendidas bajo el nombre genérico de servidumbres.

Las servidumbres, en sentido amplio, abarcan diversos modos de sometimiento de las personas o de las cosas. El grado máximo de servidumbre, el más inhumano e inaceptable por ser contrario a la naturaleza misma del hombre, es la esclavitud, que imperó, sin embargo en el mundo pagano y hasta tiempos no muy alejados de los nuestros. Aquella oprobiosa institución fue increíblemente alabada por los pensadores más altos de otras culturas, como Platón y Aristóteles que, a pesar de la sublimidad de su pensamiento en casi todos los ámbitos de la vida, erraron lamentablemente respecto del concepto de la dignidad del hombre. Solamente el cristianismo, al afirmar decididamente que el hombre es “imagen y semejanza de Dios” y que todos somos iguales por ser hijos de Dios e igualmente redimidos por Cristo, ha puesto las bases inmovibles para eliminar la esclavitud y cualquier otro género de servidumbre personal.

Las costumbres y las instituciones no cambian al mismo ritmo de los pensamientos de los hombres. Los grandes ideales solamente se hacen realidad, a través de los siglos, pasando muchas veces por dolorosas crisis y

tensiones. La supresión de la esclavitud ha costado muchas guerras y dolorosos enfrentamientos. Formas larvadas de servidumbre, subsisten aún en el mundo contemporáneo, y hasta verdaderas esclavitudes se conservan en algunos remotos lugares del planeta, pero el ideal de perfecta igualdad jurídica de los hombres se ha impuesto universalmente.

La Revolución francesa tuvo el mérito de afianzar en el mundo civilizado **el cristianísimo principio de la igualdad** de los mortales. Tal principio de igualdad influyó poderosamente en el Código Civil llamado de Napoleón, y a través de él, en las legislaciones de casi todo el planeta.

La supresión de la esclavitud estuvo en la entraña misma del movimiento de independencia de las naciones hispanoamericanas. Bolívar y la legislación de la Gran Colombia declararon que nadie nace esclavo en estas tierras, y que los esclavos dejaban de serlo, por el mero hecho de pisar suelo colombiano. Permaneció, sin embargo, la oprobiosa institución por algunos años, debido a un falso sentido de respeto a los derechos adquiridos, y así, aunque era imposible hacer nuevos esclavos, quienes tenían esa condición continuaron en servidumbre hasta la abolición total, por la Ley de Manumisión de 1853, en el Ecuador, y en otros países, como Estados Unidos, más tarde, en 1861 o aún después, como en Brasil.

Cuando hablamos ahora de servidumbres, no queda en menor rezago de aquella legislación que sometía unos hombres a otros; nos referimos, en cambio, a cierto **sometimiento de unos predios a otros**: una cierta dependencia de las cosas, para hacer más eficaz el mismo ejercicio del derecho de propiedad, conciliando las necesidades del propietario de una heredad, con las de sus vecinos o dueños de otras propiedades.

Las servidumbres a las que se refieren nuestras leyes, son “servidumbres prediales”, y nada tienen que ver con las servidumbres personales más o menos relacionadas con la odiosa esclavitud.

En algunos derechos extranjeros, sobre todo del ámbito germánico, se continúa empleando el término “servidumbres personales”, para referirse a las limitaciones del dominio **en favor de ciertas personas**, como sucede en los casos del usufructo, uso, habitación, y, en cierta manera, en el fideicomiso y otras figuras jurídicas afines. El Derecho francés y los que han

recibido más su influjo, evitan hasta la denominación de “servidumbres personales”, como para condenar definitivamente la antigua esclavitud, que era la verdadera servidumbre personal.

Decimos que hay cierto sometimiento de las **cosas**, de unos inmuebles a otros, pero esto debe entenderse, naturalmente, en el sentido de que esa dependencia material redunda en los derechos de los titulares, en los dueños de las cosas. En efecto, las cosas no tienen derechos ni se pueden obligar, ya que no son sujetos de derechos, pero el sometimiento de un predio a otro, quiere decir que el dueño de un inmueble tendrá ciertos derechos sobre otro inmueble que no es suyo, que es ajeno. El propietario del primer inmueble tendrá unos derechos reales que limitan la propiedad ajena y que acrecientan la utilidad de su propia cosa, viceversa, el dueño del segundo inmueble -el sometido o “predio sirviente”- verá limitado su derecho de propiedad.

En las servidumbres prediales existe, pues, siempre un predio llamado “**dominante**”, en cuyo beneficio se reconoce la servidumbre. Más exactamente, el propietario del predio dominante, tendrá unos derechos que van más allá de los límites de su propiedad. Correlativamente, en toda servidumbre predial, se da un predio “sirviente”, que soporta el gravamen, que está en alguna manera limitado o disminuido; más exactamente, el dueño de este predio es quien tendrá una limitación en su derecho de propiedad sobre su propia cosa.

Las relaciones jurídicas se producen siempre entre sujetos de derechos: entre personas, pero estas relaciones de servidumbres prediales, pasan a través de las cosas, se concretan en las cosas de forma que hablamos, y hablamos correctamente, diciendo que una cosa está sometida a otra, que un predio es dominante y otro predio es sirviente.

El **carácter real** de las servidumbres hace que sea indiferente la persona del dueño de las cosas. Estas pueden pasar a nuevos titulares del dominio por los diversos modos de transferencia del dominio, y siempre pasarán con las cosas, las servidumbres que las afectan.

Porque se trata de un derecho real, la defensa del mismo se realiza mediante las acciones judiciales que se han de dirigir por el dueño de un inmueble

al propietario de otro inmueble. Así, una sentencia de la Corte Suprema reconoció que no se debía demandar al que había construido una pared medianera defectuosa, sino al actual dueño de la finca en que se hallaba dicha construcción.

El carácter real de las servidumbres se traduce en el aspecto económico en que influyen en el **valor** de las cosas: aumenta normalmente el valor del predio dominante, porque tiene a su favor un servicio proporcionado por otro inmueble; disminuye el valor del predio sirviente, porque debe soportar una carga, normalmente a favor de un vecino. Por esto, cuando se establece una servidumbre se compensa a quien la soporta -al dueño del predio sirviente-, con la correspondiente indemnización, y cuando se libera de la servidumbre, se debe devolver la compensación, en ciertos términos que examinaremos en su momento.

Para que exista servidumbre, anota Eduardo Carrión Eguiguren, “es preciso que se imponga un gravamen sobre un predio en utilidad de otro predio. Según esto las servidumbres son numerosas. Cualquier ventaja que un fundo pueda deducir de otro es objeto de servidumbre, con tal de que no contravenga el orden público y las leyes y ordenanzas”.

Nuestro Código Civil define con precisión las servidumbres prediales en el artículo 859, que dice así: “Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño”.

Queda muy claro que se trata de una limitación del derecho de propiedad y que constituye un derecho real. La relación se verifica entre los propietarios de los predios, pero a través de éstos. Se ejercita el derecho directamente en las cosas, independientemente de quien sea el dueño. Se puede exigir este derecho frente a cualquier persona, porque no se trata de relaciones personales o de obligaciones.

La finalidad de esta institución aparece también en los términos de la definición: se trata de conseguir la **mejor utilidad** de un predio. El ejemplo más típico es el de la servidumbre de paso: si no se puede acceder a un terreno, no sirve para nada; en cambio, si otra propiedad da paso para llegar a él, entonces la utilidad del predio dominante se hace efectiva. Otro

tanto se aprecia en el caso del acueducto: las aguas que permiten regar y hacer producir un terreno, pasan a través de un predio sirviente: esta servidumbre da su verdadera utilidad al predio dominante, al que recibe las aguas de regadío.

De la definición del artículo 859, se desprende evidentemente, que en toda servidumbre existen **dos predios**, es decir, dos propiedades inmuebles. No hay servidumbre posible ni entre personas, ni entre cosas muebles, solamente se produce esta figura jurídica cuando hay un predio dominante y un predio sirviente. El artículo 860, ha querido todavía insistir en esta relación real, de dos inmuebles: "Se llama predio sirviente al que sufre el gravamen, y predio dominante, el que reporta la utilidad.- Con respecto al predio dominante la servidumbre se llama **activa**, y con respecto al predio sirviente, **pasiva**".

La **correlación** de los derechos es esencial: uno soporta una carga y otro tiene la ventaja a su favor. Hay ciertas situaciones más complejas, en las que se puede dar una reciprocidad de cargas, es decir, que subsistan simultáneamente una servidumbre activa y pasiva en cada predio: ambos soportan alguna carga en favor del otro.

Finalmente, también cabe que la carga soportada por el predio sirviente, sea **en beneficio de una pluralidad**, incluso indefinida, de otros predios. Entonces estamos más bien en el caso de las llamadas servidumbres administrativas. Hay, efectivamente, ciertas limitaciones que se imponen a los inmuebles, en beneficio de muchos otros, como sucede cuando es necesario hacer pasar una conducción eléctrica para llevar el fluido a múltiples casas o establecimientos industriales de un pueblo, etc. Otras veces, las limitaciones de la propiedad se establecen por ordenanzas -normalmente municipales-, para asegurar ciertas condiciones de salubridad, seguridad, ornato u otras ventajas que benefician a múltiples propietarios, imponiendo determinadas limitaciones al dominio de cada finca. El Código Civil menciona estas servidumbres administrativas, pero no se ocupa directamente de ellas, sino que se remite a las respectivas ordenanzas y leyes especiales.

Para hacernos una idea de la variedad de limitaciones que se pueden establecer a través de las servidumbres, citemos Hedemann, quien refiriéndose

al Código Civil alemán dice: "Conforme al texto (Art. 1018), se puede distinguir: 1. Derecho de aprovechamiento positivo, por ejemplo, titularidades de paso o camino, pastos, saca de turba, de maderas, acueducto, balcón. 2. Limitaciones negativas que impiden ciertas actividades dentro del predio gravado, por ejemplo, edificar, establecer en él una industria fabril (muy frecuente en las parcelaciones para la construcción de viviendas familiares), talar ciertos árboles, excavar pozos, tener aves domésticas, etc. 3. Modificaciones del derecho de vecindad establecido en las leyes (es decir, modificaciones de los derechos que legalmente nacen de la propiedad del predio gravado sobre el predio dominante), por ejemplo, respecto del uso de muros medianeros, de la expulsión de gases, de la emisión de ruidos y conmociones, de la caída de frutos, etc.

Se presenta cierta dificultad para distinguir las servidumbres de otras limitaciones del dominio que se aceptan como naturales y derivadas de la misma esencia de las cosas. La propiedad, aunque se haya considerado como un derecho absoluto (ahora se tiene una noción más exacta y limitada de la propiedad), tiene siempre algo de relativo, de limitado; ni siquiera es posible ejercitar un derecho de manera absoluta e ilimitada, el propio interés, el interés ajeno y el bien común, exigen ciertas limitaciones que podemos calificar de totalmente normales. Estas limitaciones no suponen servidumbre, y más bien, cuando se alteran, ampliándolas o restringiéndolas voluntariamente, entonces surgen verdaderas servidumbres, porque el derecho de propiedad de uno se acrecienta a costa de cierta restricción del derecho de propiedad de otro.

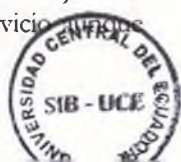
La mencionada dificultad ha originado algunas críticas severas a nuestro Código y al de Napolcón del cual deriva, diciendo que se incluyen en el Título de las servidumbres, algunas de esas limitaciones naturales del dominio en beneficio de los vecinos, que no son propiamente servidumbres. El punto puede ser discutido, pero el legislador ha encontrado una manera eficaz de tratar de estas limitaciones de la propiedad en beneficio de otras propiedades, sean éstas claramente determinadas o indeterminadas. En ciertas hipótesis, podría hablarse más exactamente de servidumbres administrativas, pero, en fin de cuentas, las relaciones reales entre los predios dominantes y sirvientes se rigen por las mismas reglas en todos estos supuestos.

Uno de los más antiguos comentadores del Código Civil chileno, Chacón, ya decía que: "La servidumbre es esencialmente un gravamen: Por otro lado, la servidumbre predial tiene por objeto reconocer las servidumbres impuestas a favor de un predio, sin embargo, los servicios impuestos no pueden ser ni a la persona ni en favor de la persona, sino solo de predio a predio. En las servidumbres coexisten una carga y un beneficio. La servidumbre es un acto voluntario puesto que cada cual puede sujetar a su predio a las servidumbres que quiera". Solamente hay que observar, que también hay servidumbres "naturales" y otras "legales", que no implican necesariamente un acto voluntario de las personas. De esta observación surge la diferencia entre las servidumbres y los derechos de usufructo, uso o habitación: en estos últimos, se limita el dominio, pero a favor de ciertas personas, no con relación directa a un predio dominante.

Castán y Tobeñas, distingue cuatro géneros de limitaciones del dominio: las que provienen del dominio eminente del Estado; por razón de la voluntad del transmitente; por la misma voluntad del dueño, y por razón de un conflicto de derechos de los particulares. Este análisis de los orígenes de las servidumbres, nos permite apreciar mejor cómo las diversas limitaciones del dominio sobre un predio, en favor de otro predio, pueden ir desde la figura más característica de una servidumbre predial, hasta las simples reglas de convivencia, pasando por las regulaciones administrativas. En los diversos grados de gravámenes sobre los bienes raíces, se produce el fenómeno de una limitación de las facultades del dueño, en favor de otro propietario.

De Diego explica esa variedad de situaciones que configuran las servidumbres propiamente dichas y otras figuras análogas, partiendo de la historia. La conjunción de influencias del Derecho Romano y del Derecho Germánico, han originado esta situación un tanto ambigua, o de poca delimitación entre las servidumbres en estricto sentido, y las restricciones de la propiedad por razones de interés general.

A su vez, Claro Solar insiste en que por la misma redacción del Código aparece evidente que las personas son indiferentes, en materia de servidumbres prediales, aunque ellas las establezcan voluntariamente, no es utilidad de una persona concreta, sino en beneficio de un predio, como cualidad inherente a un bien raíz, y por eso no varía el servicio



cambien las personas. Estamos ante un verdadero derecho real y no ante una obligación o crédito personal.

En las servidumbres encontramos una **carga real**, sobre la cosa, sobre el inmueble, pero, además, esta carga consiste generalmente en algo simplemente pasivo: el predio sirviente tiene la obligación de **dejar hacer** y sólo excepcionalmente el dueño del predio sirviente tendrá que hacer algo, en cuyo caso será algo que simplemente facilite el ejercicio de su derecho por parte del propietario del predio dominante, o que remueva un obstáculo para el ejercicio de ese derecho del dominante. Estas servidumbres en las que exclusivamente se impone al predio sirviente una actitud pasiva, se llaman positivas, en contraposición a las llamadas servidumbres negativas, en las que la pasividad es aún mayor, puesto que consisten en la prohibición de hacer algo que ordinariamente sería lícito, por ejemplo, la prohibición de edificar o de sobreelevar una pared (*altius non tolendi*).

Hedemann destaca esta **característica pasiva** tanto de las servidumbres positivas como de las negativas, remitiéndose al viejo proverbio latino “*servitus in faciendo consistere nequit*”, no consisten las servidumbres en ninguna acción. Esto ahonda la diferencia entre este derecho real y carga real, que son las servidumbres, y las cargas personales que se pueden establecer por vía de obligación contractual, por ejemplo el contrato de construcción de una casa⁴.

Esta característica de las servidumbres de ser meramente pasivas, las distingue de otros derechos, incluso de carácter real, que han surgido en los modernos códigos. Puig Brutau, citando a Barassi, señala que el Código Italiano de 1942 admite el derecho real que permite edificar en terreno ajeno y adquirir la propiedad temporal de lo construido, derecho esencialmente diferente de las servidumbres, a pesar del parecido.

Este mismo autor destaca las diferencias entre las servidumbres y las relaciones de vecindad. En las primeras se trata de un derecho real que concede un disfrute muy limitado sobre un inmueble ajeno, mientras que en las segundas, solamente se dan unas limitaciones recíprocas, en beneficio común de los vecinos y, a veces, en consideración del bienestar general de

⁴ Hedemann, Obra citada, II, p. 349.

una población, como es el caso de las llamadas “servidumbres administrativas”, o regulaciones urbanísticas, sanitarias, etc.

A propósito de las servidumbres administrativas, afirma Alessandri que en ellas existe solamente el predio sirviente; no hay predio dominante, sino que la limitación se establece **en beneficio de toda la colectividad** de propietarios de muchos otros predios. Da como ejemplo un gancho o roseta que se coloca en la pared de una casa para sujetar los cables eléctricos que llevan la energía a todo un pueblo. Estas servidumbres administrativas están fuera del comercio y no dan derecho, normalmente, al dueño del predio sirviente para solicitar la indemnización que compete en las servidumbres propiamente dichas.

Algunos autores niegan el carácter de verdaderas servidumbres prediales a las administrativas y aún a las llamadas “**servidumbres naturales**”, que provienen del estado normal de las fincas. Si se trata de una situación ordinaria, argumentan, si no se altera en nada lo que la naturaleza misma ha dispuesto y el derecho simplemente reconoce, no se está limitando el derecho de propiedad y no se está imponiendo ningún gravamen especial, por tanto no hay servidumbre. Pero se puede replicar, que el hecho de la generalidad o generalización de los casos, no quita la real limitación del derecho de propiedad y la ventaja de un predio sobre otro. La cuestión es más de sistematización teórica que práctica, porque nuestras leyes, enmarcan las servidumbres administrativas y las naturales en el concepto más amplio y genérico de servidumbres prediales y dan reglas precisas para las diversas situaciones. Podemos concluir, pues, que por expresa voluntad del legislador, deben considerarse como servidumbres, aunque estén sometidas a normas específicas.

Hay que resaltar la **doble calidad** de las servidumbres: por una parte, constituyen un derecho real y, por otra, son una carga o gravamen igualmente real. Desde el punto de vista del predio dominante, aparece el concepto de derecho real, y miradas las cosas desde la situación del predio sirviente, reconocemos más el aspecto de gravamen.

Las definiciones de muchos códigos modernos, desde el francés, el chileno, el nuestro, o el italiano, insisten en que las servidumbres son una carga o gravamen. Efectivamente, la característica de pasividad que ya hemos

ponderado, lleva a destacar el concepto de gravamen. El predio sirviente tiene que soportar una limitación; su dueño no podrá hacer todo lo que podría un propietario cuyo inmueble no está sujeto a servidumbre. Ese gravamen, beneficia a otro, al dueño del predio dominante, pero no implica una obligación de tipo personal: el propietario del sirviente no tiene que hacer nada, puede sí suceder que se impida hacer algo, que se le prohíba, y, normalmente, tendrá solamente que “dejar hacer”.

La necesaria presencia de dos predios, es decir de dos inmuebles, hace que las servidumbres sean de carácter inmobiliario, como expresamente lo mencionan Planiol y Ripert. Pero, además de derecho real inmobiliario, las servidumbres, tienen el carácter de derecho accesorio, inseparable de las respectivas propiedades, de donde deriva el hecho de que no pueden enajenarse independientemente de los predios a que pertenecen. Tampoco pueden hipotecarse, embargarse o rematarse independientemente. Son inseparables de los predios respectivos.

Sin embargo, como se trata de un derecho real, las servidumbres pueden reivindicarse, aunque será difícil que se produzca la situación de tener que reivindicar solamente la servidumbre, sin reclamar la misma propiedad de un fundo. Una sentencia de la Corte Suprema abordó y resolvió este problema de la manera indicada.

Las servidumbres se establecen exclusivamente para el uso de los predios o fincas, es decir de los terrenos o edificios, pero de ninguna manera se aplican a las cosas que se consideran inmuebles por destinación o por simple adherencia, como el caso de las maquinarias agrícolas, ganados o plantas. Solamente se da el caso muy excepcional de los árboles medianeros, que sirven de cerca divisoria, pero ya veremos que resulta discutible el carácter de estas servidumbres. Además, los árboles y los otros inmuebles por adhesión, no tienen carácter permanente, sino vida limitada y las servidumbres, en principio son perpetuas.

La **perpetuidad** de las servidumbres es otra característica natural, aunque no esencial. Normalmente no tienen limitación en el tiempo, se establecen para siempre. Pero cabe establecer una limitación temporal por expresa disposición, en el título constitutivo; no se excluye, pues, de modo absolu-

to el plazo o la condición, sino que éstos son posibles, aunque no sea lo normal.

En el Derecho Romano, la perpetuidad de las servidumbres se consideraba de modo absoluto; Papiniano decía que no pueden constituirse ni por tiempo ni para cierto tiempo, ni bajo condición ni con cierta condición. En este aspecto, nuestro Código ha innovado profundamente, porque permite la creación de servidumbres, según las reglas propias de los actos testamentarios y de las convenciones entre vivos, las cuales pueden sujetarse a esas modalidades que limitan el tiempo. Permanece, sin embargo, como regla general o como situación normal la de la perpetuidad de las servidumbres.

Fucyo Lancri destaca el hecho de que nuestras leyes permiten también establecer servidumbres bajo condición. Este mismo autor señala un caso curioso de litigio presentado ante los tribunales de Chile, por una barda que giraba sobre gozne enganchado en una encina; cuando se echó abajo el árbol, reclamó el beneficiado por la puerta. La Corte resolvió que no podía reclamarse la reposición de la barda, por tratarse de una servidumbre pretercedera, dependiente de la subsistencia del objeto que se perdió.

Los inmuebles a los que se aplican las servidumbres, deben estar en el comercio, pues así lo exige la naturaleza misma de estas relaciones jurídicas, pero también esta norma admite alguna excepción, en el caso de caminos o plazas, que no están en el comercio y que tienen que permitir el paso de las aguas, prolongando o haciendo posibles las servidumbres de aguas.

Por otra parte, hay que considerar el caso de las servidumbres administrativas y las vías públicas, aunque tengan carácter permanente, pueden eventualmente ser cerradas, para abrir otras, o para rectificar su rumbo; de donde se sigue que pueden alterarse profundamente las referidas servidumbres y aún desaparecer. Por acto administrativo, se puede pasar un inmueble del patrimonio público al patrimonio privado y viceversa, de modo que lo que estaba en el comercio, puede dejar de estar en él.

Otra característica de las servidumbres es la **indivisibilidad**. Al respecto, Planiol dice: "Las servidumbres son indivisibles. Cuando un predio perte-

nece a distintas personas, ninguna servidumbre podrá establecerse sobre el mismo o a favor sin mediar el consentimiento de todos los propietarios; la servidumbre no puede surgir, activa ni pasivamente, gravando una porción indivisa ni a su favor. Por el contrario; si se hubiera establecido una servidumbre antes del hecho que ha originado la indivisión, la servidumbre existente no podrá extinguirse por la voluntad o por actos de uno o de algunos de los propietarios; no puede desaparecer respecto a una parte, subsistiendo en cuanto al resto”.

Rivas Cadena señala que algunos comentaristas, en especial franceses como Dumoulin y Toulrier, postulan la divisibilidad de las servidumbres; aducen en apoyo de su opinión, ciertas situaciones de hecho en el funcionamiento de ellas. Esto lo sostienen contra la opinión de Pothier, que propició siempre la indivisibilidad de la servidumbre. El asunto sigue siendo debatido entre los comentaristas de los diversos países. Se puede sintetizar el estado de la cuestión así: en principio las servidumbres son indivisibles, activa y pasivamente, pero, por excepción, se producen situaciones en que la utilidad práctica de las servidumbres resulta compartida por varios propietarios, lo cual implica una suerte de división, al menos intelectual de la servidumbre activa. También, si el predio sirviente pertenece a varias personas, aunque la servidumbre permanezca íntegra, se concibe una cierta división intelectual, en cuanto cada propietario ve disminuido el valor de su cosa, en una determinada medida.

La indivisibilidad se manifiesta evidentemente en el hecho de que no se puede establecer, modificar o extinguir una servidumbre, sino con la **intervención de todos los copropietarios.**

La servidumbre, en cuanto tal, es indivisible, ya que consiste en un gravamen, que existe o no existe, pero no puede darse a medias o en parte. Si hay un derecho de paso, o de vistas sobre un predio, no se concibe que pueda pasarse sólo en una parte, o que se pueda mirar hasta cierto punto. Lo único que cabe, como dejo dicho, es que, en caso de división de los predios -sea del dominante o del sirviente- los respectivos propietarios, respetando la integridad de la servidumbre, tienen que asumir una parte ideal, intelectual, de ella, en cuanto aumenta o disminuye el valor de su propiedad.

No cabe tampoco transferir una cuota de servidumbre, ni ceder o modificar parcialmente la servidumbre. Si en las situaciones de copropiedad uno de los dueños enajenara o modificara por su sola voluntad una servidumbre, este acto no tendría efecto alguno, salvo que, al dividirse la cosa le correspondiera a él en su integridad; entonces sí, el acto arbitrario tendría valor, sería oponible contra quien lo hizo y sería aplicable al inmueble que ya le pertenece en su totalidad. También en este caso aparece el carácter indivisible de la servidumbre.

El artículo 864 del Código Civil declara: “Las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen”, y como consecuencia, agrega, el Art. 865: “Dividido el predio sirviente no varía la servidumbre que estaba constituida en él, y deben sufrirla aquél o aquellos a quienes toque la parte en que se ejercía”. Así se concreta la indivisibilidad de la servidumbre desde el punto de mira del predio sirviente. Hay que reconocer que si se produce una cierta división material, cuando el predio se divide y la servidumbre sigue afectando a las partes que surgen de la división, sin alterarse la servidumbre, cada parte soportará dicha servidumbre en la misma forma que antes de la división, por ejemplo, un camino.

En cuanto al predio dominante, el artículo 866 dice: “Dividido el predio dominante cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, pero sin aumentar el gravamen del predio sirviente.- Así, los nuevos dueños del predio que goza de una servidumbre de tránsito, no pueden exigir que se altere la dirección, forma, calidad o anchura de la senda o camino destinado a ella”.

Para terminar este artículo sobre las características de las servidumbres, que derivan de su definición, conviene detenerse siquiera brevemente a considerar ciertas figuras jurídicas que tienen mucho en común con las servidumbres, pero que no lo son propiamente.

En primer lugar, las llamadas “servidumbres de interés público”, implican ciertas limitaciones a la propiedad privada, pero no constituyen verdaderas servidumbres prediales, porque no existe la relación directa entre predio dominante y predio sirviente. Estas limitaciones pertenecen más bien a la organización general del derecho de propiedad, a su reconoci-

miento por parte del sistema jurídico positivo: la propiedad, por amplia que sea, se sujeta a necesarias restricciones que impone el bien común, estas limitaciones no significan un derecho real ni de un sujeto determinado ni, mucho menos, atribuible a toda la comunidad.

A veces, se configuran estas servidumbres de interés público, como servidumbres administrativas, reguladas por leyes especiales o por ordenanzas municipales o provinciales, y en este caso, se asimilan en cuanto a múltiples efectos a las servidumbres propiamente dichas, como sucede en el caso del uso de las riveras de los ríos.

