

CAPITULO V

LA ENFITEUSIS Y EL DERECHO DE SUPERFICIE SUS

CARACTERÍSTICAS Y SU DESARROLLO

5.1 LA SUPERFICIE Y SU DESARROLLO

La superficie es uno de los derechos reales pretorios que permite gozar a perpetuidad o a largo plazo una construcción hecha sobre el terreno de otro, a cargo de pagar una retribución al propietario. Este derecho es transmisible “inter vivos” y “mortis causa”. Aquí los intérpretes ven una propiedad distinta de la del suelo, por tanto, es una derogación al principio “superficies solo cedit” (la construcción accede al suelo), aunque debe considerársele como una servidumbre de una naturaleza particular que paraliza la aplicación de este principio si derogarlo teóricamente.

El Estado y las ciudades acostumbraron rentar a perpetuidad o a largo plazo ciertos terrenos a personas que tenían el derecho de elevar construcciones y de disfrutarlas, mediante el pago de una pensión. Este uso fue seguido por los particulares, por lo que el pretor sancionó en beneficio del superficiario un verdadero derecho real, el derecho de superficie.

La superficie como ya lo hemos establecido a lo largo de este trabajo es un derecho real que permite al superficiario el pleno disfrute de un edificio levantado en suelo ajeno; es además trasmisible *inter vivos* y *mortis causa*. O también¹ lo podemos entender como el derecho del arrendador de la tierra a perpetuidad o a largo plazo, o

¹ Sabino Ventura Silva. Derecho Romano. Ed porrúa.

por cualquier otro título, sobre los inmuebles construidos por el sobre el suelo arrendado.²

La configuración a este 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 el. *Superficies solo cedit*, lo edificado o construido cede a favor del suelo. Había, sin embargo propietarios que no queriendo o pudiendo construir, se ponían de acuerdo con un tercero para que lo edificara y gozara plenamente de lo construido. Antes que los particulares, parece que hicieron tales concesiones los magistrados en relación con el suelo público. La regulación de esas concesiones es desconocida. Cuando los propietarios particulares empezaron a hacer lo mismo, celebraban, con el que quería edificar un contrato, generalmente el de arrendamiento, recibiendo una contraprestación en dinero a cambio de las facultades concedidas al constructor; por tanto estas no constituían un derecho real sino un derecho de crédito, protegido solamente por las correspondientes acciones personales que nacen del contrato ejercitables únicamente contra el propietario concedente o contra sus herederos.³

El matiz de derecho real en esas concesiones comenzó a apuntar por obra del pretor. Como tales arrendamientos se hacían por plazos largos y tenían una importancia práctica y social grande, el pretor introdujo un interdicto especial, de *superficiebus*, que se daría primero a favor de los que edificaban *in solo publico*, extendiéndose, más tarde, a los que lo hacían en suelo privado, contra cualquiera que molestase el disfrute del edificio a quien en dicha situación se hayaba *nec vi, nec clam, nec precarioque* con respeto 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

² Ídem.

³ Sabino Ventura Silva. Derecho Romano. Ed porrúa.

situación ejercitable *erga omnes*. Con ello sus facultades de goce del edificio rebasaban el área de la relación contractual con el propietario.⁴

Se cree que el derecho clásico no paso de ahí y que es en el derecho Justiniano donde, operando a las necesarias interpolaciones en los textos recogidos 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 acaso mas general la tendencia a admitir una *actio in factum*, si bien no propuesta en el *album*, prometda *causa cognita* por el pretor al final de la formula del interdicto. No están, e cambio, tan conformes los romanistas en que dicho derecho real constituye una característica autónoma. Algunos textos emplean, para designarle, la palabra *servidumbre*.⁵

5.1.2 CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE SUPERFICIE

a) Elementos formales, personales y reales de la superficie:

- Formales: se dividen en judiciales, mortis causa y voluntarios.
- Personales: se dividen en el cedente y superficiario.
- Reales: son fundos urbanos.

b) Derechos del superficiario: puede edificar en suelo ajeno, disponer libremente de lo edificado, grabarlo con hipotecas o transmitirlo a mortis causa.

c) Modos de defensa y de extinción: son los mismos que el del propietario, usufructuario y *servidumbre*.

⁴ Ídem

⁵ Sabino Ventura Silva. Derecho Romano. Ed porrúa.

d) Obligaciones del superficiario: el pago del solarium (canon anual de alquiler del terreno).⁶

5.1.3 CONSTITUCION EXTINCION Y DEFENSA DEL DERECHO DE SUPERFICIE

La forma de constitución del derecho de superficie fue principalmente el contrato, pero también podía nacer de una disposición de última voluntad de una *adiudicatio* o de una *usucapio*. El superficiario tiene generalmente la obligación de pagar una pensión anual o una suma entregada de una vez al constituirse la superficie; pero ello no es esencial. Cubre también los impuestos. En cambio, goza libremente del edificio y transmite sus derechos prescindiendo de la voluntad del dueño del fundo sin necesidad de notificárselo. Además del interdicto y de la acción real aludidos, se otorga al superficiario, como útiles algunas otras acciones.⁷

