

## EL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL DERECHO ROMANO

Lic. CARLOS ENRIQUE SILVA B.

Profesor Titular de Teoría  
General del Estado de la  
Escuela de Derecho de la  
Universidad Anáhuac.

### SUMARIO:

Introducción. I. Superficie: Su definición. II. Características Principales. III. Deberes y derechos del superficiario. IV. Acciones y excepciones del superficiario. V. Constitución y extinción de la superficie. VI. Distribuciones con respecto a otras figuras similares. VII. Evolución: Brevísima relación. VIII. Terminología utilizada. IX. Sedes materiae. Conclusiones.

### INTRODUCCION

**A**cerca de la "Superficie" en el Derecho Romano, existe en casi todos los libros referentes a esta disciplina unas cuantas páginas de las que se desprende casi todo el contenido del trabajo.

Inicialmente se trató de hacer una relación más detallada de la evolución y la constitución de la superficie, sin embargo, durante el desarrollo sistemático del tema, se pensó que se sacrificaba la claridad de la redacción en áreas de la precisión, por lo que se decidió recurrir a la forma que estableció el Dr. Guillermo F. Margadant, para la elaboración de las ponencias que se presentaron en el Primer Seminario de Derecho Romano, celebrado en Xalapa, Veracruz, en octubre de 1974.

De esta forma, fue posible separar y distribuir el trabajo, pensando asimismo que sería más sencillo y menos monótona su lectura, objetivo que se piensa haber alcanzado.

En esta manera el trabajo fue tomando cuerpo, seleccionando los incisos que parecieron más importantes y que a la vez completaban la estructura del análisis.

En el primer punto se trata de dar un esbozo de la superficie como un derecho confuso en la época clásica romana, para más tarde tratar de dar una definición a la luz de la época post-clásica, en que se configura como un derecho real autónomo y con características propias.

El segundo inciso, está ocupado por las características principales que le dan el carácter de una figura "Sui Juris" a la superficie.

Los deberes y derechos del superficiario ocupan el tercer inciso del trabajo. Este punto está íntimamente relacionado con el siguiente: las acciones y las excepciones que pueden ejercitar el superficiario en un momento dado.

Otro punto que se consideró de mucha importancia, incluir en el estudio, fue la forma de constitución y de extinción de este derecho.

A lo largo de la investigación se pudo observar el problema que existía en diferenciar ciertas figuras en relación a la superficie, por lo que se consideró importante dedicar un inciso especial —el número VI— para señalar las características fundamentales de cada una de estas figuras con el objeto de comprobar la autonomía de la superficie y la importancia de conservarla como institución independiente.

Aunque no es la intención de hacer una exhaustiva evolución histórica de la figura, se pudieron encontrar algunos datos que parecieron interesantes, por lo que se menciona muy escuetamente la evolución de la superficie y la diferente regulación en las legislaciones más importantes para nuestro derecho (tales como el derecho alemán, el suizo, el español, etc.). Se hubiera completado este trabajo con la historia completa de la figura en cuestión, desde su origen confundido con el "Ager Vectigalis" y la "Locatio Conductio", hasta su funcionamiento como "Censo Consignatorio" en nuestro Código Civil de 1884.

Finalmente se dedica un capítulo especial a la terminología más importante dentro del estudio y a la anotación de las "sedes materiae" utilizadas.

El trabajo fue elaborado gracias a las facilidades dadas en el Seminario de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la UNAM, donde se consultaron casi todas las fuentes que se mencionan en la última parte del análisis.

Se hace notar la gran ayuda que proporcionó la ponencia presentada al Primer Seminario de Derecho Romano, por la Lic. Sara Bialostosky de Chazan, precisamente titulada "La Superficie", de donde se obtuvieron innumerables datos que de otra manera hubieran sido muy difíciles de conseguir.

El objetivo principal de este estudio es el de dar más o menos documentada la figura de la Superficie, la cual representa una de las instituciones menos conocidas pese a la riqueza de su contenido.

