



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**“DERECHO REAL DE SUPERFICIE:
UNA PROPUESTA DE REGULACIÓN
PARA LA CIUDAD DE MÉXICO”**

TESIS

Para obtener el título de
Licenciado en Derecho

P R E S E N T A

Eduardo Mendoza Ramírez

DIRECTOR DE TESIS

Mtro. Rafael Manuel Rocher Gómez



Ciudad de México, México, 2023



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

“Digamos que ganaste la carrera
Y que el premio
Era otra carrera
Que no bebiste el vino de la victoria
Sino tu propia sal
Que jamás escuchaste vítores
Sino ladridos de perros
Y que tu sombra
Tu propia sombra
Fue tu única
Y desleal competidora”
Blanca Varela

“Por muchos caminos diferentes y de múltiples
modos llegué yo a mi verdad; no por una única
escala ascendí hasta la altura desde donde mis ojos
recorren el mundo.

Y nunca me ha gustado preguntar por caminos,
- ¡esto repugna siempre a mi gusto! Prefería
preguntar y someter a prueba los caminos mismos.

Un ensayar y un preguntar fue todo mi caminar:
- ¡y en verdad, también hay que aprender a
responder a tal preguntar! Éste – es mi gusto:

- No un buen gusto, no un mal gusto, pero
sí mi gusto, del cual ya no me avergüenzo ni oculto.
- «éste – es mi camino, - ¿dónde está el
vuestro? », así respondía yo a quienes me
preguntaban «por el camino» ¡El camino, en efecto,
- no existe!”

Friedrich Nietzsche

-
“¿Luchar contra los sueños?
¿Batirse contra las sombras?
¿Caminar en las tinieblas de un sueño?
El tiempo ya ha pasado.
La vida os ha sido robada.
Perdida entre fruslerías,
víctima de vuestra locura”

Frank Herbert

Agradecimientos

A mi madre, Yanin, por enseñarme lo que es el amor sincero.

A mi padre, Víctor, por transmitirme el valor y coraje que necesito en la vida.

A mi hermana, Citlalli, por ser mi persona favorita.

A mi hermano, Víctor, por mostrarme con sus acciones lo que realmente significa la nobleza.

A mi hermano, Gamaliel, porque con su ejemplo he entendido que se puede salir adelante con voluntad y trabajo, a pesar de que todo parezca complicado.

A Daniel y Julián Adriel, a quienes les deseo lo mejor y les doy la bienvenida a la familia.

A mis amigos, José Daniel, Benjamín y Valery Selena, por apoyarme e inspirarme a ser mejor cada día.

A mis amigos, Yunuen, Yiyetssi, Mauricio y Mónica, por estar conmigo en los momentos más difíciles y divertidos en mi vida.

A mi querido asesor y maestro, Rafael Rocher, por apoyarme e ilustrarme en todo momento.

Y a todos aquellos que me han expresado su amor.

¡Gracias!

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo uno. Derechos Reales.....	6
1. Definición.....	6
2. Diferencia entre Derechos Reales y Derechos Personales o de Crédito ..	8
I. Tesis Dualistas	9
II. Tesis Monistas.....	17
III. Doctrina Ecléctica.....	21
IV. Conclusiones.....	22
3. Clases de Derechos Reales según el ordenamiento jurídico que los contempla.....	23
I. Teoría de los <i>Numerus Apertus</i>	24
II. Teoría de los <i>Numerus Clausus</i>	26
III. Teoría que sigue la legislación mexicana	29
IV. Teoría de los <i>Numerus Apertus</i> como violación al Principio de Seguridad Jurídica y Orden Público	32
V. Teoría de los <i>Numerus Clausus</i> como violación al Principio de Autonomía de la Voluntad	36
VI. Constitucionalización del Derecho Civil.....	37
VII. Colisión de principios jurídicos y su ponderación	38
Capítulo dos. Derecho Real de Superficie	42
1. Definición.....	42
2. Teorías sobre el Derecho Real de Superficie	47
I. Teoría Dualista	47
II. Teoría Monista.....	49
3. Naturaleza Jurídica del Derecho Real de Superficie.....	50
I. Teorías que consideran al Derecho Real de Superficie como dominio dividido	50
II. Teorías que asimilan al Derecho Real de Superficie con algún otro Derecho Real	52
III. Teoría que considera al Derecho Real de Superficie como un derecho específico	55
4. Estructura del Derecho Real de Superficie	56
I. Derecho de Superficie	56
II. Propiedad Superfiliaria	57
III. Derecho de Superficie y Propiedad Superfiliaria.....	58
5. Elementos Personales del Derecho Real de Superficie	58
I. Superficiante	59
II. Superficiario	63
6. Elementos Reales del Derecho Real de Superficie	66

7. Elementos Formales del Derecho real de Superficie.....	67
Capítulo tres. Constitución, efectos y extinción del Derecho Real de Superficie.....	69
1. Constitución del Derecho Real de Superficie.....	69
I. Formalidad y Forma	70
II. Personas que pueden constituir el Derecho Real de Superficie.....	76
2. Formas de extinción del Derecho Real de Superficie.....	77
I. Finalización del plazo fijado en el Derecho Real de Superficie	77
II. Incumplimiento por parte del Superficiario en edificar en plazo y modo señalado .	78
III. Pérdida de la cosa	79
IV. Consolidación.....	81
V. La accesión como resultado de la extinción del Derecho Real de Superficie	82
3. Efectos del Derecho Real de Superficie	83
I. Con relación al Superficiario	83
II. Con relación al Superficiante	87
III. Con relación a terceros.....	87
Capítulo cuarto. Legislación mexicana.....	89
1. Propuesta.....	91
Fuentes de consulta	131
1. Bibliografía.	131
2. Hemerografía.....	137
3. Legislación.	142

Introducción

El presente trabajo busca redimir una figura jurídica antigua que, a pesar de sus amplios beneficios, demostró que el interés personal, desmedido e insensible, sobre el interés general, puede corromper una gran idea. En un principio, el derecho real de superficie no obtuvo una recepción por parte del Estado mexicano debido a la influencia que tuvo este por parte del Código Napoleónico, mismo que rechazó la superficie por su pensamiento liberal, derivado de una serie de sucesos histórico-jurídicos que lo empujaron a ello:

La superficie, en este período, fue concebida como verdadera propiedad paralela a la propiedad del suelo. Este pensamiento duró hasta la Revolución Francesa, cuando, debido a los abusos cometidos por los señores feudales -esclavitud de los hombres a la tierra y altos precios de los censos que eran obligados a soportar por el uso de superficie- la enfiteusis y la superficie fueron prohibidas, restaurándose la unidad de la propiedad en la persona del propietario del suelo¹.

Es así como, al igual que la mayoría de los países de Hispanoamérica, la enfiteusis y la superficie fueron suprimidas de las legislaciones nacionales debido a la influencia del Código napoleónico, pues este último las consideraba como una forma de reprimir la propiedad inmobiliaria y una forma de perpetuar la injusticia social.

Actualmente, nos encontramos en procesos históricos diferentes a los de antes, con nuevos retos y necesidades. Estos nuevos cambios añaden no solo un gran atractivo al derecho real de superficie, sino, que la hacen indispensable; Mi intención es incorporar el derecho real de superficie a la legislación local de la

¹ Novello, Vanesa A., "El derecho de superficie: de Roma a la actualidad. El caso de Argentina y Brasil". *XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, 2004, p.18, https://nanopdf.com/download/vanesa-novello-derecho-romano_pdf#.

Ciudad de México, pues actualmente es la solución a una serie de diversos problemas económicos, políticos y sociales, que desembocan en una presente realidad; Una emergencia inmobiliaria ocasionada por la gentrificación de la Ciudad de México a partir de la concentración de empleos, servicios y educación. Todo esto ha orillado a los ciudadanos a buscar hogar en algún otro lugar, pues el que responde a sus necesidades es inalcanzable para él con la legislación actual.

El derecho de superficie no puede ser visto como un derecho vetusto perteneciente a tiempos pasados, sino, al contrario, como una institución que puede resultar muy interesante para el tráfico inmobiliario, en el sentido de verla como una alternativa a otras figuras jurídicas, como el arrendamiento o el derecho de propiedad, en determinadas situaciones y circunstancias².

El derecho real de superficie fue, y es, la solución de las grandes ciudades en expansión, pues otorga a un tercero la facultad de levantar y adquirir una construcción en terrenos que son propiedad de terceros. Ya que, derivado de la expansión de las grandes ciudades, los terrenos libres se volvían escasos y los sobrantes, derivado de la gran demanda, encarecían su valor, obligando de esta manera a las personas a adquirir terrenos en la periferia, en lugares apartados que no gozaban de los mismos servicios y oportunidades. Es por ello por lo que, ante la incorporación del derecho real de superficie en el cuerpo normativo, se consagra la posibilidad de adquirir una construcción sobre una edificación o finca urbana propiedad de un tercero, en una ciudad en expansión de forma más sencilla.

“La ciudad de México se caracterizó por tener un crecimiento poblacional exponencial a partir de la segunda mitad del siglo XX, lo cual derivó en el crecimiento de la mancha urbana y la presión sobre los recursos naturales disponibles en el Valle de México³”. “El crecimiento poblacional acelerado y desordenado sobrepasó

² Espilez Murciano, María Á., “El derecho de superficie y el titular catastral”, *CT: Catastro*, núm. 66, octubre 2009, pp. 25-26.

³ *Cuarto Informe de Gobierno: Ciudad de México*, México, Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda, agosto 2021-julio 2022, p. 31.

las capacidades del Estado para regular la expansión de la mancha urbana, creando profundas distorsiones en este modelo de desarrollo urbano”⁴. Tan solo, “el proyecto de Programa General de Ordenamiento Territorial de la Ciudad de México 2020-2025, estima que la demanda anual de nueva vivienda de la Ciudad es de 45, 000 a 48,000 unidades; lo que representa más del doble de lo que se produce actualmente”⁵. Es por ello por lo que:

Surge la necesidad de actualizar la regulación del suelo en esta zona central de la ciudad que promueva el aprovechamiento del suelo de forma racional; que genere mecanismos que fomenten el equilibrio de cargas y beneficios, y que incentive un modelo de ciudad compacta, sostenible y orientada hacia un conjunto de actividades, tanto industriales como creativas, comerciales y culturales, que dinamicen la zona, atraigan inversión pública y privada y mejoren las condiciones de habitabilidad⁶.

De manera consiguiente, es a través de estas palabras vertidas en estas hojas, que no busco adentrarme de forma sustancial en una serie de crónicas que expresen reflexiones sociales que justifiquen la incorporación del derecho real de superficie a la normativa local, sino que presentaré una gama de reflexiones jurídicas vertidas en los alcances, límites, ventajas y desventajas de esta figura y que darán solución a la serie de diversos problemas que presenta actualmente la Ciudad de México.

Consideramos que legislar el derecho de superficie contribuirá a la solución de problemas de vivienda, actividad urbanística, así como en la industria forestal, dando paso a una comprensión del derecho de propiedad más amplia, no sólo vertical, sino horizontal; romperá el paradigma que ha impuesto la concepción tradicional de la propiedad privada, excluyendo cualquier interés que no sea el del propietario y dando paso a las visiones

⁴ *Idem*.

⁵ *Ibidem*, p. 29.

⁶ *Ibidem*, p. 32.

congruentes con las necesidades de la sociedad actual y el contexto de tutela y protección de los derechos humanos, particularmente el derecho humano a la propiedad⁷.

En la actualidad, esta figura está retomando su gran importancia con la misma finalidad que le dio vida, ya sea como incentivo inmobiliario consecuente a la creciente demanda o por la implementación de una medida que genere utilidades a los dueños de un inmueble que no reporta utilidad alguna y que puede ser explotado por un tercero. No es desconocida la razón por la cual es utilizado este derecho real, pues otorga la posibilidad al superficiario de construir, sembrar o plantar sin una gran inversión económica, puesto que no tendría que comprar el suelo ajeno o la construcción que descansa sobre él, ya que la figura en cuestión le permite construir y mantener la propiedad del superficiario en suelo ajeno. Todo esto a cambio de una contraprestación que se traduce a recursos periódicos en beneficio del superficiante, dueño del suelo sobre el que descansa el derecho real de superficie y que, al paso del tiempo, este último, adquirirá todo lo realizado por el superficiario.

Así mismo, el superficiario al ser propietario de lo construido, sembrado o plantado en suelo ajeno, tendrá la oportunidad de beneficiarse de él a título de dueño, obteniendo así recursos financieros o pudiendo utilizarlo como forma de satisfacción de una necesidad personal, como lo es la vivienda. Incluso, puede gravarlo, enajenarlo, constituir otro derecho real de superficie, constituir un régimen de propiedad en condominio, otorgarlo en usufructo o habitación, pues goza de plena disponibilidad sobre el bien. De manera subsecuente, el superficiante se beneficia al saber que conserva en su patrimonio el suelo y recibirá una

⁷ Cuevas Gayosso, José L. y Ramírez Arce, Bertha A., “El derecho de superficie. Una alternativa real para el Estado de Veracruz, México”, en Velázquez Arroyo, Laura M. y Goddard, Jorfe A. (coords.), *Estudios de derecho romano y derecho civil desde una perspectiva histórica, comparativa y práctica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022, p. 255-275.

contraprestación periódica derivada del derecho real de superficie. A su vez, reconoce que al cabo del término del derecho real recibirá la propiedad superficiaria.

Una vez expuesto el contenido de la presente tesis, es necesario manifestar la serie de motivos en virtud de los cuales realice la elección del presente tema. El primero de ellos versa como respuesta a la creciente demanda de bienes inmuebles en la Ciudad de México y la poca capacidad de respuesta, que esta última tiene, ante tal problemática, haciendo que paguen los costos de tal inacción los ciudadanos, obligándolos así a recurrir a zonas periféricas que no gozan de las mismas oportunidades que las demás. El segundo motivo es meramente personal, pues me resulta inevitable sentirme atraído a temas selectos de derecho civil, versando en ellos todo lo aprendido durante el estudio de la carrera, analizando los alcances, límites, efectos, ventajas y desventajas de cada una de las figuras jurídicas que interactúan en ellos y respecto a ellos. Todo esto, buscando como fin último la respuesta a una demanda justa por parte de la sociedad.

De forma final, el presente trabajo se encuentra constituido, en primer lugar, por cuatro capítulos distintos que tratan temas fundamentales en la comprensión del derecho real de superficie, siendo así los siguientes: primero, derechos reales; segundo, generalidades del derecho real de superficie; tercero, constitución, efectos y extinción del derecho real de superficie; y cuarto, legislación mexicana. De igual forma, cada uno de los capítulos se encuentran segmentados en apartados que abarcan ámbitos del tema en cuestión, seguidos de secciones que abarcan características particulares, todo con el fin de esquematizar el tema de forma clara, precisa y continua.

Capítulo uno. Derechos Reales

1. Definición

La definición del derecho real no encuentra su origen en alguna época o civilización, debido a qué forma parte de una necesidad en las relaciones jurídicas del hombre, encuentra su nacimiento y concepción en el derecho mismo. En el entendimiento de que el concepto del derecho real es una entidad lógica y no histórica, y significa una categoría que engloba el pensamiento jurídico del hombre, independientemente del derecho positivo, es un concepto científico no sujeto a una temporalidad⁸.

“Ahora bien, el concepto tradicional de derechos reales parte de la noción de patrimonio, la cual, normalmente, se refiere a la totalidad de sus relaciones jurídicas estimables en dinero”⁹.

“La terminología del derecho real deriva en: *ius in re* que se traduce como derecho sobre la cosa, la cual no es una concepción romana, sino que pertenece a el *Corpus legum*, la cual según Savigny fue redactada en Lombardia entre los siglos XI y XII”¹⁰. Posteriormente, las expresiones fueron desarrolladas por los glosadores y comentadores.

Mackeldey menciona que el derecho real “es el que nos pertenece inmediatamente sobre una cosa sometida por razón o del mismo a nuestro poder

⁸ Cfr. Windscheid, Bernardo, *Diritto delle pandete*, trad. de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Turín, Unione Tipografico Editrice, 1904. p. 478.

⁹ Ternera, Francisco y Mantilla, Fabricio, “El concepto de derechos reales”, *Revista de Derecho Privado*, Colombia, núm. 36, junio 2006, pp. 117-139.

¹⁰ Savigny *cit.* en Gatti, Edmundo y Alterini, Jorge H., *El derecho real: elementos para una teoría general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, p. 30.

legal y a nuestra voluntad, bien sea bajo todos los conceptos o bajo algunos solamente”¹¹.

Para ÓSCAR MORINEAU los derechos reales son:

La atribución de actividades de hacer cuando recaen sobre los bienes, facultades atribuidas en forma potestativa. El sujeto activo es la persona facultada a realizar su propia conducta; el objeto del derecho es la actividad (usar o disfrutar, disponer, etcétera); el sujeto pasivo lo constituyen todas las personas sujetas al orden jurídico de donde se deriva el derecho. El objeto no es el fenómeno actual sino la posibilidad de realizarlo: el objeto del derecho es ideal. El sujeto activo del derecho real es siempre determinado y el sujeto pasivo es siempre indeterminado¹².

Como se desprende de las diferentes concepciones que se tienen del derecho real, puede observarse distintos elementos:

- La existencia de un sujeto y una cosa determinada a la cual se ejerce un poderío.
- La conexión entre estos dos elementos es la atribución que tiene el sujeto activo sobre la cosa para obtener de ella un aprovechamiento total o parcial.
- El aprovechamiento que se tiene de la cosa es económico, aunque no es un elemento de existencia, sino una posibilidad en sí mismo, es decir, no es necesario que el titular ejercite una acción tendiente a su aprovechamiento económico para ostentar el derecho real, sino que basta con la posibilidad de ejercerlo para considerar que tiene el derecho.

¹¹ Mackeldey, Ferdinand, *Elementos del derecho romano: que contienen la teoría de la instituta precedida de una introducción al estudio del mismo derecho*, 3ª. ed., Madrid, Librería de Leocadio López Editor, 1876, p. 121.

¹² Morineau, Óscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, 2ª. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 34.

- Existe a partir de aquí, al igual que todo derecho absoluto o relativo, el deber jurídico en sentido estricto de respetar el derecho del titular, es decir, el sujeto pasivo no puede realizar acciones, sin derecho o autorización, tendientes a perturbar el derecho del sujeto activo.
- El sujeto pasivo en el derecho real siempre es indeterminado, mientras que en el derecho personal es determinado. Ambos derechos coinciden en que el sujeto activo siempre es determinado.
- Los derechos reales encuentran su perpetuidad a través de su ejercicio, mientras que los personales encuentran su extinción en su ejecución.

A partir de estas características se busca generar un panorama general de las reglas de aplicación y elementos en el derecho real.

2. Diferencia entre Derechos Reales y Derechos Personales o de Crédito

Existen diversas teorías que buscan dar una explicación acerca de la diferencia existente entre los derechos reales y derechos personales, cada una con postulados diferentes y únicos que les otorgan identidad respecto de las otras, formando de esta manera distintas escuelas o corrientes, las cuales clasificaremos en tres diferentes: las primeras son denominadas tesis monistas, las segundas tesis dualistas y las terceras doctrinas eclécticas.

Primera. Tesis monistas estipulan una identidad existente entre los derechos reales y personales, las agruparemos, según la clasificación de Rojina Villegas, en dos variantes: Tesis personalista y tesis objetivista.

Segunda. Tesis dualistas establecen una separación absoluta entre derechos reales y personales, las agruparemos en dos variantes: la escuela de la exégesis o escuela clásica y la teoría económica de Bonnecase.

Tercera. Doctrinas eclécticas que postulan una diferencia entre los derechos reales y personales en el aspecto interno y una identidad en el aspecto interno.

I. Tesis Dualistas

a. *Escuela Clásica*

Expuesta por autores como Aubry y Rau y Braudy Lacantinerie, toma como punto de partida una separación absoluta entre los derechos reales y los personales. “Esta escuela entiende al derecho real como, poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo este poder jurídico oponible a terceros”¹³.

Se entiende por tal “(...) cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata que puede ser invocada contra cualquier otra”¹⁴.

Se puede observar que la constante general de la presente escuela es la concepción del derecho real como un poderío de una persona sobre una cosa, la cual siempre debe ser, para la existencia del derecho real, determinada en cuanto a su especie.

A partir de la determinación de la cosa y la existencia del derecho real recaído en ella, se otorga al titular dos tipos de derecho:

- Derechos de persecución.
- Derechos de preferencia.
- a. Derechos de persecución. Son todos aquellos tendientes a recuperar la posesión de la cosa que ha sido privada por un tercero sin derecho o autorización alguna. Este derecho solamente puede ser ejercido por el titular del derecho real sobre la cosa.

Los derechos de persecución en el sistema jurídico mexicano son dos: en primer lugar, tenemos la acción reivindicatoria, contemplada en los artículos 4 y 8 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal,

¹³ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil II: bienes, derechos reales y sucesiones*, 41ª. ed., México, Porrúa, 2008, p. 21.

¹⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio*, 7ª. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 196-197.

vigente y aplicable en la Ciudad de México. Esta acción es interpuesta por el propietario de la cosa que ha perdido la posesión de ella frente a un tercero que sin autorización ni derecho la detenta, “los efectos de la acción reivindicatoria eran la afirmación del derecho de propiedad en el demandante, y como consecuencia la devolución de la cosa con sus frutos y aumentos (*cum omni*)”¹⁵. Para tales casos, quien interpone el derecho de persecución debe tomar en cuenta las excepciones que establece el código sobre la procedencia de la acción, debido a que la cosa no puede reivindicarse si se encuentra fuera del comercio, es un género indeterminado al entablarse la demanda, si la cosa se encuentra unida a otra por vía de accesión, si es cosa mueble perdida, o robada por un tercero que adquirió de buena fe en almoneda, así como de comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, sin previo reembolso del precio que se pagó.

En la antigua Roma, la institución de la acción reivindicatoria poseía una procedencia más amplia, pues se dirigía también en contra de aquella persona no poseedora que se denominaba de ficta posesión. En estos casos el poseedor de ficta posesión dejaba poseer la cosa dolosamente (*qui dolo de sut possidere*); o simula la posesión para que se ejercite en su contra la acción reivindicatoria con el objetivo de que un tercero usucapiera (*quiliti se obtulit*). En ambos casos se condena al poseedor ficticio, pero esto no significaba que obtuvieran la reivindicación de la cosa por parte del verdadero poseedor.

En cuanto a las servidumbres, la doctrina distingue una acción específica respecto a ellas, conociéndola como una *auténtica reivindicación de las servidumbres*. Esta acción real es conocida como acción confesoria,

¹⁵ Smayevsky, Miriam, “Acciones reales: su ámbito de aplicación”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 32, 1966, p. 87, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/32/acciones-reales-su-ambito-de-aplicacion.pdf>.

en virtud de la cual el demandante busca el reconocimiento y confesión por parte del demandado de la servidumbre que tiene a cargo su predio sirviente. A partir del reconocimiento y confesión del derecho de servidumbre se buscará su goce continuo e ininterrumpido.

De la misma forma, en cuanto a las servidumbres, existe la acción negatoria donde:

El que ejercita la acción negatoria, debe probar su derecho a la posesión, mientras que el demandado, deberá, en cambio hacer mérito en su prueba, del derecho de servidumbre, que invoca, por ej. Si así lo hiciera valer, y que sirve de defensa contra la acción que se le entabla, o sea justificar la perturbación. La sentencia, contiene también la condenación, por la cual se garantiza que en lo sucesivo, no se perturbará el derecho del propietario¹⁶.

De igual forma existen en diferentes legislaciones extranjeras, acciones de persecución similares al código local, tal es el caso del Código Civil de Cataluña que contempla la acción negatoria, en virtud de la cual permite a los propietarios y a los titulares de derechos reales limitados, poner fin a las perturbaciones e inmisiones en su derecho, siempre y cuando no sea una retención o privación indebida de la posesión (para tal caso se aplica la acción reivindicatoria), realizadas por un tercero sin derecho alguno e incluso contempla la posibilidad de exigir que estas perturbaciones no se produzcan en un futuro, “la acción negatoria, tiene en el derecho romano el mismo campo de aplicación que la reivindicatoria. (Pero se limita la gravedad del hecho del demandado). No hay desposesión total; solo se trata de una perturbación”¹⁷.

En segundo término, se presenta la tercería excluyente de dominio contemplado en los artículos 659 y 661 del código anteriormente mencionado. La Real Academia Española contempla a la tercería como la “acción que, en un proceso ejecutivo, ejercita quien dice ser dueño de un bien

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

embargado o pretende tener mejor derecho sobre él”¹⁸, es “el derecho que deduce una persona denominada tercero entre dos o más litigantes, o por suyo propio, o coadyuvando en pro de alguno de ellos”¹⁹ interviniendo así en el proceso. Esta tercería encuentra su causa en la defensa de los bienes de un tercero que han sido embargados en juicio por exigibilidad del pago de una deuda ajena a cuenta de otro, en caso de que la persona que interpone la tercería haya consentido la constitución del gravamen o el derecho de garantía sobre la cosa en beneficio de la obligación del demandado, la acción se calificará de ilícita.

En cuanto al ejercicio de las acciones de persecución, es necesario, por parte del demandante, probar el derecho real que tiene sobre la cosa, siendo diferente dependiendo de la acción interpuesta; En cuanto a las acciones de reivindicación y de tercería es necesario probar la propiedad de la cosa, mientras que en la acción negatoria basta con probar la posesión, de acuerdo con derecho, de la cosa.

- b. Derechos de preferencia. Este derecho consiste en la oponibilidad existente del derecho real respecto a otros ulteriores sobre una misma cosa, sea, el derecho real, de igual o diferente naturaleza. “Son derechos preferenciales sobre inmuebles, aquellos que teniendo origen en la Ley o en la voluntad, conceden a una persona, preferencia respecto a otras, para la adquisición del dominio u otro derecho real, o personal sobre un inmueble determinado, en caso de que su propietario decida enajenarlo”²⁰.

Estos derechos se rigen por dos principios jurídicos:

¹⁸ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 23ª ed., Espasa Libros, Madrid, 2014.

¹⁹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 2001.

²⁰ Cuevas, Sentfies, Carlos, “Derechos preferenciales de terceros sobre inmuebles”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, núm. 100, t. I, noviembre 1989, pp. 99 - 123.

1. *Prior in tempo, potior in iure*, que puede traducirse como: primero en el tiempo, preferido en el derecho.
2. Un derecho real de *mayor jerarquía* da preferencia respecto a otro de *menor jerarquía*.

En el primer caso, encontramos un principio que se encarga de regular la preferencia entre derechos de igual categoría, dando prevalencia al que se sea primero en tiempo, es decir, al que se haya registrado primero. Después, el siguiente principio regula la prevalencia de derechos reales, pero ahora de los derechos de diferente categoría, sin importar el tiempo de su constitución.

A partir de las anteriores definiciones podemos realizar un listado de los elementos constitutivos de los derechos reales según la escuela clásica.

- La existencia de un poderío jurídico.
- El ejercicio del poder es directo e inmediato entre el sujeto activo del derecho real y la cosa o bien.
- Carácter económico que permite un aprovechamiento total o parcial de la cosa.
- Oponibilidad respecto a terceros (*erga omnes*).

“La inmediatividad se refiere al poder inmediato sobre a cosa que tiene el titular del derecho real que puede ejercerlo sin la mediación o intervención de otra persona”²¹.

Derecho personal. Debemos recordar que la premisa fundamental en la que se centra la escuela clásica o exegética es en la proposición de la separación absoluta entre derechos reales y personales, por lo que no encontraremos ninguno de los elementos de los primeros en los segundos. Al derecho de crédito se le define como “una relación jurídica que otorga al acreedor la facultad de exigir del deudor una

²¹ Ruiz, Roig, M. Francisca, *Numerus apertus y numerus clausus en la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado*, Islas Balears, Tesis, UIB, Facultat de Dret, p. 4.

prestación o una abstención de carácter patrimonial o moral²². De este modo podemos encontrar los siguientes elementos:

- Relación jurídica entre el acreedor y el deudor.
- El objeto de la relación jurídica consiste en un dar, hacer o no hacer.
- La existencia de la facultad del acreedor, derivada de la relación jurídica, de exigir una conducta del deudor.

Diferencias entre el derecho real y el derecho personal en la escuela de la exegesis/clásica

A partir de este momento, con las definiciones y elementos de cada uno de los diferentes tipos de derechos, es que podemos diferenciarlos de manera clara y precisa.

Comenzaremos analizando la cantidad de sujetos inmersos en cada uno de los diferentes derechos. En el derecho real existe un solo sujeto²³, el cual ejerce un poderío sobre una cosa determinada, mientras que en los derechos personales existen cuando menos dos sujetos, configurando de esta forma una relación jurídica que ejerce derechos y obligaciones a ambas partes y estas pueden soportarlos.

En el derecho real se ejerce un señorío, potestad o dominio sobre una cosa con el fin de obtener de ella un aprovechamiento, total o parcial, para satisfacer sus necesidades, catalogando a la cosa el objeto directo del derecho. Mientras, el derecho personal no hay un poderío, sino una relación jurídica de la que se desprende la facultad del acreedor de exigir al deudor una prestación o abstención,

²² Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 21.

