

CAPITULO II

LA ENFITEUSIS Y EL DERECHO DE SUPERFICIE

2.1 GENERALIDADES

El derecho romano es sin duda alguna la mayor fuente de derecho que ha existido lo cual ha intervenido directa e indirectamente en muchas legislaciones vigentes. Podemos observar que existieron dos figuras jurídicas de gran importancia que actualmente se tienen como extintas: la *enfiteusis* y el derecho de superficie.

La diferencia esencial entre ambas figuras, consiste en que en el derecho de superficie supone que, una persona construye un edificio propio apoyándose en el terreno de otra, de manera que la línea divisoria de ambas propiedades es horizontal. En cambio, en la *enfiteusis*, todo el inmueble objeto del mismo terreno, y en su caso, su construcción, pertenece a un sólo propietario¹. Opinión aceptada por los autores que en sus respectivas obras tratan sobre ese tema. Estas dos figuras jurídicas implican mas de lo que estas definiciones introductorias nos establecen para adentrarnos a estos temas.

En este derecho antiguo se observaba que en la enfiteusis, la propiedad misma se reduce a una sombra de lo que podría ser la plena propiedad, pues no es más que un derecho de recibir periódicamente un beneficio pecuniario en combinación con la perspectiva de recuperar la completa propiedad, tras un plazo muy largo, o en caso de que el enfiteuta, no cumpliera con sus deberes. Sin embargo, todavía continuamos

¹ Guillermo, Floris Margadant S, *Derecho Privado Romano*, México 1996, Porrúa, S. A. Págs. 286- 288, Agustín, Bravo Gonzáles, *Derecho Romano Privado*, Edit. Porrúa, México 1996, Págs. 247-251, Rodolfo Sohm. *Instituciones De Derecho Romano*, Méx. 1951, Editorial Grafica Panamericana.

calificando el derecho del que recibe el canon, como una propiedad, aunque muy nuda en este caso, y el derecho enfiteuta como un *ius in re aliena*²

2.2 ETIMOLOGIA

2.2.1 ETIMOLOGIA DE LA ENFITEUSIS

La palabra “enfiteusis” tiene su origen en el vocablo griego enphyteusis formado de *en*, y *phyteuein*, que significa plantar, sembrar. Lafaille³ nos lo da a entender como “nuevo cultivo” y lo explica como el concepto de una plantación o mejora en la tierra. La etimología del vocablo no da a explicar el contenido de la institución. Escriche⁴ procura explicarlo diciendo que se trata de una palabra griega que significa nuevo cultivo, plantación o mejora. Por que al principio no se daban en enfiteusis nada más las tierras heredadas estériles o incultas, con el objeto de que el que las tomaba las mejorara e hiciera fructíferas por medio del cultivo, de la plantación y de la siembra.

2.2.2 ETIMOLOGIA DEL DERECHO DE SUPERFICIE

La superficie es todo aquello que está por encima del suelo como consecuencia de una actividad humana, es decir, el terreno edificable, estando formada por dos palabras: “*super*” que significa sobre y “*ficie*” que significa parte externa de una cosa. En su origen, existía el propietario de todo lo que se elevará por encima de él, pero este principio desapareció, aumentando el número de ciudadanos y de fincas, gracias a las concesiones de terrenos, que en un principio eran arrendadas a particulares. Posteriormente se eliminó dicho principio, concediendo la propiedad de lo edificado al constructor.

² Rodolfo Sohm. Instituciones De Derecho Romano, Méx. 1951, Editorial Grafica Panamericana.

³ Derecho civil, tomo 4 volumen 2 “Tratado de los Derechos Reales” EDIAR 1944

⁴ Diccionario razonado de jurisprudencia y legislación. Paris 1854

La naturaleza de la superficie es diversa: en la época clásica era como un arrendamiento público, evolucionando hasta ser un derecho real; en la época postclásica se acentuó su carácter de derecho real, y en la época justiniana se configuró como un auténtico derecho real.

2.3 HISTORIA Y ORIGENES

2.3.1 HISTORIA Y ORIGEN DE LA ENFITEUSIS

El derecho de enfiteusis confiere al enfiteuta los mismos derechos que a un propietario sobre un fondo rústico, mediante el pago de un canon anual. El origen de la enfiteusis está en las conquistas romanas, que al ir conquistando tierras no les daba tiempo a asimilarlas todas, por lo que las alquilaban, en un principio durante 5 años, aumentándose posteriormente a 100 años. En el s. V se consideró a la enfiteusis como un contrato, no como un arrendamiento ni compraventa, y en s. VI como un derecho real. En Grecia y en los pueblos orientales, también se encontraron vestigios de los primeros contratos de enfiteusis según lo acreditan, en opinión para algunos tratadistas, las tablas de bronce de Heraclea y Mylasa en el siglo III a. de c. así como otras inscripciones del siglo V a. de c.