### I. SUPERFICIE: Su definición

En el libro XXV de los "Comentarios al Edicto Provincial", Gayo dice:

Llamamos casas superficiarias las que se han construido en solar tomado en arrendamiento, cuya propiedad por derecho civil y natural es del señor del suelo.<sup>1</sup>

Por superficie entendemos el derecho transmisible "inter vivos"<sup>2</sup> o "mortis causa" por el cual se puede construir un edificio en suelo ajeno. Este derecho es a perpetuidad o por largo tiempo (de 75 a 99 años).

El Derecho de superficie originalmente fue un arrendamiento ("lócatio") concedido exclusivamente por los municipios,<sup>3</sup> a cambio del cual percibían un "canon"<sup>4</sup> llamado "solarium" o "pensio" (D. 6.1 74; D. 6. 1. 73). En la época clásica, la superficie se

<sup>1</sup> "Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo pasitae sint; quarum proprietas et civili, et naturali iure eius est, civis et solum". (Gayo. D.43.18.2.)

<sup>2</sup> Aunque existen autores como Max Kaser, quienes niegan la transmisión de la superficie "inter vivos".

<sup>3</sup> En el derecho post-clásico se admite el arrendamiento de suelos particulares.

<sup>4</sup> ¿Podemos equiparar el "canon" de la "enfiteusis" al "solarium tributum"?

encuentra íntimamente relacionada con la “*locatio conductio*”<sup>5</sup> y con el “*ager vectigalis*”.<sup>6</sup> Sin embargo, el carácter real de este derecho se empieza a reconocer, ya que el pretor concede al superficiario el “*interdictum de superfiebus*”,<sup>7</sup> un interdicto de protección contra perturbaciones o despojo de terceros.

La propiedad del terreno corresponde al arrendador –hablamos de la época clásica–, y los edificios que en él se levantaban por el superficiario se convertían en propiedad del dueño del suelo siguiendo el principio “*superficies solo cedit*”.<sup>8</sup> Sin embargo, el superficiario tenía el disfrute –“*uti frui*”– del edificio, en virtud de una relación contractual.

En el período post-clásico, quien edificaba en suelo público y pagaba el “*solarium*” respectivo, tenía una propiedad conforme al derecho vulgar. Por consiguiente, quien edificaba en suelo ajeno era propietario de su construcción, lo cual constituía una excepción a la regla “*superficie solo cedit*”.

Podemos concluir que la superficie es una figura que cobra su mayor desarrollo durante la época post-clásica, ya que su aplicación se perfecciona, convirtiéndose en una figura independiente; pero no podemos negar el carácter de antecedentes primarios a la “*locatio conductio*” y al “*ager vectigalis*”.

## II. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

Existen ciertas características que hacen de la figura de la superficie un tipo especial y autónomo con respecto a otras figuras similares. Trataré de enumerar las más importantes:

- a) La superficie es un derecho real (“*ius in re aliena*”) que se podía hipotecar, enajenar entre vivos o transmitir a los herederos.

<sup>5</sup> Arrendamiento, en este caso del bien inmueble principal (el terreno). Este concepto cambia totalmente en el derecho post-clásico.

<sup>6</sup> Con Justiniano el concepto de “*enfiteusis*” y “*ager vectigalis*” tienen un significado sinónimo.

<sup>7</sup> Siguiendo la línea del interdicto “*uti possidetis*” (D.43.18.1; D.43.17.4-6).

<sup>8</sup> “Además lo que otro ha edificado en nuestro suelo, aunque lo haya edificado a su nombre, se hace nuestro por derecho natural, porque la superficie accede al suelo” (G.II.73.). Relacionado con “*accessio cedit principali*” (D.34.2.19.13 y D.41.1.7.10).