²³ Reconocemos que existe la pluralidad de sujetos activos sobre la cosa en el caso de los derechos reales, por lo que la idea sustancial del argumento se encuentra encaminada en que en los derechos reales tiene la posibilidad de que exista un solo sujeto que ejerce un poderío sobre cosa determinada, mientras que en el caso de los derechos personales o de crédito se necesitan por lo menos dos sujetos con el objetivo sustancial de que pueda crearse una relación jurídica entre ellos.

siempre una acción, consistente en un dar, hacer o no hacer, lo que Gutiérrez y González denomina como los tres objetos directos del derecho personal y que se encuentran reconocidos por el ordenamiento mexicano en el Código Civil para la Ciudad de México, como los objetos del contrato²⁴. En este aspecto es preciso aclarar las distintas posturas de los máximos exponentes de la escuela clásica, debido a que autores como Baudry Lacantinerie califica al derecho real como una relación jurídica entre el titular del derecho y la cosa, aspecto que es sumamente criticado por demás autores; este postulado ha sido tomado como fundamento base de la escuela de la exégesis y por ello es atribuida de críticas en demasía, pero debemos mencionar que otros autores pertenecientes a esta escuela dejan a un lado esta idea y califican al derecho real como un poderío, tal es el caso de Aubry y Rau. Es por esta razón que autores como Aguilar Carvajal realiza la siguiente crítica a esta teoría: “Puede resumirse esta teoría diciendo que se ha limitado a describir en forma simplista el goce de los derechos, sin ninguna interferencia, en su aspecto estático; pero olvidando los principios de la técnica jurídica, puesto que olvida que las relaciones jurídicas solo pueden establecerse entre personas”²⁵.

Además, el derecho real es un derecho absoluto oponible a terceros, *erga omnes*, es decir, que nadie puede perturbar el aprovechamiento de la cosa por parte del titular del derecho y en caso contrario, el titular cuenta con los derechos de

²⁴ Respecto a este referente, debemos aclarar que el objeto directo del convenio parte del artículo 1792 del Código Civil para la Ciudad de México, en el cual se contempla como dicho objeto el crear, transferir, modificar y extinguir derechos y obligaciones, este es su objeto en sentido amplio. El objeto directo en sentido estricto del convenio parte del artículo 1793 del mismo código, en el cual se establece como dicho objeto la creación y transmisión derechos y obligaciones, y que a su vez es el objeto directo del contrato, como lo denomina el mismo artículo. De manera subsecuente, el objeto indirecto del convenio y, por lo tanto, directo de la obligación, consiste en un dar, hacer o no hacer.

²⁵ Aguilar Carvajal, Leopoldo, *Segundo curso de Derecho Civil; Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, México, Porrúa, p. 35.

persecución y de preferencia, mientras que los derechos personales no cuentan con ellos, solamente existe la facultad de exigir el cumplimiento de una acción por parte del deudor y no una cosa, por lo que no podría perseguirla ni obtener de ello derechos de preferencia, debido a que aquí no rige el principio de que el primero en tiempo, primero en derecho, pues todos los acreedores, independientemente de la fecha de constitución, realizan el crédito con base a la prenda tácita sobre el patrimonio del deudor, reconociendo por el Estado mexicano, el patrimonio presente y futuro. Por lo que el pago de estas deudas se realizará a prorrata, salvo la existencia de acreedores privilegiados, no tomando en cuenta la fecha de la constitución de los créditos.

b. Teoría Económica de Bonnecase

Julien Bonnecase sigue la corriente dualista de la escuela clásica, pero le añade una variante económica, pues ya no solo ve la separación entre ambos derechos desde un punto de vista jurídico. Bonnecase acepta todas las diferencias que señala la escuela clásica, pero reconoce que estas deben tener una explicación y que esta depende de la naturaleza económica diversa que constituye el contenido de los derechos reales y personales. “Por eso propone investigar cuál es el contenido económico de los derechos reales, a efecto de determinar si ese contenido es radicalmente distinto del que constituye el objeto de los derechos personales; y encuentra que hay dos fenómenos económicos fundamentalmente diversos que constituyen el contenido respectivo de los derechos reales y personales”²⁶.

De acuerdo con esta visión económica, Bonnecase identifica los fenómenos económicos inmersos en los derechos reales y personales:

- Apropiación de la riqueza: entendiéndose como la apropiación, aprovechamiento y regulación de la riqueza, tanto propia como ajena.
- Prestación del servicio: entendiéndose como organización jurídica del servicio.

²⁶ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 24.

Es a partir de este momento en el que se afirma que el derecho real tiene como objetivo la apropiación, aprovechamiento y regulación de la riqueza, mientras que el derecho personal no es otra cosa más que la organización jurídica del servicio.

Bonecasse relaciona a los derechos personales con la prestación del servicio debido a que identifica como formas típicas el dar, hacer o no hacer con el servicio y al derecho real como una forma de regular la apropiación de la riqueza por parte del hombre, siendo por excelencia la mejor forma de acumular riqueza el ser propietario de una gran diversidad de bienes y los derechos reales son los poderíos que nos permiten aprovecharlos de acuerdo con nuestras necesidades. Por lo que se concluye a partir de los anteriores postulados que el derecho, en cuanto a los derechos reales y personales, solo se ha encargado de regular el aspecto económico.

II. Tesis Monistas

a. *Teoría Personalista*

“Las teorías personalistas, llamadas así porque identifican los derechos reales con los derechos personales, están representadas por Ortolán, Planiol y Demogue, quienes afirman que el derecho real tiene la misma naturaleza que el derecho personal”²⁷. Y toma como fundamento la identidad existente entre los derechos reales con los derechos personales. La escuela personalista reconoce la existencia de características especiales y únicas del derecho personal respecto al derecho real, pero en sus características esenciales identifica a ambos derechos, pues comparten la naturaleza de una relación jurídica entre un sujeto activo y un sujeto pasivo.

Esta escuela inicia realizando una crítica a la concepción del derecho real como una relación jurídica entre un sujeto activo y la cosa, identificando de este modo como postulado general y absoluto de la escuela clásica, la idea de una

²⁷ Muñoz Rocha, Carlos I., *Bienes y derechos reales*, México, Oxford University Press, 2010, p. 37.

relación jurídica como naturaleza del derecho real, idea que fue expresada por Baudry Lacantinerie, miembro de la escuela clásica, pero también debatido en cuanto a su concepción por Aubry y Rau, miembro de la misma escuela. Continúan sosteniendo la imposibilidad jurídica de la existencia de una relación entre un sujeto y una cosa, debido a que estas solo pueden existir entre sujetos. Para Planiol, todo derecho es una relación entre personas, es imposible que haya una relación entre una persona y una cosa, pues a las cosas por ninguna circunstancia se les pueden imponer obligaciones, esto sería absurdo; “las relaciones jurídicas y los derechos sólo existen entre y en provecho de una persona, contra otras personas capaces de cumplirlo o soportarlo, como sujetos pasivos, con capacidad de tener y cumplir obligaciones”²⁸. Es por ello por lo que la escuela personalista, que postula una identidad entre ambos derechos, debe buscar a un sujeto pasivo en el derecho real: *el sujeto pasivo universal*. “En los derechos reales, la escuela clásica no advirtió la existencia del sujeto pasivo, aun cuando en la definición de Aubry y Rau se reconoce implícitamente la posibilidad de tal sujeto, al admitir que el derecho real sea oponible a *terceros*”²⁹.

Planiol plantea que el sujeto pasivo tiene una obligación de carácter jurídico, más no social, de respetar el ejercicio del derecho real por parte de su titular y en caso de perturbar tal ejercicio, existen diferentes acciones jurídicas capaces de restituirlo en el pleno goce de su derecho perturbado. A pesar de ello, Planiol se equivoca al afirmar la existencia de una obligación jurídica consistente en un no hacer respecto del sujeto pasivo del derecho real, pues no existe, aquí, obligación alguna que ante su incumplimiento lleve a una coacción patrimonial, sino que la obligación de reparar parte de la figura de un hecho ilícito, una de las fuentes de las obligaciones. A su vez, la tesis se equivoca al afirmar la existencia de una obligación, *lato sensu*, consistente en respetar el ejercicio del derecho real ajeno, afirmación que confunde los términos de obligación en *lato sensu* con la de un deber jurídico en *stricto sensu*. Recordemos que la primera consiste en la necesidad

²⁸ *Ibidem*, p. 38.

²⁹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 26.

jurídica que tiene una persona de cumplir una prestación, de carácter patrimonial, voluntariamente a favor de un tercero, a su vez tiene dos subespecies: la obligación en *stricto sensu* y el derecho de crédito, mientras que la segunda, deber jurídico en *stricto sensu*, consiste en la necesidad que tiene una persona de observar voluntariamente una conducta conforme a lo exigido por el cuerpo normativo en favor de terceros. En primer término, observamos que la *obligación* del sujeto pasivo en el derecho real no es una en *lato sensu* debido a que no existe la necesidad de una persona en cumplir una prestación a favor de un tercero, pues ni siquiera hay acreedor y deudor, sino que esta se confunde con el deber jurídico en *stricto sensu*.

En el derecho real identifican las acciones persecutorias y de preferencia que de él se desprenden, todo esto a partir de su oponibilidad a terceros, por lo que reconocen a partir de esta premisa la existencia del sujeto pasivo de la relación jurídica. Sin embargo, tales postulados han sido utilizados como fundamento de crítica a esta teoría, pues se afirma y reconoce que la existencia de un sujeto pasivo universal, que tiene una obligación general de respeto a derechos ajenos, existe en toda clase de derecho, no solamente en los derechos reales, pues forma parte necesaria de la convivencia humana.

b. Tesis Objetivista

Esta tesis monista no solamente identifica al derecho personal con el real, sino que afirman que el derecho personal es un derecho real, tratando de esta forma de despersonalizar el derecho de crédito. La despersonalización del derecho de crédito parte bajo la premisa de que solo tiene importancia, por parte del acreedor, en cuanto tenga un patrimonio capaz de soportar sus efectos jurídicos, es decir, siempre recae en un patrimonio sin tomar relevancia sobre quién es el deudor. El derecho personal solo encuentra existencia con un patrimonio capaz de soportarlo, si este es insolvente el derecho personal pierde su eficacia.

De esta forma, los autores de la tesis identifican al derecho personal como uno real, encontrando una diferencia particular entre ambos: el objeto del derecho

real es determinado, en este sentido *individual*, mientras que el objeto del derecho personal es *universal*, es decir, el patrimonio del deudor como universalidad jurídica.

Los postulados de la tesis objetivista partieron de las observaciones que hizo Gaudemet en el antiguo derecho romano, donde observo la existencia de obligaciones estrictamente personales debido a que no existía la posibilidad de un cambio de acreedores o deudores, caso que se permite en la actualidad y en caso de realizarlo la obligación se tendría que extinguir y nacer otra nueva (novación), por lo que la existencia y permanencia del acreedor y deudor era un requisito para que la obligación siguiera existiendo, haciéndola estrictamente personal. De esta manera, el derecho personal en la antigua Roma no podía existir sin los sujetos de la obligación, pasivo y activo, que estaban determinados desde el nacimiento de la relación jurídica.

En el derecho romano solo existía una figura jurídica por medio de la cual se podía transferir el crédito de acreedor a acreedor, pero era simplemente una ficción jurídica. Los romanos utilizaban la figura del mandato a través de la cual el mandante daba al mandatario el mandato de cobrar una deuda determinada y posteriormente lo liberaba de las obligaciones de rendir cuentas y entregar lo cobrado, con el objetivo final de transferir la obligación personal. A pesar de ello, esta figura era ineficaz, pues aun cuando cumplía el objetivo principal, la cesión de deuda, ante la muerte del acreedor el mandatario debía rendir informes y cuentas a los herederos del *de cuius*.

Gazin, exponente de la presente teoría, llega a afirmar que puede entenderse al derecho personal sin deudor alguno, pues solamente basta de un patrimonio responsable. A tal afirmación debe hacerse la observación de la inexistencia de una obligación sin sujeto pasivo y activo, debido a que se necesita de dos sujetos de derecho para gozar y resentir los derechos y cargas que una relación jurídica produce, en sencillas palabras no se puede hablar de la existencia del acreedor y el patrimonio responsable como únicos elementos de una obligación debido a que es absurdo decir que *determinado patrimonio* debe una prestación a un tercero.

En los sistemas jurídicos modernos se puede observar fácilmente la posibilidad de transferir la obligación a distintos acreedores y/o deudores sin que esta se tenga que extinguir por ello (novación), a su vez existe la posibilidad de un cambio del sujeto pasivo, en los derechos personales, por consentimiento expreso o presunto del acreedor, sin que la obligación se extinga. Es así, que se habla de una despersonalización del derecho personal y se trasciende a una objetivación, pues ahora no tienen importancia los sujetos de la obligación, sino que se cumpla la prestación.

Estas ideas fueron retomadas por los autores Gazin y Jallu, quienes expresan que “la única diferencia entre el derecho real y el personal se encuentran en la naturaleza individual o universal del objeto es determinado, por consiguiente, individual. La propiedad recae sobre una cosa determinada, lo mismo el usufructo, la hipoteca o la prenda. En cambio, en el derecho personal el objeto es universal, se trata de un patrimonio, de una universidad jurídica”³⁰.

Es así, como se llega a un extremo de afirmar que puede concebirse un derecho personal sin sujeto pasivo, bastando la existencia de un patrimonio responsable. Es a partir de esta conjetura que se desprende la idea de una ineficacia del derecho personal cuando el sujeto pasivo es insolvente.

III. Doctrina Ecléctica Tesis Ecléctica

Esta escuela, según Ripert, nace como una conjugación de la tesis clásica y la tesis personalista en algunas de sus aseveraciones.

Los autores de esta teoría reconocen la existencia de dos aspectos distintos en los derechos reales: uno interno y otro externo. El primero se traduce en la concepción que se tiene del derecho real, que lo ubica como el *poderío jurídico* que ejerce una persona de manera inmediata y directa sobre una cosa determinada, para su aprovechamiento económico total o parcial y que es oponible al sujeto

³⁰ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 28.

pasivo indeterminado. El segundo, aspecto externo, versa sobre la determinación de la *relación jurídica* entre el sujeto pasivo y activo en los derechos reales; Determinando al sujeto pasivo como un sujeto indeterminado al cual le es oponible los derechos reales, dando por entendido que la relación jurídica existe entre el titular del derecho y todos los demás como sujeto pasivo universal.

Ahora bien, se sigue asumiendo el error de la teoría personalista al confundir las obligaciones en sentido amplio con el deber jurídico en sentido estricto, además que esta obligación general respecto al derecho ajeno no es una característica exclusiva de los derechos reales, derechos absolutos, sino también de los relativos. Es de esta manera, que la teoría ecléctica, al seguir dotando como característica esencial (siendo no exclusiva) el deber jurídico general y negativo, sigue sin encontrar la relación jurídica en los derechos reales.

IV. Conclusiones

Una vez ya realizado el análisis y exposición de las principales teorías que buscan entender y asimilar los derechos reales y personales, es necesario adoptar una postura propia que servirá de eje rector en lo conducente. Es necesario resaltar que nuestra postura está encaminada a una concepción dualista de los derechos en cuestión debido a que abogamos por una diferencia diametral entre ambas propuestas.

Entenderemos al derecho real como el poderío que se ejerce de manera directa e inmediata sobre una cosa determinada, con el objetivo de aprovecharla total o parcialmente y que es oponible *erga omnes*.

Mientras que concebimos al derecho personal como la facultad por virtud de la cual un sujeto llamado acreedor puede exigir de otro llamado deudor el cumplimiento de una prestación, susceptible de apreciación económica, consistente en un dar, hacer o no hacer.

A su vez, es necesario establecer la diferencia entre la concepción del objeto de ambos derechos que tenemos con respecto a los exponentes de las teorías

anteriores; Debemos partir de la concepción general del derecho como el ordenamiento tendiente a regular la conducta humana, por lo que todo acto o hecho jurídico solo puede recaer en la persona. Sería erróneo asumir que el derecho pudiera ordenar determinada conducta a una cosa y menos hacerla objeto directo de algún derecho, pues este siempre es la conducta humana³¹. Por lo que es equívoco afirmar que el objeto inmediato del derecho real es la cosa y no el conjunto de atribuciones que el titular del derecho subjetivo puede ejercer sobre la cosa.

Siguiendo este orden de ideas, catalogamos como objeto del derecho personal la imposición de una determinada prestación consistente en un dar, hacer o no hacer.

3. Clases de Derechos Reales según el ordenamiento jurídico que los contempla
La regulación del poderío que tienen las personas sobre los bienes es vital para todo derecho privado debido a la importancia que tiene para las personas la satisfacción de sus necesidades a través del aprovechamiento de los bienes. El tema encargado de su regulación se denomina derechos reales y cada uno de los diferentes sistemas jurídicos los contempla, a su vez establecen en sus códigos un número determinado de derechos reales y lo que es más importante, establecen o no la posibilidad de crear nuevos al arbitrio de los particulares. Es de esta forma que se establece en la doctrina dos posturas:

- Teoría de los *númerus apertus*: a partir de la cual se establece que el número de derechos reales establecidos en la ley no es un *número limitado*, sino que existe la posibilidad, por parte de los particulares, de crear nuevos derechos reales o modificar los ya existentes.

³¹ Cfr. Flores Mendoza, Imer B., “Sobre la teoría de los derechos reales de Óscar Morineau: a propósito de la disputa a Savigny-Jhering acerca de la posesión”, *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. I: Derecho romano. Historia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, P. 207.

- Teoría de los *númerus clausus*: a partir de la cual se establece que el número de derechos reales establecidos en la ley es un *número limitado*, es decir, que no existe la posibilidad, por parte de los particulares, de crear nuevos derechos reales o modificar los ya existentes.

I. Teoría de los Númerus Apertus

Esta teoría encuentra su nacimiento en el aspecto práctico de los derechos reales debido a que, ante el establecimiento de un número limitado de derechos reales en la ley, esta se ve imposibilitada de regular de forma completa las distintas posibilidades que se necesitan para un aprovechamiento pleno, que la vida jurídica y los particulares necesitan, de los derechos reales. Por lo que la solución más viable es establecer *númerus apertus* que otorguen la facultad de crear nuevos derechos o modificar los existentes.

La tesis de los *númerus apertus* establece un posicionamiento completamente contrario a la tesis de los *númerus clausus*, pues mientras la segunda aboga por la seguridad jurídica, la primera encuentra mayor preponderancia en la autonomía de la voluntad de los particulares en la regulación de los derechos reales. La autonomía de la voluntad ha sido definida como “la actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegadas por el mismo titular de ellas”³². “La palabra autonomía proviene del griego *auto*, “uno mismo”, y *nomos*, “norma”, entonces, autonomía será la capacidad de tomar decisiones sin ayuda de otro”³³. En términos simples es “el poder que tiene la voluntad de darse su propia ley”³⁴.

³² Monroy Cabra, Marco, *Introducción al Derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 1996, p. 425.

³³ Figueroa Cerceo, Sergio M., ¿Es eficiente tener un sistema de Derechos Reales “Numerus Clausus” ?, Lima, 2010, Tesis, PUCP, Escuela de Post Grado, p. 30.

³⁴ Stiglitz, Rubén, *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, Argentina, Depalma, 1992, p.9.

El Diccionario Jurídico Mexicano la define como: “El principio jurídico-filosófico que les atribuye a los individuos un ámbito de libertad, dentro del cual pueden regular sus propios intereses; permitiéndoles crear relaciones obligatorias entre ellos, que deberán ser reconocidas y sancionadas en las normas de derecho”³⁵.

Para esta teoría, los particulares deben ser aquellos encargados de establecer el derecho real que más se apegue a sus intereses, pues son ellos y solo ellos los que mejor conocen sus necesidades³⁶, “se refiere por un lado a la posibilidad de insertar por la propia autonomía de la voluntad de las personas derechos reales que no estén expresamente regulados por el ordenamiento jurídico”³⁷. Como puede inferirse:

un modelo de este tipo no puede basarse en una mera libertad exorbitante de los ciudadanos, ello no sólo sería insostenible, sino que además acarrearía consecuencias negativas para la sociedad en su conjunto, con lo cual para que este sistema funcione se necesita una previa delimitación de la autonomía privada y la existencia de un adecuado sistema de publicidad”³⁸.

“La implementación de un sistema de *numerus apertus* debe respetar en todo momento las restricciones de las normas imperativas y las que se correspondan con

³⁵ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Porrúa, 2007, t.I, p.330.

³⁶ Cfr. Baquero Correa, Juan S., “Derechos reales atípicos entre el mito y la leyenda: un análisis de los sistemas *numerus apertus* y *numerus clausus*”, *USFQ Law Review*, Quito, vol. 4, núm. 1, 2017, p. 34.

³⁷ Espíndola Bustillos, Miguel Ángel., “La propiedad inmobiliaria en México: su esencia y extensión”, *Revista Mexicana de Derecho*, México, núm. 11, 2009, p. 97, historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/cont/11/cnt/cnt4.pdf.

³⁸ Peralta Mariscal, Leopoldo, “Análisis crítico del sistema español de *numerus apertus* en materia de derechos reales”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año MMXV, núm. 751, 2015, p. 2671.

el orden público”³⁹. “Los particulares pueden crear derechos reales atípicos y aun variar las reglas de aquellos regulados por el ordenamiento jurídico, siempre que se trate de derechos que no protejan un bien de carácter público”⁴⁰.

Hay varios criterios que apoyan y sustentan esta tesis, otro de ellos encuentra fundamento en el principio de legalidad, el cual establece, en términos generales, que el Estado solo está facultado de realizar todo lo que la norma, de forma expresa, le concede; mientras que los particulares pueden realizar y abstenerse de realizar lo que su voluntad disponga mientras la ley no se los prohíba u obligue a realizar determinada acción o abstención. A partir de este orden de ideas es a través del cual se busca la prohibición, en el cuerpo normativo, de la creación o modificación de derechos reales y en caso de encontrar la ausencia de dicha prohibición se presume que está permitido.

La crítica más fuerte que se realiza a esta teoría es la referente a la publicidad, del derecho real, que se necesita para ser conocido y oponible a todo el mundo, cuestión que se complica ante una ilimitada existencia, según los postulados de esta corriente, de derechos reales. A tal crítica, la doctrina que apoya estas ideas manifiestas que la existencia ilimitada de derechos reales no interfiere en lo absoluto con la publicidad requerida por el derecho, toda vez que basta con su simple inscripción en el registro correspondiente para conseguir el conocimiento colectivo y el derecho produzca efectos *erga omnes*.

II. Teoría de los *Númerus Clausus*

La teoría de los *númerus clausus* solo reconoce como derechos reales a todos aquellos que se encuentran, de forma expresa, en el texto legal, es decir, “todos aquellos que el legislador haya optado por incorporar en el ordenamiento ya que considera que, la vía más adecuada para la generación de tipos de derechos reales

³⁹ Figueroa Cercedo, Sergio M., *op. cit.*, p. 83.

⁴⁰ Alessio Robles, Miguel, *Temas de Derechos Reales*, México, Porrúa, 2004, p. 32.

es la pública”⁴¹. Dejando a un lado a la iniciativa privada en la configuración de los derechos reales. “Este régimen no implica necesariamente que el derecho deba describirse con el nombre de “derecho real”, sino que el derecho se encuentre regulado por ley y no provenga de la creación privada”⁴². En términos sencillos, el Estado tiene el monopolio de la creación y modificación de derechos reales.

En el caso de los derechos reales, el orden público tiene mayor incidencia que con respecto a los derechos personales, ya que estos están creados principalmente para la satisfacción de intereses particulares y solo tangencialmente involucran a la sociedad; en cambio, los derechos reales tienen mayor gravitación política, pues atañen a intereses no solo individuales, sino también en relación al desarrollo económico y social, la distribución de la riqueza y la satisfacción de necesidades primarias y secundarias, lo que genera que el Estado tenga mayor recelo en su tratamiento, custodiando su regulación de cerca⁴³.

Uno de los argumentos en los que se fundamenta esta teoría es el referente a la consolidación del orden público a partir del sistema de *numerus clausus*, ya que se considera que poseen una gran relevancia en la regulación de la riqueza. Por lo que el Estado ha optado por investir a los derechos reales con la calidad de orden público, es decir, los particulares no pueden convenir la aplicación del derecho en cuestión, dejando a un lado la modificación o creación de nuevos derechos. “La preponderancia del orden público en los derechos reales hace que la esencia de los mismos esté establecida en normas estatutarias”⁴⁴.

⁴¹ Peralta Mariscal, Leopoldo, *op. cit.*, p. 2669.

⁴² Mejorada Chauca, Martín, “Derechos sobre bienes y el *numerus clausus*”, *Themis: Revista de Derecho*, año MMXIV, núm. 66, 2014, p. 180

⁴³ Peralta Mariscal, Leopoldo L., *Sistemas de derechos reales: numeros aperti y numeros clausus*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 640.

⁴⁴ Masci, Belén, “Los nuevos derechos reales: una afectación a los principios del sistema de *numerus clausus*”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y*

Si bien, algunos autores catalogan el derecho privado como una excepción a la calidad de orden público en sus disposiciones, existen diversos temas, figuras e instituciones conexas de las cuales existe un cumplimiento ajeno a la voluntad de las partes; Es así como encontramos figuras como el matrimonio, adopción, capacidad, alimentos, etc.

PIZARRO OSSOLA establece que el orden público: “resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida”⁴⁵.

Es a partir de estos fundamentos que se limita el uso de los derechos reales por parte de los particulares, ya que solo interviene su facultad al escoger que tipo de derecho real quieren utilizar con relación a un catálogo que el Estado les otorga con anterioridad, es de esta forma que se habla de una restricción de la autonomía de la voluntad de los particulares, pues ellos solo eligen cuál utilizar, pero su denominación, contenido, efectos, caracteres, alcances y sujetos se encuentran predeterminados por la norma sin posibilidad de modificarlos. Es así como se establece una dicotomía entre el orden público y la autonomía de la voluntad, estableciendo una preponderancia del primero sobre el segundo.

Por último, debemos resaltar el carácter práctico al que apela la presente teoría, pues indica que al establecer un número determinado de derechos reales y regular todos los elementos que lo acompañan, provocan un estándar fácilmente cognoscible que permite un mayor tráfico jurídico de los bienes y por ende mayor desarrollo económico. Además, este factor práctico también encuentra relevancia en el aspecto registral al evitar complicaciones en la inscripción de diversos derechos reales, al encontrarse estandarizados, la tipificación estatal de derechos

Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, vol. 15, núm. 48, 2018, pp. 211 – 228.

⁴⁵ Pizarro R. D., Ossola, “Orden público en la responsabilidad civil”, *La ley*, año MMXV, núm. 221, t. 2015-F, pp. 1-7.

reales ayuda considerablemente al sistema registral, pues la calificación registral es mucho más sencilla que la teoría de *númerus apertus*.

Para esta teoría, la seguridad jurídica que aporta la tesis de los *númerus clausus* al sistema es importante debido a que los derechos reales poseen gran valor jurídico para los particulares, la colectividad y la economía de un Estado.

III. Teoría que sigue la legislación mexicana

El sistema jurídico de la Ciudad de México no contempla una norma expresa que refiera una prohibición a los particulares en no crear derechos reales nuevos o modificar los ya existentes, argumento utilizado por los exponentes de la tesis de los *númerus apertus* en la Ciudad de México. En cambio, los partidarios de la teoría de los *númerus clausus* observan dos clases de prohibición en el sistema jurídico mexicano: la prohibición expresa y la prohibición tacita. La primera la identifican como toda aquella que deriva de forma literal del texto normativo, mientras que la segunda es la que se desprende de la ley, el sistema jurídico o de la naturaleza de la cosa. Concluyen con el siguiente argumento: si bien está presente la inexistencia de la prohibición expresa de los *númerus apertus* en el sistema normativo mexicano, esto no quiere decir que no exista la prohibición tacita, debido a que actualmente no se puede inscribir en el Registro Público de la Propiedad un nuevo derecho real o modificar uno ya existente.

Sin embargo, en el código mexicano está presente esta posibilidad en el artículo 3042, fracción primera del Código Civil del Distrito Federal, aplicable y vigente en la Ciudad de México, que a la letra establece:

Artículo 3042. En el Registro Público de la Propiedad inmueble se inscribirán:

- I. Los títulos por los cuales se cree, declare, reconozca, adquiera, transmita, limite, grave o extinga el dominio, posesión originaria y los demás derechos reales sobre inmuebles;
(...)

Debemos reconocer que de tal afirmación se desprende la posibilidad que da a la existencia de los *numerus apertus* en el sistema mexicano, pues se refiere en el último apartado a los demás derechos reales que recaigan sobre inmuebles, no solo los expresamente reconocidos por la ley. Es a partir de este razonamiento el utilizado por los autores de tal aseveración y afirman que los particulares pueden crear y modificar los derechos reales, y además realizar su respectiva inscripción en el registro pertinente e incluso, señalan los autores De la Mata y Garzón la existencia de una disposición similar en la Ley Hipotecaria española existente, a través de la cual ha sido suficiente para que la doctrina reconozca y acepte la predominancia de la tesis de los *numerus apertus* en la legislación extranjera⁴⁶.