Para entender la historia de la enfiteusis según Simoncelli se deben de tener en cuenta dos puntos de vista decisivos. El primero la distinción entre la figura de institución pública que frecuentemente asume, de aquella otra que tiene como contrato de derecho privado, ya que el confundir ambos aspectos ha sido causa de apreciaciones erróneas y de leyes inadecuadas. El segundo punto es relativo a la necesidad de poner de relieve más que los lineamientos económicos, los jurídicos para no confundir la semejanza exterior que nace de la íntima estructura de sus relaciones. De ahí que el

probable origen de la enfiteusis en Roma fuese el propósito de valorar la tierra para lo cual es preciso distinguir dos momentos distintos. El primero que abarca el periodo de la forma admitida para el cultivo del *ager publicus* y el otro que comprende el periodo siguiente, en la cual la enfiteusis es también admitida para los fondos privados. En Roma la *possessio* tuvo carácter público, en que el Estado concedía provisionalmente la ocupación de la tierra inculta a cambio de un tributo de una parte proporcional de la cosecha, un décimo y un quinto de los frutos, de cuyo pago podía liberarse el ocupante abandonando el fundo. La tierra quedaba en propiedad del estado con derecho de retomarla en cualquier tiempo. Esta forma de concesión se diferenciaba del *precarium* en que faltaba la condición de la gratitud, esencial a este. Igual carácter ofrecía la forma de concesión en que el estado atribuía a los particulares una cuasi propiedad como cuando a consecuencia de la segunda guerra punica, no pudieron pagar a sus acreedores, les ofreció sus tierras imponiéndoles como señal de la propiedad que conservaba sobre ellas una contribución nominal de un as por cada yugada.

Arias Ramos⁵ define a la enfiteusis romana como un derecho real transmisible *Inter. Vivos y mortis causa*, consistente en el mas amplio disfrute de un fundo ajeno e implicando, en cambio, en el titular enfiteuta el cumplimiento de ciertas obligaciones en relación con el dueño del fundo. En el derecho Justiniano la enfiteusis resulto de la fusión de dos instituciones. Una romana y la otra desarrollada en la zona oriental del imperio, ninguna de las dos consideradas como derechos reales inicialmente sino como relaciones contractuales generadoras de derechos de crédito. El primero de estos antecedentes es el arrendamiento de los *agri vectigales* que eran una parte del *ager publicus*, la que en lugar de ser distribuida en propiedad entre los particulares o vendida

⁵ Derecho Romano. Ed Revista de Derecho Privado. Madrid España

era dada en arrendamiento, conducta que también siguieron con sus tierras los municipios y algunas corporaciones religiosas. Estos contratos de arrendamiento se hacían a perpetuidad o por plazos de cien o más años. En un principio discutieron los jurisperitos si se trataba de un arrendamiento o de una compraventa, aclarándose la situación en el sentido de constituir un verdadero derecho real cuando el pretor concedió una *actio in rem*, así como otras acciones reales a favor de los poseedores. El antecedente Heleno-Oriental es el correspondiente a la existencia antigua de contratos de arrendamiento a perpetuidad o a largos plazos, practicas seguidas también por la administración imperial con tierras no cultivadas pertenecientes al emperador. Aparentemente hubo dos tipos de concesiones un *ius emphyteuticum* y otras de un *ius perpetuum* cuyas diferencias no son bien conocidas, hasta que a finales del siglo IV, principios del siglo V se fusionan ambas formas en una institución denominada *emphyteusis* y el uso de esos contratos no se circunscribe solamente a las tierras de la administración imperial sino también a las de la propiedad particular. En la época postclasica surgió también la duda respecto a la *conductio agri vectigalis* de si se trataba de un arrendamiento o una compraventa, duda a la que puso fin el emperador Zenon diciendo que se trataba de una figura autónoma de contrato: el de enfiteusis. De esto Justiniano hizo una sola institución de la *conductio agri vectigalis* y de la enfiteusis pues en el Digesto todas las referencias al *ager vectigales* van apostilladas con la adición *vel emphyteutarius o id emphyteutarius*.

De Roma la institución pasa al derecho Hispánico estableciéndola en la primera Partida, Titulo XIV, ley III y en la partida quinta titulo VIII ley XXVIII. Después de destacar las vinculaciones existentes entre las enfiteusis y las concesiones de tierra que los señores feudales hacían a sus vasallos, es necesario conocer el favor con el que la

ley acoge la ardiente aspiración en el pueblo para la conquista de la propiedad mediante el trabajo y recíprocamente la afirmación del trabajo como título de adquisición de la propiedad ⁶

2.3.2 HISTORIA Y ORIGEN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

La determinación del cuándo y cómo surgió el derecho de superficie en el Derecho Romano, nos lleva a remontarnos a épocas acontecidas aún antes de Cristo; esto implica el no poder determinar con exactitud sus orígenes, aún cuando, como en el caso, existen vestigios de lo que podría considerarse, en aquel entonces, como derecho de superficie, dado que las características de ese derecho, comparadas con el que conocemos en la actualidad, si bien es cierto, tiene cosas muy afines, también es cierto que no es una calca de una cosa con la otra. Los diferentes autores señalados por los tratadistas de derecho romano, nos llevan a señalar datos como los que a continuación nos permitimos enunciar:

“... en el contrato que la Reina Dido, la fugitiva Elisar, celebró con los númidas para adquirir el terreno en que había de fundar Cartago. Según la tradición legendaria, Dido adquirió el terreno que pudiera cubrir con una piel de toro, por el tiempo necesario para que sus compañeros descansaran”.⁷

Otros autores expresan el hecho de que su configuración como derecho real es posterior a la época clásica. Para los romanos, el dueño de un fundo era dueño de cuanto se construyese o plantase en él, *superficies solo credit*, lo edificado o construido cede a

⁶ Simoncelli. De la Enfiteusis Vol. 1 Nápoles 1910.

⁷ Sabino, Ventura Silva, *Derecho Romano*, México 1996, Decimotercera Edición, Editorial Porrúa, S.A. Pág. 249.

favor del suelo. Había sin embargo, propietarios que no pudiendo o no queriendo construir, se ponían de acuerdo con un tercero para que lo edificara y gozara plenamente de lo construido. Antes que los particulares, los magistrados llevaron a cabo aquella práctica con el suelo público. Cuando los propietarios particulares comenzaron a hacer lo mismo, celebraban con el que quería edificar un contrato, que generalmente era de arrendamiento, recibiendo una contraprestación en dinero a cambio de las facultades concedidas al constructor, por tanto, éstas no constituyen un derecho real, sino un derecho de crédito, protegido solamente por las correspondientes acciones personales que nacen del contrato y que caso de ejercitarlas era únicamente en contra del propietario concedente o contra sus herederos⁸.

El matiz del derecho real en esas concesiones, comenzó a surgir por obra del *pretor*. Como tales arrendamientos se hacían por plazos largos y tenían una importancia práctica y social, el pretor introdujo un ínter crédito especial, de *superficiebus*, que se darían primero a favor de los que edificaban *in solo publico*, extendiéndose, mas tarde, a los que lo hacían en suelo privado, contra cualquiera que los molestase en el disfrute del edificio a quien en dicha situación se hallaban *nec vi, nec clam, nec precarioque*, respecto al contrario en el interdicto. Se encontraron así los superficiarios destacados de los demás arrendatarios ya que disponían de un medio judicial de defensa de su situación ejercitable *erga omnes*. Con ello sus facultades de goce del edificio rebasaban el área de la relación contractual con el propietario. Aquí, destacamos un elemento personal de derecho de superficie, siendo éste el superficiario, que es él que tiene el uso de la superficie.

⁸ Sabino, Ventura Silva, *Derecho Romano*, México 1996, Decimotercera Edición, Editorial Porrúa, S.A.

Se cree que en el derecho clásico no pasó de ahí, pero es en el derecho Justiniano donde, operando las necesarias interpolaciones en los textos corregidos en el *digesto*, se concedió al superficiario una *actio in rem*, la cual configuraba el derecho de superficie como ejercido directamente sobre la cosa, defendible *erga omnes* y transmisible. Pero es caso más general la tendencia a admitir una *actio in factum*, si bien no propuesta en el *album*, prometida *causa cognita* por el pretor al final de la fórmula del interdicto.⁹ Algunos romanistas, no están conformes en que dicho derecho real constituya una categoría autónoma, algunos lo designan con la palabra *servidumbre*.

La ley que imperaba en la fundación de Roma permitía que los plebeyos habitasen en el *Aventino* y que las familias construyesen edificios en el suelo común, dividiendo entre sí los pisos. En otros pasajes señalados por los autores del derecho romano, nos relatan que cerca de los acueductos que abastecían de agua a Roma, existían casas construidas sobre el suelo público y por las cuales se pagaba el asiento¹⁰. La *Lex Thoria Agraria* (año de 642 a.C.) habla de la existencia de posesiones superficiarias pero sin referir mas detalles (c. 46, lin. 92)¹¹ *Frontinius*, nos relata que cerca de los acueductos que abastecían agua a Roma, existían casas construidas sobre el suelo público y por las cuales se pagaba un censo (*vectigal*)¹²

El Estado y las ciudades buscaron el medio de utilizar ciertos terrenos que formaban parte de sus dominios, arrendándolos a perpetuidad o por un tiempo muy prolongado, sujetos que tenían el derecho de elevar construcciones y de disfrutarlas mediante un precio llamado *pensio o solarium*, este uso fue seguido por las particulares,

⁹ Sabino Ventura Silva, Derecho Romano, Editorial Porrúa, Décimo Tercera Edición, Méx. 1996, Pág. 250

¹⁰ Sabino Ventura Silva, Derecho Romano, Editorial Porrúa, Décimo Tercera Edición, Méx. 1996

¹¹ Carlos, Maynz, *Curso de Derecho Romano*, 2ª ED., trad. de D. Antonio José Pou y Ordinas, Barcelona, Jaime Molina Editor, 1982, t. II. Pág. 233.

