

“Una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa.” Montesquieu.

Con sincero agradecimiento:

A mi papá por inspirarme e iniciarme en el estudio de la ciencia jurídica.

A mi mamá por su apoyo incondicional y porque su insistencia me ayudó a entender lo que quería de mi profesión.

A mi esposa Gaby, colega y compañera en mi vida, por recorrer conmigo el duro camino.

A mis hermanos Luis y Poncho por estar a mi lado en los buenos y malos momentos.

A mis abuelos Eva, Carlos y Carmen porque nunca me han abandonado y sus palabras de aliento no dejaron que claudicara en los tiempos difíciles.

A mis tíos Jesús, Leonel, Ricardo, Roberto, Juan Carlos, Gaby, Claudia y Dolores por que con su ayuda y apoyo logré alcanzar mis metas.

A Leonardo, Eduardo, Cynthia y Paola por su amistad y compañía, porque los años juntos han hecho más alegre mi vida.

Al licenciado Andrés Linares Carranza por renovar mi amor por el Derecho, por mostrarme que la enseñanza puede ser divertida, por enseñarme que el conocimiento verdadero se haya no sólo en las aulas sino en los libros, la experiencia y las personas.

A la Universidad Nacional Autónoma de México y en especial a la Facultad de Derecho por abrirme sus puertas y poner a mi disposición los recursos humanos y materiales que sufragaron mis necesidades intelectuales en mi formación profesional.

DERECHO REAL DE SUPERFICIE

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO 1. SISTEMA DE DERECHOS REALES	
1.1. Generalidades.	1
1.1.1. Derecho Romano.....	1
1.1.2. Derecho Contemporáneo.	10
1.2. Diferencias entre Derecho Real y Derecho Personal o de Crédito.	
Teorías que hablan de su distinción.	12
1.2.1. Obligaciones Reales o <i>Propter Rem</i>	21
1.3. Clasificación de los Derechos Reales.	26
1.4. Creación de nuevos Derechos Reales. Tesis de los Números	
Apertus y Tesis de los Números Clausus.....	28
CAPÍTULO 2. DERECHO REAL DE PROPIEDAD	
2.1. Evolución Histórica del Derecho Real de Propiedad..	31
2.2. Concepto y Características.....	36
2.2.1. Clases de derecho de Propiedad.....	40
2.2.2. Elementos.	40
2.2.3. Extensión del derecho de Propiedad.	46
2.3. Garantía Constitucional del derecho de propiedad. Derecho de	
Expropiación.	49
2.4. Limitaciones.	54
2.4.1. Limitaciones por razón de las relaciones de vecindad.....	56
2.4.2. Limitaciones en razón del interés social.....	61
2.4.3. Prohibición de los actos emulativos.	62
2.4.4. Servidumbres Legales.	63
2.4.5. Inalienabilidad. Cláusulas de Inalienabilidad.	66
2.5. Defensa Ordinaria del Derecho de Propiedad.	68
2.5.1. Acción Reivindicatoria.....	68

2.5.1.1. Requisitos.....	70
2.5.1.2. Cosas que no pueden reivindicarse.....	72
2.5.1.3. Efectos de la Acción Reivindicatoria.....	74
2.5.2. Acción Negatoria.....	75
2.5.3. Interdictos.....	76
2.5.4. Deslinde.....	78
2.6. Formas de Adquirir la Propiedad.....	78
2.6.1. Contrato.....	79
2.6.2. Herencia.....	80
2.6.3. La Ley.....	81
2.6.4. Ocupación.....	82
2.6.5. Accesión.....	86
2.6.5.1. Accesión Discreta.....	87
2.6.5.2. Accesión Continua.....	87
2.6.5.2.1. Accesión Industrial en Bienes inmuebles.....	87
2.6.5.2.2. Accesión Natural en Bienes inmuebles.....	89
2.6.5.2.3. Accesión de Cosas muebles.....	91
2.6.6. Usucapión.....	94
2.7. Copropiedad.....	98
2.7.1. Medianería.....	100
2.8. Desmembramientos de la Propiedad. Generalidades.....	100
2.8.1. Derecho real de usufructo. Generalidades.....	101
2.8.1.1. Características.....	101
2.8.1.2. Clases.....	102
2.8.1.3. Formas de Constitución.....	103
2.8.1.4. Derechos y Obligaciones del Usufructuario.....	105
2.8.1.5. Nudo Propietario. Derechos y Obligaciones.....	108
2.8.1.6. Extinción del Usufructo.....	108
2.8.1.7. Usufructos Especiales.....	111
2.8.2. Derechos reales de uso y habitación.....	113
2.8.2.1. Uso.....	114

2.8.2.2. Habitación.....	115
2.8.2.3. Régimen jurídico común a los derechos reales de uso y habitación.....	115
2.8.2.4. Diferencias entre usufructo, uso y habitación.....	119

CAPÍTULO 3. DERECHO REAL DE SUPERFICIE.

3.1. Breve Reseña Histórica.....	121
3.1.1. Concepción romana del derecho de superficie.....	128
3.2. Concepto.....	130
3.3. Derecho de superficie en el derecho comparado.....	133
3.4. Características.....	138
3.5. Naturaleza Jurídica.....	141
3.6. Elementos del derecho real de superficie.....	144
3.6.1. Elemento real u objetivo.....	144
3.6.1.1. Variantes Posibles.....	146
3.6.2. Elemento personal o subjetivo.....	147
3.6.3. Elemento formal.....	147
3.7. Manifestaciones del derecho de superficie.....	149
3.7.1. Derecho de construir, <i>ius edificandi</i> o concesión <i>ad aedificandum</i>	149
3.7.2. Propiedad superficiaria.....	151
3.8. Derechos y obligaciones del superficiario y del <i>dominus soli</i>	152
3.8.1. Derechos del superficiario.....	152
3.8.2. Obligaciones del superficiario.....	153
3.8.3. Derechos del propietario.....	154
3.8.4. Obligaciones del propietario.....	155
3.9. Formas de constitución.....	155
3.10. Causas de Extinción.....	157
3.11. Efectos Reflejos de la Extinción.....	160
3.12. Superficie Rústica.....	164

CAPÍTULO 4. METODOLOGÍA PARA REGULAR EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

4.1. Adición de la figura. Razones que justifican su inclusión.	166
4.2. Creación de un capítulo <i>ad hoc</i>. Ubicación en la ley sustantiva. ...	170
4.3. Articulado del capítulo respectivo.....	173
 CONCLUSIONES.	 182
 BIBLIOGRAFÍA.	 185

INTRODUCCIÓN

Existe una vieja figura jurídica, que se conoce como la accesión inmobiliaria, según la cual las construcciones y las plantaciones existentes en una finca pertenecen al propietario de la misma y se presume, salvo prueba en contrario, que tales edificaciones y plantaciones han sido llevadas a cabo por la persona propietaria del terreno. Sin embargo, sucede a menudo que interesa derogar la aplicación de ese principio y mantener separada la propiedad de las construcciones o plantaciones existentes o a realizar respecto de la propiedad del suelo donde existen o se van a llevar a cabo. Esta finalidad se consigue mediante la figura del derecho de superficie, que atribuye temporalmente la propiedad de las construcciones o las plantaciones existentes en un inmueble a una persona distinta de la persona propietaria de la finca. El derecho de superficie es una vetusta institución jurídica que se remonta al viejo derecho romano, que ha tenido una trayectoria irregular y que en los albores del siglo pasado han coincidido en varias partes del mundo la sanción de nuevas leyes que lo regulan. Se trata de una figura legal que en los ordenamientos jurídicos modernos reviste cada vez más, mayor importancia por la función económica que está llamada a cumplir.

El derecho real de superficie permite edificar o plantar sobre suelo ajeno, generalmente a cambio de una contraprestación, o directamente adquirir una obra o plantación ya existente; todo ello, sin necesidad de comprar el terreno o el inmueble sobre el cual se asientan las mismas. Se pretende así obtener disminuir los costos de las construcciones, ante los altos precios del suelo. También posibilita que quien no tiene los fondos necesarios, o no quiere encarar nuevas obras sobre su terreno pueda, sin desprenderse del mismo, darlo en superficie para que el superficiario realice emprendimientos que quizás necesiten de grandes inversiones o de una organización empresarial que no quiere o no puede encarar el propietario. Al término de la superficie, el titular dominial recuperará el dominio pleno sobre su suelo, tal vez enriquecido con importantes obras.

Al ser propietario de lo construido o lo plantado, el superficiario podrá explotarlo a título de dueño e incluso gravarlo para obtener recursos financieros para su inversión. Por su parte, el propietario del suelo o *dominus soli* mantiene la propiedad del mismo, con lo cual hace suya la plusvalía tácita que se produce con el incremento del valor del suelo, especialmente en áreas con una fuerte expansión urbanística. Además, el propietario del suelo sabe que al finalizar el derecho de superficie, que lógicamente tiene carácter temporal, lo construido o plantado pasará a ser de su propiedad, materializándose la figura de la accesión inmobiliaria. Es habitual que el superficiario pague al superficiante un canon periódico, por lo que en tal caso este último obtendrá un rendimiento económico inmediato. La utilización de esta figura puede resultar útil en relación con la construcción y explotación de centros comerciales; también puede ser útil, con función de garantía, como alternativa a las permutas de suelo por edificación futura, con la regulación los plazos dentro de los cuales el superficiario deba construir y un régimen liquidatorio del derecho que finalice con la constitución de la construcción en régimen de propiedad horizontal y la atribución de algunos departamentos resultantes al superficiante. Al amparo de la superficie se pueden emprender grandes empresas, por ejemplo a una gran empresa hotelera, puede interesarle construir y poseer su edificio en superficie, pues sabe que a su término la construcción será obsoleta, y de esa manera, abonar un precio menor por el uso del terreno. Como caso significativo de la superficie conviene recordar que la Alemania devastada de la posguerra tuvo, en el derecho de superficie, uno de los sustentos fundamentales para posibilitar su sorprendente reconstrucción; y son bien conocidos los monumentos edilicios que se constituyeron en París en función de este derecho.

A guisa de resumen, destacamos que el derecho de superficie se puede constituir sobre construcciones o plantaciones ya existentes o a realizar en un futuro; se trata de un derecho real y como, tal tiene eficacia frente a terceros a partir de su inscripción en el Registro de la Propiedad; como quiera que permite tener y mantener la propiedad separada de una construcción o una plantación, dicha propiedad separada es transmisible y susceptible de ser gravada, por

ejemplo, hipotecada. Es un derecho de carácter temporal, por lo que es necesario establecer su duración en el título constitutivo, pero siempre deberá estarse a los máximos que establezca la legislación respectiva. Al término del plazo pactado, lo edificado o plantado revertirá al dueño del suelo. En caso de constituirse con carácter oneroso, el título constitutivo expresará la contraprestación, que normalmente consiste en el pago de un canon periódico. También es muy destacable la facultad del dueño del suelo a fijar un plazo para la realización de la edificación o la plantación, con la particularidad de que el incumplimiento del plazo podrá tener eficacia extintiva del derecho de superficie, y en tal caso, revertirá al propietario de la finca lo construido o plantado hasta el momento, salvo pacto en contrario. En suma, estas características convierten al derecho de superficie en una institución jurídica viva y útil para el tráfico inmobiliario actual, que conviene que los operadores económicos tengan presente.

Sin embargo, no debe creerse que el éxito de la superficie es automático, así, Diez-Picazo y Gullón recuerdan que en derecho español la superficie sigue sin vida entre los particulares. A criterio de estos autores **“no se conseguirá el despegue de la misma del texto de las leyes a la práctica hasta que no cambie la mentalidad social que no concibe que la propiedad de una vivienda no lleve consigo la propiedad del suelo en el que está edificada, ni que pueda obtenerse una renta simplemente de él (la contraprestación del superficiario).”**¹

No bastará, entonces, con la sola recepción legislativa. Se necesitará, además del cambio sociológico del que hablan los maestros españoles, un legislador atento a solucionar de inmediato los problemas interpretativos que puedan darse en la práctica, y sobre todo que la nueva figura sea acompañada por una normativa impositiva y administrativa adecuada. Consecuentemente con la expansión de este instituto no fijamos la meta de analizar su notas distintivas y proponer la forma en que debe ser regulado a fin de contar en nuestra legislación

¹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. **“Sistema de Derecho Civil, Volumen III, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario y Registral”**. Tecnos, Madrid, sexta edición, 1998, p. 485.

con una normatividad adecuada a la institución objeto de esta tesis y que en lo posible resulte atractiva para los particulares y evite problemas de intelección y por que no, judiciales en la utilización de este derecho.

CAPÍTULO 1

SISTEMA DE DERECHOS REALES

1.1. Generalidades.

1.1.1. Derecho Romano.

Los derechos que se cuentan en el patrimonio se dividen en dos clases: los derechos reales y los derechos de crédito u obligaciones, y así como para la ciencia del derecho actual es vital esta diferenciación, también lo fue para los romanos, no sólo en la observación exacta de sus signos distintivos, sino también en la manera de constituirlos y las acciones destinadas a protegerlos.

Al respecto, Pedro Gómez de la Serna opina:

“El derecho real, considerado en sí mismo, es un derecho absoluto en el que no hay ninguna clase de relación entre dos personas, y sí sólo entre una persona y una cosa: el que tiene el dominio, por ejemplo, ejerce directamente los actos de dueño, y dispone libremente de sus propiedad; más si ésta se encuentra en poder de otro, que injustamente la detenta, y el requerido no quiere entregarla, corresponde entonces al dueño de una acción contra el detentador, pero sólo en consideración a que posee: ninguno pues, le está obligado especialmente, si bien todos tienen el deber negativo de no turbar el ejercicio de su derecho. En los derechos personales, por el contrario, siempre existe relación entre dos personas una que es el sujeto activo, y otra el sujeto pasivo de la obligación: el que tiene un derecho de esta clase no lo ejerce directa e inmediatamente sobre la cosa, que es objeto de su derecho, sino lo que reclama de aquel que está ligado a la ejecución.”¹

¹ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. **“Curso Histórico del Derecho Romano comparado con el español”**. Citado por MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. **“Instituciones de Derecho Civil. Tomo IV”**. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 2001. pp. 44-45.

El derecho real es la relación directa de una persona con una cosa determinada, de la cual su titular obtiene determinados beneficios, con exclusión de todas las demás personas; por el contrario, el derecho de crédito es una relación de persona a persona que faculta a una de ellas, denominada acreedor, a exigir de otra, deudor, el cumplimiento de determinada prestación.

De lo anterior, se advierten, en principio, las siguientes diferencias:

1) El derecho real, al ser un derecho sobre una cosa, existe en beneficio de un único titular sin imponer a nadie otra necesidad que la de respetarlo y no impedir su ejecución. El derecho personal, que es un derecho contra una persona, permite al acreedor exigir un hecho del deudor, pero sólo éste está obligado a satisfacer una obligación determinada.

2) El dominio del derecho real no es tan amplio como el de crédito, el derecho real, coloca a una persona en relación directa con una cosa y sólo puede tener por objeto una cosa con existencia actual. El derecho de crédito, es una relación entre dos personas; tiene por objeto un hecho que el deudor debe observar a favor del acreedor y para esto no es indispensable que la cosa debida al acreedor exista en el preciso momento en que se constituyó el derecho.

El Derecho romano insistió en la separación de los derechos reales de los derechos personales, desde el punto de vista de su creación y su transmisión; así, el contrato es, por excelencia, la fuente generadora de los derechos personales, mientras que los derechos reales se crean por modos especiales.

Finalmente, la diferencia entre ambas figuras se manifiesta desde el punto de vista de las acciones que los sancionan. La acción *in rem*, concedida al titular del derecho real, le permite reclamar la sanción judicial de este derecho y poderlo ejercer libremente sin que alguien le ponga obstáculo. A través de la acción *in personam*, el acreedor pretende, además del reconocimiento de su derecho,

vencer la resistencia del deudor, pues si éste no ejecuta el hecho que está obligado a observar a favor de su acreedor es necesario que encuentre en su acción un medio para conminarlo. En síntesis, la acción *in rem* se otorga a favor del titular de un derecho real, contra cualquier persona que ponga obstáculos a su ejercicio, mientras que la acción *in personam* sólo se da al acreedor contra el deudor, por que solo él está obligado a ejecutar el objeto del derecho de crédito.

Derecho real y derecho personal constituyen dos categorías netamente antitéticas en el Derecho romano. Entre una y otra no cabe mediación: ni es concebible un derecho de obligación con efectos contra terceros, ni puede hablarse de un derecho real que resulte eficaz respecto de determinados terceros o que actúe solamente como derecho de rescisión.

El Derecho romano reconoce y regula las siguientes figuras de derechos reales: 1. **La propiedad**; y, 2. **Los llamados *iura in re aliena***.

a. Derecho de Propiedad.

Los romanos consideraron la propiedad, como el derecho real por excelencia, “...**que es el más completo de todos los derecho reales, y que por esta razón los romanos confunden muy a menudo con su objeto...**”²; tenía una posición distinguida sobre los demás derechos reales regulados, expresamente, las servidumbres reales o prediales a las que denominaron *iura in re aliena* (derechos sobre la cosa ajena); posteriormente, el pretor otorgó a determinadas personas, una acción *in rem*, la cual permitía al beneficiario oponer, contra todos, sus derechos sobre una cosa, de esta manera, el derecho pretoriano, sancionó la existencia de nuevos derechos reales: **la superficie**, la enfiteusis y la hipoteca.

² PETIT, Eugene. “**Tratado Elemental de Derecho Romano**”. 20ª Edición. Traducción de José Fernández González. Editorial Porrúa. México, 2004. p. 229.

Los jurisconsultos romanos no definieron el derecho de propiedad, dada su extensión, pues es el derecho más completo que se puede tener sobre una cosa corporal; de ahí que su estudio se limitó a los diversos beneficios que genera la propiedad, así, el maestro Magallón Ibarra expresa: **“Hemos afirmado en otro lugar que la propiedad es el derecho real por excelencia y que su concepción constituye –en la materia de los bienes- la columna vertebral del derecho sobre las cosas corporales, en él encontramos el *ius utendi, fruendi et abutendi*, que era el derecho de usar, disfrutar y abusar de las cosas, aún cuando estos elementos no se declaran específicamente en los textos de las reglas romanas; pero se advierte que son resultado de ellas. Desde luego que por el *ius utendi* debemos entender propiamente el *usus*, como facultad de servirse de las cosas; aprovechándose de su utilidad, independientemente de los frutos que pueda producir. Por otra parte, el *ius fruendi*, consiste propiamente en recoger los frutos que la cosa produce. A la vez, debemos precisar que el *ius abutendi* ha sido mal interpretado en la actualidad, pues el sentido literal del verbo abusar, proporciona la idea contemporánea de un mal uso, o uso excesivo, que se propasa y va más allá de aquél que por su propia naturaleza, resulta de la cosa. En la realidad jurídica romana, el *abusus* era la potestad de consumir la cosa, como por ejemplo, la *se* (sic) le daba al vino mediante su ingestión, esto es, al beberlo lo consumía, que es un sinónimo de haberlo agotado de una manera definitiva.”**³

El propietario investido de tales facultades puede restringirlas, y otorgar a favor de otras personas las ventajas de que goza, y así constituir a favor de aquellos a quienes cede esos atributos, derechos sobre la cosa de otro, creándose así los derechos reales *iura in re aliena*, que pueden comprender todo o parte del derecho de uso y del derecho de frutos, y quedar como dotación exclusiva del propietario el *ius abutendi*.

³ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *opus cit.* p. 199.

El dominio, o propiedad, por naturaleza es un derecho ilimitado y exclusivo, se puede entender como la facultad de poseer, de aprovechar en forma exclusiva y disponer de una cosa; sin embargo, este dominio frecuentemente se ve mermado, al limitar a su titular la facultad de disponer y en algunos casos de aprovecharse exclusivamente de la cosa, así, por ejemplo, la Ley de las XII Tablas prohibía al propietario cultivar su campo o edificar hasta la línea divisoria de los fundos vecinos, pues debía dejar libre un espacio de dos pies y medio; el propietario de un fundo de tierra debe abstenerse de hacer trabajos que puedan cambiar el curso de las aguas de lluvia, o sean susceptibles de dañar a los fundos superiores o inferiores; sobre este mismo punto Eugene Petit comenta: **“La propiedad también puede ser limitada de otra manera. Supongamos que un fundo de tierra ha sido legado a dos personas; estos legatarios serán propietario de él con el mismo título, pues los dos tienen iguales derechos sobre cada molécula del fundo todo entero, y entonces se dice que está en estado de indivisión o de comunidad, es decir, que son copropietarios. La propiedad de cada uno está limitada por el derecho del contrario, de suerte que un copropietario no puede en principio disponer de la cosa común contra la voluntad de los otros...”**⁴

Posteriormente, ocurrió en la propiedad una especie de división, que según Petit: **“Parece que es necesario buscar el origen de este cambio en la hipótesis citada por Gayo y por Ulpiano. La propiedad de las *res mancipi* no podía ser transferida más que por modos de Derecho civil, tales como la *mancipatio*, la *in iure cesio*, y no por simple tradición...”**⁵; es decir, si una persona pretende transmitir la propiedad de una *res mancipi* y se conforma, únicamente con hacer la tradición, la propiedad no queda trasladada, y conserva el *dominium ex iure quiritum*.

⁴ PETIT, Eugene. *opus cit.* p. 231.

⁵ *Ibidem*. P. 231.

Ahora bien, por lo que respecta a quien se hizo la tradición, para que llegue a ser propietario, es necesario que la cosa se encuentre en su poder el plazo necesario para que opere la usucapión; sin embargo, mientras esto no ocurra, su situación merece protección, pues posee la cosa por voluntad del propietario: **“Según la expresión consagrada, la tiene *in bonis*, en sus bienes; y en derecho natural debía de ser propietario.”**⁶ Atento a ello el pretor consagró casi todas las ventajas de la propiedad, y todo el que era simple propietario, tenía el título *nudum ius quiritium*, considerándose desde entonces la existencia de dos propiedades: a) el que tenía la cosa *in bonis* fue propietario según el derecho natural, era un propietario *bonitario*; b) por su parte, aquel que enajenó conserva el nombre de propietario *quiritario*.

La propiedad se extinguía, cuando la cosa de que es objeto deja de existir, por estar materialmente destruida; cuando la cosa deja de ser jurídicamente susceptible de propiedad privada, o bien cuando se tenía la propiedad de un animal salvaje que posteriormente recobraba su libertad.

b. Iura in Re Aliena.

El estado ordinario de la propiedad es el de ser libre, esto es, el de procurar a su titular todas las ventajas inherentes a tal derecho; sin embargo, en ocasiones el *ius utendi* y el *ius fruendi* se encuentran separados de la propiedad,⁷ es decir, ésta queda disminuida, en estos casos se dice que está gravada con una *servidumbre*.

La servidumbre es, en consecuencia, una restricción a la propiedad de una persona y, en contraposición, es a favor de otra persona un derecho sobre la cosa de otro, un *ius in re aliena*. Se distinguen dos clases:

⁶ PETIT, Eugene. *opus cit.* p. 231.

⁷ Es menester precisar que en ningún caso el *ius abutendi* puede desprenderse de la propiedad, es decir, en ningún caso puede pertenecer a persona distinta del propietario.

1. Las servidumbres personales, las cuales se constituyen respecto de un bien mueble o inmueble en beneficio de una persona determinada, y

2. Las servidumbres reales o prediales, que existen en provecho de un fundo sobre otro fundo.

Derivadas de la propiedad, la servidumbre reporta algunas ventajas a favor de su titular y de ellas resultan dos consecuencias básicas a saber: 1. La primera, es que la servidumbre debe procurar utilidad a su titular o al fundo y 2. La segunda, el propietario no puede tener servidumbre sobre su propia cosa, pues todas las ventajas que pudieran derivarse de ésta entran en su derecho de propiedad.

La servidumbre es un derecho real, por tanto, es la cosa la que está sujeta, sin que el propietario quede obligado a realizar los actos, ya que puede liberarse de la carga impuesta al abandonar o ceder la cosa sometida, sin que ello implique la extinción de la servidumbre.

La **servidumbre real o predial** es un derecho establecido sobre un inmueble en provecho de otro inmueble, supone la existencia de dos predios vecinos pertenecientes a diferentes propietarios, uno el fundo dominante, que tiene la ventaja sobre el cual está establecida y el otro, el fundo sirviente, que es el que está gravado. La servidumbre, como restricción a la propiedad no puede estar constituida arbitrariamente, debe procurar utilidad al fundo dominante, sin que pueda consistir en una ventaja puramente personal para el propietario, sólo puede constituirse a perpetuidad y debe tener también una causa perpetua, pues exige en el fundo sirviente una cualidad natural y permanente que permita el ejercicio de la servidumbre en forma indefinida; finalmente, este derecho debe ser indivisible, pues la servidumbre, al ser cualidad del fundo dominante sólo se comprende si pertenece al fundo entero, es decir, debe gravar al fundo sirviente por completo,

de esto resulta una consecuencia natural, la servidumbre no puede ser establecida ni extinguirse en parte.

Las servidumbres prediales se dividen en **rurales** y **urbanas**. Las principales servidumbres rurales son: I. La servidumbre de **pasaje**, que permitía pasar sobre el fundo sirviente y según su extensión, podía ser a pie, a caballo o en litera, con bestias y carros o bien, la construcción de un camino largo; II. La servidumbre de **acueducto** que permitía el paso de agua a través del fundo sirviente hasta el fundo dominante con ayuda de tubos o regueras; III. La servidumbre de **estanque**; IV. El derecho de **pastar** y **abrevar** los rebaños en el fundo sirviente, limitados a las dos bestias unidas al fundo dominante; V. Diversas servidumbres que facultaban al titular a recoger del fundo sirviente, arenas piedras y demás materiales.

Por su parte, de las servidumbres urbanas destacan: I. La servidumbre ***tigni immitendi*** que permitía hacer penetrar vigas en la muralla del vecino; II. La servidumbre ***oneris ferendi***, que facultaba al titular a hacer descansar un edificio sobre un muro o sobre una construcción del vecino; III. La servidumbre ***stillicidii vel fluminis recipiendi*** o servidumbre de **cloaca**, que obligaba al fundo sirviente a recibir el agua de lluvia que caían de la casa vecina; y, IV. La servidumbre ***altius non tolendi*** que prohíbe al propietario del fundo sirviente a elevar construcciones, a fin de no molestar la vista ni quitar la luz al fundo dominante.

Las servidumbres **personales** son derechos separados de la propiedad de una cosa mueble o inmueble en beneficio de una persona determinada. A diferencia de las prediales, este tipo de servidumbres llevan a la propiedad a un menoscabo sin mayor ventaja que el provecho de una persona, por ende, lejos de ser perpetuas tienden a ser temporales, unidas también a la suerte de la personas que las disfruta. Agrega Eugene Petit: **“Su número, además, es muy limitado. Durante mucho tiempo, el Derecho civil sólo ha conocido el usufructo y el uso. Bajo Justiniano, se consideraban también como servidumbres**

personales la habitación y el derecho a los servicios del esclavo de otro, operae servorum.⁸

El **usufructo** es la más importante de las servidumbres personales pues comprende el *ius utendi* y el *ius fruendi*, al permitir a su titular el derecho de usar la cosa de otro y percibir sus frutos sin alterar la sustancia; en consecuencia, el propietario de la cosa gravada únicamente conserva el *ius abutendi*, limitado por la necesidad de respetar el derecho del usufructuario, y al quedar privado de sus principales atributos conserva la llamada nuda propiedad. El usufructo podía constituirse sobre todas las cosas corporales, muebles o inmuebles, que estén en propiedad de los particulares, con excepción de aquellas que se consumen con su primer uso. A diferencia de las servidumbres prediales, el usufructo se consideraba como divisible, de lo que resultaba que este derecho puede ser constituido en parte, y es susceptible de extinción parcial.

El usufructuario no podía ceder su derecho por ser inalienable e inherente a la persona, pero él mismo puede arrendar o vender las ventajas contenidas en el usufructo. El usufructo se constituía del mismo modo que las servidumbres prediales y se extinguía por la **muerte del usufructuario**, **capitis deminutio** del titular, el **no uso**, **pérdida de la cosa** sometida al usufructo, **consolidación**, **vencimiento del plazo** establecido.

El **uso** otorgaba a su titular el derecho de retirar de una cosa todo el uso del que podía ser susceptible, pero sin la facultad de percibir fruto alguno. El usuario podía usar la cosa, pero no arrendarla o ceder el derecho pues ello implicaría la percepción de un alquiler, considerado como un fruto civil.

La **habitación** daba derecho únicamente a usar la habitación de una casa, este derecho seguía reglas similares a las del uso.

⁸ PETIT, Eugene. *opus cit.* p. 286.

Finalmente, el ***operis servorum*** confería a su titular el derecho de aprovechar los servicios de un esclavo y de alquilarlos, como si se tratara de un usufructuario. Este derecho no se extinguía por el no uso ni por la *capitis deminutio* del legatario.

1.1.2. Derecho Contemporáneo.

En los derechos reales debe distinguirse un aspecto positivo, caracterizado por el conjunto de facultades que otorgan a su titular, las cuales pueden manifestarse en forma abstracta o concreta, en sentido abstracto consisten en las diversas posibilidades normativas de ejecutar actos de dominio o administración y en sentido concreto a través del ejercicio de las facultades abstractas, es decir, cuando ejecuta los actos de dominio o administración inherentes a su derecho.

Se pueden anotar como elementos constitutivos del concepto de derecho real, el poder que tiene el sujeto titular, sobre la cosa y que le permite recabar las utilidades de que sea susceptible, es decir, tiene un poder autónomo; la relación que este sujeto guarda con los terceros, es decir, el deber que tienen éstos de no invadir la relación autónoma y directa entre el sujeto y la cosa. Por su parte, José Castán Tobeñas en su obra Derecho Civil Español Común y Foral, al citar a Messineo, establece que el derecho real aparece caracterizado por las siguientes notas: 1) Es un poder con carácter de inmediatez, sin que sea necesaria la cooperación de otro sujeto para su ejercicio; 2) Es un poder inherente a la cosa que constituye su objeto, de donde se deduce su eficacia u oponibilidad *erga omnes*, y el perdurar del mismo aunque la cosa deje de estar en posesión del titular; 3) De lo anterior se deduce la posibilidad otorgada al titular, de perseguir la cosa ejecutando la correspondiente acción contra cualquiera que la tenga en su poder; 4) Es un poder de un sujeto sobre una cosa, que excluye a cualquier otro

poder; y 5) De él deriva un deber de abstención que atañe a la generalidad de los terceros, a fin de que no se impida el ejercicio del poder del titular.⁹

Así, apunta el propio Castán Tobeñas:

“Nosotros, según ya se define de cuanto llevamos dicho, consideramos como características esenciales del derecho real, desde un punto de vista interno y económico, la inmediatez (sic) del poder ejercido sobre la cosa, y desde un punto de vista externo y propiamente jurídico, el derecho de persecución y exclusión de la cosa *erga omnes*.”¹⁰

Los elementos anotados son trascendentes para la definición del derecho real, revisten una importancia total en su formulación y con base en tales elementos Roca Sastre propone la siguiente definición: **“El derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa, sin necesidad de intermediario alguno personalmente obligado (inmediatez), y que asimismo impone a todos (*erga omnes*) un deber de respeto o abstención (absolutividad), y a veces (en los derechos reales limitados o desmembrados) un *pati o non facere*, y posiblemente unido un *facere*.”¹¹**

Por su parte para la doctrina nacional, Ernesto Gutiérrez y González, toma en consideración el contenido económico del derecho real y la relación jurídica entre personas así, propone como definición la siguiente: **“Es el poder jurídico que se ejerce, directa e inmediatamente sobre una cosa, para obtener de ella el grado de aprovechamiento que le autoriza su título legal al que ejerce el poder, y es oponible *erga omnes*.”¹²**

⁹ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José. **“Derecho Civil Español, Común y Foral”**. Tomo II. Volumen 1. Editorial Reus. 1994. Madrid. p. 53.

¹⁰ CASTÁN TOBEÑAS, José. *opus cit.* p. 53.

¹¹ ROCA SASTRE, citado por CASTÁN TOBEÑAS, José. *opus cit.* p. 38.

¹² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. **“El Patrimonio. El Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad”**. Sexta Edición. Editorial Porrúa. 1999. México. p. 231.

1.2. Diferencias entre Derecho Real y Derecho Personal o de Crédito. Teorías que hablan de su distinción.

La distinción entre los derechos reales y los personales, es una de las nociones esenciales del derecho, es necesario insistir en ella, y otorgar a cada una de estas categorías algunas explicaciones.

A lo largo de la historia se han desarrollado diversas teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica y diferencias entre los derechos reales y los personales o de crédito, así, trascienden por su relevancia y profundidad en su estudio las siguientes:

A. Escuela de la Exégesis.

La definición clásica de Derecho Real, es la proporcionada por Aubry y Rau: **“Existe derecho real cuando una cosa se encuentra sometida, completa o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de la relación inmediata, que se puede oponer a cualquier otra persona.”**¹³

De la definición transcrita, se advierte que la nota distintiva es la relación directa e inmediata que existe entre la persona, titular del derecho y la cosa, objeto el mismo.

Destacan en esta escuela Aubry et Rau y Baudry Lacantinerie, sostienen que existe una separación irreductible entre los derechos reales y los personales, existe entre ellos diferencia en los atributos esenciales.

¹³ PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges. **“Derecho Civil”**. Traducción: Leonel Pereznieta Castro. Editorial Harla. México. 1994.

Según esta teoría el derecho real es un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, poder jurídico que es oponible a terceros.

Así, expone Rojina Villegas:

“Por consiguiente son elementos del derecho real: a) La existencia del poder jurídico. b) La forma de ejercicio de este poder en una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa. c) La naturaleza económica del poder jurídico que permite un aprovechamiento total o parcial de la misma y d) La oponibilidad respecto de terceros para que el derecho se caracterice como absoluto, valedero *erga omnes*.”¹⁴

Por su parte, el derecho personal se define como una relación jurídica que faculta al acreedor a exigir al deudor que observe una determinada prestación o abstención de carácter patrimonial.

El mismo autor nacional, sugiere los elementos del derecho personal:

“Son elementos del derecho personal los siguientes: a) Una relación jurídica entre sujeto activo y pasivo. b) La facultad que nace de la relación jurídica a favor del acreedor para exigir cierta conducta del deudor. c) El objeto de esta relación jurídica que consiste en una prestación o abstención de carácter patrimonial o simplemente moral.”¹⁵

De lo apuntado, se pueden advertir como diferencias esenciales entre ambos derechos, principalmente las siguientes:

Primera, el derecho real es un poder jurídico que se ejerce de la persona a la cosa, implica un señorío, potestad o dominio del titular para aprovechar una cosa a fin de satisfacer sus necesidades; el derecho personal es una facultad de

¹⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. “**Derecho Civil Mexicano**”. Tomo III. 10ª Edición. Editorial Porrúa. México. 2001. p. 90.

¹⁵ *Ibidem*. p. 90.

obtener o exigir del deudor una prestación o abstención determinada, supone una relación entre dos sujetos, uno activo y otro pasivo, implica, entonces, la facultad que tiene el sujeto activo para exigir algo del pasivo, no ejerce sobre él un poder pues en caso de incumplimiento podrá hacer coacción sobre el patrimonio del deudor.

Segunda, el derecho real tiene por objeto un bien, hay una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa, es decir, la cosa es el objeto directo del derecho real; en cambio, en el derecho personal, el objeto es una prestación o una abstención del deudor.

Destacan también, como características del derecho real, su oponibilidad a terceros, pues se caracteriza por ser absoluto y eficaz frente a todos, nadie puede perturbar al titular cuando éste se sirva de la cosa objeto del derecho y si es perturbado cuenta con una acción real que le permite recuperar la cosa cuando es desposeído de ella.

Derivado de su oponibilidad *erga omnes*, surge el derecho de preferencia que se rige por el principio, primero en tiempo, es primero en derecho, dentro de la misma categoría de derechos reales y la mejor calidad del derecho real otorga a su titular preferencia sobre derechos reales de inferior categoría, aun cuando se constituyan con anterioridad y, cuando se trate de derechos reales, ubicados en la misma categoría la preferencia se establece en el tiempo.

B. Tesis de Bonnecase.

Este tratadista sustenta sus ideas en las siguientes definiciones:

“El derecho real es una relación de derecho en virtud de la cual una cosa se encuentra, de una manera inmediata y exclusiva, en todo o en parte, sometida al poder de apropiación de una persona. El derecho de crédito es por el contrario, una relación de derecho por virtud de la cual la actividad

económica o meramente social de una persona, es puesta a disposición de otra, en la forma positiva de una prestación por proporcionarse, o en la forma negativa de una abstención por observar.”¹⁶

De lo anterior, podemos advertir que para este autor, la diferencia entre derecho real y personal, radica en que el primero tiene por objeto un bien, sometido en forma exclusiva al poder de una persona, mientras que el derecho personal presupone un vínculo entre una persona y otra, merced al cual surge la necesidad de observar una conducta o bien abstenerse de hacerlo.

La segunda definición, propuesta por el tratadista es:

“El derecho real es una relación de derecho por virtud de la cual una persona tiene la facultad de obtener de una cosa, exclusivamente, y en forma oponible a todos, toda la utilidad que produce o parte de ella. En oposición al derecho real, el de crédito es una relación de derecho, por virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene la facultad de exigir de otra, el deudor, el cumplimiento de una prestación determinada, positiva o negativa.”¹⁷

Para Bonnecase, el derecho real tiene como contenido la apropiación, aprovechamiento y regulación de una riqueza, propia o ajena que recae sobre cuerpos determinados e individualizados, pues sólo éstos son susceptibles de apropiación; por su parte, el derecho personal o de crédito tiende al aprovechamiento de servicios ajenos, es decir, sujeta la actividad de una persona a favor de otra.

C. Tesis Personalistas.

Los expositores de esta tesis afirman que el derecho real tiene la misma naturaleza que el personal, sostienen que no es exacto que haya una relación

¹⁶ BONNECASE, Julien. **“Tratado Elemental de Derecho Civil”**. Traducción y Compilación: Enrique Figueroa Alfonso. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México. 1995. p. 468.