La superficie puede extinguirse por destrucción total del predio mas no del edificio ya que se puede reservar el derecho de reconstrucción o se puede extinguir también por transformación, por confusión o adquiriendo la propiedad del suelo el superficiario o pasando al propietario los derechos de este y por cumplimiento de plazo o condición resolutoria. En resumen podemos decir que la constitución del derecho real de superficie solía hacerse por contrato, en la práctica derivaba de una contrato de arrendamiento hecho a perpetuidad o a plazo; también podía constituirse por compraventa, por disposición testamentaria, por medio de una “*adiudicatio*” o por “*usucapio*”. Normalmente la superficie se extinguía por la pérdida del fundo, do del

⁶ *Ídem.*

⁷ Floris Margadant, Guillermo. Derecho Romano. México, 1990

edificio o de la construcción, pues éstos podían ser reconstruidos; por la llegada del término o de la condición resolutoria fijado por las partes; por confusión⁸.

5.2 LA ENFITEUSIS Y SU DESARROLLO.

La “emphyteusis” es un derecho real, transmisible, que consiste en el más amplio disfrute de un fondo ajeno. Este disfrute fue tan extenso que los comentaristas lo designan con la denominación de dominio útil, llamado dominio directo al reservado al dueño del fundo.⁹

De esto podemos decir entonces que la enfiteusis era una concesión de tierras por parte de entes públicos o sagrados a los particulares, a perpetuidad o por largo plazo, mediante el pago de un *cannon*. Eran objeto de estas concesiones tierras incultas o deficientemente cultivadas, que el concesionario se comprometía a labrar. En *el* Derecho clásico romano no se encuentra institución alguna con ese nombre como aparece desarrollada en el justiniano; la enfiteusis¹⁰ resulta con distintos matices en las diversas concesiones de tierras por parte de la ciudad o de otros entes públicos y, en particular, en el *ius in agro vectigali*. Tales eran los terrenos del Estado no asignados o vendidos, ni abandonados a la ocupación, sino dados en arrendamiento por un período de cien años o perpetuamente; lo mismo sucedía con los terrenos de los municipios, colonias y entes sagrados, que eran dados también en arrendamientos a largo plazo o a perpetuidad; si el arrendatario o concesionario pagaba anualmente un *canon (vectigal)*, gozaba del fundo indefinidamente, incluso sus herederos y aquellos a quienes hubiere transmitido la tierra a título particular. A los que

⁸ Sabino Ventura Silva. Derecho Romano. Ed porrúa.

⁹ Floris Margadant, Guillermo. Derecho Romano. México, 1990

¹⁰ Es una institución griega

disfrutaban de estas tierras se les concedieron, como medios de defensa, los interdictos y una *actio in rem vectigalis*.

La circunstancia de considerar a los arrendatarios como poseedores *ad interdicta*, hizo dudar a los jurisconsultos clásicos, al decir de Gayo, que la concesión se debía tratar como arrendamiento o como compraventa. La idea de la locación era sugerida por el pago del *canon* anual y también por el hedió de que cualquier suspensión en el pago mismo (según parece) y en las obras de cultivo, determinaba la revocación de la concesión; por otra parte, la normal perpetuidad y la transmisibilidad del derecho hacían más próxima la analogía a la venta. Esta relación contractual terminó cuando el pretor concedió una *actio in rem*, de seguro análoga a la *reivindicatio*, que encontró lugar en el edicto, transformándose así, la institución, en un verdadero derecho real.¹¹

Según se sabe por algunas inscripciones que se remontan al siglo V a. de C, en las ciudades griegas existieron arrendamientos de tierras incultas a perpetuidad y a largo plazo. Esta práctica fue seguida por la administración imperial con tierras no cultivadas, pertenecientes al emperador, para que fueran explotadas por los arrendatarios. Se generalizó esta costumbre de realizar contratos agrarios a partir de Constantino, probablemente como consecuencia de las grandes confiscaciones llevadas a cabo por los instauradores del cristianismo.

Desde el siglo IV d. C, encontramos dos tipos de concesión: *tus emphyteuticum*, que tenía por objeto los *fundí patrimoniales* (en dominio de la dinastía reinante), y el *ius perpetuum*, que se establecía sobre los *fundí rei privatae* (patrimonio del Fisco como

¹¹ Floris Margadant, Guillermo. Derecho Romano. México, 1990

tal). Ambos titulares (de la concesión pagaban un *canon*, pero mientras el *ius emphyteuticum* es temporal, el *ius perpetuum* es ilimitado, y su titular sólo podía ser privado de la finca por disposición especial del emperador. En el siglo V, las dos figuras se funden en una sola, bajo el nombre de *ius emphyteuticum* o *emphyteusis*. La institución se extendió y fue practicada no sólo por el Estado, sino también, por terratenientes particulares.