Espíndola Bustillos opina que “la mayoría de los estudiosos del Derecho coinciden en que los derechos reales en nuestro sistema son *numerus clausus*, ya que la seguridad jurídica que brindan los sistemas cerrados, de ninguna manera se puede comparar con la que proporciona un sistema abierto”⁴⁷. “En relación con el sistema de numero cerrado la doctrina ha expuesto que la constitución de derechos reales no es objeto de un exclusivo interés privado, y, en consecuencia, no se puede dejar al árbitro de los particulares; antes bien, afecta intereses de terceros y por lo tanto al orden público”⁴⁸.

Ahora bien, por lo que hace a la tesis de los *numerus clausus*, el principal argumento en favor de esta tesis es que las normas de derechos reales son de orden e interés público, ya que mediante ellas se asegura la libre circulación de la riqueza y los bienes, y su mal uso pudiera atentar contra el sistema económico nacional; “además de que en aplicación del principio de legalidad sólo a las

⁴⁶ De la Mata, Felipe y Garzón, Roberto, *Bienes y Derechos Reales*, 12^a. ed., México, Porrúa, 2021, p. 37.

⁴⁷ Espíndola Bustillos, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁸ Sánchez-Cordero Dávila, Jorge A. *et al.*, *Introducción al Derecho Mexicano*, 2^a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, t. I, p. 683, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/746/29.pdf>.

autoridades de carácter legislativo corresponde la creación de derechos reales que pudieran, al menos hipotéticamente, surtir efectos perjudiciales a terceros y a la colectividad en general restringiendo la libre circulación de la riqueza”⁴⁹.

Es a su vez, necesario manifestar que el principal argumento de la teoría de los *númerus clausus*, la salvaguarda del orden público no encuentra fundamento material expreso en nuestra legislación local y constitucional. Por lo que su principal argumento no encuentra cabida en nuestra legislación, por lo menos de forma expresa.

Por último, debemos analizar el pensamiento de Díez-Picazo, al señalar una diferencia entre la constitución de un derecho real innominado (perteneciente a la doctrina de *númerus apertus*) y la modificación en el régimen que el ordenamiento jurídico que la ley establece para el derecho real en cuestión.

Para explicar esta postura comenzaremos a discernir los derechos reales de disfrute pleno (usufructo) y los derechos reales de goce limitado (servidumbres). En el primer caso, se establece que no existe un derecho real de disfrute pleno mayor que el usufructo, por lo que, si existen modalidades de tal derecho solo recaerían respecto de su régimen, no de su sustancia en sí. Respecto de los derechos reales de disfrute limitado debemos adoptar una premisa y conclusión similar.

A su vez, en cuanto al establecimiento de derechos reales de propiedad especiales, debemos seguir el mismo orden de lo anteriormente planteado, ya que al establecer un derecho real de pleno goce no podría establecerse uno de mayor plenitud, sino uno que limite el dominio, sin que esto de como resultado el nacimiento de un derecho innominado, sino un derecho nominado con un cambio a su régimen jurídico.

A pesar de lo expuesto por esta teoría que trata de discernir los derechos de disfrute pleno y los de goce limitado, es necesario establecer que no se puede contemplar un derecho de disfrute pleno mayor determinado, ya que al establecerse la posibilidad de crear diferentes derechos reales, daría entrada a un sinfín de

⁴⁹ De la Mata, Felipe y Garzón, Roberto, *op. cit.*, p. 38.

posibilidades. Para ejemplificar mi postura, partiré del ejemplo enunciado al principio de esta teoría, donde contempla al derecho real de usufructo como el derecho pleno mayor de goce y por lo tanto todos aquellos derechos reales que se quieran crear deben partir de su limitación, ignorando la existencia de diferentes figuras jurídicas que tienen un mayor alcance y, por lo tanto, un mayor goce, tal es el caso de la enfiteusis que tiene un carácter perpetuo. Cabe la posibilidad de establecer un derecho diferente, ya sea la enfiteusis la cual es un derecho de goce que no termina con la muerte del beneficiario a diferencia del usufructo,

Es por todo esto, y adoptando esta postura para el seguimiento del presente trabajo, la aceptación de la teoría de *númerus apertus* como régimen imperante en el cuerpo normativo de la Ciudad de México.

IV. Teoría de los *Númerus Apertus* como violación al Principio de Seguridad Jurídica y Orden Público

Al analizar ambas posturas que defienden la determinación o indeterminación, según sea el caso, de los derechos reales se observa que se sustentan en principios constitucionales que se encuentran presentes en la legislación mexicana, por lo que al defender alguna u otra postura nos orilla a decantarnos por un principio sobre otro, otorgándole así un mayor valor sobre los demás. Es por esto por lo que en este apartado observaremos la contravención, en caso de existir, que genera una teoría sobre los principios que defiende la otra.

En un principio, tendremos que iniciar con el análisis sobre la seguridad jurídica; “Su naturaleza jurídica es catalogada como un principio jurídico, que fija la relación que correlaciona un estándar establecido como relevante para el derecho con aquello que se deba relacionar, siendo la relación razonada el elemento determinante del principio jurídico, y el estándar, su esencia”⁵⁰.

⁵⁰ Islas Montes, Roberto, “Principios jurídicos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, XVII, 2011, pp. 397-412.

Para ORTECHO VILLENA, la seguridad jurídica es un concepto especial que puede ser entendido de diferentes formas, tales como:

la seguridad jurídica como principio, como valor y como derecho fundamental. a) Como principio. Es un derecho universalmente reconocido y que se entiende como certeza práctica del derecho; b) Como valor. Es un valor ético, desde dos vertientes, vinculados al valor de la justicia y al valor de la dignidad personal, y c) Como derecho fundamental. Si bien la seguridad jurídica no es un derecho fundamental, tiene la calidad de derecho humano y, en cada país, de derecho constitucional⁵¹.

En el sistema jurídico español, la seguridad jurídica tiene tal importancia que es recogida en la Constitución Española, en el artículo 9, fracción tercera que a la letra dice:

(...) 3. la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

“Para la constitución española la seguridad jurídica cuenta con las categorías de valor, principio y derecho fundamental”⁵².

La seguridad jurídica ostenta tal importancia que es recogida por los distintos textos constitucionales, regulando, coexistiendo y formándose a través de distintos

⁵¹ Ortecho Villena, Víctor J., “Garantías procesales electorales”, en Mac-Gregor, Eduardo F. *et al.* (coords), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2014, t. II, p. 671.

⁵² Pérez Luño, Antonio E., *La seguridad jurídica*, 2ª. ed., Barcelona, Ariel, 1994, pp. 29-30.

principios como el de legalidad, jerarquía normativa, publicidad, irretroactividad de las disposiciones que no son favorables o restrictivas en los derechos individuales.

Es así, como podemos entender a la seguridad jurídica como la suma de certeza, legalidad, jerarquía, publicidad e irretroactividad de la norma no favorable o restrictiva. Es de esta forma que se busca promover la justicia, igualdad y orden jurídico en libertad. A pesar de esto, no debemos entender a la seguridad jurídica como un principio carente de valor por sí mismo ni tenerlo por una consideración superflua. Para poder determinar el valor propio de la seguridad jurídica debemos diferenciar dos aspectos dentro de la seguridad jurídica; la seguridad jurídica objetiva y la seguridad jurídica subjetiva. La primera deviene del establecimiento de un sistema jurídico funcional y regular por medio de normas previamente establecidas. La segunda, contempla la serie de elementos englobados, que en otras palabras sería la certeza de derecho llevada a cabo a través de la publicidad normativa, respetando en todo momento la legalidad, jerarquía, aplicación de la norma más favorable y la no arbitrariedad por parte de los entes públicos.

En el sistema de derechos reales se argumenta que el principio de seguridad jurídica va más apegado a la tesis de *númerus clausus*, debido a que, ante el establecimiento de un catálogo determinado y limitativo de derechos reales creados por el Estado, dota de mayor conocimiento a los sujetos de derecho sobre las figuras existentes, sus efectos y alcances, otorgando de este modo certeza jurídica. Por lo que se ha realizado una crítica en contra de la tesis de los *númerus aperti*, ya que establece un número ilimitado de derechos reales que complican el conocimiento general del derecho, la actuación pública y la aplicación de la ley. Es así como el establecimiento de un nuevo sistema de derechos reales puede influir de forma negativa, según los partidarios de la tesis de los *númerus clausus*, en la consagración del principio de seguridad jurídica.

En cambio, el orden público, en cuanto a su concepto, no solo encuentra limitada su existencia como principio, sino también como norma y disposición legal que sostiene a un sistema jurídico en particular y se encarga de velar los intereses generales de la sociedad mediante la limitación de la autonomía de la voluntad,

permitiendo así la prevalencia de los intereses generales sobre el de los particulares.

En principio puede surgir la noción de una contraposición del principio de autonomía de la voluntad respecto al principio de orden público, pero ambos principios pueden y subsisten actualmente de forma armónica. Esto se debe a la naturaleza de ambos principios, pues mientras la autonomía de la voluntad permite una autorregulación y autorreglamentación dentro de los límites de la razón. En cambio, el orden público como salvaguarda de los intereses generales de la sociedad representa los límites demarcados por la razón que la autonomía de la voluntad debe respetar, logrando así una coexistencia no solamente armónica sino necesaria. “Se trata de dos conceptos independientes; inclusive, puede considerarse que el contenido del primero lleva el sentido opuesto que el de la segunda, pero al mismo tiempo, como veremos, están y se muestran tan relacionados, que el de aquél se traduce en los límites de ésta”⁵³.

En tales condiciones, los particulares pueden y suelen desplazarse en ese campo en el que tienen libertad de acción tanto para decidir el otorgamiento o no de un acto, como para en su caso, pactar el contenido del mismo, sin más límites que lo impuesto por el orden público, el que en ocasiones le impone lo primero y le circunscribe en su radio de acción en lo segundo⁵⁴.

En el campo de los derechos reales, el establecimiento de la teoría de los *númerus apertus* en el código civil afecta de manera directa la seguridad jurídica y el orden público, al permitir a los particulares convenir sobre materias que resultan importantes en la funcionalidad de la sociedad. De la misma forma, dificulta el

⁵³ Domínguez Martínez, Jorge A., “Orden público y autonomía de la voluntad”, en Sánchez Barroso, José A. (coord.), *Cien años de Derecho Civil en México, 1910-2010, Conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su Centenario*, México, UNAM, Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, 2011, p. 83.

⁵⁴ Domínguez Martínez, Jorge A., *op. cit.*, p. 85.

conocimiento de los efectos y alcances de los derechos reales creados y modificados por los particulares al no existir una determinación limitada de los mismos.

V. Teoría de los *Numerus Clausus* como violación al Principio de Autonomía de la Voluntad

En primer término, analizaremos el principio de autonomía de la voluntad: la autonomía de la voluntad se comprende como aquella otorgada a los particulares y que los dota de soberanía para autogobernarse, en la tutela, defensa y organización de sus intereses, en la esfera de sus relaciones privadas. “La voluntad privada crea derecho por sí misma; es fuente de derecho por su propia fuerza (...)”⁵⁵.

Y los particulares son los encargados de establecer los efectos y alcances de su actuación jurídica, siempre y cuando no se contraponga a la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

“Al igual que la seguridad jurídica, la autonomía de la voluntad es un principio jurídico que implica autorregulación y autorreglamentación, lo cual significa contar con el poder de dictarse una ley o precepto a uno mismo, además de gozar de la capacidad de autogobernarse”⁵⁶.

En el sistema de derechos reales se argumenta que el principio de autonomía de la voluntad de las partes se apega más a la tesis de *numerus apertus*, debido a que se fundamenta en la idea de la creación o modificación de los derechos reales según las necesidades e intereses de los particulares, pues solo ellos las conocen mejor que nadie. Es así como se les concede, de forma implícita, la facultad de autorreglamentarse y autorregularse en el tema de los derechos reales, es decir, se

⁵⁵ Arrubla Paucar, Jaime, “La autonomía de la voluntad y derecho comercial”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 78, 1987, p. 14. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5483951.pdf>.

⁵⁶ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 11ª. ed., Madrid, Tecnos, 2016, Vol. I, p. 470.

les reconoce plenamente el principio de autonomía de la voluntad. De forma contraria, la teoría de los *númerus clausus* al establecer un sistema limitado de derechos reales impide a los particulares decidir sobre la creación o modificación de derechos reales, limitando de forma importante el principio de autonomía de la voluntad que estos gozan.

Es así, como una tesis u otra opta por un principio jurídico diferente, ambos fundamentales para cualquier ordenamiento jurídico y reconocidos por la mayoría, contraponiéndose los dos entre sí y buscando una prevalencia de uno frente al otro o una ponderación entre ambos.

VI. Constitucionalización del Derecho Civil

La constitucionalización del derecho es la expansión de la Constitución en todo el sistema normativo, independientemente de la rama de derecho en la que se trate, pues todo el sistema parte desde la constitución. Es así como los preceptos constitucionales, principios y jurisprudencia deben ser tomados en cuenta en la interpretación, aplicación, regulación y resolución de los conflictos jurisdiccionales.

Anteriormente, se entendía al término constitucionalizar como el momento en el cual una figura, institución o derecho era introducido en la carta magna, es decir, constitucionalizar era sinónimo de decir que algo se encontraba dentro de la Constitución. En cambio, ahora se denomina constitucionalizar cuando “las normas constitucionales condicionan la interpretación de todas las ramas del derecho, sea público o privado, y vinculan a los poderes estatales (...)”⁵⁷.

Toda controversia propia del derecho civil no debe encontrarse privada de un análisis constitucional, no solamente en cuanto a su justificación, sino que le resulta necesario. Los enfoques de carácter constitucional no pueden alejarse de un tema

⁵⁷ Cubides Cárdenas, Jaime A., “La relación del fenómeno de la constitucionalización del derecho con el derecho constitucional procesal”, *Justicia Juris*, Colombia, Vol. 8, núm. 1, enero-junio de 2012, pp. 22-29, <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4195870.pdf>.

de investigación jurídica, ya que el fin supremo de dicho tema es la dignidad humana.

“Es por ello por lo que el derecho privado no debe configurar en solitario sus relaciones jurídicas”⁵⁸. Pues cualquier rama del derecho debe consagrar, en su ordenamiento, los principios y reglas constitucionales.

En el ámbito de los derechos reales se encuentran inmersos los principios de legalidad, seguridad jurídica, certeza, libertad (autonomía de la voluntad), etc., consagrados en la constitución, por lo que el establecimiento de una tesis u otra (*númerus clausus* o *númerus apertus*) establecería la contraposición de los principios jurídicos que consagra cada una. Depende del sistema jurídico en cuestión la decisión de optar por una doctrina u otra, lo que sería mejor decir un principio sobre otro y en última instancia encontrar un sistema donde los dos principios puedan compaginar en una sola tesis.

VII. Colisión de principios jurídicos y su ponderación

Al analizar las diferentes teorías que reconocen un número determinado o indeterminado de derechos reales en un sistema jurídico en particular, pudimos observar la colisión de dos principios constitucionales que sostienen una u otra teoría. Es debido a esto que en este apartado nos encargaremos de realizar una ponderación de principios, que sostienen a ambas teorías, para establecer un orden de preferencia relativo al caso en concreto.

Debemos aclarar que este método de argumentación jurídica se actualiza cuando existen dos principios jurídicos vigentes en un sistema jurídico en particular y que colisionan al consagrar derechos determinados en un caso en particular, por lo que realizaremos una adaptación al tomar en cuenta dos teorías que colisionan

⁵⁸ Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995, p. 59.

en cuanto a sus principios jurídicos, independientemente de su vigencia en el sistema jurídico mexicano.

De esta forma entendemos la ponderación como una forma de aplicar principios constitucionales al preferir uno sobre el otro, con el objetivo de darle plena eficacia a los derechos fundamentales que entren en tensión o conflicto uno frente al otro. En el caso particular, utilizaremos este método para contraponer los principios que sostienen la teoría de los *númerus apertus* frente a los que sostienen la teoría de los *númerus clausus* y de esta forma decantarnos por una u otra.

La ponderación busca una sistematización de los órdenes jurídicos y la justificación de las decisiones que exigen justicia que no requieren una lógica formal, sino una teoría de la argumentación jurídica. Esta argumentación parte de la idea de que toda decisión jurídica debe justificarse, pues no basta con ser emitida por una autoridad legítima o por métodos simples de aplicación de normas generales. Consecuentemente, la ponderación no busca una respuesta válida para todo planteamiento que contenga una similitud de rasgos, sino que logra una preferencia relativa aplicable solamente al caso concreto.

La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro⁵⁹.

Como ya se dijo, la ponderación requiere de la tensión o conflicto de preceptos o principios jurídicos que deben ser contrapuestos para la solución de una controversia en particular. De lo anterior se obtiene que los principios jurídicos que nos ocupan son:

⁵⁹ Robert, Alexy, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, trad. de Rubén Sánchez Gil, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>.

- El principio de seguridad jurídica y orden público.
- El principio de autonomía de la voluntad.

En la ley de ponderación, Alexy establece una escala para categorizar una afectación en *leve, media o intensa*.

En primer término, tenemos el principio de seguridad jurídica y orden público que se decanta en un número limitado de derechos reales en el sistema civil de la Ciudad de México. Por lo que debemos tomar en consideración el grado de afectación de los particulares ante el incumplimiento de dichos principios en el sistema de derechos reales (la afectación se vería actualizada al decantarnos por la teoría de los *númerus apertus*).

De acuerdo con lo expuesto en la presente tesis podemos establecer lo siguiente:

- Derecho de los particulares a la publicidad clara y precisa sobre los efectos y alcances de los distintos derechos reales.
- Derecho a la certeza jurídica en el Derecho.
- Derechos consagrados por el orden público (no permiten convenir su aplicación dada su vital importancia en la sociedad).

Pues bien, las consecuencias que traería consigo la adopción por parte del sistema jurídico de la Ciudad de México de la teoría de los *númerus apertus* y por ende la prevalencia del principio de autonomía de las partes sobre la seguridad jurídica y orden público serían: la subordinación del desarrollo económico y social, la regulación de la riqueza y satisfacción de necesidades primarias y secundarias al arbitrio de los particulares. A su vez, se verían afectados los principios de orden político y económico que encuentran su existencia en la regulación patrimonial de los entes públicos y privados. Además, prevalencia de la autonomía de la voluntad en la creación y modificación de derechos reales trae consigo complicaciones en la inscripción de tales derechos, pues al no encontrarse estandarizados en la tipificación estatal hace más difícil el conocimiento por parte de los particulares de

sus efectos y alcances, pero no por ello imposible, pues es suficiente su inscripción en el Registro Público para que se pueda llevar su conocimiento a terceros.

Derivado de lo anterior, se considera que el grado de afectación de este principio sería *medio*.

En cuando al grado de afectación, respecto a la subordinación de los derechos reales a la autonomía de la voluntad, se estima que la afectación sería *leve*, pues si bien la limitación en la creación y modificación de derechos reales limita la facultad de soberanía de autogobierno de los particulares, así como la defensa y organización de sus propios intereses, ya que nadie los conoce mejor que ellos mismos, que afectan de forma directa su esfera jurídica, se considera que a pesar de esto, está por encima el principio de orden público que sostiene a la teoría de los *númerus clausus*, pues si bien la autonomía de la voluntad es un principio que debe protegerse, debe establecerse en él determinados límites que impidan una *mala praxis* de los derechos que sean considerados vitales para el buen funcionamiento de la sociedad y del individuo en sí, por lo que se considera que el grado de afectación es mayor al limitar el orden público en subordinación del principio de autonomía de la voluntad, ya que como se ha dicho existen derechos que no deben admitir convenir su aplicación por ser de vital importancia y el derecho real como una figura garante de la riqueza, desarrollo económico y social, así como satisfactor de necesidades primarias y secundarias se le otorga tal carácter.

En conclusión, podemos observar una prevalencia del principio de orden público, consagrado por la teoría de los *númerus clausus*, sobre el principio de la autonomía de la voluntad, consagrado por la teoría de los *númerus aperti*.

Capítulo dos. Derecho Real de Superficie

1. Definición

La definición de las diferentes instituciones, figuras y organismos que integran al derecho como disciplina posee un carácter evolutivo, nunca estático. Estos cambios se deben a las condiciones de tiempo, modo y lugar de la sociedad que lo contempla. A pesar de este carácter, el concepto siempre conserva características esenciales, las cuales permanecen inalterables. Es así como el derecho real de superficie, a pesar de su carácter evolutivo que se adapta a las necesidades de los tiempos, sigue conservando características esenciales que lo constituyen, definen y distinguen de las demás figuras. A su vez, la evolución se acentúa también en la forma de entender la misma a partir de su configuración⁶⁰.

De la misma forma, se debe tomar en cuenta el aspecto teórico en la constitución de una definición, pues dependiendo de las distintas posturas que se adopten acerca de una figura jurídica se tomarán los ejes rectores para su realización. Es debido a ello que podemos encontrar una serie de definiciones que versan sobre el derecho real de superficie y que cambian de acuerdo con las distintas teorías que lo analizan.

Para PUIG PEÑA, el derecho real de superficie “es aquel de naturaleza real por cuya virtud una persona (concedente) otorga a otro (superficiario) el derecho de levantar en el suelo de su propiedad edificios o plantaciones de las que deviene titular el que las hace, bajo ciertas y determinadas condiciones”⁶¹.

DOMENICO BARBERO lo define como: “derecho de propiedad sobre la superficie, integrado por un derecho real funcionalmente conexo, e inseparable,

⁶⁰ Cfr. De la Iglesia Monje, María I., *El derecho de superficie, aspectos civiles y registrales*, Madrid, Civitas, 1996, p. 76.

⁶¹ Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, 15ª. ed., Madrid, Reus S.A., 1994, vol. II, t. II, pp. 456-458.

sobre el suelo, consistente en el poder de mantener el suelo sometido a la sustentación de la superficie”⁶².

PUIG BRUTAU lo define como “el derecho de tener en terreno ajeno una edificación o plantación en propiedad separada, obteniendo mediante el ejercicio de edificar o plantar, o por medio de la adquisición de una edificación o plantación preexistente”⁶³.

NAVARRO VIÑUALES lo ve como “el instrumento jurídico adecuado para deslindar la propiedad de lo edificado respecto a la del suelo, de modo que ambas pertenezcan a distintos titulares”⁶⁴.

En primer término, debemos establecer la dualidad de objetos que existen en esta figura, la cual es su característica principal. Existen dos objetos, cada uno con un régimen diferente. El primero de ellos es la finca principal, *el suelo*, que ejerce una relación de independencia frente a la otra finca, denominada superficiaria, *construcción, plantación o sembradío* (el Código Civil para la Ciudad de México los reconoce como *siembra, plantación y edificación*). Esta última es dependiente de la primera, ya que ante la inexistencia de la primera la segunda no existiría y en caso de la inexistencia de la segunda esta pasaría a formar parte de la primera.

Es así como el derecho real de superficie recae sobre una finca ajena que atribuye, de forma temporal, la propiedad separada de las construcciones o plantaciones adheridas al suelo, estableciendo así una clara excepción al principio

⁶² Domenico, Barbero, *Sistema de Derecho Privado*, Buenos Aires, Editorial E.J.E.A., 1967, t. II, p. 303.

⁶³ Puig Brutau, José, *Compendio de Derecho Civil. Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Barcelona, Bosch, 1989, t. III, p. 345.

⁶⁴ Navarro Viñuales, José M., *El derecho de vuelo. El derecho de superficie urbana. Las disposiciones transitorias en la Ley de Censos Catalana*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 1998, p. 37 y 38.

de accesión contemplado en el Código Civil de la Ciudad de México⁶⁵. A partir de este principio se presume que cualquier construcción, plantación u obra existente encima o debajo del suelo pertenece al propietario de este. Los romanos decían que la propiedad no tenía límites en cuanto a su extensión, ni en altura, ni en profundidad. “Se extendía: *"cujes est solum, hujus est usque ad coelum et usque ad inferos"*, (hasta el cielo y hasta los infiernos)”⁶⁶. “El derecho de superficie constituye una derogación de la regla general *"superficies solo cedit, quidquid inaedificatur solo cedit"*, (la superficie cede al suelo, todo lo que en ella se edifica cede al suelo)”⁶⁷.

A partir de esta excepción de la accesión es como obtenemos dos *fincas* diferentes; obtenemos la finca ajena que es el suelo y, en segundo término, la finca superficiaria que es la construcción o plantación, esta última producida a través de dicha excepción que encontramos en el derecho real de superficie. *La creación de la finca superficiaria es un efecto jurídico de la paralización de la accesión.*

Sobre este particular, DíEZ-PICAZO y GULLÓN expresan:

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. (...) La especialidad más característica del derecho real que estudiamos reside en esa separación entre el dominio de lo construido (...) y el suelo en que se efectúa. El primero corresponde al titular de la superficie, y el segundo al concedente de la misma. Viene a ser así una derogación convencional del principio de accesión: el propietario del suelo no

⁶⁵ Este principio es contemplado por el artículo 886 del Código Civil de la Ciudad de México. Este código reconoce dos clases de accesión: la natural y la artificial o voluntaria.

⁶⁶ Cárdenas Quirós, Carlos, “El derecho real de superficie”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Perú, núm. 37, 1938, pp. 7-30.

⁶⁷ *Idem.*

hace suyo lo que en él se edifica (...). Por otra parte, el superficiario goza del suelo ajeno, en tanto que lo utiliza para construir (...)⁶⁸.

En este aspecto, debemos tomar en consideración la redacción que ocupó Puig Peña en la construcción de su definición de derecho real de superficie, pues en el último tramo de la proposición la establece cómo: “el derecho de levantar en el suelo de su propiedad edificios o plantaciones de las que deviene titular el que las hace, bajo ciertas y determinadas condiciones”; manejando de esta forma un tiempo verbal a futuro, pues solo contempla las construcciones o plantaciones posteriores, más no hace referencia a las ya presentes, cometiendo un error debido a que, como veremos más adelante, este derecho puede también recaer sobre construcciones y plantaciones ya existentes.

Para GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, el derecho real de superficie lo define de la siguiente forma:

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 otras personas, y en virtud del cual esta, puede construir en el inmueble de aquella, un edificio o una nueva construcción encima del que ya hubiere, o realizar construcciones debajo del suelo mismo⁶⁹.

Es a partir de esta definición que nos otorga Gutiérrez y González, a diferencia de Puig Peña, en la que podemos notar la característica tridimensional del derecho real de superficie, pues no solo nos menciona la propiedad separada de las construcciones y/o plantaciones adheridas al suelo, sino que también menciona de forma indirecta la diferencia entre subsuelo, rasante y vuelo, espacios con los que puede interactuar el derecho en cuestión, debido a que no solo tiene la capacidad de recaer sobre la superficie (vuelo), sino también en la parte de abajo (subsuelo) o en la construcción/plantación ya existente (rasante). Es necesario

⁶⁸ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *op. cit.*, p. 470.

⁶⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio*, 10a. ed., México, Porrúa, 2013, p. 558.

manifestar que el derecho real de superficie es un derecho de propiedad restringido, debido a que puede que se aplique no a todas las cosas que sobresalen del suelo, sino a algunas de ellas o a una determinada.

De igual forma, existen autores que van más allá de los elementos generales que constituyen la figura en cuestión e incluso mencionan sus clases, tal es el caso de Lisandro Cruz, el cual define al derecho real de superficie como:

El derecho que el dueño de una finca otorga a un tercero para que edifique, plante o siembre, a su costa, por un tiempo determinado o indeterminado, mediante el pago de una renta o en forma gratuita quedando facultado para disfrutar y disponer libremente de las construcciones, plantaciones y siembras que hiciere mientras subsista el derecho, o sobre las ya existentes en el terreno, que sean adquiridas por él⁷⁰.

Al igual que este, existen diversos conceptos aportados por la doctrina o retomados por los diferentes códigos sustantivos, donde el derecho es vigente y logran definir la figura en cuestión a grandes rasgos, pero siempre manifestando diferencias entre sí. En la mayoría de ellas es difícil observar elementos trascendentes en el derecho real de superficie, tal es el caso de la diferencia existente entre derecho de superficie y propiedad superficiaria; En el que el primero consiste en la facultad que tiene el superficiario de construir o plantar en el suelo ajeno y mantenerlos en pie, así como volver a levantarlos en caso de su destrucción y en el momento en que se materialice la construcción o plantación será cuando se cree la propiedad superficiaria.

Derivado de lo anterior, se puede concluir que el derecho de superficie es el derecho real limitado en virtud del cual una persona llamada superficiante transmite de forma total o parcial la propiedad, de manera temporal, a otra llamada superficiario sobre lo ya construido, plantado o sembrado en el subsuelo, rasante y/o vuelo de la finca propiedad del superficiario (propiedad superficiaria), o bien,

⁷⁰ Cruz Ponce, Lizandro *et al.*, *Un siglo de derecho civil mexicano. Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, México, UNAM, 1985, p. 127.

está facultado para construir, plantar o sembrar, ya sea a título gratuito u oneroso mediante el pago total o periódico de una cantidad de dinero determinada⁷¹.