Muchas relaciones de vecindad pueden también concebirse como servidumbres recíprocas. Algunos autores, como Aubry y Rau o Demolombe, niegan el carácter de servidumbres a estas prestaciones recíprocas que impone la vecindad, fundándose en que si son comunes a todos los predios, pertenecen a las regulaciones normales de la propiedad y no se han de considerar como servidumbres. Sin embargo, Planiol y otros, hacen notar que el carácter de servidumbre no depende de la mayor o menor generalización de las restricciones, de que sean muy frecuentes o no lo sean, sino de que, de cualquier manera, se está imponiendo un gravamen que disminuye la propiedad de uno a favor de otro predio que se beneficia con algo que no está dentro de sus propios límites. El carácter recíproco de estas servidumbres, las configura, evidentemente, como algo especial, pero no dejan de ser tales. Ahora bien, en las urbanizaciones modernas suelen imponerse ciertas limitaciones en interés de todos los propietarios de un sector, por ejemplo, obligando a determinados tipos de edificación, prohibiendo sobreelevar, o establecer industrias, casas de salud, escuelas, etc. Estas limitaciones se presentan como servidumbres recíprocas, porque cada propietario es dominante y sirviente: en beneficio de cada uno y a cargo de cada uno se establecen estas limitaciones; pero la indeterminación de los titulares hace, por lo menos, dudoso que se trate de verdaderas servidumbres.

Se plantea también la figura un tanto ambigua de las “servidumbres de empresa”, o “aziendali”, en la doctrina italiana. Aquí tenemos una especie de intermedio entre el derecho real o la obligación, entre la servidumbre predial y una suerte de servidumbre personal. Se imponen determinadas restricciones al dominio de un predio, pero no precisamente a favor de

otro predio -y por eso no son propiamente servidumbres-, sino a favor de una empresa o de múltiples empresas. Es, por ejemplo, el caso de la **obligación de no concurrencia**, o de no competencia, de no fabricar o vender algún producto, que se reserva a otra u otras empresas; aquí tenemos una limitación del dominio, pero no hay un predio dominante, de modo que no es una servidumbre en el sentido propio. Biondi define la servidumbre industrial como aquella que confiere la facultad de recabar del fundo sirviente algunos productos o alguna utilidad para el ejercicio de una industria; tampoco en este caso se encuentra cual sea el predio dominante y no se puede admitir la existencia de una servidumbre en el clásico sentido de nuestro código. La doctrina, tiende a abrirse hacia estas nuevas formas, pero nuestra ley aún no les da cabida.

25. Clases de servidumbres

En Roma se dividían las servidumbres prediales en urbanas y rurales. Esta clasificación no subsiste en nuestro derecho y, en general ha desaparecido en el mundo moderno.

Dos criterios fundamentales sirven ahora para la división de las servidumbres: atendiendo a **su origen**, son naturales, legales o voluntarias; teniendo en cuenta su **naturaleza y efectos**, se establecen tres clasificaciones: 1. continuas o discontinuas; 2. positivas o negativas; 3. aparentes o inaparentes.

Todavía se puede hablar de **principales y accesorias**. Las primeras, son las servidumbres propiamente dichas, y las accesorias, consisten en servicios o modalidades que van unidas al ejercicio de una servidumbre principal, como el derecho de pasar por un predio para realizar la limpieza del acueducto que constituye servidumbre sobre ese mismo fundo.

El artículo 860 del Código Civil habla de servidumbre **activa** y de servidumbre **pasiva**; pero esta consideración no funda propiamente una clasificación: la misma servidumbre es activa con relación al predio dominante y es pasiva, mirada desde el punto de vista del predio sirviente. El artículo 860 más bien completa la definición de servidumbre, dada en el artículo anterior, y determina las partes implicadas, que son los dos predios, o más exactamente los propietarios de los dos inmuebles relacionados a través de

dichas cosas. Dice así el artículo 860: “Se llama predio sirviente al que sufre el gravamen, y predio dominante el que reporta la utilidad.- Con respecto del predio dominante la servidumbre se llama activa, y con respecto del predio sirviente, pasiva”.

El artículo 861 define las servidumbres continuas y discontinuas, según el criterio de la necesidad de una acción del hombre o la carencia de dicha necesidad: “Servidumbre **continua** es la que ejerce o se puede ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre, como la servidumbre de acueducto por un canal artificial que pertenece al predio dominante; y servidumbre **discontinua** la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo, y supone un hecho actual del hombre como la servidumbre de tránsito”.

Aunque el artículo transcrito menciona la periodicidad, no es ella la que determina que una servidumbre sea o no continua, sino la exigencia de un hecho del hombre para ejercerla. Cuando se requiere un hecho especial de alguna persona, entonces resulta obvio que habrá una alternatividad periódica, es decir, que no será continua, sino discontinua, porque un hombre no puede estar constantemente haciendo la misma acción todo el tiempo, sin descanso alguno. Pero no es verdad lo contrario: cuando no se requiere un hecho del hombre, la servidumbre puede o no ejercerse continuamente, puede o no haber una continuidad temporal. Por esto, la servidumbre de recibir las aguas lluvias del vecino es una servidumbre continua, porque no requiere un hecho del hombre, y aunque no siempre está lloviendo, esta servidumbre es continua. En cambio, Barros Errázuriz, pone el ejemplo de una bomba que extrae agua constantemente, sin interrupción, y da origen a una servidumbre discontinua, porque requiere el hecho del hombre para sacar esa agua, aunque se haga de manera constante y no interrumpida; esta es una servidumbre discontinua.

Una sentencia de la Corte Suprema declara que el servicio de desagüe de un baño, de una cocina y de aguas de regadío de una dhesa, no es continuo, porque requiere un hecho actual del hombre.

Dice el artículo 862: “Servidumbre **positiva** es, en general, la que sólo impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer, como cualquiera de las dos anteriores; y **negativa**, la que impone al dueño del

predio sirviente la prohibición de hacer algo que sin la servidumbre le sería lícito, como la de no poder elevar sus paredes sino hasta cierta altura.- Las servidumbres positivas imponen a veces al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo, como la del artículo 878”.

Normalmente para que una servidumbre sea positiva no se requiere más: solamente que el dueño del predio sirviente deba “dejar hacer” al dueño del predio dominante. Pero, a veces, estas servidumbres positivas imponen al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo, como dice el segundo inciso del artículo 862, que pone el ejemplo de lo dispuesto en el artículo 878, esto es, la obligación que tienen los vecinos de concurrir a la demarcación. El ejemplo, resulta muy discutible y, de hecho, algunos comentaristas no aceptan que la demarcación sea propiamente una servidumbre, pero, en todo caso, el legislador quiere manifestar que el dueño del predio sirviente puede resultar obligado a realizar algo, sin que esto sea lo más importante para que una servidumbre sea positiva; lo que determina el carácter positivo de la servidumbre es la acción del dueño del predio dominante, que debe ser respetada, sufrida, por el predio sirviente y su dueño.

Esa eventual actividad que se impone al dueño del predio sirviente, tiene carácter excepcional y no se ha de considerar, en ningún caso como lo principal de la servidumbre, sino como algo accesorio. Se trata, de hacer posible el ejercicio de la servidumbre, lo cual compete directamente al dueño del predio dominante, aunque, a veces, el dueño del predio sirviente, deba colaborar en alguna medida secundaria o instrumental. En el Derecho Romano se afirmaba que las servidumbres no pueden consistir en una obligación de hacer, y este principio subsiste en nuestro derecho, a pesar de esta posibilidad excepcional de que el dueño del predio sirviente deba hacer algo, que no es lo principal ni esencial de la servidumbre, por ejemplo, remover un obstáculo para el tránsito cuando su predio sufre una servidumbre de paso.

Negativa, es la servidumbre que impone una prohibición especial al dueño del predio sirviente. Se le impide hacer algo que normalmente podría realizar en ejercicio de su derecho de propiedad. El ejemplo que señala el Código, es el más tradicional, el originado en el Derecho Romano: “altius non tolendi” o prohibición de sobreelevar, de sobrepasar cierta altura en la

edificación. En el mundo moderno se han multiplicado las prohibiciones que se imponen voluntariamente por motivos urbanísticos y que se configuran como servidumbres negativas. A través de ellas se procura dar ventajas a los vecinos, evitando ruidos, olores desagradables, presencia de animales que podrían afectar a la salud, etc.

Otra importante clasificación, sobre todo por sus efectos con relación a la prescripción, es la de servidumbres **aparentes y no aparentes**, que señala el Art. 863: “Servidumbre aparente es la que está continuamente a la vista, como la de tránsito cuando se hace por una senda o por una puerta especialmente destinada a él; e inaparente, la que no se conoce por una señal exterior, como la misma de tránsito cuando carece de estas dos circunstancias o de otras análogas”.

Observa Puig Peña que el signo exterior que hace ostensible la servidumbre aparente, puede estar en el predio dominante o en el sirviente: por ejemplo una ventana en el predio dominante, manifiesta el derecho de mirar al predio sirviente, un camino en éste, exterioriza visiblemente el derecho de paso a través del sirviente, etc.

En cuanto al **origen**, las servidumbres son naturales, legales o voluntarias, según dispone el artículo 870: “Las servidumbres, o son naturales, que provienen de la natural situación de los lugares, o legales, que son impuestas por la ley, o voluntarias, que son constituidas por un hecho del hombre”.

A su vez, el artículo 875 subdistingue, dentro del género de las servidumbres legales, las relativas al **uso público** y las de **utilidad particular**: “Art. 875.- Las servidumbres legales son relativas al uso público o a la utilidad de los particulares.- Las servidumbres legales relativas al uso público son: El uso de las riberas, en cuanto sea necesario para la navegación o flote; y las demás determinadas por los reglamentos u ordenanzas respectivos”.

Esta última referencia a las ordenanzas y reglamentos, tiene relación con lo que dispone el artículo 871: “Las disposiciones de este Título se entenderán sin perjuicio de las ordenanzas generales o locales, sobre las servidumbres”. Las “ordenanzas generales”, entendemos que son los reglamentos de índole nacional, por ejemplo, los de sanidad, caminos, aguas,

etc., mientras que las Ordenanzas, en el Ecuador, son expedidas por los Concejos Municipales o los Consejos Provinciales. Estas serían las “ordenanzas locales”.

26. Constitución de las servidumbres

Universalmente se reconocen como medios para crear las servidumbres, el **título, la destinación del dueño** o padre de familia y la prescripción. El reconocimiento sea por parte de un propietario o por declaración judicial, se reducen a la categoría de títulos.

Los títulos pueden consistir en actos **entre vivos o por causa de muerte**. Pueden ser propiamente constitutivos, cuando se da origen a la servidumbre, o meramente declarativos, cuando se reconoce que ya existía o había derecho a la servidumbre.

Las servidumbres naturales, como dispone el artículo 870, dependen exclusivamente de la situación misma de los predios, de modo que nada puede hacer el hombre para crearlas: ellas existen por disposición de la naturaleza. Un predio está situado en una posición tal que le obliga naturalmente a recibir las aguas que bajan por la fuerza de la gravedad, siguiendo su curso natural, no alterado por la mano del hombre.

Pero puede suceder que se discuta precisamente si el estado de las cosas es natural o si ha sido alterado por obra humana. En tal caso, el **reconocimiento voluntario del dueño del predio sirviente**, constituirá título que afianzará la servidumbre natural. Y si no hay ese reconocimiento voluntario, la discusión judicial terminará en **sentencia**, que, declarará que existe o que no existe esa relación natural entre dos predios; la sentencia será también un título declarativo de dicha servidumbre natural. Ni en el primer supuesto, ni en el segundo, quiere decir que se constituye la servidumbre por el reconocimiento privado o judicial, sino que dichos reconocimientos permiten el uso efectivo de la servidumbre y la documentan para que nadie pueda oponerse a ella.

Igualmente, en el caso de las servidumbres legales, puede surgir la controversia entre el propietario del predio dominante y el del sirviente, de suerte que ante la afirmación del uno y la negativa del otro, el juez determinará en

sentencia si realmente existe dicha servidumbre legal, constituyendo la **sentencia un título declarativo**.

Como nuestro sistema jurídico relativo a los derechos reales sobre los inmuebles, se ajusta rigurosamente a las formalidades del Registro de la Propiedad, las servidumbres constituidas o reconocidas mediante título, deben ser necesariamente inscritas en el Registro de la Propiedad, incluso, las naturales, en las hipótesis que se acaban de exponer. El artículo ordena que la tradición de los bienes raíces, y expresamente también de las servidumbres prediales, debe hacerse mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad. El artículo 713 se refiere más expresamente a la tradición de servidumbres, que se efectuará por inscripción del título en que se exprese constituirlo. No parece aplicable este artículo al caso de las sentencias meramente declarativas, pero, por analogía, y para estar de acuerdo con todo el sistema del Registro, dichas sentencias también deben inscribirse. En los casos de herencia o legado de una servidumbre, no hay tradición, pero también se precisa la inscripción, entonces, por aplicación de las normas relativas a las herencias y legados de inmuebles.

El título, y el título debidamente inscrito, son, pues, la forma más general de constitución o de reconocimiento de la existencia de una servidumbre, sea esta natural, legal o voluntaria.

Una sentencia de la Corte Suprema -entre muchas semejantes-, dice: “Es conocido que las servidumbres de toda clase, como las continuas, no aparentes, no pueden ser adquiridas por el uso, aun cuando este sea por tiempo inmemorial, sino que de conformidad con el artículo 926 del Código Civil, sólo pueden adquirirse mediante título”, y agrega que **no puede sustituirse el título por la prueba del uso**, ni la prueba de la inspección judicial. “El único medio que puede suplir al título constitutivo de la servidumbre es el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente”, y ese reconocimiento del dueño, sería realmente un título, y debería inscribirse.

El título debe ser **expreso**, no simplemente implícito. Dice una sentencia de la Corte Suprema: “Aunque en la venta se exprese que la transferencia se hace con todas sus servidumbres activas y pasivas, esa declaración gené-

rica e imprecisa no vale como reconocimiento expreso de la servidumbre de desagüe de aguas servidas”.

Anota Barros Errázuriz que “El título es el modo más comprensivo de los modos de establecer las servidumbres, porque sirve para constituir toda clase de ellas, sean continuas o discontinuas, aparentes o inaparentes. Los otros medios, como la prescripción y la destinación del padre de familia, sirven solo para adquirir determinadas clases de servidumbres”.

Dice a este propósito Claro Solar: “Nuestro Código no hace distinción entre las diversas clases de servidumbres, ni habla de título de reconocimiento; establece únicamente que el reconocimiento expreso de la servidumbre, de cualquier clase que sea, hecho por el dueño del predio sirviente, suple al título constitutivo de servidumbre. Naturalmente, a falta de este título, el reconocimiento expreso de la servidumbre es el único medio que queda al propietario del predio dominante para acreditar la constitución de una servidumbre discontinua o de una servidumbre continua inaparente”. Pero no debemos olvidar las disposiciones de los artículos 702 y 713, que ordenan inscribir las servidumbres, y en el caso de reconocimiento por parte del dueño del predio sirviente parece evidente que se está creando o reconociendo una servidumbre que debe ser entregada por tradición, mediante la inscripción de esa declaración -verdadero título-, en el Registro de la Propiedad.

También el **alcance o contenido** exacto del derecho, debe constar del título. Solamente a falta de título habrá que recurrir a otros medios para determinar esa extensión del derecho y, como se dirá más adelante, la prescripción puede suplir, en ciertos casos, dicha deficiencia.

El título normalmente establece la servidumbre de modo directo y especificando el alcance preciso de ella, pero puede suceder que falte aquella concreta referencia y, sin embargo, aparezca inequívocamente la voluntad de constituir la servidumbre. Como el artículo 886 ordena que si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si es adjudicada a cualquiera de los que la poseían pro indiviso, y en consecuencia esta parte viene a quedar separada del camino, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna; a falta de expresa significación, la **presunción legal** completará la imprecisión del título.

Otra presunción de existencia de servidumbre, plantea el artículo 1148: “Si se deja parte de un predio, se entenderán legadas las servidumbres que para su goce o cultivo le sean necesarias”. La inscripción del correspondiente testamento dará el título inscrito al propietario del predio dominante. También podría suceder que, en la partición, se precisen más esas servidumbres, y entonces, la inscripción de la sentencia de partición será el título adecuado. “La especie legada pasa al legatario con sus servidumbres y demás cargas reales”, dice el artículo 1152, de modo que corrobora lo anteriormente expresado.

El artículo 1353 en el numeral 5, establece que “En la división de fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce”. Los actos de partición, que pueden ser realizados en forma directa y convencional por los coparticipes que sean capaces, o bien en forma judicial; en ambas circunstancias, ya que se trata de derechos inmobiliarios, deben constar por escritura inscrita.

Igualmente, por lo dispuesto en el artículo 890 respecto de la medianería, tenemos que el dueño de un predio puede adquirir la servidumbre, pagando al vecino la mitad del valor del terreno en el que se encuentra un cerramiento y la mitad del valor actual del cerramiento; de esta manera, se constituye la servidumbre y el título sería de compra, que, por tratarse de inmueble, debe constar en escritura pública inscrita.

El sistema de Registro de la Propiedad en el Ecuador, como sucede también en otros países, pretende acumular absolutamente todos los datos sobre la propiedad y las transferencias de dominio y de otros derechos reales sobre los inmuebles. Pero hay que tener en cuenta que cuando se estableció el Registro, no se ordenó empadronar todas las fincas, sino que solamente se dispuso que se inscribieran los títulos traslativos de dominio que se produjeran con posterioridad a la vigencia de la ley; por tanto, los predios que no se han transferido, no tienen por qué estar inscritos: las propiedades más antiguas, aquellas cuyos títulos están más sólidamente establecidas por el transcurso del tiempo, pueden perfectamente estar fuera del Registro. Lo mismo puede suceder respecto de servidumbres establecidas antes de la vigencia del Registro de la Propiedad en el Ecuador.

A propósito de lo que se acaba de exponer, hay que distinguir entre el título como base jurídica de un derecho y el “título cartulario”, o documento que representa al título. Lo que se necesita para que exista el derecho de propiedad o para que se constituya una servidumbre es el **título en cuanto causa jurídica**, no el título material en el que consta o se documenta el primero. Normalmente el título se probará mediante el respectivo documento escritura pública, tratándose de inmuebles, pero no siempre, como acabamos de considerar, por razones históricas.

Tratándose de servidumbres administrativas el título puede ser una Ley, Ordenanza u otra norma administrativa de valor general. Un Acuerdo Ministerial de época de Dictadura, en 1971, estableció “servidumbre de tránsito a favor de la Asociación de Excursionistas de Pichincha”. El caso es notable, porque no existe predio dominante, sino que se concede el derecho a favor de un grupo de personas, lo cual significa una figura jurídica bastante distinta de la servidumbre predial, incluso de carácter administrativo, y se aproxima más bien al concepto germánico de las servidumbres personales.

Los títulos provenientes de **concesión administrativa**, aunque ya consten en un acto público y solemne, como es la publicación del Decreto, Ley, etc. en el Registro Oficial, deben de todas maneras inscribirse en el Registro de la Propiedad, para lo cual se suele proceder a la previa protocolización de esos actos en una Notaría. En realidad, siendo actos auténticos de la Administración, no parece necesaria esta práctica, y bastaría con su promulgación y con el Registro, para suficiente garantía de los derechos de terceros.

Se plantean interesantes problemas en torno a **quien puede constituir** las servidumbres y conferir el correspondiente título. En términos generales hay que decir que esto compete al propietario del predio sirviente. Junto con ser propietario, se requiere tener la libre disposición del bien respectivo y gozar de capacidad jurídica.

Si **varios son dueños** de una cosa, no cabe que uno sólo de los establezca una servidumbre. Si de hecho lo hiciera, los condóminos podrían oponerse y hacer anular el acto injurídico. Si, por el contrario, se produjere la división de la cosa, adjudicándose al que constituyó la servidumbre la cosa

o la parte de la cosa sobre la que recae este gravamen, entonces sí tendría que respetarse la servidumbre, el arbitrario constituyente no podría alegar su propia falta para desconocer la servidumbre.

En cambio, tratándose de beneficiar a una finca con una servidumbre activa, es decir, de reconocerla como predio dominante, uno de los conduños puede actuar **en favor de todos**, sea contratando o demandando la constitución de una servidumbre a su favor. Una sentencia de la Corte reconoce que el conduño muy bien puede entablar demanda de constitución de una servidumbre de acueducto, que ha de beneficiar a todos los propietarios comunes de la finca.

Un **usufructuario**, como señala Claro Solar, no puede constituir servidumbre en el predio fructuario, por la sencilla razón de que no tiene derecho de disponer de la propiedad, sino de gozar de ella conservando la forma y sustancia; es decir, no puede imponer sobre el predio fructuario una servidumbre que tenga que respetar el nudo propietario. La servidumbre tendrá que constituirse con el consentimiento de ambos, usufructuario y nudo propietario.

En cambio, no se ve inconveniente para que el usufructuario establezca una servidumbre que le afecte exclusivamente a él en su derecho, es decir, bajo condición de terminar el momento en que deba restituir la propiedad o cuanto se cumpla el plazo de su derecho; entonces no perjudica a nadie soportando un gravamen que sería solamente transitorio, aunque, ya hemos explicado que las servidumbres, por naturaleza, suelen ser perpetuas y solo por excepción cabe que se las limite en el tiempo.

El que constituye la servidumbre, como queda dicho, debe ser dueño y poder disponer de su propiedad; no tiene esa libertad de disposición quien tenga obligación de entregar un inmueble a otra persona, por ejemplo, por disposición testamentaria que le concedió el dominio bajo esa condición. Para esta hipótesis hay que aplicar el artículo 1507: “no podrá resolverse la enajenación o gravamen (en nuestro supuesto, la servidumbre), sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito, u otorgado por escritura pública. Si consta así la condición, es claro que el dueño no puede imponer una servidumbre a su predio, y si lo hiciera, sería anulable el gravamen.

Para los casos en que la constitución de la servidumbre se haga a título de **compraventa**, el artículo 1740 que dispone expresamente que el título ha de ser protocolizado e inscrito. Es bien sabido que el título, entre nosotros no basta para transferir la propiedad, sino que se requiere un “modo” de transferir el dominio, y este suele ser la “tradición”, que en materia de inmuebles se verifique mediante la inscripción en el Registro de la propiedad. Lo mismo se aplica a las servidumbres, que son derechos reales sobre inmuebles.

Cuando se deja **en herencia** o se **hace un legado**, la propiedad o la servidumbre u otro derecho real se transmiten por el título y modo de la sucesión. La sucesión es a la vez título y modo. En cuanto título de un derecho real, debe también inscribirse en el Registro de la propiedad.

No basta que los herederos acepten de hecho ciertos servicios. Entre las partes de un predio que han recibido en herencia, para que se establezca una verdadera servidumbre. Así una sentencia de la Corte Suprema, negó que se hubiera constituido servidumbre, por el hecho de que varios herederos hubieran tomado de hecho unos lotes de terreno, sin proceder a una partición formal; después realizaron entre sí varias ventas en las que se mencionan servidumbres de tránsito, pero sin establecer expresamente cual sea el predio dominante y cual el sirviente. En dicha forma no se constituyen servidumbres.

El título es indispensable en las servidumbres discontinuas. Estas se adquieren exclusivamente mediante título, no pueden adquirirse por destinación del padre de familia, ni por prescripción. Varias sentencias han corroborado esta clara norma. Así, por ejemplo, una servidumbre de paso no se puede adquirir sino por título y no basta la posesión, aunque sea por tiempo inmemorial, porque no da lugar a prescripción adquisitiva.

La segunda manera de constituir una servidumbre es por la **destinación que hace el propietario de dos fincas**, que luego enajena una de ellas, o ambas, manteniendo el servicio de la una en favor de la otra. Esto solamente es posible en el caso de las servidumbres continuas y aparentes.

Se ha discutido si cabe esta forma de constitución cuando no se trata de dos fincas sino de una sola que el propietario divide y enajena una de ellas

o enajena separadamente ambas. Considero que, ya que se admite como verdadero título la aceptación de la servidumbre por parte del dueño del predio sirviente y puesto que el propietario bien puede dividir su finca, no hay inconveniente para que el gravamen que establezca de hecho se convierta en servidumbre desde el momento en que enajena una parte de su propiedad gravada en la forma que él estableció.

Una escalera común a dos casas del mismo dueño -dice una sentencia de la Corte Suprema- no se convierte en servidumbre, cuando enajena una de las casas, porque se trata de un uso discontinuo, y las servidumbres discontinuas sólo se adquieren por título.

Igual razón se da en otra sentencia: no se constituye servidumbre por el hecho de haber construido un propietario un desagüe en su predio, que luego divide en dos; porque el desagüe no es continuo ni aparente.

En cambio sí vale la constitución en esta forma -por destinación del dueño- en el caso de aguas lluvias, porque este es un servicio aparente y continuo, ya que no requiere de acción actual del hombre.

Finalmente, las servidumbres pueden constituirse por **prescripción**. El artículo 2312 declara que la propiedad y los derechos reales se adquieren por prescripción, conforme a las normas del Título XL del Libro IV del Código Civil, pero se hacen dos excepciones: el derecho de herencia y las servidumbres, éstas se rigen por reglas especiales.

Concretamente, para la prescripción adquisitiva de las servidumbres tenemos el artículo 926: "Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas no aparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituir las.- Las servidumbres **continuas y aparentes** pueden adquirirse por título, o por prescripción de cinco años, contados como para la adquisición del dominio de los fundos".

El motivo de que solamente las servidumbres continuas y aparentes puedan adquirirse por usucapión, consiste en que únicamente en ellas se puede dar propiamente una posesión del pretendido derecho. En las inaparen-

tes esa posesión no puede manifestarse y en las discontinuas faltaría la necesaria permanencia de la posesión.

Para la **prescripción extintiva** de una servidumbre sí puede tomarse en cuenta el tiempo transcurrido desde el último acto de ejercicio de una servidumbre discontinua: si transcurren diez años, sin que se haga uso de ella, sin ningún acto ni siquiera esporádico, se entiende que existe un abandono y se considera extinguida por prescripción.

No cabe adquirir por prescripción si solamente se han producido actos meramente tolerados por el propietario, que bien puede, a su arbitrio, hacer favores u obras de caridad, sin consentir que su predio quede gravado con una obligación permanente, como es la servidumbre. Al respecto, dice el artículo 2399: “La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna.- Así, el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique.- Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales o paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre de tránsito o pasto.- Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento del otro”.

Resulta evidente que para adquirir por prescripción una servidumbre, se requiere verdadera posesión, es decir, la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño. Quien solamente recibe un favor, y utiliza una cosa, recibéndola del dueño por mera tolerancia, no está ejercitando actos de señor y dueño, sino más bien, reconoce el dominio ajeno. Ahora bien, en las servidumbres inaparentes y en las discontinuas, o en las que a la vez reúnan ambas cualidades, no puede aparecer la voluntad de tener con ánimo de señor y dueño, de modo inconfundible, y por tanto, no cabe adquirir por prescripción en tales circunstancias.