¹⁷ *Ibidem* .p.468.

jurídica e inmediatamente entre las personas y la cosa, pues todas las relaciones jurídicas se dan entre sujetos, por tanto, en ellas siempre existe un sujeto activo y uno pasivo, así como un objeto y, como el derecho real implica una relación jurídica, necesariamente debe tener un sujeto activo y uno pasivo.

Para esta escuela, la relación jurídica que nace del derecho real debe ser la misma que la de crédito, aun cuando presenta características específicas distintas, pero en sus atributos esenciales, las formas de constitución y funcionamiento de la relación jurídica, es idéntico, porque toda relación jurídica supone la existencia de un sujeto activo y uno pasivo; este último sujeto es ostensible en el derecho de crédito, en los derechos reales este sujeto pasivo, su existencia descansa sobre la oponibilidad *erga omnes*, de lo cual se deduce que el sujeto pasivo es universal, constituido por todo el mundo, que se hace presente cuando vulnera el derecho real.

En síntesis, apunta Planiol:

“Un derecho real cualquiera es, una relación jurídica establecida entre una persona como sujeto activo y todas las demás como sujetos pasivos. Esta relación es de orden obligatorio, es decir, tiene la misma naturaleza que las obligaciones propiamente dichas. La obligación impuesta a los sujetos pasivos es puramente negativa: consiste en abstenerse de todo lo que podría turbar la posesión apacible que la ley quiere asegurar al propietario. El derecho real debe concebirse, bajo la forma de una relación obligatoria, en la cual el sujeto activo es simple y está representado por una sola persona, mientras que el sujeto pasivo es ilimitado en número y comprende a todas las personas que están en relación con el sujeto activo. El papel negativo, impuesto a estos últimos... El lazo obligatorio que engloba a todo el mundo, menos al titular del derecho, se hace visible cuando este es violado. El que lo viola es condenado a una reparación, lo que no se comprende si no hubiese estado desde antes obligado.”¹⁸

¹⁸ PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges. *opus cit.* p. 358.

De todo lo anterior, esta tesis concluye que tanto el derecho real como el personal o de crédito resultan de obligaciones existentes entre los hombres, su elemento constitutivo es el mismo, pero difieren uno de otro en dos caracteres específicos:

1. **El número de sujetos pasivos:** El derecho de crédito existe contra una sola persona, o, en caso de pluralidad de deudores, éstos están siempre específicamente determinados; el derecho real es oponible a todo el mundo, pues implica la existencia de una obligación a la cual todo el mundo está sometida. A través de esta diferencia se puede entender que el derecho de crédito es relativo, mientras que el derecho real es absoluto.

2. **El objeto de la obligación:** El derecho real, considerado como relación obligatoria universal, impone una simple abstención, que se traduce en no hacer algo que pueda dañar al titular del derecho real; por su parte, la obligación relativa al derecho de crédito permite exigir del deudor un hecho positivo y, aún en el caso de que la obligación del sujeto pasivo se trate de un no hacer, la abstención que surge en este caso disminuye las facultades del deudor, su obligación le impide hacer una cosa que le estaría permitida por el derecho común. En conclusión, la obligación personal constituye una carga excepcional para el deudor, un elemento pasivo en un patrimonio, mientras que la abstención universal, que surge de la ley para asegurar el respeto de las personas y los bienes, no es considerado como carga, sino como el estado normal.

D. Tesis Objetivista.

Esta teoría es contraria a la expuesta en el apartado anterior, pues sostiene que el derecho personal es en realidad un derecho real sobre el patrimonio, afirma que el derecho personal tiene la misma naturaleza que el real.

Inicia con el estudio evolutivo del derecho personal desde los primeros tiempos de la legislación romana; así, parte de la base que en el derecho romano la obligación es estrictamente personal, porque no pueden cambiar ni el acreedor ni el deudor y cuando ocurre el cambio, la obligación se extingue para dar nacimiento a una obligación distinta. Esta figura jurídica es la novación, que se presenta como forma de extinción de obligaciones. Por virtud de la novación se puede cambiar al acreedor o al deudor pero esta figura implica la extinción de la relación jurídica primaria, para dar nacimiento a una obligación distinta.

Los romanos llegaron a admitir, a través del *mandato en propria causa* (sic), que el acreedor fuese sustituido por su mandatario. Esta figura se actualizaba cuando el acreedor daba un mandato para el cobro de un crédito y liberaba al mandatario de la obligación de rendir cuentas y de entregarle lo cobrado, es decir, su finalidad era en realidad ceder el crédito.

De lo anterior los expositores de esta teoría deducen que en el derecho romano, la relación jurídica originada del derecho de crédito era estrictamente personal, de tal suerte que el cambio de cualquiera de las partes integrantes conllevaba la extinción de la obligación, pues la constancia del sujeto activo o pasivo era un elemento de existencia de la obligación.

En el derecho moderno se suscita un cambio fundamental, pues se admite la cesión de crédito, como forma de transmitir obligaciones y, las legislaciones recientes admiten el cambio de deudor cuando existe consentimiento del acreedor; lo anterior lleva a pensar que la obligación se ha despersonalizado, pues su existencia no depende de un sujeto activo o pasivo determinados, ya que éstos pueden sustituirse sin que ello implique que se extinga la relación jurídica.

De aquí se deduce que el derecho de crédito en realidad se transforma para recaer sobre el patrimonio del deudor, pues al acreedor le interesa un patrimonio solvente, pues la obligación subsiste a pesar del cambio de deudor, esto es, el

derecho de crédito tiene importancia en tanto que haya un patrimonio responsable, pues si el acreedor no ve satisfecha la prestación atinente al deudor, tiene derecho de ejecutar sobre el patrimonio de éste. En este caso la obligación se transforma en cumplimiento forzoso sobre el conjunto de bienes presentes o futuros del deudor.

Para los autores de esta teoría, la única diferencia que existe entre el derecho real y el personal está en la naturaleza individual o universal del objeto, pues ambos son facultades sobre los bienes; en el derecho real, el objeto es determinado, es decir, individual, pues la propiedad, el usufructo y cualquier otro derecho real recae sobre una cosa determinada; en cambio, en el derecho de crédito el objeto es universal, se trata de un patrimonio, el acreedor tiene como garantía todo el patrimonio de su deudor.

Esta tesis ha sido criticada pues pretende echar por tierra los principios más elementales del derecho en general, pues desconoce la naturaleza del patrimonio y de la personalidad jurídica, y llega al extremo de considerar que puede existir obligación sin sujeto pasivo; las críticas descansan principalmente en el hecho de que no es exacto considerar que el cambio de acreedor o de deudor implique la despersonalización del derecho de crédito; no es exacto que haya relación jurídica entre patrimonios que los sujetos son secundarios. La obligación no se despersonaliza cuando cambia el deudor o el acreedor pues la relación jurídica se da entre personas, jurídicamente, entre las entidades acreedor y deudor, es decir, no importa si cambia el sujeto inicial pues lo esencial es que la categoría jurídica de acreedor o deudor aun exista.

Otra crítica se eleva en el sentido de considerar inexacto que el patrimonio es el que le debe al patrimonio y que puede existir obligación sin sujeto pasivo o sin sujeto activo, pues el derecho de crédito es una facultad de exigir, lo que implica necesariamente a un sujeto y, por ejemplo, cuando la obligación derivada del derecho de crédito, implique una limitación a la conducta del deudor, se está

en presencia de una afectación no patrimonial, pues esta limitación precisa de un sujeto pasivo, pues no se puede concebir este tipo de obligación sin deudor ya que sería tanto como hablar de una limitación a la conducta de nadie.

E. Notas distintivas que separan a los derechos reales de los personales.

La doctrina reciente ha señalado numerosas notas distintivas entre ambos derechos, las cuales se pueden agrupar para su comprensión de la forma que sigue:

i) En el derecho real interviene un sujeto activo determinado y un sujeto pasivo colectivo e indeterminado; en el derecho personal el sujeto pasivo es individualmente determinado.

ii) El objeto del derecho real es una cosa corporal, específica y determinada; en el derecho personal el objeto directo es una prestación o acto del deudor, aunque también puede consistir en una abstención o bien, indirectamente pueda resolverse la obligación de éste en la entrega de una cosa.

iii) El derecho real implica un poder sobre una cosa, son derechos de exclusión pues tienen como función la de conceder al titular el poder para no ser perturbado en el ejercicio de su derecho sobre la cosa; el derecho personal, un poder o facultad contra la persona del deudor, para exigir de éste una prestación de hacer o no hacer.

iv) El derecho real es un derecho **absoluto**, porque puede ejercitarse y oponerse contra todos; el derecho personal es **relativo**, pues sólo puede exigirse y hacerse efectivo contra la persona del deudor.

v) El derecho real tiene, por regla general, naturaleza perpetua, su ejercicio en lugar de extinguirlo lo consolida, pero al recaer sobre una cosa determinada el perecimiento de ésta trae consigo la extinción del derecho; el derecho personal tiene naturaleza transitoria, su ejercicio lo extingue porque satisfecha la prestación por el deudor desaparece la finalidad del vínculo jurídico, pero, en cambio, subsiste éste, por regla general, aun cuando desaparezca la cosa, pues su objeto es la prestación y no la cosa misma.

1.2.1. Obligaciones Reales o *Propter Rem*.

Las obligaciones reales consisten en la necesidad que tiene el deudor de realizar un acto positivo, en razón y en la medida de una cosa que posee; estas obligaciones se transmiten *ipso iure* a los poseedores sucesivos de la cosa, sin que en ningún caso se transformen en derechos personales. Se presentan como accesorias de un derecho real, cuyo titular es el deudor, y al cual puede renunciar, lo que traería como consecuencia la extinción de las obligaciones reales que en virtud de este derecho pesan sobre el titular. De igual forma, la transmisión del derecho a un tercero, conlleva de pleno derecho el traspaso de las obligaciones reales; en consecuencia, las obligaciones reales recaen sobre la persona del deudor, pero sólo en forma indirecta, temporal, material e impersonalmente, por intermediación y en razón de la cosa que detentan, y también en cuanto dure su posesión.

Al respecto del tema en cuestión, Bonnecase propone la siguiente definición: “**...obligación dotada, a pesar de ser accesoría a un derecho real principal, de una autonomía que se la separa en el mismo grado, del derecho real y del de crédito u obligación personal. Impone a su deudor, como también posteriormente a los poseedores de la cosa, pero exclusivamente en razón y en la medida de la posesión de ésta, un acto positivo, sin que por**

ello la obligación real se transforme, en ningún caso, en derecho real o de crédito.”¹⁹

El autor citado formula tres proposiciones a través de las cuales expone la teoría de las obligaciones reales, las que expresa de la siguiente manera:

Primera Proposición- Unidad de la noción de obligación real. Inadmisibilidad de la división de las obligaciones reales en dos categorías; unas accesorias de los derechos principales y las otras accesorias de los derechos reales de garantía. Para demostrar que la noción de obligación real se halla unida a la noción de derecho real principal, Bonnecase recurre a ejemplos concretos de obligaciones reales relativas a la propiedad, el usufructo y las servidumbres y expone:

“Resulta en definitiva, que las obligaciones *propter rem* sólo se encuentran con los derechos reales principales; por la sencilla razón de que como sólo pueden ser uno de los aspectos del objeto directo de un derecho, deben a la vez basarse en éste y distinguirse de él”²⁰

El doctrinario francés, sustenta su aseveración en la facultad de goce y disposición absoluta, inherente a la propiedad y la facultad del propietario para cercar su propiedad, la medianería y las copropiedades forzosas; para el derecho de usufructo invoca el derecho de gozar de las cosa ajena, como el mismo nudo propietario, pero con la obligación de levantar un inventario; algo similar acontece tratándose de las obras indispensables para el ejercicio de la servidumbre, cuando son a cargo del propietario del predio sirviente. Rechaza la categoría de las obligaciones reales vinculadas a los derechos reales de garantía, porque estas pretendidas obligaciones reales no se distinguen del derecho mismo, sino más bien, son el derecho considerado desde el punto de vista del tercero poseedor.

¹⁹ BONNECASE, Julien. *opus cit.* p. 730.

²⁰ *Ibidem.* p. 732.

Segunda Proposición- La obligación *propter rem* se distingue esencialmente de la obligación personal o *scripta rem*, en todas sus variedades.

Así, el tratadista que hemos citado expone:

“Considerada en sí misma, la obligación real se presenta como una obligación en el sentido técnico del término, debiendo su deudor realizar un acto positivo. Por tanto, las apariencias favorecen la similitud entre la obligación real y la personal en cuanto a la situación jurídica del deudor desde el punto de vista de la presentación que debe proporcionar y de la restricción que sufre al mismo tiempo en su actividad. Esta similitud empero no sólo es parcial sino también meramente superficial. En realidad, la obligación real y la personal difieren radicalmente y se excluyen una a otra en el terreno práctico, es decir, en cuanto a las prerrogativas del acreedor, lo que en el fondo constituye el todo de la obligación.”²¹

La diferencia que separa a las obligaciones reales de las personales o de derecho común, descansa en la institución del abandono. En la obligación *propter rem*, el abandono es característico, pues la obligación se encuentra ligada a un derecho real principal, que no se concibe sin él, el abandono sólo puede aplicarse a las obligaciones reales con lo cual queda liberado el deudor de la obligación impuesta. Por su parte, las obligaciones *scripta rem* se basan en la persona del deudor y es ejecutiva sobre los bienes de su patrimonio, en la obligación personal o de derecho común no obstante la conducta que despliegue el deudor, permanecerá ligado hasta en tanto dé cumplimiento y responde de dicha obligación con todos sus bienes, a medida que éstos formen parte de su patrimonio.

Tercera Proposición- Diferencia específica de naturaleza entre la servidumbre y la obligación real. **“Terminaremos nuestra demostración a favor**

²¹ BONNECASE, Julien. *opus cit.* p. 733.

de la obligación real, representativa de una noción autónoma, probando en una tercera proposición, que la obligación *propter rem*, se distingue radicalmente de las servidumbres con las cuales ha pretendido identificarse.”²²

La primera diferencia se deduce de la naturaleza de cada figura, en tanto que la servidumbre es un derecho real principal, la obligación *propter rem*, es una obligación basada en un derecho real principal.

La segunda diferencia, vinculada con la anterior, descansa en el hecho de que las obligaciones reales son rigurosamente legales, en cuanto a su número, tenor y titulares; por su parte, las servidumbres pueden establecerse, incluso, por voluntad de las partes, su uso y extensión se establecen en el título constitutivo.

Una última diferencia se desprende del hecho de que la servidumbre es una desmembración de la propiedad y no puede tener como objeto un acto positivo, en tanto que la obligación real siempre es una obligación cuyo objeto puede ser tanto un acto positivo como una abstención.

El maestro Rafael Rojina Villegas, en su obra Derecho Civil Mexicano parte de la idea que a toda facultad o derecho subjetivo corresponde correlativamente un deber jurídico a cargo de otro, o bien, que a todo deber jurídico impuesto a un sujeto determinado o indeterminado, asiste un derecho subjetivo a favor de otro sujeto, así, llega a la conclusión que en el caso a estudio existen, necesariamente, obligaciones correlativas, es decir, de la misma naturaleza y alcance de aquellos derechos. Son entonces, verdaderas obligaciones reales, aquellas que se imponen como correlativas de los derechos reales. En consecuencia, para que puedan existir los deberes jurídicos en comento, es menester, primero que se trate de derechos reales que tengan sujeto pasivo determinado.²³

²² BONNECASE, Julien. *opus cit.* p. 735.

²³ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Derecho Civil Mexicano. Tomo III”. pp. 168-169.

Se citan como ejemplos de obligaciones reales, en nuestro Código Civil vigente, las siguientes:

a. Todo copropietario tiene derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. **Sólo puede eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio.** (Artículo 944)

b. La reparación y construcción de las paredes de propiedad común y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas, acequias, también comunes, se costearán proporcionalmente por todos los dueños que tengan a su favor la copropiedad. **El propietario que quiera librarse de las obligaciones que impone el artículo anterior, puede hacerlo renunciando a la copropiedad, salvo el caso en que la pared común sostenga un edificio suyo.** (Artículos 960 y 961)

c. En el caso del usufructo, se encuentra la obligación del usufructuario de dar fianza de que disfrutará las cosas con moderación y las restituirá con sus accesorios, al extinguirse el usufructo, no empeoradas o deterioradas por su negligencia. (Artículo 1006)

d. En el mismo usufructo, la de destinar la cosa al uso convenido y si no se estipuló alguno, al que corresponda según su destino natural.

e. La servidumbre legal de desagüe, impone al dueño de un predio en que existan obras defensivas para contener el agua, o en el que, por la variación del curso de ésta, sea necesario construir nuevas, hacer las reparaciones o construcciones, o bien tolerar que sin perjuicio suyo las hagan los dueños de los predios que experimenten o estén expuestos a recibir el daño a menos que las leyes especiales le impongan la obligación de hacer las obras.

f. En el caso de la servidumbre legal de acueducto, se impone al propietario del predio dominante la obligación de ejecutar las obras necesarias para el uso y reparación del acueducto, así como para el cuidado del agua que por él se conduzca.

1.3. Clasificación de los Derechos Reales.

Los derechos reales pueden clasificarse desde diversos puntos de vista, pero por su importancia pueden apuntarse los siguientes criterios:

a) **Derechos Reales Principales y Derechos Reales Secundarios.** Son principales aquellos que no dependen en cuanto a su constitución y existencia de ningún otro derecho; son secundarios los que dependen o se encuentran subordinados a un derecho de crédito que se estima como principal. Como regla general la constitución, vigencia, exigibilidad, validez y duración de estos derechos secundarios, dependen de la suerte que corra el derecho principal.

b) **Derechos Reales de Aprovechamiento y Derechos Reales de Garantía.** Este criterio descansa en la naturaleza del poder jurídico directo e inmediato que ejerce el titular sobre los bienes, así, en los derechos de aprovechamiento ese poder se manifiesta en la facultad de uso, de goce, de disposición o consumo material; mientras que en los derechos de garantía, la facultad tiene por objeto exigir la venta de la cosa en el caso de incumplimiento de la obligación principal, para obtener un pago preferente con el producto de los bienes.

c) **Derechos Reales Inmobiliarios y Derechos Reales Mobiliarios.** Esta clasificación se basa en la naturaleza mueble o inmueble de los bienes sobre los cuales se constituyen los derechos reales. La servidumbre y la habitación, son derechos reales inmobiliarios, la prenda es un derecho real mobiliario, la

propiedad, el usufructo, el uso y la hipoteca pueden recaer sobre muebles o inmuebles.

d) **Derechos Reales Civiles y Derechos Reales Administrativos.**

Esta clasificación atiende a la persona que es titular del derecho real, así como a la existencia de derechos reales reconocidos por el Código Civil y cierta categoría de derechos patrimoniales que otorga el Estado por título de concesiones para el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público. Si el titular es un particular, se habla de un derecho real civil, pero cuando el titular sea el Estado o un organismo del sector paraestatal se estará en presencia de un Derecho Real Administrativo.

e) **Derechos Reales Temporales y Derechos Reales Perpetuos.**

Esta clasificación atiende al tiempo que dura el derecho real. El usufructo, el uso y la habitación son por esencia temporales, pues se constituyen necesariamente por un plazo y en el caso de que éste no se establezca, tienen la naturaleza de vitalicios, es decir, se extinguen con la muerte del titular. Los derechos reales de garantía también son temporales, pues se entienden constituidos por cierto tiempo, pues la hipoteca sólo puede durar el tiempo que subsista la obligación garantizada y si la obligación no tiene plazo, entonces la hipoteca no puede durar más de diez años.

Sólo la propiedad y la servidumbre son derechos reales perpetuos, ya que no tienen un plazo de duración fijado por la ley, pues mientras una persona sea titular del derecho, haga o no uso de la cosa, no perderá su titularidad.

f) **Derechos Reales Vitalicios y Derechos Reales No Vitalicios.**

Esta clasificación trasciende, desde el punto de vista de la sucesión *mortis causa*, pues los derechos reales vitalicios como el usufructo, el uso y la habitación se extinguen con la muerte del titular, por lo que no pueden ser objeto de transmisión hereditaria. Los derechos reales no vitalicios se transmiten hereditariamente,

siempre y cuando tengan vigencia en el momento de la muerte de su titular, pues puede suceder que se haya establecido en forma temporal y se extinga antes de su muerte.

1.4. Creación de nuevos Derechos Reales. Tesis de los Números *Apertus* y Tesis de los Números *Clausus*.

Respecto de la posibilidad que tiene los particulares para crear derechos reales no regulados en el Código Civil, existen dos posturas, la de los *numerus apertus* que sostienen que al no existir prohibición alguna, es válido que las partes convengan en crear derechos reales, que aún cuando no se encuentran previstos en la legislación, satisfagan sus necesidades concretas; en contraposición a esta postura se halla la de los *numerus clausus* la cual sostiene que no es posible permitir a los particulares la creación de nuevos derechos reales o su modificación.

A. Tesis de los *Numerus Apertus*.

Conforme con Ernesto Gutiérrez y González, quienes sostienen esta tesis, basan su razonamiento en el principio fundamental, que versa: **“El Estado sólo puede hacer lo que la ley le determina; los particulares pueden hacer o abstenerse de todo lo que quieran, a menos que la ley se los prohíba, o les determine lo que deban hacer”**²⁴; como consecuencia de este principio, si en el Código Civil no existe disposición que en forma expresa prohíba a los particulares la posibilidad de crear derechos reales diferentes a los previstos en la norma jurídica y tampoco existe impedimento para alterar su estructura, se puede concluir que les está permitido.

Aunado a lo anterior, sostienen, que la ley no agota todas las posibilidades de casos de derechos reales exigidos por las relaciones jurídicas entre

²⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *opus cit.* p. 240.

particulares, razón por la que éstos deben estar facultados para crear derechos reales o bien, modificar los existentes, a fin de satisfacer sus necesidades concretas.

B. Tesis de los *Numerus Clausus*.

Esta postura sostiene que no es posible permitir a los particulares la creación de nuevos derechos reales o que se modifiquen los ya existentes. La tesis que se analiza, parte de la base que si bien es cierto, no existe disposición que de manera expresa prohíba a los particulares crear nuevos derechos reales o modificar los existentes, ello no es necesario pues se debe atender al contenido y función social de los derechos reales; los derechos reales contienen una noción económica de riqueza y, en caso, de que se permitiera a los particulares modificar el régimen de derechos reales, atentaría contra la libre circulación de la riqueza, no se puede dejar al arbitrio de los particulares la determinación de cómo ha de circular la riqueza, pues ello iría en detrimento de la colectividad.

Al anterior argumento se agrega que el derecho de las obligaciones satisface las necesidades individuales, el derecho real debe servir a las personas tal y como ha sido creado por la ley para satisfacer las necesidades colectivas, así, nos dice José Castán Tobeñas:

“Quiérase o no se quiera, es evidente, como apunta Jerónimo González, que los contratantes sobre un derecho real no pueden modificar su esencia (por ejemplo, crear un tipo especial de propiedad), ni transformar en cosa corpórea lo que no lo es, para establecer un derecho real (por ejemplo, gravar una cuarta parte indivisa de un predio, de servidumbre de paso), ni constituir un derecho independiente sobre una porción integrante de una cosa (por ejemplo, transferir la propiedad de la piel de un tigre que sigue encerrado en un parque zoológico)”²⁵

²⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José. *opus cit.* p. 80.

Es conveniente apuntar que este sistema, el de *numerus clausus*, tiene la ventaja de uniformar la gama de derechos sobre las cosas en categorías definidas, con lo cual se evita la proliferación de derechos reales, algunos sin nombre conocido en Derecho, de esta manera, se adquieren moldes fijos en los cuales se han de colocar las construcciones jurídicas y se deja libre el camino de las obligaciones para satisfacer las necesidades jurídicas concretas de los particulares.

CAPÍTULO 2

DERECHO REAL DE PROPIEDAD

2.1. Evolución Histórica del Derecho Real de Propiedad.

Es conveniente, para el desarrollo adecuado del tema de esta tesis, estudiar todo lo concerniente a la propiedad, pues no obstante que el Derecho Real de Superficie, consiste para algunos, en un gravamen a la propiedad y para otros es un desmembramiento de ésta, como se verá en el capítulo respectivo, el Derecho Real de Superficie, comparte un sinnúmero de características ya que en principio, otorga al superficiario respecto del bien objeto de este Derecho Real, las mismas prerrogativas que al propietario; aunado a lo anterior la importancia de la propiedad rebasa al Derecho para extenderse a todas las Ciencias Sociales, así, la sociología la estudia para explicar su nacimiento y evolución, sus formas, como fenómeno estrictamente social; la economía hace de la propiedad su tema favorito, para criticar o ensalzar su existencia, según la escuela a la que pertenezca el autor; el Derecho estudia a la propiedad como el más importante de los derechos reales, como el que da nacimiento, con sus llamados desmembramientos, a los derechos reales principales. Todos los derechos reales tienen su origen en la propiedad, según lo explica la teoría tradicional.

La institución de la propiedad nace después de la institución de la posesión, ésta nace concomitantemente con la sociedad; es la necesidad biológica del contacto entre el satisfactor y la persona que la va a aprovechar, más adelante, cuando la sociedad distingue el hecho del derecho, cuando se preocupa de si ese contacto con el satisfactor es o no legítimo, nace la institución de la propiedad.

Es indudable que antes del pueblo romano existieron civilizaciones en las que se manifestó la distinción apuntada, pero el pueblo romano en ésta, como en muchas otras instituciones jurídicas, dijo la última palabra para entonces, y debido a su percepción perfecta marcó un derrotero para muchos siglos, por tanto, es conveniente tomar como punto de partida, por su trascendencia, la evolución

histórica que ha tenido y aún tiene el concepto romano de la propiedad. Así, en el derecho romano, hasta antes del emperador Justiniano, se consideró a la propiedad como un derecho **absoluto, exclusivo y perpetuo** para usar, disfrutar y disponer de una cosa, además de estas tres características, se fijaron tres elementos, que se conservan hasta nuestros días ***jus utendi, jus fruendi y jus abutendi***; originalmente, sólo se conoció en Roma la denominada propiedad quiritaria, que era privativa del ciudadano, su objeto eran cierto género de cosas (*res mancipii*) y se debía adquirir en forma solemne (*mancipatio, in iure cesio*).

A la par de este dominio, exclusivo de los ciudadanos romanos, y restringido a cierta clase de bienes, principalmente inmuebles, se estableció un concepto de propiedad similar al dominio, en beneficio de los extranjeros y cuyo objeto fueron ciertas cosas. En materia de inmuebles esta forma se refirió a los fundos provinciales, en los que no se concedía el dominio sino un derecho semejante, el cual fue denominado propiedad pretoriana, que también se concedió a favor de aquellos que no habían adquirido el dominio de la cosa, por no haberse empleado alguno de los medios o formas aptas para transmitirlo. Para estos bienes, respecto de los cuales no se había transmitido el dominio, por no haberse recurrido a la forma apta, sino a la *traditio*, el pretor estableció una forma especial de propiedad, que podría convertirse en dominio mediante la usucapión.¹

Con el derecho pretoriano, paulatinamente se disolvieron las diferencias entre propiedad y dominio, hasta su desaparición, y se creó un concepto único de propiedad para ciudadanos y extranjeros; así, con Justiniano, se establece la *traditio* como forma de transmitir la propiedad y el dominio, respecto de cualquier clase de bienes.

Durante la Edad Media, el régimen predominante para la explotación de la tierra fue el que reservaba el dominio directo al señor feudal y concedía el dominio

¹ Este último caso se trata de la llamada propiedad *in bonis* o propiedad bonitaria, de la cual se habló brevemente en el primer capítulo de esta tesis.

útil, a quien la trabajaba, mediante cargas, gravámenes o sueldos. En el Estado feudal, los señores feudales, por razón del dominio que tenían sobre ciertas tierras, no sólo gozaban del derecho de propiedad en el sentido civil, para usar, disfrutar y disponer de los bienes, sino que también tenían un imperio para mandar sobre los vasallos que se establecieran en aquellos feudos, el señor feudal, se convirtió en un órgano del Estado.

A partir de la revolución francesa, se dio al derecho de propiedad el significado y aspecto civil que le corresponden, desvinculándolo de toda influencia política, de esta manera se establece que la propiedad no otorga imperio, soberanía o poder, no concede privilegios sino que simplemente es un derecho real de carácter privado para usar y disponer de una cosa, que es, además, un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, tal y como lo caracterizó el derecho romano.

En 1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se reconoció que la propiedad es un derecho natural que el hombre trae consigo al nacer, por tanto el Estado sólo lo puede reconocer y no crear, por ser anterior al Estado y al derecho objetivo; estableció, además, que toda sociedad tiene por objeto amparar y reconocer los derechos naturales del hombre, que son principalmente la libertad y la propiedad y, que la propiedad es un derecho absoluto e inviolable.

Desde este punto de vista, si se toma como base que la propiedad es un derecho natural, innato, subjetivo, anterior al derecho objetivo, que el Estado y la ley sólo pueden reconocer y amparar, pero no crear y, por consiguiente, desconocer o restringir, el Código Napoleón declara que el derecho de propiedad es absoluto para usar y disponer de una cosa, además de ser inviolable; en consecuencia, se reconocen los tres elementos clásicos ***jus utendi, jus fruendi*** y ***jus abutendi***. La legislación francesa asegura, a través del derecho de propiedad, el goce exclusivo de un bien determinado; la propiedad del suelo comprende la del

subsuelo, así como del espacio aéreo que cubre el suelo, esto es indispensable para construir y sembrar. Por su naturaleza, el derecho de propiedad es perpetuo, no se pierde por el no uso.

Lo que caracterizó al derecho de propiedad, distinguiéndolo de los demás derechos reales, es la facultad de disponer de la cosa consumiéndola, destruyéndola materialmente o bien, transformar su sustancia.

Apunta Planiol:

“...el ejercicio material del derecho de propiedad no es absolutamente libre. A este respecto se puede notar que el artículo 544 contiene dos proposiciones contradictorias. Después de haber dicho que el propietario es libre de usar de su cosa de la manera más absoluta, el texto añade: Con tal de que no haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos. De esta manera se hacen factibles todas las restricciones posibles y, de hecho, el legislador no ha dejado de rodear a la propiedad, sobre todo a la inmueble, de una red de formalidades administrativas y de toda clase de molestias. Las leyes que las establecen se inspiran unas veces en la utilidad general (consideraciones de higiene, de defensa militar, etc.), y otras en un simple interés fiscal. Entre estas reglas, unas conciernen a los edificios, otras a la explotación agrícola.

Por esto, si puede decirse que la propiedad es el más grande y el más completo de todos los derechos reales, es falso decir, como lo hace el artículo 544, que este derecho es absoluto. El código civil abandona también, sin reserva, a la administración, el derecho de reglamentar el uso que los particulares hagan de sus propiedades. La arbitrariedad es completa. En la práctica, las costumbres modernas y las tradiciones políticas, son las únicas que protegen a la propiedad contra los ataques y las temeridades del poder, pues éste no tiene ningún límite legal.”²

² PLANIOL, Marcel. *opus cit.* pp. 403-404.

La concepción moderna del Derecho Real de Propiedad, tiene como antecedente doctrinal las ideas de Duguit, este autor considera que el derecho de propiedad no puede ser innato en el hombre y anterior a la sociedad, dado que el hombre siempre ha vivido en sociedad, los derechos no pueden ser anteriores a ésta, ni sociológica ni jurídicamente, pues la concepción del derecho implica una relación social, por lo que no puede haber derecho alguno, antes de formar parte del grupo. Tampoco puede considerarse que el Estado o la sociedad, por medio de la ley estén impedidos para limitar, organizar o restringir la propiedad, porque el hombre la tenga antes de formar parte de la sociedad y se le reconozca en atención a su calidad de ser humano.

Para la doctrina francesa el hombre tenía derechos innatos, que eran anteriores a la norma jurídica y ésta sólo podía reconocerlos y armonizarlos para evitar choques en las esferas jurídicas individuales, para Duguit, por el contrario, el derecho objetivo es anterior al subjetivo, y especialmente al de propiedad. La tesis de Duguit se funda en el concepto de solidaridad social, para él, el derecho objetivo tiene como finalidad lograr esa solidaridad y todas las normas jurídicas, directa o indirectamente tienden a ese fin. Toda norma jurídica impone ciertos deberes fundamentales, tanto a gobernantes como a gobernados, a saber: 1. Realizar aquellos actos que impliquen un perfeccionamiento de la solidaridad social; 2. Abstenerse de realizar actos que lesionen la solidaridad social.

En cuanto a la propiedad, considera que si el hombre tiene el deber de realizar la solidaridad social al ser poseedor de una riqueza, su deber aumenta en la forma en que aquella riqueza tenga influencia en la economía de una colectividad: a medida que tiene mayor riqueza, tiene mayor responsabilidad. Duguit considera que al hombre se le imponen deberes de emplear la riqueza de que dispone, no sólo en beneficio individual, sino en beneficio colectivo y es en ocasión de estos deberes como se le reconoce el derecho subjetivo de usar, disfrutar y disponer de una cosa. Desde el punto de vista negativo desarrolla una

tesis que impide el uso abusivo o ilícito de la propiedad, aun cuando se obre dentro de los límites del derecho.

Después de criticar a la doctrina individualista francesa de la propiedad, elabora su concepto al sostener que la propiedad, es una función social, es decir, fundamentalmente, más que un derecho, es un deber; en consecuencia, si es considerado como una función social, no puede considerarse a la propiedad como un derecho absoluto, por que la ley podrá limitarlo de acuerdo con las necesidades que la dependencia imponga, no prevalecerá el interés individual sobre el colectivo, sino éste sobre aquél.

Así como el pensamiento de Duguit tuvo gran influencia, otros tratadistas alemanes, como Eneccerus-Kipp y Wolff, externaron su pensamiento, sobre la base que no se puede definir el derecho de propiedad a través de las facultades del propietario, toda vez que propietarios de cosas iguales, no tienen derechos iguales.

2.2. Concepto y Características.

La palabra propiedad proviene del vocablo latino *proprietas*, derivada de *proprius*, lo que pertenece a una persona o es propio de ella, vocablo que, de *prope*, cerca, indica en su acepción más general una idea de proximidad y adherencia entre las cosas. Así, en sentido filosófico, propiedad equivale a cualidad distinta de una cosa o de una esencia; en un sentido objetivo, significa las cosas sometidas al poder del hombre; en sentido económico-jurídico, la relación de dependencia en que se encuentran respecto del hombre las cosas que a éste sirven para satisfacer sus necesidades.

Jurídicamente, la palabra propiedad se utiliza con diversas acepciones, dice Castán Tobeñas: **“En la más amplia de ellas, propiedad es toda relación jurídica de apropiación de un bien cualquiera, corporal o incorporal. En este**

sentido la toma Venezian, al definirla como la relación, perpetua o temporalmente ilimitada, de la persona con las cosas y con los derechos...”³.

Otra acepción considera a la propiedad como cualquier relación jurídica de apropiación plena o limitada de las cosas corporales. Una última significación considera a la propiedad como un derecho real que recae sobre cosas corporales que atribuye a su titular un poder general y pleno sobre la cosa.

Previo al estudio del derecho de propiedad en nuestro Derecho, consideramos pertinente estudiar éste a través de la concepción clásica o naturalista proporcionada por el Código Napoleón, pues éste cambia de aspecto la definición en la época moderna, así, en su artículo 544, define la propiedad en los siguientes términos: **“la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta.”**⁴ La definición apuntada es criticada por Planiol, pues considera que los derechos de goce y disposición, no son absolutos, ya que implican numerosas restricciones, otra crítica la hace consistir en la omisión del carácter exclusivo que reviste, pues el goce se atribuye a una persona determinada, con exclusión de las demás, así pues, el autor citado establece que la propiedad es:

“El derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la acción y voluntad de una persona”.⁵

Julien Bonnecase, del análisis de los artículos 544 a 546 del propio cuerpo normativo, define a la propiedad de la siguiente forma:

“Es el derecho real tipo, en virtud del cual, en un medio social dado y en el seno de una organización jurídica determinada, una persona tiene la prerrogativa legal de apropiarse, por medio de actos materiales o jurídicos, toda la utilidad inherente a una cosa mueble o inmueble.”⁶

³ CASTÁN TOBEÑAS, José. *opus cit.* p. 92.

⁴ PLANIOL, Marcel. *opus cit.* p. 403.

⁵ *Ibidem.*

⁶ BONNECASE, Julien, *opus cit.* 479.

Para Martin Wolff, es un error definir la propiedad como un derecho ilimitado, pues la libertad del propietario para proceder a su gusto con la cosa, no se deduce del concepto mismo de la propiedad, sino del ordenamiento jurídico que concede del derecho y establece las limitaciones en la cuales puede ejercerse el derecho de propiedad.⁷

Por su parte, José Castán Tobeñas expone:

“El problema de la propiedad, como en general de todo el Derecho, es un problema de límites. Todo estriba en determinar los temperamentos que hay que asignar al concepto de la propiedad para evitar que constituya ésta un entorpecimiento y una restricción odiosa de los derechos del consorcio civil. Claro es que en los mismos Códigos actuales, tachados de burgueses e individualistas, y aun en aquellos donde se estampan proclamaciones teóricas del absolutismo de la propiedad individual, está el germen de la socialización, manifestado en las desmembraciones y limitaciones múltiples que afectan al dominio.

Principalmente, dos grandes instrumentos de socialización de la riqueza han podido nacer y desarrollarse dentro de las legislación de tipo clásico: el impuesto, merced al cual una parte considerable de la propiedad individual pasa a revestir la forma de propiedad del Estado, y la expropiación, por el cual el poder social se arroga el derecho de cambiar las formas de la propiedad y sustituir la propiedad real y concreta por un simple valor abstracto.”⁸

En nuestro país, el Código Civil de 1928, influenciado por estas ideas modernas sobre la propiedad, dispone, en su artículo 830: **“El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.”**

⁷ Cfr. ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. **“Tratado de Derecho Civil. Tomo III. Volumen 1. Derecho de Cosas”**. Tercera Edición. Traducción al Español de Blas Pérez González y José Alguer. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1971. pp. 326-327.

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José. *opus cit.* pp. 148 y 149.

