

CAPITULO III

LA ENFITEUSIS Y EL DERECHO DE SUPERFICIE, SU NATURALEZA

JURIDICA

3.1 DEFINICIONES

3.1.1 DEFINICION DE LA ENFITEUSIS

La enfiteusis según el tratado dieciocho del séptimo y décimo precepto del decálogo es *“contractus quo res immobilis alicui fruenda, non minus decenio fruenda, non minus decenio traditur, sub obligatione pensionis reddendae in recognitionem domini directi”*.

Conviene con el usufructo en conceder el fruto y utilidad de la cosa ajena, mas se diferencia de él, en que el enfiteusis es acerca de bienes inmuebles, y el usufructo es acerca de éstos y de los muebles; y también en que el usufructo se finalice con la muerte del usufructuario, mas no en el enfiteusis con la del enfiteuta; y últimamente en que el usufructo no puede transferirse a otro, y sí el enfiteusis con consulta del dueño directo.

Por Derecho Real entendemos el que es inherente a la cosa no al sujeto, de modo que no se extingue con la muerte del que la posee, sino que siempre subsiste en ella, cualquiera que sea la persona a la que la misma se transfiera, como por ejemplo el dominio, el censo, la servidumbre y la hipoteca. Es dentro de estos considerados Derechos Reales donde siempre resultara adecuado clasificar la enfiteusis puesto que consiste en la “enajenación del dominio útil de alguna posesión mediante un canon anual que se paga al enajenante, quien conserva el dominio directo. Es decir un contrato en virtud del cual el dueño de una cosa raíz cede a otro su goce para siempre o para largo tiempo con la carga de un canon, censo, pensión o rédito anual que se reserva sobre ella

en señal de su dominio directo”¹ también la podemos entender según Legon como “el derecho real en cuya virtud, a perpetuidad o a muy largo plazo, se puede gozar del fundo ajeno de la manera mas completa, mientras se abone una renta anual llamada canon.” Por su parte el Código Civil Español hace referencia a la enfiteusis estableciendo que se lleva acabo “cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el dominio directo y el derecho a percibir el enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio”. Para Ordóñez Carasa la enfiteusis es “aquel en el cual se cede el dominio útil de un inmueble fructífero y se retiene el dominio directo a cambio del pago de una prestación periódica que grava a su favor el dominio cedido.” Para Messineo, la enfiteusis, de acuerdo a su significado etimológico “es una relación en virtud de la cual, sobre un fundo, ordinario o rustico, y sobre sus accesiones, se concede, contra compensación de carácter periódico un derecho, perpetuo o temporal, de la utilización de los frutos del fundo, del tesoro y del subsuelo, de naturaleza real, alienable e hipotecable a una persona llamada enfiteuta con la obligación de mejorar el fundo ordinario mediante cultivo” Josserand define esta institución diciendo que “la enfiteusis, lo mismo que el usufructo es un derecho real y de goce pero no tiene carácter vitalicio ya que la defunción del titular no le pone fin por que sus herederos lo recogen en la sucesión al igual que los demás bienes de la herencia.” Colin y Capitant afirman que la enfiteusis es “un derecho real de disfrute procedente de un arrendamiento perpetuo o cuasi perpetuo. También podemos entender a la enfiteusis como la cesión perpetua o por largo tiempo de un predio rustico o urbano mediante un canon anuo que se paga al cedente quien conserva el dominio directo, entendiéndose también por enfiteusis el contrato comprensivo de esta cesión². Así mismo se ha señalado a la institución antes citada como una relación jurídica por la que

¹ Escriche. Diccionario razonado de jurisprudencia y legislación. Paris 1854,

² Diccionario de Derecho Privado Ed. Labor Barcelona 1950

una persona autoriza a otra para usar, disfrutar, vindicar y disponer con ciertas limitaciones, de un bien inmueble mediante el pago de una pensión o canon anual”. Para Cobian la enfiteusis es “un derecho real o contrato por virtud del cual el propietario de una cosa inmueble cede a otro a perpetuidad o por largo tiempo, el goce de la misma, con la obligación en el concesionario de cuidarla, mejorarla y pagar en reconocimiento del dominio una pensión o canon anuo.

3.1.2 DEFINICION DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Indudablemente que de lo señalado en los puntos que preceden, aterrizamos en un concepto romanista del derecho de superficie, que denomina concedente al propietario de una finca, que teniendo la libre disposición de la misma, permite que otro, llamado superficiario, construya o haga uso de una construcción ya existente, a perpetuidad o a largo tiempo, sobre el terreno de aquél, a cambio del pago de una renta periódica, de un precio único o bien gratuitamente.³ El superficiario es la persona que tiene un derecho real de goce a perpetuidad o a largo tiempo sobre el edificio construido, o por construir en terreno ajeno, mediante el pago de una renta periódica, *llamada pensio, solarium* y por algunos autores *canon*, de un precio único o por simple concesión.⁴

Indudablemente que de lo señalado en los puntos que preceden, aterrizamos en un concepto romanista del derecho de superficie, que denomina concedente al propietario de una finca, que teniendo la libre disposición de la misma, permite que otro, llamado superficiario, construya o haga uso de una construcción ya existente, a perpetuidad o a largo tiempo, sobre el terreno de aquél, a cambio del pago de una renta

³ José, Castán Tobañes, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 8ª ed, Madrid, 1951, Instituto Editorial Reus. Pág. 676.