Cuando alguien, por el contrario, realiza actos que el dueño del predio que sería sirviente no quiere tolerar, dará ocasión para que el propietario defienda su finca mediante las correspondientes acciones judiciales. En primer lugar, para esa defensa, tiene el dueño a su alcance las acciones posesorias. Algunas acciones posesorias están especialmente dispuestas para

evitar que se establezcan arbitrariamente usos o servicios que podrían originar una servidumbre por prescripción. Así el Art. 980 dice: “Si se hicieren estacadas, paredes u otras labores que tuerzan la dirección de las aguas corrientes, de manera que se derramen sobre suelo ajeno, o estancándose lo humedezcan o priven de su beneficio a los predios que tienen derecho de aprovecharse de ellas, mandará el juez, a petición de los interesados, que tales obras se deshagan o modifiquen, y se resarzan los perjuicios”.

El propietario tiene, pues, la adecuada defensa judicial para impedir que se le impongan arbitrariamente servidumbres. Pero debe ejercitar su acción dentro del tiempo razonable que la ley le concede; si deja pasar los años, esas obras que imponen una carga a su predio se convertirán en servidumbre, por prescripción adquisitiva, siempre que consistan en obras aparentes y que den lugar a un servicio continuo, es decir sin necesidad de una acción propia del hombre en cada momento. Por esto, el artículo 981 se refiere a que las obras nuevas deben ser removidas, siempre que no haya transcurrido el tiempo bastante para constituir un derecho de servidumbre. Y en concordancia con esta disposición, el artículo 989 dispone: “Las acciones concedidas en este Título no tendrán lugar contra el ejercicio de servidumbres legítimamente constituidas”.

Cuando un predio está bajo la tenencia de persona distinta del propietario, el tenedor debe avisar al propietario cualquier abuso de los vecinos, para que pueda ejercitar la acción correspondiente; en ciertos casos ellos mismos, los tenedores, deben defender judicialmente la posesión, y si no lo hacen, adquieren responsabilidad por su omisión. Refiriéndose explícitamente al usufructuario, el artículo 816 lo declara “responsable de sus hechos u omisiones” y por “las servidumbres que, por su tolerancia, haya dejado adquirir sobre el predio dado en usufructo”. Hay, pues, una tolerancia culpable, como puede haber una tolerancia que no cause daño: si se deja expresa constancia del reconocimiento del dominio, si el que se beneficia no lo hace como “señor y dueño”, sino afianzando más bien, el derecho del propietario.

La prescripción no puede obrar cuando “las obras corrompan el aire y lo hagan nocidamente dañoso”, dice el segundo inciso del artículo 981. Hay aquí una preocupación ecológica muy laudable y tanto más admirable

cuanto que proviene del primitivo texto del Código, es decir, de una época en la que poco se atendía a estos aspectos.

El artículo 928 establece que: “El título o la posesión de la servidumbre por el tiempo señalado en el artículo 926, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente”. Ahora bien, el artículo 926 precisa que se adquieren las servidumbres continuas y aparentes en cinco años, contados como para la adquisición del dominio de los fundos. Esa cuenta del tiempo, a su vez, según el artículo 2408 se hace considerando dos días como uno, cuando se aplica a personas que están ausentes de la República.

Se ha planteado la duda de si la norma del artículo 926 se refiere exclusivamente a la prescripción ordinaria, que es la que permite adquirir el dominio en cinco años, o si también cabría aplicar la **prescripción extraordinaria de quince años**. Este planteamiento sería útil en el caso de adquisición “a non domino”, por un título conferido por quien no tenía derecho de propiedad sobre el inmueble sirviente. De ninguna manera se podría aplicar la prescripción extraordinaria a las servidumbres inaparentes o discontinuas, por la expresa prohibición contenida en el mismo artículo 926 y porque no se darían los presupuestos de una posesión no clandestina, como lo exige el artículo 2410. Por otra parte, como el artículo 2412 se remite expresamente al 926 para las servidumbres, debemos entender que esta norma especial prevalece sobre la más general del artículo 2410, y que no se puede admitir la prescripción extraordinaria de las servidumbres.

En cuanto al **momento desde el que comienza** a obrar la prescripción, Fucyo advierte que es cuando las obras aparentes se han concluido, no desde que comienzan a efectuarse ciertos trabajos y apoya su opinión en resoluciones de la jurisprudencia francesa y chilena.

Puig Brutau analiza el caso de una servidumbre que se extingue porque el dueño del predio sirviente adquiere el predio dominante, pero luego vuelve a enajenar uno de los fundos. ¿Revive la servidumbre? Estaríamos ante la situación de la constitución por destinación: si el que reunificó los predios destruyó las obras aparentes por las cuales se ejercía la servidumbre, indudablemente quedaría definitivamente extinguida; en cambio, si conservó esas obras y servicios aparentes y continuos, y volvió a enajenar uno

de los predios, se repondría la servidumbre a título de destinación anterior en aplicación del Art. 925: “Si el dueño de un predio establece un servicio continuo y aparente a favor de otro predio que también le pertenece, y enajena después uno de ellos, o pasan a ser de diversos dueños, por partición, subsistirá el mismo servicio con el carácter de servidumbre entre los dos predios; a menos que, en el título constitutivo de la enajenación o de la partición, se haya establecido expresamente otra cosa”.

27. Modo de ejercer las servidumbres

El alcance o extensión del derecho que confiere la servidumbre, se delimita por lo que haya establecido el respectivo título, y a falta de él, la destinación del propietario o el uso razonable. El artículo 928 dice: “El título, o la posesión de la servidumbre por el tiempo señalado en el artículo 926, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente”. Naturalmente también se determinan esos derechos, por las disposiciones de la ley, que en muchas circunstancias señala exactamente cómo se han de ejercitar. Sin embargo, pueden surgir aún conflictos entre los propietarios de los predios dominante y sirviente, y se deben resolver con un criterio de equidad, que inspira toda la legislación de servidumbres, ya que estas limitaciones del dominio se establecen para mejor servicio de las propiedades y las cargas no deben ser excesivas.

Los artículos 867, 868 y 869 se ajustan a este criterio de equidad y permiten resolver adecuadamente las controversias que puedan plantearse:

“Art. 867. El que tiene derecho a una servidumbre lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla. Así el que tiene derecho de sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título”.

“Art. 868. El que goza de una servidumbre puede hacer las obras indispensables para ejercerla; pero serán a su costa, si no se ha establecido lo contrario; y aun cuando el dueño del predio sirviente se haya obligado a hacerlas o repararlas, le será lícito exonerarse de la obligación abandonando la parte del predio en que deban hacerse o conservarse las obras”.

“Art. 869. El dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo.- Con todo, si por el transcurso del tiempo llegare a serle más oneroso el modo primitivo de la servidumbre, podrá proponer que se varíe a su costa; y si las variaciones no perjudican al predio dominante, deberán ser aceptadas”.

El criterio general que se desprende de estas equitativas disposiciones consiste en que la servidumbre no debe gravar más de lo necesario al predio sirviente, pero debe asegurar eficientemente el servicio indispensable para el predio dominante. Los intereses de los dos propietarios deben equilibrarse, sin excesos ni abuso del derecho por parte de ninguno de los dos. El juez debe resolver los conflictos siguiendo estas normas.

Las obras materiales para el servicio de la servidumbre, por regla general, corren a cargo del dueño del predio dominante, aunque deban verificarse en el suelo ajeno. Si las ejecuta el dueño del predio sirviente, tiene derecho a pedir que las pague el beneficiario, que es el dueño del dominante. Todo esto, salvo que hayan establecido convencionalmente otra cosa. El sentido de equidad llega a permitir que el que se obligó a construir las obras, pueda liberarse de esa obligación, abandonando el suelo respectivo. Una sentencia de la Corte Suprema declaró que en este caso de abandono del suelo, no es necesaria la solemnidad de escritura pública.

Las mismas normas rigen para las obras necesarias para la conservación de la servidumbre, no sólo para su mismo establecimiento o funcionamiento originario.

El tiempo puede alterar las circunstancias, y hacer más gravoso lo que inicialmente no lo fue, sea por el desvío que naturalmente se produzca en el paso de las aguas, o por el envejecimiento de acueductos o paredes, por las nuevas necesidades del cultivo de una finca que sufre la servidumbre, o de seguridad de habitaciones, etc. Todas estas variaciones no deben disminuir el derecho del predio dominante, pero al mismo tiempo, se deben tomar en consideración para que no resulte más gravosa la servidumbre para el predio sirviente, y, si es preciso, habrá que hacer alguna variación en el modo de ejercitar la servidumbre.

No son las partes las que pueden introducir unilateralmente esas variaciones, ni pueden arbitrariamente limitar el derecho ajeno. Si no llegan a un acuerdo mutuo, es el juez quien debe establecer los cambios que sean necesarios o convenientes para que ninguno de los dos quede excesivamente gravado o limitado en sus respectivos derechos.

A veces puede surgir la duda de si se trata de una servidumbre o de otra situación jurídica, como la de condominio. Hay diferencia entre ser condueños o tener una servidumbre. Así, en el caso de servidumbre para la utilización de un pozo, o condominio de un pozo, el segundo derecho es mucho más amplio que el primero. Lo mismo, si se trata de un callejón que pertenece a varios propietarios, su derecho es mucho más amplio que el de quien solamente tiene una servidumbre de tránsito.

Si los términos del título son claros, el juez solamente tiene que aplicarlos y ordenar que se respeten. Así una sentencia de la Corte Suprema ordena la construcción de un canal, por el sitio que menos perjuicio causa al predio sirviente y resulta también conveniente al dominante. La jurisprudencia ha reconocido que también la Ley de Aguas sigue el mismo criterio que aparece de los artículos del Código Civil.

28. Las servidumbres naturales

El Título XII del libro II del Código Civil, “De las Servidumbres”, contiene una división en Párrafos, de los cuales los tres primeros tratan de las servidumbres naturales, legales y voluntarias, y el último, de la extinción de las servidumbres.

El Párrafo 1º, que trata de las servidumbres naturales, en realidad se refiere exclusivamente a las de **aguas que corren naturalmente**. Tiene estrecha relación con las disposiciones de la Ley de Aguas sobre la misma materia y con las servidumbres de acueducto, que pueden ser legales o voluntarias.

Las servidumbres relativas a las aguas que corren naturalmente, es decir, sin que intervenga una obra del hombre para desviar su curso, significan la **aceptación de un hecho normal**: que las aguas descienden siguiendo la línea de menor resistencia; y este hecho reconocido por el derecho, implica que los predios vecinos no pueden alterar arbitrariamente el curso natural,

deben aceptar lo que trae de beneficioso y de inconveniente esta realidad; para cambiarla se requiere el consentimiento del vecino que a su vez podría ser beneficiado o perjudicado, de modo que lo natural puede ser modificado por una convención entre los propietarios, que originaría una servidumbre voluntaria, al alterar la natural.

En esta materia, como en todo lo relativo a servidumbres, tiene importancia sobresaliente el sentido de equidad; aún diríamos, de equilibrio, o ponderada distribución de las cargas y ventajas entre los vecinos.

Hay que tener en cuenta que el Código se redactó y se conservó -a través de múltiples reformas- dentro del concepto de que las aguas podían ser objeto de la propiedad particular. Concretamente se reconocía la propiedad de las aguas que nacían y morían en la misma heredad, y también había propiedad privada de las aguas denunciadas y concedidas por las autoridades administrativas, o de las adquiridas por cualquier título entre vivos o mortis causae. Pero, según la Ley de Aguas DS 369, publicada en el Registro Oficial 69 del 30 de mayo de 1972, todas las aguas corrientes se declaran bienes nacionales de uso público (Art. 3) y solamente se conceden “derechos de uso” y no la propiedad de las aguas, a los particulares.

La Ley considera, sin embargo, que el concesionario puede constituir servidumbres de tránsito, acueducto y otras conexas, para aprovechar de su concesión. Está también obligado a efectuar las obras necesarias para ejercitar tales derechos (Art. 6).

La Ley de Aguas protege los **derechos adquiridos**, de modo que prohíbe que se limite o impida el uso de las aguas por parte de quienes lo han obtenido legalmente (Art.8), y los dueños de predios lindantes con cauces públicos podrán poner defensas contra las aguas en sus respectivas márgenes, y aún para volver las aguas a su acostumbrado cauce cuando este haya variado (Arts. 9 y 11). Para estas obras se requiere un permiso administrativo que confiere el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos (INERHI).

El nuevo sistema jurídico de aguas reconoce únicamente el “derecho de aprovechamiento” o “uso”, obtenidos por concesión, a excepción de las aguas que se requieran para el servicio doméstico (Art. 14). El beneficiario

de aguas reconoce la propiedad del Estado, mediante el pago de una tasa por el servicio que recibe (Arts. 17 y 18).

La Ley da su debida importancia a la conservación de las aguas y el mantenimiento de su pureza, libre de contaminación (Arts. 20-22).

Las **concesiones** de aguas pueden ser “ocasionales”, sobre recursos sobrantes; o a “plazo determinado”, para riego, industrias y demás labores productivas; y “de plazo indeterminado”, para uso doméstico (Art. 23).

La autorización de utilización de aguas estará subordinada al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Que no interfiera otros usos; b) Que las aguas, en calidad y cantidad sean suficientes; y, c) que los estudios previos para la utilización sean aprobados por el organismo administrativo (Art. 24).

Cuando las aguas disponibles sean insuficientes para satisfacer múltiples requerimientos, se dará **preferencia** a los que sirvan mejor al interés económico-social del País (Art. 25). Se dará preferencia a las necesidades domésticas y de abrevadero de animales, luego a las de agricultura y ganadería, las de usos energéticos, industriales y mineros y finalmente, otros usos (Art. 34).

Cuando no se aprovechan bien las aguas concedidas, se puede suspender o cancelar la concesión (Art. 31).

Las concesiones deben **inscribirse** en el INERHI, y requieren el permiso previo de la Armada Nacional cuando se relacionen con la navegación o flote (Art. 30). Hay que contar con este Instituto para toda obra o modificación de las existentes (Art. 35). Si varios usuarios llevan sus aguas por un acueducto común, cada uno de ellos puede desviar en el lugar más conveniente las aguas que le corresponden, siempre que no haga más onerosa la servidumbre a los respectivos predios sirvientes, que no perjudique el derecho de los demás usuarios, y que se indemnicen los perjuicios que la desviación ocasione (Art. 36).

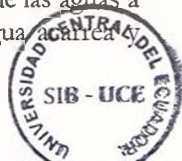
La Ley precisa muchos detalles de las concesiones para usos domésticos, para riego y fines energéticos (Arts. 37-40), sobre las concesiones para el

aprovechamiento de aguas subterráneas (Arts. 41-45), sobre las aguas minerales, termales y medicinales (Arts. 46-47), las remanentes (Art. 48), sobre el riego (Arts. 49-54) y sobre las propiedades ribereñas o marginales (Art. 55) así como sobre los estudios y obras hidráulicas (Art. 56-60). Pero lo más interesante para nuestro estudio del Código Civil, es el Título XV de la Ley de Aguas (Arts. 61-73) que trata de las servidumbres, y primeramente de las servidumbres naturales en el artículo 61.

El artículo 872 del Código Civil, dice: “El predio inferior está sujeto a recibir las aguas que descienden del predio superior naturalmente, esto es, sin que la mano del hombre contribuya a ello”. La Ley de aguas agrega un segundo inciso que dice: “Con autorización del Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos, los propietarios de los predios referidos, **podrán modificar el curso de las aguas**, siempre que no causen perjuicio a terceros...”. El mismo criterio inspira los incisos 2 y 3 del artículo 872, aunque están redactados de modo diverso, en forma más negativa: “No se puede, por consiguiente, dirigir un albañal o acequia sobre el predio vecino, si no se ha constituido esta servidumbre especial. En el predio sirviente no se puede hacer cosa alguna que estorbe la servidumbre natural, ni en el predio dominante, cosa alguna que la grave”.

De modo que, tanto el Código como la Ley, tutelan el mantenimiento del estado natural del curso de las aguas y el respeto a los derechos adquiridos. Ambas disposiciones jurídicas admiten la posibilidad de alterar la situación natural, por convención entre las partes -y además se requiere la autorización administrativa-, para mejor uso de las aguas. Estas alteraciones constituyen una servidumbre voluntaria, que modifica la natural. No importa para estos efectos que se trate de aguas que fueron de propiedad particular y ahora se consideran nacionales, o de concesiones de derechos de aprovechamiento; en uno u otro caso, la situación natural no debe ser alterada sino mediante el cumplimiento de los requisitos legales, que ponen a salvo los derechos de los propietarios e impiden que se agrave inútilmente la carga que puede soportar una heredad.

Dice Barros Errázuriz que, si las aguas descienden naturalmente, el dueño del predio inferior no sólo está obligado a recibirlas, sino que está obligado también a remover el embarazo que sufra el curso ordinario de las aguas a causa del cieno, piedras, palos u otros materiales que el agua acarrea.



deposita, para que las aguas vuelvan a su curso antiguo, o bien, a permitir que lo hagan los dueños de las heredades en que esta alteración del curso del agua cause perjuicio, repartiéndose los gastos de la limpia o desembarazo entre los dueños de los predios a prorrata del beneficio que reporten del agua.

La jurisprudencia de varios países va asegurando cada vez más la obligación de que estas aguas no sean contaminadas. Así, Borrell relata sentencias de las Cortes españolas en el sentido de que los dueños de los predios inferiores pueden oponerse a recibir los sobrantes de los establecimientos industriales que arrastran o llevan en disolución sustancias nocivas introducidas por los dueños de éstos. En tales casos hay lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, porque no consiste en eso la servidumbre natural. En el Ecuador tenemos la Ley de protección del medio ambiente y el Reglamento, dado por Acuerdo 2144, promulgado en el Registro Oficial 204 del 5 de junio de 1989, que impiden esta clase de contaminaciones peligrosas o malsanas. También la Ley de aguas, prevé el caso en el artículo 70, especialmente cuando las aguas se destinan a usos domésticos.

Sin embargo, observa Rivas, que el dueño del predio sirviente tiene que recibir las aguas con su natural carga de limo, arenas, piedras, maderas que se desprenden naturalmente de los árboles, etc., es decir todo aquello que no sea producido por una intervención humana.

Las aguas a que se refiere esta servidumbre pueden tener diverso origen, como provenir de un manantial que surge en el predio dominante, o venir de más lejos, de otros predios o de tierras baldías, como sucede en muchos casos de riachuelos que nacen por el deshielo de los altos montes, cuyo suelo pertenece al Estado; también pueden ser simplemente las aguas lluvias. En todo caso, se trata de las aguas que bajan naturalmente, sin obra de hombre. El hombre puede más bien hacer ciertas obras para evitar que estas aguas se represen artificialmente; por ejemplo, si se construye el cerramiento de un terreno, se deben dejar huecos de desagüe de estas aguas corrientes naturales. Una sentencia de la Corte Suprema ha aclarado este caso concretísimo, en el sentido de que se pueden hacer horados para dejar correr las aguas lluvias, que quedarían detenidas por las paredes; esto no va contra la disposición del Código sobre que no se desvíen las aguas.

Otra sentencia deja en claro que no existe servidumbre natural de aguas lluvias en el sentido de que los techos de un edificio puedan descargar esas aguas en el terreno vecino; estas deben caer en el propio terreno o sobre una calle o camino público. Para que se puedan desaguar en el predio del vecino debe haberse establecido la servidumbre voluntaria correspondiente y esta deberá constar por título, puesto que tratándose de una servidumbre discontinua, no se adquiere por prescripción.

Como hace notar Chacón, a diferencia de la generalidad de las servidumbres que siempre imponen un gravamen al predio sirviente en beneficio del dominante, la servidumbre de aguas corrientes, impone un gravamen y proporciona a la vez un derecho al dueño del predio sirviente. Efectivamente, el dueño del predio sirviente puede utilizar esas aguas que recibe y tiene también el derecho de que entren a su predio de manera regular, normal, pudiendo impedir cuanto tienda a desviarlas, sea para acumularlas excesivamente en un punto, sea para quitarle ese recurso que puede aprovechar para múltiples usos. Nuestra Corte Suprema ha reconocido que “la obra que reduce la facultad de arrojar aguas al solar ajeno mediante una construcción destinada a facilitar su ejercicio, es aparente y discontinua puesto que se ejerce a intervalos en virtud de un hecho actual del hombre y pertenece a las voluntarias (no es el caso de la natural), por tanto, sólo puede adquirirse por título y ni aún el goce inmemorial basta para constituir la. La modificación, pues, de la servidumbre natural, solamente puede efectuarse por un título, mediante libre aceptación por parte del dueño del predio sirviente, y entonces estamos ya en el caso de servidumbre voluntaria. En el mismo sentido, otra sentencia afirma: “No se puede disminuir el goce de las aguas por parte del predio inferior, practicando obras en el superior”.

Tanto las aguas que nacen y mueren en el propio predio, como las que pasan a otro, o que eventualmente vienen de otra heredad, pueden ser utilizadas por el dueño de una finca, sean de dominio nacional o bien estén concedidas a otra persona; esta utilización se concede para usos domésticos, para riego o para usos industriales. Pero este uso, según el artículo 873 se concede de manera amplia, sin mayor limitación, en tanto que la Ley de Aguas, sujeta estos usos a los límites de lo necesario, según la concesión administrativa, que se dará respetando usos anteriormente re-

conocidos y otros de mayor urgencia, como el abastecimiento de agua potable a las poblaciones.

El artículo 890 dice: “El dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren naturalmente por ella, aunque no sean de su dominio privado, el uso conveniente para los menesteres domésticos, para el riego de la misma heredad, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas y abreviar sus animales. Pero aunque el dueño pueda servirse de dichas aguas, deberá hacer volver el sobrante al acostumbrado cauce, a su salida del fundo”.

Ya hemos dicho que, la Ley de Aguas no reconoce dominio privado sobre las aguas corrientes, de modo que la referencia a él, que se encuentra en el artículo transcrito, debe entenderse en el sentido de derecho de aprovechamiento o concesión de aguas; también puede entenderse el uso normal, sin ninguna obra del hombre, como el aprovechar la humedad que dejan al pasar, para que crezcan árboles cercanos al curso de las aguas.

Las aguas que no se utilizan, sea con concesión o sin ella, deben seguir su curso normal o volver al cauce natural. No puede el dueño de un predio impedir que estas aguas sirvan a otros propietarios que tienen riberas más adelante. Tampoco la Administración pública podría alterar arbitrariamente el curso de estas aguas, por caminos u otras obras, sin indemnizar a quienes tengan derecho de aprovecharlas, teniendo esto sí en cuenta, que no se trata de una adquisición por simple uso y posesión, ni siquiera inmemorial, como lo han declarado numerosas sentencias. En este sentido, Fuego considera que existe una servidumbre de los caminos y vías públicas, que deben recibir las aguas sobrantes y no deben alterar el curso de ellas de modo perjudicial a los propietarios ribereños.

Dice el artículo 891: “El uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella se limita:

En cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido, por prescripción u otro título el derecho de servirse de las mismas aguas. La prescripción en este caso, será de diez años, contados como para la adquisición del dominio y correrá desde que se hayan construido obras aparentes, destinadas a facilitar o dirigir el descenso de las aguas en la heredad inferior.

En cuanto contravinieren a las leyes y ordenanzas que provean al beneficio de la navegación o flote, o reglen la distribución de las aguas entre los propietarios ribereños; y,

Cuando las aguas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino; pero, en este caso, se dejará una parte a la heredad, y se la indemnizará de todo perjuicio inmediato.

Si la indemnización no se ajusta de común acuerdo, podrá el pueblo pedir la expropiación del uso de las aguas en la parte que corresponda, y en conformidad con lo dispuesto en la Constitución y leyes pertinentes”.

Los usos o aprovechamiento de aguas corresponden, pues a quien los haya adquirido por justo título o por prescripción. Admira que aquí se indique que esta prescripción será de diez años, cuando en el artículo 926 se dispone que las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por prescripción de cinco años. Ciertamente este artículo se inscribe en el párrafo de las servidumbres voluntarias, mientras que de las naturales se trata en otro párrafo y puede pensarse que el legislador ha querido exigir más tiempo para que se puedan alterar estas relaciones sobre las aguas que descienden de modo natural: las obras que alteran su curso normal, si son aparentes, pueden originar un derecho por prescripción en diez años.

No contradice lo anteriormente expuesto, la Ley de Aguas, que declara imprescriptible el dominio sobre las aguas, ya que los artículos 926 y 873 del Código Civil no se refieren al dominio sino al derecho de uso o aprovechamiento de las aguas; este derecho es el que se adquiere por prescripción o por otro título.

El alcance del derecho se puede también precisar por la misma prescripción, a falta de título expreso.

La adquisición puede ser respecto del uso de aguas que no han sido concedidas a otro propietario, pero también puede conseguirse que quien las tenga concedidas transfiera su título, pero para esto se requiere autorización del INERHI, como ordena la Ley de Aguas. Cabe también, que mediante una obra material se disminuya el aprovechamiento de un propietario inferior y que éste no reclame durante diez años, en cuyo caso adquirirá

por prescripción el que hizo las obras aparentes para el aprovechamiento de las aguas.

Ninguna adquisición vale, ni por título ni por prescripción, si se violan las leyes sobre navegación. Tampoco cabe que se adquiera derecho de aprovechar aguas violando otras disposiciones legales, como las de sanidad o de preservación del ambiente: de la conducta ilegal no pueden nacer derechos.

En cuanto a la limitación por las necesidades de uso doméstico de pueblos vecinos, nótese la equitativa solución que da el Código, al señalar que siempre se ha de reservar una parte de las aguas a favor de la heredad, aunque se de preferencia a las necesidades domésticas de los pueblos. El Código se remite a la Constitución y las leyes: la Constitución establece que para expropiar se requiere declaración de necesidad o utilidad pública o social. Las leyes, son fundamentalmente la de Aguas, que coincide con el Código Civil en esta materia, y el Código de Procedimiento Civil que establece el trámite para fijar el precio cuando no hay acuerdo entre el propietario y la entidad expropiadora.

No puede la Administración hacer **concesiones que perjudiquen a otros** propietarios que anteriormente hayan adquirido un derecho de aprovechamiento. Si fuera necesario reducir en alguna medida ese derecho, el INERHI tendría que indemnizar al propietario; en definitiva este es un nuevo caso de expropiación parcial. Claro Solar afirma esto mismo, respecto de las concesiones de aguas remanentes, según la legislación chilena.

La Ley de Aguas se refiere más directamente a los casos de varios propietarios de derechos de aprovechamiento de aguas que llevan el líquido por el mismo acueducto, y resuelve del mismo modo que el Código Civil, con criterios de equidad (Arts. 74-76).

Finalmente en este párrafo, el artículo 874 se refiere a las **aguas lluvias**: “El dueño de un predio puede hacer uso de las aguas lluvias y de cualesquiera otras que corran ocasionalmente por caminos públicos o por quebradas secas, inclusive cambiando su curso, con arreglo a la Ley de Aguas”.