Así, para la doctrina nacional, Ernesto Gutiérrez y González expone:
“Propiedad es el derecho real, para usar, gozar y disponer de las cosas, dentro del sistema jurídico positivo con las limitaciones y modalidades impuestas por el legislador de cada época.”⁹

Finalmente, la definición que quizá, desde el punto de vista teórico, explica mejor la propiedad, es la propuesta por Rafael Rojina Villegas:

“Aplicando la definición del derecho real a la propiedad, diremos que ésta se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto.”¹⁰

Los autores designan como características del derecho de propiedad:

I. Absoluto. Esta característica, contrario a lo considerado por el derecho francés, no debe entenderse como el atributo que permite a su titular disponer del derecho en forma ilimitada, pues para no ejercerlo en forma abusiva se encuentra limitado. Actualmente debe entenderse que el derecho de propiedad es absoluto porque como derecho real es oponible *erga omnes*, es decir, es como contraposición al derecho relativo, oponible a todo el mundo.

II. Exclusivo. El derecho Real de Propiedad es exclusivo porque sólo su titular se beneficia de las ventajas económicas que produce la cosa objeto del derecho. No obstante lo anterior, se ha permitido, en casos excepcionales que un extraño se sirva de la propiedad ajena, siempre que no cause daño o, en su caso indemnice por el daño causado, como sucede tratándose de la caza.

⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *opus cit.* p. 257.

¹⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *opus cit.* p. 289.

III. Perpetuo. Es perpetuo pues no se pierde por el no uso, pues en cualquier tiempo se puede ejercitar la acción reivindicatoria, sin embargo, el ejercicio de dicha acción se encuentra subordinado a que la propiedad no haya sido adquirida por otro, en vía de usucapión.

2.2.1. Clases de Derecho de Propiedad.

Aún cuando son variados los criterios de clasificación, se pueden enunciar como principales, los siguientes:

1. **Por el Sujeto.** Según este criterio, se puede dividir en **pública**, que es aquella que corresponde al Estado y se destina a la satisfacción de necesidades colectivas y **privadas**, cuya titularidad recae en una sola persona o bien en varios al mismo tiempo.

2. **Por el Objeto.** Esta clasificación atiende a la naturaleza de las cosas sometidas a la propiedad, según este criterio la propiedad puede ser **mobiliaria** o **inmobiliaria**.

3. **Por la Relación.** En razón de la mayor o menor suma de facultades que la propiedad atribuye sobre la cosa, ésta puede ser **plena** o **menos plena**. La primera es aquélla en la que todas las facultades de la propiedad se encuentran consolidadas en el propietario; la segunda, es aquélla en la que esas facultades se encuentran divididas entre diversas personas, ésta a su vez se subdivide en **dividida** y **limitada** o **gravada**. Es dividida, cuando la cosa pertenece íntegramente a varios dueños y gravada, cuando la propiedad se haya privada de alguna de sus facultades.

2.2.2. Elementos.

Los elementos de la propiedad, como los de cualquier otro derecho subjetivo son: los **sujetos** activo y pasivo; el **objeto** sobre el que recae la facultad

del sujeto activo y el **contenido** del derecho, constituido por el poder o conjunto de poderes que pertenecen al titular.

1. SUJETOS: El sujeto activo es una persona o pluralidad de personas determinadas. Por su parte, el sujeto pasivo, según la regla general de los derechos reales, es toda la colectividad. Como ya se apuntó, según la calidad del sujeto, la propiedad puede ser pública y privada y esta última puede ser titularidad de un solo sujeto (persona física o jurídico colectiva) o de varios sujetos al mismo tiempo, formándose la denominada propiedad colectiva, que da lugar a la copropiedad o bien a la propiedad en condominio. Esta modalidad de la propiedad está regida por reglas distintas de las que se refieren al dominio individual y varía según la naturaleza concreta que pueda ofrecer la cosa a una pluralidad de personas.

2. OBJETO: La concepción clásica del derecho de propiedad limita ésta al círculo de las cosas corporales, sin embargo, las doctrinas modernas se alejan de esta tendencia pues hacen equivalente la idea de propiedad a la tenencia ilimitada de cosas o derechos.

En sentido técnico, sólo son objeto de propiedad las cosas, es decir, los **objetos corporales**, no así los bienes inmateriales ni los derechos; las **cosas singulares** y no así las universalidades de derecho; las **cosas íntegras** y no las partes de cosas, no obstante ello, la propiedad de una cosa, abarca la propiedad de las partes que la integran; y, las **cosas específicamente determinadas**, en tanto las cosas se determinen por su género, pueden ser objeto de actos jurídicos, pero no objeto de propiedad.

3. CONTENIDO: Actualmente, la mayoría de los doctrinarios, nacionales y extranjeros, así como los Códigos modernos, circunscriben las facultades del propietario a los derechos de usar (*ius utendi*), disfrutar (*fruenti*) y disponer o abusar (*abutendi*).

El derecho de propiedad implica un poder jurídico directo sobre la cosa para aprovecharla totalmente, este poder jurídico total supone el aprovechamiento bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa, o que se tiene simplemente la posibilidad de ejecutar todos los actos de dominio o de administración, aun cuando jamás se ejecuten.

El uso implica aprovechar la cosa sin alterarla, de manera que pueda reiterarse repetidamente esa forma de aprovechamiento; el disfrute implica el uso y la apropiación de los frutos de la cosa y el derecho de disposición implica la facultad del propietario para disponer de la cosa, materialmente, mediante su consumo y transformación y jurídicamente, mediante su enajenación total o parcial.

Sánchez Román, clasifica los derechos o facultades del propietario de la manera siguiente¹¹:

- A. De Libre Disposición.** Enajenar, Gravar, Limitar, Transformar, Destruir.

- B. De libre Aprovechamiento.** Usar, Disfrutar y Abusar.

- C. De Accesión. I. Accesión discreta (frutos de la cosa):** Naturales, Industriales y Civiles; **II. Accesión continua:** En **inmuebles**, aluvión, fuerza del río, mutación de cauce, formación de isla, edificación, plantación, siembra. En **muebles**, adjunción, especificación, conmixtión.

- D. Comunes o comprendidos en las anteriores.** Posesión excluyente y Reivindicación.

¹¹ Cfr. CASTÁN, TOBEÑAS, José. *opus cit.* pp. 180-181.

A continuación, explicamos la clasificación apuntada, con base para ello, dada la simplificación y sencillez, la metodología utilizada por el propio autor, español.¹²

I. Facultades de Libre Disposición. La facultad de disponer se identifica, principalmente, con la de enajenar, sin embargo, el ejercicio de la facultad de libre disposición, también genera los derechos de gravar, limitar, transforma y destruir.

a. Enajenar. A través de ésta, el propietario puede transmitir su derecho a otra persona, a título oneroso o gratuito, por acto *inter vivos* o *mortis causa*.

Esta facultad, tiene algunas excepciones, lo cual vuelve, en consecuencia, inalienable la propiedad, bien sea en forma **relativa**, como en el caso de incapacidad del propietario, por que existe prohibición legal de enajenar a ciertas personas o fuera de ciertos límites, o bien, en forma **absoluta**, como ocurre en los casos en que la Ley expresamente dispone la inalienabilidad de ciertos bienes.

b. Limitar o Gravar. Esta facultad permite al propietario ceder el ejercicio de una o varias de las facultades que integran el derecho de propiedad, transmitiéndolo a un tercero.

c. Transformar y destruir. La facultad de transformar permite a su titular variar la naturaleza de la cosa, forma o destino y destruir implica el poder de abandonar o aniquilar la cosa. Esta última facultad es criticada por las doctrinas modernas y actualmente se restringe cada vez más por las legislaciones contemporáneas, pues se pretende evitar el ejercicio abusivo del derecho. Así, el artículo 840 del Código Civil para el Distrito Federal dispone: “**No es lícito**

¹² Cfr. CASTÁN, TOBEÑAS, José. *opus cit.* p. 182 y siguientes.

ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario”.

II. Facultades de Libre Aprovechamiento. Se refiere a la posibilidad de utilizar directamente la cosa para satisfacer las necesidades del propietario, esta potestad se ejerce a través de las facultades de **usar, disfrutar y consumir.**

III. Facultades de Exclusión. Son complemento y garantía de las de aprovechamiento, pues permiten al propietario impedir la perturbación de extraños, en el goce o utilización de la cosa. Las facultades de exclusión se manifiestan de la siguiente manera:

a. Derechos de individualización de la cosa. La individualización consiste en determinar la autonomía de un bien, de modo que sea tratado como una unidad objetiva e independiente de todo lo que se ha diferenciado y separado. Todo acto de individualización contiene la intención del sujeto de considerar en el futuro la parte individualizada como una unidad económica autónoma. En este tipo de facultades destacan, el derecho del propietario de cerrar o cercar su fincas, así como el derecho de determinar sus límites o bien, los derechos de deslinde y amojonamiento, así, el Código Civil para el Distrito Federal contiene la expresión formal del primero de estos derechos, al establecer en su artículo 841: **“Todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad y hacer o exigir el amojonamiento de la misma.”**, mientras que la facultad para determinar los límites del bien objeto de la propiedad, se plasma en el numeral 842, que al efecto establece: **“También tiene derecho, y en su caso obligación, de cerrar o de cercar su propiedad, en todo o en parte, del modo que lo estime conveniente o lo dispongan las leyes o reglamentos, sin perjuicio de las servidumbres que reporte la propiedad.”**

El amojonamiento pretende evitar la confusión de límites, el deslinde, subsanar la confusión ya ocurrida.

Martin Wolff dice:

“El amojonamiento supone que no hay contienda sobre los límites como tales, pero que faltan las señales de aquéllos, ya por que no los hubo nunca, ya porque han sido cambiadas de sitio o destruidas.”¹³

“El deslinde presupone una inseguridad sobre la línea de los límites (una confusión en cuanto a los límites)”¹⁴

Para este último caso el propietario puede promover diligencias de jurisdicción voluntaria para apeo o deslinde, reguladas en los artículos 932 a 937 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la cual inicia con la petición de apeo dirigida al Juez de lo Civil, la legitimación *ad causam* para promoverla corresponde al propietario, el poseedor con título bastante para transferir el dominio y el usufructuario.

La petición debe contener el nombre del promovente y ubicación de la finca que debe deslindarse; la parte o partes en que el acto debe ejecutarse; el nombre de los colindantes que pueden tener interés en el apeo, el sitio donde están y donde deben colocarse las señales y si éstas no existen, el lugar donde estuvieron; los planos y demás documentos que sirvan para la práctica de la diligencia y, la designación de un perito por parte del promovente.

El juez, recibida la promoción, la mandará notificar a los colindantes para que dentro de los tres días presenten los títulos o documentos de su posesión y, en su caso designen perito, y se señalará día y hora para la celebración de la diligencia de deslinde; si fuere necesario identificar alguno o algunos de los puntos del deslinde, los interesados podrán presentar dos testigos de identificación cada uno, al celebrarse la diligencia.

¹³ ENNECCERUS, Ludwig, et al. *opus cit.* p. 378.

¹⁴ *Ibidem.* p. 379.

El día y hora señalados para la diligencia el juez demarcará los límites del predio que se deslinda y otorgará al promovente la propiedad comprendida dentro de tales límites, de igual forma, mandará poner las señales convenientes en los puntos deslindados. En el caso de que exista oposición de alguno de los colindantes se dará intervención a los peritos y a los testigos de identificación y exhortará a los interesados a fin de que se pongan de acuerdo y, para el caso de no lograrse, el Juez se abstendrá de hacer pronunciamiento respecto a la posesión y mandará reservar el derecho de los interesados para que lo hagan valer en el juicio correspondiente.

b. Derecho de Posesión Excluyente y Reivindicación. A través de la posesión, se ejercen todas las facultades derivadas de la propiedad, mientras que la reivindicación consiste en la facultad del propietario para reintegrarse en el poder que le corresponde sobre la cosa.

2.2.3. Extensión del derecho de Propiedad.

La extensión del derecho de propiedad se determina a través de tres supuestos, a saber:

1. La propiedad del suelo comprende la del vuelo (espacio aéreo) **y la del subsuelo.** Tiene derecho al vuelo, porque, en principio, puede construir sin limitaciones de altura en el espacio comprendido entre las perpendiculares elevadas de los límites del suelo; sin embargo, no es admisible que el propietario del suelo extienda su propiedad de modo tal que impida el tránsito aéreo. Al respecto Colin y Capitant comentan:

“No puede, por tanto, aplicarse a la parte de la atmósfera que no toca realmente el fundo.”¹⁵

¹⁵ COLIN Ambroise y CAPITANT Henry. **“Derecho Civil. Bienes, patrimonio y derechos reales. Colección Grandes Maestros del Derecho Civil. Volumen 2”**. Editorial Jurídica Universitaria. p. 521.

Respecto a la extensión de la propiedad al subsuelo, si bien el propietario puede extender su propiedad bajo el área que la comprende, si se atiende al contenido tanto del artículo 27 constitucional como al 838 del Código Civil para el Distrito Federal, se entenderá que tal extensión se encuentra limitada tratándose de minas y yacimientos de minerales ubicados en el subsuelo y que son propiedad originaria del Estado.

Al respecto, comenta José Castán Tobeñas;

“Otra teoría, iniciada por Ihering y dominante en la doctrina actual, logra con más fortuna determinar los límites del derecho de propiedad en cuanto a lo que está sobre el suelo y debajo del mismo tomando por guía la utilidad económica que el espacio aéreo y el subsuelo pueden ofrecer al propietario. El derecho de propiedad no es en sí un señorío absoluto. Su extensión tiene por medida sus fines, y el fin es garantizar el ejercicio de la actividad económica. Los límites de la propiedad son, pues, las exigencias, el interés económico de su titular.”¹⁶

Con base en la tesis expuesta, podemos concluir que si bien la propiedad puede extenderse hacia el espacio aéreo o hacia el subsuelo, tal extensión tiene por medida la utilidad económica que revista para el propietario, es decir, no es, *per se* absoluta y desmedida.

Por su parte, Rafael Rojina Villegas expone:

“Tampoco podrá el particular alegar su dominio sobre el espacio aéreo para impedir el paso de las naves, considerando ilimitado su derecho de propiedad, porque esto afectaría intereses de orden general. De esta manera, conservando el Estado el imperio y el derecho de imponer restricciones al espacio aéreo, se concilia por una parte el interés del particular, por cuanto que no se le podrá impedir que eleve sus construcciones o aproveche el espacio aéreo dentro de los límites de la seguridad que aconseja la técnica;

¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José. *opus cit.* pp. 176-177.

y tampoco se podrá impedir la navegación aérea, ni se expondrá la defensa y seguridad del territorio reconociendo una zona libre.”¹⁷

Es decir, la medida de la extensión del derecho de propiedad se determina con base en la exigencia del interés general, pues aun cuando no se impide la utilización del espacio aéreo, se deberá entender este derecho como limitado en la medida que el Estado lo restrinja en beneficio de la colectividad.

2. La propiedad del suelo se extiende a todo lo que se le une o incorpora como accesorio. Según el artículo 886 del Código Civil para el Distrito Federal, la propiedad de una cosa da derecho a todo lo que se le une o incorpora natural o artificialmente, este es el llamado derecho de accesión, que es objeto de estudio en un apartado posterior.

3. La propiedad se extiende a todo lo que la cosa produce. Conforme a los artículos 886 y 887 del Código Civil para el Distrito Federal, el propietario de una cosa tiene derecho a lo que ésta produce y a él pertenecen los frutos naturales, civiles e industriales.

Son frutos los que la cosa produce periódicamente sin alteración ni disminución de su sustancia, los frutos pueden ser **naturales, industriales y civiles**. Son frutos naturales los que la cosa produce en forma espontánea, sin el trabajo del hombre y las crías de los animales; son industriales, los que produce la cosa mediante el trabajo del hombre o por cultivo; y, son civiles las cantidades de dinero que se obtienen como resultado de su productividad, son adeudadas por terceros por virtud del disfrute de la cosa que les ha sido concedido por el propietario.

¹⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *opus cit.* p. 329.

2.3. Garantía Constitucional del derecho de propiedad. Derecho de Expropiación.

Nuestra carta magna, ha consagrado varios aspectos en los que se garantiza constitucionalmente el derecho de propiedad. El artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus párrafos primero y segundo, así como en su fracción VI, dispone:

“La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originalmente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

VI. Los Estados y el Distrito Federal, lo mismo que los Municipios de toda la República, tendrán plena capacidad para adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos.

Las leyes de la Federación y de los Estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dichas leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente...”

De lo anterior, se desprende la primera garantía constitucional del Derecho de Propiedad: la **expropiación**. A primera vista, resulta paradójica esta afirmación, pues la expropiación representa la negación de la propiedad. El derecho de expropiación rompe completamente con el criterio tradicional de considerar al derecho de propiedad como absoluto y perpetuo, sin embargo, si se considera que corresponde a la Nación la propiedad originaria de las tierras y aguas, comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, entonces es ella su titular legítimo. De ello resulta que tiene el derecho de transmitir su dominio a los particulares, para constituir la propiedad privada y, correlativo a esa facultad,

encontramos la expropiación, para el caso de que la utilidad pública lo exija, el Estado recupere o reivindique su dominio.

Así pues, se puede concluir que ciertamente se está en presencia de una verdadera garantía, si se toma en cuenta que sólo se puede privar al particular del bien objeto de la propiedad por causa de utilidad pública, además que, la privación de la propiedad debe ser mediante el pago de una indemnización.

No sólo la Ley Fundamental, plasma el derecho de expropiación, el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 831, dispone: **“La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización.”**

Para el Derecho Administrativo mexicano Andrés Serra Rojas ha propuesto la siguiente definición:

“La expropiación es un procedimiento administrativo de derecho público, en virtud del cual el Estado –y en ocasiones un particular subrogado en sus derechos-, unilateralmente y en ejercicio de su soberanía, procede legalmente en forma concreta, en contra de un propietario o poseedor para la adquisición forzada o traspaso de un bien, por causa de utilidad pública y mediante indemnización justa.”¹⁸

Finalmente, para el Derecho Civil, Ernesto Gutiérrez y González, propone la siguiente definición:

“Expropiación es el acto del estado, unilateral y soberano, por conducto del funcionario competente de su órgano ejecutivo o administrativo, por medio del cual priva, para si o para un tercero, a una persona de un bien de su propiedad, mediante el pago de una retribución o indemnización, para destinarlo a la satisfacción de una necesidad pública, directamente por el, o

¹⁸ SERRA ROJAS, Andrés. **“Derecho Administrativo Segundo Curso”**. 22ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 2003. p. 431.

indirectamente para un tercero, y que solo con ese bien puede ser satisfecha, en todo o en parte.”¹⁹

Es importante señalar que la expropiación es un acto administrativo desde los puntos de vista orgánico, formal y material, es un acto unilateral del estado, pues no se requiere el consentimiento del particular afectado, no obstante la unilateralidad del acto de expropiación, éste no debe ser arbitrario pues su ejercicio siempre estará condicionado a la existencia de una causa de utilidad pública.

Se puede decir que existe utilidad pública cuando un bien o servicio, material o cultural, común a un importante sector de la población, es considerado por el Estado, de primordial importancia protegerlo o proporcionarlo, la constitución no establece que debe entenderse por utilidad pública o cuando se está en presencia de ésta, por tanto corresponde al legislador la tarea de establecer los casos en que hay utilidad pública, así, la Ley de Expropiación publicada en el Diario Oficial de la federación el veinticinco de noviembre de mil novecientos treinta y seis, en su artículo 1º establece como causas de utilidad pública las siguientes:

- a. El establecimiento, explotación o conservación de un servicio público;
- b. La apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano;
- c. El embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones de oficinas para el Gobierno Federal y de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo;

¹⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *opus cit.* p. 309.

d. La conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de arte, de los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional;

e. La satisfacción de necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres o de otros artículos de consumo necesario, y los procedimientos empleados para combatir o impedir la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas;

f. Los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública;

g. La defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación;

h. La equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular;

i. La creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad;

j. Las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad;
y,

k. La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida.

Ahora bien, en principio cualquier bien puede ser expropiado, siempre y cuando pertenezca a un particular y que dicho bien sea el adecuado para satisfacer la causa de utilidad pública que pretende ser atendida con él; sin embargo, no podrán ser objeto de expropiación las cosas futuras, pues éstas no existen al momento de celebrarse, respecto de ellas, una relación jurídica y sin el caso, se pretende satisfacer una necesidad actual, es inconcuso que la misma no puede ser satisfecha con un bien que aun no existe. Por otra parte, tampoco se puede expropiar el dinero, pues la retribución que paga el estado al particular afectado es precisamente en dinero, si el Estado precisa dinero recurre a otros procedimientos para allegarse de él.

La declaratoria de utilidad pública, para la procedencia de la expropiación la hará el ejecutivo federal por conducto de la Secretaría de Estado, departamento administrativo o Gobierno del Distrito Federal según corresponda, quien tramitará un expediente de expropiación. Una vez hecha la declaratoria deberá ser publicada en el Diario Oficial de la Federación y notificada personalmente al interesado y para el caso que se ignore su domicilio surtirá efectos de notificación personal una segunda publicación del Decreto en el Diario Oficial de la Federación. El acto administrativo en que se decida sobre la expropiación debe estar debidamente fundado y motivado. El particular afectado, podrá interponer recurso de revocación dentro de los quince días siguientes a la notificación del decreto respectivo, del cual conocerá la unidad administrativa ante quien se tramite el expediente de expropiación. En caso de no interponerse el recurso de revocación o si éste se declara infundado se procederá, según el caso, a la ocupación de los bienes objeto de la expropiación o a la ejecución inmediata de las disposiciones de limitación de dominio.

Por lo que respecta a la retribución o indemnización que el particular debe recibir del Estado, ésta se fija con base en la pérdida o disminución que sufre el particular y no conforme al acrecentamiento que se produce en el patrimonio del Estado. La indemnización está prevista en la constitución como elemento esencial

de la expropiación y se toma como base la cantidad que como valor fiscal de ella, figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, bien por que este valor haya sido manifestado por el propietario o por su aceptación tácita al haber pagado sus contribuciones con esta base.

Por su parte, el texto actual del artículo 10 de la Ley de Expropiación, establece que el monto que se fijará como indemnización por el bien expropiado, será equivalente al valor comercial que se fije sin que pueda ser inferior, en el caso de bienes inmuebles, al valor fiscal que figure en las oficinas catastrales o recaudadoras.

Finalmente, es conveniente hablar del derecho de **reversión**, el cual debe intentar el particular afectado, si en el plazo de cinco años el bien expropiado no ha sido utilizado o bien, se destinó a un fin distinto para aquel que fue expropiado, la reversión deberá ejercitarse dentro del plazo de dos años, contado a partir de la fecha en que sea exigible. La autoridad que conozca de la reversión dictará la resolución que corresponda dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud. En caso de que se resuelva la reversión total o parcial del bien, el propietario deberá devolver únicamente la totalidad o la parte correspondiente de la indemnización que le hubiere sido cubierta.

2.4. Limitaciones.

En la concepción antigua y romanista de la propiedad las limitaciones al dominio eran consideradas como anomalías de un derecho por naturaleza absoluto. El derecho de propiedad era una facultad en sí ilimitada, que sólo pueden restringirse mediante facultades contrapuestas de fuera.

A esta idea clásica, sucedió una moderna que establece que la propiedad tiene un fin racional y debido a éste, se puede imponer limitaciones al derecho de propiedad sin necesidad de derechos contrapuestos.

Leopoldo Aguilar Carvajal opina:

“Se discute en Doctrina si son sinónimas estas palabras (limitación y modalidad) empleadas por el artículo 27 Constitucional, en el párrafo tercero; los que afirman que son distintas expresan que modalidades quiere decir forma de aprovechamiento, mientras que limitaciones quiere decir prohibiciones impuestas por el legislador respecto a determinada facultad inherente al derecho de propiedad, ya que este derecho por naturaleza es elástico, puesto que siendo por definición el derecho de aprovecharse de todas las ventajas económicas susceptibles de obtenerse de la cosa, pudo el legislador prohibir el ejercicio de algunas de esta facultades, lo que constituye una limitación.”²⁰

Según Ernesto Gutiérrez y González, por limitación puede entenderse **“la carga positiva, o bien la abstención que el legislador de la época que se considere, impone al titular de un derecho, a efecto de que no lo ejerce contra el interés de otros particulares o bien contra el interés general.”²¹**

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 830, dispone que el ejercicio del derecho de propiedad se encuentra sujeto a las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.

Rafael de Pina expone:

“Las limitaciones del ejercicio del derecho de propiedad se derivan de las exigencias del interés público a cuya satisfacción atienden la expropiación forzosa y otras instituciones afines; de las relaciones de vecindad, de la prohibición de los actos emulativos, de las llamadas servidumbres de interés

²⁰ AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. **“Segundo Curso de Derecho Civil. Bienes Derechos Reales y Sucesiones”**. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 1980. pp. 120-121.

²¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *opus cit.* p. 258.

público (que no son realmente servidumbres) y de las prohibiciones de adquirir y adquisición condicionada.”²²

Aunque coincidimos en la mayor parte del criterio para clasificar las limitaciones, expuesta por el maestro Rafael de Pina, consideramos que dicho criterio no es atinado por lo que respecta a la expropiación puesto que ésta, como acto unilateral del estado tiene por objeto, como se explicó en el apartado inmediato anterior, **privar a un particular de un bien de su propiedad**, a fin de satisfacer una necesidad de interés público; por su parte, las limitaciones aun cuando restringen al propietario en el uso de su derecho suponen la conservación de la propiedad y se establecen en forma abstracta en la ley, es decir, no requieren decreto del Estado.²³ Por otra parte, consideramos que deben incluirse las limitaciones que en razón de las exigencias del Estado y la sociedad se imponen a la propiedad privada.

2.4.1. Limitaciones por razón de las relaciones de vecindad.

Es una exigencia social imponer limitaciones recíprocas al ejercicio de las facultades correspondientes a cada uno de los propietarios, dado que las relaciones de vecindad originan conflictos puesto que es difícil el ejercicio de la propiedad sin que se invada en algún modo el derecho de otro, de ahí que surja la necesidad imponer restricciones y limitaciones para que tales invasiones estén contenidas en la medida que exige el respeto debido a la propiedad vecina y aun cuando dichas limitaciones están pensadas para los predios vecinos, no es necesaria la contigüidad material, pues los actos de molestia realizados por un propietario pueden extenderse a predios alejados.

²² DE PINA, Rafael. “**Elementos de Derecho Civil**”. Volumen II. Decimosexta Edición. Editorial Porrúa. México. 2000. p. 68.

²³ Respecto a las diferencias entre expropiación y limitaciones al derecho de propiedad, véase GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *opus cit.* p. 310 y siguientes.

En ciertos supuestos se permiten la producción de gases, vapores, olores, almacenamiento de materiales corrosivos o utilización de maquinaria o materiales peligrosos, pero a fin de resguardar la seguridad de los predios vecinos se deben realizar las obras necesarias para su resguardo y, para el caso de contravención se deberá responder por los daños que se causen a los predios afectados, por incumplimiento de un deber jurídico *stricto sensu*.

La limitación aquí analizada se regula en el artículo 845 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice: **“Nadie puede construir cerca de una pared ajena o de copropiedad, fosos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos; ni instalar depósitos de materias corrosivas, máquinas de vapor o fábricas destinadas a usos que puedan ser peligrosos o nocivos sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos, o sin construir las obras de resguardo necesarias con sujeción a lo que prevengan los mismos reglamentos, o, a falta de ellos, a lo que se determine por juicio pericial.”**

Por otra parte, no es lícito excavar una finca en forma que la casa vecina pierda el apoyo necesario, a menos que se cuide de darle por otro medio la consolidación suficiente, lo anterior se regula en el artículo 839, que dispone: **“En un predio no pueden hacerse excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina, a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo daño a este predio.”**

Se trata pues, esta limitación de una norma prohibitiva pues establece que **no pueden** hacerse excavaciones o construcciones, no obstante tal prohibición, la misma se encuentra supeditada a un hacer, pues se impiden este tipo de obras sólo en caso de que no se hagan los trabajos necesarios para evitar que se causen daños a los predios vecinos.

Una limitación más al derecho de construir, es la contenida en el artículo 853 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece: **“El propietario de un edificio está obligado a construir sus techados y azoteas de tal manera que las aguas pluviales no caigan sobre el suelo o edificio vecino.”**

Como se precia en esta norma, la propiedad inmobiliaria, también se ve restringida por lo que respecta al derecho del propietario de edificar como mejor crea conveniente, pues su construcción debe observar ciertos requisitos a fin de no ocasionar desazones en los predios contiguos.

También se imponen limitaciones a la libertad de abrir vistas de la manera que se desee, ello si se toma en consideración las posibles indiscreciones del vecino, lo cual se haría patente de permitir abrir en las paredes los huecos que se desee, de ahí las limitaciones contenidas en los artículos 849, 850 y 851 del Código Civil para el Distrito Federal. El primero de ellos establece: **“El dueño de una pared que no sea de copropiedad, contigua a finca ajena, puede abrir en ella ventanas o huecos para recibir luces a una altura tal que la parte inferior de la ventana diste del suelo de la vivienda a que dé luz tres metros a lo menos, y en todo caso con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre, cuyas mallas sean de tres centímetros a lo sumo.”**

La norma contenida en el artículo transcrito, se trata efectivamente de una limitación al derecho de vistas, pues aun cuando se permite al propietario abrir una ventana, sólo lo podrá hacer en la forma prevista por la ley y es esto lo que determina la limitación a su derecho de hacer a su propiedad las modificaciones que quiera. A fin de entender esta limitación, conviene leer el contenido del artículo 850 del propio Código Civil para el Distrito Federal: **“Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, el dueño de la finca o propiedad contigua a la pared en que estuvieren abiertas las ventana o huecos, podrá construir pared contigua a ella, o si adquiere la copropiedad, apoyarse en la misma pared, aunque de uno u otro modo cubra los huecos o ventanas.”**

Esto es lo que lleva a concluir la limitación regulada en el artículo 849, pues aún cuando el propietario tiene derecho a tomar luz y abrir una ventana, ésta puede ser cubierta con la construcción que desee hacer el propietario del predio vecino.

Finalmente, respecto a las limitaciones en materia de vistas, a fin de evitar intromisiones de los propietarios de predios vecinos el artículo 851 del Código Civil, que establece: **“No se pueden tener ventanas, para asomarse, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la propiedad del vecino, prolongándose más allá del límite que separa las heredades. Tampoco pueden tenerse vistas de costado u oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay un metro de distancia.”**

También existen limitaciones u obligaciones relativas a la distancia de las plantaciones, pues si un propietario usara su derecho de hacer plantaciones hasta el límite de su predio, puede perjudicar al vecino con motivo de la intromisión de ramas o raíces, por tanto, la legislación sustantiva establece la distancia que se debe observar para hacer plantaciones, facultándose al afectado, según el caso, para arrancar las ramas o raíces que le causen molestias o arrancar las plantas o árboles que hayan sido plantados sin observar la distancia prevista en la ley.

Así, el artículo 846 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone: **“Nadie puede plantar árboles cerca de una heredad ajena, sino a la distancia de dos metros de la línea divisoria, si la plantación se hace de árboles grandes, y de un metro, si la plantación se hace de arbustos o árboles pequeños.”**

La disposición contenida en la norma transcrita, restringe el derecho del propietario a plantar árboles o arbustos en su terreno y se le autoriza hacerlo siempre y cuando respete la distancia previstas en la ley, a fin de que las ramas o raíces de los árboles o arbustos plantados, no dañen la propiedad del vecino.

Para el caso de que el propietario incumpla con la obligación que le impone el precepto citado, el artículo 847 del Código Civil para el Distrito Federal faculta al vecino afectado para que arranque los árboles plantados a menor distancia de su predio o bien, aun cuando se planten a mayor distancia de la prevista por la ley, el vecino afectado puede ejercitar este derecho cuando es evidente el daño causado por los árboles, precepto legal que a la letra dice: **“El propietario puede pedir que se arranquen los árboles plantados a menor distancia de su predio de la señalada en el artículo que precede, y hasta cuando se mayor, si es evidente el daño que los árboles le causan.”**

Del contexto del artículo 847 transcrito, se desprende, que en la primera hipótesis, el derecho del propietario no está subordinado a la comprobación del hecho de que se cause el perjuicio, pues éste se presume con la inobservancia de plantar los árboles a la distancia prevista en el artículo 846, mientras que la segunda parte, exige para el ejercicio del derecho, la evidencia del daño, que por lo mismo, no puede presumirse. Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia, en un criterio por demás estricto, ha considerado que el propietario afectado no tiene el derecho de que se arranquen las plantas o enredaderas del predio contiguo, pues el mencionado artículo 847 sólo habla de árboles.²⁴

Como corolario, a las ideas expuestas se encuentra el artículo 848 del Código Civil para el Distrito Federal, que dispone: **“Si las ramas de los árboles se extienden sobre heredades, jardines o patios vecinos el dueño de éstos tendrá derecho de que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad; y si fueren las raíces de los árboles las que se extiendan en el suelo de otro, éste podrá hacerlas cortar por sí mismo dentro de su heredad, pero con previo aviso al vecino.”**, el derecho previsto en esta norma, faculta al vecino

²⁴ Véase la tesis de rubro: **“ÁRBOLES, DISTANCIA A QUE DEBEN PLANTARSE, RESPECTO DEL PREDIO CONTIGUO.”**, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, tomo LXXIII, página 5157, Quinta Época.

afectado por las ramas o raíces del árbol vecino para cortarlas, en caso de que éstas le causen molestias.

2.4.2. Limitaciones en razón del interés social.

Mucho más importantes que las limitaciones impuestas a la propiedad a favor de los intereses de otros particulares, son las exigencias que el Estado presenta al delimitar de varias maneras el contenido de la propiedad privada, las que se contienen en el Código Civil para el Distrito Federal atienden a las llamadas cosas públicas o sea, aquellas destinadas a fines de la administración pública, aunque en ellas no se haya extinguido la propiedad privada. Por lo que se refiere a los inmuebles se limita la propiedad privada, en atención a fines militares y de seguridad interior.

Así, tenemos los artículos 834 y 843 del Código Civil para el Distrito Federal, el primero de ellos dispone: **“Quienes actualmente sean propietarios de las cosas mencionadas en el artículo anterior (833), no podrán enajenarlas o gravarlas, ni alterarlas, en forma que pierdan sus características, sin autorización del Gobierno del Distrito Federal.”** Por su parte, el numeral 833 establece: **“El Gobierno del Distrito Federal podrá expropiar las cosas que estén en su territorio, que pertenezcan a los particulares y que se consideren como notables y características manifestaciones de nuestra cultura local, de acuerdo con la ley especial correspondiente.”**

De los anteriores preceptos se entiende la limitación al derecho de disponer, impuesta en este precepto, responde a la necesidad de tutelar el patrimonio cultural del Distrito Federal pues independientemente de que el Estado pueda expropiar el bien, el dueño privado no está en posibilidades de alterarlo ni de enajenarlo con lo cual se evita el peligro de su pérdida.

Respecto a los inmuebles el artículo 843: **“Nadie puede edificar ni plantar cerca de las plazas fuertes, fortalezas y edificios públicos sino sujetándose a las condiciones exigidas en los reglamentos especiales de la materia.”**

En razón de lo anterior, Ernesto Gutiérrez y González concluye: **“...y la razón de esta limitación es fácil de entender: permitiría al particular que a su libre arbitrio hiciera esas edificaciones o plantaciones, cerca de plazas fuertes, fortalezas o edificios públicos, espiar los movimientos de personal o tropas, con el consiguiente peligro para la seguridad del país.”**²⁵

2.4.3. Prohibición de los actos emulativos.

Una limitación más al derecho de propiedad, se constituye por los llamados actos de emulación, que según Rafael de Pina:

“Estos actos son aquellos que el propietario realiza sobre las cosas que le pretenden o con ocasión del ejercicio de los derechos que le corresponden, con la única finalidad de perjudicar a alguien o de causarle molestias, sin obtener de esta conducta beneficio personal alguno.”²⁶

Según la concepción moderna, el ejercicio de la propiedad debe ser racional, no debe tolerarse su abuso, de ahí que, actualmente se considera como hecho ilícito (*lato sensu*) los actos que importen el ejercicio del derecho de propiedad contrario a los fines económicos o sociales del mismo o aquellos actos que únicamente tengan como finalidad causar daño a tercero, sin verdadera utilidad para el propietario.

Sobre este tema el artículo 840 del Código Civil para el Distrito Federal establece que no es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el

²⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *opus cit.* pp. 300-301.

²⁶ DE PINA, Rafael. *opus cit.* p. 73.

propietario; mientras que el artículo 837 faculta al propietario de un predio para ejercer cualquier acción tendente a evitar que, por el mal uso de la propiedad, se perjudiquen la seguridad, el sosiego o la salud de los que habiten el predio.

Para Bonnecase **“el abuso del derecho, o ejercicio de un derecho, aunque sea el de propiedad, sin utilidad para su titular y con fines esencialmente nocivos, tiene por efecto hacer incurrir en daños y perjuicios. Pero, al lado del abuso de los derechos, existen límites necesarios al ejercicio de los mismos. En rigor, pueden concebirse derecho absolutos en cuanto al principio; pero, cuando se trata de asegurar el ejercicio de estos mismos derechos, hay límites que deben imponérseles; de lo contrario, diversos derechos de propiedad se encontrarían constantemente en conflicto.”**²⁷

Ernesto Gutiérrez y González apunta:

“Pues bien, dentro de esta tendencia de socialización del derecho, se comprende que los particulares puedan gozar de su derecho real de propiedad, pero cumpliendo con sus bienes, la función social correspondiente, y en ello se involucra el hacer un uso racional de su derecho, esto es, utilizar su propiedad para el fin que se les protege por la ley. El uso de un derecho, cualquiera que sea, debe hacerse de acuerdo con el fin racional que debe tener en el conglomerado social, y si no se hace ese uso, entonces se está abusando del derecho.”²⁸

2.4.4. Servidumbres Legales.

La servidumbre es un gravamen real impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. Es legal cuando se encuentra establecida en la ley, con base en la situación de los predios, la utilidad pública y

²⁷ BONNECASE, Julien. *opus cit.* p. 482.

²⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *opus cit* p. 298.

privada. Las servidumbres legales son limitaciones al derecho de propiedad, pues implican el deber del propietario del predio sirviente de permitir que otra persona, propietaria del predio dominante realice determinada conducta sobre su propiedad.

El Código Civil para el Distrito Federal, establece tres tipos de servidumbres legales:

1. Servidumbre legal de Desagüe.

Los artículos 1071 y 1073 del Código Civil, que establecen la servidumbre legal de desagüe, disponen:

“Artículo 1071. Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente, o como consecuencia de las mejoras agrícolas o industriales que se hagan, caigan de los superiores, así como la piedra o tierra que arrastren en su curso.”

“Artículo 1073. Cuando un predio rústico o urbano se encuentre enclavado entre otros, estarán obligados los dueños de los predios circunvecinos a permitir el desagüe central. Las dimensiones y dirección del conducto de desagüe, si no se ponen de acuerdo los interesados, se fijarán por el Juez, previo informe de peritos y audiencia de los interesados, observándose, en cuanto fuere posible, las reglas dadas para la servidumbre de paso.”

De lo anterior, se advierte con claridad la limitación a la propiedad, derivada de un hecho de la naturaleza, que impone al propietario el deber de tolerar una situación determinada y, en su caso, permitir el paso del canal de desagüe sobre su predio.

2. Servidumbre legal de Acueducto.

Se encuentra prevista en el artículo 1078 del Código Civil que dispone:

“Artículo 1078. El que quiera usar agua de que puede disponer, tiene derecho a hacerla pasar por los fundos intermedios, con obligación de indemnizar a sus dueños, así como a los de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan aguas.”

Efectivamente, se trata de una limitación al derecho del propietario pues no puede impedir que el propietario de otro predio, realice obras en su predio, tendentes a la obtención del agua que necesite y de la cual pueda disponer. Se exceptúan de esta regla los edificios, sus patios, jardines y demás dependencias.

3. Servidumbre legal de Paso.

El artículo 1097 del Código Civil establece:

“Artículo 1097. El propietario de una finca o heredad enclavada entre otras ajenas sin salida a la vía pública, tiene derecho de exigir paso, para el aprovechamiento de aquélla, por las heredades vecinas, sin que sus respectivos dueños puedan reclamarle otra cosa que una indemnización equivalente al perjuicio que les ocasione este gravamen.”

En principio, cualquier propietario tiene derecho de negar a otra persona pasar por el fundo de su propiedad, pero esta facultad también se encuentra restringida en el caso de la hipótesis de la finca enclavada. Se llama finca enclavada cuando un fundo no tiene acceso alguno a la vía pública y, como en este caso, dicho predio no podría ser explotado puesto que el propietario no podría atravesar los predios circundantes para entrar o salir del enclavado, el legislador ha impuesto al propietario la carga de sufrir el paso, concediéndole el derecho a una indemnización.

El derecho de paso concedido a favor del titular de la finca enclavada debe considerarse en la medida necesaria para su utilización, es decir, se deben analizar las características de los predios, la zona en que se encuentran ubicados, la vía pública a la que debe tener salida el predio dominante y las necesidades esenciales mínimas que tengan que satisfacerse para el logro del objetivo de la servidumbre legal de paso y el ancho de esa vía de acceso.²⁹

Por último, los artículos 1105, 1107 y 1108 del Código Civil para el Distrito Federal, regulan, respectivamente, la servidumbre legal de abrevadero de ganado, la de andamio y la de postes de teléfono.

2.4.5. Inalienabilidad. Cláusulas de Inalienabilidad.

Por regla, la propiedad es enajenable, pero en ciertas situaciones excepcionales la propiedad es inalienable, esto es, el propietario pierde la facultad de disponer válidamente de su derecho por vía de enajenación.

En ocasiones la inalienabilidad se encuentra establecida directamente por la ley como en el caso de los bienes de propiedad del Estado o los bienes comprendidos en los artículos 833 y 834 del Código Civil para el Distrito Federal ya estudiados.

A lado de las limitaciones impuestas por el legislador existen, también, limitaciones a la libre disposición de los bienes objeto de la propiedad pactadas convencionalmente por la voluntad de los particulares, al momento de transmitirla, a través de denominadas cláusulas de inalienabilidad lo anterior, sin que tal facultad permita a los contratantes llegar al extremo del abuso del derecho pues

²⁹ Véase la tesis sustentada por la Tercera Sala de la Suprema corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo LVIII, página 517, de rubro: **“SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO, CONSTITUCIÓN DE LA.”**

debe entenderse que dichas cláusulas, aunque contractuales, deben estar autorizadas por la ley.

Ambroise Colin y Henry Capitant consideran: **“el propio legislador napoleónico ha sentido esto mismo al permitir (art 851 CprC) insertar en los actos a título gratuito una cláusula de prohibición de embargo, que, de modo indirecto, afecta al derecho de *abusus* del donatario al que su bienhechor quiere proteger contra sus propias pasiones.”**³⁰ Puede entenderse, no obstante que la anterior consideración se refiere al contrato de donación, que quien transmite su propiedad, cualquiera que sea el título, puede imponer limitaciones al adquirente, siempre que no sean contrarias a la naturaleza del derecho de propiedad o bien, que no estén prohibidas por la ley. Tal es el caso de la denominada **“compraventa con pacto de no vender a determinada persona”**, prevista en el artículo 2301 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone: **“Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona, pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna.”** Esta modalidad de la compraventa supone una restricción al comprador de la cosa pues se le impide vender a una persona individualmente determinada el bien que ha adquirido y que es objeto del contrato; sin embargo, la validez de tal cláusula no es ilimitada pues de la parte final del precepto transcrito se advierte que es nula la cláusula que prohíba enajenar a persona alguna, esto se explica pues se parte de la idea que las obligaciones personales son esencialmente temporales, además que tal estipulación implicaría una limitación a la propiedad sin una fundamentación legal.

El incumplimiento de la cláusula de inalienabilidad deja válida la enajenación de la cosa, y produce únicamente el efecto normal de las obligaciones de no hacer consistente en el pago de daños y perjuicios, de conformidad con el artículo 2028 del Código Civil para el Distrito Federal.

³⁰ COLIN Ambroise y CAPITANT Henry. *opus cit.* p. 552.

Finalmente, hay que entender que para la total validez de estas cláusulas debe existir interés legítimo, pues si la prohibición de enajenar careciera de fundamento atentaría contra el principio de libre disposición de la propiedad.

2.5. Defensa Ordinaria del Derecho de Propiedad.

Si todo derecho se encuentra protegido por una acción para hacerlo valer frente aquellos que lo desconocen, el derecho de propiedad al ser más extenso y complejo y expuesto a múltiples ataques, requiere una especial tutela y está dotado de diversas acciones para tal fin.

Según José Castán Tobeñas, las acciones que protegen el derecho de propiedad se pueden clasificar en tres grupos³¹. El primer grupo se integra por aquellas acciones que pretenden reprimir la perturbación total de la propiedad y tiene por objeto el reconocimiento de la propiedad y la restitución de la cosa que indebidamente detenta un tercero, aquí se ubica la **acción reivindicatoria**. El segundo grupo se compone por las acciones que proceden en la hipótesis de perturbación parcial o bien para cohibir una violación concreta ya realizada, en este rubro encontramos la **acción negatoria** y los interdictos de **obra nueva** y **obra peligrosa**. En el último grupo se ubica la acción que pretende el **señalamiento de límites** (deslinde).

2.5.1. Acción Reivindicatoria.

El estudio de la acción reivindicatoria es fundamental, pues constituye el medio jurídico para poder obtener la restitución de una cosa que el propietario no posee y que se encuentra en poder de otra persona. Sirve para la protección de la propiedad contra una privación o una detentación posesoria y, según Eneccerus **“nace cuando una persona, que no sea el propietario, se convierta en**

³¹ CASTÁN TOBEÑAS, José. *opus cit.* pp. 197 y siguientes.

poseedor de la cosa, y se dirige, ante todo, a la recuperación de la posesión, y a la indemnización y entrega de los provechos.”³²

Según Ernesto Gutiérrez y González es:

“La acción mediante la cual el propietario que no posee materialmente su cosa, hace efectivo su derecho de persecución contra el poseedor material, pero no propietario de la cosa.”³³

Por su parte, Rafael de Pina apunta:

“Esta acción fue definida por Dernburg como ‘aquella mediante la cual el propietario no poseedor hace efectivo su derecho contra el poseedor no propietario’³⁴

Planiol la define así:

“La reivindicación es la acción ejercida por una persona que reclama la restitución de una cosa, pretendiéndose propietario de ella. La reivindicación se fundamenta, en la existencia del derecho de propiedad, y tiene por objeto la obtención de la posesión.”³⁵

Para Eduardo Pallares:

“Es la acción real que tiene el propietario de un material, mueble o inmueble, contra el poseedor del mismo, para recuperarlo y obtener se le entreguen los frutos y accesiones de la cosa.”³⁶

Finalmente, el artículo 4 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone:

³² ENECCERUS, Ludwig et al. *opus cit.* p. 563.

³³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *opus cit.* p. 355.

³⁴ DE PINA, Rafael. *opus cit.* p. 86.

³⁵ PLANIOL, Marcel. *opus cit.* p.424.

³⁶ PALLARES, Eduardo. **“Diccionario de Derecho Procesal Civil”**. Vigésimo sexta edición. Editorial Porrúa. México. 2001.

“La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y accesorios en los términos prescritos por el Código Civil.”

La acción reivindicatoria corresponde al propietario, tanto de bienes muebles como de inmuebles, tanto al propietario exclusivo como al copropietario, siempre que carezca de la posesión inmediata y en tanto al poseedor **no le asista frente a aquél un derecho a la posesión**. Esta acción procede aún cuando el propietario no haya poseído nunca o que él mismo haya dejado la posesión o la haya perdido involuntariamente y toda vez que tiene por objeto la protección del derecho de propiedad, esta acción no se extingue entretanto subsista el derecho de propiedad, por tanto dura lo que el derecho de propiedad y no fenece por el mero transcurso del tiempo, o sea, por prescripción negativa.³⁷

2.5.1.1. Requisitos.

Si la acción reivindicatoria sustancialmente es, según las definiciones propuestas, aquella en la que el propietario no poseedor pretende la restitución de un bien de su propiedad cuya posesión detenta otra persona, se puede concluir que los requisitos para su procedencia son: 1. Quien se constituya como parte actora, debe acreditar la propiedad de la cosa que pretende reivindicar; 2. Por lo que respecta al demandado, debe acreditarse que éste sea el poseedor; y, 3. En lo relativo a la cosa, debe acreditarse su identidad, esto es, que se compruebe que el bien reclamado es aquél sobre el que la parte actora tiene la propiedad.³⁸

³⁷ Respecto a la vigencia de la acción reivindicatoria, véase la jurisprudencia 13 de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el apéndice de 2000 de rubro: **“ACCIÓN REIVINDICATORIA. ES IMPRESCRIPTIBLE.”**

³⁸ Así también lo estableció en jurisprudencia de la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contenida en la tesis 21, visible en el apéndice de 1995 que lleva por rubro: **“ACCIÓN REIVINDICATORIA. SUS ELEMENTOS.”**

Según las definiciones propuestas y el contenido del artículo 4 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para que prospere la acción reivindicatoria, se requiere que el actor sea propietario de la cosa que reclama, se precisa, también, que carezca en absoluto de la posesión, por tanto, no tiene derecho a reivindicar aquél que es propietario y detenta la posesión del objeto que reclama. Por otro lado, el mismo actor debe justificar la propiedad sobre los bienes que reclama, situación que resulta complicada en la mayoría de los casos.

Dice Planiol:

“El único medio de proporcionar una prueba absoluta del derecho de propiedad, es probando que se ha poseído, por sí mismo o por sus autores, durante el tiempo exigido para la usucapión.”³⁹

Así también lo considera Antonio de Ibarrola que expone:

“La única prueba en materia de propiedad viene, pues, a ser la que se desprende de la USUCAPIÓN.”⁴⁰

Ahora bien, tratándose de adquisición por título derivativo, el presunto propietario deberá acreditar tal carácter con documento suficiente que acredite la transmisión del dominio; actualmente ha quedado abolida la llamada **prueba diabólica** que obligaba al actor en juicio reivindicatorio acreditar su propiedad mediante los títulos traslativos de dominio desde el original, es decir, debía justificar no sólo su propiedad sino también el derecho del transmitente y el de los causantes anteriores.

Respecto a la persona contra quien procede la acción reivindicatoria, en principio ésta debe detentar la posesión de la cosa, esto es, puede ser demandado todo poseedor, mediato o inmediato, además de que dicha persona no debe tener derecho a poseerla, así, no procederá la acción reivindicatoria

³⁹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *opus cit.* p. 425.

⁴⁰ DE IBARROLA, Antonio. **“Cosas y Sucesiones”**. Quinta reimpresión. Editorial Porrúa. México. 2001. p. 397.

contra el usufructuario, arrendatario, etc. Al respecto, el artículo 5 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone: **“El tenedor de la cosa puede declinar la responsabilidad del juicio designando al poseedor que lo sea a título de dueño”**, se puede decir, que es éste quien tiene legitimación pasiva en juicio reivindicatorio.

El artículo 7 del propio ordenamiento adjetivo establece: **“Pueden ser demandados en reivindicación, aunque no posean la cosa, el poseedor que para evitar los efectos de la acción reivindicatoria dejó de poseer, y el que está obligado a restituir la cosa o su estimación, si la sentencia fuere condenatoria. El demandado que paga la estimación de la cosa puede ejercitar a su vez la reivindicación.”** De la norma transcrita se desprende que la acción reivindicatoria puede dirigirse contra quien de mala fe deja de poseer la cosa, en esta hipótesis si el condenado no puede devolver el bien, debe pagar su estimación. La parte final del artículo dispone que el demandado que paga la estimación de la cosa, puede reivindicarla de un tercero, situación que sólo es posible si se entiende que, con motivo del pago, el demandado se subroga en los derechos del actor, pero esta situación es dable únicamente si el demandado no está en posesión de la cosa, pues si la posee debe restituirla.

2.5.1.2. Cosas que no pueden reivindicarse.

El artículo 8 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece las siguientes:

1. **Las cosas que están fuera del comercio.** Este rubro es comprensible si se entiende que las cosas que se encuentran fuera del comercio son aquellas que por naturaleza o por disposición de la ley, no pueden ser objeto de propiedad particular y, de acuerdo al artículo 749 del Código Civil para el Distrito Federal se encuentran fuera del comercio, las cosas que por su naturaleza no pueden ser poseídas por algún individuo en forma exclusiva y aquellas que la

ley declara irreductibles a propiedad privada, como en el caso de los bienes de dominio público.

2. **Los géneros no determinados al entablarse la demanda.** Este punto, es ejemplificado por Antonio de Ibarrola de la siguiente forma: **“Por ello el legatario no podría reivindicar un legado genérico; queda reducido a una acción personal contra el heredero o los deudores de un legado.”**⁴¹ Ahora bien, el artículo 2015 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone: **“En las enajenaciones de laguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor”**, por tanto, si la propiedad de los géneros se transmite hasta el momento que las mismas se identifican y se presentó la demanda antes de que aconteciera dicho evento, se entiende que, al no existir traslado de dominio, resulta improcedente pretender la reivindicación de dichos bienes.

3. **Las cosas unidas a otras por vía de accesión.** Lo que está de acuerdo con la naturaleza misma de la figura de la accesión, que conforme al artículo 895 del Código Civil para el Distrito Federal no tolera la separación de la cosa accesorio, en perjuicio de la principal, al establecer que lo que se una o incorpore a una cosa en terreno ajeno, pertenece al dueño del terreno; por tanto, si se trata de construcciones levantadas en terreno ajeno, no es procedente la reivindicación respecto a lo edificado, por ser inseparable del suelo, y en su caso se observarán las reglas previstas en los numerales 900 y 901 del citado ordenamiento sustantivo, según se proceda de buena o mala fe. No obstante lo anterior, el artículo 899 establece que cuando las semilla o materiales no se hayan aplicado a su objeto ni confundidos con otros, sí pueden ser reivindicados por el dueño.

⁴¹ DE IBAROLA, Antonio. *opus cit.* p. 393.

4. **Las cosas muebles perdidas o robadas que un tercero haya adquirido de buena fe en almoneda, o de comerciante que en mercado público se dedica a la venta de objetos de la misma especie, sin previo reembolso del precio que se pagó.** Agrega el artículo 799 del Código Civil para el Distrito Federal: **“El recuperante tiene derecho de repetir contra el deudor.”** Para este supuesto conviene precisar que existe mala fe siempre que se conocen los vicios del título con el que se adquiere la cosa, así, por ejemplo, si de la pérdida o robo se da aviso público y oportuno debe considerarse que no existe buena fe; en el caso previsto en este artículo sólo será posible la reivindicación si se paga el precio del bien. Un supuesto similar se regula en el ordinal 1886 que establece: **“Si el tercero a quien se enajena la cosa la adquiere de buena fe, sólo podrá reivindicarse si la enajenación se hizo a título gratuito”**, precepto que reitera la regla contenida en la hipótesis que se analiza pues si el que recibió la cosa de mala fe, la enajena a un tercero que la adquiere de buena fe, no podrá reivindicarse de éste, a menos que la traslación de dominio se haya hecho a título gratuito.

5. Tampoco procede la acción reivindicatoria contra aquél que detenta la posesión fundándose en título traslativo de ésta, como sería el caso del arrendatario, comodatario, depositario, usufructuario, acreedor pignoraticio, etc.

6. Es principio básico del Derecho Registral, plasmado en el artículo 3007 del Código Civil para el Distrito Federal, que los documentos registrables que no se inscriban en el Registro Público de la Propiedad, no producirán efectos en perjuicio de tercero; por tanto, se puede concluir que el dueño que no tenga inscrito su título, no puede ejercer acción reivindicatoria contra un tercero que tenga debidamente inscrito su título de propiedad.

2.5.1.3. Efectos de la Acción Reivindicatoria.

El principal efecto de la reivindicación, es la restitución de la cosa con sus accesorios.

Adicionalmente, apunta Ibarrola;
“Son, nos dice Baudry-Lacantiniere, ‘la restitución’ la cual debe hacerse *cum omni causa* (con todos los accesorios): inmuebles por destino, muebles, productos, conforme a reglas variable según que el poseedor sea de buena o de mala fe.”⁴²

2.5.2. Acción Negatoria.

Según el artículo 10 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: **“Procederá la acción negatoria para obtener la declaración de libertad, o la de reducción de gravámenes de bien inmueble y la demolición de obras o señales que importen gravámenes, la tildación o anotación en el Registro de la Propiedad, y conjuntamente, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios...”**

A diferencia de la acción reivindicatoria, que tiene por objeto el reconocimiento del derecho de propiedad y la restitución de la cosa por el propietario, la acción negatoria pretende el desconocimiento de pretendidos derechos sobre la cosa y la declaración de estar libre de gravámenes.

Para el ejercicio de esta acción se requiere que el actor justifique su derecho de propiedad; que acredite la perturbación que el demandado haya causado en el goce de su propiedad, perturbación que debe realizarse con la pretensión de ostentar un derecho real, respecto de la cosa objeto de la propiedad. No es necesario que el actor acredite la no existencia de la servidumbre o derecho real pretendidos, pues en primer lugar, el que niega no está obligado a probar y, en segundo lugar, es principio de Derecho que la propiedad se presume libre y quien sostenga la existencia de gravámenes o limitaciones debe acreditar su existencia.

⁴² DE IBARROLA, Antonio. *opus cit.* p.395.

2.5.3. Interdictos.

Gutiérrez y González considera:

“La palabra ‘interdicto’ se forma con dos vocablos latinos ‘INTER’ que en idioma español quiere decir ‘MIENTRAS’, y ‘DICERE’, de ‘DECIR’, por lo que INTERDICTO SIGNIFICA ‘MIENTRAS SE DICE’.

El ejercicio de un interdicto NO VERSA SOBRE CUESTIONES DE PROPIEDAD, sino sólo de POSESIÓN, y sólo surte efectos provisionales, MIENTRAS SE DICE, lo que corresponda en materia de propiedad.”⁴³

Son notas características de los interdictos, las siguientes:

- a. Se ventilan en la vía sumaria;
- b. Conciernen a la posesión provisional de los bienes inmuebles y de los derechos reales sobre inmuebles que pueden ser poseídos;
- c. Las sentencias que se pronuncian en los interdictos, dejan a salvo las cuestiones de la posesión definitiva o la propiedad;
- d. En los interdictos no pueden presentarse pruebas ni admitirse controversias sobre la posesión definitiva y de propiedad;
- e. El objeto de los interdictos es tutelar la posesión provisional, para mantener en ella al que la tiene o restituirla al que ha sido despojado de la misma; y,

⁴³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *opus cit* p. 271.

f. Las sentencias que se pronuncian en los interdictos no alcanzan la autoridad de cosa juzgada material, y pueden ser modificadas por las que se pronuncien en los juicios plenarios de posesión o en el reivindicatorio.

La ley y la doctrina reconocen cuatro clases de interdictos, a saber: 1. **Interdicto de Retener la Posesión**; 2. **Interdicto de Recuperar la Posesión**; 3. **Interdicto de Obra Nueva**; y 4. **Interdicto de Obra Peligrosa**.

Los dos primeros son juicios sumarios mediante los cuales el actor es mantenido en la posesión interina de un inmueble o restituido en aquella de la que ha sido desposeído; estos atañen propiamente a la posesión y no necesariamente al derecho de propiedad.

A través del interdicto de obra nueva, el actor pretende obtener la suspensión de una obra nueva o en construcción. Pueden ejercitarlo el propietario o cuantas personas se crean perjudicadas por la construcción de dicha obra.

El interdicto de obra peligrosa puede tener por objeto la adopción de medidas urgentes de precaución a fin de evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de algún edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo, cuya caída pueda causar daño a la propiedad contigua; también puede tener por objeto la demolición total o parcial de la obra o del objeto peligroso. Sólo pueden ejercitar este interdicto quienes tengan alguna propiedad contigua o inmediata que pueda resentirse o padecer por la ruina o derrumbe de la otra.

Estos dos últimos interdictos no tienen carácter netamente posesorio como los de retener y recobrar; el de obra nueva defiende indirectamente la posesión y la propiedad en cuanto permite que la propiedad afectada por la obra nueva sea restituida a sus antiguas condiciones y el de obra peligrosa es una consecuencia de la obligación que incumbe a todo dueño de hacer las obras de consolidación necesarias para evitar que la propiedad vecina pierda su sostén.

2.5.4. Deslinde.

El deslinde puede iniciarse en vía judicial a través de la jurisdicción voluntaria, regulada en los artículos 932 a 937 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y, en caso de controversia se puede iniciar un juicio contencioso,⁴⁴ y toda vez que la legislación adjetiva no establece un trámite especial deberá substanciarse conforme a las reglas del proceso ordinario civil.

Para este apartado conviene sólo apuntar que la acción para pedir el deslinde es imprescriptible y consideramos que la legitimación *ad causam* corresponde a las mismas personas de que habla el artículo 933 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (propietario, poseedor con título y usufructuario) y, en su caso, al superficiario.

2.6. Formas de Adquirir la Propiedad.

Se llaman modos de adquirir la propiedad, a los hechos jurídicos, *lato sensu*, a los que la Ley reconoce la virtud de originar el dominio en una persona.

Se pueden clasificar en tres criterios, a saber:

1. **Modos de adquirir a Título Universal y a Título Particular.** Se entiende por adquisición a título universal, aquella por la cual se transfiere el patrimonio como universalidad jurídica, es decir, el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, que constituyen el activo y pasivo del mismo. La transmisión a título particular es aquella en que se transmite la propiedad de bienes individualmente determinados.

2. **Modos de adquirir Originarias y Derivadas.** Son originarias aquellas en las que la cosa objeto de propiedad no ha estado en el patrimonio de

⁴⁴ Véase apartado 2.2.2.

determinada persona, de modo que el adquirente no la recibe de un titular anterior, sino que ha permanecido sin dueño, por lo que es el primer adquirente de la misma. Las formas derivadas suponen la transmisión de un patrimonio a otro, en este caso, la cosa ha tenido dueño y ha estado en el patrimonio de una persona, que la transmite a otra. Los modos originarios, pueden ser, a su vez ***inter vivos*** o ***mortis causa***.

3. **Modos de adquirir a Título Oneroso y a Título Gratuito.** En los modos de adquirir a título oneroso el adquirente paga un valor cierto, en dinero, bienes o servicios a cambio del bien que recibe. En las transmisiones a título gratuito, el adquirente del bien, no se encuentra obligado a observar contraprestación alguna a favor de quien le transmite la propiedad.

Independientemente de la clasificación anotada, se pueden establecer como especies o causas particulares de adquisición de la propiedad al **Contrato**, la **Herencia**, la **Ley**, la **Ocupación**, la **Prescripción**, la **Accesión** y la **Adjudicación**.

2.6.1. **Contrato.**

El artículo 2014 del Código Civil dispone: “**En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de la tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas al Registro Público.**” De esto se puede advertir que el contrato es el medio eficaz, más práctico y usual para adquirir el dominio, pues tratándose de **cosas ciertas y determinadas**, la propiedad se transmite como consecuencia directa e inmediata del contrato, sin necesidad de formalismo o solemnidad.

Para que la propiedad de una cosa se transfiera por mero efecto del contrato, se requiere en primer lugar, que el **enajenante sea propietario de la cosa** que ha transmitido, por tanto, si el contrato recae sobre cosa ajena (2270 del Código Civil para el Distrito Federal), pero se adquiere la propiedad de la cosa enajenada, por cualquier título legítimo, el contrato surte sus efectos; es necesario que el contrato recaiga sobre una cosa **cierta y determinada**; por último, es necesario que la cosa sobre la que recae el contrato sea **actual**, si se trata de cosa futura la adquisición de la propiedad se aplaza hasta el momento en que la cosa exista.

El principio enunciado, contenido en el supuesto normativo transcrito, tiene un alcance limitado, en tanto que, sólo se aplica tratándose de cosas ciertas y determinadas, por tanto, el contrato no es eficaz, *per se*, para transmitir la propiedad de cualquier clase de bienes pues tratándose de enajenación de cosas que no se encuentren individualmente determinadas, el artículo 2015 dispone: “**En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor**”. Para tal caso, se deberá hacer entrega material de la cosa enajenada, o bien, se puede recurrir a la entrega jurídica, cuando el adquirente no haya recibido materialmente la cosa pero la ley la considera entregada; por último, puede recurrirse a la entrega virtual, que acontece cuando el adquirente acepta que la cosa enajenada queda a su disposición.

2.6.2. Herencia.

Aunque es objeto de estudio de una materia diversa, conviene hacer referencia a la figura de la herencia, como forma de transmisión del dominio, *mortis causa*.

La herencia es la sucesión en todos los bienes, derechos y obligaciones del difunto, que no se extinguen por la muerte; ésta se transmite por voluntad del *de cuius* o por ministerio de ley, la primera, por virtud del testamento y se denomina testamentaria y la segunda se denomina legítima o *ab intestato*.

Por medio del testamento pueden crearse derechos reales, entre ellos la propiedad, especialmente a través de la institución del **legado**, que comprende la transmisión de bienes determinados a favor de un legatario. El legado no es una convención, puesto que en el testamento interviene únicamente la voluntad del testador y porque la transmisión de propiedad que de ella resulta, en lugar de verificarse entre vivos, se realiza únicamente por la defunción del causante y la supervivencia del causahabiente.

Para que en una sucesión nazca el derecho real se requiere: 1. La solvencia de la sucesión; 2. La aceptación de la herencia o del legado por parte del causahabiente; 3. Testamentifacción activa y pasiva, es decir, la capacidad del testador para heredar y la capacidad y aceptación por parte del causahabiente.

2.6.3. La Ley.

Sobre este punto nos dice Rojina Villegas:

“Esta es, en rigor, una causa que concurre con todas las formas de transmisión de la propiedad, de manera que es más importante su fundamento si se toma en cuenta que la adquisición, la herencia, prescripción, ocupación, accesión, adjudicación, suponen siempre la concurrencia de la ley, de manera que en rigor puede decirse que la propiedad se transmite por contrato y ley; por herencia y ley; por prescripción y ley, etc.”⁴⁵

⁴⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *opus cit.* p. 314.

La ley representa una situación jurídica abstracta, que sólo puede convertirse en concreta y crear derechos y obligaciones, si concurre el supuesto jurídico previsto por la misma, para hacer que se actualice la hipótesis normativa. Por eso, aunque en algunos casos la ley directamente determina la constitución o nacimiento de un derecho, se requiere de un hecho o acto jurídico condicionante de la situación jurídica abstracta. Es decir, el acto o el hecho jurídicos vienen a originar, entonces, situaciones jurídicas concretas que ponen en movimiento a la ley para aplicarla con respecto a determinada o determinadas personas.

Finalmente, apunta Planiol:

“Se considera adquirida la propiedad en virtud de la ley, siempre que la adquisición no tenga un origen en ninguno de los procedimientos establecidos como modos de adquirir distintos:

Como principales ejemplos podemos citar:

- 1. Las sucesiones ab intestat.**
- 2. El art. 2279. La ley concede la propiedad del mueble corpóreo a su poseedor, cuando no se demuestra la mala fe.**
- 3. El art. 227, nos habla con respecto a los frutos atribuidos a las personas que se ha dado la posesión provisional.**
- 4. El art. 673, por lo que hace a los frutos de un árbol caídos en la propiedad vecina.**

Observación. La sucesión, en el lenguaje moderno, es la transmisión que se opera a la muerte de una persona. La transmisión por defunción se realiza, unas veces, en virtud de la ley (sucesiones ab intestat), y otras, en virtud de la voluntad del difunto manifestada en su testamento...”⁴⁶

2.6.4. Ocupación.

La ocupación es definida por Colin y Capitant como el **“modo de adquirir la propiedad de una cosa que no pertenece a nadie, o respecto de la cual**

⁴⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *opus cit.* p. 489.

nadie formula una pretensión, por medio de la toma de posesión acompañada de la intención de convertirse en su propietario.”⁴⁷

Otra definición que parte de los mismos elementos, es la propuesta por José Castán Tobeñas:

“Puede ser definida la ocupación (o apropiación, según otros Códigos la llaman) como el acto consistente en la aprehensión (o toma de posesión) de una cosa que no tiene dueño, con intención de hacerla propia.”⁴⁸

En el derecho moderno, la ocupación se ha reservado como forma de adquirir la propiedad de bienes muebles determinados, en materia de inmuebles ya no es un medio de adquisición del dominio.

Jurídicamente, la ocupación supone tres requisitos:

1. La aprehensión o detentación de la cosa, ejecutada en forma permanente y con ánimo de adquirir el dominio; es necesario, pues el consentimiento o acto de voluntad adquisitiva.

2. En relación al objeto, debe tratarse de bienes apropiables por naturaleza y que no tengan dueño o cuya legítima procedencia se ignore; y,

3. Por lo que respecta al acto, debe mediar toma de posesión de la cosa. No es necesario que la aprehensión sea material, sino que sea adecuada a la naturaleza de la cosa.

Por la naturaleza del objeto sobre el que recae la ocupación, suelen ser admitidas las siguientes especies:

A) Apropiación de animales. Los animales sin marca que se encuentren en las propiedades se presumen que son del dueño de éstas a no ser que el propietario no tenga crías de la raza a que pertenezcan los animales.

⁴⁷ COLIN Ambroise, CAPITANT Henry. *opus cit.* p. 609.

⁴⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José. *opus cit.* pp. 305-306.

Cuando se trate de animales encontrados en propiedad que exploten varias personas, se considerará que es propiedad del dueño de la cría de la misma especie y raza, en caso de que dos o más sean dueños de la misma especie o raza se reputan de propiedad común, hasta en tanto se pruebe a quien de ellos pertenece el animal. Cuando se trate de animales feroces que escapen del encierro, podrán ser destruidos o capturados por cualquiera, pero los dueños pueden recuperarles si pagan los daños que hubieren causado.

La apropiación de animales domésticos se rige por las disposiciones relativas a los bienes mostrencos.

B) Derecho de caza. El Código Civil para el Distrito Federal dispone que el derecho de caza y el de apropiarse de los productos de ésta en terreno público se sujetará a las leyes y reglamentos respectivos y a la normatividad prevista en el propio Código. En terreno de propiedad particular, no puede ejercitarse el derecho de caza, ya que se haya comenzado en él o continuada la iniciada en terreno público, sin la autorización del propietario. El cazador se hace dueño del animal de caza por el acto de apoderarse de él, se considera capturado el animal cuando ha sido muerto durante el acto venatorio y también el que está preso en redes. Si la pieza muere en terreno ajeno, el propietario de éste debe entregar el animal al cazador o permitirle entrar a buscarlo, en caso de que infrinja esta regla pagará el valor de la pieza, pero si el cazador entra al terreno ajeno sin permiso del dueño, perderá el animal cazado.

C) Derecho de pesca y buceo de perlas. La pesca y buceo de perlas en aguas de dominio público que sean de uso común, se regirán por las leyes y reglamentos respectivos. El derecho de pesca en aguas particulares pertenece al dueño de los predios en que éstas se encuentren.

D) Apropiación de enjambres. El Código permite a cualquier persona apropiarse de los enjambres que no hayan sido encerrados en colmena o cuando la han abandonado. No se entiende que las abejas han abandonado la colmena

cuando se han posado en predio propio del dueño, o éste las persigue llevándolas a la vista.

E) Tesoros. Se entiende por tesoro el depósito oculto de dinero, alhajas u otros objetos preciosos cuya legítima procedencia se ignore, nunca un tesoro se considerará fruto de una finca. Para que el depósito pueda considerarse tesoro, se requiere que sea un bien mueble, que se encontraran ocultos al momento del hallazgo, que se trate de *res nullius* y que sean verdaderamente valiosos, desde el punto de vista económico.

El Código Civil establece diversas reglas para establecer a quien pertenece el tesoro, ellas atienden al inventor, es decir, a la persona que realiza su hallazgo y así tenemos:

a. Si el tesoro es descubierto por el propietario en fundo de su propiedad, entonces tiene derecho a la totalidad del tesoro, sin importar si el hallazgo es casual o como resultado de trabajos realizados para descubrirlos. También pertenece al dueño, el tesoro por él descubierto en sitio de su propiedad aunque el usufructo de la finca o terreno pertenezca a otro, en todo caso, deberá pagar los daños y perjuicios que origine la interrupción del usufructo en la parte ocupada o demolida.

b. Si el tesoro ha sido descubierto en suelo ajeno; la ley concede la mitad al propietario y la otra mitad a quien descubrió el tesoro. En esta hipótesis, el hallazgo del tercero, debe ser fortuito, pues si encuentra el tesoro a consecuencia de obras realizadas sin consentimiento del dueño, el tesoro se entregará en su totalidad al propietario de la finca. En este mismo supuesto si el tesoro se busca con consentimiento del dueño, la distribución se hará conforme a lo pactado en el título correspondiente y en su defecto, se repartirá por mitad.

Dice Castán Tobeñas:

“por descubridor hay que entender, siguiendo a Albaladejo, la persona que materialmente lo halla, y no aquella por cuyo encargo, a cuyas órdenes o por

cuya cuenta trabaja; por consiguiente, es descubridor el obrero que lo encuentra y no el contratista de las obras cuya realización apareció el tesoro.”⁴⁹

2.6.5. **Accesión.**

Apunta Aguilar Carvajal:

“Se llama accesión el derecho en virtud del cual el propietario de una cosa adquiere la propiedad de todo lo que se le une o incorpora, sea natural o artificialmente.”⁵⁰

La definición expuesta se expresa en el artículo 886 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone: **“La propiedad de los bienes da derecho a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora natural o artificialmente. Este derecho se llama de accesión.”**

La accesión se divide, según su causa, en **discreta** y **continua**. Es discreta, la que se da por las fuerzas internas de la cosa (producción de frutos) y continua cuando se une una cosa exterior, a su vez, la accesión continua puede ser **inmobiliaria** o **mobiliaria**, según que se realice en provecho de una cosa inmueble o de una cosa mueble, y en **natural** e **industrial**, según que la incorporación sea causada por una fuerza natural o producto del trabajo del hombre.

Se considera como fundamento de la accesión el principio jurídico de que **lo accesorio sigue la suerte de lo principal**, merced a esta máxima, en la accesión discreta, el dueño de la cosa lo es de aquello que ésta produce, y en la accesión continua, se atribuye la propiedad al dueño de la cosa principal.

⁴⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José. *opus cit.* pp. 322 y 323.

⁵⁰ AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. *opus cit.* p. 133.

Doctrinalmente se discute la naturaleza jurídica de la accesión, respecto si se debe o no considerar como un medio de adquirir la propiedad; aquellos que le niegan tal característica, consideran que la accesión es sólo consecuencia del efecto expansivo de la propiedad, un modo de ejercitarlo con su extensión; en cambio otros autores consideran que en virtud de la accesión sí hay adquisición de la propiedad de la cosa incorporada.

2.6.5.1. Accesión Discreta.

La accesión discreta tiene lugar por virtud de la producción de frutos, no entra propiamente en el marco de la accesión, es más bien, como ya se estudió, una extensión de la propiedad⁵¹; los frutos, representan el producto de la cosa y se adquieren no por accesión sino por el ejercicio natural de la propiedad, a través del llamado *ius fruendi* o de percepción de los frutos.

Este tipo de accesión, se encuentra prevista en el Código Civil para el Distrito Federal y le dedica los artículos 887 a 894, que establecen su concepto, clasificación y normas generales de atribución, materia que ya fue expuesta en el apartado 2.2.3.

2.6.5.2. Accesión Continua.

Ésta que es propiamente la accesión, se presenta por la unión o incorporación de una cosa a otra, en calidad de accesoria y de un modo inseparable. Como ya se indicó, esta clase de accesión puede ser industrial o natural y puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles.

2.6.5.2.1. Accesión Industrial en Bienes Inmuebles.

En este punto, opera el principio romano *superficies solo cedit*, plasmado en nuestro Código Civil, en su artículo 895, según el cual todo lo edificado, plantado o

⁵¹ Véase apartado 2.2.3.

sembrado en terreno ajeno, pertenece al dueño del terreno o finca, es decir, el suelo se considera bien principal y los materiales serán accesorios. Así, por ejemplo, en el caso de construcciones elevadas sobre el suelo, la propiedad corresponderá al suelo del terreno aún cuando el valor de lo edificado sea superior al del terreno o finca.