2. Teorías sobre el Derecho Real de Superficie

Las diferentes aplicaciones del derecho real de superficie, en cuanto a sus sujetos y objetos, ha llevado a analizar el carácter de las normas aplicables a tal institución, dando por resultado la posible aplicación normativa de carácter civil o administrativo.

Esta ha dado lugar a definir al derecho real de superficie sujeto a una normatividad civil como un *derecho de carácter común o civil*, mientras que el ordenamiento de carácter administrativo que contemple al derecho real de superficie otorgará a este la calidad de *derecho urbanístico*.

El primero derivado de una legislación de carácter civil y el segundo de carácter administrativo, dando como resultado la posibilidad de dos derechos; Es por ello por lo que se han originado dos posturas: la que argumenta la existencia de dos clases de derecho real (dualista) y lo que expone la existencia de una clase de derecho real (monista).

I. Teoría Dualista

“Los autores y la jurisprudencia partidarios del dualismo llaman «superficie urbana común», o simplemente «superficie civil», a la superficie para edificar regida por el Derecho civil (al menos prioritariamente), reservando la calificación de «superficie

⁷¹ La doctrina ha debatido acerca de la naturaleza jurídica del canon en el derecho real de superficie, pues se argumentan las posturas que lo ubican dentro de una obligación de carácter personal o real. Desde el punto de vista práctico, la primera encuentra una desventaja respecto a la segunda, pues al ser el canon una obligación personal dificulta la disposición del superficiario en la transmisión del derecho real de superficie, ya que ante este acto se deberá establecer al momento de sustitución de los titulares, mientras que, en la determinación del canon como naturaleza real, la obligación estaría vinculada a la cosa.

urbanística» para la regulada por la legislación de tal carácter”⁷², es así como podemos diferenciar ambos derechos dependiendo del ordenamiento jurídico que la contemple; el primero de carácter civil y el segundo de carácter administrativo.

Cada uno de estos ordenamientos cuenta con competencias específicas que ayudaran a diferenciar la aplicación de una u otra ley. Actualmente, existen dos criterios generales que fijaran la aplicación de dichas leyes: la calidad de los sujetos que intervienen en el derecho real y la calidad del bien objeto del derecho. Será aplicable la legislación administrativa cuando los sujetos sean entes públicos o el bien esté dentro del marco de una planificación urbanística (inversión pública o pública-privada en el ámbito territorial encaminado en una política habitacional, de renovación urbana, de vialidad y demás servicios urbanos) y será aplicable la legislación civil cuando los sujetos sean privados o el bien sea catalogado como una superficie urbana común⁷³.

Los defensores de esta postura toman como argumento principal la diferencia entre los participantes en la superficie urbana común y la superficie urbanística, pues en los primeros participan particulares mientras que, en los segundos, entes públicos. Es por esto por lo que reclaman la existencia de dos tipos diferentes de regímenes y la imposibilidad de aplicar solamente una normativa a estos dos.

Además, abogan por la naturaleza y principios que acompañan a la rama de derecho público y su respectiva regulación al enfatizar el bienestar social por encima

⁷² López Fernández, Luis M., “El inadecuado régimen urbanístico del derecho de superficie”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 69, núm. 3, 2016, pp. 781-864.

⁷³ La diferencia entre una construcción civil y una urbanística radica en que si la construcción está contemplada en el marco de los planes de ordenación, será urbanística, es decir, los instrumentos técnicos, jurídicos, sociales y económicos, a partir de los cuales la Administración Pública diseña el orden de su territorio. En caso contrario, la construcción civil se entiende como la edificación realizada sin ningún tipo de participación de la entidad pública.

del particular. En cambio, en el caso de la superficie civil se expone una mayor preponderancia del principio de autonomía de la voluntad, como aquella encargada de autorregular y autor reglamentar a las partes, mientras que en el derecho de superficie urbanístico o administrativo prevalece la existencia del carácter imperativo de la ley.

De la misma forma se usa como criterio de apoyo el tipo de bien a construir a través del derecho real de superficie, ya que se contemplan dos tipos diferentes de derechos con su respectivo ordenamiento. Se denomina de carácter civil a las construcciones urbanas comunes, mientras que las de carácter administrativo a todas aquellas construcciones encaminadas en la instauración de un planteamiento urbanístico.

II. Teoría Monista

Esta teoría encuentra su fundamento en la determinación de la existencia de una sola clase de derecho real de superficie, independientemente de la existencia de un ordenamiento civil y otro administrativo. Este resultado puede derivarse a través de la existencia de una serie de hipótesis, como son las enunciadas a continuación.

En primer lugar, tendríamos este resultado derivado de la subsistencia de un ordenamiento frente al otro, sin importar su calidad, superficie urbana común o de planeamiento urbanístico, ni la calidad de los sujetos que constituyen el derecho, ya sean entes públicos o privados.

En segundo lugar, tendríamos la existencia de otro planteamiento en el que alguno de los dos ordenamientos reconozca el carácter normativo del ordenamiento contrario, es decir, que el ordenamiento civil reconozca el carácter administrativo de su derecho real de superficie al contemplar la participación de entes públicos o viceversa.

En conclusión, debemos mencionar que la existencia de una sola clase, o bien, de dos no contraviene en ningún sentido la aplicación del derecho real de superficie, pero sí el alcance de este, pues al contemplar no solo la participación de

particulares, sino también de entes públicos podemos extender su alcance y beneficios. Sin embargo, debemos tomar en cuenta las características de cada una de estas clases para realizar una correcta legislación al respecto, siempre cuidando evitar la contradicción de un ordenamiento respecto al otro, problema que se originó en diferentes países extranjeros y que dio como origen el nacimiento de la teoría dualista y monista.

3. Naturaleza Jurídica del Derecho Real de Superficie

El derecho real de superficie es una figura jurídica que a partir del siglo XX ha tenido mayor relevancia debido a la necesidad de los diferentes núcleos poblacionales en la búsqueda de vivienda y crecimiento económico, misma que se acentúa cada vez más ante el aumento de población. Es así como esta figura ha retomado interés por legislaciones de diferentes países y doctrinarios de todo el mundo, que se han enfocado en su estudio, dando como resultado análisis realizados desde diferentes puntos de vista; por ejemplo, su naturaleza jurídica.

Los diversos análisis enfocados en la naturaleza jurídica del derecho real de superficie pueden ser agrupados en tres grupos:

1. Teorías que consideran al derecho real de superficie como dominio dividido.
2. Teorías que asimilan al derecho real de superficie con algún otro derecho real.
3. Teoría que considera al derecho real de superficie como un derecho específico.

I. Teorías que consideran al Derecho Real de Superficie como dominio dividido

La base de esta teoría se encuentra en la identificación de dos clases diferentes de dominio: el dominio directo y el dominio útil, existiendo así dos clases de propietarios. El primero, en el derecho real de superficie, sería el propietario del suelo (dominio directo) y el segundo sería el propietario de la superficie (dominio útil). Esta división entre dominio directo y dominio útil parte desde la concepción de

la enfiteusis en el derecho, de manera específica en la época de la Edad Media, pues a través de esta que se establecía un régimen de propiedad dividida: “por un lado, el campesinado dedicado a la explotación agrícola pasó a convertirse en “señor útil” de la tierra sujeta a censo enfiteútico y, por otro lado, el señor territorial que les había entregado la tierra se convertía en dominio directo”⁷⁴.

El campesino-enfiteuta se hallaba facultado para usufructuar el dominio útil, lo que significaba que podía disponer del bien para enajenarlo, venderlo, o bien, transmitirlo a sus descendientes, entre otras opciones, con plena libertad. Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XII, el señor territorial tendió cada vez más a hacer valer su dominio directo – incrementando los censos o rentas y adscribiendo al campesino a la propia tierra⁷⁵.

Posteriormente, se le dio una equiparación con la figura del derecho de superficie en el Código Civil Español de 1989. A partir de este momento se reafirma su consideración como un gravamen real y de dominio dividido, el cual encuentra su razón en la derogación del principio de accesión, dando como resultado la existencia de un dueño del suelo distinto al dueño de la construcción.

De acuerdo con esta teoría, se contempla al derecho real de superficie como una propiedad limitada, superpuesta a un suelo ajeno, haciendo al primero independiente del segundo, por lo que se estima al derecho real de superficie como una clase de dominio útil en una propiedad dividida.

⁷⁴ Abellán Contreras, Francisco J., “Los efectos de la enfiteusis en los reinos peninsulares durante la Baja Edad Media: reflexiones sobre los derechos y obligaciones de las partes contratantes”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, LXI, vol. 61, núm. 2, 2020, p. 257-288.

⁷⁵ Abellán Contreras, F. J., “Régimen de explotación de la tierra y condición jurídica de los campesinos en el Principado de Cataluña y Reino de Valencia en la Baja Edad Media”, *e-Legal History Review*, núm. 30, 2019, p. 4.

PLANIOL expresa que el derecho de superficie “consiste en ser propietario de edificios o de plantaciones asentadas sobre terreno de otro, lo cual implica también aceptar la posibilidad de dos propiedades superpuestas, la del suelo y la de lo edificado o plantado”⁷⁶. Identificando de esta forma dos clases de propiedades independientes entre sí y reconociendo a sus titulares los derechos aparejados a dicho derecho real.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ critica esta teoría al decir que:

La existencia de un dominio pleno sobre la construcción, separado e independiente del dominio del suelo es un imposible jurídico, toda vez que la incorporación es íntima. Posible es que para fines transitorios o con materiales que puedan ser desmontados fácilmente (como los hórreos en Asturias, que según la tradición no deben tener puestos clavos), se coloque encima del suelo un edificio sin incorporarlo al mismo; pero estos supuestos caen fuera del derecho de superficie y no provocan dudar. En cambio, cuando suelo y vuelo forman parte de un solo objeto, uno de los dos impone al otro su destino y la propiedad no puede ser escindida o, por lo menos, descompuesta en dos tipos iguales al primitivo a la manera que los trozos de una circunferencia, aun con la equidistancia al centro carecerían de la característica de línea cerrada con que definimos al todo⁷⁷.

II. Teorías que asimilan al Derecho Real de Superficie con algún otro Derecho Real

El derecho real de superficie, al presentar características de otros derechos reales, es identificado por diversos autores como una clase de derecho ya preexistente,

⁷⁶ Planiol, Marcel y Georges, Ripert, *Tratado elemental de derecho civil: revisado y completado por André Brun*, 12ª edición, trad. de José M. Cajica, Puebla, Editorial José M. Cajica Jr., 1995, pp. 171 y ss.

⁷⁷ Gonzáles Martínez, Jerónimo, *Estudios de derecho hipotecario y derecho civil*, Pamplona (Navarra), Civitas Ediciones, 2009, t. II, p. 223.

más no nuevo. Es así como “confieren a la superficie la naturaleza idéntica a la de otros derechos reales limitados, como el arrendamiento, el usufructo, la enfiteusis y la servidumbre (predial)”⁷⁸. Estas doctrinas encuentran su punto de partida en el derecho romano que, “por virtud de la esencial compenetración de la propiedad del suelo con la de la superficie, no admite una propiedad de esta distinta de la propiedad de aquel”⁷⁹.

Existen académicos que afirman la identidad del derecho real de superficie con el arrendamiento, pues afirman que, en la superficie, al igual que en el arrendamiento, el superficiario debe otorgar al superficiante una renta periódica apelando a la constitución onerosa del derecho real, pero dejando a un lado la constitución a título gratuito, característica que no puede existir en el arrendamiento.

También, apelan al otorgamiento del uso de un inmueble a un tercero, como ocurre en el arrendamiento y lo asimilan con el derecho real de superficie, ignorando que el superficiario no solo adquiere el uso sino la propiedad de la construcción, plantación o siembra ya existente o por existir. Es de esta manera en la que el superficiario puede gravar, enajenar y transmitir *mortis causa* dicha propiedad. Con relación a la transmisión *mortis causa* en el derecho, debemos hacer mención en la imposibilidad jurídica de esta característica en el arrendamiento, pues este se extingue con la muerte del arrendatario.

Por último, debemos señalar el error más grande en el que recaen los partidarios de la asimilación del derecho real de superficie y el arrendamiento, pues confunden las dos naturalezas de ambas figuras al determinar que la primera es un derecho personal, mientras que la segunda se trata de un derecho real. En el arrendamiento el arrendador está facultado para exigir al arrendatario el cumplimiento forzoso de la renta pactada, mientras que, en el derecho real de superficie, el superficiario cuenta con los derechos de persecución y preferencia.

⁷⁸ Novello, Vanesa A., *op. cit.*, p. 15.

⁷⁹ Castán Tobeñas, José, *Derecho Civil español común y floral*, 8va. ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1951, t. II, p. 676.

A su vez, hay quienes afirman la identidad entre el derecho real de superficie y el usufructo, pues argumentan que ambos son derechos reales de uso y disfrute de suelo ajeno. El primero a diferencia del segundo puede transmitirse, no cesa con la muerte (es transmisible mortis causa), además que el usufructuario no tiene el dominio de la cosa, por lo que no podría destruirla.

Otros autores consideran al derecho real de superficie como una enfiteusis debido a “su dinámica histórica, tanto la enfiteusis como el derecho de superficie constituyeron dos instituciones jurídicas a través de las cuales fue posible la coexistencia de dos derechos sobre el mismo bien pertenecientes a distintos titulares”⁸⁰, a pesar de que la enfiteusis no puede constituirse a título gratuito, mientras que el de superficie sí. Asimismo, en la enfiteusis se debe pagar un canon en la forma de pensión anual, mientras que en la superficie puede satisfacerse el pago en un solo momento⁸¹.

Por último, hay autores que catalogan a la superficie como una servidumbre (o una limitación semejante). La servidumbre concede un derecho de uso sobre un fundo sirviente, mientras que la superficie concede un derecho de goce sobre fundo ajeno. Además, debemos recordar que para lograr la existencia de la servidumbre se debe hablar de la existencia de dos predios distintos (son diferentes propietarios), uno dominante y otro sirviente, en el caso de la superficie se habla de uno solo.

⁸⁰ Ramírez Santibañez, Ana María E., *Concepto, evolución y carácter derogatorio del derecho de superficie*, México, Universidad Iberoamericana de Puebla, 2013, p.9.

⁸¹ Cfr. L., Micieli, Laura, “Derecho de superficie: su resurgir, tal la idea del Derecho Romano, en el nuevo Código Civil Argentino”, en Adame Goddard, Jorge y Heredia Vázquez, Horacio (eds.), *Estudios Latinoamericanos de Derecho Romano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 345.

III. Teoría que considera al Derecho Real de Superficie como un derecho específico

Esta teoría divide al derecho real de superficie en dos partes: la primera está integrada por la relación existente entre el dueño del suelo y el superficiario, consistente en el derecho real de este sobre el suelo ajeno (derecho de superficie); en tanto que la segunda está integrada por la titularidad de una propiedad superficiaria sobre las plantaciones, construcciones y sembradíos que se encuentran en el suelo ajeno (propiedad superficiaria).

Estos dos momentos se refieren en primer término al dominio que ejerce o puede llegar a ejercer el superficiario sobre los bienes adheridos al suelo ajeno, diferenciando de esta manera al derecho de superficie y la propiedad superficiaria. “Lo antes dicho no implica la necesidad de escindir dichos aspectos y pensar que se transforma en una naturaleza jurídica totalmente distinta en el primero y segundo estudio, aparentemente derecho real y propiedad temporal respectivamente”⁸². Recordemos que, al hablar del derecho de superficie no se refiere a construcciones, plantaciones o sembradíos ya realizados, es decir ya existentes, sino que se habla de una facultad que tiene el superficiario de realizarlos y mantenerlos. En cuando a las construcciones, plantaciones o sembradíos ya existentes, el derecho de superficie otorga la facultad, solamente, de mantenerlos. Mientras que la propiedad superficiaria, se refiere a la propiedad de la construcción, plantación o sembradío en un predio ajeno hasta el cumplimiento del plazo del derecho.

Es importante mencionar estos dos aspectos de la superficie debido a que se argumenta que el derecho de superficie se extingue en el momento en que se materializa el objeto del derecho real, dejando a un lado la facultad de mantener la propiedad del superficiario sobre el suelo ajeno (el derecho de superficie engloba la facultad de hacer y mantener, a su vez este derecho puede llegar incluso a facultar al superficiante a levantar la construcción o plantación destruida siempre y cuando el término del derecho real aún lo permita, mientras que la propiedad superficiaria

⁸² Borja Martínez, Ignacio, “El derecho real de superficie”, *Revista Mexicana de Derecho*, México, núm. 6, 2004, pp. 53-64.

es solo la titularidad del bien) pues ya no existe derecho alguno que sustente la utilización del de dicho predio, por lo que el superficiante podría ir en contra de la propiedad superficiaria.

Es así como esta teoría explica, de acuerdo con nuestro pensamiento, la forma correcta de concebir la naturaleza jurídica del derecho real de superficie, objeto de estudio de nuestro trabajo, pues refiere de forma acertada la facultad de hacer y ejercer una construcción, plantación o sembradío en un suelo ajeno, la constitución del derecho real de propiedad que el superficiario configura sobre ellos y el derecho latente de la propiedad superficiaria en el uso del suelo ajeno.

4. Estructura del Derecho Real de Superficie

Para consagrar la correcta constitución del derecho real de superficie es necesario contemplar las dos figuras jurídicas que lo dotan de eficacia.

El derecho de superficie, también conocido como *ius aedificandi*; y la propiedad superficiaria. Recordemos que el derecho real de superficie se configura por la existencia de una relación jurídica dualista con base en la cual hay una relación básica que confiere un derecho real sobre el suelo ajeno, facultando así para construir y mantener lo construido. Posteriormente, surge una relación complementaria que otorga la propiedad de lo construido o plantado con independencia de la propiedad del suelo⁸³.

I. Derecho de Superficie

Se considera al derecho de superficie como la fuente que produce la separación entre la propiedad superficiaria y el suelo propiedad del superficiante, a través de la cual confiere al superficiario la facultad de hacer y mantener, temporalmente, el objeto del derecho real sobre el suelo ajeno constituyendo de dicha manera una propiedad separada del primero sobre el segundo.

⁸³ De la Iglesia Monje, María I., *op. cit.*, pp. 97-98.

En el derecho de superficie existen dos objetos relevantes, el primero es el relativo a la facultad de hacer, realizar una construcción, plantación o sembradío en suelo ajeno y el segundo radica en la constitución de la propiedad superficiaria, pues mantiene una separación de esta con el suelo del superficiante.

Estos dos objetos no son dependientes entre sí, toda vez que tal afirmación nos obligaría a pensar que el derecho de superficie solo puede existir en construcciones futuras no realizadas, dejando a un lado de la posibilidad de instaurarlo en propiedades preexistentes. Si bien los dos objetos actúan de manera continua en la edificación de construcciones futuras, esto no quiere decir que no puedan actuar de manera aislada; esta es la respuesta que otorgamos en la intervención del derecho de superficie en edificaciones preexistentes, debido a que aquí no interviene el objeto de realizar o ejercer, sino solamente el de mantener de forma separada la propiedad superficiaria en suelo ajeno.

Debemos tener en cuenta que el derecho de superficie no se extingue en un momento, como afirman varios académicos, en razón que solo a través de este se puede explicar la posibilidad de mantener lo edificado en suelo ajeno y la posibilidad de reconstruirlo en caso de la pérdida de la cosa.

II. Propiedad Superficiaria

Se denomina propiedad superficiaria al dominio directo e inmediato que ostenta el superficiario sobre la construcción, plantación o siembra objeto del derecho real de superficie. Es la propiedad especial que tiene el superficiario respecto de lo edificado.

La propiedad superficiaria puede ser limitada en cuanto a su tamaño, ya que no es necesario que ocupe todo el perímetro del suelo del superficiante, basta con que se tome una porción para poder constituir la propiedad superficiaria. El perímetro, en tal caso, debe estar delimitado de forma concreta con las medidas y situación del suelo afectado por el derecho. Dichas medidas deben establecerse en el título constitutivo, el cual deberá ser inscrito en el registro (como veremos más adelante).

La regulación de la propiedad superficiaria no puede ser entendida de forma análoga a la propiedad prevista en los distintos códigos de carácter civil, pues esta cuenta con su propio régimen jurídico que es el título constitutivo del derecho, el cual debe respetar la regulación imperativa de su ordenamiento, pero este último también faculta a los particulares de convenir en lo restante.

III. Derecho de Superficie y Propiedad Superficiaria

Nótese el estado de relación entre uno y otro término: el derecho de superficie al otorgar al superficiario la facultad de hacer y mantener, física y jurídicamente, una edificación en suelo ajeno, provocando así la separación de propiedades, alimenta una dependencia de la propiedad superficiaria sobre el derecho de superficie, pues sin la primera esta no podría constituirse como tal, sino que adoptaría otra calidad, la de propiedad separada⁸⁴. De manera distinta, el derecho de superficie puede existir sin la propiedad superficiaria en aquellos casos en los que no se ha iniciado la construcción de la edificación (o esta se encuentra en proceso), siempre tomando en consideración la existencia o no de un plazo de edificación.

El derecho de superficie encuentra su fin en la constitución de la propiedad superficiaria y es requisito de la última la existencia de la primera, es por ello por lo que al momento de transmitir el derecho real de superficie esta transmisión no puede concebir solamente la propiedad superficiaria sino también al derecho de superficie.

5. Elementos Personales del Derecho Real de Superficie

En el derecho real de superficie se encuentran tres tipos de elementos: subjetivos o personales; reales; y formales. Siendo los primeros los relativos al superficiante y superficiario.

⁸⁴ Cfr. Sáenz, Pedro y Rachid, Martín, "Reflexiones sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", *Revista del Notariado*, núm. 927, enero-marzo 2017, pp. 85-112.

I. Superficiante

Es conocido de igual forma como concedente o cedente a la persona, física o moral (la persona moral puede ser tanto pública como privada), propietaria del bien inmueble en el que el superficiario constituirá la propiedad superficiaria.

Para poder constituir el derecho, por parte del superficiante, es indispensable tener la capacidad necesaria para la disposición sobre bienes inmuebles. Igualmente, deberá contar con la capacidad natural y, en caso de poseer incapacidad legal, el tutor del superficiante deberá actuar a través de autorización judicial ⁸⁵.

En el derecho real de superficie existe la posibilidad de una pluralidad de sujetos, en este caso de superficiantes. Ejemplo de ello sería el régimen de copropiedad, en el que existe la posibilidad de instaurar este derecho siempre que todos los copropietarios estén de acuerdo en su constitución ⁸⁶.

⁸⁵ En el año 2007, México firma la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, realizado en Nueva York en 2006, entrando en vigor dicho instrumento el 3 de mayo de 2008. En este instrumento jurídico, los Estados miembros reconocen que las personas con discapacidad gozan de personalidad jurídica plena, con capacidad en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de su vida, por lo que se deben establecer las medidas para que estas personas puedan heredar y ser propietarias de sus bienes, controlar sus propios asuntos económicos y percibir, al igual que otras personas, préstamos bancarios, hipotecas y demás instrumentos financieros. Es por esta adhesión del Estado mexicano, que se ve en la necesidad de analizar su legislación estatal y realizar en el código civil el cambio de la figura del tutor por la figura de medidas de asistencia o apoyo, pues se considera que la primera figura es demasiado rígida y poco adaptable al sistema de autonomía de las personas con discapacidad.

⁸⁶ De la misma forma, existe la posibilidad de que un copropietario pueda ser superficiante de la porción del suelo que es propietario y superficiario a la vez. Esto

a. Obligaciones del Superficiante

El superficiante es aquel que transmite al superficiario la facultad de edificar en su suelo, por lo que tiene la obligación de permitir la construcción, alzamiento y mantenimiento del bien del superficiario. Por ende, el concedente debe poner a disponibilidad del superficiario el suelo de su propiedad desde el momento en que se constituye el derecho, con la finalidad de que este último pueda edificar ahí. De manera subsecuente, el superficiante no podrá obstaculizar las construcciones, plantaciones o sembradíos pactados en el título constitutivo del derecho real. Una vez constituida la propiedad superficiaria, el superficiante no podrá realizar acto alguno que obstaculice o dañe el derecho del superficiario.

Por otro lado, DE LA IGLESIA MONJE⁸⁷ nos señala la distribución tributaria entre el superficiante y el superficiario con relación al impuesto sobre bienes inmuebles (conocido en México como predial), señalando de esta manera que el primero deberá hacerse cargo del valor correspondiente al suelo y el segundo el correspondiente a la edificación.

b. Derechos del Superficiante

Los derechos que conserva el superficiante versan sobre el suelo en el que descansa la edificación del superficiario y las contraprestaciones pactadas en la constitución del derecho real de superficie. El superficiante se limita solo a una disposición jurídica sobre su bien. Esta facultad se encuentra limitada en cuanto el uso, más no del goce ni disposición del bien, debido a la naturaleza del derecho real que impide este tipo de aprovechamiento.

debido a que no cuenta con un derecho de propiedad plena sino de copropiedad, permitiéndole de esta forma la acumulación de elementos subjetivos sin lograr así la confusión.

⁸⁷ Cfr. De la Iglesia Monje, María I., *op. cit.*, p. 206.

Es por ello por lo que el superficiante no perderá en ningún momento la propiedad del suelo, pudiendo disponer libremente de él, permitiéndole de esta manera gravarlo.

Es así como el superficiante podrá establecer una hipoteca, en el caso de que constituya la hipoteca con posterioridad al nacimiento del derecho de superficie, la hipoteca únicamente deberá gravar al suelo, es decir, no se extenderá a la construcción superficiaria. Y ello porque tal edificio no es propiedad del concedente sino de otra persona: el superficiario⁸⁸.

En caso contrario, la hipoteca afectará toda la zona tridimensional de la propiedad (subsuelo, suelo y vuelo). A su vez, el superficiante podrá gozar, en caso de ser pactado, de derechos preferenciales tales como tanteo y retracto.

En este orden de ideas, ante la extinción del derecho real de superficie se habla de la configuración de un nuevo derecho a favor del superficiante llamado *derecho de la reversión* de la propiedad superficiaria, según el cual el concedente tiene el derecho de adquirir la propiedad superficiaria tras el cumplimiento del plazo de duración pactado en el título constitutivo del derecho. En mi pensar, la adquisición de la propiedad superficiaria por parte del superficiante no implica un derecho de reversión a favor del superficiante, sino un efecto jurídico de la extinción misma del derecho real de superficie, debido a que el derecho real de superficie interrumpía la accesión entre el suelo que es propiedad del cedente, y la propiedad del superficiario, y al ya no existir tal derecho real se restablece la accesión, sin necesidad de la existencia de un derecho o de una declaración judicial.

En el caso en que el superficiario no quiera entregar la posesión de la propiedad superficiaria al cedente, al extinguirse el derecho real de superficie, este último, con el objetivo de recuperar lo que ahora es suyo, tiene que ejercer una acción persecutoria, *no un derecho de reversión*, pero esta no tiene que versar indistintamente solo sobre el suelo o sobre la propiedad superficiaria, pues el

⁸⁸ Roca Sastre, Ramón M., "Ensayo sobre el derecho de superficie", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, núms. 392/393, 1961, pp. 151 y ss.

derecho real de superficie ya se extinguió, sino que tiene que versar sobre un todo que ha sido unificado por la accesión. De igual forma, el concedente tiene derecho del tanto y retracto con relación a la propiedad superficiaria.

Los académicos a su vez contemplan una facultad más a favor del superficiante, tratándose así de la facultad sobre la edificación superficiaria. Esta figura parte de la delimitación de la construcción del subsuelo, rasante o vuelo y la posibilidad de construir por encima o debajo de ellos, dando como resultado una sobre edificación permitiendo así la existencia de varios superficiarios en un solo plano de la tridimensionalidad del derecho real de superficie⁸⁹. En este caso, el concedente conserva la utilidad del espacio encima de la construcción o debajo de ella (cuando se utiliza el subsuelo). En el derecho español, De la Monje opina la posibilidad de la existencia de la figura de la sobre edificación y el derecho del concedente a la utilidad del espacio sobrante, debido a que el espacio es susceptible de ser considerado como objeto de apropiación, dando origen al objeto del derecho de sobre edificación superficiaria⁹⁰.

Por último, debemos mencionar que en diversos ordenamientos extranjeros se reconocen otros derechos, es así como el régimen urbanístico del derecho real

⁸⁹ No debemos confundir las tres formas diferentes que dan lugar a la pluralidad de superficiantes. La primera se relaciona con todos los espacios tridimensionales del derecho real de superficie, en el cual para poder estar en esta categoría no puede haber más de uno por cada espacio. La segunda se relaciona con la existencia de una pluralidad de superficiantes en un mismo plano tridimensional, dando como resultado la sobre edificación superficiaria. La tercera se encuentra relacionada con la pluralidad de superficiantes nacida de un régimen de copropiedad.

No ignoramos la posibilidad de subclasificaciones derivadas de la mezcla de estas tres formas, pero la presentamos de esta forma, ya que engloba y delimita de manera clara y precisa las características de cada grupo, pudiendo entender así su diferencia.