¹² *Ídem*.

y es con ocasión de las casas así edificadas *superficiarias aedes*, por lo que el pretor sancionó, en beneficio del superficiario, un verdadero derecho real, el derecho de superficie. Como podemos observar, el desarrollo de la naturaleza jurídica del derecho de superficie, de derecho personal a real lo encontramos en estos antecedentes.

Según el derecho civil, el locatario del terreno de otro no es propietario del edificio que él ha construido, porque el propietario del terreno es quien tiene la propiedad de la superficie, es decir, de las edificaciones construidas sobre su terreno. Por tanto, si el concesionario era perturbado en su goce por el propietario, podía tan sólo reclamar los daños e intereses por la acción *conducti*, y si era perturbado por terceros, obtener del propietario la concesión de sus acciones. El pretor juzgó basado en la equidad, que era necesario concederle una protección más eficaz. En primer lugar, el edicto ofrece el superficiario un interdicto *de superficie* para hacerse mantener en la posesión. Además, y únicamente en caso de arriendo en perpetuidad o a largo término, el pretor promete darle, después del examen de hechos, una acción *in rem*, para hacer valer su derecho contra todos, aun contra el propietario; una excepción contra la *rei vindicatio* del propietario y cualquier otra acción de que tuviera necesidad.¹³ En general, la mayoría de los autores, y a la cabeza *Degenklb*, reconocen el origen de la superficie en la Roma republicana, con carácter eminentemente público.¹⁴

Hacia el año 338 a. C., los Galos, arios que invaden Roma, queman la ciudad en el año 390 a. C. Al emprender la reconquista, el Estado Romano establece una reglamentación para los pueblos vencidos, que consistía básicamente en lo siguiente: “en parte era dividido y asignado a los particulares (*assignatio, ager assignatus*), o

¹³ Carlos, Maynz, *Curso de Derecho Romano*, 2ª ED., trad. de D. Antonio José Pou y Ordinas, Barcelona, Jaime Molina Editor, 1982, t. II.

¹⁴ Pedro, Bonefonte, *Instituciones de Derecho Romano*, 8ª ED., trad. de Luís Bacci y Andrés Larrosa, Porrúa, S.A., México, 1957. Pág. 345.

también vendido (*ager quaestrus*), pero en gran parte concedido a la libre ocupación de los ciudadanos (*ocupatio, ager occupatorii*) mediante el pago de un quinto o un décimo de las rentas. En derecho, el Estado era siempre propietario de las tierras así ocupadas, pero en realidad, de hecho, los poseedores se consideraban como dueños de esos fundos, que no sólo se transmitían por herencia, sino que también se enajenaban y se transformaban. Con la seguridad del goce indefinido se concedieron los solares en plena propiedad al principio y, más tarde, mediante el pago de un *solarium* en reconocimiento de que el suelo era del dominio público; se distinguían los palacios (*domus*), propiedad de los patricios, habitados por una sola familia, de las casas (*insulae*), cuyas áreas pertenecían al Estado, colegios de sacerdotes o a grandes terratenientes y que se poseían como superficiarios.”¹⁵

Dentro de los vestigios encontrados sobre el tema, contamos con un ejemplo de superficie muy ilustrativo:

*“En septiembre de 1877 se encontró una inscripción en Monte Citorio que acreditaba que un liberto llamado Adrastus, encargado hacia el año 193 a. C. de la inspección de un monumento a Marco Aurelio (procurator columnae divi marci), quedaba autorizado para tener (et habeat sui juris) una caseta en el terreno público (forum) mediante el pago de un canon praestatus secundum exemplum ceterorum solarium”.*¹⁶

Si bien es cierto que la mayoría de los autores consideran el origen de la superficie dentro del campo del derecho público, también es cierto que los

¹⁵ Eugene, Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 3ª ed, trad. de José Fernández González, México, 1959, Porrúa, S.A., Nacional de México, Pág. 294.

¹⁶ *Ídem*.

jurisconsultos romanos asociaron esta figura íntimamente con el arrendamiento, Gayo apuntaba:

“Superficiarias sedes appellamus quoe in conducto solo positae sunt”.
*(Llamamos casas superficiarias a las construídas en suelo arrendado) y Paulo (D. 39. 2. 1. 18. pár. 4. de damno infecto) califica de superficiario al que construye en suelo arrendado (superficiarius), qui in conducto, superficiem imposuit)”*¹⁷

El desarrollo del derecho de superficie se vé frenado por el principio de la accesión, en virtud del cual el propietario del terreno, era siempre el propietario del suelo de acuerdo con lo estipulado en las Instituciones de Gayo: *“Preaterea id, quod in solo nostro ad aliquo aedificantum est, quanivis ille suo nomine aedificaverit, jure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit”* (Además las construcciones hechas sobre nuestro suelo, por otro, aun cuando haya construido para sí, se vuelven nuestras a causa del derecho de gentes, porque la superficie cede al suelo); encontrando una disposición del mismo contenido en el Digesto.¹⁸