Otro principio que opera en este supuesto es que todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, salvo prueba en contrario. (Artículo 896 del Código Civil)

En este tipo de accesión tiene mucha importancia la buena o la mala fe de los adquirentes y pueden presentarse tres supuestos distintos:

a. Que el propietario del suelo haya edificado, plantado o sembrado, con materiales ajenos (897 y 898). En este caso, el dueño de los materiales tiene derecho a que se le pague su valor y si el propietario actuó de mala fe, tendrá, además, derecho a que se le indemnice por los daños y perjuicios que se le hubieren causado. El propietario de los materiales no tiene derecho a pedir que éstos le sean restituidos, a menos que se trate de plantas que no hayan echado raíces y puedan sacarse, caso en el que si podrá pedirse su restitución.

b. Que el propietario de los materiales, edifique, plante o siembre en terreno ajeno. Se aplican reglas distintas, según que el que edifica, planta o siembra en terreno ajeno lo hace de buena o mala fe.

Si el que hace la incorporación procede de buena fe, el dueño del terreno hace suyo lo edificado, plantado o sembrado, previa indemnización, o bien, puede obligar al que edificó o plantó a que le pague el valor del terreno y al que sembró el pago de la renta correspondiente. Si el dueño del terreno procedió de mala fe, únicamente tiene derecho a que se le pague el precio del terreno o el valor de la renta, según corresponda.

Si el que edifica, planta o siembra actúa de mala fe, el dueño hace suya la obra sin que tenga obligación de pagar indemnización al tercero, o bien, puede exigir la demolición de la obra o que se arranque la plantación o siembra, para reponer las cosas a su estado original, a costa del que edificó, plantó o sembró.

En el caso de que ambas partes se conduzcan con mala fe, se entiende compensada dicha circunstancia y se arreglan los derechos de uno y otro conforme a lo resuelto como si hubieran procedido de mala fe. En este supuesto se entiende que hay mala fe del edificador, plantador o sembrador cuando realiza la obra, plantación o siembra sin reclamar que con material suyo las hace otro en terreno que sabe es ajeno; y, tratándose del propietario, se entiende que hay mala fe de éste, siempre que a su vista, ciencia y paciencia se hiciera el edificio, plantación o siembra.

c. El que planta, siembra o edifica, no es dueño ni de los materiales ni del terreno. Si los materiales, plantas o semillas pertenecen a un tercero que no ha procedido de mala fe, responde el dueño del terreno del valor de aquéllos, sólo en forma subsidiaria siempre y cuando el que los empleó no tenga bienes con que pagar y que lo edificado, plantado o sembrado aproveche al dueño.

2.6.5.2.2. Adquisición Natural en Bienes inmuebles.

Esta forma de adquisición tiene las siguientes especies:

A) Aluvión. Se llama aluvión al aumento natural que recibe el borde de una corriente de agua sin que exista separación de una parte reconocible de una orilla superior. El Código Civil atribuye este aumento a los propietarios de los predios ribereños. Como excepción a este principio, los dueños de las heredades confinantes con las lagunas o estanques no adquieren el terreno descubierto por

la disminución natural del agua, pero tampoco pierden el que se inunde por las crecidas extraordinarias del agua.

B) Avulsión. Se designa con este nombre al caso de que una porción de un fundo, considerable y reconocible es separada o arrancada por la fuerza del río y llevada a un fundo inferior o a la orilla opuesta.

Tratándose de tierras, el propietario de la porción arrancada puede reclamar su propiedad, pero debe hacerlo dentro de los dos años siguientes al acontecimiento, si no lo hace dentro de este tiempo perderá su propiedad, a menos que el propietario del campo al que se unió no haya tomado posesión de ella; así, concluye Castán Tobeñas **“Siendo, pues, conocida la procedencia del terreno incorporado, no hay fenómeno legal de accesión”**⁵²

En cuanto a los árboles arrancados o transportados por las corrientes de agua, éstos pertenecen al dueño del terreno a donde vayan a parar, si no los reclaman dentro de un mes los antiguos dueños y si los dueños los reclaman, deberán abonar los gastos ocasionados en recogerlos y ponerlos en lugar seguros. Al respecto el citado autor español, expone: **“Se reconoce, pues, tratándose de árboles solos, el derecho de accesión; pero esta accesión es mediata, puesto que está subordinada al transcurso del plazo que se concede al propietario para reclamarlos.”**⁵³

C) Nacimiento de Isla. Las islas e islotes formados, pertenecen al Estado a los propietarios ribereños, según se hayan formado en aguas de la Federación o de los particulares.

Sobre este punto Colin y Capitant, consideran:

⁵² CASTÁN TOBEÑAS, José. *opus cit.* pp. 357-358.

⁵³ *Ibidem.* p. 358.

“En realidad es la misma solución que existe respecto del aluvión, con la diferencia de que respecto de las corrientes de agua navegables o flotables, la ley consagra en este punto la solución lógica y concede las islas e islotes, no a los particulares, sino al Estado. Cuando existen varios ribereños la división se hace trazando una línea por el centro en el río; esta línea determina a qué orilla deben ser concedidas, o por qué sitio deben ser divididas entre las dos orillas; en cuanto a los ribereños de cada orilla, la división se hace entre ellos, como en el caso de aluvión, proporcionalmente a la longitud de su frente.”⁵⁴

D) Mutación de Cauce. Los cauces abandonados por corrientes de agua que no sean de la Federación, pertenecen a los dueños de los predios ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno; si la corriente era limítrofe de varios predios, el cauce abandonado pertenece a los propietario de ambos predios, en forma proporcional a la extensión del frente de cada una, a lo largo de la corriente, trazando una línea divisoria por el medio del cauce.

2.6.5.2.3. Adhesión de Cosas Muebles.

Este tipo de adhesión se produce por la unión o incorporación de una cosa mueble a otra cosa mueble, siempre que las cosas unidas pertenezcan a distintos propietarios y formen un todo inseparable o cuya separación perjudique a su naturaleza.

Esta materia se rige por dos principios, a saber: 1. Si existe pacto entre los dos propietarios, se deberá estar a lo que en él se establezca; 2. Para el caso de que no exista convención, por lo general, se atribuye la propiedad de todo al dueño de la cosa principal y para determinar cuál es la cosa principal y cuál la accesoria, el Código Civil establece dos criterios, por orden de preferencia:

⁵⁴ COLIN Ambroise y CAPITANT Henry. *opus cit.* pp. 621-622.

- a. Conforme al valor. Se reputa principal la de **mayor valor**.
- b. Según la importancia o a la finalidad de las cosas. En esta hipótesis se reputa principal el objeto cuyo uso, perfección o adorno se haya conseguido por la unión del otro.

Son especies de este tipo de accesión, las siguientes:

a. Adjunción. Existe cuando dos cosas muebles, que pertenecen a dos dueños distintos, se unen de tal manera que forman una sola, pero quedan reconocibles.

En este caso, si existe buena fe y si es posible hacer la separación de las cosas, sin detrimento de ellas, los dueños respectivos pueden exigirla, si no pueden separarse, el dueño de la cosa principal adquiere la propiedad de la accesoria, pero debe pagar su valor al anterior dueño.

En el caso de que la unión se verifique de mala fe, hay que distinguir si la ha hecho el dueño de la cosa accesoria o el de la principal. Si la adjunción de mala fe, la hizo el dueño de la cosa accesoria, pierde la cosa incorporada y tiene obligación de indemnizar al dueño de la principal los perjuicios que haya sufrido; si quien procede de mala fe es el dueño de la principal, el dueño de la accesoria tiene derecho a elegir que se le pague su valor o bien que la cosa de su propiedad sea separada, aun cuando ello implique la destrucción del mueble principal.

En cualquier caso, el dueño de la materia empleada sin su consentimiento tenga derecho a indemnización, puede exigir que ésta consista en la entrega de una cosa igual en especie, en valor y en todas circunstancias a la empleada, o bien en su precio, fijado por peritos.

b. Conmixión. Es la unión de cosas que se confunden y compenentran, de tal modo que no pueden separarse ni distinguirse.

Para este supuesto, cuando la mezcla se realiza por voluntad de los dueños o por casualidad y las cosas no son separables sin detrimento, cada propietario adquiere un derecho proporcional a la parte que le corresponda, según el valor de las cosas mezcladas o confundidas. La anterior solución se aplica, también, para el caso de que la mezcla se verifique por voluntad de uno solo, siempre que actúe de buena fe, a menos que el dueño de la cosa mezclada sin su consentimiento opte por la indemnización de daños y perjuicios.

En el caso de que la mezcla se haya realizado por uno solo y éste actúe de mala fe, pierde la cosa de su pertenencia mezclada o confundida y, además, queda obligado a indemnizar por los daños y perjuicios que cause al dueño de la cosa con que se hizo la mezcla.

c. Especificación. Es la unión de la materia con el trabajo, es decir la aplicación del trabajo humano para darle forma nueva a materia ajena.

El que de buena fe emplea materia ajena para formar una cosa nueva, hace suya la obra siempre que el mérito artístico exceda el valor del material empleado; si el mérito artístico es inferior al precio de la materia, el dueño de ésta hará suya la obra y tiene derecho a pedir indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren causado.

Cuando la especificación se hizo de mala fe, el dueño de la materia empleada tiene derecho a quedarse con la obra sin pagar nada al que la hizo o bien, puede exigir que se le pague el valor de la materia utilizada y le indemnice por los daños y perjuicios que le hayan causado.

2.6.6. Usucapión.

La prescripción adquisitiva o usucapión, es un medio para adquirir la propiedad mediante la posesión, en concepto de dueño, pacífica, continua, pública, y por el tiempo que marca la ley.

Apunta Castán Tobeñas, como requisitos generales de toda usucapión la capacidad de las personas, la aptitud de las cosas, la posesión y el tiempo; y como requerimientos especiales la buena fe y el justo título.⁵⁵

Respecto a la **capacidad** del que adquiere la propiedad por usucapión, el artículo 1138 del Código Civil para el Distrito Federal establece que pueden adquirir por usucapión: **“todos los que son capaces de adquirir por cualquier otro título”**, pro cuanto hace a los menores e incapaces, podrán hacerlo por conducto de quienes legalmente los representen. Tratándose de copropietarios, éstos no pueden prescribir contra los demás copropietarios o coposeedores, pero si contra un extraño y en este caso la usucapión aprovecha a los demás comuneros.

Tratándose de la **aptitud de las cosas** nos dice el artículo 1137 del Código Civil para el Distrito Federal: **“Sólo pueden prescribirse los bienes y obligaciones que están en el comercio, salvo las excepciones establecidas por la ley”**, a esta norma cabría agregarle que, además de estar en el comercio, deben ser bienes susceptibles de reducirse a propiedad privada, pues para usucapir una cosa es preciso poseerla por el tiempo que prevé la ley y, según el artículo 794 del propio ordenamiento sustantivo, sólo son objeto de posesión aquellos bienes que sean susceptibles de apropiación. Respecto a la posesión delictuosa, ésta será apta para usucapir, a partir de que haya quedado extinguida la pena o, en su caso, prescriba la acción penal.

⁵⁵ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José. *opus cit.* p. 383.

Por cuanto a la **posesión**, ésta es la base fundamental de la usucapión y, de conformidad con el artículo 1151 del Código Civil para el Distrito Federal, debe reunir cuatro requisitos, a saber:

1. En concepto de propietario. Para que a través de la posesión se pueda usucapir, es requisito indispensable el *animus domini*, es decir, sólo aquel que detenta la posesión originaria, así, en concordancia con el artículo 791 del Código Civil para el Distrito Federal, el usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario, etc. no podrán adquirir por prescripción, pues éstos tienen una posesión derivada.

2. Pacífica. Es posesión pacífica, aquella que se adquiere sin violencia. Es principio general que la posesión no puede adquirirse con violencia, siempre que haya un poseedor que se oponga a ello.

3. Continua. Es la que no se ha interrumpido durante el tiempo que la ley dispone para que opere la usucapión, dicen Colin y Capitant. “**Se llaman así a los hechos que ponen fin al efecto útil de la prescripción.**”⁵⁶; la interrupción, supone la pérdida del tiempo transcurrido para la usucapión. Existen dos clases de interrupción, la **natural**, que procede de la no prolongación de la posesión y la **civil**, cuando tiene como causa la reclamación del propietario.

Tiene lugar la interrupción natural, cuando el poseedor es privado de la posesión por más de un año. (1168, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal). Este plazo de un año, se explica en consonancia con el artículo 18 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que concede el ejercicio de estas acciones dentro del año siguiente a la perturbación. Cabe mencionar que no se considera perturbado en la posesión, el que es restituido en ella, por resolución judicial.

⁵⁶ COLIN Ambroise y CAPITANT Henry. *opus cit.* p. 639.

La prescripción se interrumpe civilmente por la **interpelación judicial** notificada al poseedor; en este caso, no obstante lo dispuesto en la fracción II del artículo 1168 del Código Civil, de conformidad con el numeral 258 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, bastará la presentación de la demanda para que se interrumpa la prescripción. Por otra parte, si el actor desiste de la demanda o si el demandado es absuelto en juicio, no se considerará interrumpida la prescripción.

También se interrumpe civilmente la prescripción por el **reconocimiento** del poseedor del derecho de aquel contra quien prescribe, al no exigirse formalidad expresa por la ley, éste puede ser expreso o tácito; el único requisito para que sea válido el reconocimiento, es que lo formule cualquier persona que tenga capacidad necesaria para enajenar.

4. Pública. Es pública aquella que se disfruta de manera que puede ser conocida por todos, también lo es aquella que se encuentra inscrita en el Registro Público de la Propiedad.

Por cuanto hace al **plazo**, éste es distinto según se trate de usucapión ordinaria (cuando es de buena fe) o extraordinaria (cuando hay mala fe) y depende también de que se trate de bienes muebles o inmuebles. Los bienes inmuebles se prescriben en **cinco años**, cuando se poseen en concepto de propietario, de buena fe, en forma pacífica, continua y pública y en **diez años** cuando se poseen de mala fe, siempre que sea a título de propietario, pacífica, continua y pública; estos plazos se aumentarán una tercera parte cuando se acredite que el poseedor de finca rústica no la ha cultivado durante la mayor parte del tiempo que la ha poseído y el poseedor de finca urbana, no ha hecho las reparaciones necesarias o ha permanecido deshabitada la mayor parte del tiempo. Tratándose de bienes muebles la prescripción operará en **tres años** cuando son

poseídos de buena fe, pacífica y continuamente, si falta la buena fe, se prescribirán en **cinco años**.

Respecto a la **buena fe** de la posesión, el artículo 806 del Código Civil para el Distrito Federal contempla dos aspectos, uno positivo, que consiste en que la persona posea la cosa en virtud de justo título y un aspecto negativo, que consiste en que el poseedor ignore los vicios del título con que posee; por el contrario, aquél que posee una cosa sin título o bien, conoce los vicios de su título y que le impiden poseer, se reputa poseer de mala fe. La buena fe del poseedor, siempre se presume y aquél que afirme la mala fe, deberá acreditarla. Nuestro Código, en su artículo 808, sanciona la regla del derecho canónico, que exigía la buena fe, durante todo el plazo necesario para usucapir, al disponer: **“La posesión adquirida de buena fe no pierde ese carácter sino en el caso y desde el momento que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.”**

El **justo título**, según el propio artículo 806 del Código Civil para el Distrito Federal, debe entenderse como la causa generadora de la posesión. Según Castán Tobeñas, para que el título sea suficiente para usucapir, debe ser **Justo, Verdadero, Válido y Probado**. Es justo, el que legalmente baste para transferir el dominio, es decir, el que produce la transmisión y adquisición del dominio, así, por ejemplo, la compraventa, la permuta, la donación son títulos justos para transmitir el dominio. Es verdadero, cuando su existencia es real, es decir, no debe tratarse de un título simulado. Es válido cuando el título bastaría para transmitir la propiedad si el transmitente fuera propietario. Debe ser un título probado, por que éste no se presume nunca, lo cual constituye una excepción a la regla plasmada en la parte final del artículo 798 del mismo ordenamiento, según la cual, el poseedor de buena fe tiene a favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa.

El plazo para la prescripción se cuenta por años y no de momento a momento, el día en que comienza la prescripción se cuenta siempre entero, aun cuando no lo sea y el día del vencimiento debe transcurrir completo. Si el día en que fenece el plazo para usucapir es inhábil, no se tendrá por completa la usucapión, sino hasta el siguiente día hábil.

2.7. Copropiedad.

El derecho de propiedad de una cosa puede corresponder a la vez a varias personas sin que exista división material de la cosa, en este caso, se dice que hay copropiedad.

La causa más frecuente de la copropiedad es la muerte del propietario que designa varios herederos universales; también tiene como fuentes el **contrato**, por ejemplo, cuando los particulares compran alguna cosa en común o bien **la ley**.

Se caracteriza por la pluralidad de personas en una misma relación; la indivisión material de la cosa; la titularidad cualitativamente igual de todos los partícipes; cada titular tiene una cuota parte o parte alícuota, que se individualiza si se divide la cosa. En virtud de la copropiedad todos los copropietarios tienen derecho al uso y disfrute de la cosa común en su totalidad; participan proporcionalmente tanto en los beneficios como en las cargas; el uso, los frutos y utilidades pertenecen a todos en proporción y las accesiones del bien común favorecen a todos los copropietarios; deben contribuir a los gastos de conservación; ninguno puede hacer alteraciones en la cosa; si un copropietario adquiere una servidumbre sobre otro predio a favor del común, todos los copropietarios pueden aprovecharse de ella. La participación en los derechos y obligaciones es proporcional al derecho que se represente en la copropiedad y se determina a través de la parte alícuota.

Cada parte alícuota, tiene un valor económico y jurídico, por tanto, puede ser enajenada, gravada o cedida. Para el caso de enajenación, si ésta se verifica entre los condueños no se exigen mayores requisitos, si se pretende enajenar a un tercero, deberá observarse el derecho del tanto. El derecho del tanto, consiste en que llegado el caso de venta de una parte alícuota, correspondiente a un copropietario, los demás tienen derecho a que, en igualdad de condiciones, se les prefiera en la enajenación; es decir, gozan de un derecho preferente en relación con terceros; se busca por este medio reducir el número de copropietario a fin de que pronto se llegue a la propiedad individual.

La pretensión de enajenación, debe ser notificada a los demás copropietarios por medio de notario o judicialmente, para que dentro de los ocho días siguientes, hagan uso del derecho del tanto y una vez transcurrido el mencionado plazo se pierde el derecho. Cuando varios copropietarios hagan uso del derecho del tanto, se preferirá al que represente mayor parte y si son iguales, el designado por la suerte.

La administración de la copropiedad se rige por la voluntad mayoritaria de los condueños. Los acuerdos de la mayoría de los copartícipes tienen el carácter de obligatorios. Para que haya mayoría se requiere que concurra la mayoría de copropietarios y la de intereses. En el caso de que no se produzca esta mayoría, el juez, oyendo a los interesados, resolverá lo que debe hacerse, en vista de las propuestas formuladas. Al ser la conservación de la cosa requisito esencial para la efectividad de su goce o disfrute, el legislador confiere a todo copropietario la facultad de obligar a los copartícipes a contribuir a los gastos que ocasione.

Conforme al artículo 976 del Código Civil para el Distrito Federal la copropiedad puede extinguirse por división de la cosa; por destrucción o pérdida de ella; por enajenación y por consolidación, esto es, que todas las partes que integran la copropiedad sean adquiridas por una sola persona. También puede

extinguirse judicialmente a través del ejercicio de la acción *comuni dividundo*, que encuentra sustento en los artículos 939 y 940 del propio código.

2.7.1. Medianería.

Se llama medianería la indivisión que existe en los cerramientos, como paredes, setos y fosas que separan heredades contiguas. Existe cuando hay copropiedad o comunidad en una pared, zanja, seto o árboles que dividen los predios, esta comunidad es forzosa e incidental. El Código Civil para el Distrito Federal establece presunciones de copropiedad y signos contrarios a ella.

Tratándose de medianería, cada propietario puede usar de la división común y, si es un muro, hasta su mitad, así como alzar la pared a sus expensas; los demás condueños pueden adquirir la parte que se ha elevado siempre que paguen la parte proporcional de la obra; los condueños están obligados a cuidar y mantener la división común, lo que constituye una obligación real o *propter rem*; la adquisición y enajenación de la porción se verifica por la adquisición o enajenación de la totalidad del predio del que el muro es divisorio.

2.8. Desmembramientos de la Propiedad. Generalidades.

A los derechos reales de usufructo, uso y habitación se les ha denominado desmembramiento de la propiedad, por que el titular goza de determinadas ventajas que son inherentes al derecho de propiedad, aunque no con la amplitud del titular de este derecho.

Ya se indicó que el derecho de propiedad faculta a su titular para ceder total o parcialmente su derecho, puede incluso, separar determinadas ventajas económicas del derecho de propiedad a favor de otras personas, constituyendo así un nuevo derecho real.

2.8.1. Derecho real de usufructo. Generalidades

El usufructo es un derecho real, temporal, por regla general vitalicio, que permite a su titular usar un bien ajeno y percibir los frutos que éste genere, sin modificar su forma ni substancia.

2.8.1.1. Características.

a. Es un derecho real. El usufructuario tiene derecho inmediato y directo sobre la cosa o derechos, con todas las facultades inherentes al titular de cualquier derecho real.

b. Uso y disfrute de los bienes ajenos. Este es el contenido del usufructo; expone Leopoldo Aguilar Carvajal: “**permite al usufructuario ejercitar sobre los bienes ajenos, un derecho de uso y además, el fruendi de la doctrina clásica, es decir, hacer suyos los frutos que produzca la cosa.**”⁵⁷

c. Temporal. Lo cual significa que no puede establecerse un usufructo perpetuo, porque la explotación del fondo o de los bienes se haría en forma imperfecta, con perjuicio social. Es un derecho **vitalicio**, por que su vigencia no puede ser mayor a la vida del usufructuario, se extingue con la muerte y no se transmite a los herederos; se puede establecer que el usufructo dure por cierto tiempo o hasta cierto día pero el plazo que se fije no puede ser mayor a la vida del usufructuario.

d. Es un derecho *intuitu personae*. Por que se constituye en atención a las cualidades o atributos de la persona del usufructuario y si bien el usufructuario puede enajenar, arrendar o gravar su derecho, todos los contratos que celebre como usufructuario terminan con el usufructo.

⁵⁷ AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. *opus cit.* p. 159.

e. El usufructo no se transmite a los herederos. Derivado de la característica anterior, a la muerte del usufructuario, el derecho de usufructo se extingue. Aún en el supuesto de que se hubiere fijado un plazo para la duración del usufructo, si muere el usufructuario antes de que fenezca dicho plazo, el derecho se extingue.

f. El derecho real de usufructo es valuable por separado de la nuda propiedad. El derecho real de propiedad comprende las facultades de usar, gozar y disponer de la cosa, las cuales dan un valor económico a la cosa misma. El usufructo comprende sólo las facultades de usar y disfrutar y estas dos por sí solas, tienen una parte específica del valor total de la cosa. De igual forma, la nuda propiedad, que implica únicamente el *abusus*, tiene también su valor económico.

2.8.1.2. Clases.

El usufructo se puede presentar en diferentes formas, a saber:

a. Usufructo Singular. Cuando se establece a favor de una sola persona.

b. Usufructo Colectivo. Surge al establecerse respecto de la misma cosa, a favor de dos o más personas. Este usufructo puede ser, a su vez, **sucesivo**, si se constituye a favor de dos o más personas, pero no entran todas al goce del usufructo, sino que a la extinción del usufructo de una de ellas, entra al goce otra; y **simultáneo**, cuando se constituye a favor de dos o más personas y toda ellas entran en forma inmediata al goce de la cosa, en este caso, cuando cese el derecho de algún usufructuario su derecho pasará al propietario, a menos que se haya pactado derecho de acrecer a favor de los demás usufructuarios.

c. **Usufructo Puro y Simple.** Se presenta cuando el usufructo no está sujeto a plazo o condición y como no se establece plazo de duración, se entenderá que es vitalicio.

d. **Usufructo a Plazo.** Cuando al constituirse el usufructo se establece un plazo para su duración.

e. **Usufructo Condicional.** Cuando al constituirse el usufructo se sujeta a una condición, suspensiva o resolutoria, para su duración.

f. **Usufructo con Carga o Modo.** Cuando al constituirse este derecho real, se establece una carga que el usufructuario debe cumplir.

g. **Usufructo Gratuito.** Es el que se constituye a favor de una persona, sin necesidad de que ésta dé a cambio alguna contraprestación.

h. **Usufructo Oneroso.** Es el que se constituye a favor de una persona y ésta da a su vez una contraprestación al nudo propietario.

i. **Usufructo Particular.** Es aquél que tiene por objeto una cosa determinada y específica.

j. **Usufructo Universal.** Es el que se establece sobre todo un patrimonio o sobre una parte proporcional del mismo.

2.8.1.3. Formas de Constitución

Conforme al artículo 981 del Código Civil para el Distrito Federal, el usufructo puede constituirse por **ley**, por **voluntad de los particulares** (contrato o testamento) o por **prescripción**.

a. **Por disposición de la ley.** Este caso se encuentra plasmado en el artículo 430 del Código Civil para el Distrito Federal que establece: “**En los bienes de segunda clase** (bienes adquiridos por el hijo, menor de edad, por título distinto a su trabajo), **la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. ...**”

b. **Por contrato.** Como su nombre lo indica es aquel que se constituye por virtud de un contrato que celebra el propietario y otra persona que adquiere el usufructo o, en su caso, la nuda propiedad. La constitución por contrato tiene dos formas: 1. **Por retención**, que se presenta cuando el propietario enajena al otro contratante la nuda propiedad y él se reserva el usufructo de la cosa; 2. **Por constitución**, cuando el propietario enajena el usufructo y para él queda la nuda propiedad.

c. **Por testamento.** Cuando el autor de la herencia deja a favor de los herederos o legatarios el usufructo de alguna cosa. Esta forma de constitución tiene dos variantes: 1. A **título universal**, 2. A **título particular**, la importancia que tiene el usufructo universal, es que en éste el usufructuario responde de las deudas, mientras que en el usufructo particular no.

d. **Por prescripción.** El usufructo se adquiere por prescripción o usucapión, con las mismas condiciones de un bien corpóreo, así, por ejemplo, en el caso de una persona que sin ser propietario de una cosa, transmite a otra el usufructo y ésta lo posee en forma continua, pública y pacífica, por el tiempo que establece la ley, una vez fenecido el plazo adquiere el derecho real de usufructo por prescripción.

2.8.1.4. Derechos y Obligaciones del Usufructuario.

A. Derechos.

1. **Ejercer acciones reales, personales y posesorias.** La acción **real** es general y se puede ejercer contra cualquier persona que estorbe en el ejercicio del derecho, a través de ella se pretende la persecución de la cosa en manos de quien se encuentre. La acción **personal**, proviene del contrato o del testamento, esta acción se ejerce contra el contratante o los herederos y tiene por objeto la entrega de la cosa, como forma de cumplimiento del contrato o testamento. Las acciones **posesorias**, como son los interdictos, también le asisten al usufructuario.

2. **Uso y Disfrute de la Cosa.** Tiene derecho a hacer suyos los frutos naturales, civiles o industriales que la cosa produzca, desde la fecha del título constitutivo, herencia o ejercicio de la patria potestad, según el caso. Para este rubro debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 991 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece: **“Los frutos naturales o industriales pendientes al tiempo de comenzar el usufructo pertenecerán al usufructuario. Los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo, pertenecen al propietario...”**

3. **Arrendar, gravar o enajenar el usufructo.** El usufructuario puede hacer uso del usufructo por sí mismo, o bien puede transmitirlo o, incluso, constituir sobre él otro usufructo. Todos los contratos que celebre el usufructuario con tal carácter, quedan sujetos a la vida de éste; de igual forma, la venta del usufructo se extingue a la muerte del usufructuario. Los gravámenes pueden constar en hipoteca o usufructo, pero también se extinguen a la muerte del usufructuario.

B. Obligaciones.

Las obligaciones del usufructuario pueden estudiarse en tres momentos diferentes:

I. Antes de la entrega de la cosa.

1. Realizar un inventario. No es suficiente hacer constar y numerar los bienes que se entregan al usufructuario, también deben tasarse a fin de que, en caso de destrucción o pérdida, puedan valorizarse en forma indubitable. La formación del inventario tiene por objeto, establecer la presunción de lo que el usufructuario debe restituir al nudo propietario al extinguirse el usufructo para que éste, en su caso, pueda pedir la indemnización correspondiente.

2. Otorgar fianza. Esta obligación se contiene en el artículo 1006, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal y tiene por objeto garantizar la conducta del usufructuario. Esta obligación tiene dos excepciones: a) tratándose del usufructo legal, los padres o quienes ejerzan la patria potestad, no se encuentran obligados a constituir fianza, a menos que sean declarados en quiebra, contraigan segundas nupcias o la administración de sus propios bienes sea ruinoso; b) cuando el usufructo se establece por donación, y el donante retiene los bienes en usufructo y transmite la nuda propiedad.

Tratándose de usufructo a título oneroso, la falta de exhibición de la garantía impide al usufructuario exigir la entrega de la cosa y si el usufructo se constituyó a título gratuito, se extingue.

En caso de que se haya entregado la cosa sin haberse otorgado fianza, el nudo propietario puede exigir que ésta se otorgue y si el usufructuario no lo hace, podrá intervenir la administración de los bienes para procurar su conservación.

II. Durante el Usufructo.

1. **Conservar la cosa.** El usufructuario debe usar la cosa como *un buen padre de familia*, lo cual implica que el usufructuario debe abstenerse de realizar todo acto de deterioro de la cosa y mantenerla en estado tal que se impida su destrucción.

Si el usufructo se constituye a título gratuito, corresponde al usufructuario hacer las reparaciones indispensables para mantener la cosa en buen estado, salvo que la necesidad de reparaciones tenga origen en la vejez, vicio intrínseco o deterioro grave de la cosa. Si el usufructo se constituye a título oneroso, las reparaciones necesarias para la conservación de la cosa, corresponden al nudo propietario, pero si el usufructuario desea hacerlas y da aviso de ello al nudo propietario, éste debe retribuir su importe al terminar el usufructo.

2. **Debe destinar la cosa al uso convenido y a falta de convenio a aquel que por su naturaleza sea propio destinarla.**

3. **Notificar al propietario toda usurpación violenta.** El usufructuario debe dar aviso al nudo propietario de todo acto de usurpación o perturbación en la administración, cometidos en agravios de la nuda propiedad, en caso de no hacerlo pagará daños y perjuicios. Si la perturbación es sólo al usufructo, el usufructuario tiene obligación de ejercer las acciones y defensas que le competen.

4. **Responder de las cargas del usufructo.** Según Aguilar Carvajal **“Existe un principio general: si las cosas gravan la nuda propiedad, deben ser a cargo del nudo propietario; pero si gravan los frutos, deben ser a cargo del usufructuario.”**⁵⁸ Cualquier disminución de los frutos, proveniente de contribuciones o cargas ordinarias, son a cuenta del usufructuario. En el usufructo

⁵⁸ AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. *opus cit.* pp. 165-166.

universal, el usufructuario está obligado a pagar por entero el legado de renta vitalicia o pensión de alimentos.

III. Al terminar el Usufructo.

1. Restituir la cosa. Sobre este punto, cabe decirse que no siempre se presenta esta obligación, por ejemplo, cuando el usufructo se extingue por consolidación, renuncia o en el caso de pérdida de la cosa.

2. Rendir cuentas.

3. Responder del deterioro sufrido por su culpa o negligencia.

2.8.1.5. Nudo Propietario. Derechos y Obligaciones.

El nudo propietario retiene la facultad de disposición de la cosa, por tanto, puede ejecutar todos los actos de dominio sobre ella, tiene entonces derecho a enajenar o gravar su nuda propiedad, pero el nuevo adquirente deberá respetar los derechos del usufructuario.

Con motivo del usufructo, el nudo propietario está obligado a entregar la cosa, conservarla durante el tiempo que dure el usufructo a fin de que sirva según su destino; abstenerse de intervenir para perjudicar el uso o disfrute de la cosa; garantizar el goce pacífico del usufructo y responder de los daños y perjuicios causados por defectos o vicios ocultos en la cosa, siempre que sean anteriores a la constitución del usufructo.

2.8.1.6. Extinción del Usufructo.

De conformidad con el artículo 1038 del Código Civil para el Distrito Federal, el usufructo se extingue:

I. Por muerte del usufructuario. Ya que el usufructo es un derecho por naturaleza vitalicio, se extingue por la muerte del usufructuario; en consecuencia, no es transmisible por herencia. Como caso particular, no excepcional, se encuentra el llamado usufructo sucesivo, ya que a la muerte del usufructuario entrará al goce la persona que le sigue. Cuando el usufructo se constituye a favor de personas jurídico colectivas, el usufructo no puede ser mayor a veinte años, en este caso el usufructo termina si la entidad se extingue antes de ese plazo. Finalmente, el usufructo concedido por el tiempo que tarde un tercero en llegar a cierta edad, dura el número de años prefijados aunque el tercero muera antes.

II. Por vencimiento del plazo por el cual se constituyó. Una vez fenecido el plazo para la duración del usufructo se extingue éste, sin que se entienda prorrogado el derecho aun cuando el usufructuario no haga entrega de la cosa. Cabe mencionar que si muere el usufructuario se extingue su derecho aun cuando no haya fenecido el plazo señalado para su duración.

III. Por cumplirse la condición impuesta en el título constitutivo para la cesación de este derecho. Al igual que en la hipótesis anterior, una vez que se actualice la condición resolutoria a que se sujetó la vigencia del usufructo, éste se extingue.

IV. Por la reunión del usufructo y de la propiedad en una misma persona; mas si la reunión se verifica en una sola cosa o parte de lo usufructuado, en lo demás subsistirá el usufructo. A esta forma de extinción se le llama **consolidación** y se presenta cuando en una misma persona se reúnen las cualidades de usufructuario y nudo propietario. Esta forma se presenta cuando el usufructuario adquiere la nuda propiedad o bien, si el nudo propietario y el usufructuario enajenan sus respectivos derechos a un tercero, hipótesis en la cual, el tercero adquirente se convierte en propietario.

V. Por prescripción, conforme a lo prevenido respecto de los derechos reales. Esta hipótesis se actualiza cuando el usufructuario deja de ejercer su derecho por el tiempo que la ley dispone para que queden prescritos. También puede suceder el caso que el usufructuario pierda su derecho por que otra persona lo adquiere por usucapión.

VI. Por la renuncia expresa del usufructuario, salvo lo dispuesto respecto de las renunciaciones hechas en fraude de los acreedores. Gutiérrez y González, dice que la renuncia: **“Es el acto de dimisión o dejación voluntaria de un derecho de índole patrimonial.”**⁵⁹ La renuncia puede ser expresa o tácita. La renuncia expresa puede hacerse constar en un documento público o privado o bien manifestarse ante testigos; puede ser unilateral, es decir, la simple declaración del usufructuario de que renuncia al derecho o bilateral, establecida convencionalmente con el nudo propietario.

VII. Por la pérdida total de la cosa que era objeto del usufructo. Si la destrucción no es total, el derecho continúa sobre lo que de la cosa haya quedado. Para que se extinga el usufructo, la pérdida debe ser total, pues la pérdida parcial no extingue el derecho, pues éste subsiste sobre la parte restante. En el caso de expropiación, la indemnización la recibe el nudo propietario y los intereses el usufructuario. Cuando el usufructo se constituye sobre un edificio, su destrucción no da derecho al usufructuario de gozar del terreno y los materiales, pero si el edificio se vuelve a construir, el usufructo renace.

VIII. Por la cesación del derecho del que constituyó el usufructo, cuando teniendo dominio revocable, llega el caso de la revocación. En este caso, impera el principio de que cuando cesa el derecho del que da, cesa el derecho del que recibe. Por ejemplo, si un usufructuario constituyó, a su vez,

⁵⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto *opus cit.* 483.

usufructo a favor de otro, cuando se extinga el derecho del primer usufructuario se extinguirá el del segundo.

IX. Por no dar fianzas el usufructuario por título gratuito, si el dueño no le ha eximido de esa obligación. Está hipótesis tiene relación con el artículo 1006, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal, la cual quedó explicada en el apartado 1.8.1.4 al hablar de las obligaciones del usufructuario antes de iniciar el usufructo.

2.8.1.7. Usufructos Especiales.

a. Cuasi usufructo. El objeto de este usufructo recae sobre bienes que se consumen por su primer uso; tiene carácter excepcional, pues concede al usufructuario el derecho de consumir la cosa que se le confiere, en estos casos no sólo se otorga el *ius utendi* y el *ius fruendi*, sino también el *ius abutendi*, al permitirse al usufructuario que disponga de la cosas y para salvar esta situación, el legislador impone al usufructuario la obligación de restituir otro tanto de la misma especie o su valor estimado en dinero.

b. Usufructo sobre árboles. En principio, los árboles no se consideran frutos, por tanto, el usufructuario no podrá disponer de ellos, tampoco le es permitido apropiarse de las mismas plantas en calidad de frutos. Cuando son árboles frutales, el usufructuario únicamente hace suyos los frutos y los árboles muertos naturalmente o desprendidos por accidente, pero tiene la obligación de reemplazarlos.