Con relación a las aguas lluvias, el artículo 99 de la Ley dice: “Cualquier persona podrá almacenar aguas lluvias en aljibes, cisternas o en pequeños embalses, para fines domésticos, de riego, industriales y otros, siempre que no perjudique a terceros. Para la ejecución de obras destinadas a almacenamiento de agua de más de 200 metros cúbicos, se requerirá de planificación que debe ser aprobada previamente por el Instituto de Recursos Hidráulicos”. Nótese que, aunque el artículo 14 de la misma Ley indica que “sólo mediante concesión de un derecho de aprovechamiento, pueden utilizarse las aguas, a excepción de las que se requieren para servicio doméstico”, esa disposición no es aplicable a las aguas lluvias, ya que el artículo 99 se refiere de modo específico a éstas y no exige concesión, como es además, muy natural. Las aguas lluvias pueden aprovecharse directamente y consumirse en cualquier uso, o guardarse, en la forma prevista en el artículo 99, y no sólo para fines domésticos, sino “de riego, industriales y otros”, decir, cualquier uso. La única limitación consiste en no perjudicar a terceros, como se perjudicaría mediante depósitos sin las debidas seguridades o que humedecieran construcciones ajenas, etc. El plan y aprobación previa para construir depósitos de más de 200 metros cúbicos, tiene por finalidad asegurar esas condiciones de seguridad y evitar perjuicios públicos o a particulares. Parec, sin embargo demasiado pequeña la medida dentro de la cual se puede obrar sin permiso previo: 200 metros cúbicos significan, por ejemplo, una piscina de diez metros por diez y dos de profundidad, que es muy poco; podría siquiera duplicarse este límite de capacidad.

La materia de servidumbre de aguas se completa con las disposiciones del Código sobre el uso de las riberas, que se trata a propósito de las servidumbres legales (Arts. 875 y 876), y lo referente a la servidumbre de acueducto, que se incluye entre las servidumbres voluntarias (Art. 897 a 916). Sin embargo, entre estos artículos, que serán expuestos más adelante, el 897 contiene un principio aplicable a toda clase de servidumbres: “Las mercedes de aguas que se conceden por autoridad competente, se entenderán sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos en ellas”. Este principio generalísimo y de orden natural, informa también las disposiciones de la Ley de Aguas.

29. Servidumbres legales

Por una parte, están las servidumbres voluntarias, que se pueden establecer libremente, mientras no se perjudique el derecho ajeno o el orden público, con la mayor variedad y con el contenido que las partes quieran dar a las mutuas concesiones o limitaciones de sus propiedades; por otra parte, en el otro extremo, están las servidumbres naturales, que dependen de la situación misma de los predios. Entre estas dos categorías, se sitúan las servidumbres legales, que tienen que ver también con la situación de los predios, pero no se imponen automáticamente, ni dependen libremente de las convenciones entre las partes, aunque estas convenciones pueden también admitirlas, negarlas o modificarlas. Tienen un fundamento en la ley: el Derecho permite solicitar estas servidumbres y, en caso de no querer reconocerlas el dueño del predio sirviente, queda el recurso ante el juez, que impondrá la servidumbre o delimitará su contenido y extensión.

Las servidumbres legales son impuestas por la ley, dice el artículo 870. La ley prevé estas limitaciones del dominio en beneficio de toda la comunidad y en beneficio de los propietarios particulares, de aquí deriva la clasificación que de ellas hace el Art. 875: "Las servidumbres legales son relativas al uso público o a la utilidad de los particulares.

Las servidumbres legales relativas al uso público son: "El uso de las riberas, en cuanto sea necesario para la navegación o flote; y, las demás determinadas por los respectivos reglamentos u ordenanzas respectivos".

Inmediatamente se aprecia la importancia que el Código otorga a las servidumbres relativas a la navegación o flote, ya que las señala como las principales entre las servidumbres legales de interés público, mientras respecto de todas las demás, simplemente se remite a las ordenanzas y reglamentos.

Hay sin embargo ahora algunas servidumbres legales relativas al uso público, que han adquirido tal vez mayor difusión e importancia, entre ellas, las relativas a la conducción de energía eléctrica. La Ley 1969, publicada en el Registro Oficial 472 del 28 de noviembre de 1977 trata de la constitución de gravámenes y Derechos tendientes a obras de electrificación.

Esta Ley establece el derecho del Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL) y de las empresas eléctricas que sean personas jurídicas de derecho público o privado, para ocupar el terreno de los particulares con postes, tendido de líneas aéreas o subterráneas y demás obras necesarias para la conducción de energía eléctrica. Los propietarios tienen derecho a la correspondiente indemnización por los terrenos ocupados, pero no pueden oponerse. Incluso las edificaciones, jardines y huertos, aunque se tiene especial consideración hacia ellos, pueden soportar esta servidumbre, dentro de las especificaciones que señale INECEL.

Anexas a la servidumbre principal, figuran otras como las de paso para los empleados y trabajadores que tengan que inspeccionar o reparar las conducciones eléctricas. Se penan las infracciones consistentes en destruir las conducciones o en impedir su reparación y vigilancia.

Respecto de la **navegación y flote**, solamente el artículo 876 se refiere a este importante asunto, en los siguientes términos: “Los dueños de las riberas están obligados a dejar libre el espacio necesario para la navegación o flote a la sirga, y tolerarán que los navegantes saquen sus barcas y balsas a tierra, las aseguren a los árboles, las carenen, sequen sus velas, compren los efectos que libremente quieran vendérselos, y vendan a los ribereños los suyos; pero sin permiso del respectivo ribereño y de la autoridad local, no podrán establecer ventas públicas.

El propietario ribereño, no podrá cortar el árbol a que actualmente estuviere atada una nave, barca o balsa”.

La navegación a la sirga, por tracción desde la orilla, tan difundida en Europa, en las amplias llanuras, es casi desconocida en el Ecuador. Tampoco se usan en la actualidad, sino casi por excepción, naves a vela. En cambio múltiples otras embarcaciones a remo o con motor, surcan nuestros ríos y lagunas. También subsiste el uso de balsas, para la navegación llamada a flote.

En cualquier caso, el artículo 876 determina que se debe facilitar estos usos de navegación y que se permitirá una limitada disposición de las orillas, por parte de los navegantes. No precisa el Código, qué parte o extensión de la ribera puede ser ocupada momentáneamente por ellos, a diferencia

de lo que establece el artículo 629, que reconoce una especie de servidumbre personal, a favor de los pescadores, en la zona de hasta ocho metros, contigua a la playa, donde ellos pueden cuidar de sus barcas y utensilios de pesca. Lo que se dispone respecto de los terrenos contiguos a la playa del mar no es aplicable a las riberas de los ríos o lagos, sino que de modo indeterminado, según el artículo 876, se puede utilizar momentáneamente los terrenos vecinos, en cuanto sean necesarios. Pero de ningún modo podría pensarse en una utilización de una zona más amplia que la contigua a las playas, sino más bien, una de menor extensión.

Es igualmente aplicable a los pescadores de ríos y de lagos, el artículo 631, que prohíbe hacer uso alguno de los edificios y terrenos cultivados en las riberas, ni atravesar las cercas.

Otras cargas y limitaciones del dominio se establecen por leyes de carácter administrativo, de manera similar a estas que presenta el Código Civil -quizá sin mucho rigor sistemático-, como servidumbres legales de interés público. Así, las leyes de Caminos, las de protección del ambiente, las de sanidad, de hidrocarburos y de minas, imponen ciertas limitaciones que, por ser propias del Derecho Administrativo, no se tratan en este libro, pero hay que tener presente su existencia.

Los siguientes artículos del Código Civil tratan de las servidumbres legales de interés particular, e introduce a su estudio el artículo 877 que declara: "Las servidumbres legales de la segunda especie son así mismo determinadas por las ordenanzas y reglamentos respectivos. Aquí se trata especialmente de las de demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista".

Hay que advertir desde el primer momento que las disposiciones del Código Civil pueden ser modificadas por leyes especiales que versen sobre estos determinados asuntos, y muchas veces las ordenanzas municipales, en cuanto se ajustan a la Ley y disponen detalles más concretos sobre todas estas cuestiones, prevalecen sobre las normas generales del Código. También cabe, dentro del respeto de las leyes, que los particulares modifiquen, ampliando o restringiendo las cargas que rigen como norma general, por convenio libremente pactado y con las solemnidades necesarias; estas convenciones particulares no pueden, sin embargo, traspasar los límites

exigidos por el bien común y afectar a la seguridad, la salubridad, el ornato o el mantenimiento del buen ambiente.

30. Demarcación

El artículo 878 establece que: “Todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios lindantes, y podrá exigir a los respectivos dueños que concurren a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes”.

Varios comentaristas coinciden en afirmar que el derecho a fijar los linderos de un predio no constituye una servidumbre, sino que depende simplemente del ejercicio del derecho de propiedad. Quien es dueño de un inmueble, por el hecho de serlo, ha de saber a ciencia cierta hasta donde se extiende su dominio, y en caso de duda puede acudir a la justicia para que se esclarezca un asunto de tanta trascendencia, ya que quien no conoce los linderos de su propiedad, prácticamente no puede actuar como verdadero dueño.

Se puede hablar de servidumbre, solamente en el sentido de que, para hacer eficaz el mencionado derecho, se puede exigir a los propietarios colindantes que “concurran a la delimitación” y que las expensas sean comunes. Estas dos exigencias al vecino de una propiedad, configuran la servidumbre, con un carácter de recíproca: tanto interesa al uno como al otro, aunque la iniciativa pueda surgir en cualquiera de ellos y la obligación parezca como si recayera en el otro u otros vecinos. Las cargas señaladas por la ley son dos: “concurrir a la delimitación” y participar en las expensas. Lo primero consiste en colaborar, sea llegando a un mutuo acuerdo para establecer el sitio preciso de los límites, sea, presentando títulos u otras pruebas que permitan al juez determinarlo. Sobre todo en el caso de hacerse necesaria la acción judicial, resulta evidente que ambas partes deben sobrellevar los gastos o expensas de la demarcación o “acción de apeo y deslinde”, como también suele llamarse.

La acción judicial, que deriva de la romana “actio finium regundorum”, puede plantearse fundamentalmente en dos circunstancias diversas: cuando por primera vez se trata de establecer los linderos entre dos propiedades, por ejemplo, porque ambas formaban antes parte de una sola que se

ha dividido, o se trata de tierras baldías concedidas a dos propietarios, o de terrenos formados por aluvión, etc.; la otra hipótesis consiste en que los linderos se hayan oscurecido o perdido, como sucede cuando se separan heredades por árboles, matas, zanjas u otros medios de suyo precarios, que se pierden con el tiempo, si no se los cuida o renueva adecuadamente.

El Código declara en el artículo 879: “Si se ha quitado de su lugar alguno de los mojones que deslindan los predios vecinos, el dueño del predio perjudicado tiene derecho para pedir que el que lo ha quitado lo reponga a su costa y le indemnice de los daños que de la remoción se le hubieren originado, sin perjuicio de las penas con que las leyes castiguen el delito”.

Pero no solamente en el supuesto de un delito se pueden oscurecer o alterar los límites de dos propiedades, sino por meros hechos naturales y que no dependan de la voluntad de los dueños, poseedores o tenedores de ellos; así sucede cuando el límite está señalado por un curso de agua, que puede variar sin intervención de la mano humana, y aún es frecuente que esto suceda en ríos y riachuelos.

La jurisprudencia ha precisado que se concede la acción para aclarar los linderos que se han oscurecido, o para señalarlos por primera vez, pero no cuando son claros y no se han alterado en nada.

Una sentencia de la Corte Suprema precisa que, existiendo desde hace tiempo una pared de mampostería entre dos propiedades, no se puede plantear acción de demarcación, sino que cabe discutir en el terreno de quien se ha edificado la pared y, eventualmente, habrá lugar a la acción reivindicatoria.

Hay que distinguir muy claramente la acción de demarcación de la de **reivindicación**. No solamente son dos acciones distintas, sino incompatibles, ya que la de demarcación tiene por objeto señalar unos linderos que o no existen o se han oscurecido, mientras que la de reivindicación implica que la cosa cuya propiedad se demanda, esté perfectamente delimitada, al punto que si el actor de reivindicación no señala clara y precisamente los linderos de lo que pretende reivindicar, pierde el juicio, como lo han declarado numerosas sentencias de la Corte Suprema.

Como la delimitación supone un beneficio para ambos colindantes, no hay propiamente contraposición de intereses, y es así como una sentencia de la Corte Suprema reconoce que puede plantearse entre marido y mujer, propietarios de predios vecinos, mientras que no cabría demanda reivindicatoria del uno contra el otro.

Los títulos de propiedad son la base para determinar los linderos. Sólo a falta de títulos se pueden admitir otras pruebas, como puede suceder cuando se trata de terrenos adquiridos por prescripción, o por accesión natural, como en la formación de nuevas islas, aluvión, avulsión, etc. Numerosas sentencias han afirmado esta primacía indiscutible de los títulos de propiedad.

Pueden presentarse casos en los que el juez se halle perplejo por la oscuridad de los títulos, como sucede cuando son muy antiguos y han cambiado las circunstancias exteriores: nombres de calles, poblaciones, propietarios vecinos y a veces aún el concepto de la orientación ("se habla de "cabeza" o "pie" de un terreno, con relación a caminos públicos o de puntos cardinales un tanto convencionales que no coinciden con la realidad geográfica: "norte", cuando es noreste, etc.), pero el juez no puede dejar de señalar los linderos cuando existan esas dificultades, ya que sería equivalente a denegar la administración de justicia. En esas circunstancias el juez tendrá que recurrir a medios indirectos, presunciones o deducciones sobre la superficie de los terrenos, su unidad natural, etc. y aplicar principios de equidad a falta de otra posibilidad. En el caso de aluvión, la demarcación se hace siguiendo las reglas de la accesión.

Dada la diferencia y aún contradicción existente entre la reivindicación y el deslinde, el demandante en acción de demarcación no puede pretender en el mismo juicio pasar a reivindicar una parte de la propiedad. Puede sí surgir una controversia sobre la propiedad de partes más o menos importantes del suelo al tratar de establecer los linderos, pero esa disputa tendrá que plantearse en otro juicio, ya que su finalidad es totalmente diversa. El juicio de demarcación no pertenece a la clase de aquellos en que se demanda la propiedad, aún cuando en él se discuta incidentalmente sobre cuestiones de dominio, al tratarse de fijar el lindero pedido en la demanda.

Una característica importante de estos juicios es que no prescribe la acción. Puede pasar cualquier tiempo sin que se hayan fijado los linderos, y cualquiera de los vecinos puede demandar que esto se haga; tal efecto deriva de que la demarcación es ejercicio de la propiedad y mientras esta se conserve, no cabe que se pierda el derecho a precisar los linderos. Si la propiedad prescribe, es decir, si otro la adquiere por usucapión, entonces es evidente que el anterior propietario no puede demandar deslinde, no ya porque haya prescrito la acción, sino simplemente porque no es propietario.

Las **expensas** de la demarcación incumben a ambas partes. Entre esos gastos pueden incluirse no solamente los judiciales, sino también de obras materiales que sea necesario o conveniente realizar, como reparar paredes, cercas, o acacias, o restablecer el cauce normal de aguas que era el límite y hubiere variado.

Estos juicios pueden resolverse por medio de arbitraje, y el juez ordinario puede también ser árbitro y amigable componedor, si así acuerdan las partes litigantes.

31. Cerramiento

De manera análoga a lo que sucede con la demarcación, se puede proceder al cerramiento de una propiedad inmueble, es decir, que el dueño tiene derecho de cercarla y por lo mismo, se le permite exigir a los vecinos que contribuyan a ello. El interés de asegurar los predios es recíproco y si existe servidumbre en el cerramiento, ha de tenerse como una **servidumbre recíproca**.

Dice el artículo 880: “El dueño de un predio tiene derecho para cerrarlo o cercarlo por todas partes, sin perjuicio de las servidumbres constituidas a favor de otros predios.

El cerramiento podrá consistir en paredes, fosos, cercas vivas o muertas”.

Varios autores señalan que el dueño del predio tiene derecho de cerrarlo, por el **mero hecho de ser propietario** y en esto no se manifiesta aún ninguna servidumbre. La carga consiste en que se puede obligar al vecino

a contribuir al cerramiento. Bien puede, desde luego el propietario cerrar su fundo a su propia costa, y con la pared, zanja, malla de alambre u otro sistema que prefiera, siempre que lo haga en su propio suelo; pero si quiere dividir los gastos con el vecino y asentar el cerramiento por partes iguales en su propio suelo y en el del vecino, tiene que contar con él. Aquí es cuando surge la duda de si hay un cerramiento común o medianero que deba repararse o reponerse.

Algunos comentaristas, como Chacón, consideran que en todo caso se puede obligar a los vecinos a **contribuir al cerramiento**, pues en esto consistiría propiamente la servidumbre de cerramiento, que no se alcanza a ver qué sería si no es esto. Barros Errázuriz observa que mientras las servidumbres solamente obligan a una actitud pasiva, en esta contribución al cerramiento hay un elemento activo que contradice la naturaleza de las servidumbres. Valencia Zea, considera que no estamos ante una servidumbre sino ante un caso de copropiedad. Borrell opina que se trata de una figura jurídica mixta o “híbrida”. Para resolver este asunto, hay que tener en cuenta el texto de los artículos 881 y 882, que dicen:

“Art. 881. Si el dueño **hace el cerramiento** del predio a su costa y en su propio terreno, podrá hacerlo de la calidad y dimensiones que quiera. Y el propietario lindante no podrá servirse de la pared, foso o cerca, para ningún objeto, a no ser que haya adquirido este derecho por título o por prescripción de diez años, **contados como para la adquisición del dominio**”.

“Art. 882. El dueño de un predio podrá obligar a los dueños de los predios lindantes a que concurren a la construcción y reparación de las cercas divisorias comunes.- El juez, en caso necesario, reglará el modo y forma de la concurrencia; de manera que no se imponga a ningún propietario un gravamen ruinoso.- La cerca divisoria construida a expensas comunes, estará sujeta a la servidumbre de medianería”.

Innegablemente las expresiones del Código resultan ambiguas. Se puede entender que todo propietario puede exigir a los vecinos que contribuyan a construir un cerramiento común, o también que esta exigencia solamente puede tenerla el que ya tiene un cerramiento común (y sería para repararlo, mejorarlo, cambiarlos, etc.). En la duda por la falta de claridad del

tenor literal, hay que estar al espíritu y éste se caracteriza por el sentido de equidad. El hecho de que el juez no deba “imponer a ningún propietario un gravamen ruinoso”, reafirma en que es preciso proceder con equidad, y ésta induce a pensar que en todo caso -exista o no medianería o comunidad-, se puede obligar al vecino a contribuir a las expensas, siempre que no sean ruinosas.

Se suma al argumento anterior la consideración de que el último inciso del artículo 882 dice en futuro: “La cerca divisoria construida a expensas comunes, estará sujeta a la servidumbre de medianería”, y esto parece referirse más bien a la cerca que aún no existe, a la que se va a construir. Ciertamente que la medianería no es lo mismo que el cerramiento, pero esta inclusión en el artículo 882 de la mención de la medianería futura, al tratar del cerramiento, insinúa que la servidumbre de cerramiento con la consiguiente obligación de contribuir a las expensas, se refiere a todo cerramiento, al que ya existe o al que se va a hacer.

Sigue la línea de lo expuesto, una sentencia de la Corte Suprema que resolvió que el derecho de renunciar a la medianería para no hacer las expensas, se refiere sólo a las reparaciones de la medianería ya existente. No se aplica al cerramiento que demanda uno de los vecinos, pues, no sería justo que se gravara sólo a uno de los propietarios, siendo el cerramiento un beneficio común a ambos.

32. Medianería

La medianería está íntimamente vinculada con el cerramiento, pero puede existir también en otras construcciones, como paredes de casas.

El artículo 882 ordena que “La cerca divisoria construida a expensas comunes, estará sujeta a la servidumbre de medianería”. En el artículo 889 se establece una presunción general de medianería, respecto de toda pared de separación entre dos edificios, y se formulan otras presunciones, de donde aparece que el Código, en principio tiende a considerar medianera toda pared divisoria, mientras no aparezca otra cosa.

El artículo 887 define: “La medianería es una servidumbre legal en virtud de la cual los dueños de dos predios vecinos que tienen paredes, fosos o

cercas divisorias comunes, están sujetos a las obligaciones recíprocas que van a expresarse”.

En primer término hay que destacar que el Código define como “**servidumbre legal**” a la medianería, y esto depende de que, dadas ciertas circunstancias se debe considerar medianero un cerramiento o pared común; también, se establece la medianería por imperio de la ley, cuando uno de los propietarios adquiere este derecho, conforme al artículo 890, pagando al vecino el valor del terreno en que está hecho el cerramiento y la mitad del valor actual de dicho cerramiento. Esta hipótesis implica una acción voluntaria de uno de los dueños, pero la servidumbre se considera legal, porque dimana de la disposición del Derecho, a la que se acoge el particular. También el numeral 7 del artículo 893 favorece esta constitución de medianería mediante pago de un vecino a otro.

Además de garantizar el Derecho esta posibilidad de exigir que una pared u otro cerramiento se convierta en medianero, se establecen una serie de normas que regulan el uso por parte de cada vecino de la pared común, esas normas precisan las facultades de cada dueño y suponen necesariamente cierta limitación de la libre disposición y uso que suele tener un propietario sobre sus cosas, de aquí que se considere la medianería como una servidumbre.

Este carácter de servidumbre ha sido negado por algunos autores, que ven en ella solamente una regulación del derecho de propiedad, o una **comunidad** sobre una cosa. De cualquier modo, nuestro Código ha incluido la medianería entre las servidumbres y trata, a propósito de ella, de varias relaciones de vecindad que suponen una cierta limitación del dominio. Encuentro razonable la apreciación de Borrell en el sentido de que se trata de una servidumbre recíproca.

Según explica Chacón, en la medianería, un propietario es forzado a ceder, previa indemnización, una parte de su pared y a establecer en ella una comunidad irresoluble.

En la exposición de motivos del Código Civil mexicano, leemos: “Se dio una nueva reglamentación para el ejercicio de la servidumbre, teniendo más en cuenta los intereses de la sociedad que el interés afectado del pre-

dio sirviente, y se segregó del grupo de servidumbres la llamada de medianería, pues se consideró a ésta, más que como una servidumbre, como verdadera copropiedad”.

El **origen** de la medianería puede ser diverso: bien porque los dos vecinos han proyectado y edificado, desde un primer momento, la pared, bien, porque, habiéndola hecho uno de ellos, ha adquirido el otro el derecho, conforme al artículo 890, o, porque una pared llega a ser común, por división de un inmueble, precisamente a lo largo de una pared. El caso en el que propiamente existe medianería es el segundo, y por extensión, el primero; mientras que en el tercero, se trataría más propiamente de una cosa común. Pero los tres, se regulan por las disposiciones de este Párrafo 2o., del Título de las servidumbres.

Una vez constituida la servidumbre, da derecho a cada uno de los vecinos a apoyar en ella los pisos, techos y otras obras necesarias, así como a empotrar en la pared las cañerías, líneas eléctricas o telefónicas y otros conductos. Todo ello debe realizarse sin afectar a la solidez de la pared, y sin sobrepasar la línea media de ella, salvo en el caso de vigas, que pueden incrustarse aún más, con tal que no lleguen a menos de diez centímetros de la superficie opuesta; y si coinciden con otras vigas del vecino, tendrán que adentrarse en la pared, solamente hasta la mitad de su espesor.

Las **reparaciones**, deben realizarse con la participación de ambos propietarios y por partes iguales.

Si uno de los vecinos desea **sobreelevar** la pared o aumentar el peso de edificación que se apoya sobre ella, tiene que contar con el permiso del otro dueño, y si surgiera controversia entre ellos, el juez deberá decidir con equidad.

La prueba de que existe la medianería puede consistir en los **títulos** de propiedad, en **sentencia** de juez que la haya reconocido, o en **signos** exteriores que permiten presumirla. El artículo 888 dice a este propósito: “Hay derecho de medianería por cada uno de los dueños lindantes, cuando consta o por alguna señal aparece que han hecho el cerramiento de acuerdo y a expensas comunes”. Es frecuente que se sienten actas -incluso notariales- de entrega y recepción de la obra ejecutada por un constructor

a favor de un propietario, o varios propietarios: esas actas constituyen una óptima prueba. Pueden servir también facturas, recibos, testigos, incluidos los mismos constructores o empresarios que hayan hecho la obra.

“Art. 889. Toda pared de separación entre dos edificios se presume medianera, pero sólo en la parte en que fuere común a los edificios mismos.

“Se presume medianero todo cerramiento entre corrales, jardines y campos, cuando cada una de las superficies contiguas está cerrada por todos lados. Si una sola está cerrada de este modo, se presume que el cerramiento le pertenece exclusivamente”.

Entendemos que estas presunciones son **simplemente legales**, y que admiten, por tanto, prueba en contrario, sobre todo si consta otra cosa en títulos de propiedad.

“Art. 890. En todos los casos, y aun cuando conste que una cerca o pared divisoria pertenece exclusivamente a uno de los predios contiguos, el dueño del otro predio tendrá **derecho de hacerla medianera** en todo o en parte, aun sin el consentimiento de su vecino, pagándole la mitad del valor del terreno en que está hecho el cerramiento y la mitad del valor actual de la porción de cerramiento cuya medianería pretende”.

Una pared, u otra obra que sirva de cerramiento, puede en una parte de su extensión ser medianera y en otra parte exclusiva de uno de los vecinos; esto puede producirse, sobre todo, cuando el uno ha construido todo el muro en su terreno y a su costa, y después el vecino que sólo lo sea en una parte, adquiere la medianería del sector que corresponde a su vecindad.

También puede suceder que uno de los vecinos refuerce la pared que ya es medianera, por ejemplo, aumentando su espesor, en su propio terreno. Este aumento, en principio es de la exclusiva propiedad de quien lo hizo a su costo y en su superficie. Habría aquí en la misma pared, un derecho exclusivo y una medianería, por partes. La parte propia puede permitir a quien le pertenece hacer nuevas obras, apoyar nuevas construcciones o instalar nuevas tuberías, líneas eléctricas, etc., sin necesidad de contar con el vecino, siempre que no afecte a la medianería propiamente dicha.

“Art. 891. Cualquiera de los dos condueños que quiera servirse de la pared medianera, para edificar sobre ella o hacerla sostener el peso de una construcción nueva, debe primero solicitar el consentimiento de su vecino; y si éste lo rehúsa, provocará un juicio práctico en que se dicten las medidas necesarias para que la nueva construcción no dañe al vecino.