En esta coyuntura de cosas, era imposible concebir la existencia jurídica del *jus superficarum* tal y como hoy la hallamos, y es así que la consideraban como un derecho personal, surgido de una relación de arrendamiento o de venta.¹⁹

Es por medio de la jurisprudencia clásica, debida al pretor, que al lado de las servidumbres aparece la superficie como un derecho real sobre la cosa ajena, encontrándose dentro del ordenamiento justiniano reglamentada con mucho mayor

¹⁷ Vernon López Portillo y María Aurora Cruz Jiménez, *Primer Curso De Derecho Romano*, México, 1996, pp. 197-198, Anaya Editores.

¹⁸ Vernon López Portillo y María Aurora Cruz Jiménez, *Primer Curso De Derecho Romano*, México, 1996, pp. 197-198, Anaya Editores.

¹⁹ Carlos, Maynz, *op. cit.* Pág. 931.

claridad. Pero para que la superficie obtuviera la categoría de derecho real se siguió toda una evolución lógica.²⁰

Como hemos apuntado, se admitió que el Estado Romano en un principio y los particulares posteriormente pudieran conceder a otra persona la facultad de edificar en sus heredades, otorgándoseles el goce de las construcciones que levantasen o las ya edificadas al momento de la aquiescencia, a cambio del pago de un *canon*, esto es, el superficiario o “concesionario” tenía un derecho personal frente al propietario del fundo concedido.

Debido a que era un derecho personal, el superficiario se sentía inseguro, pues si era perturbado en su goce por el propietario, podía tan sólo reclamar los daños e intereses por la “*actio conducti*”, y si era perturbado por terceros, era menester obtener del propietario la cesión de sus acciones legales.²¹

Como el Derecho Civil y la práctica jurídica se colisionaban, el pretor dio solución a esta incongruencia por medio del edicto que ofrecía el interdicto de “*superficiebus*”, expresado en estos términos:

*“UTI EX LEGE LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONIS
SUPERFICIE, QUA DE AGITUR, NEC VI, NEC CLAM, NEC
PRECARIO ALTER AB ALTERO FRUAMINI QUO MINUS
FRUAMINI, VIM FIERI VETO”* y que significa “*Cuando alguien, en
virtud de un contrato de arriendo y sin violencia, clandestinidad, ni*

²⁰ Luís Alberto, Peña Guzmán, y Luís Rodolfo, Arguello, *Derecho Romano*, Buenos Aires, 1962, Tipografía Editora Argentina. Pág. 147.

²¹ Eugene Petit, *op. cit.* Pág. 294.

precariamente, goce la superficie de que se trata, prohíbo que se le perturbe en el disfrute".²²

Este interdicto de "*superficiebus*", tomado del interdicto "*uti possidetis*" protegía al concesionario en el goce de la superficie contra atentados exteriores.²³

Ahora bien, este interdicto de "*superficiebus*", aún cuando semejante al "*uti possidetis*", no era una acción posesoria únicamente, pues suponía además de dicha posesión, una "*iusta causa possessionis*".²⁴

Ulteriormente, en el derecho justiniano, se le concede una "*utilis in rem actio*", semejante a la "*reivindicatio*", con tal de que la concesión hubiese sido hecha a perpetuidad o al menos por largo tiempo.²⁵

Además, el superficiario, para asegurar el ejercicio de su derecho podía emplear los medios legales, antes reservados al propietario para prevenir o reparar los atentados contra el ejercicio de su poder, tales como la acción negatoria, las acciones "*finium regundorum*", "*arborum furtim caesarum*", "*aquae pluviae arcendae*"; el interdicto "*quod vi aut clam*"; el derecho de denunciar las obras nuevas y de exigir la "*cautio damni infecti*" con sus consecuencias y cada una de ellas como publiciana según hace constar *Windscheid*.²⁶

El último de los derechos reales de goce es el de la superficie, entendiéndolo por el disfrute de las construcciones que se encuentren en un terreno del cual no se es

²² Jerónimo, González Martínez, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones. Pág. 226.

²³ Pedro, Bonafonte, *op. cit.* Pág. 345.

²⁴ Carlos, Maynz, *op. cit.* Pág. 932.

²⁵ Eugene, Petit, *op. cit.* Pág. 294.

²⁶ *Ídem*.

propietario. Esta práctica, que en principio se llevó a cabo sólo sobre terrenos públicos, se extendió también a los particulares.

El *derecho real de superficie*, permitía a su titular o superficiario, el goce a perpetuidad o por un muy largo tiempo, del edificio construido en suelo ajeno, a cambio de lo cual tenía que pagar una cantidad llamada *solarium*. El titular de ese derecho real tenía el pleno goce de la construcción y, en consecuencia, podía transmitir su derecho por actos entre vivos o por disposición testamentaria.