- b) La creación de este derecho se subordinó a dos condiciones: Un contrato de arrendamiento (“locatio conductio”) perpetuo o a un término largo –75 a 99 años– lo cual conducía al superficiario a un libre ejercicio de su derecho (G. III. 145).
- c) La línea divisoria entre las dos propiedades –terreno y construcción– es horizontal.
- d) El derecho real de superficie se refiere generalmente a la urbanización.
- e) El derecho de superficie no era producto de un arrendamiento, debido a su carácter real:

... es decir, cualquier tercero –también próximos compradores del terreno en cuestión– tenían que reconocer los derechos del superficiario. Obsérvese aquí que, en cambio, el derecho romano dispone que ‘compraventa, quiebra arrendamiento’.<sup>9</sup>

### III. DEBERES Y DERECHOS DEL SUPERFICIARIO

- a) El superficiario tiene pleno derecho de disfrutar de la construcción levantada en suelo ajeno durante un período largo (99 años) o a perpetuidad.
- b) Los derechos del superficiario no llegan a adquirir carácter real y eficacia contra terceros hasta que el pretor instituye el “interdicto de superficie”.
- c) El superficiario puede transmitir su derecho a un tercero sin tener que avisar al dueño del fundo.
- d) El derecho de superficie es transmisible “mortis causa”.
- e) El superficiario está obligado a pagar todas las contribuciones y cargas que graven el fundo, así como los daños que cause como consecuencia de su construcción.
- f) Si así se ha estipulado, pagar al propietario una pensión anual llamada “solarium tributum”.<sup>10</sup>

### IV. ACCIONES Y EXCEPCIONES DEL SUPERFICIARIO

En un principio, y según las disposiciones del derecho civil, el locatario del terreno de otro no es propietario del edificio que él ha

<sup>9</sup> Guillermo F. Margadant S. *Derecho Romano*. 4a. Ed., México: Esfinge, 1970, p. 287.

<sup>10</sup> La figura del “solarium” ha dado lugar a muchas dudas, no pude precisar si

construido, porque el propietario del terreno tiene la propiedad de las edificaciones construidas sobre su fundo:

Estando hecha una construcción sobre algún terreno con materiales no pertenecientes al propietario del terreno, es éste el propietario del edificio, puesto que la tierra es cosa principal con relación a la superficie. Gayo II.73: "... Superficies solo cedit".—L. 7. 10, D., "de adq. rer. dom. XLI, 1: "... Omne quod inaedificatur solo cedit".—L.29 y 30 ht".<sup>11</sup>

Si el locatario era perturbado por el propietario del terreno en el goce de su propiedad (edificio), sólo podía reclamarle los daños e intereses por medio de la "actio conducti", si la perturbación provenía de un tercero, el superficiario podía obtener del propietario la cesión de sus acciones.

El pretor le da el matiz de derecho real a la superficie al concederle el "interdicto de superfiebus", en un principio sólo en favor de los que construían en "solo publico", extendiéndose más tarde, a los que lo hacían en terreno particular. Independientemente de este interdicto, el pretor busca una forma más eficaz de protección al superficiario, y así es como aparece la "actio in rem", una acción para hacer valer el derecho de superficie contra todos, incluso contra el propietario. La "actio in rem" no pertenece al período clásico, ya que el pretor había protegido este derecho con el "interdictu de superfiebus".<sup>12</sup>

Por razón de la conservación de los edificios, no se permitía la acción para exigir la separación de los materiales incorporados al edificio mientras éste subsistiera. El dueño de los materiales podía ejercitar una acción contra el dueño del edificio para exigirle el pago por el doble del valor de la cosa que se le hubiera incorporado. Con Justiniano, esta multa tiene el carácter de indemnización de daños.<sup>13</sup>

el pago se podía hacer con los frutos producidos por el bien inmueble. ¿Acaso se consideraba al "solarium" como un impuesto predial?

<sup>11</sup> Eugéne Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*; Trad. José Fernández G. 9a. Ed., México: Nacional, 1971, p. 254.

<sup>12</sup> El carácter clásico de este interdicto es muy discutido, ya que no convierte el derecho protegido en él en un "ius in rem", ya que protege un derecho de carácter público. Es una protección posesoria (D.43.18.1 y ss.).

<sup>13</sup> Algunos juristas clásicos, admiten que el incorporar a un edificio ajeno materiales propios, pierde la propiedad de éstos. (Gayo. D.41.1.7.10 y 12.).

El pretor concede una excepción contra la “rei vindicatio” del propietario y eventualmente otras acciones útiles como por ejemplo la “confesoria”.