Si se trata de árboles de tala o maderas de construcción, el usufructuario puede hacer las talas o cortes ordinarios que haría el dueño, acomodándose en el modo, porción o épocas a las leyes especiales o a las costumbres del lugar.

c. Usufructo sobre fondo mercantil. En este caso, el usufructuario para poder percibir los frutos del fondo, necesita enajenar las mercancías y conservar los bienes muebles o inmuebles. De ahí que se considere al usufructuario como administrador que tiene no sólo derecho sino la obligación de enajenar parte de los bienes que constituyen el fondo mercantil. Tratándose de cosas consumibles, una vez enajenadas se entregan equivalentes o en su caso dinero; tratándose de mercancías el usufructuario debe restituir mercancías equivalentes. Respecto de los bienes inmuebles, marcas, patentes, nombre comercial y bienes muebles que constituyen el menaje o enseres del fondo mercantil, el usufructuario no puede ejecutar actos de enajenación.

d. Usufructo sobre ganados. En este usufructo el ganado constituye una universalidad de hecho, es decir recae sobre todo el ganado, se constituye sobre un conjunto integrado por un número determinado que el usufructuario debe conservar y devolver un número equivalente de cabezas al que recibió. El usufructuario está obligado a reemplazar con las crías las cabezas que falten por cualquier causa. En el caso de que el ganado muera sin culpa del usufructuario, por efecto de alguna plaga u otro evento no común, el usufructuario cumple con la entrega de los despojos que se hayan salvado.

e. Usufructo sobre acciones o sobre derechos de un socio. Expone Rojina Villegas: **“Es el caso que presenta más dificultades, tomando en cuenta la complejidad de los derechos objeto de usufructo... Los autores están de acuerdo en distinguir, tratándose de beneficios, dos aspectos: unos son los regulares, constates en toda empresa o sociedad, llamados dividendos, que no se amortizan o capitalizan y que anualmente se distribuyen a sus socios; estos beneficios regulares sí son percibidos por el usufructuario. Pero además, existe otra clase de beneficios que arrojan los balances de una negociación, que no son regulares, que no se perciben anualmente, que se capitalizan o se aplican al fondo de reserva de una sociedad, sobre los cuales el usufructuario de una acción o de un derecho**

de socio no tiene participación por cuanto que se destinan a las emergencias o eventualidades de la misma negociación y, por consiguiente no son utilidades líquidas que deban percibirse en forma definitiva, sino que quedarán al resultado de la liquidación al terminar la sociedad.”⁶⁰

f. Usufructo de minas y de canteras. Este se encuentra regulado en el artículo 1001 del Código Civil para el Distrito Federal que establece: **“No corresponden al usufructuario los productos de las minas que se exploten en el terreno dado en usufructo, a no ser que expresamente se le concedan en el título constitutivo del usufructo o que éste sea universal; pero debe indemnizarse al usufructuario de los daños y perjuicios que se le originen por la interrupción del usufructo a consecuencia de las obras que se practiquen para el laboreo de las minas.”**

2.8.2. Derechos reales de uso y habitación.

El Código Civil para el Distrito Federal, regula, a continuación del usufructo, los denominados derechos reales de uso y habitación, que para los compiladores justinianos no eran sino subespecies, junto al usufructo, de la categoría de las servidumbres personales, pues el Derecho romano, con un criterio de gran amplitud, comprendía dentro del concepto servidumbres todas las limitaciones que pudieran existir sobre una cosa ajena, clasificándolas en servidumbres prediales y personales. Las servidumbres personales eran aquellas que se establecían sobre un fundo en interés particular de una persona, sin importar que fuese o no propietario de otro predio, de este modo los derechos de uso y habitación quedaban englobados en la categoría de las servidumbres personales.

El Código francés, redactado con posterioridad a la revolución francesa, influenciado por el ambiente político de la época, prescindió de la categoría de las servidumbres personales, por considerar que la expresión servidumbre personal,

⁶⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *opus cit.* p. 449.

tenía connotaciones feudalistas, así, quedaban los derechos uso y habitación, junto al usufructo, como derechos con sustantividad propia distintos de las servidumbres, por tanto, en la actualidad, han de ser considerados como derechos reales con entidad propia, independientes de las servidumbres, pues así los regula nuestro Código.

2.8.2.1. Uso

El derecho de uso es definido en el artículo 1049 del Código Civil para el Distrito Federal, de la manera que sigue: **“El uso da derecho para percibir de los frutos de una cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y su familia, aunque ésta aumente.”**

En el Derecho romano, el derecho real de uso confería a su titular la facultad de utilizar ilimitadamente una cosa ajena, aunque sin poder aprovecharse de sus frutos. No obstante, y habida cuenta de que existen muchas cosas cuyo simple uso (sin percepción de frutos) reportaba escasa utilidad, el contenido de este derecho fue ampliándose paulatinamente, hasta llegar a las legislaciones modernas con un contenido similar al del usufructo, a modo de usufructo limitado, toda vez que, a diferencia del usufructuario, que en principio puede hacer suyas todas las utilidades de la cosa, el titular del derecho de uso, denominado **usuario** sólo puede aprovecharse de parte de los frutos que la cosa produzca: **“los que basten a las necesidades del usuario y su familia.”** De modo que no puede hacer suyos los frutos que no necesite, además, los que perciba debe utilizarlos para cubrir sus propias necesidades y las de su familia, por lo que no es lícito comerciar con ellos, para adquirir otras cosas.

Al respecto el artículo 1054 del Código Civil para el Distrito Federal dispone: **“El que tiene derecho de uso sobre un ganado, puede aprovecharse de las crías, leche y lana en cuanto baste para su consumo y el de su familia.”**

Este derecho puede recaer sobre cualquier cosa corporal, mueble o inmueble, con tal de que sea fructífera y sus productos puedan ser consumidos directamente por el usuario.

2.8.2.2. Habitación.

Conforme al artículo 1050 del Código Civil para el Distrito Federal: **“La habitación da, a quien tiene este derecho, la facultad de ocupar gratuitamente, en casa ajena, las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia.”**

El derecho de habitación, más útil y frecuente en la práctica, de lo que la doctrina y las interpretaciones judiciales consideran, es una modalidad del derecho de uso, pero aplicado a la vivienda, pues concede a su titular, llamado habituario, la facultad de ocupar, en casa ajena, y de manera gratuita, las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia.

2.8.2.3. Régimen jurídico común a los derechos reales de uso y habitación.

El contenido de estos derechos se determina, en principio, por el título constitutivo, así se desprende del artículo 1052 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice: **“Los derechos y obligaciones del usuario y del que tiene el goce de habitación se arreglarán por los títulos respectivos y, en su defecto, por las disposiciones siguientes.”** Esto constituye una manifestación más al principio de autonomía de la voluntad en materia de derechos reales, pues a la hora de determinar el contenido de estos derechos, habrá de estarse en primer lugar a lo que hayan dispuesto los propios interesados al constituirlos, y sólo a falta de previsión contenida en el título, serán aplicados los artículos del ordenamiento sustantivo que los regulan. Y en defecto de todo ello, deberá acudir a las reglas prevenidas para el usufructo, conforme a lo dispuesto en el

numeral 1053 del Código Civil para el Distrito Federal: **“Las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente Capítulo”**

A diferencia del usufructo, que es un derecho por esencia transmisible, toda vez que su titular puede arrendar a otro la cosa usufructuada e incluso enajenar su derecho de usufructo, los derechos de uso y habitación son intransmisibles e indisponibles, pues dice el artículo 1051 del Código Civil para el Distrito Federal: **“El usuario y el que tiene el derecho de habitación en un edificio no puede enajenar, gravar ni arrendar en todo ni en parte su derecho a otro, ni estos derechos pueden ser embargados por sus acreedores.”**

El concepto de necesidades familiares resulta esencial para determinar el contenido básico de estos derechos, pues en ambos sirve de base a la hora de cuantificar el disfrute de la cosa ajena por parte de su titular, puesto el Código Civil para el Distrito Federal señala que el usuario sólo podrá percibir los frutos que basten a sus necesidades y su familia, aunque ésta aumente y el habituario puede ocupar las piezas necesarias para sí y para su familia; ergo, a más necesidades familiares, mayor cantidad de frutos podrá hacer suyos el usuario y más habitaciones de la vivienda ajena estará facultado para ocupar el habituario.

El número de personas, sin duda, es un factor que debe considerarse a la hora de fijar las necesidades familiares, sin embargo, también habrán de valorarse las circunstancias particulares que concurren en la familia de que se trate, así, serán mayores las necesidades de una familia en la que haya una persona de la tercera edad que no puede valerse por sí mismo o alguna que padezca cualquiera de los estados de incapacidad a que se refiere el artículo 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal, que las necesidades de otra familia en la que todos sus miembros sean plenamente capaces.

Sobre este mismo aspecto, Moreno Quesada apunta:

“La familia a la que hace referencia en este punto el Código escapa de los estrictos de la sangre, pues a estos efectos hay que entender que la forman todas las personas que de una manera estable y continuada convivan bajo un mismo techo, aunque entre ellas no exista relación alguna de parentesco (supongamos la enfermera que vive habitualmente con la familia para cuidar al anciano impedido y enfermo, a la que habrá de tener en cuenta para fijar las necesidades del habitacionista [sic]). Y por supuesto, también será familia a todos estos efectos la denominada familia de hecho, en la que sus miembros o los progenitores no han llegado a contraer matrimonio, habida cuenta la tendencia que existe en la actualidad a equipararla a la familia matrimonial.”⁶¹

Por su parte, Beatriz Arean considera que el concepto de familia es amplio y en ésta quedan comprendidos el cónyuge, aun cuando no hubiera estado casado en el momento de la constitución; los hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos, nacidos antes o después de esa época; el número de sirvientes; las personas que vivan con el usuario o habituario a la fecha de constitución, sean o no parientes; y las personas a las que les deba alimentos.⁶²

Conviene apuntar que la posesión que mantienen los menores que habitan un bien inmueble, derivado del derecho que tienen a percibir alimentos de parte de sus padres, incluida la vivienda, no significa que se les haya transmitido algún derecho real sobre dicho bien, por lo que resultan simples ocupantes del mismo.

Las necesidades personales del usuario y del habituario deben ser considerados con relación a diversas pautas como los hábitos, estado de salud, condición social, etcétera; pero no se comprenden las relativas a la industria o comercio que ejercieren. Asimismo, la medida del aprovechamiento no quedará

⁶¹ MORENO QUESADA, Bernardo et. al. **“Curso de Derecho Civil III. Derechos Reales y Registral Inmobiliario”**. Editorial Tirant lo Blanch libros. Valencia. 1999. p. 342.

⁶² AREAN, Beatriz. **“Curso de Derechos Reales. Privilegios y derecho de retención”**. 5ª. Edición. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000. p. 536.

definitivamente fijada por las necesidades que tenga la familia al constituirse el derecho, pues podrá variar si con el transcurso del tiempo se produce un cambio en la misma, por eso, el artículo 1049 del Código Civil para el Distrito Federal habla de la percepción de frutos que basten para cubrir las necesidades del titular y su familia aunque ésta aumente.

Respecto a la forma de constitución, ambos derechos se constituyen del mismo modo del usufructo, con la salvedad que no existen derecho de uso o habitación que se constituyan por ministerio de ley; por tanto, pueden tener su origen en contratos onerosos o gratuitos, en un testamento y en la usucapión.

En cuanto a su objeto, el uso puede recaer indistintamente sobre muebles o inmuebles, pero tratándose de los primeros deben ser cosas no fungibles; en cuanto a la habitación, sólo puede establecerse sobre un inmueble edificado.

Las facultades del usuario y del habituario pueden ser materiales o jurídicas, en cuanto a las primeras, si el uso recae sobre un fundo, el usuario puede usar tanto lo que es el inmueble por su naturaleza como los accesorios. Con respecto a los frutos, deben tomarse de cada clase de ellos, los necesarios para satisfacer las necesidades propias y de la familia; si se trata del derecho de habitación, su titular únicamente puede servirse de la casa para habitar con la familia. Con relación a las facultades jurídicas, usuario y habituario tienen los derechos de persecución y oponibilidad, relativos a todo derecho real, pero en ningún caso podrán enajenar, gravar ni arrendar su derecho a otro.

Las obligaciones del usuario y del habituario son las mismas que las del usufructuario, con respecto a la necesidad de hacer inventario y dar fianza, efectuar las reparaciones de conservación y contribuir a pagar las cargas y contribuciones, en proporción de lo que goce o de la parte de la casa que ocupe, sobre este aspecto el artículo 1055 del Código Civil para el Distrito Federal, prevé que cuando el usuario consuma todos los frutos de los bienes o el habituario

ocupe todas las piezas de la casa, quedan obligados a todos los gastos de cultivo, reparaciones y pago de contribuciones, pero si el usuario sólo consume parte de los frutos y el habituario únicamente utiliza parte de la casa, no deben contribuir en nada siempre que la parte que quede al propietario sea suficiente para cubrir los gastos y las cargas.

Respecto a la forma de extinción, las causales previstas en el artículo 1038 código citado para el usufructo, son aplicables a los derechos de uso y habitación, según lo previsto en el numeral 1053 del mismo.

2.8.2.4. Diferencias entre usufructo, uso y habitación.

Entre el usufructo y los derechos reales uso y habitación, podemos destacar las siguientes diferencias:

1. El usufructo es un derecho completo, porque otorga a su titular toda la facultad de uso y toda la de goce, es decir, el usufructuario, junto con el derecho a servirse de la cosa conforme a su naturaleza, tiene también la facultad de percibir los frutos de la cosa; por su parte, el uso y la habitación no son derecho completos, si bien el usuario y el habituario tienen la facultad de servirse de la cosa conforme a su naturaleza, no tienen toda la facultad de goce, porque sólo pueden percibir una parte limitada de las utilidades y productos de la cosa.

2. El usufructuario puede constituirse, entre otras maneras, por ministerio de ley; no hay uso o habitación legales.

3. El usufructo es embargable; el uso y la habitación son inembargables.

4. El usufructuario debe soportar el total de las cargas fructuarias, mientras que el usuario y el habituario deben concurrir a ellas a prorrata del beneficio que la cosa les reporta.

5. El usufructo es intransmisible, pero transferible; los derechos de uso y habitación, son intransmisibles e intransferibles.

CAPÍTULO 3

DERECHO REAL DE SUPERFICIE

3.1. Breve Reseña Histórica.

Dado que el derecho romano es fuente de muchas legislaciones actuales, es referencia obligada para el estudio de casi todas las instituciones de Derecho Civil vigentes en nuestra época, por tanto, consideramos necesario acudir a este antiguo derecho para develar los orígenes 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, que si bien es cierto, tienen cosas muy afines, también es cierto que no es una calca de una cosa con la otra. Conforme a la enciclopedia universal ilustrada Europeo Americana, algunos autores antiguos **“quieren ver un ejemplo de superficie en el contrato que la reina Dido, la fugitiva Elisar, celebró con los Números para adquirir el terreno en que había de fundar a Cartago.”**¹

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, pues conforme al principio *superficies solo cedit*, lo edificado o construido cede a favor del suelo. Había sin embargo, propietarios que no podían o no querían construir y 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

¹ “Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana”. Tomo 58, voz Superficie, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1958. p. 916.

práctica con el suelo público. Cuando los propietarios particulares comenzaron a hacer lo mismo, celebraban un contrato con el que quería edificar, que generalmente era de arrendamiento, y recibían una contraprestación en dinero a cambio de las facultades concedidas al constructor, por tanto, éstas no constituyen un derecho real, sino un derecho personal, protegido solamente por las correspondientes acciones personales que nacen del contrato y que en caso de ejercitarlas era únicamente en contra del propietario concedente o contra sus herederos.

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 interdicto 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 del derecho de superficie, el superficiario, que es él quien tiene el uso de la superficie.

Se cree que en el derecho clásico no pasó de ahí, pero es en el derecho justiniano donde, al operar 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.

Algunos romanistas, no están conformes en que dicho derecho real constituya una categoría autónoma, algunos lo designan con la palabra **servidumbre**.

La citada enciclopedia nos dice:

“Danz, Dittmar y Puchta citan como ejemplo más claro lo que narra Dionisio sobre la Lex Icilia de Aventino publicando. Permitía esta Ley que los plebeyos habitasen en el Aventino, y numerosas familias construyeron edificios en el suelo común, dividiendo entre si los pisos. Pero como no consta, ni que el Estado se hubiese reservado la propiedad del suelo, no que se pagara un canon por la ocupación, ni que los pisos tuvieran distinta consideración jurídica, Rudorff concluye por afirmar que en estas condiciones del Aventino se daba una verdadera *communio pro indiviso* relativa a la plena propiedad, con distribución del goce o uso de los pisos”²

Según la misma fuente, la *Lex Thoria Agraria* (año de 642 a. C.) habla de la existencia de posesiones superficiarias pero sin referir mas detalles. **“Mommsen piensa que acaso se refiera a las cabañas de los pecuarii (arrendatarios de pastos) o a las granjas (*villae*) de los aradores (labradores) que pagaban un canon (vectigal). Fontino cuenta que en las conducciones de agua para abastecer a Roma existían casas edificadas sobre suelo público, por las que se pagaba un censo.”³**

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 los particulares, y es con ocasión de las casas así edificadas *superficiarias*

² “Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana”. p. 916.

³ *Ibidem*. p. 916.

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, ofrece al superficiario un interdicto *de superficie* para hacerse mantener en la posesión, además, y únicamente en caso de arriendo a perpetuidad o a largo plazo, 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.

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 a decir de Eugene Petit consistía básicamente en lo siguiente:

“... en parte era dividido y asignado a los particulares (*assignatio, ager assignatus*), o 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, 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.”⁴

Dentro de los vestigios encontrados sobre el tema, el mismo autor francés nos proporciona 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*”.⁵

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

“*Superficiarias sedes apellamus quoe in conducto solo positae sunt.* (Llamamos casas superficiarias a las construidas 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*)”⁶

⁴ PETIT, Eugene. *opus cit.* p. 294.

⁵ *Ibidem.* p. 294.

⁶ LÓPEZ PORTILLO Y VERNÓN, José y CRUZ JIMÉNEZ María Aurora, “Primer Curso De Derecho Romano”, México, 1996, Anaya Editores. pp. 197-198.

Según los principios de la **accessión**, lo que se edifica en suelo de otro cede o accede a la propiedad del dueño del suelo: *superficies solo cedit*. Sin embargo, sentida que fue la necesidad de construir en suelo público, se permitió a los particulares levantar sobre él edificios, otorgándoles el goce de los mismos a cambio de un canon por años. Famosas son las concesiones hechas por los magistrados a los banqueros –*argentarii*– para construir en el foro *tabernae*, donde ejercer su actividad, con la facultad de destruirlas, así como de transmitir a otros el derecho al goce de las mismas. Nada sabemos con exactitud acerca del régimen jurídico que sirve de base a tales concesiones, si bien no se excluye la posibilidad de que la relación se constituyese mediante un arrendamiento de Derecho público, y que el concesionario se hallase asistido por el *interdictum de loco publico friendo*. Sea como fuere, lo cierto es que esta práctica se extendió después a los municipios, y en último término, a los sujetos privados. Es en este momento cuando la institución adquiere figura autónoma, constituyéndose casi siempre por arrendamiento.

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

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.

Como el Derecho Civil y la práctica jurídica se colisionaban, “**el Derecho pretorio concedió en primer lugar al superficiario el interdicto de *superficiebus*, cuya fórmula, conservada a través de un texto de Ulpiano dice (l, 1, D. de *superficiebus*, 43, 18): *Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitar, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero fruimini, quo inius fruimini, vim fieri veto...* (Cuando alguien, en virtud de un contrato de arriendo y sin violencia, clandestinidad ni precariamente, goce la superficie de que se trata, prohíbo que se le perturbe en el disfrute)”⁷**

Este interdicto de “*superficiebus*”, tomado del interdicto “*uti possidetis*” protegía al concesionario en el goce de la superficie contra atentados exteriores, pero no se trataba de una acción posesoria únicamente, pues suponía, además de dicha posesión, una *iusta causa possessionis*.

Posteriormente, 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. 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.

⁷ “**Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana**”. Tomo 58. voz Superficie. Editorial Espasa-Calpe. Madrid. 1958. p. 917.

Es entonces 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, según Petit, después del examen de los hechos:

“a).- Una acción “in rem”, para hacer valer su derecho contra todos, aún contra el propietario; b).- Un excepción contra la rei vindicatio del propietario; y c).- En fin, cualquier otra acción de que tuviera necesidad”.⁸

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.

3.1.1. Concepción romana del derecho de superficie.

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. 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 plazo fijado.

El superficiario o concesionario tenía los siguientes derechos y deberes respecto del fundo concedido:

⁸ PETIT, Eugene, *opus cit.* 294.

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.

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

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.

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.

Por otra parte, el derecho de superficie dentro del orden justinianeo 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 como 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 edificio, por muerte del superficiario sin disposición testamentaria y sin herederos conocidos, por renuncia del titular del derecho de superficie, y por prescripción.

3.2. Concepto.

La doctrina, principalmente extranjera, ha proporcionado múltiples definiciones del derecho de superficie de las cuales, consideramos que destacan las que a continuación se exponen.

Para Domenico Barbero, la propiedad superficiaria es:

“derecho de propiedad sobre la superficie, integrado por un derecho real funcionalmente conexo, e inseparable, sobre el suelo, consistente en el poder de mantener el suelo sometido a la sustentación de la superficie”.⁹

José Castán Tobeñas expone:

“Se llama superficie (*de superficies*) a todo lo que hay sobre el suelo (*edificios, plantaciones*), y derecho de superficie al que una persona tiene sobre construcciones, árboles o plantas adheridas a un suelo ajeno.”¹⁰

El propio autor español nos proporciona las definiciones propuestas por Puig Peña y Roca Sastre, el primero define el derecho de superficie como:

“aquel de naturaleza real por cuya virtud una persona (concedente) otorga a otra (superficiario) el derecho de levantar en el suelo de su propiedad

⁹ DOMENICO, Barbero. “Sistema de Derecho Privado. Tomo II”. Editorial E.J.E.A., Buenos Aires, 1967. p. 303.

¹⁰ CASTAN TOBEÑAS José. “Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo II Volumen 2”. Editorial Reus, Madrid. 1994. pp. 454-455.

edificios o plantaciones de las que deviene titular el que las hace, bajo ciertas y determinadas condiciones”¹¹.

Mientras que el segundo, sobre la idea que el derecho de superficie, más que facultar a su titular a construir o edificar le autoriza a tener o mantener, en terreno ajeno, una edificación en propiedad, define el derecho de superficie como:

“el derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de edificación o plantación preexistente”¹²

Por su parte, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón, consideran que el derecho de superficie en su variedad urbana:

“es el derecho real que confiere a su titular el poder de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido... En su variedad rústica, el derecho de superficie permite a su titular plantar o sembrar, teniendo la propiedad de los plantado o sembrado.”¹³

Otro español, José Puig Brutau, en términos similares a Roca Sastre lo define como:

“el derecho de tener en terreno ajeno una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio de edificar o plantar, o por medio de la adquisición de una edificación o plantación preexistente.”¹⁴

Para la doctrina mexicana, Ernesto Gutiérrez y González apunta:

“El derecho real de superficie es el derecho vitalicio, salvo pacto en contrario, que se constituye por el dueño de un predio, a favor de otra

¹¹ CASTAN TOBEÑAS José. *opus cit.* pp. 456-458.

¹² *Ibidem.* p. 458.

¹³ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. **“Sistema de Derecho Civil. Volumen III, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral”**. Editorial Tecnos, Madrid, 1992. p. 486.

¹⁴ PUIG BRUTAU, José. **“Compendio de Derecho Civil. Tomo III Derechos Reales Derecho Hipotecario”**. Editorial Bosch, Barcelona, 1989. p. 345.

persona, y en virtud del cual esta (sic), puede construir en el inmueble de aquella (sic), un edificio o una nueva construcción encima del que ya hubiere, o realizar construcciones debajo del suelo del mismo”¹⁵

Conviene precisar que, contrario a la consideración del autor, el derecho real de superficie no es vitalicio pues se distingue de otros *iura in re aliena* precisamente por la posibilidad de ser objeto de sucesión *mortis causa*, además, el propio autor al precisar las características del derecho de superficie considera que éste es un derecho transmisible por herencia.¹⁶

Por otra parte, del artículo 1283 del Código Civil para el Estado de Tabasco, se desprende la siguiente definición:

“El derecho real de superficie es el que constituye el dueño de un terreno a favor de otra persona, facultándola para:

Construir un edificio sobre el suelo; y

Hacer construcciones debajo del suelo.

El derecho de superficie sólo puede constituirse por tiempo determinado, a título oneroso o gratuito, por acto entre vivos o por testamento.”

El Código Civil para el Estado de Jalisco, en su numeral 1213, dispone:

“El derecho real de superficie faculta a su titular a sembrar, plantar o edificar sobre parte o la totalidad del terreno ajeno o construir por debajo de éste, sin que en ningún caso y mientras subsista tal derecho puedan confundirse ambas propiedades, ya que el terreno seguirá perteneciendo al dueño de éste, y la de lo sembrado, plantado o edificado será del superficiario.”

El Código Civil para el Estado de Nuevo León, dispone en su artículo 1047:

“El derecho real de superficie faculta a su titular a sembrar, plantar, edificar sobre terreno ajeno o construir aún por debajo de éste, convirtiéndose en el

¹⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *opus cit.* p. 524.

¹⁶ *Cfr.* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *opus cit.* p. 524.

titular del derecho de propiedad sobre dichas plantaciones, siembra o edificaciones.”

De las definiciones apuntadas, podemos concluir que el derecho de superficie, es el derecho real temporal que faculta a su titular a edificar, plantar o sembrar o, en su caso, mantener temporalmente un edificio, plantación o siembra, propios, en suelo de propiedad ajena.

3.3. Derecho de superficie en el derecho comparado.¹⁷

1. Alemania. El Código Civil alemán (BGB) reguló el derecho de superficie, destinado exclusivamente a las construcciones, en los §1012 a 1017. A través de este derecho se puede gravar un inmueble para tener una construcción sobre o bajo su superficie, el cual podrá extenderse al uso de una parte que sin ser necesaria para la construcción, revista utilidad para el titular. El derecho de superficie no puede restringirse a una parte de la construcción, especialmente a un piso. El acuerdo entre el propietario y el superficiario debe ser declarado en la oficina del registro de la propiedad; esta inscripción se lleva a cabo en forma separada a la que corresponde hacer en el folio asignado a la finca gravada. El derecho no se extingue por la destrucción de lo construido, en tal caso, el superficiario puede volver a construir. Por regla general, se constituye por un número determinado de años (el máximo es noventa y nueve) y el superficiario abona al propietario una suma periódica. El derecho de superficie es enajenable y transmisible vía hereditaria, pero el propietario puede reservarse el derecho de dar su conformidad para la enajenación.

2. Bolivia. El Código Civil de 1976, en su artículos 201 a 209 regula separadamente el derecho a construir y a la propiedad superficiaria, excluyendo las plantaciones. Tratándose del primero el artículo 201 establece que el

¹⁷ Sobre este tema ver PAPAÑO, Ricardo J. “**Derechos Civil. Derechos Reales. Tomo 2**”. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2004.

propietario de un terreno puede darle a otro, por testamento o por contrato oneroso o gratuito, el derecho a construir para que el concesionario adquiriera la propiedad de lo construido y es catalogado como derecho real inmobiliario. En cuanto a la propiedad superficiaria, que también es considerada como derecho real sobre inmueble, puede estar referido a tener como propia a la cosa edificada en terreno ajeno, como adquirirlo por legado o transferencia de una construcción ya existente, siempre que constituya una propiedad separada del suelo y subsuelo. Tampoco se extingue el derecho por destrucción de lo construido, porque el superficiario lo podrá reconstruir. La duración de este derecho no podrá exceder los treinta años; al vencimiento del plazo se extingue el derecho y el propietario recupera su dominio plenamente, previo pago del mayor valor adquirido.

3. Brasil. A partir del once de enero de 2003, entró en vigor el nuevo Código Civil, el cual regula el derecho de superficie en el Libro III, Título IV, artículos 1369 a 1377. Entre otras cosas, dispone que el propietario puede conceder a otro el derecho de construir o plantar en su terreno, por tiempo indeterminado, aunque no indica mínimo o máximo, debe constar en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble; este código no autoriza al superficiario a realizar obras en el subsuelo. Su constitución puede ser gratuita u onerosa, si fuere onerosa, las partes estipularán si el pago será hecho en una sola exhibición o en cuotas; el superficiario responderá por las expensas y tributos que incidieren sobre el inmueble. El derecho de superficie se puede transmitir a terceros y es susceptible de transmisión hereditaria. En caso de enajenación del inmueble o del derecho de superficie, el superficiario o el propietario, según el caso, tendrán derecho de preferencia en igualdad de condiciones. Puede resolverse el derecho antes del término previsto si el superficiario le da al terreno un destino distinto a aquel para el cual fue concedido; y extinguida la concesión, el propietario pasará a tener la propiedad plena sobre el terreno, construcción o plantación, independientemente de indemnizar, salvo pacto en contrario.

4. Canadá. El Código Civil de Québec de 1991, regula el derecho de superficie en los artículos 1110 a 1118, esta legislación lo admite tanto para construcciones como para plantaciones. Son tres las formas en que puede constituirse: por la división del objeto del derecho de propiedad sobre un inmueble, por la transferencia del derecho de accesión o por la renuncia de la accesión. Puede constituirse a través de convenio y en tal caso la voluntad de las partes regirá las relaciones del propietario con el superficiario. En caso de no existir convenio, se constituirán tantas servidumbres como resulten necesarias para el ejercicio del derecho, mismas que se extinguirán al terminar la superficie; cada una de las partes debe soportar las cargas que graven su derecho. Puede ser perpetuo, sujetarse a algún plazo o bien, puede ser condicional. Se extingue por consolidación, el cumplimiento de la condición resolutoria o el vencimiento del plazo, también se extingue por la pérdida total de lo construido o plantado si la superficie se constituyó por la división del objeto del derecho de propiedad; la expropiación de las construcciones, obras o plantaciones no le pone fin al derecho. Al extinguirse la superficie, el propietario del suelo puede adquirir lo construido o plantado y deberá pagar su valor al superficiario; el superficiario puede adquirir la propiedad del suelo y pagar su valor al dueño, siempre que las construcciones, trabajos o plantaciones sean de igual o mayor precio que el del suelo, o bien, puede optar por remover los accesorios a su costa y dejar el suelo en su estado original. Si el superficiario no ejerce su derecho de adquirir el suelo y las accesiones incorporadas dentro de los noventa días siguientes a la finalización del derecho, las adquiere el dueño del suelo. A falta de acuerdo sobre el precio y condiciones para la remoción de lo construido o plantado, su fijación será judicial.

5. España. El derecho de superficie carece de una regulación específica en el Código Civil español, ha sido la doctrina la encargada de explicar y estudiar esta institución. Distinguen en el derecho de superficie, dos situaciones jurídicas diferentes: por un lado, el derecho de construir o plantar sobre suelo ajeno y, por el otro, el derecho de dominio sobre lo construido o plantado. En el primer caso estamos en presencia de un derecho real sobre cosa ajena y en el

segundo caso también ante un derecho real pero sobre cosa propia. Actualmente, la regulación de este derecho se encuentra en el Reglamento hipotecario de 1959, que en su artículo 16 establece que el derecho del superficiario urbano comprende no solamente la edificación en suelo ajeno, sino que también puede comprender el derecho de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos.

6. Francia. El Código Civil francés no admite expresamente el derecho de superficie, sin embargo, a través de la evolución jurisprudencial se abrió camino para su admisión sin restricciones, observándose el abandono de su aplicación a la tierra rural y el correlativo aumento a la urbana, lo cual incrementó los proyectos de construcción.

El derecho de superficie en Francia puede constituirse por convención o por usucapión; la convención puede derivar de una compraventa, lo que en realidad implica la renuncia del dueño del suelo al derecho de accesión; de una cesión del derecho de construir o plantar; de una locación en el que el locador permite al locatario construir o plantar y renunciar a su derecho de accesión, sin perjuicio de otros pactos que se podrán convenir.

Entre los caracteres que lo aproximan al derecho de propiedad destacan, la perpetuidad, salvo pacto en contrario; que no se extingue por el no uso; goza del *ius utendi, fruendi y abutendi*, por lo que podrá comportarse respecto de su derecho como si fuera dueño perfecto, por lo que incluso, puede hipotecarlo.

Sobre los volúmenes edificables se puede constituir este derecho, sin que pierda su calidad de real y aun antes de comenzada la obra, pero este objeto no se corporizará, sino cuando la construcción haya concluido, admitiéndose así una desmaterialización total de la cosa inmueble.

7. Italia. El Código Civil italiano de 1942 regula el derecho de superficie en los artículos 952 a 956. De acuerdo con el régimen común, el propietario puede construir sobre una finca el derecho de superficie (concesión *ad aedificandum*, derecho de edificar) a favor de un tercero, quien se hace dueño de lo edificado. Extinguido el derecho por el vencimiento del plazo el dueño del suelo se hace propietario de todo, sin que se haya previsto ningún tipo de indemnización a favor del superficiario.

Excepcionalmente se admite la enajenación de una construcción existente separadamente de la propiedad del suelo.

8. Perú. El Código Civil de Perú de 1984, regula el derecho de superficie a partir del artículo 1030, el cual dispone que el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo, la tendencia es considerar que se está frente a dos derechos de propiedad diferentes. El derecho de superficie es transmisible salvo pacto en contrario, lo que robustece la idea de que se trata de un derecho de propiedad, ya que de lo contrario se hubiera limitado a autorizar la transmisibilidad de su ejercicio. Se puede constituir por acto *inter vivos* o por testamento y el plazo máximo admitido es de noventa y nueve años, no renovable.

La destrucción de lo construido no es causal de extinción del derecho, no obstante, no se ha previsto un plazo determinado para que el superficiario pueda volver a construir.

9. Portugal. El Código Civil de este país, admite expresamente el derecho de superficie y lo regula en los artículos 1524 a 1542, en sus dos variantes, sobre construcciones y sobre plantaciones. La doctrina portuguesa ha definido a la superficie como el derecho real de tener una cosa propia incorporada en terreno ajeno. Las partes pueden pactar que el superficiario pague una contraprestación, única o periódica, por un tiempo limitado o a perpetuidad. En

este Código se reconoce el derecho de indemnización, el que debe calcularse según las reglas del enriquecimiento sin causa.

3.4. Características.

Aun cuando en la doctrina y legislación, tanto nacional como extranjera, son variadas, podemos apuntar como características del derecho real de superficie, las siguientes:

1. **Es un derecho real de goce sobre cosa ajena** que otorga a su titular la facultad de edificar o plantar en suelo ajeno o, en su caso, a mantener una edificación propia en terreno ajeno.

2. **Es un derecho temporal.** A los efectos de limitar en el tiempo la separación entre el dominio útil y el directo, este derecho es y debe ser temporal. Respecto a esta característica las legislaciones estatales de la República Mexicana no hacen referencia a la duración mínima o máxima de este derecho, limitándose, en su caso a establecer que puede constituirse a plazo fijo o a plazo indeterminado y en este último caso no operan las reglas de la interpelación, sino que requiere el acuerdo tanto de superficiario como del propietario y en caso de desavenencia lo decidirá el Juez, quien fijará el plazo para la conclusión del derecho.

Consideramos que esta fórmula, además de generar incertidumbre, puede ser motor de constantes conflictos, más aún en el caso de fijarse la duración de la superficie por tiempo indeterminado. Por otra parte, en Argentina, el proyecto de unificación de la Legislación Civil y Comercial, en su artículo 2614 incorpora el derecho de superficie y en su primer párrafo dispone: **“El dueño de un inmueble puede constituir el derecho real de superficie por un plazo determinado no mayor de 50 años, pero debe sujetarse a lo dispuesto en este artículo.”** La norma transcrita, sólo resuelve la mitad del problema, pues nos fija un plazo máximo para su duración, el cual, en su caso, prevendrá los conflictos inherentes

a su vigencia cuando se constituya por tiempo indeterminado, pero es exigua al carecer de tiempo mínimo para su vigencia, que consideramos debe regularse indefectiblemente, ello a fin de evitar plazos tan cortos que hagan inoperantes los fines que se persiguen con la superficie.

Así, consideramos que el derecho real de superficie no puede constituirse por menos de diez años, periodo que consideramos suficiente para satisfacer la mayoría de las necesidades que pueden cubrirse a través de la explotación de la propiedad inmobiliaria, y tendrá una vigencia máxima de cincuenta años, sea el titular persona física o jurídico colectiva; estos plazos se establecen sin perjuicio de que al extinguirse la superficie pueda renovarse el derecho por otro plazo que deberá ajustarse a los límites propuestos.

Es probable, también que las partes convengan en establecer que la duración del derecho real de superficie será indeterminada, pero en ningún caso podrá durar mas tiempo que el plazo propuesto; en este caso, para dar por concluido el derecho de superficie, no operará la regla de la interpelación para establecer el vencimiento de las obligaciones sino que se requerirá el mutuo consentimiento de propietario y superficiario y en caso de que éste no exista se acudiría el Juez competente quien establecerá el plazo para su conclusión. De igual forma, podrá sujetarse la vigencia de la superficie al acaecimiento de alguna condición resolutoria.

Al ser temporal el derecho de superficie, debe subrayarse la consecuencia de que, expirado el plazo por el que se constituyó, lo edificado o plantado revierte al propietario del suelo.

3. Es un derecho real limitado. Este carácter no desmerece que el superficiario sea dueño de lo construido o sembrado, y que por tal título pueda disponer del derecho de superficie que es facultad propia de todo propietario.

4. Faculta al titular del derecho, superficiario, a construir en terreno ajeno, en el subsuelo, un edificio (vuelo), o construir encima de una construcción existente.

5. Coexisten dos propiedades. La del dueño del terreno y la del superficiario.¹⁸

6. El carácter absoluto de la propiedad, se restringe al disminuir sus facultades, en consideración del beneficio y utilidad que le va prestar un bien inmueble a otro que no es el titular.

7. El superficiario tiene la calidad de propietario, respecto de la obra que realice, por tanto, puede enajenarla, gravarla, arrendarla, hipotecarla, etc., pero como derecho temporal y revocable, los contratos que realice el superficiario con tal carácter se extinguirán a la conclusión del derecho.

8. Es un derecho transmisible por herencia, lo que le distingue de los derechos reales de usufructo, uso y habitación, que se extinguen con la muerte de su titular.

9. Se extingue, si el superficiario no comienza la obra dentro del plazo que las partes convengan o, en su defecto, dentro del plazo que dispone la ley, por regla general, dos años cuando se trate de construcciones y un año cuando se trate de siembra.

10. Al extinguirse el derecho real de superficie, el propietario del suelo, adquiere la propiedad de las obras realizadas por el superficiario, a menos que se hubiese pactado lo contrario o se facultara al superficiario para retirar la construcción elevada.