El *derecho real de superficie* se podía constituir a título gratuito, por ejemplo, con una donación, o a título oneroso, bajo la forma de venta, si el precio o *solarium* se daba todo de una vez; o bajo la forma de un arrendamiento, cuando éste consistía en una renta anual. Este derecho real se extingue por la pérdida de la cosa o por haber llegado a su vencimiento del termino fijado.

En una originaria época la defensa procesal estaba garantizada por acciones personales, ya que las autorizaciones provenían de un contrato, el cual engendraba un derecho de crédito.

El pretor otorgo el interdicto de superficie contra las perturbaciones de un tercero, pero cuando ya lo contemplamos como un verdadero derecho real en la época posclásica, se otorga al superficiario acción real análoga a la reivindicatoria.

Es pues en el ordenamiento justiniano cuando el derecho de superficie queda estructurado como un verdadero derecho real sobre la cosa ajena (*ius in re aliena*) provisto del interdicto de "*superficiebus*", para hacerse mantener en posesión, y en los casos de arriendo a largo tiempo o bien a perpetuidad, el pretor promete darle al superficiario, después del examen de los hechos:

“a).- Una acción “*in rem*”, para hacer valer su derecho contra todos, aún contra el propietario;

b).- Una excepción contra la *rei vindicatio* del propietario; y

c).- En fin, cualquier otra acción de que tuviera necesidad”.²⁷

El superficiario queda desde entonces “investido de un derecho real de goce, que podía enajenar entre vivos, hipotecar y transmitir *mortis causa*” y que “atribuye el pleno goce de un edificio o de parte de un edificio”²⁸

Es dentro del derecho justiniano, como apuntábamos, cuando queda estructurado el derecho de superficie como un derecho real sobre la cosa ajena, precisado y reglamentado con mayor detalle.

2.4 ANTECEDENTES EN MEXICO

2.4.1 EPOCA HISPANA

No ha escapado a nuestra atención que, en el año en que fue consumada la reconquista del territorio español, al tomarse por los Reyes Católicos la ciudad de Granada, último reducto de los Sarracenos, descubría Cristóbal Colón lo que llamó, el nuevo mundo. También recordamos que, después de 75 días de un terrible asedio por tierra y agua, fue tomada la ciudad de México (la gran *Tenochtitlán*), el día 13 de agosto de 1521 por Hernán Cortés. Habiéndose consumado la conquista de la Nueva España, los Reyes, por virtud de la bula *intercaetera* y demás títulos legítimos según el derecho internacional de aquella época, se arrogaron el señorío o dominio sobre todas las tierras de lo que denominaron las Indias, imponiendo los conquistadores su legislación a través de leyes especiales, dictadas en diversos tiempos y circunstancias, que reunidas después

²⁷ Eugene, Petit, *op. cit.*

²⁸ *Ídem.*

en un Código formaron la “Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias”. Esta compilación fue encargada a varios jurisconsultos, entre los que destacó con singular relieve Don Antonio de León Pinello, compendio que fue promulgado el 18 de mayo de 1680, fecha en que la puso en vigor Carlos II, quedando como supletorio el derecho de Castilla, esto es, las Leyes del Fuero Real, las Siete Partidas, la Recopilación, la cual fue incluida en la Novísima Recopilación y, la Recopilación de Indias. Porque como decía Felipe II, “*siendo de una Corona los reinos de Castilla y los de Indias, las leyes y orden del Gobierno de los unos y de los otros deben ser lo más semejantes y conformes que se puedan*”.²⁹ Este estado de cosas se prolongó aún después de proclamarse y consumarse la independencia, pues necesariamente debió seguir rigiendo esta legislación, ya que la nación no estaba preparada para sustituirla por otra adecuada a la nueva forma de gobierno y a las instituciones políticas bajo las cuales debía ser regida. En términos generales, la legislación de la Nueva España y en los primeros años del México Independiente, son pocas las disposiciones referentes al derecho de superficie y de la enfiteusis, y a estos derechos los encontramos incluidos dentro del censo enfiteutico. Durante la época colonial era frecuente que los propietarios realizaran contratos para percibir una pensión anual o permanente, mediante la cesión del derecho de uso de un bien. Esta transacción era conocida como censo, pero de acuerdo con las características que se establecían existieron tres tipos de censos: enfiteutico, reservativo y consignativo. El censo enfiteutico era utilizado cuando un propietario transfería el uso de su propiedad a otra persona, a perpetuidad o por un plazo muy largo, mediante el pago de una renta anual. Este censo debía constituirse por escrito. Por falta de pago de la pensión existía la recuperación del dominio útil cedido. Por el censo reservativo, el propietario de bienes raíces transmitía a otra persona el dominio útil del mismo, reservándose el derecho a

²⁹ Toribio, Esquivel Obregón, Apuntes para la Historia del Derecho en México, 1966, Tomo II pág. 224

percibir una renta o pensión anual, en dinero o en especie, que debía entregarle el censuario, quedando los bienes gravados con esta carga. Finalmente el censo consignativo se usaba cuando una persona compraba al propietario de un bien inmueble el derecho de percibir, con cargo al mismo, una pensión anual, pagando una cantidad de dinero en efectivo, siguiendo dicho bien inmueble o raíz en poder de su dueño. Este censo podía ser redimible o no, perpetuo o temporal, y debía existir proporción entre el valor del precio entregado y la renta a percibir.