⁴ Eugene Petit, *op. cit.* Págs. 294 y ss.

periódica, de un precio único o bien gratuitamente.⁵ El superficiario es la persona que tiene un derecho real de goce a perpetuidad o a largo tiempo sobre el edificio construido, o por construir en terreno ajeno, mediante el pago de una renta periódica (*llamada pensio, solarium* y por algunos autores *canon*), de un precio único o por simple concesión.⁶ De los elementos personales del concepto antes recurrido, podemos decir que, el superficiario, superficionario o concesionario tiene derechos y deberes respecto del fundo concedido:

Derechos:

a) Gozar de las utilidades de la cosa, según su naturaleza. Usar, habitar, alquilar por el tiempo establecido o por siempre, según el caso. Los textos hablan de *cuasi usufructo* o de un cierto uso (*et quasi usufructum, sive usum quedam ejus esse*);

b) Enajenar *inter vivos* y *mortis causa* (el derecho de superficie), venderlo, donarlo, legarlo, gravarlo con hipoteca, usufructo, uso o servidumbres;

c) Reivindicar la cosa (*vindicatio utilis*) de manos de terceros y ejercer los derechos y reclamar las servidumbres que vayan unidas a la finca (*confesoria*), así como defender la libertad de la finca (*negatoria*), oponerse a las construcciones abusivas de un vecino (*novi operis munitatio*) y exigir fianza por el daño que amenaza (*cautio damni infecti*);

d) Si no se expresa otra cosa o no se hubiere establecido nada en especial, puede alterar, modificar y aún demoler las construcciones con la única limitación de no dañar el terreno;

e) El superficiario tiene en las accesiones y mejoras del edificio y del suelo, los mismos derechos que tenía sobre las edificaciones; y

⁵ José, Castán Tobañes, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 8ª ed, Madrid, 1951, Instituto Editorial Reus. Pág. 676.

⁶ Eugene Petit, *op. cit.* Págs. 294 y ss.

f) Poseía poder sobre la casa y por lo tanto, las facultades del propietario, también le correspondía la posesión jurídica de la cosa (*corpus* y *animus*) como si fuese verdadero dueño.⁷

Las obligaciones o deberes del superficiario consistían básicamente en: soportar las cargas ordinarias y extraordinarias de la cosa, conservarla, prestar caución en caso de que las construcciones amenacen el predio vecino y la de pagar el *solarium* cuando proceda.⁸

Respecto al pago del *solarium*, al tratar de los elementos reales de este derecho, veremos que no es en esencia la existencia de la renta la configuración de este derecho.

Por lo que, hace a los elementos reales, estos son: desde luego la existencia de la finca, “... las construcciones de cualquier especie, siempre que no estén afectas a una necesidad transitoria. Por este último motivo se excluían las terrazas, puestos, teatros, etc.,... que los magistrados o patricios hacían construir en las grandes fiestas y solemnidades... No sobre las plantaciones, pues para éstas estaba reservado el “*ager vectigalis*” y la *enfiteusis*”.⁹

Algunos autores como *Degenkolb* y *Derburg* afirman que, para que existiese el derecho de superficie era indispensable el pago de la pensión periódica (*pensio o solarium*), creemos que no era esencial, pues ya Ulpiano concedía en “... el Edicto, al superficiario la acción de arrendamiento o la de compra contra el dueño del suelo, según haya arrendado o comprado la superficie”.¹⁰

⁷ Rodolfo, Sohm, *Historia e Instituciones de Derecho Privado Romano*, 7ª ed., trad. P. Dorado, Madrid, 1951, Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia. Pág. 230.

⁸ Jerónimo, González Martínez, *op. cit.* Pág. 230.

⁹ *Ibidem*, p. 234.

¹⁰ *Ibidem*, p. 235.

El derecho de superficie se constituía de manera voluntaria, legal y judicialmente, podía ser gratuito o a título oneroso, a cargo de pagar una vez, o bien una renta periódica (*solarium, pensio*)¹¹ No hay para tales convenciones un contrato específicamente tipificado, no puede ser calificado de arrendamiento, aunque a veces de él derive, tampoco de venta aún cuando eventualmente puede proceder de ella. “Casos hay en que se vende o se dona el edificio construido, o la propiedad del suelo, reteniéndose la superficie, o se permite la construcción de un edificio y su posesión *iure superficarius*”.

Sumamente debatido es el punto relativo a la necesidad de la *traditio* para configurar el derecho de superficie como un derecho real. A nuestro juicio, habrá que distinguir dos casos:

a) Cuando se entrega un edificio ya construido; y

b) Cuando aún no se encuentra edificado. En el primero de los casos, será necesaria la tradición de la cosa y en el segundo no será necesaria dicha entrega, la cual se sustituye por la construcción que el superficiario levanta y posee.¹²

Por otra parte, el derecho de superficie dentro del orden justiniano se puede terminar al vencimiento del tiempo estipulado, por cumplimiento de la condición resolutoria y declaración de caducidad hecha por el dueño del suelo; así por consolidación de la propiedad del suelo y la de las construcciones en una misma persona, por resolución, por destrucción o desaparición del predio, por destrucción del

¹¹ Pedro, Bonfante, *op. cit.* p.352.

¹² Jerónimo, González Martínez, *op. cit.*

edificio, por muerte del superficiario sin disposición testamentaria y sin herederos conocidos, por renuncia del titular del derecho de superficie, y por prescripción.¹³

Podemos concluir, expresando que para el derecho romano justiniano la superficie es un derecho real, de goce, enajenable y transmisible, sobre construcciones hechas o por hacer en fundo ajeno ligado o no a la obligación de pagar un canon, pensión o *solarium* al propietario.¹⁴

3.2 DERECHO DE SUPERFICIE Y ENFITEUSIS

Además de las consideraciones preliminares de estas dos instituciones explicadas al inicio de este capítulo, se analiza lo siguiente: en estas dos figuras jurídicas se advierten similitudes y diferencias, y que, desde luego, son, desmembramientos de la propiedad, la explicación de las afinidades y diferencias nos las señala el doctor en derecho Guillermo Floris Margadant, en el siguiente resumen que hacemos:

“En el derecho de superficie una persona construye un edificio que viene siendo propiedad de ella, edificándolo en un terreno ajeno, de manera tal que, la línea que divide ambas propiedades, la del dueño del terreno, la de quien ha edificado en éste, es horizontal. Por su parte, en la enfiteusis todo el inmueble esencia u objeto de la misma, terreno y en su caso la construcción realizada en dicho terreno ajeno es de un sólo propietario; el dueño del terreno.” Otra diferencia notable que se observa en la práctica, es que la superficie se daba en relación a la urbanización y en la enfiteusis se instauraba con fines agrícolas.¹⁵ Esta figura al igual que la superficie, es reconocida en el derecho

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ José, Castán Tobañes, *op. cit.* Pág. 676.