¹⁸ Sobre este punto el artículo 1048 del Código Civil para el Estado de Nuevo León dispone: “**En el derecho de superficie el terreno pertenece al propietario y lo sembrado, plantado o edificado al superficiario.**”

3.5. Naturaleza Jurídica.

El derecho de superficie se ha estudiado desde diversos ángulos a través del tiempo, por legislaciones variadas, lo cual ha dado lugar a una serie de opiniones acerca de su naturaleza jurídica.

Las diversas concepciones respecto a la naturaleza jurídica del derecho de superficie pueden ser divididas en tres grupos, a saber:

a. Teorías que lo considera como un dominio dividido. 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 doctrina considera a este derecho como una propiedad limitada en ciertos aspectos, pero independiente de la propiedad del suelo.

Dice Castán Tobeñas:

“Admitió esta concepción el Derecho medieval, muchos de cuyos intérpretes señalaron como un caso de *dominium utile* el derecho del que edifica sobre el suelo ajeno. Inicialmente tiene esta teoría aceptación en la doctrina francesa. Aubry y Rau definen el derecho de superficie como un derecho de propiedad que recae sobre las construcciones, árboles plantas adheridos a la superficie del fundo (edificios y superficies), perteneciendo lo que está debajo (*tréfons*) a otro propietario”¹⁹

Para Colin y Capitant, **“El derecho de superficie consiste en el derecho que un propietario (llamado superficiario) ejerce sobre el suelo de un fundo**

¹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo II Volumen 2”. Editorial Reus, Madrid. 1994. p. 462.

cuya parte inferior o subsuelo pertenece a otro propietario (llamado *trefoncier*)”²⁰, es decir, consideran que en los derechos de superficie y sobre el subsuelo existen dos propiedades distintas y superpuestas.

En México, Antonio de 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 perpetuo 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.²¹

b. Teorías que asimilan a la superficie algún otro derecho real.

Dentro de este segundo grupo doctrinario encontramos varios matices, algunos consideran al derecho de superficie como una servidumbre, otros lo equiparan a la enfiteusis y otros por último, lo asemejan al usufructo.

Esta doctrina considera al derecho de superficie como un derecho real, enajenable y transmisible, sobre construcciones hechas en fundo ajeno, ligado o no a la obligación de pagar un canon al propietario.

Según Castán Tobeñas:

“Esta es la concepción del 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. Ha defendido esta teoría gran parte de la doctrina italiana.”²²

²⁰ COLIN Ambroise y CAPITANT Henry. *opus cit.* p. 567.

²¹ Cfr. DE IBARROLA, Antonio. *opus cit.* p. 445.

²² CASTÁN TOBEÑAS, José. **“Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo II Volumen 2”**. p. 461.

Como se dijo, 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 como indestructible el principio de la accesión, por cuya virtud, el propietario del suelo, era siempre también propietario del vuelo; es decir, de todo lo que existiese sobre la superficie; por tanto, era inconcebible la idea de un dominio separado, sino tan solo mediante la existencia de un derecho real sobre las construcciones hechas en ese fundo ajeno.

c. Teorías que considera a la superficie como un derecho real específico. El citado autor español no ilustra:

“Hay además una posición intermedia –mantenida por la doctrina alemana y buena parte de la italiana- que descompone la relación jurídica de la superficie en dos y estima que, respecto del suelo, el superficiario ostenta un derecho real de disfrute sobre fundo ajeno, que le autoriza a ocupar el área e éste, y respecto a las construcciones mismas tiene una propiedad limitada.”²³En síntesis, este tercer grupo se integra por aquellas doctrinas que dividen el derecho de superficie en dos, por una parte consideran 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.

En este sentido también se expresa Trabucchi al decir que:

“El derecho de superficie es un derecho real típico. Teniendo en cuenta que origina un simple derecho de construir, es por ello solo un derecho real sobre fundo ajeno; lo demuestra el último párrafo del artículo 954 que

²³ CASTÁN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo II Volumen 2”. p. 463.

prescribe que el derecho de realizar la construcción prescribe por el no uso durante veinte años.”²⁴

3.6. Elementos del derecho real de superficie.

Los elementos del derecho real de superficie son reales, personales y formales.

3.6.1. Elemento real u objetivo.

El elemento real del derecho de superficie, está integrado por la cosa sobre la que recae el derecho, así, la superficie supone una finca gravada, en cuyo suelo puedan elevarse construcciones o plantaciones por persona distinta del propietario de aquél; algunas legislaciones prevén la posibilidad de que el derecho de superficie pueda referirse no sólo a construcciones sobre el suelo, sino también a las que hayan de realizarse bajo el mismo; como ejemplo de lo anterior tenemos el artículo 1283 del Código Civil para el Estado de Tabasco que en su parte conducente dispone: **“El derecho real de superficie es el que constituye el dueño de un terreno a favor de otra persona, facultándola para:... Hacer construcciones debajo del suelo.”**; sobre este mismo punto, con mayor claridad se pronunció el legislador de Nuevo León al establecer en el artículo 1046 del Código Civil de dicha entidad: **“El derecho real de superficie puede constituirlo o transmitirlo el propietario de un terreno a favor del superficiario, ya sea a título oneroso o gratuito, por acto *inter vivos* o por *mortis causa*, sobre la superficie del terreno o por debajo de ésta, sobre construcciones ya existentes o por edificar, sobre la totalidad del terreno o parte de éste.”**

²⁴ TRABUCCHI, Alberto. “Instituciones de Derecho Civil. Tomo I”. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1967. p. 942.

El derecho de superficie siempre se ejerce sobre suelo ajeno, sin embargo hay un autor español que considera la posibilidad de constituir el derecho de superficie sobre suelo propio, según lo exponen Kemelmajer y Puerta de Chacón: **“No ignoramos, sin embargo, los supuestos mencionados por De los Mozos, como ejemplos de superficie sobre suelo propio; ellos son: la reserva de superficie antes de la enajenación del inmueble y la parcelación de terrenos antes de la construcción.”**²⁵, conviene también apuntar que es posible que el propietario de un edificio o una plantación existentes en terreno suyo, puede enajenarlos separadamente de la propiedad del suelo, convirtiéndose así el adquirente de dicho edificio o plantación en superficiario.

Lo edificado debe guardar autonomía funcional, respecto del terreno en que se encuentra, por tanto, el derecho de superficie no puede recaer sobre una parte del inmueble, como la habitación de un inmueble, etc.

Consideramos que la obra, objeto de la superficie, debe estar destinada a larga duración, ya apuntábamos en otra parte la necesidad de establecer un plazo de duración tanto mínimo como máximo del derecho de superficie, esta necesidad también surge del derecho de reversión, pues si el dueño del predio adquiere las obras realizadas por el superficiario es porque no se trata de construcciones desmontables o transitorias. Esta solución viene desde el Derecho Romano en el que podían ser objeto de derecho de superficie las construcciones de cualquier especie siempre que no estuviesen afectadas a una necesidad transitoria.

Como propietario de la obra objeto de la superficie, el derecho de superficie, puede comprender una extensión mayor a la del asiento de la construcción, en la medida que sea útil para él, siempre que no rebase los límites del propio predio y que se observen las limitaciones atinentes al derecho de construcción, de vistas y en relación a la vecindad de los predios.

²⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACÓN, Alicia. **“DERECHO REAL DE SUPERFICIE”**. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1989. p. 15.

Según Kemelmajer y Puerta de Chacón:

“El otorgar una extensión mayor a la edificada simplifica notablemente las relaciones entre el dueño del suelo y el superficiario; de otro modo habría que acudir a constituir otros derechos reales, como servidumbre de paso, de agua, de vista, etcétera.”²⁶

3.6.1.1. Variantes Posibles.²⁷

a. Sobre suelo baldío o parcialmente baldío. En el caso de que el propietario tenga construido un inmueble en parte del terreno, puede constituir derecho de superficie sobre la parte no edificada. La superficie también puede extenderse sobre una parte no cubierta por la construcción a realizarse, pero que sea necesaria para diversos usos.

b. Sobre inmueble ya edificado (Derecho de Sobreelevación). En esta hipótesis, el soporte del derecho de superficie es un inmueble ya edificado, en este caso el derecho de superficie es una verdadera carga que soporta el dueño del suelo. Este supuesto plantea diversas dificultades, pues en principio, la propiedad que se encuentra en el nivel superior requiere una salida independiente, además, necesita de la estructura inferior para otros servicios tales como desagüe.

c. Bajo el suelo de un inmueble construido o no construido. Aunque la idea de construir bajo el suelo, rompe con el origen etimológico de la palabra, tanto la legislación mexicana, como la extranjera (proyecto de unificación de la legislación civil y comercial y Ley 25.509, en Argentina, Código civil Italiano)

Esta hipótesis reviste utilidad para la construcción de bodegas, sótanos, etcétera; además que permite al dueño la amplia explotación del inmueble pues es

²⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACÓN, Alicia. *opus cit.* p. 19.

²⁷ Sobre este punto ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACÓN, Alicia. *opus cit.* pp. 20 y siguientes.

posible que convivan el derecho de superficie sobre el subsuelo y la propiedad en el sobresuelo.

3.6.2. Elemento personal o subjetivo.

Lo son el concedente y el superficiario; como en los demás derechos reales, el concedente es el propietario con capacidad para disponer, tratándose del superficiario, bastará con que tenga capacidad para contratar. Si el inmueble objeto de la superficie se encuentra sometido a copropiedad, se requerirá la mayoría de copropietarios y de intereses, tal como lo dispone el artículo 946 del Código Civil para el Distrito Federal.

3.6.3. Elemento formal

El derecho de superficie, en su modalidad urbana, debe constar en escritura pública y para efectos de su oponibilidad se debe inscribir en el Registro Público de la Propiedad. Sobre el tema Díez Picazo y Gullón opinan:

“En todo caso, la constitución deberá ser formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad.”²⁸

De acuerdo con el artículo 1285 del Código Civil vigente en el Estado de Tabasco: **“El negocio jurídico por el que se constituya el derecho de superficie debe otorgarse en escritura pública; y para hacer oponible a terceros deberá estar inscrita en el Registro Público de la Propiedad.”**, en similares términos se pronuncia el Código Civil para el Estado de Nuevo León, en su artículo 1050, que establece: **“El derecho de superficie como derecho real y temporal debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, para ser oponible a terceros.”**

²⁸ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *opus cit.* p. 489.

Consideramos que en la escritura en la que se constituye el derecho de superficie se deberán incluir:

1. 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 colindancias.

2. El acuerdo de voluntades para constituir el derecho de superficie.

3. La duración de este derecho.

4. La determinación del canon, renta o precio que se ha de pagar al concedente por el superficiario, si se constituye 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 transmisión de la propiedad equivale para el dueño del suelo al pago del canon periódico o a la suma determinada.

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

6. 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.

3.7. Manifestaciones del derecho de superficie.

Si como ya vimos, el derecho de superficie puede constituirse facultándose al superficiario para levantar un edificio en terreno de propiedad ajena o bien puede cederse una construcción ya existente, separada de la propiedad del suelo, entonces podemos concluir al igual que Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, que el derecho real de superficie puede presentar dos manifestaciones, el ***ius edificandi* o derecho de edificar y la propiedad superficiaria:**

En este mismo sentido se expresa Trabucchi que sostiene que el Código Civil (italiano) prevé dos casos de superficie: **“Estos pueden ser el de la construcción ya existente que se enajena con separación de la propiedad del suelo, perteneciendo, por tanto, a un sujeto distinto (superficiario) al propietario del fundo (art. 952) y el de la facultad de construir, que constituye una concesión ad aedificandum.”**²⁹

Razones por las que coincidimos con la doctrina italiana, recogida, modernamente por los teóricos argentinos en su “Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial”, en distinguir la existencia de las dos manifestaciones del derecho de superficie, de las cuales se tratará en los apartados siguientes.

3.7.1. Derecho de construir, *ius edificandi* o concesión *ad aedificandum*.

Se refiere al derecho sobre inmueble ajeno, para levantar en él una construcción o, en su caso, la facultad de plantar y sembrar, también puede consistir en la facultad de construir hacia el subsuelo. Algunas legislaciones estatales y extranjeras únicamente autorizan el derecho para levantar edificaciones, como es el caso del “Proyecto de Unificación para la Legislación

²⁹ TRABUCCHI, Alberto. *opus cit.* pp. 491 y 492.

Civil y Comercial” de Argentina, el código civil italiano, el Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, el Código Civil para el Estado de Puebla, el Código Civil para el Estado de Tabasco; otras legislaciones, en cambio, admiten la posibilidad de plantar o sembrar en el inmueble, tal es el caso del Código Civil para el Estado de Guerrero, el Código Civil para el Estado de Jalisco, el Código Civil para el Estado de Nuevo León y el Código Civil para el Estado de Quintana Roo.

Entonces, el *ius edificandi*, según lo apuntan Kemelmajer y Puerta de Chacón: **“Se trata del derecho de usar un inmueble ajeno con un fin determinado (edificar); la norma proyectada, igual que el derecho suizo e italiano, acepta como único fin el de edificar; otras legislaciones, en cambio, lo admiten también para efectuar plantaciones y cultivos”**³⁰

Es menester precisar que la sola facultad de construir no configura el derecho real de superficie, pues el derecho de superficie, se diferencia de la mera autorización para construir, en que en ésta no existe desmembramiento de la propiedad y sí se aplica en forma cabal el principio *superficies solo cedit*.

Se puede decir, que las dos manifestaciones del derecho de superficie tienen caracteres que los distinguen una de otra, por tanto, es importante delimitar el tránsito de de un estadio a otro, según lo afirman las autoras argentinas: **“En este sentido, dice Messineo: ‘surge como desarrollo del derecho de construir el derecho sobre la construcción’; y, mas terminantemente, afirma Carbonier: ‘La superficie se convierte en la progresiva propiedad del suelo (a medida que se va alzando la edificación)’**³¹; es decir, en la medida que el titular de la concesión *ad aedificandum* construye o, en su caso planta o siembra, hace suya la obra realizada, constituyendo en la misma porción la propiedad superficiaria.

³⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACÓN, Alicia. *opus cit.* p. 11.

³¹ *Ibidem.* p. 31.

El *ius edificandi* se trata propiamente de un **derecho real sobre cosa ajena**, pues se ejerce sobre un fundo cuya propiedad pertenece a persona distinta del titular, tiene el carácter de **temporal**, como ya se apuntó; **se encuentra sujeto a caducidad** por no construir, plantar o sembrar, dentro del plazo que para tal efecto dispone el legislador y, como lo apunta la doctrina argentina, la mera concesión *ad aedificandum*, **no es susceptible de gravámenes reales**, lo anterior se comprende si se recuerda que la hipoteca es un contrato que constituye un derecho real del mismo nombre que tiene por objeto **un bien**, determinado y generalmente inmueble; no obstante lo anterior sí es posible gravar con hipoteca las partes que ya han sido edificadas aún cuando se trate de una obra no concluida.

3.7.2. Propiedad superficiaria.

Es el derecho real de superficie propiamente dicho, es un derecho de propiedad sobre una construcción propia, levantada en suelo ajeno.

Kemelmajer y Puerta Chacón lo definen así:

”Es el derecho real a tener, mantener, gozar y disponer de lo edificado. Mirando desde la perspectiva del suelo, se trata de un derecho real sobre cosa ajena; en cambio, desde la perspectiva de lo edificado, el superficiario es titular de una verdadera propiedad.”³²

La propiedad superficiaria se puede adquirir a través del ejercicio del *ius edificandi* o bien por la adquisición de una construcción ya existente. Se caracteriza por ser un derecho real **sobre cosa propia**, esto se entiende a partir de la definición propuesta, si bien el derecho real de superficie es *iura in re aliena*, todo lo edificado o adquirido por el superficiario, merced a este derecho, se encuentra sometido a las reglas del derecho real de propiedad; es un derecho

³² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACÓN, Alicia. *opus cit.* p. 12.

temporal; por tratarse de un derecho de propiedad es, por naturaleza, **enajenable**; a diferencia de la mera facultad para edificar, la propiedad superficiaria **sí es objeto de gravámenes reales**; también es susceptible de **dividirse** o constituir sobre él partes alícuotas.

3.8. Derechos y obligaciones del superficiario y del *dominus soli*.

3.8.1. Derechos del superficiario.

1. El superficiario **goza del suelo ajeno para construir y se hace propietario de lo edificado**, si bien con una propiedad temporal, pues se extingue al concluir el derecho de superficie.

2. Tiene derecho de **tener o mantener en el inmueble ajeno la propiedad superficiaria** de la edificación, que es la función básica del derecho.

3. 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.

4. Tiene derecho de **enajenar, gravar y disponer en cualquier modo de su derecho**, tanto por acto *inter vivos* o *mortis causa*.

5. Tiene derecho a ejercer **acción reivindicatoria, acciones e interdictos posesorios**, frente a terceros y aun, contra el propietario del suelo, también puede ejercer las acciones personales que deriven del acto jurídico generador de la superficie.

6. Al concluir el derecho de superficie, el superficiario tiene derecho a **ser indemnizado por el valor de las obras**, en la medida que el propietario se enriquezca, a menos que haya pacto en contrario; en este sentido el artículo 1218

del Código Civil para el estado de Jalisco dispone: “**La consolidación de la propiedad a que se alude en el artículo precedente, se hará mediante las indemnizaciones, compensaciones y prestaciones pactadas en el título constitutivo, o en las que acuerden los interesados en el momento de la extinción del derecho en cuestión.**” Sobre este aspecto nos dicen Kemelmajer y Puerta: “**En general, las legislaciones se inclinan mayoritariamente por generar la obligación de reembolsar al superficiario el valor de lo construido. Según Cárdenas Quirós, esta es la solución de los códigos japonés (art. 269), chino (art. 840), boliviano (art. 207, inc. 2º), peruano (art. 1030), de la compilación foral de Navarra (art. 434), y del proyecto del Código Civil brasileño (art. 1407). En nuestra opinión, ella es justa, aun en caso de abandono o resolución por incumplimiento del superficiario; en principio, la regla debe ser la de la compensación para evitar el enriquecimiento injusto; su las partes quieren modificar esta situación, la norma proyectada da eficacia al pacto en contrario.**”³³

7. El superficiario tiene **derecho de retención**, en caso de que exista derecho a la indemnización y ésta no sea pagada.

8. Finalmente, el superficiario goza del **derecho del tanto**, para ser preferido en igualdad de circunstancias que un tercero para el caso de que el propietario del terreno desee enajenarlo.

3.8.2. Obligaciones del superficiario.

1. **Pago del canon o solarium**, si la superficie se constituyó a título oneroso. El canon puede consistir en una renta periódica, en el pago de un precio en dinero o en la entrega de una cosa o bien, puede pactarse que a la conclusión de la superficie, el propietario adquiera lo edificado sin la obligación de indemnizar al superficiario.

³³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACÓN, Alicia. *opus cit.* p. 72.

2. Tiene **obligación de pagar impuestos**, esto si se toma en cuenta que el superficiario ostenta un derecho de propiedad respecto de la propiedad superficiaria, por tanto, deberá responder de todas las cargas tributarias que graven su propiedad; asimismo, será responsable del pago de los permisos o licencias, que en su caso requiera para la consecución de sus objetivos.

3. Debe abstenerse de usar de sus facultades de modo abusivo.

4. En general, tiene la obligación de cumplir con lo establecido en el acto constitutivo, ello obedece a que en el derecho real de superficie predominan las cláusulas convenidas por los contratantes (siempre que no desnaturalicen la figura).

5. Es mayoritaria la doctrina que se pronuncia en el sentido de considerar como obligación del superficiario la de construir dentro del plazo acordado o en su defecto el que la ley señale, sin embargo, desde nuestro punto de vista la facultad de edificar no constituye propiamente una obligación para el superficiario, pues en caso de que no despliegue tal conducta caducará su derecho; decimos que no se trata de una obligación propiamente dicha, puesto que al propietario no le asiste acción alguna, personal o real, por la cual pueda conminar al superficiario a levantar la edificación.

3.8.3. Derechos del propietario.

1. Si la superficie se constituyó a título oneroso, tiene **derecho a exigir** del superficiario **el pago de la contraprestación pactada**.

2. Tiene derecho, una vez concluida la superficie, a **hacer suyas las obras levantadas por el superficiario**.

3. El propietario, conserva todas las facultades sobre el suelo, por tanto puede **disponer del suelo** en la forma que desee siempre que no importe peligro o perjudique el ejercicio del derecho de superficie.

4. Al igual que el superficiario, el propietario goza del **derecho del tanto** para el caso de enajenación de la propiedad superficiaria.

3.8.4. Obligaciones del propietario.

1. Tiene la obligación de **garantizar el ejercicio del derecho de superficie**, debe por tanto abstenerse de realizar actos que lo obstaculicen.

2. Al concluir la superficie, tiene la **obligación de pagar al superficiario el importe del valor de las obras**, a menos que se hubiera pactado lo contrario. Consideramos que el monto de la indemnización que el propietario está obligado a cubrir al superficiario, debe calcularse con base en el enriquecimiento en el patrimonio del propietario; esta es la fórmula que proponen el Código Civil de Portugal y la Ley Número 25.509 por la que se crea el Derecho Real de Superficie Forestal sobre predios susceptibles de forestación o silvicultura, en Argentina.

3.9. Formas de constitución.

El derecho de superficie, como ya se dijo, es una especie de derogación al principio de la accesión contenido en la máxima *superficies solo cedit* y según la cual toda obra existente encima o debajo del suelo pertenece al propietario del mismo. Dada esta regla, para vencer su eficacia y así dar lugar a la superficie separada de la propiedad del suelo, se exige un título idóneo para derogarla.

Respecto al tema la legislación civil para el Estado de Jalisco, en su artículo 1216 nos dice: **“El derecho superficie puede ser a título oneroso o gratuito, y**

tomar su origen en un contrato o en una disposición testamentaria”; por su parte, el Código Civil del Estado de Tabasco en su artículo 1283 se refiere al tema y expone: **“El derecho real de superficie es el que constituye el dueño de un terreno a favor de otra persona, facultándola para:**

Construir un edificio sobre el suelo; y

Hacer construcciones debajo del suelo.

El derecho de superficie sólo puede constituirse por tiempo determinado, a título oneroso o gratuito, por acto entre vivos o por testamento.”

Finalmente, en Argentina, el “Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial” en su numeral 2614 prevé: **“El derecho de edificar sólo se adquiere por contrato y tradición o por disposición de última voluntad.”**, mientras que el ordinal 5 de la ley 25.509 (Ley de derecho real de superficie forestal) dispone: **“El derecho real de superficie forestal se adquiere por contrato oneroso o gratuito, instrumentado por escritura pública y tradición de posesión.”**

Así, tenemos como medios o títulos idóneos reconocidos legalmente para constituir el derecho de superficie al **contrato y al testamento**, a los cuales cabría sumar la **usucapión** (prescripción adquisitiva).

a. Contrato. Como ya se explicó, el propietario del suelo puede constituir en favor de otro el derecho de hacer o mantener encima de él una construcción propia o puede enajenar la propiedad de la construcción existente, separadamente del suelo. Cualquiera que sea la manifestación que se presente, el acto jurídico por el que se constituya el derecho de superficie debe ser formalizado en escritura pública y para efectos de su oponibilidad frente a terceros debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

b. Testamento. El derecho de superficie, también puede tener como causa generadora una disposición de última voluntad plasmada por el de *cujus* en

su testamento, bien sea que se establezca como cláusula testamentaria al deferir la herencia o bien instituir un legatario a quien corresponderá el derecho de superficie, con cargo, según el caso, a la masa hereditaria o al heredero del bien inmueble. En este caso la constitución testamentaria es válida en todas las formas en que puede hacerse el testamento, sin perjuicio de la inscripción en el Registro.

c. Usucapión (prescripción adquisitiva). Si bien, ninguna de las legislaciones transcritas prevé la constitución del derecho de superficie a través de la posesión continua, debe conceptuarse posible la adquisición por usucapión, tanto en la forma ordinaria (cinco años) como en la extraordinaria (diez años), en caso de adquisición del derecho *a non dominio*, siempre que la posesión se ejerza únicamente en cuanto a la superficie sin implicar el suelo, mas que limitadamente en la forma que resulte indispensable para el ejercicio de la superficie. Es preciso distinguir que según el estadio en que se encuentre el superficiario, será la exigibilidad del justo título, así, tratándose de la propiedad superficiaria bastará que se sigan las reglas generales establecidas para usucapir cualquier otro derecho, mientras que tratándose del *ius edificandi* reviste trascendental importancia la tenencia del justo título, so pena de considerar que todo lo que se incorpore a la finca pertenece al dueño del suelo, situación que impediría la propiedad separada.

3.10. Causas de Extinción.

En principio, la propiedad superficiaria, se extingue por las mismas causas de extinción de los derechos reales y la propiedad y como causas específicas de extinción proponemos:

1. Vencimiento del plazo. Al ser la superficie un dominio revocable; en consecuencia, se extingue al cumplirse el plazo pactado para su duración.

2. Por cumplimiento de la condición. Similar a la causal anterior, si la vigencia del derecho de superficie se sujetó a condición, una vez que ésta se actualice se extinguirá la superficie.

3. Por consolidación. Ésta se presenta cuando en una sola persona se reúnen las calidades de propietario del suelo y superficiario.

4. Por renuncia o abandono. La renuncia o abandono debe entenderse como el acto unilateral de voluntad de dejación de un derecho patrimonial, la renuncia debe distinguirse del no uso que únicamente extingue el derecho de edificar. La propiedad superficiaria, como toda propiedad, subsiste independientemente del ejercicio que de ella se haga, sin embargo, si un tercero realiza actos posesorios y reúne los requisitos establecidos por la ley, prescribirá la propiedad superficiaria y de este modo se extinguirá la superficie.

5. Por caducidad. Esta causal opera en el estadio denominado *ius edificandi* y se actualiza cuando el superficiario no edifica, planta o siembra dentro del plazo previsto por la ley. También puede pasar que la obra edificada por el superficiario sea destruida y éste no reedifique en el plazo previsto por la ley.

Esta causal tiene su justificación en que el propietario se allana a una derogación de la regla de la accesión siempre y cuando lo que se vaya a edificar tenga determinadas características, por tanto el incumplimiento de esta carga necesariamente debe acarrear la extinción de la superficie a fin de no mantener vigente un embarazo a la propiedad que el titular del derecho no pretende utilizar.

El proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial propone que el plazo para la caducidad sea de diez años y a este respecto dicen Kemelmajer y Puerta Chacón: **“El término de diez años es para concluir la obra; así, p. ej., si la construcción se comenzó y a los tres años se paralizó, el plazo no comienza a computarse entero nuevamente desde que las obras se**

paralizaron; es decir, la construcción no interrumpe el plazo, pues se trata de plazos de caducidad que no se interrumpen ni se suspenden.³⁴ Por su parte, los Códigos Civiles que en la República mexicana regulan el derecho real de superficie (Coahuila, Jalisco, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo y Tabasco)³⁵ coinciden en establecer el plazo **de dos años** para levantar la edificación o de **un año** si se trata de plantaciones.

6. Por muerte del superficiario cuando no exista disposición de última voluntad o no existan herederos conocidos con capacidad para heredar. Para la comprensión de esta causal es importante recordar, que el derecho de superficie es transmisible *mortis causa*, es decir, que la muerte del superficiario no acarrea la extinción del derecho; no obstante el principio enunciado, si el superficiario fallece y a él no le sobrevive persona alguna con capacidad para heredar, debe operar la reversión de la superficie a favor del propietario, sin que en el caso sea aplicable la regla contenida en el artículo 1636 del Código Civil para el Distrito Federal que instituye como heredera a la Beneficencia Pública, lo anterior a fin de evitar la prolongación injustificada del embarazo a la propiedad que constituye el derecho de superficie, además que por regla general el Estado no activa de modo eficaz el trámite sucesorio correspondiente.

7. Por expropiación del suelo o de la propiedad superficiaria. Si la expropiación pone la cosa fuera del comercio y como consecuencia la extinción de la propiedad privada, es comprensible que la expropiación del suelo o de la propiedad superficiaria extingue el derecho de superficie. En este caso, si no se pactó nada en el título constitutivo, consideramos que la indemnización con motivo de la expropiación deberá distribuirse entre el superficiario y el propietario, en proporción al valor de los derechos de uno y otro al tiempo de verificarse la expropiación.

³⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACÓN, Alicia. *opus cit.* p. 47.

³⁵ Se excluye el Código Civil para el Estado de Guerrero por que éste sólo regula el derecho de superficie en su variedad rústica.

8. Por mutuo consentimiento. El derecho de superficie puede ser concluido cuando converjan la voluntad del propietario y del superficiario, en tal caso la consolidación de la propiedad se hará mediante las indemnizaciones y prestaciones pactadas en el título constitutivo, en caso de que no se logre el acuerdo y se hubiera establecido un plazo de duración se estará a éste. Por otra parte, si el derecho de superficie se pactó por tiempo indeterminado, para que quede extinto, se requiere el consentimiento de ambas partes y en caso de que no se logre el acuerdo de voluntades será el juez competente quien fijará un plazo prudente para su conclusión, para ello deberá atender a los fines para los que fue creada la superficie.

9. Destrucción del Suelo. Si bien, esta causal se actualiza en la mayoría de los derechos reales, en el derecho de superficie reviste especial importancia y cabe distinguir dos hipótesis: La primera, si lo que se destruye es el suelo, soporte de la propiedad superficiaria, como consecuencia lógica se extinguirá este último, al no existir base material para edificar, plantar o sembrar; la segunda, si lo que se destruye es la obra hecha por el superficiario, entonces no se extingue el derecho de superficie, en este caso se actualiza el derecho del superficiario para volver a edificar y se aplicarán los plazos de ley para que el superficiario vuelva a levantar la construcción.

En este sentido se pronuncian tanto el proyecto de Unificación para la Legislación Civil y Comercial y los códigos civiles que en la República Mexicana regulan el derecho real de superficie.

3.11. Efectos Reflejos de la Extinción.

a) La extinción del derecho de superficie implica la reunión de la superficie con la propiedad del suelo, pues opera nuevamente el principio de la accesión. Si se trata del cumplimiento del plazo o de la condición a que se sujetó

la vigencia del derecho, la consolidación se produce *ipso iure*, sin necesidad de entrega; en el caso de renuncia, ejercicio del derecho del tanto o consolidación por cualquier acto *inter vivos*, requerirá la anotación en el Registro Público de la Propiedad a efecto darle publicidad al acto de reunión.

b) La extinción de la superficie **por vencimiento del plazo** implica, además, la extinción de los derechos, gravámenes y garantías reales sobre él constituidos, por ejemplo. si se constituyó un derecho real de usufructo sobre la propiedad superficiaria, una vez que ésta se extinga lo mismo ocurrirá con el usufructo que la grava.

Es importante destacar que este efecto se producirá únicamente si la causal de extinción es el fenecimiento del plazo o cumplimiento de la condición, por tanto como dice Domenico Barbero: **“es dado argüir que tales derechos persisten si la extinción se debe a una causal diferente (que no sea, por lo demás, el perecimiento de la construcción, que en tal caso se extinguirá por perecimiento del objeto, si éste era total o de lo contrario permanecería sobre la parte restante), pero que continúa gravando solamente la superficie como si no hubiese ocurrido la reunión de ella a la propiedad del suelo”**³⁶; ergo, si la superficie se extingue por consolidación, antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo, los derechos, gravámenes o garantías constituidas sobre la propiedad superficiaria, producirán sus efectos por el tiempo originalmente pactado, pero su vigencia, en todo caso, no podrá ser mayor a lo que debió durar la propiedad superficiaria.³⁷ Solución diversa, tratándose de derecho de uso que no constituyan derechos reales, ofrecen los Códigos Civiles para los estado de Coahuila de Zaragoza y Tabasco, que en sus artículos 1677, fracción IV, y 1289, fracción IV, respectivamente, disponen: **“El derecho de**

³⁶ BARBERO, Domenico. *opus cit.* p. 309.

³⁷ Esta solución, que consideramos la adecuada, fue propuesta en el artículo 2614 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial: **“En el supuesto de extinción del derecho de superficie por consolidación, perduran los derechos constituidos por el superficiario, con los mismos alcances.”**

superficie se extingue al vencerse el plazo, siendo aplicables las siguientes disposiciones:

I. ...;

II. ...;

III. ...;

IV. El dueño del suelo se substituye al superficiario en los contratos que éste haya celebrado con otras personas, respecto de la construcción y que, sin crear derechos reales, transmitan el uso total o parcial de éste.

En el caso previsto en esta última fracción, será de dos años el plazo máximo durante el cual seguirán produciéndose, después de la extinción del derecho de superficie, los efectos del contrato celebrado por el superficiario, aún cuando en él se hubiere pactado un plazo mayor.”

La solución dada por estos preceptos normativos, la consideramos incorrecta, pues si bien únicamente nos hablan de la extinción de la superficie por conclusión del plazo, debe entenderse que la prolongación de sus efectos contraría las reglas del dominio revocable, especie a la que pertenece el derecho de superficie ya que no es posible sujetar al propietario del suelo, una vez consolidada su propiedad, al cumplimiento de obligaciones **personales** pactadas por el superficiario. Esta regla tampoco puede ser aplicada para el caso de que se extinga la superficie por causal diversa al fenecimiento del plazo o actualización de la condición, puesto que se perjudicarían intereses de terceras personas, por ello, consideramos correcta la solución que proponemos, misma que se enuncia, aunque de forma vaga en el artículo 2212 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo.³⁸

Como corolario citamos la formula dada por José Puig Brutau:

“La extinción por la misma causa (transcurso del plazo) provoca la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario. Pero si

³⁸ Artículo 2212. La extinción del derecho de superficie será sin perjudicar derechos de tercero.

por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente. La razón está en que el derecho que existe como gravamen ha de poder subsistir hasta que habría naturalmente concluido si no hubiese mediado el hecho que le puso fin.”³⁹

Sobre este mismo punto, conviene destacar que tratándose de hipotecas, si bien ésta subsiste, únicamente gravará la propiedad superficiaria más no el suelo que la soporta, ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2899 del Código Civil para el Distrito Federal que establece: **“La hipoteca de una construcción levantada en terreno ajeno no comprende el área.”**

c) Ahora bien, extinguida la propiedad superficiaria se extienden a la construcción los derechos reales que gravasen el suelo, ello toda vez que concluida la superficie, cobra vigencia el principio *superficie solo cedit*. De igual manera, en este caso, por aplicación analógica del artículo 2899, ya transcrito, la hipoteca que grava el suelo no puede extenderse a las construcciones edificadas por un tercero.⁴⁰

d) Si se pactó en el título constitutivo, una vez concluido el derecho de superficie el superficiario debe retirar a su costa las construcciones levantadas o bien, puede pactarse la demolición de las mismas, también a costa del superficiario.

³⁹ PUIG BRUTAU, José. *opus cit.* p. 349.

⁴⁰ Cfr. BARBERO, Domenico. *opus cit.* pp. 309 y 310.

3.12. Superficie Rústica.

La superficie rústica es un derecho que permite a su titular sembrar o plantar sobre predio rústico ajeno, merced al cual, se adquiere la propiedad separada y temporal de tales siembras y plantaciones.

Aun cuando guarda similitudes con la superficie urbana la rústica, tiene características que la hacen diferente, particularmente, por lo que se refiere al plazo de caducidad y al derecho de reversión a favor del propietario.

Así pues, la superficie rústica al igual que la urbana es un derecho real sobre terreno ajeno, pero éste será utilizado para **sembrar** o **plantar**, es decir, su objeto es la producción agrícola. Al igual que en la modalidad urbana, debe ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad, para efectos de su oponibilidad frente a terceros; de igual forma, es transmisible por acto *inter vivos* o *mortis causa*; las formas de constitución son iguales que para la superficie urbana, incluido el supuesto de enajenación, es decir, el propietario podrá enajenar en forma separada el sembradío o plantación existentes en terreno suyo; de igual forma, la superficie rústica se extingue por las mismas causas que la superficie urbana y le es aplicable también el derecho de “reedificación”. Al igual que su variedad urbana, la superficie rústica tiene el carácter de temporal, por tanto debe establecerse en el título constitutivo el plazo de duración.

Hay que dejar claro que no todo derecho de superficie que recae sobre una finca rústica es derecho de superficie rústica. Lo que diferencia a la superficie rústica de la urbana es que aquélla tiene por finalidad plantar o sembrar y ésta edificar o construir. Así, un derecho de superficie para plantar o sembrar en suelo urbano o urbanizable sería derecho de superficie rústica, y al contrario, un derecho de superficie para construir o edificar en suelo no urbanizable (en los casos excepcionales que se permita) será derecho de superficie urbana.

Por lo que respecta al plazo para plantar o sembrar, éste será de un año, con la sanción de caducidad, en caso de incumplimiento. Tratándose de plantaciones, al extinguirse el derecho de superficie, el propietario del suelo se convierte en propietario de lo plantado; pero en el caso de siembra, debe permitirse al superficiario que levante la cosecha aun y cuando el plazo haya expirado antes.

CAPÍTULO 4

METODOLOGÍA PARA REGULAR EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

4.1. Adición de la figura. Razones que justifican su inclusión.

Una vez expuestos los caracteres del derecho real de superficie, estimo oportuno fundar las razones que orillan a considerar la posibilidad de incluir el derecho real objeto de esta tesis, en el Código Civil para el Distrito Federal y como primera cuestión viene a la mente el caso de aquellos terrenos que no son explotados por sus propietarios, ya sea por falta de interés o de dinero. En tal supuesto, un tercero podría obtener de ellos ventajas económicas tanto para él como para el propietario, sin necesidad de adquirirlo ni de constituir otro tipo de derechos personales o reales que no se adecuarían razonablemente a su propósito.

En una situación hipotética, pensemos que una persona tiene interés en construir y explotar un cine o un teatro sobre terreno ajeno. Una primera alternativa sería adquirir el dominio de este terreno, lo cual supone el inconveniente de adicionar al elevado costo de su construcción el precio de compra del inmueble, y ello, posiblemente, frustraría la ecuación económico-financiera del emprendimiento y si fuera una sociedad mercantil, incrementaría su activo fijo y con ello su base gravable. La segunda alternativa podría ser el arrendamiento del lote del terreno, pero aquí los inconvenientes no son sólo de orden económico, sino también de naturaleza jurídica.