2.4.2 MEXICO INDEPENDIENTE

Situados ya en el México Independiente, se empieza a sentir la necesidad de una codificación civil, y “el gobierno provisional establecido a raíz de la independencia nombró al efecto en noviembre de 1822 una comisión en la que figuraban los señores José María Fagoaga y Andrés Quintana Roo, para la formación de un Código Civil, la que no cumplió su cometido, tal vez a causa de los constantes trastornos políticos que tantos males causaron a nuestra infortunada patria”³⁰

En el año 1859, el presidente Juárez encargó al doctor Justo Sierra un proyecto de Código Civil, el cual se llevó a cabo inspirándose en el proyecto que para Código Civil Español, había formulado el jurista Florencio García Goyena, quien por su parte se había inspirado en el Código Civil Francés Napoleónico, el proyecto del doctor Sierra fue revisado por una comisión compuesta por los abogados Jesús Terán, José María Lacunza, Pedro Escudero y Echánove, José Fernando Ramírez y Luís Méndez, que

³⁰ Toribio, Esquivel Obregón, Apuntes para la Historia del Derecho en México, 1966, Tomo II.

comenzó a funcionar en 1861. Esta comisión continuó sus trabajos bajo el gobierno del impuesto Emperador Maximiliano. De este Código no se han publicado más que los libros I y II. Los Libros III y IV quedaron inéditos.³¹

Los materiales de esta primera comisión, fueron aprovechados en gran parte por una segunda formada por los abogados Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro Montiel y Duarte y Joaquín Eguía Liz, quienes redactaron el Código Civil promulgado en 1870.³²

En la exposición de motivos del Código Civil de 1870 se indica que:

*“... los principios del derecho romano, nuestra complicada legislación, los Códigos de Francia, de Cerdeña, de Austria, de Holanda, de Portugal y otros, y los proyectos formados en México y en España, han sido los elementos con que la comisión ha contado, unidos a doctrinas razonadas y al conocimiento de nuestro foro. Apenas contendrá el proyecto uno u otro artículo exclusivo de la comisión; porque su principio fue innovar lo menos posible; y aún más, en este sentido casi siempre prefirió a su criterio, el formado sobre la materia por los expertos jurisconsultos a quienes se deben las obras referidas”.*³³

En junio de 1882, el Ejecutivo encargó a una Comisión compuesta por los señores licenciados Eduardo Ruiz (quien era Procurador General de la Nación), Pedro Collantes y Buenrostro y Miguel S. Macedo, que revisaran los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Dicha

³¹ Benjamín, Flores Barroeta, *Lecciones del primer curso de Derecho Civil*, México, 1965 Universidad Iberoamericana., Pág. 206.

³² Manuel, Borja Soriano, *L’Influence du Code Civil Francais au Mexique*, trad. en español, Canadá, 1934, Barra de Montreal, Págs. 817 y ss.

³³ Manuel, Borja Soriano, *L’Influence du Code Civil Francais au Mexique*, trad. en español, Canadá, 1934, Barra de Montreal, Págs.

comisión en los meses de marzo y abril de 1883 dio cuenta al señor Ministro de Justicia, licenciado Joaquín Baranda, del primer proyecto de reformas, que fue sometido a una nueva y detenida discusión presidida por el Sr. Ministro, y durante la cual sufrió diversas modificaciones, especialmente en lo relativo a sucesiones... Terminada la segunda revisión, el señor Ministro de Justicia remitió a la Cámara de Diputados el proyecto de Código Civil, el dos de mayo de 1883, como iniciativa del Ejecutivo... Recibida en la Cámara, pasó al estudio de la Comisión de Justicia, compuesta por los señores diputados licenciados Justino Fernández, José Linares y el doctor Ignacio Pombo, que unida a la Comisión nombrada por el Ejecutivo, y siempre bajo la presidencia del señor Ministro de Justicia, emprendió una nueva y escrupulosa revisión del proyecto, celebrando conferencias a diario durante los meses de junio a septiembre de 1883, aún cuando el señor Baranda no pudo concurrir durante el último mes, a consecuencia de su viaje para encargarse del Gobierno del Estado de Campeche.³⁴

El 28 de noviembre de 1883, la Primera Comisión de Justicia presentó a la Cámara de Diputados el correspondiente dictamen consultando la aprobación del proyecto remitido por el Ministro de Justicia con las reformas acordadas en la tercera revisión a que hemos hecho referencia. El señor Justino Fernández suscribió el dictamen conformándose con la opinión de la mayoría en todas las reformas consultadas, excepto en el de libre testamentificación... En tal estado los trabajos, la Diputación del Distrito Federal presentó a la Cámara de Diputados un proyecto de la ley para que se