⁹⁰ Cfr. De la Iglesia Monje, María I., *op. cit.*, pp. 204-210.

de superficie español establece, en la licencia urbanística, un plazo específico para edificar, cumpliendo en todo momento con las características generales determinadas en el título constitutivo. En este régimen, “el concedente tiene derecho en la modalidad urbanística y puede exigir que se le dé a lo edificado el destino no pactado (art. 16-1.º c) R.H.)”⁹¹.

II. Superficiario

Se conoce como superficiario al titular, sea persona física o moral, del derecho de superficie y la propiedad superficiaria, es decir al beneficiario del derecho real de superficie. El superficiario es aquel que edificará en suelo ajeno y una vez finalizada adquirirá la propiedad temporal sobre lo construido.

a. Obligaciones del Superficiario

En cuanto a las obligaciones del superficiario, hay que señalar que su derecho no puede resultar de modo alguno ilimitado.

Las principales obligaciones del superficiario emanan del título constitutivo del derecho real, en el que podemos encontrar la obligación consistente en edificar según las características pactadas por las partes, al igual que el destino de la edificación que estará contemplado en dicho título. También se establecerá en el mismo documento el monto, época y lugar de pago, salvo que se constituya el derecho de forma gratuita. De igual forma, el superficiario deberá costear las contribuciones atribuibles a su propiedad, tal como se vio en este capítulo.

Por último, hablaremos de las obligaciones en el régimen de propiedad superficiaria que han establecido legislaciones extranjeras, como la obligación del superficiario de edificar en el plazo pactado con las características generales que determina y exige el título constitutivo del derecho real. Ante el incumplimiento del plazo se extingue el derecho real de superficie. Esta característica se observa

⁹¹ De la Iglesia Monje, María I., *op. cit.*, p. 209.

idónea, pues consolida la finalidad del derecho, es decir, la materialización de la propiedad superficiaria.

b. Derechos del Superficiario

Ante la constitución del derecho real de superficie, el superficiario gozará de facultades de uso, goce y disposición de la cosa que descansa en suelo ajeno. A través de estas facultades es como el superficiario puede instaurar derechos reales y personales sobre lo edificado.

Es así como podemos distinguir dos clases de derechos del superficiario:

- El derecho de hacer y mantener la propiedad superficiaria en suelo ajeno.
- Los derechos inherentes a la propiedad superficiaria.

El primer apartado tiene como máxima el derecho de construir la edificación o adquirir lo ya existente y mantenerlo en suelo ajeno, obteniendo de este modo un uso de la propiedad del superficiante. De aquí se desprende la facultad del superficiario de exigir al superficiante la abstención de la perturbación del desarrollo de la edificación o del uso y goce de la propiedad superficiaria ya constituida. Es por ello por lo que el superficiario está facultado para demoler las construcciones del superficiante que se encuentren adheridas a su suelo, siempre y cuando estas representen un estorbo o una obstrucción en la constitución de la propiedad superficiaria, pues es fin del derecho real de superficie el levantamiento de la edificación y tanto su mantenimiento material como jurídico en el suelo ajeno.

Recordemos que el superficiario se convierte en propietario de la edificación que levanta, adquiriendo todos los derechos inherentes al derecho real de propiedad, pero limitado a las características de la propiedad superficiaria. Este derecho real de propiedad no se configura ante la culminación de la propiedad superficiaria, sino que se configura a la par de su levantamiento al igual que el derecho de mantenerla en suelo ajeno.

A partir de estas facultades surge el derecho de reconstrucción que se configura ante la destrucción de la propiedad superficiaria, sin importar la causa, otorgando al superficiario la facultad de volver a levantar la edificación prevenida, siempre y cuando el plazo del derecho real no haya culminado, todo esto con fundamento al derecho de superficie que se configura en la constitución del derecho real de superficie.

Existen diversos autores que afirman que este derecho puede excluirse del derecho real de superficie, provocando ante tal eventualidad su extinción. No hay razón para afirmar lo contrario, resaltando de esta forma el principio de autonomía de las partes. Sin embargo, resulta fundamental objetar tal consideración, pues ante dicho pacto se hablaría de un derecho de superficie limitado que podría extinguirse incluso ante un caso fortuito o fuerza mayor que no es imputable a alguna de las dos partes, reduciendo de esta forma el atractivo de la figura en cuestión.

De acuerdo con el segundo apartado se encuentran previstos tres derechos:

- a) El derecho de disponer jurídicamente de la propiedad superficiaria con el objetivo de usar, gozar y disponer de ella a través de actos *inter vivos o mortis causa* (siempre supeditado al plazo de duración del derecho real), pudiendo establecer servidumbres, constituir gravámenes, establecer derechos personales sobre la cosa o transmitir el derecho real de superficie.

El superficiario podrá establecer un régimen de propiedad horizontal sobre la propiedad superficiaria, siempre y cuando las características de esta lo permitan. Podrá, además, transmitir y gravar las fincas, viviendas, locales o elementos privativos de manera independiente (ajustándose al plazo máximo del derecho real de superficie). Para tales efectos no requiere del consentimiento del superficiante.

- b) El derecho a la indemnización por parte del superficiante ante la culminación del derecho real de superficie, que provoca la renovación de la accesión y la propiedad superficiaria pasa a formar parte del patrimonio del cedente, por lo que el superficiario tiene derecho a una indemnización ante la pérdida de su propiedad, salvo pacto en contrario.

- c) El derecho de persecución y preferenciales. El primero es la facultad que posee el superficiario como acciones tendientes a la protección de la propiedad. Es así como puede interponer acciones reivindicatorias, declarativas y negatorias. Mientras que el segundo consiste en la oponibilidad existente del derecho real respecto a otros ulteriores sobre una misma cosa.

6. Elementos Reales del Derecho Real de Superficie

Forman parte de los elementos reales, la construcción y el suelo, dos figuras completamente diferentes. Se determina como suelo al bien inmueble propiedad del superficiante y sobre el cual va a descansar la propiedad superficiaria, ya sea a través del subsuelo, rasante o vuelo de esta. No es necesario utilizar de forma total el suelo propiedad del superficiante, sino que puede delimitarse a una determinada porción de este, según se haga en el título constitutivo del derecho real. De igual forma, debemos contemplar la posibilidad de aprovechamiento, por parte del superficiario, del suelo ajeno sin necesidad de edificar algo en él, pues puede ser aprovechado como terrenos accesorios.

En cuanto a la construcción, plantación o sembradío debemos considerarla como todo tipo de obra destinada a un fin concreto y en la cual se haya llevado a cabo técnicas humanas y materiales específicos. Es una construcción de carácter permanente e independiente al suelo en el que descansa⁹². El término de construcción no es limitativo, debe ser entendido en sentido amplio, por lo que no debemos entenderlo solamente como un edificio, sino cualquier tipo de construcción.

⁹² Es necesario que la construcción, objeto del derecho real de superficie, descansa sobre suelo ajeno y posea un carácter permanente, y no transitorio.

7. Elementos Formales del Derecho real de Superficie

En cuanto a la forma requerida para la validez del derecho real de superficie, se exige el establecimiento del acto en escritura pública y la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad. A su vez, resulta indispensable el establecimiento del plazo de duración del derecho de superficie, el cual siempre es temporal, no podrá exceder de 99 años. “El plazo de duración máximo del derecho de superficie es de 99 años. Cabe preguntarse, ¿Por qué 99 años y no 100? Desde Roma el tope de 100 años era temido como perpetuo, aparentemente esa sería la razón para no extenderlo más allá”⁹³. Recordemos que la figura del derecho real de superficie procede de la antigua Roma, por lo que la regulación que utilizaron en ese tiempo fue usada por las nuevas legislaciones, manteniéndose así un apego a la regulación original, misma que nosotros seguimos no solamente por una tradición sino como una característica útil que ha seguido el derecho real de superficie desde su existencia y que no ha presentado hasta ahora problemas, en las legislaciones extranjeras donde es vigente, relacionados con su temporalidad de 99 años. “La característica de la temporalidad es un elemento fundamental para el diseño de esta herramienta, puesto que al tratarse de una propiedad temporal, el superficiario tiene la urgencia de explotar de la manera más eficiente la construcción que vaya a realizar sobre el inmueble”⁹⁴.

De la misma forma, debemos entender el carácter temporal del derecho como una característica esencial de esta figura, por lo que es indispensable establecer un límite concreto a su temporalidad. Si solo se contempla en la legislación su carácter temporal sin colocar un límite a esta, podríamos observar casos en donde se coloquen límites temporales absurdos que, si bien estarían determinados, su gran alcance temporal podría hacerlo parecer perpetuo. Es por ello por lo que nuestra propuesta de legislación no solamente contemplará el carácter temporal del derecho

⁹³ Cárdenas Quirós, Carlos, *op. cit.*, p. 20.

⁹⁴ Fernández Salas, José C., “El derecho de superficie”, *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 62, 2012, pp. 237-253.

real de superficie, sino también establecerá un límite de 99 años, siguiendo la tradición Romana.

Posteriormente, comenzaremos a diferenciar la posible existencia de dos títulos jurídicos que contemplen el derecho real de superficie. En primer lugar, ubicaremos el título de su constitución que puede partir con características generales o específicas que requiera según el acto. Este se regirá de acuerdo con la forma de constitución del derecho real, ya sea a través del contrato, testamento, donación o prescripción. Ahora bien, en segundo lugar, se encontrará el documento justificativo de su constitución.

En ambos casos deberemos sujetarnos a lo establecido en el Código Civil para la Ciudad de México.

Capítulo tres. Constitución, efectos y extinción del Derecho Real de Superficie

1. Constitución del Derecho Real de Superficie

Para determinar la forma de constitución del derecho real de superficie debemos tomar en cuenta las diferentes clases que existen: régimen común y urbanístico, pues según cual sea será la forma de su constitución. El derecho que recae sobre un bien urbano común puede constituirse, al igual que los demás derechos reales, a través del acto jurídico, a partir del cual las partes pueden modificar de manera amplia o limitada las consecuencias jurídicas del acto, siempre teniendo como principio rector la autonomía de la voluntad. El acto jurídico da origen al derecho real y puede ser realizado *inter vivos* o *mortis causa*.

En resumen, en cuanto a la constitución del derecho real de superficie en un régimen común, hablamos de su constitución a través de la figura del negocio jurídico, que destaca el papel de las partes en su autogobierno y autorregulación, pero cuando nos referimos a la constitución del derecho real de superficie en régimen urbanístico, hablamos en un acto jurídico en sentido estricto debido a que las consecuencias derivadas del derecho están preestablecidas en la ley, sin posibilidades de un cambio sustancial en las mismas.

Es de esta manera que clasificaremos dos grupos diferentes en cuanto a su constitución: los realizados por un acto jurídico y que se subdividen en actos *inter vivos* y *mortis causa*. Y, en segundo lugar, la constitución realizada por un acto jurídico en sentido estricto.

En la primera clasificación encontraremos en los actos *inter vivos* a la compraventa, arrendamiento, subasta, permuta y donación. Mientras que, en los actos *mortis causa* se encuentra la constitución mediante testamento. En la segunda clasificación encontraremos los modos de constitución establecidos que son: expropiación y requisición.

I. Formalidad y Forma

En todo acto jurídico *lato sensu* se requiere una manifestación de voluntad proveniente de las partes como un requisito de existencia del acto, pero en algunas ocasiones la ley o las partes exigen que se realice de determinada forma, dando como resultado la confusión entre dos términos relacionados, pero diferentes entre sí: la formalidad y la forma.

La forma es el modo a través del cual se exterioriza la voluntad de las partes en el acto jurídico, mientras que la formalidad es la forma en la que debe exteriorizarse la voluntad para que el acto jurídico surta todos sus efectos. La formalidad se encuentra regida por lo establecido en el texto legal o lo pactado por las partes, pues estos determinan la forma en la que deberá ser plasmada su intención. Es así como en todo acto jurídico se encuentra presente la forma, pero en algunos casos no se requiere una formalidad.

La forma se puede definir como: “El signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del/o de los agentes de un acto jurídico y del contrato”. Y los formalismos o formalidades como: “El conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato”⁹⁵.

En el derecho real de superficie propongo como formalidad de su constitución la escritura pública, independientemente del régimen al que se someta el derecho. Por lo que en este apartado se analizarán los requisitos necesarios en cuanto al derecho real de superficie.

⁹⁵ Fernández del Castillo, Bernardo P., “La forma en los Actos Jurídicos y en los Contratos”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, México, núm. 73, diciembre 1978, p. 72.

a. Escritura Pública

La formalidad del derecho real de superficie, el cual debe constar en escritura pública y contener la duración (no puede exceder los 99 años)⁹⁶, las características de la edificación (ya sea presente o futura), el plazo de edificación en caso de ser futura, delimitación concreta del suelo afectado (el propio del superficiante) y el canon, en caso de ser pactado.

En legislaciones extranjeras, tales como la española, ante la falta de escritura pública en la constitución del derecho real, en cuanto al régimen urbanístico, opera la nulidad sobre el acto, en un principio, debido a la exigibilidad de la ley administrativa del título constitutivo como elemento *ad solemnitatem*⁹⁷. Recordemos que en el derecho civil español existe una sola clase de nulidad, la nulidad absoluta. Esta tiene efectos jurídicos *ipso iure*, no requiere ser determinada como una sanción por parte de un órgano jurisdiccional, sino solamente declarada, pues opera desde el origen del vicio del acto jurídico. La trascendencia de la declaración judicial radica en el reconocimiento de los efectos jurídicos que produce un acto jurídico viciado, pues es hasta su declaración que se obtiene un carácter definitorio en la calificación de la invalidez. De forma diferente, se trata al régimen común del derecho real de superficie en el que no se requiere una escritura, sino cualquier documento

⁹⁶ En cuanto a las legislaciones locales de México, como lo son los códigos civiles de los Estados de Guerrero, Tabasco, Puebla, Coahuila de Zaragoza y Quintana Roo, no se contempla un límite en cuanto a la temporalidad del derecho real de superficie, solamente establecen la posibilidad de pactar un plazo determinado o indeterminado. De manera diferente, propongo que la posible legislación civil para la Ciudad de México contemple un límite en la temporalidad del derecho real, de esta forma no existiría la posibilidad de pactar plazos enormes que parecieran perpetuos, disminuyendo el atractivo de la figura en cuestión.

⁹⁷ Dicha conjetura se deriva de la exigencia, por parte del Reglamento Hipotecario, de la inscripción del derecho como elemento *ad solemnitatem*, por lo que se requiere un título capaz de ser inscrito, ya sea escritura pública o cualquier documento público que pueda ser inscrito.

justificativo del derecho en el que se encuentre previsto el consentimiento del propietario del terreno y la existencia de la inequívoca declaración de voluntad; esta consideración es establecida por el Tribunal Supremo en la STS de 4 de julio de 1928 al decir: “precisa para que pueda reconocerse su existencia legal que se demuestre con la escritura de su constitución o algún otro documento justificativo”.

De igual forma, consideramos la existencia legal del derecho real ante la existencia, en primer término, de la escritura pública o en su deficiencia, algún otro documento justificativo. En resumen, consideramos que la formalidad de una escritura pública no debe ser reconocida en la propuesta de la legislación local como elemento *ad solemnitatem*.

La nulidad es el efecto que versa sobre el acto jurídico que no cumple con lo impuesto por la ley en su constitución o cumpliéndolos va en contra de la ley, las buenas costumbres o el orden público. Las causales de nulidad son predeterminadas por la ley, pues no pueden ser impuestas por el juez, la jurisprudencia ni por la doctrina, por lo que cualquier pacto entre los particulares en un acto jurídico no tiene efecto jurídico.

A su vez, la ley deberá establecer una serie de elementos constitutivos de la escritura pública y ante la falta de estos se debe establecer la sanción o convalidación según sea el caso. Por lo que deberemos analizar las consecuencias que resulten ante su ausencia. Las afirmaciones siguientes están basadas en la mejor estabilidad del acta constitutiva vista desde el aspecto práctico, estableciendo una presunción *iuris tantum* de tipo legal tacita.

Se establece en primer lugar como elemento constitutivo del título del derecho real la duración de este, estableciendo como única limitante el plazo máximo de 99 años, por lo que ante la falta de este se fijará el plazo máximo como duración del derecho. En segundo término, se requiere la determinación del plazo de edificación en caso de que la propiedad superficiaria sea futura, haciendo notar que no existe un límite temporal ante la constitución de esta, en caso de no ser exigido por la ley, por lo que no es erróneo afirmar que ante la falta de este requisito el plazo es de carácter indefinido.

Esta interpretación equivale a considerar que en todos aquellos casos en que el plazo de realización de la obra no se haya señalado por los constituyentes del derecho de superficie, existiría algo similar a una prórroga tácita para la realización, cuyo final coincidiría con el plazo de duración del derecho señalado en el título constitutivo, por lo que al concluir dicho plazo sin realización de la obra no habría más posibilidad que pactar un nuevo derecho de superficie, sin posibilidad alguna de prórroga expresa⁹⁸.

De forma consiguiente, se requiere la delimitación concreta del suelo afectado por la propiedad superficiaria, ante la falta de dicha delimitación deberá entenderse que el uso del suelo ajeno será total. Por último, se establece una contraprestación pactada entre las partes, partiendo de la idea de que la constitución del derecho real fue realizada en título oneroso, por lo que ante la falta de este es lógico pensar que se constituye el derecho real a título gratuito.

b. Inscripción del Derecho Real de Superficie y sus efectos

“La publicidad registral coadyuva al conocimiento de los derechos reales constituidos sobre los inmuebles. Estos son de carácter absoluto, es decir, son oponibles a toda la sociedad —erga omnes— y para que sea operativo el respeto de estos derechos, es preciso que sean conocidos”⁹⁹. Este conocimiento es llevado a cabo por el Registro Público de la Propiedad como una institución gubernamental encargada de dar a conocer los distintos actos jurídicos a terceros y de tal forma garantizar el derecho sobre los bienes inmuebles.

Existen varias formas de dar publicidad respecto de la propiedad o derecho que una persona tiene sobre un bien. Por ejemplo, el poseedor de una cosa

⁹⁸ Navas Olóriz, José I., “El derecho de superficie en la nueva Ley de Suelo”, *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales*, vol. XXXIX, núms. 152 y 153, 2007, pp. 441-457.

⁹⁹ Luana Alberdi, Imas, “Derecho real de superficie: una mirada registral aplicada”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*, Argentina, año XVI, núm. 49, 2019, pp. 117-138.

mueble tiene la presunción de que es su propietario; en tratándose de la prenda, se desposesiona del bien al deudor como forma de publicidad, etcétera. En cambio, cuando se trata de bienes inmuebles, la publicidad se da a través de la inscripción en el Registro Público, pues la simple posesión o celebración de un contrato, no otorgan seguridad jurídica frente a terceros¹⁰⁰.

En el Registro Público se encuentran matriculados gran diversidad de bienes, ya sea de dominio privado, Federal, Estatal, o Municipal, entendiendo de esta forma que la institución gubernamental conoce tanto la riqueza de personas físicas como jurídicas.

En el derecho registral de la Ciudad de México, el documento que contiene la identificación de la finca, bien mueble o persona moral, así como los actos jurídicos que recaen sobre ellos, se le denomina folio y en cada folio se asentarán los asientos que requieren publicidad. Al utilizar cada folio se le asignará un número progresivo que lo identificará, además de ser el número registral del bien mueble, inmueble o persona moral.

En el caso del derecho real de superficie, debemos hacer mención que este no deberá estar asentando, propiamente, dentro del folio del inmueble propiedad del superficiante como una limitación, sino solamente haciendo mención expresa de la existencia del derecho real que recae sobre su propiedad, las medidas sobre las que recae el derecho real en el suelo ajeno, así como si recae sobre el subsuelo o la superficie, el plazo de duración, la constitución a título gratuito u oneroso, el nombre del titular del derecho, el traslado de las cargas y los gravámenes registrados antes de la inscripción del derecho de superficie, cuando corresponda. Todo esto con el fin de que el derecho real de superficie goce de su propio folio y

¹⁰⁰ Fernández del Castillo, Bernardo P., "Principios registrales", *Pódium Notarial. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco*, núm. 3, julio-diciembre 1990, pp. 49-92.

asientos respectivos, reconociendo así la independencia entre la propiedad de un bien y otro.

El folio particular del derecho real de superficie deberá contener todas las menciones anteriores, agregando una adicional que consistirá en la mención expresa de que se trata de un folio derivado como consecuencia de la constitución de un derecho real limitado, precisando el folio registral del predio sobre el que recae el mismo. “Hay que tener presente que esta técnica registral aplicada a la superficie, guarda estrecha relación con su naturaleza, pues uno de los efectos constitutivos del derecho, es separar el suelo de la construcción, lo que obliga a que ambos derechos corran de forma separada (...)”¹⁰¹.

Es indispensable la inscripción del derecho real como forma de consolidar la certeza en el tráfico jurídico, al determinar la preferencia de derechos que otorga el registro y para oponerse de otros derechos reales que recaen sobre el mismo bien inmueble. “La ley austriaca de 26 de abril de 1912 exige que el derecho de superficie se inscriba en el Registro, adquiriendo con tal inscripción carácter de derecho real. Si no se inscribe como finca separada, no podrá ser enajenado, hipotecado o transmitido”¹⁰². Esto debido al sistema registral de Australia, que es un sistema constitutivo, a diferencia del sistema registral de nuestra legislación que sigue uno declarativo. Para ello debemos saber que los efectos de la inscripción en nuestro

¹⁰¹ Sánchez Cerna, Luis F. *et al.*, *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios*, Lima, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 2018, p. 468, <https://scr.sunarp.gob.pe/repositorio/publicaciones/compendios-registrales/libro-comentarios/A/articulo%20141.pdf>.

¹⁰² Fosar Benlloch, Enrique, “Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 11, núm. 3, 1958, pp. 849-866.

sistema jurídico no son constitutivos sino declarativos, ya que todo derecho proviene del acto y no de su inscripción¹⁰³.

II. Personas que pueden constituir el Derecho Real de Superficie

a. *Superficiante y Superficiario*

Para que pueda constituirse el derecho real de superficie se requieren de elementos específicos que son dictaminados por la ley, con el objetivo de que el acto surja y surta todos sus efectos.

De manera indistinta, la ley debe requerir, tanto al superficiante como al superficiario, la capacidad legal y natural, es decir se requiere que sean mayores de edad y puedan autogobernarse por sí mismos. En caso de ser mayores de edad, pero no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio que lo supla, deberán actuar a través de su tutor y este a su vez, con autorización legal para constituir el derecho real de superficie. En caso contrario, los sujetos serían incapaces, pues “la incapacidad puede provenir de la falta de aptitud o por la falta de madurez para exigir por sí mismo sus derechos, para contraer por sí mismo sus obligaciones y para cumplirlas por sí mismos”¹⁰⁴, evitando que pudieran constituir así el derecho real de superficie.

A su vez, tanto en las modalidades urbanística y urbana solo los titulares de la propiedad del bien inmueble y los demás titulares de derechos reales posesorios con libre disposición podrán constituir el derecho real de superficie. Sin embargo, en la legislación de la Ciudad de México contempla una hipótesis particular que

¹⁰³ Cfr. Fernández del Castillo, Bernardo, “Del Registro Público”, *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Comentado. Libro cuarto, segunda y tercera partes. De los contratos*, 2ª. ed., México, Miguel Ángel Porrúa - UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, t. V, p. 482.

¹⁰⁴ Chávez Asencio, Manuel F., *La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, México, Porrúa, 1990, p. 43.

podría contravenir, en un principio, tales aseveraciones. La legislación parte del supuesto de que nadie puede vender (transmitir, en este caso constituir el derecho real de superficie) sino lo que es de su propiedad, siendo responsable de los daños y perjuicios en caso de probarse la mala fe, pero continúa diciendo el Código Civil de la Ciudad de México que la venta podrá quedar revalidada si antes de que dé lugar la evicción, el vendedor adquiere la propiedad de la cosa vendida.

2. Formas de extinción del Derecho Real de Superficie

El fin principal de toda relación jurídico-real consiste en que el derecho realice plenamente su función económica, desapareciendo aquella cuando el titular no pueda desarrollar la función prevista. En el derecho de superficie, “la función económica es la construcción y el mantenimiento de la edificación en suelo ajeno, por un tiempo determinado o indefinido, y una vez transcurrido el derecho se extingue”¹⁰⁵.

“La extinción del derecho real de superficie se da por los acontecimientos, surgidos con posterioridad a la constitución de la relación jurídica superficiaria, de naturaleza extrínseca a la misma, y que de acuerdo con la voluntad expresa (...) del concedente o del superficiario, dan fin a la relación”¹⁰⁶. Es así como analizaremos, posteriormente, las distintas causas de extinción de este derecho.

I. Finalización del plazo fijado en el Derecho Real de Superficie

Esta causa de extinción obedece a la naturaleza intrínseca del derecho real de superficie. Recordemos que el derecho real de superficie es necesariamente temporal, no pudiendo sobrepasar los 99 años; Es por ello por lo que, ante el término

¹⁰⁵ De la Iglesia Monje, María I., *op. cit.*, p. 220.

¹⁰⁶ Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1995, t. III, p. 882.

del plazo establecido en el título constitutivo, el derecho se extingue sin pronunciamiento alguno, es decir *ipso iure*.

Al cumplirse el término del plazo del derecho, se deberá atender en primer término a lo establecido por las partes en la liquidación del derecho. Tomando en cuenta tal aseveración, el superficiante pasará a ser propietario del *dominus soli*, pues al no existir ya el derecho de superficie se restablece la accesión y por lo tanto el concedente adquiere esta nueva propiedad y recupera el derecho de uso de su suelo.

II. Incumplimiento por parte del Superficiario en edificar en plazo y modo señalado
La obligación del superficiario de edificar en el plazo pactado constituye el objeto del derecho real de superficie, es decir, el levantamiento de la propiedad superficiaria, por lo que el legislador debe otorgar gran relevancia a tal grado de convertirla en una causal de extinción ante su incumplimiento. El plazo de edificación debe estar señalado en el título constitutivo del derecho real y debe obedecer a un tiempo necesario para la constitución de la propiedad superficiaria.

En cuanto al modo, debemos comenzar resaltando la importancia que este tiene para el superficiante, debido a que pacta junto a la otra parte las características de la edificación y ante el vencimiento del plazo del derecho, este pasará a formar parte de su patrimonio, tal y como se estableció en el título constitutivo.

El modo cobra mayor relevancia en la modalidad urbanística, debido a que la administración pública al buscar el levantamiento de una construcción que responde al interés social tiene mayor interés en el establecimiento de características específicas que debe cumplir la propiedad superficiaria que pasará a formar parte de su patrimonio, ante la extinción del derecho real de superficie.

El incumplimiento del modo pactado por las partes requiere de una valoración dependiente del subjetivismo del juzgador, debido a que deberá determinar sobre la existencia o extinción del derecho real de superficie cuando alguna de las partes lo demande. La poca claridad sobre el contenido del modo hace que la valoración

jurisdiccional recaiga en un plano general difícil de resolver, pues se desconoce si el modo engloba las características generales, el costo, el destino, la altura o los materiales que deberán utilizarse. Es por ello por lo que percibimos que, en el caso de incumplimiento del modo en cuanto a su contenido, debe observarse primero en sí las partes lo estipularon o no, por lo que llevaría a la extinción del derecho real. En cuanto al incumplimiento del modo, si se encuentre pactado por las partes, el juzgador deberá tomar la calidad de la infracción, es decir, si esta es fundamental en la constitución de la propiedad o no; En el primer caso llevaría ante una causal de extinción mientras que, en la segunda, podría producirse efectos jurídicos diferentes.

Ante la extinción del derecho por incumplimiento del plazo y modo es lógico predisponer los efectos que este tiene: la accesión de la propiedad superficiaria al patrimonio del superficiante¹⁰⁷. Esta accesión puede versar sobre una edificación concluida, aunque contradictoria a las características exigidas o en cuanto al plazo pactado una edificación inconclusa o inexistente. En el último caso, totalmente desfavorable para el superficiante, se puede establecer una serie de medidas para disminuir su perjuicio, como una cláusula penal.

III. Pérdida de la cosa

La pérdida de la cosa no versa en ningún momento sobre la propiedad superficiaria, sino respecto del suelo ajeno, pues el derecho de superficie que adquiere el cesionario ante la constitución del derecho real de superficie lo faculta para poder volver a realizar la edificación, a menos que se pacte lo contrario. Es por ello por lo que la destrucción de la cosa solamente debe versar sobre el suelo ajeno.

¹⁰⁷ El establecimiento de este efecto jurídico es recogido por la Ley de Suelo y Habilitación Urbana de España, en su artículo 54- 5 en el que reconoce a la accesión como resultado de la extinción del derecho real de superficie ante la insatisfacción del cumplimiento del plazo y/o modo. En este caso no versará en ningún momento indemnización alguna.

Hay excepciones en los que se puede declarar la pérdida de la cosa (propiedad superficiaria), pero debe ser acompañada por otras causas. En esta vertiente ubicamos dos hipótesis: a) Cuando el superficiario pierde la cosa y existe una imposibilidad, sea cual sea la naturaleza de esta, en el levantamiento de la cosa perecida, y; b) La imposibilidad de realización de la función o destino económico de la cosa.