En la época posclásica se discutía, como ya se había hecho por los juristas clásicos, acerca de la naturaleza del *ius in agro vectigali*, la calificación jurídica de la enfiteusis, porque en los documentos continuaba empleándose la terminología de locación o venta, en relación a la concesión de los dos contratos.¹² En el terreno práctico la cuestión se planteó sobre los riesgos, es decir, si por causa de fuerza mayor se destruía el fundo o se impedía el cultivo. Estimando la concesión como venta, el riesgo recaía sobre el concesionario, porque como comprador él sería el dueño y asimilándola a la locación, el riesgo lo sufre el concedente. Una constitución de Zenón, dictada hacia el año 480 de C. (C.4. 66.1), resolvió el problema reconociendo al contrato enfiteutico una estructura propia, *sui generis*, distinta a la de la venta y de la locación. El riesgo, salvo convención en contrario, se repartía en el sentido de que, si por fuerza mayor se destruía el fundo, por ejemplo, en caso de sumersión, se perjudicaba al concedente; y tratándose de daños temporarios y reparables (sequía, falta de inundación del Nilo) se ocasionaban al concesionario, que continuaba pagando.

Por último, Justiniano, fiel a su costumbre, fusionó el *ius in agro vectigali* a que se referían los jurisconsultos clásicos, con la enfiteusis de la legislación y práctica del

¹² Floris Margadant, Guillermo. Derecho Romano. México, 1990

mundo heleno-oriental.

La enfiteusis se constituyó principalmente mediante el contrato; pero también pudo constituirse por un acto de última voluntad (legado) y por usucapión.

5.2.1 DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ENFITEUTA

La situación del enfiteuta era análoga a la del propietario: adquiere los frutos por simple separación, puede cambiar el cultivo del fundo, dar a éste destino diverso, conceder el usufructo, constituir servidumbres, gravar su derecho con hipotecas, otorgar subenfiteusis y enajenar su derecho *inter vivos* y transmitirlo *mortis causa*.¹³

Sus obligaciones eran:

a) Pagar la renta convenida al dueño del fundo (*canon, vectigal, pensio*), sin derecho a reclamación por mala cosecha o destrucción de una parte del fundo;

b) Conservarlo en buen estado;

c) Pagar los impuestos y entregar al propietario los justificantes (*reddere apochas*);

d) Notificar al dueño su propósito de enajenar su derecho de enfiteusis, a fin de que, si lo desea, pueda ejercitar la facultad que le corresponde de adquirirlo (*ius protimiseos*) dentro de un plazo de dos meses (Derecho de prelación); e) Si el dueño no ejercita su derecho, debe abonarle el 2% del precio de venta (*laudemium*).

5.2.2 CARACTERÍSTICAS DE LA ENFITEUSIS

a) Elementos formales, personales y reales de la enfiteusis:

- Formales: se dividen en *intervivos*, *judiciales*, *mortis causa* y *temporal*.

¹³ Floris Margadant, Guillermo. Derecho Romano. México, 1990

- Personales: se dividen en concedente, dueño y enfiteuta.

- Reales: son inmuebles rústicos.

b) Modos de defensa y de extinción: los mismos que los de la propiedad, pero con un carácter de utilidad.

c) Derechos del enfiteuta: los mismos que los del propietario (pleno disfrute y uso del terreno).

d) Obligaciones del enfiteuta: conservar la tierra en buen estado, pagar el solarium (canon anual del alquiler del terreno) y notificar al dueño de su intención de enajenar la enfiteusis.

5.2.3 CONSTITUCION Y EXTINCION DE LA ENFITEUSIS

Los modos de constitución de la enfiteusis son los mismos que los del derecho de superficie. Normalmente, la “emphyteusis” puede extinguirse por la falta de pago del impuesto durante tres años, o durante dos si el dueño es una corporación religiosa, por no pagar la “pensio”, por renuncia y por los demás modos que extinguen a la superficie.

Las principales sanciones que garantizan al enfiteuta su derecho: a) Tiene contra todos, aun contra el propietario, acciones “in rem” útiles para demandar bien la cosa misma, bien las servidumbres de que está investida. b) A su derecho corresponde una posesión protegida por el interdicto de superficie, que es una copia del interdicto “uti possidetis”. c) La pérdida de esta posesión, si ésta ha sido adquirida a “non domino”, le permite el ejercicio de la acción publiciana.

Podemos decir entonces que la enfiteusis terminaba por destrucción total del fundo o por su transformación en una *res extra commercium*; por confusión, adquiriendo el *enfiteuta* la propiedad del suelo o pasando al propietario los derechos de éste; por el

incumplimiento de las obligaciones enunciadas en los casos de enajenación, o por la falta de pago del *canon* o de los impuestos durante tres años, o durante dos si se trata de enfiteusis, en que el *dominus* sea una entidad eclesiástica¹⁴. El enfiteuta dispone de una *actio in rem utilis*, una *utilis petitio rei* contra cualquier poseedor del fundo, así como de las acciones confesoria y negatoria en relación con las servidumbres de que goce o con las que se pretenda que está gravada la finca, respectivamente. Si su derecho fue adquirido a *non domino*, pero de buena fe, dispone también de una *actio publiciana*.

¹⁴ Sabino Ventura Silva. Derecho Romano. Ed porrùà.