## V. CONSTITUCION Y EXTINCION DE LA SUPERFICIE

La forma de constitución de la superficie era generalmente por contrato, pero también se podía hacer mediante una disposición de última voluntad, por una “adjudicatio”<sup>14</sup> o una “usucapio”.<sup>15</sup>

Las causas de extinción eran las siguientes:

- a) Por destrucción total del total del fundo.<sup>16</sup>
- b) Por mutuo acuerdo.
- c) Por falta de pago en caso de pagar el “solarium tributum”.
- d) Por falta de cuidado para la superficie.
- d) Por renuncia.
- f) Por cumplimiento o llegada de la condición o término resolutorios.
- g) Por confusión sin que hubiera mala fe.
- h) Por consolidación. Cuando el superficiario adquiría la propiedad del suelo o cuando los derechos de éste pasaban al propietario.
- i) Por la transformación del predio en una “res extra commercium”.

## VI. DISTINCIONES CON RESPECTO A OTRAS FIGURAS SIMILARES

Algunos romanistas inconformes le niegan el carácter autónomo de la superficie, algunos la han llegado a equiparar con el arrendamiento y otros con la servidumbre, sin embargo, reafirmando lo que he venido diciendo a lo largo de mi trabajo, trataré de dar algunos puntos claves para la diferenciación de la superficie con respecto a otras instituciones semejantes.

<sup>14</sup> “Asignación de cosas hechas por el juez en los juicios divisorios”. Sabino Ventura Silva. *Derecho Romano*; 2a. Ed., México: Porrúa, 1966, p. 182.

<sup>15</sup> Según Modestino “Usucapión es adición del dominio por la continuación de la posesión durante el tiempo determinado en la ley”. (D.41.3.3.).

<sup>16</sup> No del edificio, pues podía haberse reservado el derecho de reconstrucción.

El contrato de superficie crea derechos reales y puede celebrarse por plazos, características que no hallamos en el arrendamiento.

La servidumbre se refiere a dos inmuebles cercanos que están separados verticalmente. No existe en ésta el "solarium tributum".

Con relación al usufructo la superficie no requiere de una "cautio", ni tampoco se limita a la vida del titular.

En la superficie tenemos el régimen jurídico de una construcción y del suelo respectivo, en la enfiteusis este régimen se refiere a un solo inmueble. Existen también marcadas diferencias entre el uso y la habitación.

#### VII. EVOLUCION: Brevísimas relaciones

En la época clásica encontramos a la superficie confundida con el arrendamiento y el "ager vectigalis", podemos decir que en esta época la institución carece de vida propia, sin embargo, al aparecer el "interdictum superfiebus" y al regularse como un "ius in realiena" en la época post-clásica, la regulación de la superficie empieza a tomar una forma especializada característica de una figura autónoma. Es en esta época cuando alcanza su madurez plena.

Desafortunadamente no encontramos una definición expresa en la segunda vida del Derecho Romano, ni en las "Siete Partidas". Sin embargo, en la Ley 74 de Toro se reconoció un retracto al superficiario:

Ley 74. L. 13a., Tit. 11º, Lib. V de la Rec., y L. 8a. Tit. 12º, Lib. X de la Nov.

Preferencia del señor del dominio directo y del que tenga parte en la cosa al pariente más propicio para retraerla.

Cuando concurren en sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente más propinco con el señor del directo dominio o con el superficiario y el que tiene parte en ella al pariente más propinco.<sup>17</sup>

Encontramos algunas relaciones del derecho de superficie en el derecho germánico:

<sup>17</sup> *Comentario histórico, crítico y jurídico a las "Leyes de Toro"*. Continuación de las que empezó a publicar el Excmo. Sr. D. Joaquín Fco. Pacheco, Tomo II. Madrid, 1876.



En derecho germánico, la superficie sufre transformaciones atribuyéndose la accesión al superficiario como "dominio útil" esta influencia la vemos reflejada en los estatutos italianos de Ancona y Verona que reconocen la propiedad sobre el suelo como separada y distinta de la del suelo y atribuyeron ésta última a una persona y la del edificio a otra.<sup>18</sup>

En nuestros códigos civiles de 1870 y 1884 la figura ya no se regula expresamente, sino que se convierte en lo que se llama "censo consignativo".<sup>19</sup> Esta figura se encuentra regulada en los artículos 3206 y siguientes del Código de 70 y en los artículos 3066 y 3067 del de 84. En estos casos el superficiario no es simplemente un "dominus utilis", sino un propietario común y corriente (aunque propietario de un terreno gravado con un censo).