³⁴ Manuel, Borja Soriano, *L'Influence du Code Civil Francais au Mexique*, trad. en español, Canadá, 1934, Barra de Montreal.

autorizara al Ejecutivo reformar el Código Civil... quedando definitivamente acordado el texto del Código reformado, que fue promulgado el 31 de marzo de 1884.³⁵

El Código Civil de 1884, que era casi una cuidadosa revisión del anterior de 1870, sin más novedad que la de haber introducido la libertad de testar. Como su antecedente inmediato, dictado solo para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, fue aplicado después a los nuevos Territorios Federales. Este Código de 1884, fue adoptado voluntariamente por los Estados, de tal manera que representaba prácticamente, la codificación civil de la República Mexicana.³⁶

Posteriormente, la Secretaría de Gobernación designó a los señores licenciados Francisco H. Ruíz (que fue Presidente de la Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, distinguidísimo profesor en la Facultad de Derecho Civil en la misma Facultad), Ignacio García Téllez (que ha sido Rector de la Universidad Nacional de México, Autónoma y Secretario de Educación Pública), Ángel García Peña y Fernando Moreno, para que hicieran un Proyecto de un nuevo Código Civil. Esta comisión formuló el Proyecto que, en forma de Código, se publicó con fecha del 25 de abril de 1928. Ese proyecto, reformado por sus autores, después de tener en cuenta las observaciones que se le hicieron, se convirtió en el nuevo Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal, expedido por el Presidente de la República, en uso de la facultad que le confirió el Congreso de la Unión, publicándose en el Diario Oficial correspondiente a los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928, lleva al final la fecha de 30 de agosto y 31 de agosto de 1928. Ulteriormente, la Secretaría de Gobernación publicó una

³⁵ *Ídem.*

³⁶ Manuel, Borja Soriano, *L'Influence du Code Civil Francais au Mexique*, trad. en español, Canadá, 1934, Barra de Montreal.

edición oficial del mismo Código, ésta entró en vigor el día 1º de octubre de 1932, fecha que fijó el Ejecutivo, en decreto de 29 de agosto del mismo año, publicado en el Diario Oficial de 1º. De septiembre anterior.³⁷

Este último Código, actualmente en vigor (exclusivamente en materia Federal), y con una marcada tendencia hacia la resolución de lo Social, según expresa el licenciado García Téllez contiene dos preceptos que pueden tomarse como indicios de la posibilidad de existencia del derecho de superficie dentro de nuestra legislación mexicana.

Así pues, como lo hemos advertido, el primero de ellos es el contenido en el artículo 896 que se encuentra dentro del Capítulo relativo al Derecho de Accesión, se expresa en los mismos términos del artículo 553 del Código de Napoleón, de donde se tomó a través del proyecto de Código Civil que para España formulara don Florencio García Goyena en 1851. Este artículo dice textualmente:

“Todas las obras, siembras y plantaciones, así como las mejoras y reparaciones ejecutadas en un terreno, se presumen hechas por el propietario a su costa, mientras no se pruebe lo contrario”.

El maestro Antonio de Ibarrola admite la existencia en nuestra legislación del derecho de superficie, al contemplar los derechos del superficiario.³⁸

Tanto en el Código del Estado de Morelos de 1946, como en el proyecto de reformas al Código Civil propuesto por el licenciado Rojina Villegas se admite expresamente la hipoteca del derecho de superficie en dos preceptos: el artículo 3189

³⁷ Manuel, Borja Soriano, *L’Influence du Code Civil Francais au Mexique*, trad. en español, Canadá, 1934, Barra de Montreal.

³⁸ Antonio, de Ibaró ola, *Cosas y Sucesiones*, México, 1986, Porrúa, S.A. Págs. 445 y SS

del Código Civil del Estado de Morelos, correlativo al artículo 2898 del proyecto de Rojina se pronuncia así:

“La hipoteca sobre derechos reales constituidos respecto de bienes raíces, pueden comprender los derechos de copropiedad, de nuda propiedad, de usufructo, de hipoteca, de servidumbre en unión con el predio dominante, de anticresis, descensos y de superficie”, y el art. 3195 de Morelos (igual al art. 2900 del proyecto de Rojina) “El derecho de superficie puede ser hipotecado, siguiendo el gravamen las limitaciones o modalidades de ese derecho. Cuando alguien construyere de buena fe en terreno ajeno y el propietario no quiera hacer uso del derecho que le concede este Código para adquirir la construcción, podrá hipotecarse ésta por el constructor”³⁹

Culminamos así estas breves referencias, que tan sólo fueron una mirada a los aspectos resultantes de esos principios jurídicos del derecho de superficie; pero que nos sirven de base para su análisis.

³⁹ Rafael, Mojina Villegas, Proyecto de Reformas al Código Civil del Distrito y Territorios Federales, México, 1967