¹⁵ Guillermo, F. Margadant, *op. cit.* Págs. 286 - 287.

mexicano positivo, de conformidad con el Código Civil Federal, que ordena de acuerdo a su interpretación gramatical, que una persona que tenga derecho de propiedad de una construcción, plantas o árboles, en predios ajenos no comprende el área. Además, el derecho de superficie puede permitir la construcción de un sótano en la casa ajena, sin ser arrendamiento, ya que se reconoce por propios, ajenos y posibles compradores del terreno “gravado” el derecho real del superficiario.¹⁶

Con el fin de ir delineando y determinado al derecho real de superficie, recurrimos a los siguientes ejemplos, el primero, un tanto curioso o excepcional y, el segundo, más acorde a una realidad jurídica. En el primero, si construimos dos pilares de un balcón de una casa del predio dominante sobre una servidumbre real (predio sirviente), se puede considerar que el predio sirviente pertenece también al derecho de superficie, es decir, se contrata un derecho de superficie con el dueño del predio sirviente, lo que conlleva a que el predio sirviente contemple dos funciones o cargas, la servidumbre real y el derecho de superficie, en razón de que, el dueño del predio dominante construye dos pilares en el predio sirviente para extender su casa sobre el multicitado predio sirviente, techando la servidumbre, pero sin estorbar o menospreciar esta. Nuestro segundo ejemplo, es con relación a la propiedad horizontal de los pisos del condominio; a ésta no se le considera superficie, sino copropiedad.¹⁷ Cabe reafirmar, que si comparásemos la superficie con la servidumbre real, advertiríamos que la línea divisoria entre las dos propiedades en el derecho real, sería vertical; en tanto que en el derecho de superficie, dicha línea sería horizontal como ya lo hemos anotado anteriormente.

¹⁶ Guillermo, F. Margadant, *op. cit.*

¹⁷ Guillermo, F. Margadant, *op. cit.*

Tratando ahora a la enfiteusis en particular. La influencia de oriente en el derecho romano, nos conduce históricamente al *ius in agro vectigali*, que se equipara a un arrendamiento agrícola con efectos reales de oponibilidad a terceros, siendo a perpetuidad o dilatado plazo. Los terrenos en que se constituía esta figura, eran públicos o propiedad de templos, a cambio de una renta denominada *vectigal*. También se podía instituir en terrenos privados. Se entendía que se poseía un terreno ajeno como si fuera propio, condicionado al cultivo y a cambio de un *canon*. El enfiteuta podía variar el carácter del terreno a condición de que no sufriera menoscabo dicho heredad.¹⁸

El derecho real del enfiteuta, como el del superficiario puede transmitirse *post mortem* o *inter vivos*, en este caso, para la enfiteusis se debe dar aviso al dueño del terreno, pudiendo éste ejercitar un derecho de preferencia sobre la cosa o el pago del dos por ciento del precio de la venta del bien.¹⁹

El derecho del enfiteuta como *ius in re aliena* lo acerca al derecho de propiedad, reduciendo la plenitud de la propiedad, que aunque se reciba un *canon*, la perpetuidad o el largo plazo no compensan la plenitud del dominio del propietario, lo que hace muy nuda la propiedad,²⁰ es decir, tal pareciera que la perpetuidad del contrato se entendiera como un dominio pleno sobre la propiedad ajena donde se haya establecida la enfiteusis; pero no es así, lo que sucede es que, la propiedad se transmite con la limitación del “gravamen” o nuda propiedad debido a la enfiteusis

La enfiteusis nacía generalmente de los siguientes actos jurídicos: de un contrato, seguido de una *quasi traditio*; también podía surgir de una *iure cassio*, una *deductio* con

¹⁸ *Ídem.*

¹⁹ Guillermo, F. Margadant, *op. cit.*

²⁰ *Ídem.*

relación a la entrega del terreno (donación, venta), un legado e incluso por prescripción adquisitiva.²¹

El problema consistía en resolver dónde clasificar la figura de la enfiteusis, pues no era arrendamiento, ya que éste es personal; tampoco compra-venta; porque el dominio no se transmitía; pero a finales del siglo V d. de J. C., el emperador Zenón decretó que era un derecho *sui generis*, como un derecho real de goce. En el Justiniano el *ius in agro vectigali* y la enfiteusis, las consideró semejantes pero paralelas, considero como un derecho real perpetuo establecido en terrenos ajenos, sujeto a cultivo y a pagar un *canon*, derecho de preferencia al nudo propietario en caso de venta o en su defecto lo facultaba a recibir el *laudemino*. La enfiteusis se extinguía por incumplimiento del enfiteuta (falta de pago de dos o más mensualidades o falta del cultivo del suelo pactado), por pérdida del objeto, consolidación y renuncia.

De las figuras nacidas en el feudalismo, antes tratadas, surge la diferencia notable entre el *dominium utile* y el *dominium dirrectum*.²²

Para concluir, podemos decir que, la oposición fundamental entre las instituciones que rápidamente hemos recordado es: la servidumbre se refiere siempre a dos inmuebles vecinos y separados verticalmente; en la superficie, existen dos bienes inmuebles (terreno y construcción) en un mismo terreno, separados horizontalmente, y en la enfiteusis existe un sólo inmueble.