En efecto, el arrendatario no es dueño de la construcción y no puede disponer de ella a su voluntad, dado que todo lo construido sobre la superficie del suelo pertenece al propietario de éste (artículo 895 del Código Civil para el Distrito Federal). El arrendamiento ofrece también otros inconvenientes no menos importantes, por ejemplo, con relación a las mejoras, salvo estipulación expresa

en el contrato, el régimen del Código Civil para el Distrito Federal pone a cargo del arrendatario los daños menores (artículo 2444). Finalmente, el arrendamiento de inmuebles destinados al comercio o industrias tiene un plazo máximo de duración de veinte años (artículo 2398), que resultará normalmente exiguo para un emprendimiento tal como el de nuestro caso hipotético.

Tampoco podrán satisfacerse los fines perseguidos mediante la constitución del derecho real de usufructo. En primer lugar, el usufructo, si no se estipuló algún plazo de duración, es vitalicio, es decir, se extingue por la muerte de su titular (artículos 986 y 1038, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal) y, en el caso de las personas jurídicas, su duración no puede ser mayor a veinte años (artículo 1040, del mismo ordenamiento), pero en todo caso si dejaran de existir se extinguirá el usufructo, mientras que el derecho de superficie, si es limitado en su duración a cierto plazo, su duración es mucho más larga, en cuanto a que, según lo proponemos, será de veinte años el plazo mínimo para su duración.

Además, el usufructo no es transmisible por vía hereditaria, mientras que el derecho de superficie si puede transmitirse *mortis causa*; como ya vimos, el usufructuario no puede alterar la sustancia de la cosa usufructuada, debe usarla y gozarla como lo haría su dueño, tiene la obligación de efectuar las reparaciones ordinarias de conservación (artículo 1017), y antes de entrar en el uso y goce de la cosa debe prestar fianza y realizar el inventario de los muebles y un estado de los inmuebles (artículo 1006), mientras que el ser superficiario y dueño de lo edificado, no está obligado a reparar ni a conservar, ni a prestar fianza a favor del propietario y menos aún a practicar el inventario o estado, ni a sufrir ninguna restricción fuera de las que la ley misma impone al derecho de propiedad y de aquellas que pudieran convenirse en el interés de las partes.

Pero existen otros reparos también trascendentes; el derecho del usufructuario se extiende al suelo y al subsuelo, mientras que el del superficiario sólo a lo construido sobre o bajo la superficie, el usufructo se extingue por la

destrucción total de la cosa usufructuada (artículo 1038, fracción VII), mientras que en el derecho de superficie si se destruye la propiedad superficiaria su titular tiene el derecho de reedificar.

Lo dicho para el usufructo vale también, aun en mayor medida, para los derechos de uso y habitación, atento al disfrute disminuido que proporcionan y, en cuanto a las servidumbres, basta tener presente que el superficiario podrá ceder su derecho a título oneroso o gratuito, mientras que una servidumbre no puede ser cedida separadamente del fundo a que pertenece y tampoco puede ser objeto de una hipoteca a menos que se hipotequen en forma conjunta con el predio dominante(artículo 2898, fracción III).

Ahora bien, para el propietario del terreno las ventajas que pueden resultar del derecho de superficie, son muy importantes especialmente económicas ya que importan abrir posibilidades en el tráfico inmobiliario privado, facilitar políticas del suelo en Administraciones Públicas, con lo que aumenta el valor de la propiedad para el propietario de ella, al realizar el superficiario obras, construcciones o plantaciones. Pues existen casos en que el propietario de un inmueble no desea o no puede, por dificultades económicas, explotar su propiedad, entonces, a través de la superficie es posible que tenga la posibilidad de constituir un derecho sobre el suelo de su inmueble a un tercero que tendrá la facultad de disponer de la superficie física y jurídicamente, de modo que favorezca el progreso urbano y en beneficio social, además no requiere una gran inversión ya que para edificar, plantar o sembrar no se requiere la adquisición de la propiedad, sino solo se deberá pagar un canon o *solarium* (en caso de ser un contrato oneroso) por el tiempo de uso que no puede exceder de cincuenta años.

Tratándose de la propiedad superficiaria destinada a casa habitación, consideramos oportuno citar el ejemplo proporcionado por el catedrático mexicano Ernesto Gutiérrez y González:

“... Entonces Procopio, que se siente muy magnánimo, le dice a su hija: ‘dile a ese muchacho Tongo, que si quiere, lo dejo construir al fondo del jardín, una casa. Yo le ‘presto el terreno, y él construye la casa, y así no tiene que buscar terreno...

Nachis II, ve que es buena oportunidad, y se lo dice a Tongo, el cual empieza a construir al fondo del jardín de una casa, pero sobre terreno que no es de él, sino de D. Procopio.

Así resulta que Tongo hace cuantiosa inversión en finca ajena, y por ello tiene de hecho, como dice el pueblo, el carácter de ‘arrimado’, y está carente de derecho alguno, como no sea el que le quiera dar el propietario del inmueble.

Y surgen así dos situaciones realmente peligrosas para el pobre Tongo, y su maridita (sic) Nachis II:

a).- Están sujetos a la ‘bondad’ de Procopio, que en un momento dado en que se sienta molesto con su yerno Tongo, por cualquier causa, puede aducir que la casa que construyó Tongo, es suya, por los principios de la accesión que ya se estudiaron.

b).- Cuando Procopio muere, deja en su testamento como legatario de su finca de Bosques de las Lomas a su hijito Proquis II, y así ese hijito, va a recibir la propiedad de esa finca, con todo lo que hay en ella... entonces ya como propietario de la finca, podrá en el momento en que quiera, echar de su propiedad a Tongo y Nachis II”¹

La propiedad superficiaria, destinada a casa habitación, puede resolver el problema narrado en el ejemplo transcrito, puesto que sobre la propiedad superficiaria se ejerce un verdadero derecho de propiedad oponible *erga omnes*, inclusive contra el *dominus soli* (propietario del suelo); ergo, a través del derecho de superficie se da estabilidad y seguridad jurídica a aquél que sobre terreno ajeno levanta una construcción, pues recordemos que el primer efecto de la

¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *opus cit.* pp. 522 y 523.

propiedad superficiaria es derogar parcialmente y en forma temporal el principio de la accesión contenido en la máxima *superficies solo cedit*.

4.2. Creación de un capítulo *ad hoc*. Ubicación en la ley sustantiva.

El Código Civil para el Distrito Federal, como ya dijimos, conforme a la política restrictiva sobre derechos reales que inspiró a su codificador, no incluyó a la superficie dentro del listado de éstos, lo que es suficiente para dejarlo fuera del sistema jurídico atento el principio de *numerus clausus* que rige en dicho ordenamiento; por tanto, ya relatada la importancia del derecho de superficie y las necesidades que justifican su inclusión, consideramos pertinente la creación de un capítulo que en forma exclusiva regule el derecho real de superficie, el proyecto que enseguida exponemos pretende dar la máxima extensión al derecho de superficie, como derecho real limitado sobre finca ajena, caracterizado por convertir partes integrantes de la misma en objetos de derecho independientes, con lo que dejaría de ser sólo un medio de fomento de la construcción para convertirse en un factor importante en la formación del mercado inmobiliario y en la multiplicación de los aprovechamientos agrarios y, en su caso, forestales. Considero también, que la superficie rural merece una regulación aparte de la urbana, pues si bien los caracteres de éstas son similares no deben establecerse sus plazos de vigencia o caducidad como meras excepciones a la regla general, pues en la medida que se delimiten la naturaleza jurídica, derechos y obligaciones de las personas que participen en la relación superficiaria, menor será la incidencia de conflictos relacionados con este derecho.

Ahora bien, dado el sistema de regulación de derechos reales en nuestro Derecho Civil local, que como justo pago al precio de seguir la postura de los *numerus clausus*, nos obliga a regular el derecho cuya inclusión proponemos a fin de no contravenir el espíritu normativo del legislador de 1928, por ello, surge la necesidad de ubicar en forma lógica el derecho de superficie y a efecto de justificar el lugar en el que a mi criterio debe ser incluido el derecho de superficie

conviene hacer referencia, aunque sucinta, de diversas legislaciones que regulan este Derecho, así, en México, los Códigos Civiles para los estados de Coahuila, Guerrero, Jalisco, Puebla, Quintana Roo y Tabasco regulan al derecho de superficie como el último de los derechos reales, después de los derechos reales de propiedad, usufructo, uso, habitación y servidumbre. Consideramos poco afortunada la ubicación en la que estos códigos incluyen a la superficie, pues debe tenerse en cuenta que el orden de las instituciones jurídicas reguladas por el legislador deben respetar cierta lógica según la naturaleza jurídica de la institución legislada, luego, si se incluye a la superficie después de las servidumbre puede incurrirse en el error como el legislador de Coahuila y Tabasco de confundir a la superficie como una especie de servidumbre.²

Respecto este punto nos indica Pascual Marín:

“...la superficie aparece regulada en los modernos Códigos civiles, como el suizo (aunque construya este derecho, en sus arts. 675 y 779, valiéndose del tipo de la servidumbre), el italiano de 1942 (que la reglamenta con amplitud en los arts. 952 a 956) y en leyes especiales, cual la Ordenanza alemana de 15 de enero de 1919. Ya el Código civil japonés, de 27 de abril de 1896, reguló específicamente el derecho de superficie en el Capítulo IV del Libro II, <<De los derechos reales>>, artículos 265 al 269, inclusive, colocándolos a continuación del condominio e inmediatamente antes de la enfiteusis, pareciendo adelantarse a lo que iba a significar el suelo en su regulación jurídica años después. También el Código Civil de la República de China, de 23 de mayo de 1929, reguló específicamente el Derecho de superficie, en el Libro III, <<Del Derecho de cosas>>; Capítulo III, a continuación del Derecho de propiedad e inmediatamente anterior a una especie de censo denominado yung-tien, al que sigue la regulación de las servidumbres, dedicando a la superficie los artículos 832 al 841, inclusive. Entre los Códigos más

² Véanse los artículos 1676, fracción III, del Código Civil para el Estado de Coahuila y 1288, fracción III, del Código Civil para el Estado de Tabasco, que disponen: **“El superficiario goza de una servidumbre de apoyo, en provecho de la construcción como predio dominante, y por lo que hace a los cimientos de ésta; y...”**

modernos destaca el Código Civil de Etiopía, de 5 de mayo de 1960, que si bien regula el derecho de superficie en el Libro III: <<De los bienes>>, Título VII: <<De la propiedad individual>>, Capítulo II: <<De los derechos y obligaciones del propietario>>, sección segunda: <<Reglas especiales de la propiedad inmobiliaria>>, artículos 1.214 y 1.215; en el Título IX, <<De la explotación colectiva de bienes>>, del mismo Libro III, dedica todo el Capítulo IV, que lleva por rúbrica <<De las zonas de urbanismo>> (arts. 1.533 al 1.552), a regular, con criterio moderno, los problemas de la planificación jurídica del suelo. También el Código Civil de Portugal, de 25 de noviembre de 1966, regula específicamente el Derecho de superficie en el Título V del Libro III, <<Derecho de Cosas>>, colocándolo entre la enfiteusis y las servidumbres prediales y dedicándole los artículos 1.524 a 1.542, acogiendo también las nuevas orientaciones jurídicas sobre el suelo.”³ A las legislaciones apuntadas por el autor citado, cabe incluir el Código Civil para el Estado de Nuevo León y el Código Civil peruano que incluyen a la superficie después de los derechos reales de usufructo, uso y habitación y antes de las servidumbres.

Considero, por la naturaleza jurídica del derecho de superficie, que éste debe ubicarse en el Libro Segundo “De los Bienes”, después del Título Quinto, dedicado a los Derechos Reales de Usufructo, Uso y Habitación y antes del Título Sexto, dedicado a las Servidumbre, ello conforme a la naturaleza jurídica del derecho de superficie, que como ya se estudió, es un derecho real autónomo e independiente y que sin ser desmembramiento de la propiedad se aprovecha en cierta medida de las facultades del propietario para usar y disfrutar de la cosa, constituyendo así un gravamen que soporta el propietario de mayores dimensiones que el derecho de usufructo. Asimismo, debe ser incluido antes de las servidumbres pues recordemos que aun cuando éstas gravan la propiedad ajena, el gravamen que importa no puede ser tan extenso que implique utilización

³ MARÍN PÉREZ, Pascual. “Derecho Civil. Volumen III. Derechos Reales y Derecho Registral”. Editorial Tecnos. Madrid. pp. 173-174.

completa del predio sirviente, además en la servidumbre si bien deben tenerse en consideración tanto a los predios involucrados como a los propietario de éstos, la relación de servidumbre es por esencia predial, es decir, su sustento es la existencia de los predios pues en la servidumbre el dominio del predio sirviente, se transmite con el mismo en caso de cambio de propietario, sin que se requiera el consentimiento u oposición del titular del precio dominante, mientras que en el derecho de superficie interesa más la persona a quien se autoriza como superficiario, pues atiende a ésta la vigencia, requisitos y objetivos de la superficie.

4.3. Articulado del capítulo respectivo.

En los apartados precedentes se ha justificado la inclusión del derecho real de superficie en la legislación sustantiva civil a través de necesidades reales que pueden satisfacerse merced a la figura que se estudia; asimismo, hemos propuesto la creación de un capítulo especial en el Código Civil que regule el derecho de superficie así como el lugar que éste debe ocupar, con base en la naturaleza jurídica del instituto, su característica de derecho real autónomo y como gravamen a las facultades de uso y disfrute de la propiedad.

En vista de lo anterior, corresponde a esta parte del estudio articular el derecho real de superficie con los preceptos normativos que resulten necesarios y suficientes para desarrollar el derecho de superficie; sin olvidar que siempre la voluntad de las partes determinará el régimen superficiario, duración, derecho y obligaciones de las partes, pretendemos regular la superficie en forma exhaustiva a fin de subsanar en la medida de lo posible, las omisiones de los contratantes y evitar la mayor incidencia de conflictos judiciales derivados de la deficiencia legislativa de la figura.

El marco normativo que proponemos, ofrece a los particulares un nuevo y eficaz instrumento legal a efectos que las partes contratantes puedan implementar, programar y oportunamente disponer de los inmuebles y/o de las

superficies afectadas a emprendimientos industriales, comerciales, de casa habitación, agrícolas e incluso forestales, pues estamos convencidos que el éxito o fracaso de la figura dependerá en gran medida la buena o mala reglamentación que de ella se haga, pues si su regulación es eficiente, facilitará tanto al estudioso del derecho como a los particulares, incluso aquellos que se dediquen al tráfico inmobiliario, la comprensión del derecho de superficie, sus consecuencias jurídicas y beneficios, permitirá que el instituto se vuelva atractivo para los usuarios.

Previo a la redacción normativa que proponemos, es conveniente advertir que debido a la problemática que implica recorrer la numeración de los preceptos legales que en su conjunto integran el Código Civil, y sobre la base de que lo aquí propuesto es la adición de una figura jurídica poco estudiada y desconocida por el legislador local, he optado por el mismo método utilizado en el Código Civil para el Estado de Nuevo León a partir del artículo 1053, que reformó la institución estudiada, de incluir números Bis seguidos de un guión (-) y a continuación el número arábigo progresivo.⁴

Hecha la anterior aclaración y considerada la ubicación de la figura en el **LIBRO SEGUNDO “DE LOS BIENES”**, propongo que el **DERECHO REAL DE SUPERFICIE** debe regularse de la siguiente manera:

TÍTULO SEXTO BIS DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES.

Artículo 1056 Bis. El derecho de superficie es el derecho real temporal, limitado, enajenable y transmisible por herencia, que faculta a su titular a edificar,

⁴ Esta “fórmula” fue utilizada en el Código de Comercio a partir del artículo 1414 bis hasta el 1414 bis-20, que regulan los procedimientos de ejecución de garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión y fideicomiso de garantía.

plantar o sembrar sobre finca ajena o construir por debajo de ésta, convirtiéndose en propietario de aquello que edifica planta o siembra.

El propietario de una construcción, plantación o siembra, existente en su terreno, puede enajenarlos separadamente de la propiedad suelo. En este caso, el adquirente tendrá la calidad de superficiario, con las obligaciones y prerrogativas atinentes al título.

Artículo 1056 Bis-2. El derecho de superficie puede constituirse por contrato, a título gratuito u oneroso, o por testamento. La propiedad superficiaria también puede adquirirse por prescripción.

Artículo 1056 Bis-3. En virtud del derecho de superficie se mantiene la separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y la del suelo en el que se efectúa la construcción o plantación. Por tanto, el superficiario tiene la calidad de propietario respecto a aquello que edifica, planta o siembra, o en su caso, le es enajenado en calidad de superficie.

Por su parte, el propietario conserva la propiedad total respecto del suelo que soporta la construcción, plantación o siembra.

CAPÍTULO II. CLASES DE SUPERFICIE, FORMALIDAD, INSCRIPCIÓN Y VIGENCIA.

Artículo 1056 Bis-4. Si el derecho de superficie tiene por objeto construcciones se reputará urbana; se considera rústica, la superficie que tiene por objeto plantaciones o siembra. En cualquier caso, la naturaleza de la superficie se determinará por su objeto y no por la calidad del suelo en que se constituya.

Artículo 1056 Bis-5. Tratándose de superficie urbana el superficiario tiene derecho, salvo pacto en contrario, para realizar las construcciones según su destino, finalidades o conveniencias puede levantar su construcción sobre otra ya existente o proyectar la obra hacia el subsuelo, siempre con respeto a las

limitaciones al derecho de construir impuestas a cualquier propietario. De igual forma, puede hacer las plantaciones o siembras que le convenga, con respeto a lo dispuesto en el artículo 846.

Artículo 1056 Bis-6. Cuando el derecho de superficie se constituya por contrato deberá constar en escritura pública y ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad para efectos de su oponibilidad frente a terceros.

Artículo 1056 Bis-7- Cuando se constituya el derecho real de superficie sobre parte del terreno de un inmueble, deberá precisarse y deslindarse la extensión y límites que ocupará el derecho del superficiario. No obstante lo anterior, la superficie puede extenderse sobre una parte no cubierta por la construcción a realizarse, siempre que ésta sea necesaria para su uso.

Artículo 1056 Bis-8- El derecho real de superficie puede constituirse a plazo fijo, por tiempo indeterminado, pero en ningún caso su duración será menor a diez años ni podrá exceder de cincuenta años, sea el titular de este derecho persona física o jurídico colectiva; estos plazo se establecen sin perjuicio de que al extinguirse la superficie pueda renovarse el derecho por otro plazo que no excederá el establecido.

También pueden convenir las partes que la duración del derecho real de superficie sea indeterminada, pero en ningún caso podrá durar mas tiempo que el plazo propuesto; en este caso, para dar por concluido el derecho de superficie, no operará la regla de la interpelación para establecer el vencimiento de las obligaciones sino que se requerirá el mutuo consentimiento de propietario y superficiario y en caso de que éste no exista se acudirá al Juez competente quien establecerá el plazo para su conclusión con base en el objeto de la superficie.

Cuando la vigencia del derecho real de superficie se sujete al acontecimiento de una condición resolutoria, éste quedará extinto aun cuando no

hubiera transcurrido el plazo mínimo para su duración; transcurrido el plazo máximo de duración concluirá el derecho real de superficie aun cuando no se hubiera actualizado la condición resolutoria.

CAPÍTULO III. DERECHO Y OBLIGACIONES QUE GENERA LA RELACIÓN SUPERFICIARIA

Artículo 1056 Bis-9. Durante la vigencia del derecho real de superficie, el superficiario tiene la calidad de propietario respecto de la obra que realice o le sea dada en superficie; por tanto puede enajenarla, gravarla, dar en usufructo, ceder el uso e incluso constituir derecho real de superficie.

En todo caso, los derechos reales o personales que el superficiario constituya a favor de terceros, respecto de la siembra, plantación o construcción, concluyen al extinguirse la propiedad superficiaria.

Artículo 1056 Bis-10. La mera facultad otorgada al superficiario para que edifique plante o siembre no es susceptible de gravámenes reales; no obstante lo anterior, el superficiario podrá gravar las partes que ya han sido edificadas, plantadas o sembrada aún cuando la obra no esté concluida.

Artículo 1056 Bis-11. El superficiario puede ejercer contra terceros y aun contra el propietario del suelo todas las acciones reales y personales derivadas del ejercicio del derecho real de superficie.

También puede intentar todas las acciones personales derivadas del acto jurídico generador de la superficie.

Artículo 1056 Bis-12. El propietario conserva todas las facultades sobre el suelo, puede disponer de él en la forma que lo desee, siempre que los actos que realice no importen peligro o perjudiquen el ejercicio del derecho de superficie.

Artículo 1056 Bis-13. El superficiario y el propietario gozarán del derecho del tanto para el caso de que éste quisiera vender el terreno o aquél lo construido, plantado o sembrado. Sobre este punto, es aplicable lo dispuesto en el artículo 973 de este código sobre la forma de dar aviso y el plazo para hacer uso del derecho del tanto.

Artículo 1056 Bis-14. Si la superficie se constituyó a título oneroso, el superficiario tiene obligación de pagar al propietario, la renta establecida en el título constitutivo.

La renta que debe cubrir el superficiario puede consistir en una pensión periódica, el pago de un precio cierto o en la entrega de una cosa. También puede pactarse que al término del derecho real de superficie el propietario adquiera lo edificado sin la obligación de indemnizar al superficiario.

Artículo 1056 Bis-15. El superficiario tiene la obligación de pagar las cargas tributarias que graven la propiedad superficiaria; asimismo, será responsable de pagar los permisos o licencias que se requieran para la realización de la obra.

CAPÍTULO IV. EXTINCIÓN

Artículo 1056 Bis-16 El derecho de superficie se extingue:

- I. Por vencimiento del plazo;
- II. Por cumplirse la condición resolutoria a que se sujetó la vigencia del derecho;
- III. Por consolidación, cuando se reúnan en una sola persona las calidades de propietario y superficiario, antes del vencimiento del plazo o

cumplimiento de la condición. En el caso de que la consolidación se verifique sólo sobre parte del terreno, subsistirá la superficie sobre lo que reste;

- IV.** Por renuncia o abandono;
- V.** Por caducidad;
- VI.** Por muerte del superficiario cuando no exista disposición de última voluntad o cuando no existan herederos conocidos con capacidad para heredar;
- VII.** Por expropiación del suelo o de la propiedad superficiaria;
- VIII.** Por mutuo consentimiento, aun antes del vencimiento del plazo pactado o de que se actualice la condición resolutoria;
- IX.** Por destrucción del suelo.

Artículo 1056 Bis-17 Al extinguirse el derecho real de superficie se consolidará la propiedad y el propietario hace suya la construcción o plantación realizada en su predio. Tratándose de siembra, al extinguirse el derecho, el propietario debe permitir al superficiario que levante la cosecha.

Artículo 1056 Bis-18 Al concluir el derecho real de superficie, el superficiario tiene derecho a ser indemnizado por el valor de las obras, salvo pacto en contrario.

En caso de que la consolidación se verifique a favor del superficiario, éste deberá pagar al propietario el precio del terreno, salvo pacto en contrario

Artículo 1056 Bis-19. Para establecer el monto de las indemnizaciones a que se refiere el artículo anterior, se estará a lo pactado en el título constitutivo y si éste fuera omiso, las indemnizaciones se calcularán con base en el enriquecimiento de la persona que consolida.

Artículo 1056 Bis-20. Al concluir el derecho real de superficie, las obras necesarias para retirar lo construido, plantado o sembrado serán a costa del superficiario, salvo pacto en contrario.

Artículo 1056 Bis-21. En caso de que el superficiario tenga derecho a la indemnización prevista en el artículo 1056 Bis-18, tiene derecho de retención hasta que ésta le sea pagada.

Artículo 1056 Bis-22. Si la superficie se extingue por cualquiera de las causales previstas en las fracciones I y II del artículo 1056 Bis-16, la consolidación será de derecho sin que se requiera la entrega de la cosa. Si se actualiza cualquiera de las causas de extinción previstas en las fracciones III y IV, deberá anotarse en el Registro Público de la Propiedad el acto extintivo a fin de darle publicidad.

Artículo 1056 Bis-22. A la extinción del derecho real de superficie por vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición se extinguirán de los derechos reales o personales, gravámenes y garantías reales sobre él constituidos.

Artículo 1056 Bis-23. Si el derecho de superficie se extingue por consolidación o por renuncia del superficiario, los derechos reales o personales, gravámenes o garantías constituidos sobre la propiedad superficiaria, producirán sus efectos por el tiempo originalmente pactado, pero su vigencia no podrá ser mayor a lo que debió durar la propiedad superficiaria.

Artículo 1056 Bis-24. La renuncia por el superficiario del derecho de edificar, o su desuso, o el abandono de la propiedad superficiaria, no lo liberan de las obligaciones personales que asumiera frente al dueño

Artículo 1056 Bis-25. Extinguida la propiedad superficiaria se extienden a la construcción los derechos reales que graven el suelo.

Artículo 1056 Bis-26. El derecho real de superficie se extingue por caducidad si el superficiario no construye dentro de dos años si la superficie es urbana. Si la superficie es rústica operará la caducidad si el superficiario no planta o siembra en un año.

Artículo 1056 Bis-27. El derecho real de superficie no se extingue por la muerte del superficiario; la propiedad superficiaria es transmisible *mortis causa* a los herederos legítimos o testamentarios o, en su caso, a los legatarios instituidos por el superficiario.

En cualquier caso el derecho de superficie se extinguirá cuando se actualice cualquiera de las causales establecidas por las partes en el acto constitutivo, recayendo en el causahabiente del superficiario la facultad para otorgar su consentimiento en el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 1056 Bis-8.

Artículo 1056 Bis-28. En el caso de la fracción VI del artículo 1056 Bis-16, operará la reversión de la superficie a favor del propietario, sin que sea aplicable la regla contenida en el artículo 1636 de este código que instituye como heredera a la Beneficencia Pública.

Artículo 1056 Bis-29. En la hipótesis regulada en la fracción VII del artículo 1056 Bis-16, la indemnización derivada de la expropiación deberá distribuirse entre el superficiario y el propietario, en proporción al valor de los derechos de uno y otro, salvo pacto en contrario.

Artículo 1056 Bis-30 Cuando se destruya el suelo que soporta la propiedad superficiaria se extinguirá el derecho real de superficie.

Cuando se destruya total o parcialmente la edificación, plantación o siembra realizadas por el superficiario, tiene derecho a volver a edificar, plantar o sembrar, pero deberá hacerlo dentro de los plazos previstos en el artículo 1056 Bis-26.

CONCLUSIONES

1. La superficie postula como necesidad derivada de su naturaleza el derecho del superficiario a la construcción. Aquella surge a la vida jurídica como figura autónoma porque implica una evidente derogación al principio de accesión.

2. La superficie implica una renuncia al derecho de accesión hecha por el propietario del suelo ajeno a favor del superficiario.

3. El superficiario, en virtud de esa derogación que a su favor consiente el propietario, adquiere en las mismas circunstancias y con el mismo título que si él fuese el propietario del suelo. En otras palabras, originariamente, y nunca en forma derivada del *dominus soli*.

4. La propiedad superficiaria se apoya en un suelo que no pertenece al superficiario durante el tiempo que dura su derecho, por lo que la utilización del mismo ha de basarse en algo distinto de la relación jurídica de la propiedad.

5. El derecho de construir lleva en sí el derecho 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 edificación; la segunda, como soporte de la propiedad superficiaria.

6. El superficiario tiene un derecho real de goce sobre el suelo, no exactamente de usufructo, que le faculta para construir y para hacer suyo lo edificado por la derogación de la accesión.

7. La propiedad superficiaria supone la existencia de un derecho de propiedad sometido *ad tempus*; la edificación pertenece a un titular, mientras que el suelo a otro.

8. Debemos atender a dos aspectos al conceptuar la superficie: antes de realizar la construcción o plantación y después de realizada. Al constituirse el derecho de superficie, el superficiario obtiene la facultad de hacer y mantener una edificación o plantación propia en suelo ajeno y esta facultad la conserva durante toda la vida de su derecho. Una vez realizada la construcción o plantación, al adquirir la propiedad superficiaria, ésta se apoya en un suelo que no pertenece al superficiario por lo que la utilización del mismo se basa precisamente en aquel derecho real de superficie, 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.

9. Las causas de extinción de la superficie pueden dividirse en dos grupos; en el primero se encuentran el vencimiento del plazo del derecho real y en el segundo, todas aquellas causas que producen la reunión en una misma persona de los derechos de la superficie y del suelo.

10. El efecto fundamental de la decadencia del plazo, es la adquisición por el propietario de la edificación, con la obligación de satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción en el momento en que la transmisión se efectúa.

11. El superficiario no tiene necesidad de transferir el derecho de superficie, porque aquél no es suma de facultades, sino se extiende automáticamente producida la desaparición de la limitación impuesta sobre él.

12. Los derechos reales constituidos por el superficiario no se extinguen si la reunión de la titularidad de la superficie y la del suelo ha tenido como causa otra distinta de la terminación del plazo de duración para el que fue concedida la superficie. Si ha sido por este motivo, por el contrario, dejan de existir, ya que no pueden tener una vida más larga que la del propio objeto sobre el que recaen.

13. Creemos que el uso de este derecho reporta beneficios para la industria, el comercio y la habitación. Pensemos en aquél que no tiene el dinero suficiente o que no quiere invertirlo en la adquisición de un terreno para establecer su industria, comercio o habitación, puede contratar el uso de un terreno ajeno con facultad de construir y de hacer suyas esas obras por cierto tiempo (debe calcularse la amortización de dichas construcciones realizadas), al transcurso del cual, dicha edificación, unas veces simplemente a través de la accesión, otras veces mediante el pago del valor de las obras, según se hubiere estipulado, pasarán a ser propiedad del propietario del suelo.

14. El derecho de superficie debe ser sistematizado en el Código Civil en título particular en el que se regulen sus características, modalidades, derechos y obligaciones de las partes, así como las formas de constitución y causales de extinción.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. **“Segundo Curso de Derecho Civil. Bienes Derechos Reales y Sucesiones”**. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 1980.
2. ALESSANDRI, R. et. al. **“Tratado de los Derechos Reales. Bienes Tomo II”**, Quinta Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1993.
3. ARCE Y CERVANTES, José. **“De los Bienes”**. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 2000.
4. BARBERO, Domenico. **“Sistema del Derecho Privado. Tomo II”**. Sexta Edición. Traducción de Santiago Sentis Maldonado. Editorial E.J.E.A., Buenos Aires, 1967.
5. BECERRA BAUTISTA, José. **“El Proceso Civil en México”**. Decimoséptima edición. Editorial Porrúa. México. 2000.
6. BIONDI, Biondo. **“Los bienes”**. Segunda Edición. Traducción de Antonio de la Esperanza. Editorial Bosch. Barcelona. 2003.
7. BONNECASE, Julien. **“Tratado Elemental de Derecho Civil”**. Traducción Enrique Figueroa Alfonso. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México. 1995.
8. BORDA, Guillermo. **“Manual de Derechos Reales”**. Quinta Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2001.
9. CARBONIER, Jean. **“Derecho Civil. Tomo II. Volumen 2”**. Traducción y notas por M.M. Zorilla Ruiz. Editorial Bosch. Barcelona. 1961.
10. CASTÁN TOBEÑAS, José. **“Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo II. Volumen 1. Los derechos reales en general. El dominio. La posesión”**. Decimocuarta Edición. Editorial Reus, S.A. Madrid. 1992.

11. CASTÁN TOBEÑAS, José. **“Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo II. Volumen 2. Los derechos reales restringidos”**. Décima Quinta edición. Editorial Reus. Madrid. 1994.
12. COLIN, Ambroise y CAPITANT Henry. **“Derecho Civil. Bienes, patrimonio y derechos reales”**. Colección Grandes Maestros del Derecho Civil, Volumen 2. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2002.
13. DE IBARROLA, Antonio. **“Cosas y Sucesiones”**. Quinta reimpresión. Editorial Porrúa. México. 2001.
14. DE PINA, Rafael. **“Elementos de Derecho Civil Mexicano”**. Volumen II. Décimo Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 2000.
15. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. **“Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral”**. Quinta edición. Editorial. Tecnos. Madrid. 1992.
16. **“Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana. Tomo 58”**, voz Superficie, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1958.
17. ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. **“Tratado de Derecho Civil. Tomo III. Volumen 1. Derecho de Cosas”**. Tercera Edición. Traducción al Español de Blas Pérez González y José Alguer. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1971.
18. FLAH, Lily R. y SMAYEUSKI, Miriam. **“Seguridad en las Inversiones. (Los derechos reales de garantía). Colección el sistema jurídico en el MERCOSUR. Número 3”**. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994.
19. FUENTESECA, Cristina. **“La posesión mediata e inmediata”**. Editorial Dykinson. Madrid. 2002.

20. GALINDO GARFIAS, Ignacio. **“Derechos Reales y Sucesiones”**. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 2004.
21. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **“Los derechos reales administrativos”**. Segunda edición. Editorial civitas. Madrid. 1989.
22. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. **“La superficie urbana (El Derecho de Superficie en la Ley del Suelo y Legislación Hipotecaria)”**. 1ª edición. Editorial G.E.H.A. Sevilla. 1960
23. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. **“El Patrimonio. El Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad”**. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1999.
24. IGLESIAS, Juan. **“Derecho Romano”**. Décimo Segunda edición. Editorial Ariel Derecho. México. 1999.
25. LAQUIS, Manuel Antonio. **“Derechos Reales Tomo IV. Restricciones y límites del dominio. Régimen de las aguas. Dominio imperfecto. Superficie”**. Editorial Desalma. 1984. Buenos Aires.
26. LAQUIS, Manuel Antonio. **“Derechos Reales Tomo VI. Uso y habitación. Usufructo. Servidumbres. Hipoteca. Prenda. Anticresis. Publicidad de los derechos reales. Acciones reales”**. Editorial Desalma. 1984. Buenos Aires.
27. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. **“Instituciones de Derecho Civil. Tomo IV”**. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 2001.
28. MARGADANT S., Guillermo Floris. **“El derecho privado romano”**. Décima Octava Edición. Editorial Esfinge. Naucalpan, México. 1992.
29. MARÍN PÉREZ, Pascual. **“Derecho Civil. Volumen III. Derechos Reales y Derecho Registral”**. Editorial Tecnos. Madrid. 1984.

30. MARTÍNEZ MORALES, Rafael Isidoro. “**Derecho Administrativo 3er. y 4to. Cursos**”. Tercera Edición. Editorial Oxford. México. 2000.
31. MESSINEO, Franceso. “**Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo II. Derechos de la Personalidad. Derecho de Familia y Derechos Reales**”. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos aires. 1979.
32. MORALES, José Ignacio. “**Derecho Romano**”. Editorial Trillas. México. 1998.
33. MORINEAU, Oscar. “**Los derechos reales y el subsuelo en México**”. Segunda edición. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1997.
34. MORENO QUESADA, Bernardo, et. al. “**Curso de Derecho Civil. Tomo III. Derechos Reales y Registral Inmobiliario**”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1999
35. MORENO QUESADA, Bernardo et. al. “**Derecho civil patrimonial. Conceptos y normativa básica**”. 3ª edición. Editorial COMARES. Granda. 1997
36. O' CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “**Compendio de Derecho Civil. Tomo II**”. Segunda Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1992.
37. PALLARES, Eduardo. “**Diccionario de Derecho Procesal Civil**”. Vigésimo sexta edición. Editorial Porrúa. México. 2001.
38. PAPAÑO, Ricardo J. et al. “**Derecho Civil. Derechos Reales. Tomo 2**”. Segunda Edición. Editorial Astrea. Bueno Aires. 2004.
39. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “**Derechos Reales. Derecho Hipotecario. Tomo I**”. Tercera Edición. Editorial Centro de Estudios Registrales. Madrid. 1999
40. PEÑALILLO ARÉVALO, Daniel. “**Los bienes. La propiedad y otros derechos reales**”. Tercera edición. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2000.

41. PETIT, Eugene. **“Tratado Elemental de Derecho Romano”**. Vigésima edición. Traducción de José Fernández González. Editorial Porrúa. México, 2004.
42. PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges. **“Derecho Civil”**. Traducción: Leonel Pereznieta Castro. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México. 1994.
43. PUIG BRUTATU, José. **“Compendio de Derecho Civil. Tomo III. Derechos Reales. Derecho Hipotecario”**. Primera edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1989.
44. ROCA SASTRE, Ramón M. **“Derecho Hipotecario”**. Octava Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1999.
45. ROJINA VILLEGAS, Rafael. **“Derecho Civil Mexicano. Tomo III. Bienes, Derechos Reales y Posesión”**. Décima Edición. Editorial Porrúa. México. 2001
46. SERRA ROJAS, Andrés. **“Derecho Administrativo Segundo Curso”**. Vigésimo Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 2003.
47. TRABUCCHI, Alberto. **“Instituciones de Derecho Civil. Tomo I”**. Décima Quinta Edición. Traducción de Luis Martínez-Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1967.
48. VENTURA SILVA, Sabino. **“Derecho Romano”**. Décimo Novena edición. Editorial Porrúa. 2003.
49. VOLTERRA, Eduardo. **“Instituciones de Derecho Privado Romano”**. Primera Edición 1988. Reimpresión 1991. Editorial Civitas. Madrid. 1991
50. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. **“Contratos Civiles”**. Octava Edición. Editorial Porrúa. México. 2000.

LEGISLACIÓN.

📖 Código Civil para el Distrito Federal.

📖 Código Civil para el estado de Coahuila de Zaragoza.

📖 Código Civil del estado libre y soberano de Guerrero.

📖 Código Civil del estado de Jalisco.

📖 Código Civil para el estado de Nuevo León.

📖 Código Civil para el estado libre y soberano de Puebla.

📖 Código Civil para el estado de Quintana Roo.

📖 Código Civil para el estado de Tabasco.

📖 Ley 25.509. Ley de derecho real de superficie forestal. Sancionada el catorce de noviembre de dos mil uno, por el Congreso de la Nación Argentina.

📖 Código Civil del Perú.

📖 Código Civil Argentino

TESIS.

1. Tesis de licenciatura. BARRÓN ÁNGELES, Pablo. “**Derechos reales no comprendidos en el Código Civil**”. 1962.
2. Tesis de licenciatura. BORJA MARTÍNEZ, Ignacio. “**Derecho de superficie**”. 1968.