Actualmente la legislación mexicana admite la existencia de las superficies, aunque no las regula expresamente (ver la relación del artículo 2899 del Código Civil vigente, con la propiedad de un inmueble en terreno ajeno).

La propiedad por pisos que apareció inicialmente regulada por el derecho helénico y el derecho germánico, no se puede considerar actualmente en el derecho mexicano como un resultado de la superficie, ya que aquélla es una copropiedad sobre todo el edificio, combinado con un derecho especial para usar ciertas partes del mismo con forzosa participación en una asociación de los copropietarios.

La doctrina italiana, expresamente el derecho de superficie, y el Código Suizo en su artículo 440 la reconoce como planta. La legislación alemana (Reglamento 15-1-1919) y francesa reconocen a la superficie como una propiedad "superpuesta". En la doctrina española la figura de la superficie no aparece.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> *La Superficie*. Ponencia presentada al 1º Seminario Nacional de Derecho Romano por la Lic. Sara Bialostosky de Ch., Lic. Marta Fuchs B. y Lourdes Tronconis M. Xalapa, Ver. Octubre de 1974.

<sup>19</sup> Art. 3066 del C.C. de 1884: "Censo es el derecho que una persona adquiere de percibir cierta pensión anual, por la entrega que hace a otra de una cantidad determinada de dinero o de una cosa inmueble".

Art. 3067 id. "Se llama consignativo el censo, cuando el que recibe el dinero consigna al pago de la pensión la finca cuyo dominio pleno conserva". Se regulaba también el censo "enfitéutico". (Nótese la diferencia con el concepto tradicional).

<sup>20</sup> Datos extractados de la ponencia *La Superficie* (ver cita núm. 18).

## VIII. TERMINOLOGIA UTILIZADA

- a) "Ocupatio bellica": Forma de ocupación que consiste en la aprehensión grosera de las cosas quitadas al enemigo.
- b) "Ager vectigalis": Inmueble propiedad del Estado, Municipio u organización religiosa, puesta a la disposición de un particular mediante un "vectigal" periódico.
- c) "Locatio conductio": Arrendamiento. Puede ser de cosas, servicios u obras ("rei", "operae" u "operis").
- d) Superficie: Presupone en todos los casos una asociación firme. Lo que emerge del suelo; lo plantado, lo sembrado y lo edificado, y en este último caso, los materiales incorporados a la edificación. (A partir de Justiniano, la superficie sólo se refiere a construcciones).
- e) "Solarium": Precio anual que el superficiario pagaba al dueño del terreno. Se podía pactar hacer un sólo pago al contratar.
- f) "Enfiteusis" (agri emphyteucarit, Ulp. L. 3. 4. D. 1. 30.):

Arrendamiento agrícola con efectos "reales", es decir oponibles a terceros, por largo plazo o a perpetuidad. Su objeto consistía generalmente en terrenos públicos o pertenecientes a templos, y su renta se llama "vectigal".<sup>21</sup>

En la época de Justiniano el "ius in agro vectigali" y la "enfiteusis", se funden en una sola figura.<sup>22</sup>

- g) "Interdictum de superficiebus": Interdicto otorgado por el pretor al superficiario para mantener la posesión de su derecho.
- h) "Uti possidentis": Interdicto para retener la posesión de bienes inmuebles.

## IX. SEDES MATERIAE

D.6.1.74; D.6.1.73., de la "pensio" o "solarium". D.6.2.12.3., cuando procede la "Acción Publiciana" en la superficie. D.7.1.73., del usufructo y la construcción. D.10.2.10., acción de la partición de la herencia en los predios superficiarios. D.13.7.16.2.;

<sup>21</sup> Guillermo F. Margadant S., *op. cit.*, p. 287.

<sup>22</sup> D.6.3. "Si ager vectigalis id est emphyteucarius appellatur".