3.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENFITEUSIS

A través de los siglos se ha entablado una dura polémica que llega hasta nuestros días y que se refleja en las varias legislaciones acerca de la naturaleza

²¹ *Ídem*,

²² Guillermo, F. Margadant, *op. cit.*

jurídica de esta institución, centrándose esencialmente las divergencias en la determinación de si la enfiteusis presenta los caracteres de un dominio compartido entre censalista y censatario (o sea entre propietario directo y enfiteuta), o si éste sólo es titular de un derecho sobre la cosa ajena. De adoptarse una u otra posición, se deducirán mayores semejanzas entre la enfiteusis y el usufructo o entre la enfiteusis y el arrendamiento. Y aun entre los que niegan la existencia de un dominio desmembrado, hay autores que consideran único dueño a quien tiene el dominio directo, vale decir el censalista, en tanto que otros reputan que es el titular del dominio útil, o sea el censatario, el único propietario del fundo enfiteutico.

Puig Peña y Pellisé Prats²³ afirman que la naturaleza jurídica de la institución ha sido muy discutida en la doctrina y en la jurisprudencia, por ofrecer importancia no sólo teórica sino práctica. Se refieren a las varias doctrinas que se han sustentado en torno a esta cuestión. Así, la *doctrina tradicional* sostiene que el dueño directo es el verdadero propietario de la finca, no teniendo sobre ella el censatario nada más que un *ius in re*. Esta doctrina, que es la del Derecho romano, ha sido admitida modernamente por la jurisprudencia francesa y por algunos tratadistas (entre los italianos Borsari, Pacifici, Gabra, Brugi, Ruggiero y otros; y entre los españoles Mucius Scaevola y Molitor). Se asienta esta teoría entre otras consideraciones en la existencia del derecho de laudemio; en el derecho de devolución o comiso que se reserva el concedente, demostrativo de que está en él el dominio, aunque sea *comprimido*; y en el mismo derecho de redención del enfiteuta, ya que mientras no sea satisfecho el precio de la redención, no puede considerarse transferida la propiedad al enfiteuta.

La *doctrina del dominio dividido*, siguen diciendo Puig Peña y Pellisé Prats, nacida principalmente cuando los glosadores observaron que el derecho del enfiteuta era

²³ Nueva *Enciclopedia Jurídica*, voz *Enfiteusis*, t. 8. Barcelona, 1956

algo más que una simple *ius in re aliena*, presentando cierta substancia dominical, se vio favorecida por el ambiente feudal de descomposición del dominio. Con arreglo a esta teoría, hoy en crisis en la doctrina extranjera, existen sobre la misma cosa *dos situaciones dominicales*: el *dominium directum* del censalista y el *dominium utile* del censatario, que juntos componen la integridad dominical sobre la cosa. Esta segunda tesis, siempre ateniéndonos a las palabras de los autores precitados, fue muy criticada a la caída del régimen feudal. Cuyacio y Donello, en el siglo XVI, la censuraron duramente por parecerles incomprensible una doble potestad dominical sobre una misma cosa, criticándose posteriormente el sabor feudal de la institución y la complicación jurídica que supone la coexistencia de los dos dominios.

Por esas consideraciones "y al calor del nuevo ambiente de protección a las clases agrícolas, propia del siglo pasado y del presente, se va construyendo la *nueva doctrina*, consistente en atribuir al enfiteuta el verdadero dominio sobre la cosa, conservando el señor director simplemente un *derecho real*". Se trata, pues, del *ius in re aliena* "pero a la moderna, o sea, concediendo todos los poderes dominicales al censatario". Esta tesis fue entrando en la legislación poco a poco, "comenzando por suprimir los más irritantes derechos del laudemio, y luego la doctrina avaló y acentuó la tendencia, sosteniéndola e incluso apoyándola en los mismos argumentos de la tesis romanista". El hecho de que exista un derecho de devolución o comisio a favor del dueño directo, debe considerarse como una condición resolutoria de la enfiteusis.

"El dominio ha pasado enteramente al enfiteuta con la condición resolutoria del comisio; pero quien trasmite, aunque sea con condición resolutoria, deja de momento de ser propietario. Igual punto de vista debe observarse respecto a la facultad de redimir propia del enfiteuta". Esta doctrina, afirman finalmente Puig Peña

y Pellisé Prats, ha sido recibida con aplauso por la doctrina extranjera y aun por la española.

Otro autor español, Demófilo de Buen²⁴ expresa que en torno al problema de la naturaleza jurídica de la enfiteusis hay tres teorías distintas:

1ª la inspirada en el Derecho romano que considera a la enfiteusis como un derecho real ejercido por el ' enfiteuta sobre cosa de otro;

2ª la medieval del dominio dividido, según la cual habría dos individuos propietarios de una misma cosa;

3ª la que sostiene que la enfiteusis, o censo enfitéutico, es un derecho real que se reserva el censalista al hacer la transmisión de la propiedad al censatario. A juicio de De Buen, el Código español, en su artículo 1605, conserva vestigios de la concepción medieval, ya que habla de reserva del dominio directo y cesión del dominio útil.

Lafaille señala que con respecto al carácter jurídico de la enfiteusis se han señalado estas concepciones:

- a) *Dominio revocable*, que arranca del hecho de que algunas leyes romanas llamaban *dominus* al enfiteuta, si bien los comentaristas demostraron que aludían al caso de consolidación de la propiedad en el titular del gravamen; esta teoría tiene muchos adeptos en Italia y fue sustentada en Francia antes de que la ley de 1902 sobre "arrendamiento enfitéutico" la instituyese como un derecho real sobre la cosa ajena,

²⁴ Notas sobre el Derecho civil español al Curso *elemental de Derecho civil* de Colin y Capi-tant. t. 2. Vol. 2, págs. 840. Madrid. 1942

- b) *Cuasi propiedad revocable.* Sólo concede al titular un dominio semipleno lo que equivale a reconocer que la enfiteusis no es equiparable a la *plena in re potestas*.
- c) *Doble propiedad.* Esta explicación fue consagrada durante mucho tiempo: el "dominio directo" para el dueño de la tierra y el "dominio útil" para el enfiteuta.
- d) *Limitación de la propiedad.* Según esta teoría, todos los derechos reales sobre la cosa ajena serían "limitaciones" en lugar de "gravámenes". Este sistema goza actualmente de mucha difusión.
- e) *Gravamen sobre la cosa ajena.* "Consideramos que la enfiteusis es un derecho real, si bien no confiere el dominio al sujeto, por cuanto corresponde al dueño de la cosa, que ejerce la suma de poderes sobre ella. Las mayores atribuciones que acuerda, no son óbice para tal calificación". Señala que la independencia de tal figura fue consagrada desde el Derecho romano, ocupando en las leyes de Partida una posición intermedia entre la venta y el arrendamiento. Termina Lafaille su estudio sobre este aspecto de la enfiteusis, diciendo que "es un verdadero derecho real con fisonomía propia".