A su vez, también se debe ubicar la calidad de la pérdida de la cosa, ya sea total o parcial, ya que de esta dependerá, si así lo desean las partes, la existencia del derecho real de superficie. Ante la continuación del derecho real de superficie por una pérdida parcial de la cosa debemos tener en cuenta que es necesario llevar a cabo una modificación en la relación jurídica de las partes.

Sin embargo, al reconocer el derecho de los titulares en el rehacer o reconstruir, no debemos dejar fuera las obligaciones dependientes a este derecho y que incluso podrían llevar a cabo a la extinción del derecho que buscan mantener, tales como realizar este levantamiento en el plazo y modo señalados desde un inicio y que debe constar en el título constitutivo.

Algunos autores sostienen que el rehacer ante el perecimiento de la cosa no es una facultad sino una obligación, pues al ser el *ius aedificandi* objeto mismo del derecho de superficie y objeto de este la propiedad superficiaria, trasciende a una necesidad jurídica su consolidación y ante su ausencia el derecho no tendría propósito o fin. Esta es una consideración que no comparto, debido a que, si bien el *ius aedificandi* es objeto del derecho real de superficie, esto no le da la calidad de obligación al hecho de reedificar la propiedad superficiaria. Para obtener tal calidad debe regularse como tal y establecerse una sanción ante su incumplimiento, dos características que no posee. Los doctrinarios quieren otorgar al *ius aedificandi* un carácter de mayor relevancia cuando ya la posee al ser una causal de extinción, la inexistencia de la propiedad superficiaria objeto de ese derecho de construir.

IV. Consolidación

“La consolidación puede operar por ambas vías; cuando el dueño del suelo adquiere la propiedad superficiaria o cuando el superficiario se convierta en propietario del suelo. En los dos supuestos el dominio se unifica, por lo que no cabe la subsistencia de la superficie”¹⁰⁸.

Es lógico que la consolidación -o confusión, como le llaman algunos autores- traiga como consecuencia la extinción del derecho de superficie, toda vez que este derecho real supone necesariamente la existencia de dos titulares de derechos reales ligados entre sí, esto es, el propietario del suelo y el superficiario. Si tales titulares se unen en una misma persona, naturalmente dejará de existir el derecho de superficie¹⁰⁹.

La confusión/consolidación como causa de extinción se encuentra presente en todas las relaciones jurídico-reales, pero en el derecho real de superficie adquiere características especiales debido a la naturaleza particular del derecho en cuestión.

En caso de reunión de derechos de propiedad del suelo ajeno y los del superficiario (consolidación) se seguirán contemplando las cargas de uno y otro de manera separada hasta que se cumpla el transcurso del plazo del derecho real de superficie, una aseveración que sigue contemplando una independencia de una propiedad sobre otra.

El establecimiento especial que otorgará la ley ante la consolidación en el derecho real de superficie responde en la salvaguarda de los intereses de todas las personas que intervienen en él, como lo son el superficiario, el superficiante, los terceros (como entidades hipotecarias). El establecimiento de estas pautas es un

¹⁰⁸ Del Risco Sotil, Luis F., “El derecho de superficie”, *Ius Et Veritas*, núm. 54, 2017, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/19087/19291>.

¹⁰⁹ Andorno O., Luis, “El derecho de superficie en el proyecto de Código Civil de 1998”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2000-II-890, pp. 9-27.

remedio preventivo a la serie de conflictos jurisdiccionales que podrían ocasionarse ante la fusión de los gravámenes de ambas propiedades en una sola entidad.

V. La accesión como resultado de la extinción del Derecho Real de Superficie
“Como efecto de la extinción, el propietario hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de todo derecho real o personal que hubiera constituido el superficiario”¹¹⁰. En caso de que la extinción haya tenido lugar por consecuencia diferente al cumplimiento del plazo establecido para el derecho real, los gravámenes seguirán existiendo de manera independiente (una propiedad y otra) hasta el cumplimiento del tiempo convenido en el título constitutivo.

Los doctrinarios establecen, como el efecto más importante de la extinción del derecho, la atribución de lo edificado al propietario del suelo, también denominado *reversión*. “Es una consecuencia directa de la naturaleza del derecho de superficie¹¹¹ -que no admite pacto en contrario-, al menos, en la modalidad urbanística cuyo carácter es esencial e imperativamente temporal”¹¹². La reversión actúa de forma inmediata, sin necesidad de un reconocimiento o declaratoria e incluso sin la necesidad por parte del superficiario de entregar la cosa que ya no forma parte de su propiedad, es decir, la *traditio*¹¹³. Dicha postura la considero incorrecta, debido a la naturaleza del derecho real de superficie que conlleva como efecto jurídico derivado de la extinción el restablecimiento de la accesión y no un derecho de reversión.

¹¹⁰ Luana Alberdi, Imas, *op. cit.*, p. 127.

¹¹¹ La paralización de la accesión forma parte sustancial de la naturaleza del derecho real de superficie, pues el derecho de superficie otorga una concesión *ad aedificandum*, es decir, el derecho de poder levantar en suelo ajeno una construcción propia, renunciando el dueño del suelo a la accesión y facultando a un tercero para construir.

¹¹² De la Iglesia y Monje, María I., *op. cit.*, p. 238.

Roca Sastre, señala que:

El tránsito de la propiedad de la edificación al *dominus soli* constituye un fenómeno semejante al de la accesión, pues si el derecho de superficie paraliza el efecto atributivo de esta, la paralización fue por todo el tiempo de duración del derecho de superficie, que constituía el obstáculo, de modo que una vez extinguido este recobra la accesión su poder de atribución, y la propiedad de la edificación deja de ser una propiedad separada superficiaria y a ella se extiende la propiedad del terreno¹¹⁴.

Por último, debemos tomar en cuenta que el restablecimiento de la accesión de la propiedad superficiaria al suelo, propiedad del superficiante, solo tiene materia en el caso en el que la edificación fue consumada o tiene un levantamiento parcial, pues en el caso en el que estos dos casos no existan, el superficiante solamente recupera el *dominus soli* que transfiere al superficiario.

Otro tema ligado a este es el concerniente a la ausencia de la indemnización entre el superficiante y el superficiario por la propiedad superficiaria o la posibilidad de prescindir de él. Sobre este tema establecemos la posibilidad de la existencia de una indemnización o no, por la propiedad superficiaria, dependiendo de la voluntad de las partes.

3. Efectos del Derecho Real de Superficie

I. Con relación al Superficiario

a. *Derechos de disposición.*

El superficiario, al ser propietario temporal de la propiedad superficiaria es titular de una diversidad de derechos en los que podemos encontrar tres tipos de derechos:

1. Derechos de uso y goce, 2. Derechos de disposición, y; 3. Derechos preferenciales.

Los derechos de disposición son todos aquellos que afectan sustancialmente a la cosa de forma física o jurídica, por lo que el superficiario está facultado para

¹¹⁴ Roca Sastre, Ramón M., *op. cit.*, pp. 151 y ss.

transmitir la propiedad superficiaria y el derecho de superficie a un tercero, realizar un gravamen sobre el bien, transmitir el uso y goce, y por último renunciar a la cosa. Incluso nos podemos plantear la posibilidad de constituir un régimen de propiedad en condominio sobre la propiedad superficiaria y así poder transmitir y gravar de forma independiente, mientras dure el plazo establecido en el título constitutivo. Es “un «*derecho real*» que atribuye a su titular -superficiario- la «*propiedad*». No es una mera carga o gravamen similar al censo enfitéutico, sino una auténtica «*propiedad separada*» de la propiedad del titular del suelo. Pero el derecho de propiedad que atribuye a su titular es «*temporal*»¹¹⁵.

La transmisión puede ser objeto de limitación (derechos preferenciales), por lo que al momento de tener la intención de ejercitar esta facultad se deberá tener en cuenta primeramente lo establecido por la ley. A su vez, la transmisión puede efectuarse tanto *acto inter vivos* o *mortis causa*, siempre sujetándose al tiempo de duración del derecho real de superficie.

De la misma manera, el superficiario puede constituir derechos reales sobre la propiedad superficiaria basándose en las atribuciones naturales que trae aparejado el título de propietario de un bien determinado, mismas que pueden ser limitadas, en este caso, por la voluntad de las partes en la constitución del derecho real de superficie.

Es así, como el superficiario puede constituir en los bienes derechos reales como derechos de superficie (sobre edificación y subedificación), servidumbres, hipotecas y usufructo.

1. Derechos reales de Superficie: el superficiario puede constituir Derechos reales de Superficie sobre la propiedad superficiaria de la que es dueño, siempre respetando los dos factores del plazo de duración de su derecho y la limitación territorial que su derecho afecta. Esta constitución puede

¹¹⁵ Salas Murillo, Sofía, “El derecho de superficie en la ley del suelo de 2007: una aproximación inicial”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm., 9, 2007, pp. 3327-387.

consolidarse ante la existencia o no de la propiedad superficiaria, pues en el primer caso se habla de la constitución del derecho real de superficie sobre una porción de suelo cedido para la construcción de la propiedad superficiaria del derecho real de superficie primitivo, mientras que en el segundo caso, cuando exista ya la propiedad superficiaria, se habla de un derecho de sobreedificación y subedificación; En ambos casos se debe tener en cuenta lo pactado por las partes y las limitaciones establecidas por las normas urbanísticas¹¹⁶.

2. Servidumbres: el superficiario está facultado para establecer servidumbres que afecten la propiedad superficiaria, siempre y cuando estas no perduren por un tiempo mayor al plazo del derecho real de superficie ni contravengan las disposiciones previstas en su título constitutivo, como el tiempo de construcción y el modo.
3. Hipoteca: la hipoteca en el derecho real de superficie puede abarcar dos momentos diferentes: cuando la propiedad superficiaria no existe, es decir está en proceso y cuando dicha propiedad ya existe. En el primer caso, “la hipoteca abarca todas las facultades integrantes del derecho de superficie, extendiéndose automáticamente a la edificación el vínculo superficiario”¹¹⁷.
4. Usufructo: en este caso el superficiante puede transmitir a un tercero sus facultades de goce, conservando en todo momento la propiedad del bien hasta el término del derecho real de superficie.

¹¹⁶ En el caso del establecimiento del derecho real de superficie sobre una porción del suelo ajeno del derecho real primitivo, se debe tener en cuenta lo pactado por el derecho real primigenio, pues el nuevo no podrá contravenir lo establecido por el primero ni perjudicar el *dominus soli*.

¹¹⁷ Guilarte, V., *El derecho de superficie*, Pamplona, Aranzadi, 1966, p. 253.

b. Derechos preferenciales.

Los derechos de tanteo y retracto comenzaron, en el derecho extranjero, siendo cláusulas obligatorias en el título constitutivo del derecho real de superficie, pasando posteriormente a cláusulas potestativas, ya sea en el régimen común o en el urbanístico. En el régimen urbanístico es común ver establecidas estas cláusulas, mayoritariamente en favor del cedente.

Esto significa que “de ser derechos de adquisición preferente legales pasan a tener un carácter convencional (pactados entre las partes, o sometidos a la cláusula de resolución – introducida como medida precautoria – donde son insertados, al formar parte de un contrato)”¹¹⁸.

Estos derechos imperan en mayor medida a favor del concedente, en el régimen urbanístico, debido al interés público de evitar la transmisión de la propiedad superficiaria a personas con características comunes, hechos de corrupción en la administración pública y la existencia de plusvalía.

c. Usucapión.

A partir de la constitución del derecho real de superficie se excluye la posibilidad de constituir la usucapión, mientras dure el plazo del derecho real, pues el superficiario no solo tiene la posesión del bien inmueble a título de dueño, sino que también la propiedad, solamente que esta se encuentra limitada temporalmente. La existencia de la usucapión depende de la temporalidad del derecho real de superficie, pues siempre y cuando la temporalidad de esta haya terminado se puede hacer valer, a partir de ahí, una prescripción positiva.

De igual forma, aplicaría la constitución de la usucapión no solamente sobre el suelo ajeno o la propiedad superficiaria, sino de un todo derivado de la hipótesis en la que haya culminado el plazo del derecho real de superficie, pues ya no existirían dos propiedades, sino una sola como resultado de la accesión. Pero esta solo comenzará a surtir sus efectos ante la extinción del derecho real, pues al no

¹¹⁸ De la Iglesia y Monje, María I., *op. cit.*, p. 394.

cumplirse este requisito, el superficiario no estaría poseyendo el suelo ajeno a título de dueño, sino como resultado del ejercicio del derecho real de superficie.

Algunos autores abogan por establecer una excepción en la adquisición de la propiedad ante el derecho real de superficie, pues se establece una confusión respecto del objeto en que recae la usucapión, ya que se puede abogar por un mismo hecho la adquisición de la propiedad superficiaria o del suelo propiedad del superficiante.

II. Con relación al Superficiante

Tanto el superficiante como el superficiario pueden establecer el régimen del derecho real de superficie, pudiendo realizar, si así lo quieren o lo requieren, modificaciones en la regulación pactada. Es así como se posibilita al superficiante a establecer cláusulas encaminadas a estabilizar la regulación jurídica del derecho, tales como las referentes a la conservación de la cosa, la actualización del canon, la época y/o lugar de pago, modificaciones a la obra, etc.

Al igual que el superficiario, el superficiante tiene derechos de disposición sobre el suelo de su propiedad, por lo que puede realizar con él actos de disposición como la transmisión de este, poder constituir en él un gravamen, derechos de superficie, como también constituir toda clase de derechos reales y personales que convengan a sus intereses, siempre respetando la subsistencia del derecho real de superficie primigenio.

III. Con relación a terceros

La relación de los efectos jurídicos producidos por el derecho real de superficie respecto a terceros tiene una única fuente: la inscripción del derecho. Por lo que el establecimiento del derecho real de superficie en un título constitutivo solo obligará, primeramente, a las partes contratantes, pero para que este cumplimiento trascienda a los demás deberá inscribirse.

La inscripción en el registro trasciende en la seguridad y defensa jurídica de los patrimonios de los contratantes, pues evita, mediante la separación de acciones

que afecten sustancialmente la cosa y el derecho, la confusión o aprovechamiento de uno sobre el otro al imposibilitar la constitución de un gravamen o transmisión del bien que afecte de forma negativa, sin derecho alguno, al otro.

Capítulo cuarto. Legislación mexicana

En primer término, debemos establecer el *lugar* que ocuparán las disposiciones legales del derecho real de superficie en el Código Civil para la Ciudad de México. Para ello debemos tener en cuenta la estructura de dicho código.

Recordemos, el Código Civil para el Distrito Federal consta de un capítulo de disposiciones preliminares y cuatro libros: de las personas, de los bienes, de las sucesiones y de las obligaciones.

De la misma forma, es necesario precisar que a través del cambio que sufrió nuestra localidad en virtud del cual paso de ser un Distrito Federal a una Entidad Federativa, puede dar lugar a una serie de confusiones acerca de la denominación y aplicación de determinados códigos. Esto, debido a que a partir de la denominación de un “Código Civil para el Distrito Federal” pudiera parecer una normatividad que carece de vigencia, pues regula una entidad que actualmente ya no existe, para ello es preciso aclarar que, a través de la configuración de la Ciudad de México como una de las 32 entidades federativas del país, se promulgó la Constitución Política de la Ciudad de México en virtud de la cual se establece en sus artículos transitorios lo siguiente:

TRIGÉSIMO. - Las normas del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y los ordenamientos legales aplicables a la entidad federativa que se encuentren vigentes a la entrada en vigor de esta Constitución, continuarán aplicándose hasta que inicie la vigencia de aquellos que los sustituyan, siempre que no contravengan lo establecido en ésta¹¹⁹.

Dando lugar al Código Civil para el Distrito Federal como una normatividad vigente en la Ciudad de México, pues le otorga vigencia hasta que no se promulgue otra que lo sustituya, siempre que no se contravenga la constitución ya citada. Es por ello y por el artículo transitorio siguiente, que el Código Civil para el Distrito

¹¹⁹ *Constitución Política de la Ciudad de México (art. transitorio Trigésimo)*, México, Gaceta Oficial de la Ciudad de México, 2019.

Federal sigue siendo la normativa vigente y el uso adecuado de su denominación. A su vez, el siguiente artículo establece lo siguiente: “TRIGÉSIMO CUARTO. - A partir de la fecha de entrada en vigor de esta Constitución, todas las referencias que en los ordenamientos jurídicos se hagan al Distrito Federal, deberán entenderse hechas a la Ciudad de México”¹²⁰.

Es así, como todos los ordenamientos que hagan referencia a la denominación “Distrito Federal” deberán entenderse hechas para la “Ciudad de México”. Y es al igual que esta forma en la que se conduce el artículo transitorio, la que seguirá mi trabajo de investigación, entendiéndolo en todo momento lo referido al Distrito Federal aplicable a la Ciudad de México.

Volviendo al tema tocado en un principio, en virtud de que el tema del que nos ocupamos, el derecho real de superficie, pertenece a la clasificación de los derechos reales y estos son retomados por el código en el libro segundo, *de los bienes*, considero que este es el lugar idóneo para su regulación.

Derivado de la trascendencia que posee el derecho en cuestión, deberá ser regulado por un capítulo propio, al igual que lo han hecho diferentes legislaciones mexicanas, como por ejemplo el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Guerrero, el Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza y el Código Civil para el Estado de Quintana Roo, por mencionar algunas.

Este capítulo tendrá lugar en el título cuarto, del libro segundo, del Código Civil para el Distrito Federal, ya que es erróneo separar al Derecho de Superficie del título perteneciente a la propiedad, debido a que esta es, de forma sustancial, su naturaleza jurídica.

El número de capítulo que le pertenecerá al derecho real de superficie es el número siete (VII), subsecuente al capítulo VI “De la propiedad” y con el objetivo de no modificar la numerología de los artículos, es pertinente adicionar los nuevos

¹²⁰ *Ibidem*, art. transitorio *Trigésimo Cuarto*.

artículos, a partir del artículo 979, con los adverbios numerales *bis*, *ter*, *quater*, etc., según corresponda.

Es así como el capítulo quedará de la siguiente manera: “Capítulo VII, Del Derecho real de Superficie”.

1. Propuesta.

Los artículos propuestos son los siguientes:

Artículo 979 *bis*. - El derecho real de superficie es un derecho real temporal en virtud del cual una persona llamada superficiante transfiere a otra llamada superficiario el uso, goce y disposición material y jurídica sobre lo ya construido, plantado o sembrado en el subsuelo, rasante o vuelo de la finca de su propiedad, “sin que en ningún caso y mientras subsista tal derecho puedan confundirse ambas propiedades, pues la del terreno seguirá perteneciendo al dueño de este y lo construido, sembrado o plantado será del superficiario”¹²¹.

Es preciso determinar, a pesar de parecer redundantes, las diferentes facultades que otorga la constitución del derecho real de superficie, tanto para el superficiante como para el superficiario. En este seguimiento de ideas, me gustaría resaltar el alcance que obtendríamos con la implementación de este artículo, ya que no solo refiere construcciones, sino también plantaciones o sembradíos. Por lo que, a diferencia de artículos de otras legislaciones, no se limita la propiedad superficiaria a solo uno de ellos. Es así como el Código Civil del Estado Libre y soberano de Guerrero limita a la propiedad superficiaria, únicamente, sobre plantaciones o sembradíos. El precepto a la letra dicta: “Artículo 1075.- El derecho real de superficie faculta a su titular a sembrar o plantar sobre terreno ajeno, sin que en ningún caso

¹²¹ *Código Civil para el Estado de Quintana Roo (art. 2207)*, México, Periódico Oficial del Estado, 2022.

y mientras subsista tal derecho, puedan confundirse ambas propiedades, pues la del terreno seguirá perteneciendo al dueño de este, y la de lo sembrado o plantado será del superficiario”¹²².

Así mismo, es importante comentar la última parte del artículo 979 *bis*, en el que establezco la existencia de dos tipos diferentes de propiedades, en primer lugar, tenemos la propiedad superficiaria, propiedad del superficiario y que es aquella construcción, sembrado o plantación, mientras que en segundo lugar tenemos el suelo ajeno, propiedad del superficiante. Esta diferencia es importante resaltar, ya que constituye una característica sustancial del derecho real de superficie. A su vez, considero que es un error legislativo establecer esta diferencia en el concepto y a su vez incorporar otro artículo reiterando lo mismo. Esta reiteración fue cometida por el Código Civil para el Estado de Tabasco al establecer en su artículo 1284 lo siguiente: “ARTÍCULO 1284.- En los casos previstos en el artículo anterior, el dueño del terreno conservará la propiedad del suelo, y hecha la construcción, la propiedad de esta es de la persona en cuyo favor se constituyó el derecho de superficie”¹²³.

Es aquí cuando establece la diferencia entre las diferentes propiedades que interactúan dentro del derecho real de superficie y de manera subsecuente lo repite al establecer en el artículo 1288 lo conducente:

ARTÍCULO 1288.-

Mientras subsista el derecho de superficie, son aplicables las siguientes disposiciones:

I.- Existen dos derechos de propiedad independientes, y que son:

a) La propiedad de las construcciones, que son del superficiario; y

¹²² *Código Civil del Estado Libre y soberano de Guerrero (art. 1075)*, México, Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guerrero, 2013.

¹²³ *Código Civil para el Estado de Tabasco (art. 1284)*, México, Periódico Oficial del Estado de Tabasco, 2021.

b) La propiedad del terreno que continúa siendo del dueño de este.

II.- No se confundirán las dos propiedades a que se refiere la fracción anterior;

III.- 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 esta; y

IV.- El dueño del terreno y el superficiario gozarán recíprocamente del derecho del tanto y del derecho de retracto, en los términos establecidos en el presente Código, para el caso de que cualquiera de ellos pretenda enajenar bien sea el terreno o la construcción¹²⁴.

Es importante cuidar la técnica de redacción jurídica para lograr una buena redacción del derecho real de superficie y así evitar problemas en cuanto su aplicación, por lo cual al exponer este error cometido por la legislación del Estado de Tabasco trato de evitar la tautología en mi concepto de derecho real.

“La tautología es la repetición viciosa e inútil del mismo pensamiento expresado de distinta manera, y afecta una de las cualidades de la redacción: la concisión, es decir, el empleo exclusivo de ideas esenciales”¹²⁵.

Artículo 979 *ter.* – El derecho real de superficie puede recaer sobre construcciones, plantaciones o sembradíos posteriores a la constitución del derecho, atribuyendo al superficiario la facultad de realizarlos y mantenerlos.

¹²⁴ *Código Civil para el Estado de Tabasco (art. 1288)*, México, Periódico Oficial del Estado de Tabasco, 2021.

¹²⁵ López Ruiz, Miguel, *Redacción Legislativa*, México, Senado de la República, 2002, p. 159.

Este artículo puede encontrar cabida en el artículo 979 *bis* al formar parte sustancial del concepto del derecho real de superficie, pues contemplaría en un solo artículo de forma total, la concepción temporal en la que puede recaer este derecho, es decir, considerar la posibilidad de que el derecho recaiga sobre construcciones, plantaciones o sembradíos existentes o futuros. Sin embargo, considero mejor establecer esta concepción en dos artículos diferentes, pues previene la existencia de un concepto largo, confuso y, en cierta medida, redundante.

“Un párrafo de una norma jurídica se construye en torno a una idea central e ideas de apoyo (que explicitan o amplían la idea central). Un párrafo mal estructurado será aquel que combine en forma inconexa dos o más ideas que requieren desarrollos independientes¹²⁶”.

Cuando los párrafos son muy largos, la comprensión se pierde en sucesivas oraciones subordinadas y frases explicativas. Este fenómeno, además de resultar impropio técnicamente, provoca en los lectores el llamado “cansancio psicológico”, que suele producirse al leer e incluso antes de proceder a la lectura, por la falta de puntos y aparte y las necesarias sangrías en cada párrafo¹²⁷.

Artículo 979 *quater*. - El derecho real de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito, por acto entre vivos o por testamento.

En el primer caso, la contraprestación podrá consistir en la entrega de una suma de dinero en tracto único o sucesivo, sin perjuicio de la accesión de la propiedad superficiaria al suelo ajeno que ocurre al término del plazo pactado del derecho real de superficie en el título constitutivo.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 134.

¹²⁷ *Idem*.

En segundo término, el artículo contempla las diferentes formas a través de las cuales puede constituirse el derecho real de superficie. En primer lugar, consideramos los actos entre vivos, mientras que en segundo lugar están los actos por causa de muerte.

979 *quinquies*. – El derecho real de superficie no puede constituirse por prescripción.

“La prescripción satisface, pues, á una necesidad de interés público, porque consolida los títulos legítimos de propiedad, insuficientes por sí mismos para acreditarla, ó los suple cuando se han perdido; y protege el patrimonio de los individuos contra injustas pretensiones”¹²⁸. La prescripción se funda en la necesidad que el interés social tiene de que no permanezca incierta indefinidamente la propiedad”¹²⁹.

La prescripción positiva o usucapión es una figura jurídica de difícil implementación en el derecho real de superficie, ya que existe una confusión en cuanto al objeto que se busca adquirir. Debemos recordar que, mientras dure el plazo de duración del derecho real no puede surtir efectos la prescripción, por lo que el superficiario no solo posee la propiedad a título de dueño, sino que es el propietario de esta, por lo que no puede prescribir algo que ya es suyo, aunque de forma temporal. De la misma forma, no puede prescribir el suelo en el que recae su propiedad superficiaria, pues establecería una alteración al derecho real que lo haría inaplicable, ya que ningún propietario constituiría el derecho real de superficie sobre

¹²⁸ Alarcón Mateos, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil. Estudios sobre el Código Civil del distrito Federal, promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884*, México, Librería y Agencia de Publicaciones de N. Budín, Sucesores, 1891, t. II, p. 319.

¹²⁹ *Idem*.

su suelo con el temor de que el superficiario pueda prescribirlo. Es por ello, que algunas legislaciones como el Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza consideran el establecimiento de una servidumbre legal de apoyo en favor de la propiedad superficiaria, en provecho de su construcción, sembradío o plantación, actuando como el predio dominante sobre el suelo ajeno que actúa como predio sirviente¹³⁰; Es así, como no se puede argumentar la prescripción positiva sobre el suelo ajeno por parte del superficiario.

Sin embargo, en el razonamiento anterior solo contemplamos un momento de dos posibles, es decir, solo analizamos la temporalidad en la que se encuentra vigente el derecho real de superficie, pero no el tiempo en el que esta figura no existe. Ante tal caso, es posible afirmar la posibilidad de prescribir *una* propiedad, pero está al no ser afectada por el derecho real de superficie, ya que en esta temporalidad no existe, no podríamos contemplar la existencia de dos propiedades diferentes (la propiedad superficiaria y el suelo ajeno) sino una sola como un todo, por lo que la prescripción recaería sobre el todo, siendo una prescripción común. En resumen: no puede argumentarse la prescripción de la propiedad superficiaria ante su inexistencia, por lo que el derecho real de superficie no puede constituirse por usucapión.

¹³⁰ Se considera la actualización de una servidumbre legal ante la constitución del derecho real de superficie, ya que la propiedad superficiaria (predio dominante), que es un predio independiente, descansará sobre el predio sirviente, que en este caso sería el suelo ajeno. Es un gravamen que limitaría el uso del predio sirviente, pero que por la naturaleza del derecho real de superficie debe instaurarse. Es este el razonamiento que tomó el legislador del Estado de Coahuila de Zaragoza.

Artículo 979 *sexies*. – La constitución del derecho real de superficie deberá constar en escritura pública con los siguientes elementos:

- I. La duración del derecho real de superficie, que no puede exceder los noventa y nueve años.
- II. El uso y características esenciales de la construcción, plantación o sembradío, y el plazo para hacerla.
- III. La proyección, delimitación concreta y medidas de la construcción, plantación o sembradío.
- IV. Si se constituye el derecho real de superficie a título gratuito u oneroso, en el último caso deberá especificarse el monto de esta.

Es necesaria la implementación del presente artículo en cuanto la regulación de los aspectos sustanciales del derecho real de superficie, como lo son: la duración, características, delimitación y constitución.

Plazo

El plazo puede variar dependiendo de la legislación que lo regule, sin otorgar una razón válida que justifique su existencia, solamente se limitan a seguir una tradición que continúa desde el origen del derecho real de superficie.

En la fracción primera se contempla el establecimiento del plazo al que se encuentra sujeto el derecho real de superficie, hecho que diera por bien suponer la existencia, única, de una durabilidad fija y no indeterminada, colocando como límite los 99 años. Esta suposición sería correcta de no existir el artículo siguiente, el cual subsana la inexistencia de las fracciones del presente artículo y da cabida al establecimiento de un plazo indeterminado que no puede sobrepasar el límite establecido en el presente artículo.

Al establecerse un plazo de duración indeterminado en el derecho real de superficie es necesario sentar una causa de extinción que obedezca a esta naturaleza, pues si bien no puede sobrepasar los 99 años, no es necesario obligar

a las partes a esperar el cumplimiento de este límite o alguna otra causa que conlleve a la extinción del derecho real de superficie, por lo que se debe instaurar como causal de extinción el acuerdo de las partes o en su caso de los causahabientes y en ausencia de un acuerdo, este podrá ser fijado por el juez al considerarlo pertinente.