En circunstancias ordinarias se entenderá que cualquiera de los condueños de una pared medianera puede edificar sobre ella, introduciendo maderos hasta la distancia de un decímetro de la superficie opuesta; y que si el vecino quisiere, por su parte, introducir maderos en el mismo paraje, o hacer una chimenea, tendrá derecho de recortar los maderos de su vecino hasta el medio de la pared sin dislocarlos”.

Casi no es preciso decir que, dados los materiales modernos de construcción, cuando el Código habla de maderos, debemos entender cualquiera otra materia similar, como pueden ser estructuras de hierro, aluminio, etc.

La Corte Suprema ha resuelto en un juicio que “el único objeto del juicio práctico a que se refiere el inciso lo del artículo 911 (hoy 891) del Código Civil, es el de dictar medidas necesarias para que la nueva construcción no dañe al vecino; y, por consiguiente, el mero hecho de edificar en una pared medianera sin haber obtenido el consentimiento del vecino, o sin haber provocado el antedicho juicio, no es, por sí sólo, motivo legal suficiente para ordenar la destrucción de la nueva obra”.

La jurisprudencia ha aclarado también que la acción que versa sobre la servidumbre de medianería es una acción real y debe dirigirse contra el actual dueño, no contra el anterior, que construyó defectuosamente la pared.

“Art. 892. Si se trata de pozos, letrinas, caballerías, hogares, fraguas, hornos u otras obras de que pueda resultar daño a los edificios o heredades vecinos, deberán observarse las reglas prescritas por las ordenanzas generales o locales, sea medianera o no la pared divisoria. Lo mismo se aplica a los depósitos de explosivos o combustibles fácilmente inflamables, de materias húmedas o infectas, y de todo lo que pueda dañar a la solidez, seguridad y salubridad de los edificios”.

Una sentencia de la Corte Suprema dice: “La construcción de hornos u otras fuentes de calor, excepto estufas, a menos de dos metros de distancia de las paredes que delimitan los predios, aunque éstas no fuesen de madera, viola el artículo 145 de la Ordenanza Municipal sobre construcciones urbanas; y, por lo mismo, quebranta el precepto del artículo 912 (ahora 892), del Código Civil”. Es un ejemplo claro de la remisión a las ordenanzas, a las que se refiere el mencionado artículo. Muchas disposiciones municipales, sobre todo, miran a asegurar la solidez, salubridad y seguridad de los edificios, sean de vivienda o de industria, y también se atiende al ornato o presentación estética de las construcciones. Tales normas coinciden generalmente con el interés de los propietarios y evitar el abuso del derecho.

“Art. 893.- Cualquiera de los condueños tiene derecho de elevar la pared medianera, en cuanto lo permitan las ordenanzas generales o locales, sin que obstén las ejecutorias dadas, en virtud de la anterior legislación, a favor de cualquiera de los condueños, sujetándose a las reglas siguientes:

1. La nueva obra será enteramente a su costa;
2. Pagará al vecino por el aumento de peso que va a cargar sobre la pared medianera, la indemnización que se regule por peritos que nombrarán las partes;
3. Pagará la misma indemnización cuantas veces se trate de reconstruir la pared medianera;
4. Estará obligado a elevar a su costa las chimeneas del vecino situadas en la pared medianera;
5. Si la pared medianera no es bastante sólida para soportar el aumento de peso, la reconstruirá a su costa, indemnizando al vecino por la remoción y reposición de todo lo que por el lado de éste cargaba sobre la pared o estaba pegado a ella;
6. Si para reconstruir la pared medianera fuere necesario aumentar su espesor, se tomará este aumento sobre el terreno del que construya la obra nueva; y,
7. El vecino podrá en cualquier tiempo, adquirir la medianería de la parte nuevamente levantada pagando la mitad del costo total de ésta y el valor de la mitad del terreno sobre el que se haya extendido la pared medianera, según el inciso anterior”.

Todas estas normas prácticas se inspiran en la equidad y facilitan que las paredes situadas entre dos predios sean medianeras y así sirvan a ambos dueños y se respeten los derechos de los dos.

El Código procura que los dos vecinos conserven una relación de igualdad en todo lo referente a las paredes o cercas comunes.

Esa igualdad puede alterarse cuando uno de los dos hace, con el debido consentimiento del otro, obras que le benefician exclusivamente, a su propia costa; pero aún en este supuesto, el otro propietario puede acrecer su derecho hasta hacerlo igual, mediante la correspondiente indemnización.

El principio de la **igualdad fundamental**, rige también la conservación y reparaciones de los cerramientos medianeros. El artículo 894 establece: “Las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento serán de cargo de todos los que tengan derecho de propiedad en él a prorrata de los respectivos derechos.

Sin embargo, podrá cualquiera de ellos exonerarse de estas cargas, **abandonando** el derecho de medianería, pero sólo cuando el cerramiento no consista en una pared que sostenga un edificio de su pertenencia”.

Esta posibilidad de **renunciar a la medianería** se compadece con las situaciones críticas en que se puede encontrar un propietario, carente de los medios para reparar o rehacer un cerramiento.

Una sentencia ha aclarado que esta renuncia solamente es posible cuando no se ha convenido expresamente a contribuir a la reparación, pues entonces la obligación ya nace de un contrato y no se puede alterar unilateralmente.

El artículo 895 trata de lo que ahora llamamos “propiedad horizontal”, o por pisos. Esta materia tiene analogía con la servidumbre de medianería; se puede decir que se desprende de ella o desarrolla los principios de la medianería a una aplicación más amplia. Se fijan, en efecto, las fundamentales relaciones de vecindad entre los condueños de un edificio, en el que hay

partes comunes y otras que les pertenecen en exclusiva a cada uno. La Ley de Propiedad Horizontal, ha perfeccionado estas reglas.

En este punto, conviene simplemente reproducir el texto del Art. 895:

“Cuando los diferentes altos o pisos de una casa pertenecen a diversos propietarios, debe contribuir cada uno a los reparos u obras que fuere preciso hacer según lo que se hallare establecido en los títulos de propiedad; y en el caso de que nada se hubiere dispuesto sobre este punto se observarán las disposiciones siguientes:

1. Todos los propietarios deben contribuir a la conservación y reparo de las paredes maestras, del techo y de todas las partes que sirven para la solidez del edificio, o para la comodidad de todos los habitantes de la casa, cada uno en proporción del valor del piso o vivienda que le pertenece. Si los sótanos o las buhardillas no pertenecieren al mismo dueño, se hará una estimación particular de ellos, y se obrará del mismo modo para fijar la contribución que les toque en la repartición general de los gastos comunes;
2. El dueño de cada piso tendrá a su cargo la conservación y reparación del suelo o pavimento de su vivienda; mas es al dueño del piso que está debajo a quien corresponde hacer, si quiere, en su techo los adornos que crea útiles a su habitación;
3. Cada uno de los propietarios puede hacer por su cuenta, en su respectiva habitación, las obras que quisiere, con tal que no cause perjuicio a los otros, en cuanto a la comodidad o a la solidez;
4. Las escaleras, cuyo uso sea común a los dueños de varios pisos, serán construidas y reparadas por todos ellos; y las demás lo serán por sólo el dueño del piso a quien sirvan exclusivamente;
5. En cuanto a los gravámenes y contribuciones que graviten sobre toda la casa, si el modo de pago no estuviere arreglado de antemano en los títulos o en otro documento posterior, cada propietario contribuirá al pago, en la misma forma y proporción que al de los gastos de las paredes maestras, o del techo y de las demás cosas que fueren comunes; pero cada uno tendrá que pagar por sí solo los impuestos que no recayeren sobre toda la casa sino sobre la parte que exclusivamente le pertenezca; y,

6. En caso de arruinarse la casa, por vejez, incendio, inundación, huracán, terremoto u otro accidente, si se resistiere alguno de los dueños a levantarla, podrán los demás obligarle a que les ceda sus derechos, o contribuya a la reedificación, la cual se hará entonces, con respecto de cada piso, en las proporciones que quedan establecidas”.

El artículo 896 se refiere a un caso peculiar de medianería: la que recaiga sobre **árboles**: “Art. 896.- Los árboles que se encuentran en la cerca medianera, son igualmente medianeros; y lo mismo se entiende respecto de los árboles cuyo tronco está en la línea divisoria de dos heredades, aunque no haya cerramiento intermedio.- Cualquiera de los dos conducteños puede exigir que se derriben dichos árboles, probando que de algún modo le dañan; y si por algún accidente se destruyen, no se repondrán sin su consentimiento”.

La norma consiste, pues, en que ambos propietarios deben actuar de **común acuerdo** respecto de estos **singulares** objetos medianeros, que son los árboles. Nótese, de paso, que el Código llama a los vecinos “conduceños”, terminología que aparece varias veces en este título a propósito de la servidumbre de medianería, reconociendo así la similitud con la copropiedad.

El mismo principio del necesario consentimiento de ambos vecinos, rige para la apertura de ventanas en la pared medianera, como lo establece el artículo 918, corroborado por el artículo 921, que considera el caso de la pared que llega a ser medianera, momento en el que cesa la servidumbre legal de luz y solamente cabe la servidumbre voluntaria, ya que en la medianería prevalece el principio de que ambos propietarios deben estar conformes, para que se pueda establecer algún especial servicio a favor de uno sólo.

33. Servidumbre de tránsito

El Código Civil trata de la servidumbre de tránsito principalmente en los artículos 883 a 886. En ellos se deja asentado cómo el dueño de todo predio tiene **derecho a una salida a algún camino público**, y si carece de ella, puede demandar al vecino o vecinos para que se la concedan. Por la

misma razón, cuando se efectúan ventas u otras transferencias del dominio, en las que se divide un predio, cada una de las partes tiene derecho a que se le reconozca esa salida a lugar público; igualmente, en los actos de partición, por herencia u otro título, los adjudicatarios tienen derecho a que establezcan las servidumbres necesarias para que sus propiedades no queden incomunicadas.

Todo lo dicho no impide que las partes puedan libremente establecer las **servidumbres voluntarias de tránsito** que a bien tengan, sea multiplicando los accesos a las vías públicas, sea determinando las características de ese derecho de paso, incluso modificando lo que judicialmente se haya establecido con anterioridad. La voluntad particular prevalece en esta materia que es de esencial interés privado.

En este punto el Código se refiere a la servidumbre de tránsito en cuanto **servidumbre legal**, es decir, a las circunstancias en las cuales se puede exigir su reconocimiento o determinación por vía judicial, en caso de no admitirse voluntariamente por los propietarios de los fundos sirvientes.

Se completan las disposiciones del Código con las contenidas en ordenanzas municipales, leyes de Caminos, de Minería y de Bosques y reservas ecológicas. Las leyes especiales que tienen que ver con el tránsito atienden principalmente al interés público y suponen un límite para la libre determinación de los particulares, que es la norma general. En caso de conflicto, es evidente que prevalecen las normas especiales.

Para entrar en el estudio de este tema, conviene recordar que las calles, plazas, caminos y otras vías, suelen ser bienes nacionales de uso público. Aunque en los centros urbanos estos lugares son cuidados por los Concejos Municipales, no se pueden considerar como una propiedad municipal, propiamente, sino que pertenecen a la Nación, del mismo modo que su uso no se reserva sólo a los vecinos de un Municipio, sino que están abiertas a toda persona. A estos lugares públicos es a los que toda propiedad particular debe tener alguna salida, pues de otro modo no podría propiamente ser aprovechada por su dueño ni por nadie; de allí la necesidad de las servidumbres de tránsito.

El paso, o entrada y salida, de cada fundo puede hacerse a pie, en cabalgadura, en vehículos de diverso tipo. Ya los romanos distinguían el “iter”, simple paso, y la “vía”, que supone una determinación del sitio por el que se puede transitar en vehículo.

No cabe confundir el derecho de toda persona a **transitar** por las vías públicas con la servidumbre de paso. El Estado y los Municipios prestan un servicio a los pobladores abriendo y conservando caminos, calles, plazas y otros lugares de tránsito, pero no constituyen servidumbres. En estricto sentido ningún propietario tiene un derecho preciso a que el Estado o el Municipio abra esos caminos o los conserve. Si se cierra o si se desvía un camino público, el particular perjudicado no puede demandar que se reponga el camino como si fuera una servidumbre a favor de su propiedad. El cambio del curso de los caminos públicos, en cambio, puede originar que un propietario quede sin salida a ningún lugar público y entonces nacerá el derecho de pedir una servidumbre de paso a alguno de sus vecinos.

Hay sí unas **servidumbres administrativas** que dependen de la situación de los predios con relación a los caminos públicos; así, las relativas a las aguas naturales, lluvias, y también a las aguas servidas que normalmente se recogen en desagües y alcantarillas o conductos subterráneos que van bajo las calles. Igualmente, las casas y demás edificios pueden abrir ventanas con vistas directas a las calles, pero el Municipio que cambiara la dirección de una calle o la suprimiera, no está obligado a indemnizar al propietario que ha perdido su servidumbre administrativa de vistas a la calle.

Puede suceder que una servidumbre de paso se **convierta en camino público**, por expropiación. Un camino o callejón que sirve a varios propietarios tiende a convertirse en camino público y las autoridades competentes pueden considerar que interesa al bien común que esa propiedad particular pase a ser pública. Nuestra Ley de Caminos, considera, en principio, públicos, todos los caminos privados que han sido usados desde hace más de quince años por los habitantes de una zona.

Aunque cualquier propietario puede hacer dentro de su finca los caminos que le convengan, el Reglamento de la Ley de Caminos obliga a solicitar una **aprobación** de la Dirección Provincial de Obras Públicas, y cuando

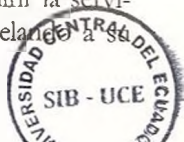
esté construido el camino, debe ser registrado en la misma Dirección además de en el Registro de la Propiedad. Esta última inscripción certifica la pertenencia del camino privado.

Cabe también una situación intermedia, que es la de caminos privados de servicio público. Según el artículo 13 del Reglamento mencionado, los propietarios de un camino privado pueden permitir el uso público de ellos; en este caso, no pueden cerrarlos a su arbitrio, sino previo conocimiento de la Dirección de Obras Públicas (Art. 15).

La Ley y el Reglamento de Caminos establecen varias servidumbres administrativas pasivas respecto de los predios aledaños de los caminos: deben dejar los espacios necesarios para las reparaciones del camino, no pueden plantar árboles o poner objetos que impliquen un peligro para el tránsito, dentro de ciertas distancias, deben dejar sacar los materiales tales como arena, piedras, etc., para construir o reparar los caminos, etc. No es este el lugar de detallar estas normas administrativas, que no alteran sustancialmente al Derecho Civil, sino que implican disposiciones especiales que prevalecen sobre él en casos concretos. También hay disposiciones de esta índole en la Ley de Hidrocarburos, en la de Minas, en la de Electrificación, etc.

Para esclarecer los problemas que se presentan en estas materias, lo primero que se debe analizar es si se trata de una servidumbre de tránsito o de un camino público. Ya hemos dicho que las leyes administrativas contienen disposiciones que deben prevalecer, por ser especiales, igualmente, esta especificidad de la materia, origina la competencia de las autoridades administrativas que actúan como jueces de caminos, y también esta competencia prevalece sobre la competencia de los jueces ordinarios, a los que corresponde resolver sobre las servidumbres de tránsito. Si lo que se discute es precisamente la calidad de un camino, como público o como servidumbre privada, la competencia corresponde al Director Nacional de Obras Públicas, como Juez Especial de Caminos; así lo han reconocido varias sentencias de la Corte Suprema.

Una vez establecido que se trata de una servidumbre y no de un camino público, se debe examinar si existe título o si se ha adquirido por prescripción, o si no existiendo ni lo uno ni lo otro, se trata de adquirir la servidumbre, por ser realmente necesario, y por consiguiente, apelando a



carácter de servidumbre legal. Sobre la prescripción conviene anticipar que solamente vale para adquirir una servidumbre continua y aparente, por consiguiente, no servirá para la de simple paso, a través de un terreno sin ningún sendero o camino establecido.

“Art. 883.- Si un predio carece de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre, y resarciendo cualquier otro perjuicio”.

“Art. 884.- Si las partes no se convienen, se reglará por peritos, tanto el importe de la indemnización como el ejercicio de la servidumbre”.

“Art. 885.- Si concedida la servidumbre de tránsito en conformidad a los artículos precedentes, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le dan un acceso cómodo al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se lo exonere de la servidumbre, restituyendo lo que, al establecerse ésta, se le hubiere pagado por el valor del terreno”.

“Art. 886.- Si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si es adjudicada a cualquiera de los que la poseían pro indiviso, y en consecuencia esta parte viene a quedar separada del camino, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna”.

De los cuatro artículos transcritos aparece muy claro que la condición para que se establezca la servidumbre legal de tránsito, consiste en que un predio carezca de salida al camino público. Si hay esa salida, no se puede exigir otra más u otra que resulte mejor o más cómoda. Y si desaparece la necesidad, por la construcción de un nuevo camino público, de un puente u otra obra que permita el acceso a la vía pública, hay lugar a la supresión de la servidumbre que se vuelve innecesaria.

El establecimiento de la servidumbre legal puede hacerse mediante el **reconocimiento directo** del derecho, por parte del dueño del predio sirviente y la fijación de común acuerdo de las indemnizaciones a que tenga

derecho éste. Pero si no hay este común acuerdo, se tendrá que recurrir al juez, y el Código señala que la indemnización y las condiciones o ejercicio de la servidumbre se ha de fijar por peritos. Esto debe ejecutarse según las normas comunes del Código de Procedimiento Civil, pero podría tenerse también en cuenta, por analogía de la materia, lo que dispone la Ley de Caminos, para el caso de las expropiaciones del Estado para la construcción de vías públicas.

En el caso de que la servidumbre se vuelva inútil, por el cambio de las circunstancias, como cuando se abre un nuevo camino público, el artículo 885 permite al dueño del predio sirviente que tuvo que ceder parte de su propiedad a favor del paso del vecino, que recupere “resituyendo lo que, al establecerse ésta, se le hubiere pagado por el valor del terreno”. Tal disposición, que en otras épocas pudo ser muy justa, resulta ahora poco equitativa, por la constante desvalorización de la moneda en medida muy grande: pasados unos pocos años, la devolución de “lo que se le hubiere pagado”, puede ser una verdadera insignificancia, en tanto que el suelo puede haber adquirido un valor mucho más alto. Sería más equitativo que, si no hay un acuerdo entre las partes, el juez fijara la indemnización que se deba restituir al recuperar sus tierras el vecino.

Como hemos dicho, se requiere que el dueño de un predio realmente necesite de una salida, para que pueda demandar la servidumbre legal de tránsito, y esa necesidad no debe provenir de un hecho suyo ni sea una necesidad ficticia. Borie, señala estas condiciones, avaladas por la jurisprudencia española; así, el propietario que hubiere cerrado su propia salida con una construcción, o el que hubiere enajenado una parte de su terreno de modo que la que conserva se quedó sin salida, no podrá demandar servidumbre de tránsito, ya que se origina en su propia acción la deficiencia en que se ha colocado.

Quien enajena una parte de su propiedad no solamente puede, sino que debe establecer una servidumbre de tránsito sobre la parte enajenada, si no va a tener otra salida. Las disposiciones municipales impiden la división de terrenos urbanos en forma tal que queden fracciones de suelo incomunicadas; también la Ley de Reforma Agraria ha dispuesto que las parcelaciones o divisiones de inmuebles rurales, se hagan de manera que no queden sin salida a los caminos públicos.

En cuanto a las **permutas o divisiones** de bienes comunes, el artículo 886 ordena que si una parte queda separada del camino “se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna”. En este caso, a diferencia de los anteriores, el establecimiento de la servidumbre es gratuito, porque entra en el interés de todas las partes, el que la división se haga racionalmente, de modo que pueda cada uno utilizar su propiedad.

Si llegara a ser **innecesaria** la servidumbre establecida en una división, no habría lugar a la restitución al predio sirviente, prevista en el artículo 885, ya que este se refiere a los supuestos de “los artículos precedentes”, y no a esta hipótesis de la división de una cosa común. Además, dada la gratuidad de la servidumbre de tránsito establecida en una división, no habría ningún precio que devolver, y no cabe que un vecino se apodere de la superficie de un camino ajeno, aunque ese camino ya no sea necesario al dueño, por tener otra salida. Lo único posible en estas circunstancias, es que compre el terreno, si su dueño quiere venderlo, en su justo precio.

Raras veces se establece **un derecho de paso**, sin fijar precisamente por dónde se ha de ejercer esta servidumbre. Lo normal y lógico, consiste en disponer de un sendero, callejón o camino, claramente marcado, de unas dimensiones y que siga una dirección apropiada, a lo largo del predio sirviente.

Si se trata de un simple paso, sin camino preciso, la servidumbre es inaparente, y jamás podrá adquirirse por prescripción, ni siquiera por tiempo inmemorial.

El sendero, callejón o camino debidamente precisados, normalmente constarán en un título de propiedad que debe inscribirse en el Registro de la Propiedad. Pero si no se ha cumplido con estas formalidades legales, puede sin embargo adquirirse el derecho por prescripción.

La **prescripción** también puede precisar las condiciones en que se ha de ejercer la servidumbre, las mismas que no se pueden alterar arbitrariamente por las partes; por ejemplo, no se puede impedir el uso de un automóvil, si el camino es carrozable, tampoco puede exigir el dueño del predio do-

minante, un ensanche del camino para utilizar vehículos más grandes, por ejemplo camiones. En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia.

La jurisprudencia ha aclarado algunos aspectos de la servidumbre de tránsito. La primera afirmación constante y de importancia, consiste en la **necesidad de título**, ya que siendo una servidumbre discontinua, no se puede adquirir por prescripción. Ahora bien, tener título, no significa necesariamente el poseer un documento, -el título cartulario-, sino tener derecho, y éste puede haberse obtenido de muchas maneras, como por diversos contratos o actos entre vivos o por sucesión hereditaria, pero también puede existir el derecho a que se constituya la servidumbre, por el hecho de hallarse un predio absolutamente incomunicado. Hay, pues, que distinguir la reclamación judicial para que se reconozca un título de adquisición ya existente, de la petición al juez para que declare con efecto constitutivo que debe establecerse una servidumbre.

Se ha planteado si es posible acudir a los tribunales para que declaren que alguien no tiene derecho a pasar por una propiedad ajena, es decir, si se admite en nuestro derecho la **acción negatoria** de servidumbre. Por una parte, el Código de Procedimiento se refiere a la acción para demandar una servidumbre y **no menciona directamente** la acción negatoria, pero por otra, el Código Civil reconoce que **no puede impedirse** la acción que no esté prohibida por la ley. Nuestros tribunales han acogido la acción negatoria, que en algunos casos ha prosperado y en otros a sido rechazada, según las pruebas presentadas.

Las acciones judiciales se dirigen generalmente o bien a reclamar el **establecimiento** de una servidumbre que se tiene derecho a que sea **reconocida**, o bien, para **remover un obstáculo** que esté impidiendo el uso normal de una servidumbre. En cualquier caso, se requiere probar el derecho, si es negado por la parte demandada y para ello, son imprescindibles los títulos, como queda dicho; pero además de los títulos, se pueden presentar otras pruebas, que los corroboren o los precisen. Entre estas otras pruebas, destacan la inspección judicial y las declaraciones de testigos, sobre todo para la identificación exacta de los predios y de los caminos.

Pero no se admite por la jurisprudencia, que una mera referencia vaga a “servidumbres activas y pasivas”, pueda servir para reclamar este derecho real. Tampoco se puede pretender el reconocimiento de una servidumbre por la referencia que se haga en títulos en los que no ha intervenido el dueño del predio sirviente o alguno de sus antecesores en el dominio; no basta que figure en los títulos de transferencia de la propiedad del predio dominante.

No se puede reclamar judicialmente si solo se han producido amenazas verbales y no se ha iniciado obra alguna o procedimiento eficaz para impedir el uso de una servidumbre. En cambio, si se está impidiendo actualmente dicho uso, sea por construcciones u otros obstáculos materiales, cabe tanto la reivindicación de la servidumbre, como las acciones posesorias, principalmente la de obra nueva, tendientes a remover dichos obstáculos y obtener el pleno reconocimiento del derecho conculcado.

No se pueden acumular la acción reivindicatoria de la propiedad del predio sirviente (o de una parte de él), y la servidumbre sobre dicho predio, ya que la condición para la existencia de la servidumbre de tránsito o de cualquiera otra es que existan dos predios de distinto dueño, y si el propietario del dominante pretende serlo también del sirviente, mal podría reclamar una servidumbre sobre cosa propia.

A veces las demandas no son suficientemente claras y permiten dudar si lo que se reclama es la constitución de una servidumbre o el restablecimiento de la que ya existe. El juez debería exigir, desde el primer momento, que se aclare la demanda; pero si ha seguido el juicio sin esta precisión, no se rechazará la acción simplemente por haberse denominado equivocadamente la acción.

Si se trata de servidumbre de tránsito establecida por contrato, hay que atenerse a los términos del mismo, puesto que del contrato se derivan obligaciones, que se han de cumplir mientras no sean contrarias a la ley. Así, las condiciones de un camino, su ancho, el posible tránsito de vehículos, etc., tienen que regularse por los términos de los títulos, atendiendo a la intención de las partes, y solamente de modo supletorio, se tendrán en cuenta las regulaciones generales de la ley. No puede, obviamente, una de las partes modificar a su antojo las obligaciones contraídas, por ejemplo,

disminuyendo el ancho de un camino de entrada. No siendo una servidumbre de tránsito impuesta por la ley, ni existiendo contrato que la establezca, podría ser admitida voluntariamente por el propietario del predio sirviente, pero esto debe constar igualmente en título inscrito, de otro modo no se puede reclamar judicialmente.

Se han producido algunos raros casos de “servidumbre compartida”, es decir, que en lugar de un sólo predio dominante, exista más de uno: dos dueños pueden utilizar un mismo callejón que pasa por el terreno del vecino de ambos. Esta situación depende de actos voluntarios de partición o de contratos por los cuales se establecen tales derechos, y los jueces han resuelto, de acuerdo a los términos de los respectivos títulos, aceptando esta original situación, que, por otra parte sí ha sido estudiada por la doctrina, por ejemplo, por Planiol y Ripert y Fernando Fueyo.

Una sentencia de la Corte Suprema ha resuelto que no hay nulidad en el juicio de restablecimiento de servidumbre de tránsito, sin citación al Instituto de Reforma Agraria, ya que esta citación era obligatoria cuando se trataba de juicios sobre la propiedad o la posesión, pero no sobre un gravamen, cual es la servidumbre.

34. Especiales relaciones de vecindad

Varias de las servidumbres determinan unas relaciones peculiares entre los vecinos, de modo que se limitan en alguna medida los derechos inherentes al dominio. Esto sucede, en ciertas circunstancias hasta el punto de que se oscurece la neta distinción entre la servidumbre y el ejercicio normal del dominio, como pasa en las servidumbres de delimitación o de medianería. Por esta razón, en el Título XIII del Libro II, se encuentran algunas disposiciones que parecen fuera de lugar, ya que no se refieren estrictamente a servidumbres, pero que guardan evidente conexión con esta materia. Tal es el caso del artículo 892:

“Art. 892.- Si se trata de pozos, letrinas, caballerías, chimeneas, hogares, fraguas, hornos u otras obras de que pueda resultar daño a los edificios o heredades vecinas, deberán observarse las reglas prescritas por las ordenanzas generales o locales, ora sea medianera o no la pared divisoria. Lo mismo se aplica a los depósitos de explosivos o combustibles

fácilmente inflamables, de materias húmedas o infectas, y de todo lo que pueda dañar la solidez, seguridad y salubridad de los edificios”.