Señala también Lafaille, que la enfiteusis contiene cuanto la propiedad representa como valor económico, puesto que afecta al dominio *útil* sin el cual sólo resta un nombre, un señorío de mera figuración para el titular del *dominio directo*.

A su entender la enfiteusis es similar al usufructo, pero difiere de él:

- a) En que no tiene carácter vitalicio., pudiendo ser perpetua y transmitirse por herencia;

- b) No se origina en la ley sino en la voluntad del hombre;
- c) Ha de recaer sobre un inmueble. excluyéndose la enfiteusis mobiliaria;
- d) Envuelve un título oneroso en tanto que el usufructo puede establecerse gratuitamente y aun es esto lo normal;
- e) Al enfiteuta no le es exigible fianza, pero la ley se la impone al usufructuario:
- f) El enfiteuta puede alterar la sustancia de la cosa siempre que sea para mejorarla y el goce de los frutos y productos reviste mayor latitud que en el usufructo.

En el arrendamiento, sigue argumentando Lafaille, también se establece el uso y disfrute de un bien ajeno, pero no existe un derecho real, aun cuando este punto haya sido objeto de controversia. La analogía entre la enfiteusis y el arrendamiento, resalta cuando éste se prolonga por largo tiempo o se constituye a perpetuidad, cuando la ley así lo permite. Quienes niegan la calidad de derecho real a la enfiteusis, la reputan un arrendamiento a largo plazo. "Aquellos que como nosotros abrazan la doctrina opuesta, encuentran como signos distintivos, la naturaleza del derecho y su duración, no menos que la mayor suma de facultades acordadas para el goce del objeto, incluso las de disponer".

3.4 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE SUPERFICIE

El pensamiento concerniente al estudio del derecho de superficie ha sido significativo y brillante, expondremos en este capítulo algunos conocimientos especulativos puramente racionales, es decir, teorías de la naturaleza jurídica del derecho de superficie. El derecho de superficie ha sido estudiado desde diversos ángulos a través del tiempo, por heterogéneas legislaciones, lo cual ha dado lugar a una serie de opiniones acerca de su naturaleza jurídica.

Estas diversos ponencias, las podemos reunir en tres rubros, siendo éstos a saber:

- a) Teorías que consideran al derecho de superficie como un dominio dividido;
- b) Teorías que asimilan a la superficie a algún otro derecho real; y
- c) Teorías que consideran a la superficie como un derecho específico. Las cuales las analizaremos en los siguientes subcapítulos.

De acuerdo con esta concepción, se considera al derecho de superficie como una propiedad limitada en ciertos aspectos, pero independientemente del suelo; esto es, estiman al derecho de superficie como una especie de dominio útil en una propiedad dividida.

Esta posición se desarrolla sobre la base de la doctrina de los glosadores, quienes distinguían entre el dominio directo y el dominio útil, atribuyendo este último al superficiario.

En la doctrina francesa, Aubry y Rau definen este derecho como “*un derecho de propiedad que recae sobre las construcciones, árboles o plantas adheridas a la superficie de un fundo (edificios y superficies), perteneciendo lo que está debajo (tréfonds) a otro propietario*”.²⁵ Debiendo tener en cuenta lo referente al derecho de superficie, que significa que solo una parte del suelo será afectado a la plantación y edificación; es decir, al derecho de superficie incompleto y, en el otro caso, se debe tener en cuenta que la superficie es utilizada en su totalidad.

Colin y Capitant lo conceptúan como el derecho que un propietario (llamado superficiario) ejerce sobre el suelo de un fundo cuya parte inferior o subsuelo pertenece

²⁵ Aubry y Rau, *Cours de Droit Civil Français*, D'Après Methode de Zachariae, 4ª ed., trad. al español, Paris, Billard & Cie-Editeurs, t II, 1869.

a otro propietario (llamado (*tréfoncier*), es decir, consideran que se trata de dos propiedades diferentes y superpuestas.²⁶

En este mismo sentido Planiol expresa que, el derecho de superficie consiste en ser propietario de edificios o de plantaciones asentadas sobre terreno de otro, lo cual implica también aceptar la posibilidad de dos propiedades superpuestas, la del suelo y la de lo edificado o plantado.²⁷ Este derecho deroga el principio de que todo lo que se encuentra sobre el suelo pertenece al propietario de este, por efecto de la accesión, la que consiste en un modo de adquirir la propiedad, o la facultad que se le otorga al propietario de una cosa principal para hacer suyo lo que ella produce o lo que se le incorpora por obra de la naturaleza o por mano del hombre. El derecho de accesión y de la adquisición de los frutos, se encuentra reglamentada en el capítulo VI del título Quinto del Libro Segundo de los Bienes y Derecho Reales del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco.

En la doctrina española, *Escosura*, concibe este derecho como una forma de la división del dominio, teoría que parece tener apoyo en el artículo 107, número 5 de la Ley Hipotecaria de 1909, que hablaba de dejar a salvo en el derecho de superficie el de los demás partícipes de la propiedad. *Dalmases* considera que hay que reconocer el carácter de propietario que el superficiario ostenta, ya que el derecho de accesión no tiene en el Código Español un carácter tan absorbente como en el derecho romano, toda vez que el artículo 359 lo establece solo en cuanto no conste lo contrario.²⁸

²⁶ Ambrosio, Colin y H. Capitant, *op. cit.* Págs. 64 y ss.