De manera subsecuente, la fracción primera no distingue las diferentes posibilidades en las que recae el derecho real, para ser más específicos no distingue el plazo de duración en cuanto a una construcción, plantación o sembradío; Es siempre 99 años. De diferente manera lo regula el Código Civil y Comercial de la Nación del Estado argentino, que a la letra dice:

Artículo 2117. Plazos

El plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos¹³¹.

Es así, como podemos observar la diferencia en el plazo de duración que hace el artículo dependiendo del tipo de propiedad superficiaria que es, pues establece un plazo de 70 años en el caso de construcciones y 50 años en el caso de forestaciones y plantaciones. Esta diferencia se debe a la naturaleza temporal intrínseca de cada uno de estos tipos de propiedad, otorgando un plazo mayor a la constitución que se presume más duradera y, por lo tanto, de la que se dispone un mayor tiempo para aprovechar.

¹³¹ *Código Civil y Comercial de la Nación (art. 2117)*, Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 2023.

Características

Tanto para el superficiario como para el superficiante es importante establecer las características esenciales de la propiedad superficiaria, así como el uso que se le dará, ya que debemos recordar que al término del derecho lo construido, plantado o sembrado pasará a formar parte de la propiedad del superficiante, por lo que este tiene sumo interés en ello.

Por parte del superficiario, el cumplimiento de esta fracción le permite fijar correctamente el pago de la compensación, en caso de ser pactado, ante su pérdida de la propiedad superficiaria al pasar a formar parte del patrimonio del superficiante. De manera subsecuente, esta fracción dota de seguridad jurídica tanto al superficiante como al superficiario respecto a la propiedad superficiaria.

En cuanto a la incorporación del uso, cobra vital importancia en las plantaciones o sembradíos debido a que es de interés mutuo conservar las propiedades del suelo que permiten la proliferación de vida vegetal.

Delimitación

Esta fracción encuentra su sustento en la posibilidad de que la propiedad superficiaria no recaiga sobre toda el área del suelo ajeno, sino solamente una parte, dejando de aplicar sus efectos jurídicos a la totalidad del suelo ajeno propiedad del superficiante.

Esta delimitación de área no solamente comprende la necesaria para la constitución de la construcción, plantación o sembradío, sino también aquella necesaria para su explotación. Esta área es diferente a la que ocupa la propiedad superficiaria, aunque compaginan como una unidad. Esta debe demostrar su utilidad en su aprovechamiento. Es así como el Código Civil y Comercial de la Nación, del Estado argentino lo dota de tal trascendencia que decide instaurarlo expresamente en su código, para quedar de la siguiente manera:

ARTÍCULO 2116.- Emplazamiento. El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal.

La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento¹³².

De la misma forma como la delimitación puede recaer sobre el área del suelo ajeno propiedad del superficiante, también puede recaer sobre sus construcciones, plantaciones o sembradíos, es decir, la delimitación no se limita a construcciones futuras que ocupen un área en el suelo ajeno del superficiante, sino también a una propiedad superficiaria ya existente y de la cual no se debe presumir, necesariamente, que el derecho real de superficie recae sobre su totalidad, sino que puede cubrir solo una parte de ella.

En cuanto a la proyección, se hace referencia a un plano tridimensional que puede ser previsto por la palabra *delimitación*, pero con el objetivo de no ser ambiguos o confusos sobre esta posibilidad, creo pertinente anexar a la fracción este término (proyección). Esta ambigüedad puede partir de la diferencia de planos que se conciben a través de los términos *delimitación* y *proyección*, entendiendo que el primero abarca un área bidimensional y el segundo un área tridimensional. Y el derecho real de superficie al no solamente abarcar dos dimensiones, sino tres, es necesario demarcarlo correctamente a través del término *proyección*.

Título gratuito u oneroso

En el derecho real de superficie puede pactarse el establecimiento de un pago de tracto único o sucesivo a favor del superficiante, a cargo del superficiario. Este pago

¹³² *Código Civil y Comercial de la Nación (art. 2116)*, Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 2023.

no puede confundirse en ningún momento con la compensación que puede recibir el superficiario, a cargo del superficiante, ante el término del derecho real de superficie y en virtud del cual la propiedad superficiaria pasa a formar parte del patrimonio del superficiante, hecho que conduce a una compensación, en caso de ser pactada. De diferente manera, se puede establecer el título gratuito del derecho, pacto que dependerá de la voluntad de las partes que intervienen en el acto.

Artículo 979 *septies*. – El derecho real de superficie deberá inscribirse en el Registro Público para ser oponible a terceros.

Es indispensable la inscripción del derecho real de superficie en el Registro Público para coadyuvar en el conocimiento de su constitución al público en general. Solo mediante la inscripción se dotará de oponibilidad frente a terceros, la cual permite determinar la preferencia de derechos frente a otros derechos reales que recaen sobre el mismo bien.

La inscripción del derecho real gozará de su propio folio y asientos respectivos, diferentes a la propiedad del suelo ajeno, reconociendo así la independencia de una propiedad frente a otra.

Artículo 979 *octies*. – El superficiante y el superficiario gozarán recíprocamente del derecho del tanto, en los términos del artículo 973 del presente código, para el caso de que cualquiera de ellos pretenda enajenar el suelo ajeno o la propiedad superficiaria.

“El derecho del tanto, siguiendo una tradición jurídica ya centenaria sólo se otorga a quien tenga un derecho real sobre el bien que se pretende vender o un derecho

similar que por amplio e importante, el legislador trata de preservar y evitar conflictos por el ejercicio que de él puedan llegar a hacer varias personas”¹³³.

El derecho del tanto consagra la posibilidad jurídica, entre personas que son titulares de derechos iguales o similares, de adquirir en igualdad de circunstancias la propiedad respecto a cualquier otro tercero.

Es un derecho que emana de la ley y que se caracteriza por ser recíproco, ya que tanto el deudor del derecho que en un momento busque vender a un tercero, puede ser en cualquier otro momento acreedor. Es un derecho preferencial sobre bienes inmuebles que otorga preferencia de una persona respecto a otras sobre su adquisición, en el caso de que el propietario decida enajenarlo.

En el Código Civil para la Ciudad de México este derecho preferencial se encuentra previsto en los artículos 950 y 973. Para efectos del presente análisis citaremos el siguiente artículo:

ARTÍCULO 973.- Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el sólo lapso del término se pierde el

¹³³ Zamora Valencia, Miguel Ángel, “El Derecho del Tanto de los Arrendatarios de Casa Habitación y la Intervención Notarial”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, México, núm. 96, 1987, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-notarial/article/viewFile/6567/5878#:~:text=El%20derecho%20del%20tanto%20es,que%20pretenda%20vender%20otro%20copropietario>.

derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno¹³⁴.

Es a partir del anterior artículo que podemos deducir las siguientes características:

- El propietario deberá notificar a los otros, con derechos reales similares o iguales que recaen en el mismo bien, sobre la venta de su bien inmueble por medio de notario o judicialmente.
- Los terceros con derechos reales similares o iguales deberán hacer uso de su derecho preferencial en un plazo de 8 días.
En caso contrario pierden este derecho.
- La sanción que versa ante el incumplimiento del presente artículo es dejar la venta sin efecto legal alguno. A su vez, de manera armónica debemos interpretar el derecho preferencial del tanto de acuerdo con los artículos 1292, 2279 y 2282 del Código Civil para la Ciudad de México.

En primer lugar, el artículo 1292 establece que, ante la venta de derechos hereditarios, el vendedor deberá notificar a los demás coherederos a través de tres medios: por medio de notario público, judicialmente o por medio de dos testigos, respetando siempre las bases y condiciones de la venta. Los coherederos tendrán un periodo, como se menciona en el apartado anterior, de 8 días para hacer efectivo su derecho. En caso de no respetarse lo establecido por este artículo, se considerará la venta *nula*.

De esta forma siguen el lineamiento los artículos 2279 y 2282, regulando de forma específica la venta de cosa indivisa, que debe respetar el derecho preferencial. En caso de no seguir lo dispuesto por el artículo 2279, el artículo 2282 establece que la venta será *nula*.

¹³⁴ *Código Civil para el Distrito Federal (art. 973)*, México, Gaceta Oficial de la Ciudad de México, 2021.

De forma consiguiente debemos establecer los efectos jurídicos que trae aparejados el derecho del tanto. Para esto hay que distinguir dos momentos: el primero de ellos ocurre cuando la oferta de venta está siendo realizada por el vendedor y en la que el beneficiario del derecho preferencial puede excluir a todos los posibles adquirentes. El segundo momento se define cuando la venta del bien ya ha sido realizada a un tercero que no era preferente. Al primer momento lo reconoceremos como *derecho del tanto y al segundo como derecho de retracto*.

Es así como la jurisprudencia reconoce:

DERECHO DEL TANTO Y DERECHO DE RETRACTO (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE COAHUILA). El derecho del tanto y el de retracto son, en el fondo, lo mismo, salvo que el primero se ejercita antes de que la cosa sea vendida, mientras que el segundo se hace valer cuando la cosa ya ha sido vendida, siendo presupuesto necesario de ambos, la existencia de la copropiedad en los casos en que específicamente lo determinan los artículos 970 y 1189 del Código Civil de Coahuila, iguales, respectivamente, al 973 y al 1292 del Código del Distrito¹³⁵.

Es así, como este derecho engloba dos instituciones establecidas en el Derecho Español, el derecho de Tanteo y el derecho de Retracto. La Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que:

Tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace en favor de un tercero extraño a la comunidad, se pueden presentar dos situaciones: Cuando la venta está simplemente propalada y cuando está consumada. En el primer caso los copropietarios pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una venta directa del copropietario enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en el segundo caso

¹³⁵ Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXXVI, p. 589.

los copropietarios preteridos pueden ejercitar el derecho del retracto por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador¹³⁶.

En conclusión, es así como el superficiante y el superficiario serán sometidos bajo los efectos jurídicos del derecho preferencial del tanto, por lo que tendrán que acatar lo dispuesto en el Código Civil para la Ciudad de México, de manera específica lo dispuesto en los artículos 950 y 973.

Artículo 979 *novies*. – Las obligaciones tributarias sobre la propiedad superficiaria correrán a cargo del superficiario.

Las sanciones derivadas de la violación a normas administrativas aplicables a la propiedad superficiaria correrán a cuenta del superficiario.

Es a través de este artículo, y algunos otros, a partir de los cuales podemos observar la clara diferencia entre una propiedad y la otra, pues establece independencia entre ellas. Esta diferencia se traduce también a los temas fiscales y administrativos que tratarán por separado al superficiante y el superficiario; Es así, como el superficiario deberá responder por los impuestos locales que involucran el bien inmueble del que es propietario. El primero de ellos es el Impuesto de Adquisición de Inmuebles contemplado en el Código Fiscal de la Ciudad de México, establecido en el artículo 112, que a la letra dice:

Artículo 112.- Están obligadas al pago del Impuesto sobre la Adquisición de Inmuebles, estableciendo en este Capítulo, las personas físicas y las morales que adquieran inmuebles que consistan en el suelo, en las construcciones o

¹³⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia, *cit.* en Cuevas Sentíes, Carlos, “Derechos preferenciales de terceros sobre inmuebles”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 112.

en el suelo y las construcciones adheridas a él ubicados en la Ciudad de México, así como los derechos relacionados con los mismos a que este Capítulo se refiere¹³⁷.

Es a partir del presente artículo que podemos determinar las hipótesis de aplicación en cuanto al derecho real de superficie. En primer lugar, el artículo establece que toda persona, física o moral, que adquiera bienes inmuebles consistentes en *suelo*, en las *construcciones* o en el *suelo y las construcciones adheridas a él*, deberán pagar el Impuesto sobre la Adquisición de Inmuebles, por lo que es necesario que el superficiante adquiera una construcción ya existente para recaer en el supuesto fiscal, pues si es una propiedad superficiaria futura, no tendría que pagar el presente impuesto. De la misma forma, no sería sujeto de dicho artículo ante la adquisición de un inmueble consistente en el *suelo*, pues es característica del derecho real de superficie adquirir una construcción, sembradío o plantación ya existente o futura sin adquirir el suelo del superficiante y aún más improbable es determinar que el superficiario recaiga en la hipótesis fiscal ante la adquisición de un bien inmueble consistente en el suelo y las construcciones adheridas a él, pues nunca adquiere el suelo y la construcción, solo esta última, y solo cuando ya es existente.

A su vez, considero que la adquisición de inmuebles a la que se refiere el artículo del Impuesto sobre Adquisición de Bienes Inmuebles no contempla los sembradíos o plantaciones que se pueden constituir a través del derecho real de superficie, pues si bien estos si son considerados como bienes inmuebles según el artículo 750 del Código Civil para el Distrito Federal, estos no se encuentran establecidos en la especie exigida por la hipótesis fiscal, pues limita los supuestos al establecer “(...) bienes inmuebles que consistan en el suelo, en las

¹³⁷ *Código Fiscal de la Ciudad de México (art. 112)*, México, Gaceta oficial del Distrito Federal, 2019.

construcciones o en el suelo y las construcciones adheridas a él ubicados en la Ciudad de México (...)"¹³⁸.

Es por ello y para evitar confusiones sobre la actualización del impuesto fiscal que propongo establecer al derecho real de superficie como una excepción al pago del Impuesto sobre Adquisición de Bienes Inmuebles, lo que también aumentaría a un mayor atractivo de esta figura jurídica.

Otro impuesto local a analizar es el Impuesto Predial, contemplado en el artículo 126 del Código Fiscal de la Ciudad de México, que a la letra establece:

ARTÍCULO 126.- Están obligadas al pago del impuesto predial establecido en este Capítulo, las personas físicas y las morales que sean propietarios del suelo o del suelo y las construcciones adheridas a él, independientemente de los derechos que sobre las construcciones tenga un tercero. Los poseedores también estarán obligados al pago del impuesto predial por los inmuebles que posean, cuando no se conozca al propietario o el derecho de propiedad sea controvertible.

Los propietarios de los bienes a que se refiere el párrafo primero de este artículo y, en su caso, los poseedores, deberán determinar y declarar el valor catastral de sus inmuebles, aun en el caso de que se encuentren exentos del pago del impuesto predial.

La declaración a que se refiere el párrafo anterior se presentará en los formatos oficiales aprobados ante las oficinas autorizadas, en los términos establecidos en el artículo 131 de este Código, así como en los supuestos y plazos a que se refiere el artículo 132 de este Código.

En el caso de los inmuebles que hayan sido declarados exentos del impuesto predial, conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de este Código, se debe acompañar a la declaración del impuesto, la resolución emitida por la

¹³⁸ *Código Fiscal de la Ciudad de México (art. 112)*, México, Gaceta oficial del Distrito Federal, 2019.

autoridad competente, en la que se haya declarado expresamente que el bien de que se trate se encuentra exento.

Es obligación de los contribuyentes calcular el impuesto predial a su cargo.

Cuando en los términos de este Código haya enajenación, el adquirente se considerará propietario para los efectos de este impuesto. Asimismo, el valor del avalúo presentado por el propio contribuyente a que se refiere la fracción III del artículo 116 de este Código, para el pago del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles, se considerará base gravable del Impuesto Predial, conforme a lo indicado en el artículo siguiente.

Los datos catastrales o administrativos, cualesquiera que estos sean, sólo producirán efectos fiscales o catastrales¹³⁹.

En primer lugar, debemos analizar las diferentes hipótesis fiscales enunciadas por el artículo y determinar si el derecho real de superficie se puede encuadrar a su tipo. El artículo establece que las personas, físicas y morales, que sean propietarias del suelo o del suelo y las construcciones adheridas a él están obligadas al pago del Impuesto Predial, disposiciones que no tienen aplicación en el derecho real de superficie en cuanto al superficiario, pues este no va a poseer el suelo, ya que este es ajeno y pertenece al superficiante y en cuanto a la segunda hipótesis, referente al suelo y las construcciones adheridas a él, debemos manifestar que es una hipótesis que se compone de dos elementos: en primer lugar el suelo y en segundo lugar las construcciones. En el primer caso, no sería aplicable y en el segundo podría aplicarse de no ser por la unión de estos elementos a través de una conjunción copulativa, no una disyunción como la “o”, por lo que debe entenderse como un conjunto y el superficiante al ser el propietario de la construcción, pero no del suelo no recae en la hipótesis fiscal establecida por el artículo. A su vez, el artículo continúa regulando la hipótesis referente al suelo y las construcciones adheridas a él, agregando, independientemente de los derechos

¹³⁹ *Código Fiscal de la Ciudad de México (art. 126)*, México, Gaceta oficial del Distrito Federal, 2019.

que recaigan sobre la construcción por parte de un tercero. Sobre esta vertiente, debemos aclarar que dicha inclusión no versa sobre la persona que tenga un derecho sobre la construcción, sino sobre la persona que tiene la propiedad sobre el suelo y su construcción adherida se vea afectada por un tercero, por lo que el superficiario al encontrarse en la parte concerniente a la construcción y no en la del suelo, no podría encuadrarse en dicha vertiente.

De manera subsecuente, el artículo continúa con el establecimiento de sus hipótesis fiscales al instaurar que los poseedores también están obligados al pago del impuesto por los inmuebles que posean, cuando no se conozca al propietario o el derecho de propiedad sea controvertible. Ante tal precepto analizo lo siguiente: si bien el superficiario es poseedor del bien inmueble, también es el propietario, por lo que la característica que pide el artículo al decir “cuando no se conozca al propietario” no tiene aplicación y no recae en el supuesto fiscal ya que se conocen a los propietarios, son el superficiante y el superficiario, así mismo continuamos al analizar la siguiente hipótesis en virtud de la cual el poseedor del bien inmueble debe pagar el impuesto cuando el derecho de propiedad sea controvertible, hipótesis inaplicable al superficiario debido a que su derecho real no es sujeto a controversia al ser instaurado de acuerdo a una legislación, presumiendo que, lo permite en sus artículos.

En el párrafo segundo del artículo 126 del Código Fiscal de la Ciudad de México se establece una obligación fiscal de determinar y declarar el valor de sus inmuebles los propietarios y poseedores a los que se refiere el párrafo primero de dicho artículo, mismo que se analizó anteriormente, por lo que al concluir en el primer análisis que el superficiario no es sujeto de ese tipo fiscal al no ser el propietario o poseedor que se describe ahí, concluimos de manera similar por los mismos argumentos, que el superficiario tampoco es sujeto obligado sobre lo dispuesto en este párrafo.

Es por estas razones que proponemos una excepción al pago del impuesto predial al superficiario, no al superficiante, en el caso del derecho real de superficie.

En cuanto a las violaciones de carácter administrativo que pueda incurrir el superficiario, podemos expresar las que se derivan de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal.

Artículo 979 *decies*. – El derecho real de superficie se extingue por:

- I. Por haberse cumplido el plazo de duración al que se sujetó el derecho real de superficie.
- II. Por cumplimiento de la condición a la cual se sujetó, consolidación, renuncia o abandono del superficiario y expropiación.
- III. Por no constituir la propiedad superficiaria dentro del plazo convenido y en su defecto dentro del período de dos años.
- IV. Por no reconstituir la propiedad superficiaria en el plazo convenido y en su defecto dentro del período de dos años.
- V. Por común acuerdo de las partes.
- VI. Nulidad.
- VII. Rescisión.
- VIII. Incumplimiento del modo pactado por las partes.

Dicho incumplimiento estará sujeto a la interpretación del juez.

Ante el incumplimiento de las fracciones III, IV y VII, no versará indemnización alguna.

Respecto al presente artículo, se comentarán las siguientes causas de extinción:

1. Cumplimiento del plazo al que se sujetó el derecho real de superficie:

Véase el comentario respecto al plazo del artículo 979 *sexies*.

2. Causas generales de extinción de los derechos reales:

De acuerdo con la existencia de los diferentes derechos reales reconocidos por el Código Civil para el Distrito Federal (propiedad, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca y prenda), se puede determinar sus causas generales de extinción, mismas que pueden ser parecidas entre sí,

pero algunas otras difieren por la naturaleza del derecho real. De la misma forma, esta idea se transcribe al derecho real de superficie, siendo aplicable solo las siguientes causas:

a) Vencimiento del plazo por el cual se constituyó.

Es la causa de extinción por excelencia de los derechos reales temporales. Estos, al estar limitados a un tiempo de duración, es lógico pensar que, al cumplirse este acontecimiento futuro de realización cierta, dejen de surtir sus efectos jurídicos. Esta causa se encuentra prevista en la fracción primera del artículo 979 *decies* y no incorporada en la fracción segunda, debido a su vital importancia, por lo que he decidido hacer mención expresa de ella y no como un elemento a deducir en un conjunto previsto en esta fracción.

b) Cumplimiento de la condición resolutoria.

El establecimiento de una condición resolutoria en un acto jurídico se encuentra prevista en el Código Civil para la Ciudad de México, específicamente en el título segundo “Modalidades de las obligaciones”, capítulo 1 “De las obligaciones condicionales”, en sus artículos 1940 y 1941.

Como se deduce del título al que se encuentra sujeto el capítulo de las obligaciones condicionales, se afirma que toda condición es una modalidad, entendiéndose esta como: “autolimitaciones a la voluntad de las partes, que los contratantes sujetan a la iniciación o terminación de los efectos propios del acto que celebran u otorgan”¹⁴⁰.

¹⁴⁰ López Monroy, José de Jesús *et al.*, *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal: texto comentado. Libro cuarto-primera parte. De las obligaciones*, México, Miguel Ángel Porrua, 1993, p.88, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1783/5.pdf>.

En dicha modalidad, la obligación se encuentra sujeta a una condicional en virtud de la cual dependerá el inicio de sus efectos jurídicos (condición suspensiva) o su resolución (condición resolutoria).

La condición resolutoria es un acontecimiento futuro o incierto y ante su cumplimiento hace volver las cosas al estado que tenían, al momento en el que se constituyó la obligación o al convenido por las partes, como si la obligación nunca hubiera existido hasta ese entonces.

La obligación sujeta a condición resolutoria goza, salvo pacto en contrario, de retroactividad, es decir, ante el cumplimiento del hecho futuro o incierto, los efectos de la obligación se destruyen y se hacen volver las cosas al estado que tenían antes.

En el caso del derecho real de superficie, este puede sujetarse a ambas condiciones, pero para términos de extinción del derecho solamente nos enfocaremos en la condición resolutoria. En un principio, el derecho real de superficie se sujetará a una condición futura incierta y ante el cumplimiento de esta, el derecho dejará de existir y sus efectos se destruirán, y se hacen volver al estado que tenían antes, como si la obligación nunca hubiera existido. Todo esto sin perjuicio de terceros y sin dejar a un lado los efectos de la extinción del derecho real de superficie por causa diversa al cumplimiento del plazo.

c) Consolidación.

El derecho real de superficie se extingue cuando la propiedad superficiaria y el suelo ajeno forman parte del patrimonio de una misma persona, restableciendo los efectos de la accesión y convirtiendo ambas propiedades en una unidad.

Más, si la reunión de ambas propiedades solamente se actualiza sobre una parte del inmueble, deberemos entender que

en lo demás subsistirá el derecho real. Todo esto sin perjuicio de terceros y tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 979 *quindecies*.

d) Renuncia.

La renuncia al derecho de propiedad es una de las facultades de las que dispone el propietario, pero no existe un régimen jurídico definido sobre cómo, quién, cuándo o sobre qué se puede renunciar. (...) el ejercicio de dichas facultades está condicionado por los límites legalmente establecidos, que a su vez están condicionados por otros parámetros como puede ser el objeto sobre el que recae la propiedad, el momento histórico en el que se va a realizar la renuncia o las consecuencias que para terceros pueda tener dicha renuncia¹⁴¹.

La renuncia de la propiedad debe respetar el límite de cualquier renuncia de derechos subjetivos, por lo que no puede contrariar al orden público ni perjudicar a terceros. La materialización de la renuncia es el abandono, para ello es necesario la convergencia de dos elementos, uno material y otro espiritual. El primero de ellos versa sobre el rechazo sobre la posesión del bien y el segundo es el ánimo que busca dejar afuera del patrimonio el bien abandonado.

“El propietario que renuncia pierde todas las facultades que el derecho le concedía. Pero también a partir del momento de la

¹⁴¹ Robles Latorre, Pedro, “La Renuncia al Derecho de Propiedad”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, España, No. 27, 2013, pp. 49-75, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewiryqClz5v9AhVVIGoFHUOhBpQQFnoECBEQAQ&url=https%3A%2F%2FdiaInet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4717129.pdf&usg=AOvVaw3UdbmSuumH3XYEQfXIWN_p.

renuncia deja de ser responsable de las obligaciones que el derecho de propiedad conlleva”¹⁴². En cuando al derecho real de superficie, la renuncia de alguna de las partes, siempre que no perjudique derechos de terceros o al orden público, llevaría aparejada un derecho de acrecimiento a favor del otro, haciendo suya la propiedad y todos los derechos personales y reales que en ella se hubieran constituido. La renuncia por parte del superficiario y que acrecentaría el patrimonio del superficiante debe ser aceptada por este último.

e) Expropiación.

El derecho real de superficie es sujeto a ser expropiado en términos del artículo 832 del Código Civil para el Distrito Federal, en virtud del cual debe ser declarada la adquisición de utilidad pública y mediante el pago de una indemnización. Esta deba ser con el objetivo de la construcción de casas, habitaciones que se alquilarán a familias de escasos recursos, mediante el pago de una renta módica.

Debo aclarar que la extinción del derecho real de superficie a través de la expropiación debe comprender la adquisición, por parte del Gobierno del Distrito Federal, de la propiedad superficiaria y el suelo ajeno, pues si solamente adquiere alguno de los dos elementos, el derecho real continúa subsistiendo y solo se realizaría una sustitución de partes.

3. Por no construir o reconstruir la propiedad superficiaria dentro del plazo convenido o en su defecto dentro del periodo de dos años.

Respecto al plazo determinado de dos años es necesario comentar lo siguiente: se establece un plazo de dos años en esta fracción debido a la

¹⁴² *Ibidem*, p. 58.

necesidad de determinar un plazo en específico con el objetivo de que el superficiante realice la reconstrucción de la propiedad superficiaria de forma inmediata. Ante la deficiencia de tal acción se actualizaría un plazo indefinido a favor del superficiario y contradictorio a los intereses del superficiante. A su vez, el plazo de dos años obedece el tiempo fijado por los demás códigos locales, el código de Puebla en lo relativo a la reconstrucción de la propiedad superficiaria y el de tabasco en cuanto el plazo de su construcción, los cuales son de dos años, mismo que considero suficiente para comenzar a levantar de nuevo las construcciones, siembras y plantíos.

Para lo demás, véase el comentario al artículo 979 *duodecies*.

4. Por común acuerdo de las partes.

Véase el comentario al artículo 979 *sexies* referente al plazo.

5. Nulidad.

Todo acto jurídico que es reconocido como válido goza plenamente de la participación de sus condiciones de validez, de manera contraria, todo acto en el cual su estructura no manifieste plenamente estos elementos se presumirá de no válido.

La sanción ante un acto que carezca de estos elementos es la nulidad, entendiéndose esta como la declaración de la ineficacia del acto jurídico, que tiene como consecuencia dejar al acto sin producir sus efectos jurídicos.

La nulidad puede ser absoluta o relativa dependiendo de los elementos en el acto. Se actualiza la nulidad absoluta cuando alguno de los elementos constitutivos del acto contraviene el orden público, las buenas costumbres o son contrarios a alguna norma de carácter prohibitivo. Para que se actualice esta clase de nulidad, el acto no debe admitir convalidación, prescripción y puede hacer valer su nulidad cualquier interesado. Bajo este supuesto recae la siguiente hipótesis contemplada en el Código Civil para la Ciudad de México, se encuentra

en la fracción tercera del artículo 1795 que menciona al objeto, motivo o fin ilícito en un acto jurídico.

Derivado de la naturaleza del derecho real de superficie es necesario encaminarnos solamente al estudio del objeto, motivo o fin ilícitos como causa de nulidad absoluta del acto jurídico. La sanción que se le otorgaría al derecho real por esta hipótesis, de acuerdo con el artículo 2226 del Código Civil para la Ciudad de México, sería que el acto produciría efectos jurídicos y que una vez esta sea declarada la nulidad absoluta por la autoridad judicial, estos serán destruidos retroactivamente. De esta nulidad puede prevalerse todo interesado y no admite confirmación o prescripción alguna.

En cuanto a la nulidad relativa, esta se encuentra prevista en el Código Civil para el Distrito Federal, en el siguiente precepto: “ARTÍCULO 2227.- La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos”¹⁴³.

Esta nulidad se origina por la falta de la forma establecida por la ley, existencia de vicios de la voluntad e incapacidad de las partes. Esta nulidad, a diferencia de la absoluta, solo pueden ser interpuestas según sea el caso:

1. Ausencia de la forma requerida por la ley: solo puede ser interpuesta por los interesados, es decir, las partes, sus causahabientes y aquellos terceros a quienes el acto o su ejecución les cause un perjuicio.
2. Existencia de vicios de la voluntad e incapacidad: solo puede invocarse por el que ha sufrido estos vicios del consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o el incapaz.