Casi superfluo resulta este artículo, puesto que es bien sabido que las **normas especiales** prevalecen sobre las generales, y si hay ordenanzas o reglamentos sobre asuntos tan concretos como los pozos, letrinas, etc., es evidente que deberán aplicarse esas reglas. Sin embargo, el Código ha querido destacar el hecho de las relaciones de vecindad deben guardar la debida consideración y respeto al derecho ajeno, independientemente de cual sea la situación de la pared que separa los predios: medianera o no. Esto es lo importante: no se puede abusar del hecho de que la pared sea propia, para poner en peligro la seguridad, la salud o la razonable comodidad del vecino. No está más obligado a procurar todos esos bienes, el que solamente es dueño de una pared medianera.

Una de las tendencias notables del derecho contemporáneo consiste en una mayor preocupación que la que había hace unas décadas, por la conservación del ambiente: la higiene y la belleza de la atmósfera, del contorno, del suelo... No solamente se ha de tener en cuenta los intereses del vecino, sino de la comunidad entera, y aún de las futuras generaciones. El Derecho de protección del ambiente está en pleno desarrollo entre nosotros, pero ya existen algunas valiosas disposiciones, además de en Ordenanzas municipales, en las leyes de Minas e Hidrocarburos, de Desarrollo y Fomento agropecuario, de Aguas, etc. En las reformas a la Constitución de la República que preparamos en una comisión especial, el año 1994 y que en buena parte aprobó el Congreso Nacional, se desarrolla con bastante amplitud el tema de la protección del ambiente en variados aspectos.

La enumeración de cierto tipo de obras o de depósitos, que contiene el artículo 892, debe entenderse en sentido meramente ejemplar y no exclusivo. De hecho, en la reforma de 1970, se cambió la expresión “depósitos de pólvora”, por la más amplia del actual artículo, pero no se pretendió agotar la materia. La industria y técnica contemporáneas, producen nuevos artículos que presentan, además de innegable utilidad, ciertas desventajas o peligros; todos ellos no deben significar una amenaza para la vida o la tranquilidad de los vecinos.

El recto uso de la propiedad, no debe en ningún caso, implicar un daño a otras personas. Estos perjuicios materiales pueden producirse de múltiples maneras, como por efecto de infiltración de líquidos, o por la propagación de olores o gases malsanos, o de otros influjos sea en el agua, el terreno o el aire. La jurisprudencia de algunos países, como Francia, España, Italia, etc., ha precisado muchos de estos aspectos y aún los relativos al uso de las ondas de radio, televisión u otras semejantes: tampoco se puede afectar al derecho ajeno mediante estos medios tan impalpables como efectivos de introducirse en la propiedad de otro.

En nuestros tribunales se han resuelto ya algunos casos -pocos todavía-, sobre estos asuntos. Así, por ejemplo, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, acogió una demanda contra una fábrica de cemento, por contaminación del ambiente, que desmejoraba la condición de las propiedades aledañas. Otra sentencia de la Corte Suprema, obligó a un propietario que había establecido un criadero de cerdos, muy cerca de un parador turístico, a realizar ciertas obras de higiene que impidieran el mal olor que producía la acumulación de esos animales. Queda, desde luego, mucho por desarrollarse esta materia aún nueva entre nosotros.

35. Servidumbres de acueducto y anexas

En el párrafo primero de este título se desarrolla lo referente a las aguas que corren por **cauces naturales** y dan origen a servidumbres igualmente naturales; en cambio, en los artículos 897 a 917, dentro del párrafo 2º, sobre las **servidumbres legales**, se trata del acueducto y otros servicios anexos.

La inspiración general de estas disposiciones consiste en facilitar el paso de las aguas, por cauces artificiales, para el uso y beneficio de otro predio. El inmueble por el que pasan las aguas es el sirviente y el predio dominante es aquel al cual sirven las aguas.

Este paso de aguas a través de propiedades ajenas -una o varias-, se justifica por los diversos usos que se puede dar a las aguas, desde los de utilidad meramente doméstica, hasta los industriales, pasando por el más frecuente de todos que consiste en la irrigación de los campos. También se equipa-

ran a los anteriormente dichos, la necesidad de desecar pantanos y dar salida a las aguas sobrantes en una propiedad (Art. 909).

Las aguas que se trasladan, pasando por fundos ajenos, han de estar destinadas al beneficio del predio dominante, el cual, generalmente estará situado “aguas abajo”, en lugar inferior, ya que se presupone que el líquido corre simplemente por efecto de la gravedad. El Código fue redactado cuando se reconocía el derecho de propiedad privada sobre las aguas corrientes; ya sabemos que actualmente no se reconoce esta propiedad privada, pero los particulares pueden obtener concesiones administrativas del uso o aprovechamiento de las aguas, en condiciones que se aproximan al derecho de propiedad. Quedan algunos vestigios del anterior sistema, en expresiones del Código, como cuando en el artículo 915, se habla del “dueño de las aguas”, pero debe entenderse que se refiere siempre a quienes tienen derecho de utilizar las aguas. Principalmente los artículos 897 y 913 se refieren a este derecho de aprovechamiento de las aguas que sean de dominio público.

El artículo 897, constituye una especie de introducción a los artículos sobre la servidumbre de acueducto, y dice así: “Las mercedes de aguas que se conceden por autoridad competente, se entenderán sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos en ellas”. Esta disposición simplemente nos recuerda que los que deseen hacer uso de aguas, para los muy diversos usos de la agricultura, la industria o el servicio doméstico, pueden obtener la respectiva concesión, y les será conferida siempre que exista la necesidad y no se atente a derechos anteriormente concedidos. Ya hemos hecho referencia a la Ley de aguas, en la que se determinan las condiciones de estos derechos de aprovechamiento de aguas.

A su vez, el artículo 913 dice: “Para el ejercicio del derecho a que se refieren los artículos anteriores, cualquier propietario de un fundo, los vecinos de una población, y los que pretenden establecer máquinas, podrán sacar aguas de los ríos, lagunas o fuentes públicas o comunes”. Todo esto, debe entenderse, dentro de las disposiciones de la Ley de Aguas, es decir, pidiendo la correspondiente concesión.

El Código, igualmente, en este título, ordena cómo se han de efectuar las obras necesarias, tanto para la utilización de las aguas por parte del predio

dominante, como para que no causen perjuicio en el predio sirviente. Se regulan también las medidas que se tomarán para evitar que las propias aguas del predio sirviente, perjudiquen al acueducto. Para uno y otro efectos, se requiere que el conducto de las aguas sea debidamente cuidado, limpiado, reparado y vigilado, por lo cual se dispone que junto al canal se deje un espacio lateral o camino ribereño, a ambos lados, el cual normalmente tendrá un metro de ancho o más si se conviene así o lo determina el juez por ser conveniente. Esas obras y este camino, originan nuevas servidumbres, anexas a la de acueducto.

Domina en estos artículos el sentido de la equidad: el acueducto debe servir de la mejor manera posible al predio dominante y debe causar el menor perjuicio posible al sirviente. Si hay conflicto entre ambos ideales, el juez tiene que componer equitativamente el caso, limitando el derecho de uno u otro.

Se evita, en principio que un mismo predio tenga que soportar más de una servidumbre de acueducto, pero se admite esa posibilidad cuando las necesidades de otros predios o de una población, sean más importantes que la integridad del predio sirviente. Se facilitan los arreglos para conseguir, más bien, que el mismo canal sirva al paso de aguas en favor de varios inmuebles, si es posible, y se considera también el caso de que una accquia llegue a ser innecesarias y su supresión. Estas y otras disposiciones tienen un alto contenido de equidad y con ese mismo espíritu tienen que aplicarse a los casos concretos.

Habría que observar que toda la materia está regulada con los criterios un tanto antiguos, cuando para los diversos usos solamente se aprovechaba de las aguas que bajan por efecto de la gravedad. Así, por ejemplo, para el trazado de los canales, en principio, se debe seguir la línea más directa, pero, salvo que las curvas de nivel u otras características del terreno -que puede ser extremadamente rocoso o de otros materiales difíciles de tratar-, pero no se menciona siquiera la posibilidad de conducir las aguas por tuberías y de impulsarlas por medio de bombas, como se utilizan ahora con frecuencia. Estas normas especiales tendrían que ser objeto de convención entre los propietarios o de resolución del juez, atendiendo los criterios de equidad ya mencionados.

A continuación transcribo los artículos referentes al acueducto, con algún breve comentario y las indicaciones de la jurisprudencia nacional que, en esta materia, como en la de servidumbre de tránsito es abundante, aunque no muy original en su contenido.

“Art. 898.- Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto, en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las haya menester para el servicio doméstico de los habitantes, o en favor de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas”.

“Esta servidumbre consiste en que puedan conducirse las aguas por la heredad sirviente, a expensas del interesado, y está sujeta a las reglas que van a expresarse”.

Una sentencia de la Corte Suprema ha precisado que la ley no exige, para el establecimiento y ejercicio de la servidumbre de acueducto, el dominio sobre las aguas por parte del dueño del predio dominante, siendo suficiente que disponga, a cualquier título, de un caudal destinado al riego de su predio. Téngase en cuenta, que la Ley de Aguas no reconoce actualmente el derecho de propiedad privada sobre las aguas corrientes, y concede derechos de aprovechamiento, basta tener éstos para pedir el acueducto correspondiente.

Las aguas que pasan por un fundo, por **acueducto**, es decir por una obra construida por el hombre, en virtud de la servidumbre, no pueden ser aprovechadas por el dueño del predio sirviente para regadío de su propia finca, salvo para el uso doméstico que no supone prácticamente disminución de las aguas, y siempre que no se las contamine. Podría el dueño del predio sirviente obtener del dueño del dominante otras concesiones, como la posibilidad de abreviar animales, o de utilizar algún tiempo o parte del caudal para irrigación, pero ello ya sería objeto de un contrato y requeriría, además, la autorización administrativa. Más fácil parece la utilización por parte del predio sirviente, para mover molinos o máquinas, siempre que no se desvíen las aguas ni se cambie de manera perjudicial su nivel normal o la calidad misma del agua; en tales circunstancias, no infringiéndose ningun-

na carga o daño al predio dominante, el dueño del sirviente podrían obtener dicha concesión sin dificultad.

Declara una sentencia de la Corte que no es de la esencia ni de la naturaleza de las servidumbres de acueducto, el constituir un derecho sobre las aguas que, por correr naturalmente en el predio sirviente, caigan en la acequia materia de la servidumbre; esto sería un acto de mera facultad o tolerancia del dueño del predio sirviente. Por lo mismo, para que se hubiere limitado el derecho del predio sirviente, en cuanto a las referidas aguas, era preciso que el dueño del predio dominante las hubiera adquirido por título; y para que se origine la prescripción de las aguas que nacen y mueren en el predio sirviente, es de todo punto necesario que el dueño del predio dominante hubiese construido obras aparentes, destinadas a facilitar el descenso de las aguas a su acueducto. Hay que tener en cuenta, como lo reconoce otra sentencia, que después de la Ley de Aguas, no se puede adquirir la propiedad y la posesión de esas aguas serviría solamente como un antecedente supletorio para resolver las diferencias entre los copartícipes beneficiarios de la irrigación.

A pesar de que el artículo 898 se refiere a servidumbre de acueducto a favor de un pueblo que necesite de las aguas para los servicios domésticos, una sentencia de la Corte Suprema considera que propiamente no se trata de una servidumbre sino de un servicio público sujeto a especial reglamento, pues implica el proceso de purificación y distribución del agua potable, el cobro de tasas a los usuarios y otra serie de intervenciones administrativas, que configuran esta realidad como un servicio público, sometido a las leyes de carácter público.

Con acierto dice Claro Solar que esta servidumbre afecta a toda heredad, quien quiera que sea el propietario. Cuando se trata de dar un servicio de agua a un pueblo, con mayor razón, no se pueden oponer motivos de conveniencia de un predio por el cual deban pasar las aguas, ya que el objeto al que se destinan es de primera necesidad. La Ley de aguas da esta preferencia al servicio doméstico de los pueblos y ciudades.

En cierto modo, es un caso inverso al señalado, el de las aguas que deban **pasar por lugares públicos**, como calles, plazas o caminos, para servir a una propiedad particular. En principio no se acepta esta servidumbre

pública, sino en la medida indispensable. Ahora se tiende en tales casos a que las aguas crucen los lugares públicos por conductos cerrados, como tuberías de acero, cemento, o mampostería y sean subterráneos.

Se plantea la cuestión de si solamente el propietario del fundo dominante puede solicitar esta servidumbre o también el usufructuario. Las soluciones dadas por la legislación y la jurisprudencia extranjera se dividen entre lo positivo y lo negativo. Los términos un tanto impersonales que emplea nuestro artículo 898, dan pie para considerar que el usufructuario podría solicitar la servidumbre, ya que es en favor del predio y para hacer posible su cultivo o utilización para otros menesteres. También de las disposiciones de la Ley de aguas se llega a la misma conclusión, puesto que todo el espíritu de la Ley es el de favorecer la mejor utilización de las tierras agrícolas en su destino natural de producción.

“Art. 899.- Las casas, y los corrales, patios, huertas y jardines que de ellas dependen, no están sujetas a la servidumbre de acueducto”.

En los casos de extremada necesidad, sobre todo para proveer de agua potable a las ciudades, ni siquiera esta salvedad de las casas, corrales, patios, huertas y jardines valdría, pudiéndose proceder a la expropiación para realizar las obras públicas necesarias. En ese caso, ya no se trataría de servidumbre, puesto que se quita la propiedad misma, mediante pago de su justo precio.

Cabe, desde luego, constituir **servidumbre voluntaria** de acueducto aún a través de casas, corrales, etc.; lo que prohíbe el artículo 899 es solamente la servidumbre legal; así lo ha reconocido la Corte Suprema.

El artículo 899 protege las casas, huertos o jardines ya existentes; es decir, que evita que se imponga al dueño del predio sirviente un gravamen demasiado fuerte como sería el de destruir o partir su casa, huerto o jardín. En cambio, no se permite que una persona trate de impedir el paso del acueducto por su predio, construyendo o plantando, para alegar que no está sometido a la servidumbre, por eso, dispone el artículo 900 lo siguiente: “Para los efectos del artículo anterior, no se tomarán en cuenta las casas y los corrales, patios, huertas y jardines que de ellas dependan, si hubiesen sido construidos o formados con posterioridad a la citación de la demanda

en que se solicite la constitución o modificación de la servidumbre de acueducto.- Sin embargo, esta regla no se aplicará si se suspendiere por un año la continuación del juicio propuesto, o se dejase pasar un año desde la última notificación de la sentencia dictada en el mismo juicio, sin proceder a la construcción de la acequia”.

Es decir, que la litis pendencia surte el efecto de que el propietario del predio sirviente, ya no podrá edificar o hacer un huerto, corral, etc., que impidan el paso del acueducto: no puede valerse de dichas obras nuevas para impedir la constitución de la servidumbre. El artículo transcrito se refiere también a la “modificación”, o sea, al cambio de dirección o construcción de un nuevo canal o ampliación del existente; ninguna de estas obras podrá impedirse mediante construcciones o plantaciones realizadas posteriormente a la demanda. Pero, a su vez, no se permite que el dueño del predio dominante pueda mantener indefinidamente en jaque al del predio sirviente, con un juicio prolongado o con una sentencia no ejecutada por tiempo desmedido, de modo que se dispone la caducidad del juicio o de la sentencia, si pasa un año sin la necesaria actividad.

“Art. 901.- Se hará la conducción de las aguas por un acueducto que no permita derrames, y en el que no se deje estancar el agua ni acumular basuras”.

La Ley de Aguas dispone que los proyectos de acueducto sean aprobados por el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos, el que exigirá el cumplimiento de estos requisitos y en general, que el canal tenga las características técnicas adecuadas.

Si, a pesar de la aprobación administrativa y de la buena construcción del acueducto, con el tiempo, por la erosión u otras causas, llegare a causar perjuicios al predio sirviente, el dueño del dominante está obligado a **indemnizarle y a reparar o reponer** el canal, de manera que cumpla las condiciones indicadas. Sobre estos asuntos relativos a reposición de acueducto y desacuerdos entre las partes por derrames o estancamiento de aguas, construcción de puentes, etc.

“Art. 902.- El dueño de una acequia estará obligado, en cualquier tiempo, a construir puentes y canales necesarios para el servicio de la heredad gra-

vada con servidumbre, y las demás obras indispensables para evitar que caigan en su acueducto las aguas de que hiciere uso el predio sirviente, o cualquier otro perjuicio que a dicho fundo se le ocasionare. Los puentes y los canales destinados a facilitar el curso de las aguas de regadío del predio sirviente serán de mampostería, a menos que el dueño de dicho predio convenga en que se use otro material; las dimensiones de tales obras estarán en relación con el uso a que se destinen”.

Indica Claro Solar que la construcción de los puentes y demás obras indispensables para la administración y cultivo de la heredad sirviente, que pudieron no ser necesarios al momento de construirse el acueducto, pueden llegar a serlo más adelante, y entonces el dueño del predio dominante debe hacerlos; si no los construye, puede extinguirse la obligación por prescripción pero el tiempo no comienza a correr, sino desde el momento en que las obras se hicieron necesarias, no desde el tiempo de la construcción del canal.

Las obras pueden ser hechas en interés común de ambos propietarios, o bien para utilidad del dominante o del sirviente, pero en cualquiera de estos casos, corren a cargo del dueño del acueducto.

Además de las obras propiamente dichas, el dueño del predio dominante está obligado a realizar las limpias y demás servicios de mantenimiento ordinario del acueducto, para evitar los indicados perjuicios al predio sirviente, aunque no exijan propiamente construcciones.

La jurisprudencia ha precisado que el dueño del predio dominante no puede exigir que se haga un nuevo canal por otro sitio, si no se ha destruido el anterior, y pudiere, más bien, ser restaurado o reparado.

La indemnización por los perjuicios que hubiere causado el acueducto puede prescribir, si no es cobrada en tiempo oportuno, es decir, si transcurren diez o más años; pero si el predio dominante pertenece a varios, la prescripción se interrumpe respecto de todos, por la reclamación hecha contra cualquiera de ellos.

“Art. 903. El derecho de acueducto comprende el de llevarlo por un rumbo que permita el libre descenso de las aguas, y que, por la naturaleza del

suelo, no haga excesivamente dispendiosa la obra.- Verificadas estas condiciones, se llevará el acueducto por el rumbo que menos perjuicio ocasione a los terrenos cultivados.- El rumbo más corto se mirará como el menos perjudicial a la heredad sirviente y el menos costoso al interesado, si no se probare lo contrario.- El juez conciliará, en lo posible, los intereses de las partes; y en los puntos dudosos, decidirá a favor de las heredades sirvientes”.

Otra vez aparece en este artículo el criterio de equidad que prima en toda esta materia, agregándose como criterio orientador para el juez, el de preferir, en iguales circunstancias o en caso de duda, al predio sirviente.

En cuanto a lo que se considere como “perjuicio notable”, será una cuestión de hecho, que admita las pruebas periciales correspondientes; como ejemplo, se puede imaginar el de tener que cruzar terrenos muy accidentados, con quiebras, como frecuentemente se da en las faldas de los montes en nuestra Sierra, o terrenos muy deleznales, que requieran recubrimiento especial, o, al contrario, otros muy rocosos que hagan extremadamente costosa la construcción del canal.

En algunas circunstancias será necesario que el agua vaya entubada y que las cañerías sean subterráneas; por ejemplo, para cruzar calles o para salvar quiebras del terreno, o por la conveniencia de conservar mejor el agua y su pureza. El hecho de que estos conductos queden bajo la superficie, no desvirtúa la servidumbre, y no se puede pretender que no hay servidumbre, porque la superficie aparentemente queda igual, ya que de todas formas el predio sirviente tendrá la carga de permitir el paso de los vigilantes y que se hagan las obras de limpieza, lo cual supondrá abrir periódicamente el terreno.

“Art. 904.- El dueño del predio sirviente tendrá derecho para que se le pague el precio de todo el terreno que fuere ocupado por el acueducto; el de un espacio a cada uno de los costados, que no bajará de un metro de anchura en toda la extensión de su curso, y podrá ser mayor por convenio de las partes, o por disposición del juez, cuando las circunstancias lo exigieren; y un diez por ciento más sobre la suma total.- Tendrá, además, derecho para que se le indemnice de cualquier perjuicio ocasionado por la

construcción del acueducto y por las filtraciones y derrames que puedan imputarse a defectos de construcción”.

El pago de esta indemnización por la ocupación del terreno del acueducto, no es una compra, pues el dueño del predio sirviente sigue siéndolo en su integridad, aunque una parte de la superficie quedará fuera de su libre utilización. Es precisamente para compensar esa disminución del uso de su propiedad, que se le reconoce tal indemnización. La otra indemnización, por cualquier perjuicio, tiene diverso carácter: es la que normalmente se debe siempre que se causa culpablemente un daño material a la propiedad ajena.

Barros Errázuriz observa que las servidumbres son, en principio por tiempo indefinido, permanentes, y por eso la indemnización es por un monto equivalente al precio, como si se tratara de compraventa, sin serlo. Además el Código aumenta en un diez por ciento ese valor, para compensar la incomodidad que sufre el predio sirviente, o, como lo interpretan otros, a modo de regalía o participación en la utilidad que obtiene el predio dominante.

La Ley de Aguas dice que “Hay lugar al pago de indemnización cuando se ocupen superficies mayores al diez por ciento del área total del predio o le causen desmejoras que excedan del cinco por ciento (Art. 62). Esta norma está en contradicción con lo dispuesto en el Código Civil, que no señala tal límite a la indemnización y que más bien tiende a compensar ampliamente al predio sirviente. La Ley de Aguas puede considerarse como especial en lo relativo al servicio público, a lo administrativo y a lo referente al INERHI, pero no creo que prevalezca sobre el Código Civil en cuanto a las relaciones entre vecinos; en esta materia la norma especial parece ser más bien la del Código, y por tanto, si se trata de indemnizaciones entre particulares, pienso que se deben en todo caso, sin relación de proporcionalidad con la extensión del predio sirviente; no sería justo que se verificara una especie de expropiación a favor de un particular sin indemnizar al perjudicado, solamente porque el perjuicio no llega al cinco por ciento del valor de su predio o porque la superficie ocupada no supera el diez por ciento. Esta norma de la Ley de Aguas sería aplicable a las servidumbres administrativas, a las que se constituyen para dar agua potable a los pueblos, o desagües de aguas servidas, etc. en favor de una población; enton-

ces el bien común puede imponer un sacrificio a los particulares, y se limita razonablemente la indemnización, reservándola solo para los perjuicios de mayor volumen, en tanto que los menores se entienden compensados con la utilidad que cada uno obtiene de las obras de interés general.

“Art. 905.- El dueño del predio sirviente está obligado a permitir la entrada de trabajadores, para la limpia y reparación del acueducto, con tal de que se dé aviso previo al administrador del predio.- Está obligado, así mismo, a permitir, con este aviso previo, la entrada de un inspector o cuidador; pero sólo de tiempo en tiempo, o con la frecuencia que el juez, en caso de discordia y atendidas las circunstancias, determinare”.

La entrada del inspector o cuidador beneficia a ambas partes, porque evita daños que podrían perjudicar sus respectivos intereses; pero no es necesaria la presencia continua de tales trabajadores y variará mucho según las circunstancias la necesidad de tal presencia: por la calidad del canal, el volumen de las aguas, la cantidad mayor o menor de tierra que arrastren, etc.; por esto el Código emplea una locución muy relativa: “de tiempo en tiempo”, y deja al juez la tarea de fijar la frecuencia de esas visitas, si no se ponen las partes de acuerdo.

La Ley de Aguas, establece que no se trata, pues, de una servidumbre de paso, normal, sino reducida únicamente al tránsito necesario para el buen servicio y conservación del acueducto. Una sentencia de la Corte Suprema rechazó la pretensión de quienes venían utilizando el espacio lateral de un canal como paso, sin ser propietarios del predio dominante de la servidumbre de acueducto; efectivamente, ese paso corresponde sólo al predio dominante, a su dueño o sus servidores, pero no a la generalidad de las personas, y solamente se justifica para el uso adecuado del acueducto y no para otros fines: es una servidumbre anexa y subordinada a la de acueducto.

“Art. 906.- El dueño del acueducto podrá impedir toda plantación u obra nueva en el espacio lateral de que habla el artículo 904”.

El espacio lateral tiene una doble finalidad: servir de camino para acceder al acueducto y proveer a su mantenimiento, limpieza y reparación, y, por otra parte, proteger al mismo acueducto y sus aguas, evitando que se

destruya o que se contamine la corriente. Los árboles de grandes raíces, principalmente, pueden dañar los canales y no deben plantarse en la cercanía de ellos.

“Art. 907.- El que tiene a beneficio suyo un acueducto en su heredad, puede oponerse a que se construya otro en ella, ofreciendo paso por el suyo a las aguas de que otra persona quiera servirse; con tal que de ello no se siga perjuicio notable al que quiera abrir el nuevo acueducto.- Aceptada esta oferta, se pagará al dueño de la heredad sirviente el valor del suelo ocupado por el antiguo acueducto (incluso el espacio lateral de que habla el Art. 904), a prorrata del nuevo volumen de agua introducido en él, y se le reembolsará, además, en la misma proporción lo que valiere la obra en toda la longitud que aprovechar al interesado.- Este, en caso necesario, ensanchará el acueducto a su costa, y pagará el nuevo terreno ocupado por él, y por el espacio lateral, y cualquier otro perjuicio; pero sin el diez por ciento de recargo”.

El tenor literal es claro y el espíritu de la ley también: se trata de impedir, en lo posible, que se grave desmedidamente al predio sirviente, obligándolo a soportar más de un canal. Sin embargo, queda la duda de si será posible exigir un nuevo canal cuando ya atraviesa el fundo otra acequia, pero que no es del dueño del terreno, ya que el artículo 907 plantea la hipótesis de que el dueño del predio sea el dueño del primer canal. No se aclara esta cuestión ni por el texto de la Ley de Aguas, ni hemos encontrado jurisprudencia de la Corte Suprema; existe una sentencia de la Corte Superior de Quito, que extiende el sentido del artículo 907 y lo aplica también al caso del canal construido por un tercero, es decir, por quien no es el dueño del predio sirviente ni del dominante. Insisto en que el espíritu del Código y de la Ley de Aguas, son favorables a la construcción de más de un canal, pero evitando, en lo posible, el excesivo perjuicio al predio sirviente; por consiguiente, la cuestión tendría que resolverse, en cada caso concreto, teniendo en cuenta la extensión de la propiedad, sus características precisas y también la necesidad del agua que se quiere conducir por el nuevo canal; si se trata de servicio de agua para un pueblo, la exigencia puede ser mayor aún cuando el perjuicio también lo sea.