²⁷ Marcel, Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, 12a ed., trad. de José M. Cajica Jr., S.A. Pág. 171, Puebla, México, 1995

⁸² Antonio de Ibarrola, *Cosas y Sucesiones*, México, 1986, Porrúa, S.A., Pág. 234.

⁸³ Ludovico, Barassi, *La Proprieta, nel nuovo Codice Civile*, 2ª ed. Milan, 1943, trad. Ponce de Torin, Dott. A. Giuffre-Editore, Pág. 344.

En la doctrina italiana *Barassi* y *Lino Salis* sostienen que el superficiario mantiene una propiedad de la edificación sobre el terreno de otro.²⁹

En México, *Ibarrola* expresa que el derecho del superficiario consiste en ser propietario de edificios o plantaciones, sobre un terreno ajeno y estima que ahora se considera que el superficiario tiene un derecho de propiedad perpetua por naturaleza y que cada propietario (el del suelo y el de las construcciones) tiene derechos sobre cosas completamente diferenciadas por un plano horizontal que pasa por la parte más profunda de los sótanos de la construcción o de las raíces de los árboles, misma que viene a precisar a favor de quien queda el tesoro en él hallado.³⁰

En la citada obra de *Don Jerónimo González Martínez*, encontramos la crítica que este autor hace a las doctrinas antes expuestas y afirma que “... *la existencia de un dominio pleno del suelo, es un imposible jurídico cuando la incorporación es íntima. Posible es que para fines transitorios o con materiales que puedan ser desmontados fácilmente (como los hórreos en Asturias, que según la tradición no deben tener clavos), se coloque encima del suelo un edificio sin incorporarlo del mismo; pero estos supuestos caen fuera del derecho de superficie y no provocan dudas. En cambio, cuando suelo y vuelo forman un solo objeto, uno de los dos impone al otro su destino y la propiedad no puede ser escindida o, por lo menos, descompuesta en dos tipos iguales al primitivo, a la manera que los trozos de una circunferencia, aún con la equidistancia al centro carecerían de la característica de línea cerrada con que definimos al todo*”.³¹

³⁰ Antonio de Ibarrola, *op. cit.* Pág. 235.

³¹ Jerónimo, González Martínez, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones, nota 20. Pág. 287.

Pensamos que esta doctrina confunde al derecho de superficie con la propiedad superficiaria.³²

Dentro de este segundo grupo doctrinario encontramos varios matices, considerando algunos al derecho de superficie como una servidumbre, otros equiparándolo a la enfiteusis y otros por último, asemejándolo al usufructo.

Todas estas opiniones las reunimos dentro del presente grupo porque todas ellas, basadas esencialmente en el derecho romano, pretenden construir esta institución como un derecho real, enajenable y transmisible, sobre construcciones hechas en fundo ajeno, pero sin admitir que este derecho puede conducir hacia una propiedad superficiaria.

Como apuntábamos anteriormente, estas doctrinas encuentran su punto de partida en el derecho romano, “el cual, en virtud de la esencial compenetración de la propiedad del suelo con la de la superficie, no admitió una propiedad de ésta, distinta de la propiedad de aquél”. “El derecho romano, mantuvo, en efecto, como indestructible el principio de la accesión, por cuya virtud, el propietario del suelo, era siempre también propietario del suelo; es decir, de todo lo que existiese sobre la superficie. No era posible, pues, la consideración de un dominio separado, sino tan solo mediante la existencia de un derecho real sobre las construcciones hechas en ese fundo ajeno”.³³

Así algunos autores y legislaciones identifican unos y asemejan otros al derecho de superficie con las servidumbres.

Citando Jerónimo González a *Sangui, Pugliesse y Savigny*, menciona que éstos consideran que este derecho es un derecho real de servidumbre, o una limitación

³² *Ídem.*

³³ Jerónimo, González Martínez, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones.

semejante a la servidumbre.³⁴ Por su parte, Valverde también se inclinaba por esta posición.³⁵

En Sajonia se considera al derecho de superficie como una servidumbre personal y el Código Civil Suizo, en sus artículos 675 y más claramente en su numeral 779, dan al derecho de superficie una naturaleza de servidumbre.³⁶

A esta doctrina se le han formulado críticas de las cuales podemos tomar en consideración las siguientes: el derecho de superficie se distingue de las servidumbres prediales por no ser subjetivamente real, esto es, por estar constituido sobre una finca a favor de una persona, sin relación con otro predio dominante.³⁷ Una sentencia del 29 de abril de 1886 pronunciada por la Corte de Turín, interpretando el Código Civil Italiano de 1865, se inclina por esta misma opinión al resolver que el derecho de superficie no puede calificarse de servidumbre predial, por no ser la superficie un fundo dominante. La servidumbre concede un derecho de uso sobre un fundo sirviente, la superficie (como veremos al expresar nuestra opinión sobre la naturaleza jurídica de este derecho) concede por una parte un derecho real de goce sobre el fundo ajeno y además conduce a producir un derecho de propiedad exclusiva e individual que calificamos de superficiaria sobre los objetos de dicho derecho y como afirma *Mucius Scaevola* donde hay propiedad, sea singular o común no hay servidumbre.³⁸

³⁴ Jerónimo, González Martínez, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones

³⁵ Calixto Valverde y Valverde, *Tratado de Derecho Civil Español*, 2ª ed., Valladolid, 1920 Talleres Tipográficos Cuesta, Pág. 498.

³⁶ Jerónimo, González Martínez, *op. cit.* Pág. 244.