D.20.4.15., se puede pignorar el predio del superficiario (tiene una acción dominical útil); se puede pignorar una cosa en suelo ajeno. D.30.86.4., vale el legado si se lega el derecho de superficie al propietario, pues consigue liberarse de esa servidumbre y lucra la construcción. D.43.18.1. y ss., D.41.1.7.10., D.34.2.19.13., D.41.3.3., D.29.86.4., Gayo, II.73., Gayo III.145., Codex ii, 69., Inst. 2.1.30 y 2.1.32. Nevellae 7.3.20 y 120.1.2.

### CONCLUSIONES

Descubrimos en el desarrollo del presente análisis dos aspectos importantes de la superficie. Uno, en la época clásica, como una figura oscura y confundida en dos o tres instituciones; la otra aparece en la época post-clásica, cuando figura como una institución autónoma, con propia vida. Es en ésta época cuando toma la configuración de un derecho real excepcionándose a la regla "superficiis solo cedit" (lo edificado o construído cede en favor del suelo); esta innovación se justifica plenamente si consideramos que había una gran cantidad de propietarios de grandes extensiones de terreno que no querían o no podían construir, por lo cual contrataban con un tercero para que edificara y gozara plenamente lo construído.

En un principio, —época clásica— el pago que se recibía por este contrato se tomaba como si procediera de un arrendamiento, por lo que constituía un derecho de crédito, el cual era protegido únicamente por acciones personales nacidas del mismo contrato. Estas acciones sólo se podían ejercitar contra el propietario o contra sus herederos. Como consecuencia de que los "arrendamientos" se hacían a largo plazo, intervino el pretor para concederle una protección más segura al superficiario. Es así como aparece el "interdictum de superficiebus" el cual se podía ejercitar contra todo aquél que perturbara el disfrute del superficiario. Esta fue la diferencia que separó totalmente el concepto de superficie al del arrendamiento, pues el superficiario ya disponía de un medio judicial de defensa de su derecho, superando el concepto de simple relación contractual con el propietario.

Si el "ager vectigalis" se utilizó en los siglos II y III A.C., para dotar de tierras a los desposeídos, debemos de reconocer que la

superficie ayudó enormemente para la mejor urbanización de la ciudad.

Económicamente era aconsejable cuando el propietario deseaba obtener ingresos de un terreno pero sin necesidad de edificar, era por eso que buscaba a un superficiario.

Existen algunas dudas que sería interesante estudiar más profundamente. Por ejemplo: ¿no se podría considerar a la superficie también para fines agrícolas? Es posible que en esta cuestión influya mucho el concepto de "enfiteusis" ¿pero hasta qué grado?

La historia no llega a aclararnos completamente si la superficie se refiere a los predios urbanos o rústicos. Este es un problema cuya solución sólo podemos interpretar. Es posible que si se buscaba la urbanización de los terrenos, se tratara de fundos circundantes a la ciudad.

Actualmente se podría aplicar la figura de la superficie como una posible solución al problema de la vivienda. Particularmente pienso que sería un medio para obligar a los propietarios de terrenos ociosos a aprovecharlos, si no directamente por ellos, por un tercero que disfrutara plenamente de su construcción.

#### BIBLIOGRAFIA

1. Bonfante, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Trad. Luis Bacci y Andrés Larrosa, 4a. Ed., Madrid: "Reus", 1963.
2. Francisci, Pietro De. *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Trad. Ursicino Alvarez. (sin Ed.), Madrid: (s.f.).
3. Kasser, Max. *Derecho Romano Privado*, Trad. José Santa Cruz Teijeiro, 5a., Ed., Madrid: "Reus", 1968.
4. Kunkel, Wolfgang. *Derecho Romano Privado*, Trad. L. Prieto Castro, 2a., Ed., Barcelona: "Labor", 1937.
5. Margadant S., Guillermo F. *Derecho Romano*, 4a., Ed., México: "Esfinge", 1970.
6. Petit, Eugéne. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Trad. D. José Fernández G. 9a. Ed., México: "Nacional", 1971.
7. Ventura Silva, Sabino. *Derecho Romano*, 2a. Ed., México: "Porrua", 1966.