Nótese que el artículo 907 en el inciso final dispone la indemnización del nuevo terreno, ocupado por el ensanche del acueducto, pero sin el recargo

del diez por ciento, lo que induce a pensar que este aumento se concede para compensar la desmejora que significa para un predio el estar atravesado por un canal; si ya existe el canal, no aumenta notablemente ese inconveniente por el hecho de que el canal se ensanche y por eso no da lugar a nuevo pago del diez por ciento, en tanto que sí se deberá pagar el valor correspondiente a las nuevas tierras que no podrán ser utilizadas por el dueño del predio sirviente por efecto del ensanche del canal.

“Art. 908.- Si el que tiene un acueducto en heredad ajena quisiere introducir mayor volumen de agua en él, podrá hacerlo, indemnizando de cualquier perjuicio a la heredad sirviente. Y si para ello fueren necesarias nuevas obras, se observará, respecto de éstas, lo dispuesto en el artículo 904”.

También este artículo plantea la duda de si entre esas “nuevas obras”, puede entenderse comprendida la construcción de un nuevo canal. La respuesta, debe ser parecida a la dada a la cuestión que plantea el artículo anterior y han de servir los mismos criterios: se requiere verdadera “necesidad” -pues así lo dice el Art. 908-, y según el espíritu de la legislación, se ha de evitar en lo posible la excesiva carga para el predio sirviente. La consideración de “cualquier perjuicio” para tasar la indemnización debida, orientará también al juez, para permitir o no la construcción de un nuevo canal, o para exigir que se ensanche el existente, apreciando los inconvenientes reales que se produzcan en el predio sirviente y su posible desvalorización por estas obras.

En concordancia con este criterio y de modo más directo, el artículo 912 ordena: “Los que quieran llevar aguas para regar sus fundos, no podrán abrir en el predio sirviente sino una sola acequia; y si esta se destruyere, o el dueño del predio dominante la abandonare, podrán llevar las aguas por otro punto, consultando siempre el menor perjuicio posible del dueño del predio sirviente.- Sin embargo, siempre que no disminuyere apreciablemente el valor comercial del predio sirviente, la autoridad o el juez competente, podrán, previo informe técnico que demuestre la necesidad y utilidad, imponer dos o más servidumbres de acueducto sobre un mismo predio”.

“Art. 909.- Las reglas establecidas para la servidumbre de acueducto se extienden a los que se construyan para dar salida y dirección a las aguas

sobrantes, y para desecar pantanos y filtraciones naturales, por medio de zanjaz y canales de desagüe”.

La aplicación de las reglas de la servidumbre de acueducto a estos desagües debe hacerse con toda su amplitud: se trata de favorecer el aprovechamiento de los terrenos para cultivos, plantaciones, edificación y otros usos que pueden ser impedidos por el exceso de agua, que los hace pantanosos o demasiado húmedos; en todos esos casos, se debe dar salida a las aguas, aún a través de predios colindantes, pero, naturalmente, en forma tal que no se dañen los terrenos vecinos más de lo que se mejoran los dominantes. Las indemnizaciones y las demás condiciones de esta modalidad especial de la servidumbre de acueducto, siguen en todo las reglas generales.

“Art. 911.- Siempre que las aguas que corren a beneficio de particulares impidan o dificulten la comunicación con los predios vecinos, o embaracen los riegos o desagües, el particular beneficiado deberá construir los puentes, canales y otras obras necesarias para evitar este inconveniente”.

El artículo transcrito completa lo dispuesto en el artículo 902, en favor del predio sirviente, extendiendo las obligaciones del predio dominante en favor de otros propietarios o personas que resulten indirectamente perjudicados por la construcción de un canal, sea por la incomunicación que produzca o por el impedimento para aprovechar otras aguas o para desaguarlas; todo ello debe evitarse, y si no se puede soslayar esos daños, se deben compensar con las correspondientes obras que los reparen, como mediante la construcción de puentes, otros desagües, etc. El principio general es claro: el que causa el perjuicio, tiene que repararlo a su costa.

Si el artículo 911 tutela los intereses de todas las demás personas que no sean dueñas del acueducto, como contrapartida, el propietario del predio dominante puede ejecutar obras para el mejor aprovechamiento de su canal, aumentando el caudal de las vertientes, como prevé el Art. 915: “El beneficiario de las aguas que procedan de vertientes situadas en terreno ajeno, podrá ejecutar las obras que necesite para acrecentar el caudal de las vertientes, previo aviso al dueño del terreno y siempre que, con tales obras, no se cause perjuicio al propietario del suelo o a terceros”.

Se habla en este artículo del “beneficiario de las aguas”, y debemos entender que se refiere a quien tiene la concesión de usarlas o aprovecharlas, puesto que la actual legislación no reconoce propiedad privada de estas aguas corrientes.

Los artículos 913 y 914 contienen más que disposiciones sobre la servidumbre de aguas, normas sobre la concesión del aprovechamiento de ellas y que miran especialmente al interés general, prefiriéndolo sobre el particular:

“Art. 913.- Para el ejercicio del derecho al que se refieren los artículos anteriores, cualquier propietario de un fundo, los vecinos de una población, y los que pretenden establecer máquinas, podrán sacar agua de los ríos, lagunas o fuentes públicas comunes”.

Aunque esta declaración es amplísima y parece incondicional, hay que tener en cuenta que la Ley de Aguas limita esta posibilidad de aprovechamiento de las aguas públicas, exigiendo la tramitación de una concesión, salvo el caso de los usos simplemente domésticos (Art. 14).

“Art. 914.- Cuando se llevaren aguas a una hoyo hidrográfica distinta de la de su origen, de modo que no puedan ser restituídas al cauce primitivo, esas aguas deberán devolverse después de usadas, a cualquier otro cauce público”.

Con relación a esto, la Ley de Aguas agrega en el artículo 40, la obligación de “tratar las aguas”, cuando se hubieren destinado a usos industriales o trabajos mineros.

Los artículos 910 y 916 se refieren al abandono del acueducto, sea el ya construido o el que se ha comenzado a construir:

“Art. 910.- Abandonado un acueducto, vuelve el terreno a la propiedad y uso exclusivo del dueño de la heredad sirviente, sin obligación de restituir nada de lo que se le pagó por el valor del suelo”.

El artículo 929 precisa cuando existe este abandono: cuando se ha dejado de utilizar durante diez años. Podría también existir un abandono expreso

y que produzca efecto inmediato, es decir, cuando el dueño del predio dominante notifique al del sirviente su voluntad de no utilizar más el acueducto.

Aunque el artículo 910 habla de “volver el terreno a la propiedad” sirviente, no quiere decir que haya dejado de ser del dominio del dueño del predio sirviente, sino que estuvo privado del uso mientras soportó la servidumbre. Del mismo modo que lo que se pagó por el valor del suelo, no fue un precio de compra, sino una indemnización por el uso de que quedó privado el propietario, mientras subsista la servidumbre.

“Art. 916.- Si el que abriere una toma o acequia, con ánimo de llevar aguas, abandonare la obra por más de un año, se entenderá que ha renunciado su derecho; y tendrá cualquier otro la facultad de abrir una nueva toma o acequia”.

Esta disposición se encuadra dentro del sistema del Código Civil, que quedó profundamente modificado por la Ley de Aguas de 1938, reformada en varias oportunidades y nuevamente redactada en 1972. El sistema de la Ley de Aguas, consiste en no permitir que cada persona pueda libremente acceder a los caudales públicos para hacer obras de aprovechamiento, sino el concederlas en cada caso, examinadas la necesidad, conveniencia y características técnicas de la concesión.

La servidumbre de acueducto puede terminar, además de por el abandono o las otras causas generales de extinción de las servidumbres, por haberse hecho innecesario el acueducto. Si la condición para establecer la servidumbre es que exista necesidad, resulta lógico que al desaparecer la necesidad ya no tenga por qué continuar esta carga sobre una propiedad. Tendría, desde luego, que contarse con la aprobación del INERHI para la supresión del acueducto que ya no preste utilidad.

36. Servidumbres de luz y vista

Las servidumbres de luz y de vistas tienen origen en el Derecho Romano, aunque en nuestro Código Civil se han regulado siguiendo más las costumbres del derecho español y francés.

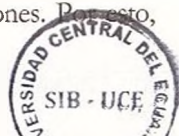
Discuten los autores si estas normas constituyen propiamente servidumbres o si son simplemente consecuencias del derecho de propiedad. Para los romanos, eran verdaderos gravámenes que limitaban el concepto de propiedad absoluta, propia de esa civilización. Para la cultura moderna, las obligaciones que impone la vecindad resultan connaturales a la propiedad, que no se concibe como un derecho absoluto, sino necesariamente limitado. En todo caso, nuestro Código ha aprovechado el esquema de las servidumbres para dar las normas adecuadas a esta materia y no hay inconveniente mayor en entender, según el texto o tenor literal, las disposiciones del Código, como verdaderas servidumbres. Así lo admiten también los principales comentaristas ecuatorianos.

La servidumbre de luz consiste en el derecho de abrir huecos (ventanas, tragaluces, buhardillas, claraboyas, etc.) en una pared propia, de modo que se reciba a través de ellos, la luz que viene del predio confinante.

La servidumbre de vista o de vistas, consiste en cualquier género de construcción que permita mirar directamente y de cerca al predio vecino. Normalmente ésta implica también la entrada de luz, mientras que no sucede lo contrario: la servidumbre de sólo luz, no da vistas, no permite observar al vecino.

Algunos autores, como Puig Peña, consideran que la posibilidad de recibir la luz, debería ser absoluta en principio, y que solamente se limita este derecho por consideración al vecino, para evitar intromisiones en la vida ajena; por esto, considera una verdadera servidumbre, que el predio que desea servirse de la luz tenga que recibirla en determinadas condiciones, con ciertas limitaciones.

Concretamente, nuestro Código exige: que las ventanas u otros huecos se hagan en pared propia (no en la ajena, y ni siquiera en la medianera), que la parte inferior de la ventana esté a por lo menos tres metros de altura sobre el nivel del piso de la habitación que recibirá la luz, y que la ventana esté protegida con rejas de hierro exteriores y con una malla de alambre con aberturas de no más de tres centímetros. He aquí una serie de exigencias que debe respetar el propietario para hacer estas ventanas en su propio predio, por consiguiente, se le está limitando su derecho de propiedad, que de ordinario no tendría por qué someterse a tales regulaciones. Por esto,



considero coincidiendo con el Dr. Eduardo Carrión Eguiguren, que el predio dominante es el vecino de aquel que desca abrir una ventana; el que hace la ventana es el sirviente, el que está sometido a estas limitaciones, mientras que nada puede exigir al vecino ni al vecino se le impide nada. Incluso, el vecino puede edificar una pared que tape la ventana y deje sin luz al que la construyó, de donde aparece claramente que el predio en el cual se fabrica la ventana es el sirviente.

Sin embargo, hay también la opinión contraria, que la sostiene entre nosotros el Dr. Leonardo Rivas: el predio dominante es el que tiene la ventana, porque él se beneficia con la luz que le llega del predio vecino; el vecino es el sirviente. No considero sostenible esta doctrina, tratándose de servidumbres legales.

Ciertamente lo que dispone la ley puede ser modificado, en esta materia, por convención entre las partes, y si voluntariamente se establece una servidumbre de luz o de vistas, con diversas características de las legales, entonces sí pueden invertirse los papeles y el predio que tenga derecho contractual, convencional, de abrir una ventana con las condiciones establecidas entre las partes, distintas de las legales, será el predio dominante; entonces sí, el dueño de la ventana podrá exigir algo al vecino y el vecino será el predio sirviente porque no podrá alterar el derecho convencionalmente establecido. Por ejemplo, puede pactarse que el vecino no eleve la pared de modo que quite la luz (la servidumbre romana "altius non tollendi"), y esta limitación del derecho de propiedad constituye verdadera servidumbre, pero es convencional, no legal.

Conviene también tener presente, que lo concerniente a las restricciones legales en cuanto a ventanas (luz y vista), se aplican a los predios directamente vecinos, no a los que están separados por una vía pública, aunque sea un callejón de poco ancho. Esto demuestra, una vez más, que se trata de limitaciones del dominio que sufre cada propietario en su respectivo predio, en consideración al contiguo, y por tanto le constituye en verdadero predio sirviente, mientras que puede aprovechar con más amplitud de la luz y la vista que proporciona la vecindad de un camino, callejón o calle pública.

Puig Brutau refiriéndose a la servidumbre de vistas, que conforme al derecho español exige un retiro o espacio intermedio entre la ventana y el predio del vecino de dos metros (en nuestro derecho ecuatoriano, son tres metros), considera que hay una derogación de los principios generales de la propiedad, que no tendría por qué verse limitada de esta manera; más aún, la persona que construyera una pared más cercana al vecino (sin el retiro indicado, de tres metros, en el Ecuador), podría llegar a adquirir por prescripción la servidumbre contraria, es decir, el derecho a tener esa ventana sin las condiciones legales, en condición más ventajosa para el dueño de la ventana y más molesta para el vecino, por la proximidad del punto desde el que puede ser observado por el otro.

El objetivo propio de la servidumbre de luz es dar entrada a ésta en un “lugar cerrado y techado”. Esta luz tiene que entrar en una construcción y el dueño de ella puede construir esta ventana en sus propias paredes, no en las ajenas. Si la pared que le separa del vecino es medianera, tiene que pedir el consentimiento del vecino y no puede abrir la ventana sin ese permiso. Puede suceder que la pared sea parcialmente medianera, entonces necesitará el permiso si la ventana se abrirá en la parte en que la pared es medianera. Finalmente si una pared fue propia del dueño de la casa que hizo su ventana, pero después dicha pared se convierte en medianera, el vecino que adquiere la medianería podrá exigir que se cierre la ventana.

La ventana debe construirse con los requisitos legales indicados, y si no los cumpliere, el vecino puede exigir que se cierre la ventana o que se cumpla con aquellos requisitos. Puede también, desde luego, tolerar que se haga de otra forma, y también, conceder expresamente el derecho de recibir la luz sin las exigencias legales. Pero las ordenanzas municipales, también suelen consagrar las mismas exigencias generales del derecho y aún otras más, para asegurar la salubridad y buena presentación de los edificios; y no podría dejar de cumplirse esas ordenanzas, pretextando que el vecino ha permitido o tolera ventanas sin los requisitos legales.

De Diego señala el caso más extremo de servidumbre voluntaria, cual sería el de permitir que se abra una ventana en pared ajena. Desde luego, en tal circunstancia el propietario de la pared está despojándose de algo suyo, limitando su dominio e imponiéndose una carga que la ley no le obliga a aceptar. En cambio, lo previsto en el Código, respecto de la servidumbre

legal de luz es simplemente que el dueño de su propia pared, haga en ella las ventanas, dentro de unas limitaciones que se imponen por consideración al vecino. Por esto, varios autores, como entre los franceses Baudry-Lacantinerie, Duranton, Laurent, Demolombe, Aubry y Rau, o el colombiano Valencia Zea, consideran que no hay propiamente servidumbre legal de luz. Pero es preciso insistir en que la servidumbre legal de luz consiste precisamente en que el dueño de un edificio no puede hacer en él cualquier género de ventanas, sino solamente dentro de las limitaciones que la ley le impone: deben estar a más de tres metros de altura sobre el suelo, y protegidas con rejas y malla de alambre. Igualmente, la servidumbre legal de vistas, exige que el propietario guarde un retiro o distancia de al menos tres metros respecto del límite con el vecino.

Los balcones o voladizos, presentan especiales características, ya que facilitan la observación, el mirar al derredor, incluido el predio vecino. Estas formas de construir ventanas, podríamos decir, privilegiadas por su posición, deben sujetarse como todas las demás, a las regulaciones generales y especiales. La Ordenanza Municipal de Construcciones de Guayaquil, del año 1986, prohíbe los balcones o voladizos en las fachadas laterales y posterior de las casas, permitiéndolos solamente en la fachada anterior; estas condiciones son, pues, más exigentes, que las que impone en general del Código.

Se ha planteado el caso de los subterráneos, que generalmente tienen una altura menor de tres metros y por consiguiente no podrían disfrutar de servicio de luz por medio de troneras o ventanas ajustadas a las regulaciones legales. Claro Solar se refiere a varios autores franceses que admiten, como excepción, este caso, dada la peculiar disposición de los lugares bajo el nivel del terreno. Considero que nuestra ley no da pie para hacer esta distinción y que también las habitaciones subterráneas, deben cumplir los requisitos exigidos por el Código para poder tener luces o vistas, ya que la ley se refiere a “espacios cerrados y techados”, sin hacer distinciones que no puede introducir arbitrariamente el intérprete.

Dice el artículo 917: “La servidumbre legal de luz tiene por objeto dar luz a un espacio cualquiera, cerrado y techado; pero no el darle vista sobre el predio vecino, esté cerrado o no”. Las condiciones para poder tener esta luz, se señalan en los artículos siguientes:

“Art. 918.- No se puede abrir ventana o tronera de ninguna clase en una pared medianera, sin consentimiento del condueño.- El dueño de una pared no medianera puede abrirlas en ella, en el número y de las dimensiones que quiera.- Si la pared no es medianera sino en una parte de su altura, el dueño de la parte no medianera goza de igual derecho en ésta.- No se opone al ejercicio de la servidumbre de luz la contigüidad de la pared al predio vecino”.

“Art. 919.- La servidumbre legal de luz está sujeta a las condiciones que van a expresarse:

1. La ventana tendrá rejas de hierro, y una red de alambre cuyas mallas tengan tres centímetros de abertura o menos; y,
2. La parte inferior de la ventana distará del suelo de la vivienda a que da luz, tres metros a lo menos”.

“Art. 920.- El que goza de la servidumbre de luz no tendrá derecho para impedir que en el suelo vecino se levante una pared que le quite luz”.

“Art. 921.- Si la pared divisoria llega a ser medianera, cesa la servidumbre legal de luz, y sólo tiene cabida la voluntaria, determinada por mutuo consentimiento de ambos dueños”.

El artículo 922 se refiere más específicamente a la servidumbre de vistas:

“Art. 922.- No se puede tener ventanas, balcones, miradores o azoteas que den vista a las habitaciones, patios o corrales de un predio vecino, cerrado o no; a menos que se interponga una distancia de tres metros.

La distancia se medirá entre el plano vertical de la línea más sobresaliente de la ventana, balcón, etc., y el plano vertical de la línea divisoria de los dos predios, siendo ambos paralelos.

No siendo paralelos los dos planos, se aplicará la misma medida a la menor distancia entre ellos”.

A diferencia de la servidumbre de luz, en la de vistas no se ponen condiciones respecto de la ventana, balcón, azotea, etc., sino solamente la de

guardar la distancia mínima de tres metros. Para la medición de esta distancia se considera si son o no paralelas la pared y el límite con el vecino: en el primer caso, los tres metros se conservan en toda la extensión de la ventana, en el segundo, se miden desde el punto más cercano al límite, es decir, que la ventana estará a tres o más metros de distancia.

En otros derechos esta distancia suele ser menor; así en España es de dos metros, y en Portugal de 1.5 metros. Además en Portugal no se exige el retiro si la pared es oblicua con respecto al límite de los terrenos, en más de 45%.

La jurisprudencia francesa ha precisado que no se aplica la disposición sobre vistas, cuando solamente se podría mirar el techo de la casa vecina. Esta regla es aplicable a nuestro sistema, porque el artículo 922 se refiere concretamente a "habitaciones, patios y corrales de un predio vecino", y no a techos. Una sentencia de la Corte Suprema, extendiendo algo más el sentido de la ley, permitió la abertura de ventanas que permitían ver un sector del patio vecino, pero sólo desde la altura de un metro treinta hacia arriba, es decir, sin dominarlo plenamente.

No influye, en cambio, en la servidumbre, la clase e edificación desde la que se pueda observar al vecino: puede ser una casa de habitación, un establecimiento industrial, una simple torre para guardar agua, etc., y tampoco se ha de hacer distinciones sobre la parte del edificio que permita esa observación al vecino. Los ejemplos que señala el Código son: ventanas, balcones, miradores o azotcas", partes arquitectónicas bien diferentes unas de otras, y que no excluyen otras que puedan hallarse en similar situación. Se planteó un juicio para impedir las vistas desde una escalera exterior de una casa, y efectivamente, la Corte ordenó la demolición de esas gradas exteriores, que equivalían a un balcón desde el cual su podía observar el predio vecino, sin guardar la distancia de los tres metros. En otro juicio se ordenó elevar una pared, que impida las vistas desde una terraza, situada así mismo a menos de los indicados tres metros.

Se ha planteado la duda sobre si se puede abrir no una ventana, sino una puerta, a menos distancia de tres metros del predio vecino. La puerta, ciertamente permite, como la ventana, el mirar al vecino, pero dada la finalidad de la puerta que es la de pasar, no se presta a la observación de-

tenida y, por otra parte, resulta más necesaria que la ventana, puesto que de otro modo la casa no tendría utilidad y en ciertos casos no cabe abrir la puerta en otro lugar. Por esto, la jurisprudencia ha sido condescendiente y considera que se puede tolerar la puerta a menos de tres metros, siempre que las ordenanzas no la prohíban.

Las servidumbres de luz y de vistas son ambas aparentes, ya que consisten en determinadas obras arquitectónicas: ventanas, azoteas, etc. En cambio, hay que distinguir la servidumbre de luz que es continua, puesto que no se necesita hecho del hombre para ejercitarse, y la de vistas, que sí requiere un hecho del hombre; por tanto, la de vista es discontinua. Esta distinción es de mucha importancia, porque, mientras la servidumbre de luz podrá adquirirse por prescripción, no así la de vistas.

Si se practican aberturas no autorizadas por la ley que den lugar a servidumbre de vistas o de luz, el perjudicado puede pedir la remoción de esas obras y puede ejercer para ello las acciones legales, dentro de los plazos de prescripción de las mismas. Si deja pasar el tiempo sin reclamar, perderá la acción correspondiente por dicha prescripción extintiva.

Quien haya abierto una ventana, balcón, etc., cumpliendo las prescripciones legales, puede disfrutar de su derecho y recibir la luz o mirar hacia el predio vecino desde la distancia legal -mayor a tres metros-, pero no puede impedir que el vecino, a su vez, haga uso de su derecho y construya, cumpliendo igualmente las prescripciones legales, aunque sus construcciones le priven de luz o de vistas. El transcurso de tiempo más o menos largo, no impedirá el ejercicio de este derecho, puesto que si el vecino no edifica, no está reconociendo ningún derecho especial al vecino, sino que su abstención es un acto de mera tolerancia o de libre utilización de su propiedad, y en cualquier momento puede cambiar su decisión y utilizar su terreno para construir, ajustándose a las prescripciones legales. No cabría, pues, que quien construyó la ventana, alegue prescripción para impedir a su vecino construir, y no cabe esta alegación porque el tener una ventana no significa poseer el terreno vecino y sólo se adquiere por prescripción lo que se posee. Este punto ha sido, sin embargo, muy debatido entre los autores franceses, y en el nuestro, el Dr. Carrión Eguiguren opina que si no pudiera impedirse que el vecino construya, el derecho sería ilusorio. Considero que hay que distinguir a este respecto dos casos diversos: si se trata de

servidumbre legal, no cabe impedir la construcción del vecino, porque el Código expresamente así lo dice, en el Art. 920. Pero si la servidumbre se ha adquirido por título, si es voluntaria, entonces hay que estar a lo que diga el título, y puede fundamentar el derecho de impedir la construcción del vecino. En cuanto a la adquirida por prescripción (la de luz, que es continua y aparente, pero no la de vistas que es discontinua), tendríamos que equiparar la prescripción al título de constitución voluntaria: el dueño del predio dominante ha querido adquirirla y el dueño del predio sirviente no ha impedido que se constituya, dejando pasar el tiempo: las dos voluntades concurren al establecimiento de la servidumbre, y debe producir el efecto de impedir la construcción que dejaría sin eficacia a la servidumbre.

37. Aguas lluvias

El artículo 923 dice: “No hay servidumbre legal de aguas lluvias. Los techos de todo edificio deben verter sus aguas sobre el predio a que pertenecen, o sobre la calle o camino público o vecinal, y no sobre otro predio, sino con voluntad de su dueño”.

Si se incluye este artículo en el párrafo de las **servidumbres legales**, es porque constituye una derogación de la legislación anterior, que admitía, conforme al Derecho Romano, la servidumbre de aguas lluvias. Ahora no se reconoce ésta, y solamente cabe la voluntaria, establecida mediante la aceptación del propietario del predio sirviente.

La servidumbre de aguas lluvias es **aparente y continua**, porque no requiere un especial acto del hombre para su ejercicio, y por lo mismo, puede también adquirirse por prescripción.

Habiéndose demandado en un mismo libelo acción posesoria para que se respete una servidumbre de luz y la reclamación contra el vecino que vertía sus aguas lluvias del techo en el terreno del demandante, la Corte reconoció que se podían acumular las dos acciones por no ser contradictorias y porque se deben tramitar de la misma manera, en juicio verbal sumario, y acogió ambas reclamaciones del actor.

38. Las Servidumbres Voluntarias

Estas servidumbres no se enumeran en el Código, pues dependen de la voluntad de las personas, y por tanto, quien es capaz de obligarse es hábil para constituir las, con tal de que no contrarie el orden público o los derechos de otro.

Se pueden establecer estas servidumbres por **convención** o contrato entre los propietarios de dos predios, de los cuales el uno será dominante y el otro, sirviente. Cabe también que el dueño del predio sirviente realice una **declaración unilateral** que conceda la servidumbre a favor del predio dominante, y esto podrá realizarse por acto entre vivos o por disposición testamentaria.

La voluntad de constituir una servidumbre que no es ni natural ni legal, podría también expresarse de manera no solemne, o consistir en una tolerancia de que se ejercite dicha servidumbre, dando origen a la adquisición por **prescripción**, una vez que transcurra el tiempo exigido por el Derecho.

La prescripción adquisitiva no puede aplicarse a dos clases de servidumbres: las discontinuas y las no aparentes; las demás, es decir las que reúnen la doble condición de ser aparentes y continuas, pueden adquirirse por prescripción.

La prescripción supone **posesión**, y en el caso de las servidumbres, se entiende que se refiere a las cosas materiales a través de las que se ejercita el derecho de servidumbre y se expresa por medio de actos de ese mismo ejercicio, por ejemplo, para prescribir una servidumbre de luz, debe existir una ventana u otro hueco que permite el paso de la luz, y esta abertura no debe haber sido cerrada sino que realmente está permitiendo el paso de la luz.