³⁷ Jerónimo, González Martínez, *op. cit.*

³⁸ Manuel, Borja Martínez, *La Propiedad de Pisos o Departamentos en el Derecho Mexicano*, México, 1957, Porrúa, S.A. Pág. 51.

Fuentes *Lojo* cita a otros autores que como *Mayne*, piensan que se trata de una enfiteusis reducida a lo de encima del terreno.³⁹

Se critica esta postura diciendo que la enfiteusis no se puede establecer a título gratuito y que el precio ha de pagarse en la forma de pensión anual (*canon*), sin que éste se pueda satisfacer de una sola vez, como en el derecho de superficie; además el enfiteuta tiene derecho sobre el suelo y el subsuelo, y el superficiario solo sobre suelo y vuelo.⁴⁰

Durantón cree que debe equipararse al usufructo, éste pensamiento no nos convence, en virtud de que, el usufructo no puede transmitirse, se constituye a favor de persona determinada y cesa con su muerte, siendo la superficie trasmisible *inter vivos y mortis causa*; además, el usufructuario no tiene facultad para destruir la casa edificada, como acostumbra tenerla el superficiario.⁴¹

Todas estas teorías, como dice Núñez Ruiz, tan sólo representan un punto de vista parcial que solo toman en cuenta un aspecto del derecho de superficie, el consistente en la cesión del disfrute del suelo, que representa su gravamen o limitación, pero no explican satisfactoriamente los derechos del superficiario como propietario del edificio, esto es, no queda definida la propiedad superficiaria desde el punto de vista del dominio del superficiario sobre la plantación o edificación, sino tan sólo el derecho que tiene sobre el suelo ajeno, bien sea para ejecutar dicha construcción o plantación, bien sea para apoyar el edificio.⁴²

³⁹ Juan V. Fuente Lojo, *Suma de la Propiedad por Apartamentos*, Barcelona, 1964, Librería Bosh. Pág. 374.

⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 377.

⁴¹ Juan V. Fuente Cojo, *Suma de la Propiedad por Apartamentos*, Barcelona, 1964, Librería Vds.

⁴² Miguel Ángel, Núñez Ruiz, *Derecho Urbanístico Español*, Madrid, 1967, Editorial Monte corvo. Pág. 362.

Teorías que considera a la superficie como un derecho real específico. Un tercer grupo lo podremos formar con aquellas doctrinas que disocian el derecho de superficie en dos, considerando por una parte la relación que existe entre el superficiario y el dueño del suelo, la cual, podemos afirmar que, se trata de un derecho real de superficie que ejercita el cesionario sobre el suelo ajeno y por otra parte, la titularidad de una propiedad superficiaria que puede tener sobre las plantaciones o construcciones que se encuentran sobre ese fundo ajeno.⁴³

Creemos que esta última teoría es la que explica satisfactoriamente la naturaleza jurídica del instituto objeto del presente trabajo, pues de otra manera no se podría comprender, por una parte el dominio que ejerce o puede llegar a realizar el superficiario sobre las construcciones o plantaciones; y por otra la facultad que éste tiene para hacer y mantener sus construcciones en el terreno ajeno.

Hay que atender a estos dos aspectos en el concepto de la superficie; antes de realizar la construcción y después de realizada, momento en el que el superficiario tienen un verdadero dominio, esto es, cuando obtiene la titularidad de un derecho de propiedad superficiaria.

Lo antes advertido, no implica la necesidad de escindir dichos aspectos y pensar que se transforma en una naturaleza jurídica totalmente distinta en el primero y segundo estadios, aparentemente derecho real y propiedad temporal respectivamente. Al constituirse el derecho de superficie, el superficiario obtiene la facultad para hacer y mantener una edificación o plantación propia en suelo ajeno y esta facultad la conserva durante toda la vida de su derecho. La propiedad superficiaria se apoya en un suelo que no pertenece al superficiario por lo que, la utilización del mismo ha de basarse en algo

⁴³ *Ídem.*

distinto de la relación jurídica de propiedad y precisando más, el fundamento lo constituye precisamente aquel derecho real que sigue latente durante la vida de la superficie, pues indudablemente que el derecho de hacer y mantener una construcción o plantación, lleva en sí la facultad de utilizar el suelo.

Esta utilización se efectúa de dos maneras; la primera de ellas, como instrumento para conseguir la finalidad fundamental de la superficie, que es la de llevar a cabo la edificación o plantación; la segunda, servir de soporte, idealmente hablando, a la propiedad superficiaria.

De afirmar que al adquirir la propiedad superficiaria se extingue el derecho de superficie, no podría explicarse en modo alguno el que su propiedad se apoyase sobre un suelo que no le pertenece, sobre el cual no ostenta ningún derecho y por lo que el propietario del mismo estaría en posibilidad de realizar cualquier acto que perjudicase dicha propiedad superficiaria. Por el contrario, pensamos que la destrucción del edificio, no impide al superficiario su reedificación durante el plazo de duración del derecho de superficie.

En cuanto a los elementos personales del derecho de superficie, determinamos dos:

- 1) El superficiario, que es el que tiene un derecho real de goce sobre el suelo, que le faculta a construir o plantar y a mantener esa construcción o plantación y para hacer suyo lo plantado o edificado por derogación de la accesión. El derecho que el superficiario ejerce sobre las construcciones y superficies, una vez llevadas a cabo es un derecho real superficiario limitado a cierto tiempo, pero con titularidad a fin a la propiedad, con excepción de la perpetuidad, al cabo creemos

que la temporalidad constituye un elemento esencial para calificar a la propiedad de superficiaria, pues si ésta fuese perpetua nos encontraríamos frente a una figura distinta, esto es, frente a una propiedad separada; y por otra parte, las construcciones deben de apoyarse, cimentarse y mantenerse sobre un terreno ajeno y esto sucede durante el tiempo que dure el derecho con base en un derecho real de goce sobre esa finca ajena.

De acuerdo con esta orientación, *el derecho de superficie es un derecho real de tipo inmobiliario, con eficacia “erga omnes”*. Este derecho real es de disfrute, que tan solo podrá ser constituido por la libre determinación del propietario del suelo, sea persona física o jurídica, este derecho podrá ser enajenado o transmitido. Un derecho que mientras se encuentre en vigor, impide que se realice la accesión a favor del dueño del terreno. Un derecho que otorga al titular de la facultad de ejecutar sobre el terreno de otro las operaciones necesarias para hacer surgir construcciones o plantaciones unidas de modo estable a aquél; y una vez realizada éstas, al surgir la propiedad superficiaria, la facultad de conservarlas durante el tiempo convenido.

Intentando una definición en este momento, podemos decir que:

El derecho de superficie consiste en la facultad de construir y mantener temporalmente un edificio o plantación propio en suelo ajeno, sin aplicación de las reglas de la accesión inmobiliaria.

Reafirmamos que, el superficiario (superficionario o concesionario) es la persona que tiene un derecho de propiedad sobre el edificio o plantación adherido al suelo ajeno, sobre el que tiene un derecho real de goce, a largo tiempo, mediante el pago de un canon, de un precio o sin ninguna contraprestación.

El superficiario tiene derecho y obligaciones que podemos resumir en las siguientes:

a) Facultad de construir o plantar, así como apoyar y cimentar una construcción o plantación en el suelo ajeno;

b) Derecho a conservar y mantener lo construido, llevar a cabo mejoras, o efectuar nuevas edificaciones, mientras no se hubiere limitado en el acto constitutivo;

c) Derecho a reedificar o reconstruir el edificio en el caso en que éste se destruyese total o parcialmente, pues el derecho consiste en construir y mantener la construcción;

d) Facultad para enajenar e hipotecar el derecho;

e) Derecho a exigir indemnización por las obras hechas al extinguirse el derecho;

f) El superficiario tiene el deber de pagar el canon o contraprestación, en el tiempo y lugar convenido;

g) Deberá de abstenerse de usar de sus facultades de modo abusivo; y

h) Tiene la obligación de cumplir con lo establecido en el pacto constitutivo respecto del uso o destino que se deberá dar a lo construido.

2) La otra parte contratante, se llama concedente o superficiante y es el propietario de un inmueble (terreno), que teniendo la capacidad y el libre poder de disposición sobre el mismo (requisitos necesarios pues se trata de la constitución de un derecho real), permite que otro, llamado superficiario,

construya, plante o haga uso de una construcción o plantación existente en dicha finca a título de propietario, a largo tiempo, a cambio del pago de una renta de un predio o bien a título gratuito.

El concedente, como titular que ha enajenado el derecho de superficie, por tanto la facultad de construir sobre el mismo, tendrá los siguientes derechos y obligaciones:

- a) Derecho a percibir la contraprestación estipulada en el título constitutivo;
- b) Derecho de reversión transcurrido el plazo pactado para su duración;
- c) Tiene la obligación de posibilitar el ejercicio del derecho de superficie, debe por tanto abstenerse de realizar actos que lo obstaculicen; y
- d) Al concluir este derecho, el concedente deberá pagar al superficiario las obras y mejoras que hubiesen aumentado el valor de la finca, a juicio de peritos.

La formalidad de la constitución del derecho real de superficie. De acuerdo con el artículo 1285 del Código Civil vigente en el Estado de Tabasco, especifica que: “ El negocio jurídico por el que se constituya el derecho de superficie debe otorgarse en escritura publica; y para hacer oponible a terceros deberá estar inscrita en el Registro Publico de la Propiedad.”

La escritura en la que se constituye el derecho de superficie deberá contener:

a) Los antecedentes que acrediten la propiedad a favor del concedente del terreno sobre el cual se constituye el derecho real de superficie, así como su ubicación, descripción, superficie, medidas y linderos;

b) El acuerdo de voluntades para constituir el derecho de superficie;

c) La duración de este derecho;

d) La determinación del canon, renta o precio que se ha de pagar al concedente por el superficiario, si se constituyese a título oneroso. Queda dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de los titulares del derecho del suelo y superficie, la forma de regular la contraprestación por la concesión del derecho a constituir; creemos que se puede pactar el pago de un canon módico más la accesión automática y gratuita al concluir este derecho, o la entrega de una cantidad determinada más la accesión automática. También podrá considerarse como contraprestación la accesión gratuita, porque la indemnización que se debe de satisfacer por la trasmisión de la propiedad equivale para el dueño del suelo al pago del *canon* periódico o a la suma determinada;

e) Características generales de la construcción a realizar, el uso al cual será destinado y el costo aproximado del presupuesto de la obra; y

f) El destino de las edificaciones después de concluido el plazo de duración del derecho, pudiéndose establecer que operará, entonces, la accesión a favor del concedente, a cuenta del pago del precio; o bien, que al expirar el derecho, el concedente estará obligado al pago de cierta cantidad como indemnización por las obras realizadas, cantidad que se determinará a juicio de peritos.

Por lo que respecta a la extinción del derecho de superficie, que necesariamente debe de estipularse en el contrato, ya que de otro modo se tendrá por indeterminado, pero no perpetuo, esta conclusión puede acontecer por:

a) Expropiación forzosa, en caso de éste supuesto por causa de utilidad pública, desaparece, como es lógico el derecho de superficie, lo único que se deberá determinar será la distribución equitativa de la indemnización entre las partes afectadas;

b) Confusión, y si el dueño del terreno adquiere la superficie por cualquier otro medio legal;

c) Por el transcurso del tiempo por el cual fue establecido el derecho, después de haber sido indemnizado el superficiario por las obras hechas, si así se hubiese estipulado en el pacto constitutivo;

d) Por renuncia del superficiario a favor del concedente;

e) Por rescisión, en el caso en que se hubiese pactado que por el incumplimiento de las condiciones fundamentales operaría la cohesión; y

f) Acuerdo de voluntades.