Cuando la prescripción se produce a partir de un acto unilateral del dueño del predio dominante, que comienza a ejercitar la servidumbre, como si realmente fuera señor y dueño de ella, sin que haya intervenido el dueño del predio sirviente, la voluntariedad de esta servidumbre radica en la determinación del dueño del predio dominante y la voluntad presunta o

ficicia del dueño del predio sirviente, quien, pudo oponerse e intentar las acciones judiciales para impedir la servidumbre, y no lo hizo.

En caso de conflicto entre los propietarios, resolverá el juez lo que sea conforme con los títulos: sea el contrato, testamento o las circunstancias de la prescripción. De todas formas, la sentencia judicial no es la que crea la servidumbre, sino que simplemente la declara; no tiene carácter constitutivo, sino **declarativo**. Por esto, no es exacta la expresión del inciso 2 del artículo 924, que dice que las servidumbres pueden adquirirse por sentencia del juez. El único caso en el que propiamente la sentencia establece la servidumbre, sería el de las **particiones**, que, según dispone el artículo 1353, numeral 5, para la cómoda utilización de los predios en los que se divide la cosa común.

La constitución de una servidumbre voluntaria implica, como observa Claro Solar, una cierta enajenación de parte de la propiedad, y debe realizarse con las solemnidades propias de estos actos que atañen a bienes raíces (escritura pública inscrita). Si un copropietario de predio indiviso constituyera por sí sólo una servidumbre, no tendría valor, salvo que en la partición le toque exclusivamente a él la parte afectada por el gravamen, o que los condueños ratifiquen lo obrado.

Finalmente, está el caso de la llamada “**destinación del padre de familia**” o destinación por parte del propietario. Se supone que una persona dueña de dos predios establece un servicio que implica carga para uno de los predios y ventaja para el otro, y luego procede a enajenar uno de los predios: ese servicio se convierte en servidumbre desde el momento en que cada predio pertenece a un dueño distinto. Como esta enajenación tiene que realizarse con las solemnidades propias de la transferencia de derechos reales sobre inmuebles, se reduce este caso a lo que sucede en cualquier contrato de esta índole, por ejemplo, el de compraventa (Art. 1740 del Código Civil), es decir, que se requiere escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. Lo mismo, si los dos predios pasan a distinto dueño por sucesión hereditaria: las solemnidades de ésta valen para la constitución de la servidumbre a título de herencia o legado.

He aquí los artículos del Párrafo 3o. De las servidumbres voluntarias:

“Art. 924.-Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal de que no dañe con ellas al ornato público, ni se contravenga a las leyes.- Las servidumbres de esta especie pueden también adquirirse por sentencia de juez, en los casos previstos por las leyes”.

“Art. 925.- Si el dueño de un predio establece un servicio continuo y aparente a favor de otro predio que también le pertenece, y enajena después uno de ellos, o pasan a ser de diversos dueños, por partición, subsistirá el mismo servicio con el carácter de servidumbre entre los dos predios; a menos que, en el título constitutivo de la enajenación o de la partición, se haya establecido expresamente otra cosa”.

“Art. 926.- Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas no aparentes solo pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituir las.- Las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por título, o por prescripción de cinco años, contados como para la adquisición del dominio de los fundos”.

“Art. 927.- El título constitutivo de servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente.- La destinación anterior, según el artículo 925, puede también servir de título”.

“Art. 928.- El título o la posesión de la servidumbre por el tiempo señalado en el artículo 926, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente”.

Si en un predio se realizan obras que signifiquen una servidumbre, el dueño del predio sirviente puede reclamar contra ellas sea por medio de las acciones posesorias o por la reivindicación, según los casos. El artículo 980 permite expresamente pedir la remoción de estacas, paredes u otras labores que estén en este caso. La reclamación puede realizarse dentro del plazo para la prescripción (Art. 981). En cambio, naturalmente, estas acciones no pueden intentarse contra quien tenga derecho de ejercitar la servidumbre, sea por título o por prescripción ya cumplida (Art. 989). Las reglas de la prescripción de las servidumbres son especiales, frente a las generales de la prescripción, y así se reconoce en el artículo 992 que preva-

leen las referentes a las servidumbres. Por el mismo motivo, el artículo 2412, al tratar de la prescripción en general, se remite al artículo 926, en lo referente a la prescripción de servidumbres.

Dice el Art. 2399: "La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna.- Así, el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique.- Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales o pascue en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o pasto.- Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento del otro". De aquí se deduce claramente, que para adquirir una servidumbre por prescripción, se requiere realizar actos que por sí mismos no tenga derecho de realizar el dueño del predio dominante y que el dueño del predio sirviente, conociéndolos (porque no son clandestinos) no los impide sino que más bien consiente en ellos, sin reservarse el derecho de impedirlos.

El artículo 1148 dispone que si se deja por testamento parte de un predio, se entenderán legadas las servidumbres que para su goce y cultivo le sean necesarias. En caso de conflicto, el juez precisará cuales son esas necesidades; en el juicio partitorio deben señalarse dichas servidumbres (Art. 1353, Num. 5).

La especie legada -dice el Art. 1152- pasa al legatario con sus servidumbres y demás cargas reales. El respeto de las servidumbres establecidas, se manifiesta también en el artículo 1338 que ordena que no se puede obligar a nadie a la indivisión por tiempo indefinido ni convencionalmente por más de cinco años, salvo el caso de las servidumbres y las cosas que la ley manda mantener indivisas. El artículo 1540 pone como ejemplo de obligación indivisible la obligación de conceder una servidumbre.

La compraventa es el título más frecuentemente utilizado para transferir el dominio y otros derechos reales, entre ellos, las servidumbres. El artículo 1740 se refiere expresamente a la compraventa de servidumbres, que debe hacerse por escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad (y así se utiliza el modo de adquirir que es la tradición).

39. Extinción de las Servidumbres

El cuarto y último párrafo del título XII del Libro II, trata de la extinción de las servidumbres. Señala, como es razonable, las causas peculiares de terminación o las que presentan alguna particularidad respecto de las servidumbres, ya que habría sido ocioso enumerar o referirse a las causas generales por las que termina todo derecho o por las que se extinguen los derechos reales.

Dice el Art. 929: "Las servidumbres se extinguen:

1. Por la resolución del derecho del que las constituyó;
2. Por la llegada del día o el cumplimiento de la condición, si se ha establecido uno de estos modos;
3. Por la confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño. Así, cuando el dueño de uno de ellos compra el otro, perece la servidumbre, y si por una nueva venta se separaren, no revive, salvo el caso del artículo 925. Por el contrario, si la sociedad conyugal adquiere una heredad que debe servidumbre a otra heredad de uno de los cónyuges, no habrá confusión sino cuando, disuelta la sociedad, se adjudiquen ambas heredades a la misma persona.
4. Por la renuncia del dueño del predio dominante; y,
5. Por haberse dejado de gozar diez años.

En las servidumbres discontinuas corre el tiempo desde que han dejado de gozarse; en las continuas, desde que se haya ejecutado un acto contrario a la servidumbre".

En realidad la primera hipótesis podría entrar en las causas generales de extinción de los derechos, o al menos de los gravámenes reales, ya que siempre que se resuelve el derecho del constituyente, tiene que producirse el efecto de que desaparezca la carga o derecho que estableció, por carecer de causa. Se daría este supuesto cuando una persona que tenía la propiedad bajo condición haya constituido la servidumbre y luego, por el cumplimiento de la condición pierda dicha propiedad. El caso más frecuente puede ser el de las ventas con pago a plazo, que dan origen a la resolución

del contrato por incumplimiento en la solución del precio, lo que está previsto en el artículo 1815.

El artículo 1448 precisa las condiciones para que la resolución (y también la rescisión y la revocación) puedan oponerse contra terceros o permitan la extinción de una servidumbre (y otros derechos reales) constituida en el predio: se requiere que en la escritura de donación se haya prohibido expresamente bajo condición, que se constituya la servidumbre; o que antes de dicha constitución, se haya notificado a los interesados que se intentará la acción resolutoria; o que se haya procedido a constituir la servidumbre, después de intentada la acción.

Más raro será que se haya establecido **plazo o condición** para hacer terminar la servidumbre misma, ya que, por su naturaleza estos gravámenes suelen ser perpetuos. Cabe, sin embargo, en las servidumbres voluntarias o convencionales que se estatuya el plazo o condición, por ejemplo, no edificar en un solar durante tal tiempo, o mientras conserve su casa el vecino; cumplido el plazo o llegada la condición, terminaría la servidumbre “*altius non tollendi*”, u otra semejante. No cabe de ningún modo poner plazos o condiciones a las servidumbres naturales o a las legales; cabría, sin embargo que, por mutuo acuerdo se establezcan ciertas modalidades de su ejercicio, sometidas a estas limitaciones temporales o causales.

La **confusión**, tercera causa de extinción, debe ser “perfecta e irrevocable”, como dice el artículo 929. Perfecta, en el sentido de que todo el derecho de propiedad de ambos predios haya pasado a un sólo titular, un dueño único de ambos; que puede ser una persona natural o jurídica, o aún la sociedad conyugal- que no es ni lo uno ni lo otro-; pero, en todo caso, un propietario total de ambos predios. De modo que si una persona adquiere parte de la otra propiedad, no se extingue la servidumbre. El ejemplo que da el Código es muy claro: si uno de los predios pertenece a la sociedad conyugal y el otro a uno de los cónyuges, no hay confusión, porque no se trata de un único propietario. Si ambos predios llegaren a ser de la sociedad conyugal o ambos fueran de un mismo cónyuge, entonces sí se extinguiría la servidumbre. Para que se produzca esta extinción por confusión, la adquisición de ambos predios debe ser también “irrevocable”, de suerte que si el dueño del fundo dominante, por ejemplo, llega recibir la propie-

dad del fundo sirviente pero bajo una condición, o por donación revocable, antes de que ésta se vuelva firme no se produce la extinción de la servidumbre.

La **renuncia** del dueño del predio dominante, producirá también la extinción de la servidumbre. Pero se entiende que esta renuncia debe ser hecha por parte de quien tenga capacidad y pueda disponer de lo suyo, actúe con libre consentimiento, haya una causa legal aunque sea la mera liberalidad, y cumpla los requisitos formales. Si para establecer la servidumbre se requiere escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad, entendemos que la renuncia debe realizarse con igual formalidad; ciertamente el dueño del predio dominante puede renunciar de modo informal y el propietario del predio sirviente podría exigir el reconocimiento legal de dicha renuncia, pero mientras no se formalice con las solemnidades propias de los derechos reales sobre inmuebles, ni podría hacer valer su derecho frente a terceros ni ejercer la acción reivindicatoria. Una renuncia no solemne daría más fácilmente lugar a la extinción por prescripción, una vez transcurrido el tiempo señalado por la ley.

Principalmente este caso de la extinción por renuncia, plantea el problema de la **devolución de las indemnizaciones**. En el Derecho español, se distingue aquella parte que corresponde al precio del suelo ocupado, en los casos de tránsito o acueducto, y la indemnización de perjuicios; mientras que lo primero debe devolverse, puesto que el propietario recupera la libre utilización de su tierra, la indemnización de perjuicios no se devuelve, porque esos perjuicios se presume que realmente se produjeron y no dejan de existir cuando termina la servidumbre, sino para lo futuro.

Nuestro Código, en cambio, en el artículo 910 prevé el caso del abandono de un acueducto, que equivale a la renuncia de dicha servidumbre y establece que **nada se debe restituir** de lo que se pagó por el valor del suelo. Queda, sin embargo, la puerta abierta para pedir la restitución del exceso que se haya pagado, es decir, de lo que se entregó como compensación de perjuicios, si bien, como dichos perjuicios al menos en parte ya se habrán producido, resulta que en la práctica nada se podrá repetir.

La forma de extinción de las servidumbres que presenta mayor peculiaridad es la debida a **prescripción** con cierto eufemismo el numeral 5 del

artículo 929, la menciona como “Por haberse dejado de gozar durante diez años”, pero luego siguen varias disposiciones que se refieren claramente a la prescripción: el tiempo corre en la forma y desde el momento en que se toma en cuenta para la extinción de los derechos, y se dan las normas de los artículos siguientes para solucionar especiales dificultades:

“Art. 930. Si el predio dominante pertenece a muchos, pro indiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno”.

“Art. 931. Si cesa la servidumbre por hallarse las cosas en tal estado que no sea posible usar de ellas, revivirá desde que deje de existir la imposibilidad, con tal de que esto suceda antes de haber transcurrido diez años”.

“Art. 932. Se puede adquirir y perder por prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre, de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma”.

Podríamos resumir, a partir de estas disposiciones, que se puede perder las **servidumbres por prescripción** de diez años. Para que corra el tiempo, deben cumplirse las normas de la prescripción, es decir que el tiempo haya comenzado a correr contra la persona que resultará perjudicada por la prescripción y que no se haya interrumpido.

Naturalmente, el primer requisito para que se extinga la servidumbre por prescripción consiste en que se ejercite **algún acto contrario a ella**, puesto que si el propietario del predio dominante está en pleno ejercicio de su derecho, sin contradicción alguna, no cabe que comience siquiera a correr el tiempo de prescripción. El acto contrario, puede ser un impedimento directo al ejercicio del derecho del predio dominante, o una obra que lo obste, como la construcción de una pared que cierra el camino por el que se ejerce el derecho de tránsito.

Observa Claro Solar que una obra realizada por el dueño del predio dominante, en su propio suelo, no basta para dar inicio a la prescripción extintiva de la servidumbre, porque esa obra podría ser libremente removida por él mismo en cualquier momento, y no significa un verdadero obstáculo

para el ejercicio de la servidumbre. Se requiere, por consiguiente, que sea una **obra verificada por el dueño del predio sirviente** la que ponga un obstáculo a la servidumbre, y que transcurra el tiempo, sin que el dueño del fundo dominante reclame eficazmente.

Ahora bien, en el supuesto de las **servidumbres inaparentes, no cabe adquirir por prescripción**, como lo declara expresamente el artículo 961, y de allí podemos concluir que tampoco pueden perderse por prescripción mediante alguna obra, pero sí se podrían perder por no gozar de ellas durante diez años continuos, ya que esto solamente es lo que exige el numeral 5 del artículo 929.

También las servidumbres discontinuas no se pueden adquirir por prescripción, y, en principio habría que decir que no se pierden por prescripción (si han sido constituidas por título), pero igualmente cabe que durante diez años ningún acto de ejercicio se haya realizado, y la acción extintiva se produciría, en virtud del numeral 5 del artículo 929.

No comienza siquiera a correr el tiempo para la prescripción si el titular de la servidumbre es un menor de edad u otro incapaz, puesto que el artículo 2409 en el numeral primero, establece esta suspensión de la prescripción a favor de tales personas. Tampoco cabe la prescripción **entre cónyuges**, por lo dispuesto en el inciso segundo del mismo artículo; es decir que no puede perder uno de los cónyuges la servidumbre que tiene a favor de su predio, sobre el fundo del otro cónyuge (dueño del predio sirviente); aquí se dispone este efecto suspensivo “entre los cónyuges”, es decir, no, frente a terceros sino solamente cuando la servidumbre se da entre predios de uno y otro de los que están casados entre sí.

El no uso de la servidumbre, que menciona el Art. 929, tiene que ser total, para que se produzca la extinción por prescripción. De modo que si se usa poco, o solamente muy de tarde en tarde, no hay prescripción. Por ejemplo, quien pasa una vez al año o después de varios años a través del predio sirviente, no permite que se extinga su derecho de paso, aunque también podría transitar varias veces al día y todos los días. Cuando se trata de servidumbres discontinuas, que exigen estos hechos del hombre, se comienza a contar el tiempo de la prescripción, desde el último acto de uso de la servidumbre: si pasan diez años y no se repite dicho uso, la servi-

dumbre se extingue por prescripción. Cabe considerar que este no uso, equivale a una renuncia tácita: hay un abandono de hecho.

No se requiere que el uso de la servidumbre sea realizado **personalmente** por el dueño del predio dominante, sino que basta que lo efectúe cualquier persona que dependa de él o que obre con su consentimiento. Así, si el predio dominante está arrendado, el arrendatario que utiliza el acueducto, el camino o ejerce otros actos propios de la servidumbre, está impidiendo que ésta se extinga por prescripción, aunque el dueño ignore totalmente la situación y se desentienda de ella.

Si la prescripción se **interrumpe** respecto de uno de los condueños del predio sirviente, la interrupción beneficia a todos, porque siendo la servidumbre indivisible, no cabe que se extinga para unos y subsista para otros, en el caso de ser varios los dueños del fundo sirviente.

Igualmente, si entre los condóminos de un predio sirviente hay uno o más **menores o absolutamente incapaces** -lo cual puede fácilmente darse en el caso de las sucesiones por causa de muerte-, se suspende la prescripción respecto de todos.

El tiempo se cuenta, conforme al Art. 2408, de modo que dos días cuentan **entre ausentes** como un día entre presentes. Basta que uno de los condueños del predio sirviente **esté fuera de la República**, para que se deba contar así el tiempo, ya que tampoco cabe que corra el tiempo para unos y no para otros, o que corra de diferente manera, ya que la servidumbre es indivisible y no podría llegar a extinguirse con relación a unos dueños del predio sirviente y subsistir con relación a otros.

La prescripción puede obrar no solamente contra la existencia misma de la servidumbre sino contra una manera específica de utilizarla. En otras palabras, puede prescribir el modo de usar una servidumbre. Esto implica la posibilidad de restringir un tanto el derecho, sin extinguirlo del todo, de la misma manera que se puede ganar por prescripción un modo específico de utilizar la servidumbre, tal vez acrecentando su contenido o exigencias. Por ejemplo, en la servidumbre de acueducto, puede conservarse el paso de las aguas por el canal, pero por haberse abandonado el paso de las personas por el espacio lateral para reparar el canal, durante diez años, se

perdería ese derecho y requeriría permiso especial del dueño del predio sirviente el que quisiera utilizar el espacio que ya perdió.

Antes de que se cumpla el tiempo de la prescripción, caben las acciones judiciales para defender el derecho, una vez cumplida la prescripción el derecho se ha extinguido y ya no cabe ejercitar dichas acciones o serán rechazadas por el juez. Ni siquiera prosperará la acción posesoria, por ejemplo la de obra nueva, si ya ha transcurrido el plazo de prescripción. El artículo 961 no concede la acción posesoria sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres no aparentes o discontinuas, en cambio sí cabe la acción posesoria de obra nueva, cuando se ha construido algo que impide el goce de una servidumbre, pero si ha transcurrido el tiempo de prescripción de la servidumbre, ya no se podrá proponer dicha acción posesoria, conforme dispone el artículo 992 en su último inciso.





BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC H. Antonio. Curso de Derecho Civil. Curso de Derecho Civil. Los Bienes y los Derechos Reales. 3a. edición. Santiago de Chile, 1974.
- ARROYO DEL RÍO, Carlos Alberto. Estudios Jurídicos. Guayaquil, 1964.
- AMADOR BAQUERIZO, Esteban. Alegato como procurador de Carlos Alberto Holmes en juicio (sobre fideicomiso). Guayaquil, 1957.
- AMADOR BAQUERIZO, Esteban. Juicio de partición iniciado por la Conferencia de San Vicente de Paul contra los herederos del Sr. Carlos Alberto Holmes. Guayaquil, 1965.
- ANDRADE B. Miguel Ángel. La reivindicación de un bien inmueble. Guayaquil, 1965.
- ANDRADE B. Miguel Ángel. La Reivindicación. En Revista de Derecho No. 44. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1984.
- BAUDRY LACANTINERIE. Précis de Droit Civil. 13a. Edición. 1925.
- BAYAS VALLE, VÍCTOR HUGO. Actio Finium regundorum. En revista. Asociación Escuela de Derecho, N. 15. Quito, 1963.
- BAYAS VALLE, VÍCTOR HUGO. Demarcación y prescripción (Alegato) Revista de Derecho VII-VIII. Quito, 1966.
- BELLO, Andrés. Obras Completas. Vols. XII y XIII: Código Civil anotado. Caracas, 1954.

- BORRELL SOLER, Antonio M. El Dominio según el Código Civil Español. Barcelona, 1948.
- BORJA, Luis Felipe. Estudios sobre el Código Civil Chileno. 7 Vols. 2a. edición. París, 1901.
- CÁRDENAS, Alejandro. Alegato (sobre reivindicación). Gaceta Judicial, Serie VII, N. 8.
- CARRIÓN EGUIGUREN, Eduardo. Servidumbres de Luz y Vista. Revista de Derecho N. 19-20. Quito, 1969.
- CARRIÓN EGUIGUREN, Eduardo. Curso de Derecho Civil. De los Bienes y su Dominio, Posesión, Uso, Gocce y Limitaciones. Quito, De. Ecuatoriana, 1971. 4a. Edición, Quito, 1982, Universidad Católica.
- CASARES, Carlos. Instituciones de Derecho Civil Ecuatoriano. Quito, 1873-1886.
- CASTÁN Y TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. 6a. Edición, Madrid, 1944.
- CASTILLO, Salvador. Historia Crítica del Derecho de Reivindicación. Bogotá, 1887.
- CEVALLOS ARÍZAGA, Benjamín: Historia del Derecho Civil Ecuatoriano. 2 Vols. Quito, 1963.
- CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. 2a Edición. 22 vols. Santiago de Chile, 1942. Reimpresión en 1979.
- COLIN Y CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil Francés. Traducción castellana. Madrid, 1952.
- CORNEJO R., Ricardo. Las Servidumbres. En Revista Información, No.9. Quito, 1962.

- CUEVA GARCÍA, Manuel. Servidumbre de paso de corriente eléctrica. Anales de la Universidad Central. Tomo XXXI, N. 241. Quito, 1922.
- CHACÓN, Jacinto. Exposición Razonada y Estudio Comparativo del Código Civil Chileno. Valparaíso, 1881.
- FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil. 7 Vols. 2a. ed., Santiago de Chile, 1964.
- GARCÍA FERAUD, Galo. Alegato en juicio de reivindicación. Revista Jurídica de la Universidad de Guayaquil, n. 9. Guayaquil, 1994.
- JARAMILLO, Juan Genaro. Reivindicación de la mitad de un inmueble (alegato). Revista Forense, Tomo 25, No. 125. Quito, 1937.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. La Copropiedad. Revista de la Casa de la Cultura de Ibarra. No. 27. Ibarra, 1982.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. Código Civil con jurisprudencia. Varias ediciones de la Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2001.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. Repertorio de Jurisprudencia. 51 volúmenes. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1972-2002.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. Índice Analítico del Código Civil. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1989.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. Las últimas reformas al Código Civil. Comentario de la Ley 88. Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil, No. 3. Guayaquil, 1991.
- MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN. Derecho Civil. 12 vols. Buenos Aires, 1960.

- MONTENEGRO YÉPEZ. Régimen legal de las aguas en el Ecuador. Quito, 1961.
- PAEZ TERÁN, Juan. El Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal. 2 volúmenes. Quito, 1983.
- PALACIOS SAENZ, Carlos. Un caso de propiedad fiduciaria (Alegato). Guayaquil, 1957.
- PAZ, Vicente. Instituta del Derecho Civil Ecuatoriano. Guayaquil, Imprenta Paz, 1886.
- PEÑAHERRERA, Víctor Manuel. Disertación sobre las Servidumbres. El Ecuador Literario, abril-junio 1896. Quito, 1896.
- PEÑAHERRERA, Víctor Manuel. Reivindicación de documentos al portador. Revista de la Sociedad Jurídico-Literaria, No. 1. Quito, 1902.
- PLANIOI, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Traducción española de Marcelo Díaz. 14 volúmenes. La Habana, 1927.
- PONCE, Clemente. Manifiesto ante la Corte Suprema (sobre actos de mera tolerancia). Revista Forense, N. 31-32. Quito, 1915.
- PONCE, Clemente. Alegato en juicio de deslinde. En Juristas y Sociólogos, tomo de la Biblioteca Ecuatoriana Mínima.
- PONCE, Clemente. Cuestiones Jurídicas (Sobre la reivindicación). Revista Forense, No. 9, 65. Quito, 1920.
- PÉREZ CAMACHO, EFRAÍN: Manual de Derecho Ambiental y de los recursos naturales. Guayaquil, 1985.
- PUIG BRUTAU, José. Fundamentos del Derecho Civil. Derecho de cosas. Barcelona, 1953.

- PUIG PEÑA, Federico: Derecho Civil Español. 6 vols. Pamplona, 1972.
- RIVAS CADENA, Leonardo: Derecho Civil. 4 Vols., 2a. de 1989. Quito, 1974-1982.
- ROMERO PARDUCCI, Emilio: La Institución del Patrimonio Familiar en el Derecho Ecuatoriano. Guayaquil, 1971.
- SERRANO, WLADIMIR Y ALBÁN, ERNESTO: Recopilación de la legislación ecológica en el Ecuador. Quito, 1986.
- TOBAR DONOSO, Julio. El Patrimonio Familiar Inembargable. Revista Jurídico Literaria, No. 49. Quito, 1917.
- TOBAR DONOSO, Julio. Voto salvado en un juicio de demarcación, posesión y prescripción. Revista de Derecho, Nos. 7-8. Quito, 1966.
- TROYA CEVALLOS, José Alfonso. Un caso de fideicomiso con derecho de acrecimiento. Quito, 1958.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. 5 Vols. Bogotá, 1957-62.







COPIA

14 00002

Esta obra se complementa con:

Código Civil

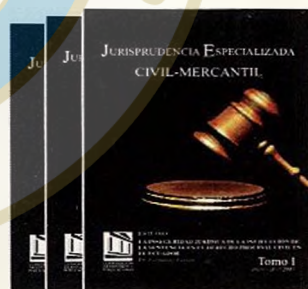
2 tomos



Legislación Civil
Doctus



Jurisprudencia Especializada
Civil-Mercantil



Diccionario del Derecho Civil



"El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible" (Art. 778 CC).

"El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada y de las utilidades y producto de una cosa. Si se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación" (Art. 825 CC).

No se define expresa y directamente el patrimonio familiar en nuestra legislación, pero el Título XI del Libro II del Código Civil, presenta los elementos indispensables para formarse una clara idea de esta institución. Se complementa el concepto, con lo que dispone la Constitución de la República y lo que se encuentra en ciertas leyes especiales.

"Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño" (Art. 859 CC).

Derecho de autor: 029642: 16-sep-2008
Obra Completa: 9978-86-800-3: 19-sep-2008
ISBN No. 9978-86-804-1: 19-sep-2008

Tiraje: 1.000 ejemplares

Precio: US\$ 15.00

ISBN 978-9978-86-804-1



9 789978 868041



Quito: Acuña E2-02 y Agama, Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-694
2232-696 / Fax: (593-2) 2226-256 / Apartado 172100186
E-mail: cep1@accessinter.net / ventas@cep.org.ec
Guayaquil: Av. Agustín Freire s/n y Av. Guillermo Pareja Rolando. Centro
Comercial Garzocentro 2000. Ofic. 901, Telf. (593-4) 2279-035
Cuenca: Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero, Telf. (593-7) 2837-281