¹⁴³ *Código Civil para el Distrito Federal (art. 2227)*, México, Gaceta Oficial de la Ciudad de México, 2021.

A su vez, debemos resaltar que la confirmación y prescripción son características que diferencian la nulidad relativa de la absoluta, por lo que el Código Civil para la Ciudad de México ha contemplado los casos siguientes:

1. El acto nulo por vicios de la voluntad o incapacidad puede ser confirmado cuando desaparezca esta causa.
2. El acto jurídico que carezca de la forma establecida por ley puede ser confirmado con la realización de la forma omitida.
3. La acción de nulidad basada en la incapacidad o error prescribe en los términos de los artículos 638 y 2236 del Código Civil para el Distrito Federal.

En conclusión, el derecho real de superficie debe establecerse de acuerdo con los preceptos establecidos en la ley, procurando ostentar plenamente la existencia de todos los requisitos de validez del acto jurídico, ateniéndose las partes a las causas de su incumplimiento.

Por último, mencionaré que “la sentencia que declara la nulidad tiene efectos restitutorios. En ella debe ordenarse la devolución de lo percibido por las partes, puesto que el acto inválido en principio no puede producir efectos y los que haya producido antes de la declaración de nulidad, por regla general, serán destruidos retroactivamente (aa. 2226 y 2227); en consecuencia, las prestaciones recíprocas entre las partes no tienen una causa jurídica que les sirva de fundamento y, por lo tanto, lo que se recibió debe ser restituido a quien lo entregó”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Galindo Garfias, Ignacio *et al.*, *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal: texto comentado. Libro cuarto-primera parte, De las obligaciones*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1993, p. 283, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1783/11.pdf>.

6. Rescisión.

La rescisión como causa de extinción del derecho real de superficie parte desde la existencia de la ineficacia del contrato que le dio nacimiento. Esta ineficacia, debo aclarar, no es derivada de la nulidad del contrato por falta de elementos de validez o existencia, sino por la ruptura del equilibrio del contrato a través del aprovechamiento excesivamente desproporcionado de una parte sobre la otra.

“La rescisión por causa de lesión que tiene su origen en la teoría del abuso del derecho y en la ruptura del equilibrio de las prestaciones, produce la ineficacia del contrato (por rescisión) en la medida en que causa daño injusto a la parte víctima de la misma”¹⁴⁵. Es así como la rescisión solo que producen un daño injusto a alguna de las partes y esta es aprovechada abusivamente por la otra parte. Esta lesión debe ser declarada por juez competente, siendo demostrada por el afectado quien la invoca y por el cual el juez dictará la rescisión total de los efectos jurídicos del contrato (desde el momento de su celebración) y las partes deben restituirse mutuamente lo recibido hasta ese entonces, en este caso del derecho real de superficie, o bien una reducción equitativa de las prestaciones convenidas por las partes, que se retrotraen al momento de la celebración del contrato, con el fin último de conseguir un equilibrio.

Por último, mencionaremos que el contratante que sufre esta afectación derivada del excesivo desequilibrio del contrato en favor de quien ha lucrado abusivamente de él, podrá pedir la reparación de los daños y una indemnización de los perjuicios que se le hayan ocasionado, más sus accesorios.

¹⁴⁵ Galindo Garfias, Ignacio, *La Frustración del Fin del Contrato*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3968/8.pdf>.

7. Incumplimiento del modo pactado por las partes.

Véase el capítulo III, incumplimiento por parte del superficiario en edificar en plazo y modo señalado.

979 *undecies*. – “La extinción del derecho real de superficie será sin perjuicio de terceros”¹⁴⁶.

Véase lo comentado en el artículo 979 *quindecies*.

Artículo 979 *duodecies*. – El derecho real de superficie no se extingue por la destrucción de la propiedad superficiaria.

Este artículo tiene peculiar importancia al consagrar la diferencia entre propiedad superficiaria y derecho de superficie, pues es a partir de ella que se deduce la existencia de este precepto.

En primer lugar, debemos recalcar que la propiedad superficiaria es el dominio directo que ostenta el superficiario sobre la construcción, sembradío o plantación, objeto del derecho real de superficie. Mientras que el derecho de superficie es la facultad del superficiario de hacer y mantener una construcción, sembradío o plantación, en suelo ajeno. Provocando así una separación de propiedades. La existencia del derecho de superficie es independiente al de la propiedad superficiaria y está surge desde la constitución del derecho real de superficie, en sus dos momentos, tanto en una construcción futura «facultad de hacer» como una construcción existente «facultad de mantener» y culmina ante el cumplimiento del plazo del derecho real de superficie. Por lo que, ante la destrucción

¹⁴⁶ *Código Civil del Estado libre y soberano de Guerrero (art. 1080)*, México, Periódico Oficial del Gobierno del Estado, 2013.

de la propiedad superficiaria, sigue existiendo el derecho de superficie del superficiario, facultándolo para «hacer» y «mantener» nuevamente la propiedad superficiaria en el suelo ajeno.

Es así, como a partir de esta diferencia y a partir de las facultades derivadas del derecho de superficie, se reconoce la facultad, por parte del superficiario, de reconstruir la propiedad superficiaria. Esta reconstrucción tiene un plazo determinado; Las partes pueden pactar dicho plazo y ante la ausencia de dicho establecimiento el plazo será de dos años.

979 *terdecies*. – El derecho real de superficie que recaiga en una siembra o plantación “no podrá extinguirse sino hasta haber concluido el período cíclico correspondiente, de tal manera que se permita el levantamiento de la cosecha”¹⁴⁷.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se realizará de acuerdo con “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 correspondiente. En caso de desacuerdo, las fijará el juez, precio informe de peritos”¹⁴⁸.

Es importante establecer este artículo debido a la incertidumbre temporal derivada de la cosecha de las plantaciones o sembradíos, ya que nunca se conoce el tiempo exacto de su levantamiento. Es por ello por lo que el derecho real de superficie, a pesar de haber cumplido su plazo determinado u alguna otra causal de extinción, deberá mantenerse hasta el levantamiento de la cosecha.

¹⁴⁷ Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero (art. 1078), México, Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guerrero, 2013.

¹⁴⁸ Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, *op. cit.*, art. 1079.

Artículo 979 *quaterdecies*. - Puede pactarse la extinción del derecho real de superficie ante caso de impago, de mal uso o un uso diferente al pactado que ponga en peligro la existencia de la misma construcción, sembradío o plantación.

Es importante establecer este artículo como una forma a través de las cuales las partes pueden dar por terminado el derecho real de superficie. El impago del canon establecido en el presente artículo es indistinto, es decir, no reconoce si es el pago de tracto sucesivo o de una sola exhibición, por lo que se entiende, en sentido amplio que contempla ambos. De igual forma no se reconoce, en el caso del pago en tracto sucesivo, si contempla un número determinado de pagos, por lo que se deduce que las partes pueden convenir sobre ello.

En cuando al mal uso o uso diferente, hay que resaltar que el condicional del presente artículo es que dicho uso ponga en peligro la existencia de la propiedad superficiaria. Esto con el objetivo de no limitar el uso que tiene el superficiario sobre la propiedad superficiaria, ya que como sabemos es amplio, con la única limitante de no poder destruir la propiedad, pues es de interés del superficiante adquirirla en un futuro, consagrando parte de la esencia del derecho real.

Artículo 979 *quindecies*. – Son efectos de la extinción del derecho real de superficie:

- I. El restablecimiento de la accesión.
- II. La extinción de todos los derechos reales y personales establecidos por el superficiario sobre la propiedad superficiaria, aun cuando en ellos se hubiere pactado un plazo mayor.
- III. Si el derecho real de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo establecido en el título constitutivo, los derechos reales y personales que recaen en la superficie continúan gravando separadamente las dos propiedades, como si no hubiese habido la extinción, hasta haber transcurrido el plazo del derecho real de superficie.
- IV. El cumplimiento de la prestación a cargo del superficiante a favor del superficiario ante la extinción de su derecho, en caso de ser pactada.

De acuerdo con lo establecido en este artículo, es importante mencionar lo siguiente:

1. El restablecimiento de la accesión.

En algunos otros códigos nacionales contemplan esta misma fracción con una redacción diferente, como por ejemplo *la adquisición de la propiedad superficiaria por parte del superficiante*, misma que no es incorrecta. Pero para términos teóricos me parece importante adentrarnos en la forma a través de la cual se adquiere esta propiedad, misma que es si no otra que el restablecimiento de la accesión de la propiedad superficiaria al suelo ajeno.

Al extinguirse el derecho real de superficie no se crea un derecho a favor del superficiante para adquirir la propiedad superficiaria del superficiario, sino que se restablece la accesión entre una propiedad y otra, por lo que el suelo ajeno absorbe las construcciones, plantaciones o sembradíos sujetos a él, haciéndolos suyos y por tanto del superficiante.

Recordemos que uno de los efectos jurídicos más importantes del derecho real de superficie es la paralización de la accesión y al no estar ya

vigente la superficie, por virtud de la actualización de una causa de extinción, la accesión se reanuda y comienza a surtir efectos jurídicos.

Es, por tanto, que la redacción de la presente fracción dicta así su forma y no de manera diferente. E incluso afirmo, que es prescindible el establecimiento de esta fracción, ya que por lo anteriormente expuesto es natural afirmar que ante la extinción del derecho real de superficie se reanuda la accesión y por tanto el superficiante adquiere la propiedad superficiaria sin que necesite artículo expreso o declaración judicial alguna. Sin embargo, por la trascendencia de lo que esto implica, he decidido incorporarlo al artículo y hacer mención expresa de ello.

2. La extinción de los derechos reales y personales o de crédito establecidos por el superficiario sobre la propiedad superficiaria.

Respecto a este apartado, solo mencionaremos el trato diferencial erróneo, entre derechos reales y personales, que realizan diferentes legislaciones nacionales, como en el caso del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, en el que establecen lo siguiente:

Artículo 1342.- El derecho de superficie se extingue al vencerse el plazo, siendo aplicable las siguientes disposiciones:

(...)

III.- Con la extinción del derecho de superficie se extinguen los derechos reales establecidos por el superficiario.

IV.- El dueño del suelo se substituye al superficiario en los contratos que este haya celebrado con otras personas, respecto de la construcción y que, sin crear derechos reales, transmitan el uso total o parcial de esta¹⁴⁹.

¹⁴⁹ *Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla (art. 1342)*, México, Periódico Oficial del Estado de Puebla, 2023.

Es en este artículo se establece la extinción de los derechos reales, pero en cuanto a los derechos de crédito se permite su permanencia aun cuando el derecho real de superficie se haya extinguido, ignorando el carácter temporal de la figura.

La naturaleza jurídica de un derecho respecto a otro, en el caso del derecho real de superficie, no debe otorgar un trato diferente. En todo momento debemos tener en cuenta la característica temporal en la que se funda el derecho real del superficiario, por lo que él, y los terceros, al instaurar derechos de crédito y reales sobre su bien, deben limitar sus efectos al plazo de vencimiento del derecho real de superficie.

“Si la terminación de derechos es consecuencia del vencimiento del plazo de la Superficie, es razonable que los terceros pierdan los derechos adquiridos sobre la propiedad superficiaria, pues han debido prever que el bien adquirido tenía el mismo plazo que la Superficie, esto es lo normal, lo usual”¹⁵⁰.

Es por ello, por lo que considero adecuado establecer la extinción de los derechos reales y de crédito ante la inexistencia del derecho real de superficie.

A su vez, es importante mencionar que esta conclusión solo es aplicable ante la extinción del derecho real derivada del cumplimiento del plazo al que está sujeto, por lo que ante cualquier otra causa reconocida por el presente ordenamiento producirá efectos jurídicos diferentes, por la razón señalada a continuación.

Ante la extinción, del derecho real, derivada del cumplimiento del plazo a la que está sujeto esta figura, podemos deducir que no involucraría perjuicios a terceros, pues todo derecho, real o de crédito que verse sobre la propiedad superficiaria deberá estar limitado por el carácter temporal.

¹⁵⁰ Mejorada Chauca, Martín, “¡Atenta Superficie!”, *Derecho PUCP*, Perú, núm. 25, 2005, pp. 301-306.

Pero ante causas de extinción diversas a esta, se podría afectar negativamente a las partes o a terceros, por lo que es importante establecer una excepción y mantener los derechos personales y reales gravando de forma separa a las dos propiedades hasta el cumplimiento del plazo pactado en la constitución del derecho real de superficie.

Para ilustrar mi idea me remito a proponer lo siguiente: imaginemos la constitución del derecho real de superficie sobre una construcción ya existente, al paso de un tiempo el superficiario decide establecer sobre su propiedad superficiaria una hipoteca con base al artículo 2893 del Código Civil para el Distrito Federal. Después de dicha constitución, el superficiario decide vender la propiedad superficiaria de la cual es propietario y para ello debe tener en cuenta el derecho del tanto que goza el superficiante, por lo que le notifica a este su intención de enajenar. El superficiante acepta adquirir la propiedad superficiaria, por lo que reúne la propiedad del suelo ajeno y la propiedad superficiaria, consolidando la figura y actualizándose una causa de su extinción. Ante tal efecto, en un principio, la accesión deberá reanudarse y la construcción pasará a formar parte del suelo, trayendo consigo la hipoteca a la que está sujeta, entendiéndose que la hipoteca abarcará tanto la construcción como suelo, todo derivado de los efectos de la accesión. Pero esta figura no puede abarcar también el suelo, pues en su inicio se determinó sus alcances y límites que garantizarán la obligación principal, por lo que al incluirse en ella un valor agregado, como lo sería la incorporación del suelo ajeno, se reflejaría como un beneficio injusto para el acreedor y una afectación para su propietario. Es por ello, por lo que debe mantenerse los efectos jurídicos de los derechos reales y de crédito que recaigan sobre las propiedades de forma separada ante la extinción del derecho real de superficie antes del cumplimiento del plazo.

La afectación de las partes y terceros que se mencionan en los párrafos anteriores obedecen a la temporalidad del derecho real de superficie, pues como se ha mencionado, todo derecho real o de crédito que se sujete a la propiedad superficiaria deberá compartir el mismo plazo al que

se encuentra sujeto el derecho real de superficie. Es así como, la extinción del derecho real de superficie derivada del cumplimiento del plazo al que se encuentra sujeto, no representa complicación o problema alguno, pues al mismo tiempo que este se extingue este también se extinguen los derechos reales y personales que se consagran en la propiedad superficiaria. Las complicaciones y problemas, por ende, se desprenden cuando el derecho real se extingue por una causa diversa al cumplimiento de su plazo, para lo cual necesitamos una regulación precisa y diferente; Es por esto que todo derecho real y de crédito seguirá vigente y afectarán a la propiedad superficiaria y al suelo ajeno como dos propiedades independientes, a pesar de que el derecho real de superficie se haya extinguido, y seguirán surtiendo efectos hasta el cumplimiento del plazo fijado en la constitución del derecho real de superficie o bien hasta que se actualice una causa de extinción propia del derecho real o de crédito en cuestión (incluyendo en estos supuesto el cumplimiento del plazo al que se sujetaron y que obedece, en todo tiempo, al plazo del derecho real de superficie).

Conclusiones

El propósito de esta investigación fue, en todo momento, el estudio de la figura del derecho real de superficie, analizando sus elementos, efectos, alcances y términos. Todos guiados por una directriz de objetividad e impulsada por mi gusto por el Derecho. Mi objetivo en todo momento fue demostrar que una figura del pasado puede ser necesaria en el presente y que el derecho real de superficie responde a las necesidades de los habitantes de la Ciudad de México.

Es por ello por lo que, para reconocer el valor de esta figura e instaurarla en el cuerpo normativo local, fue necesario recorrer determinados puntos clave. Por ello, resulta necesario esbozar en un listado las principales conclusiones y reflexiones que obtuve a partir del presente trabajo, las cuales se enlistan a continuación.

1. Es necesario que antes de proponer una solución, se identifique el problema con todos sus matices. En la Ciudad de México, el incremento poblacional, la concentración de servicios, empleos, ofertas culturales y recreativas han llevado a catalogar la oferta de bienes destinados a la casa habitación, en esta zona, como insuficiente y con precios considerados exorbitantes.
2. Por ello, es importante saber a partir de qué eje debemos actuar, siendo en el caso particular el Derecho. Y, al ser los Derechos Reales figuras reguladoras de la riqueza de los entes públicos y privados, y de manera específica aquellos que regulan el poderío que se tiene sobre los bienes inmuebles, es indispensable realizar un cambio a estos, el cual nos llevaría a una mayor explotación de la riqueza y por ende permitiría que aprovechemos mejor los bienes inmuebles disponibles, dando así respuesta a la necesidad de la población.
3. Es necesario actuar y dar respuesta a la creciente demanda de vivienda y tierras disponibles para su explotación. Lamentablemente, la disposición de pocos lugares nos condena a un problema que parece no tener una solución aparente. Es por ello, que proponemos la incorporación del derecho real de superficie al Código Civil de la Ciudad de México, ya que permite a una persona transmitir de

forma total o parcial la propiedad, de manera temporal, a otra sobre lo ya construido, plantado o sembrado en el subsuelo, rasante y/o vuelo de la finca propiedad del primero, o bien, está facultado para construir, plantar o sembrar, ya sea a título gratuito u oneroso mediante el pago total o periódico de una cantidad de dinero determinada. Estableciendo a partir de esta forma la posibilidad por parte del superficiario de adquirir una propiedad a menor costo, y le permite al superficiante recibir un precio por dicha prestación y haciendo suyo todo lo construido al término del Derecho Real.

4. De forma particular, la legislación civil de la Ciudad de México sigue la postura de la teoría de los *números apertus*, pues se reconoce la posibilidad que tienen las personas de inscribir Derechos reales diferentes a los reconocidos por el código. En contra versión de la teoría de los números *clausus* que sustentan su tesis en el argumento principal de orden público en cuanto a los derechos reales, característica que no ha sido reconocida por nuestro cuerpo normativo. De forma subsecuente, debemos reconocer que debido a la vital importancia que tiene la figura del derecho real de superficie en la actualidad y debido a la necesidad de su incorporación en el cuerpo normativo para su correcta aplicación y conocimiento, es necesario realizar una reforma al código local que la incluya, por lo que fue materia del presente trabajo proponer una legislación adecuada de esta figura.
5. Es necesario la incorporación del derecho real de superficie, ya que promueve el tráfico inmobiliario, pues permite al propietario enajenar la superficie de su suelo no aprovechado, la construcción que descansa sobre el suelo sin tener que enajenar este último o la posibilidad de levantar construcciones por encima de la suya. Respondiendo así a la demanda al sector inmobiliario y le hace frente al hecho de que actualmente la Ciudad de México no cuenta con espacios disponibles para la construcción de viviendas.

6. Todo esto, gracias al carácter de derecho específico que goza el derecho real de superficie, pues es un derecho que se divide en dos partes, la primera está integrada por la relación entre el dueño del suelo y el superficiario y que consiste en el derecho real que tiene el superficiario sobre el suelo propiedad del superficiante. La segunda está integrada por la titularidad de una propiedad superficiaria que se encuentra en suelo ajeno, de forma independiente.
7. Diferenciando así la relación de dos elementos constitutivos del derecho real de superficie: la propiedad superficiaria y el derecho de superficie. Entendiendo al primero como la propiedad que tiene el superficiario sobre la construcción, plantación o sembradío que descansan en un suelo ajeno. Mientras que, el segundo consiste en la facultad del superficiario de realizarlos y mantenerlos.
8. Además, el derecho real de superficie, no solamente constituye la posibilidad de nuevas construcciones, sembradíos o plantaciones que beneficien a todo aquel que las demanda, sino que hace frente a los altos costos ocasionados por la gran demanda, pues al aumentar la oferta de bienes es causa de esto la disminución de los precios. Es necesario mencionar, que la disminución de los costos no solo deriva del aumento de la oferta, sino que al establecer una propiedad temporal sobre un bien inmueble es natural una disminución a su costo derivado al tiempo limitado con el que contará su dueño para su disfrute.
9. El derecho real de superficie otorgará a su beneficiario plena disposición sobre su bien, pues gozará de facultades de uso, goce y disposición de la cosa que descansa en suelo ajeno. Es así como, a través de estas facultades, el superficiario podrá instaurar derechos reales y personales sobre lo edificado. Tomando siempre en cuenta que el derecho real de superficie es de carácter temporal. Además, gozará de todos los derechos de persecución y preferenciales que la titularidad de su bien le otorga, incluyendo una indemnización por parte del superficiante ante la culminación del derecho real de superficie, pues recordemos que ante este caso la propiedad superficiaria pasará a formar parte del patrimonio

del superficiante y por ende debe ser indemnizado el superficiario.

10. El carácter temporal del derecho real de superficie no es sinónimo de poco atractivo de la figura jurídica en cuestión, sino que representa una mayor atracción que incentiva al tráfico inmobiliario. La razón de tal aseveración descansa en el hecho de que el superficiante al saber que el derecho que constituye sobre el suelo de su propiedad es de carácter temporal y que todo lo que se construya, levante, siembre o plante, el superficiario pasa a formar parte de su patrimonio, dota al derecho real de superficie de un gran atractivo para el superficiante, incentivándolo de esta forma a constituir este derecho real sobre su suelo. A su vez, no debemos olvidar que el superficiario entregará una contraprestación a favor del superficiante a cambio de la constitución del derecho real de superficie en el suelo ajeno. Es así, como se puede poner a producir frutos a los suelos ociosos o bien a incrementar la productividad de todos aquellos que ya los producen.

11. Por todo lo anterior, es por lo que se propone la creación del “Capítulo VII, Del Derecho real de Superficie”, cuyos numerales parten del artículo 979 *bis* al 979 *quince*. Tal como se describe en el presente trabajo.

Fuentes de consulta

1. Bibliografía.

-----, *Cuarto Informe de Gobierno: Ciudad de México*, México, Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda, agosto 2021- julio 2022.

-----, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Porrúa, 2007, t.I.

-----, *Quinta Época*, Instancia: Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: CXXVI.

-----, *Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed., Espasa Libros, Madrid, 2014.

-----, *Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 2001.

AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo, *Segundo curso de Derecho Civil; Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, México, Porrúa.

ALESSIO ROBLES, Miguel, *Temas de Derechos Reales*, México, Porrúa, 2004.

ALARCÓN MATEOS, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil. Estudios sobre el Código Civil del distrito Federal, promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884*, México, Librería y Agencia de Publicaciones de N. Budín, Sucesores, 1891, t. II.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 15ª. ed., Madrid, Reus S.A., 1994, vol. II, t. II.

-----, *Derecho Civil español común y foral*, 8va. ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1951, t. II.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., *La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, México, Porrúa, 1990.

CRUZ PONCE, Lizandro *et al.*, *Un siglo de derecho civil mexicano. Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, México, UNAM, 1985.

DE LA IGLESIA MONJE, María I., *El derecho de superficie, aspectos civiles y registrales*, Madrid, Civitas, 1996.

DE LA MATA, Felipe y GARZÓN, Roberto, *Bienes y Derechos Reales*, 12ª. ed., México, Porrúa, 2021.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1995, t. III.

Diez-Picazo, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 11ª. ed., Madrid, Tecnos, 2016, Vol. I.

DOMENICO, Barbero, *Sistema de Derecho Privado*, Buenos Aires, Editorial E.J.E.A., 1967, t. II.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., "Orden público y autonomía de la voluntad", en Sánchez Barroso, José A. (coord.), *Cien años de Derecho Civil en México, 1910-2010, Conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su Centenario*, México, UNAM, Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, 2011.

FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, "Del Registro Público", *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Comentado. Libro cuarto, segunda y tercera partes. De los contratos*, 2ª. ed., México, Miguel Ángel Porrúa - UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, t. V.

FIGUEROA CERCEDO, Sergio M., *¿Es eficiente tener un Sistema de Derechos Reales "Númerus clausus?"*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.

FLORES MENDOZA, Imer B., "Sobre la teoría de los derechos reales de Óscar Morineau: a propósito de la disputa a Savigny-Jhering acerca de la posesión", *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. I: Derecho romano. Historia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

GONZÁLES MARTÍNEZ, Jerónimo, *Estudios de derecho hipotecario y derecho civil*, Pamplona (Navarra), Civitas Ediciones, 2009, t. II.

GALINDO GARFIAS, Ignacio *et al.*, *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal: texto comentado. Libro cuarto-primera parte, De las obligaciones*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1993, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1783/11.pdf>.

-----, *La Frustración del Fin del Contrato*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3968/8.pdf>.

GUILARTE, V., *El derecho de superficie*, Pamplona, Aranzadi, 1966.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio*, 7ª. ed., México, Porrúa, 2002.

-----, *El patrimonio*, 10a. ed., México, Porrúa, 2013.

HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús *et al.*, *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal: texto comentado. Libro cuarto-primera parte. De las obligaciones*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1993, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1783/5.pdf>.

LÓPEZ RUIZ, Miguel, *Redacción Legislativa*, México, Senado de la República, 2002.

MACKELDEY, Ferdinand, *Elementos del derecho romano: que contienen la teoría de la instituta precedida de una introducción al estudio del mismo derecho*, 3ª. ed., Madrid, Librería de Leocadio López Editor, 1876.

MICIELI, Laura, “Derecho de superficie: su resurgir, tal la idea del Derecho Romano, en el nuevo Código Civil Argentino”, en Adame Goddard, Jorge y Heredia Vázquez, Horacio (eds.), *Estudios Latinoamericanos de Derecho Romano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

MORINEAU, Óscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, 2ª. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Fondo de Cultura Económica, 1997.

MONROY CABRA, Marco, *Introducción al Derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 1996.

MUÑOZ ROCHA, Carlos I., *Bienes y derechos reales*, México, Oxford University Press, 2010.

NAVARRO VIÑUALES, José M., *El derecho de vuelo. El derecho de superficie urbana. Las disposiciones transitorias en la Ley de Censos Catalana*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 1998.

ORTECHO VILLENA, Víctor J., “Garantías procesales electorales”, en MAC-GREGOR, Eduardo F. et al. (coords), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2014, t. II.

PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *Sistemas de derechos reales: numeros apertus y numeros clausus*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio E., *La seguridad jurídica*, 2ª. ed., Barcelona, Ariel, 1994.

PLANIOL, Marcel y GEORGES, Ripert, *Tratado elemental de derecho civil: revisado y completado por André Brun*, 12ª edición, trad. de José M. Cajica, Puebla, Editorial José M. Cajica Jr., 1995.

PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil. Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Barcelona, Bosch, 1989, t. III.

RAMÍREZ SANTIBAÑEZ, Ana María E., *Concepto, evolución y carácter derogatorio del derecho de superficie*, México, Universidad Iberoamericana de Puebla, 2013.

ROBERT, ALEXY, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, trad. de Rubén Sánchez Gil, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil II: bienes, derechos reales y sucesiones*, 41ª. ed., México, Porrúa, 2008.

RUIZ, ROIG, M. Francisca, *Numerus apertus y numerus clausus en la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado*, Islas Baleares, Tesis, UIB, Facultat de Dret.

WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandete*, trad. de Carlo FADDA y Paolo Emilio BENZA, Turín, Unione Tipografico Editrice, 1904.

SÁNCHEZ CERNA, Luis F. *et al.*, *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios*, Lima, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 2018, <https://scr.sunarp.gob.pe/repositorio/publicaciones/compendios-registrales/libro-comentarios/A/articulo%20141.pdf>.

SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A. *et al.*, *Introducción al Derecho Mexicano*, 2ª. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, t. I, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/746/29.pdf>.

SAVIGNY *cit.* en GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *El derecho real: elementos para una teoría general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.

STIGLITZ, Rubén, *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, Argentina, Depalma, 1992.

2. Hemerografía.

ABELLÁN CONTRERAS, Francisco J., “Los efectos de la enfiteusis en los reinos peninsulares durante la Baja Edad Media: reflexiones sobre los derechos y obligaciones de las partes contratantes”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, LXI, vol. 61, núm. 2, 2020.

-----, “Régimen de explotación de la tierra y condición jurídica de los campesinos en el Principado de Cataluña y Reino de Valencia en la Baja Edad Media”, *e-Legal History Review*, núm. 30, 2019.

ANDORNO O., Luis, “El derecho de superficie en el proyecto de Código Civil de 1998”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2000-II-890.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime, “La autonomía de la voluntad y derecho comercial”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 78, 1987, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5483951.pdf>.

BAQUERO CORREA, Juan S., “Derechos reales atípicos entre el mito y la leyenda: un análisis de los sistemas numerus apertus y numerus clausus”, *USFQ Law Review*, Quito, vol. 4, núm. 1, 2017.

BORJA MARTÍNEZ, Ignacio, “El derecho real de superficie”, *Revista Mexicana de Derecho*, México, núm. 6, 2004.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, “El derecho real de superficie”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Perú, núm. 37, 1938.

CUBIDES CÁRDENAS, Jaime A., “La relación del fenómeno de la constitucionalización del derecho con el derecho constitucional procesal”, *Justicia Juris*, Colombia, Vol. 8, núm. 1, enero-junio de 2012, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4195870.pdf>.

CUEVAS, SENTÍES, Carlos, “Derechos preferenciales de terceros sobre inmuebles”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, núm. 100, t. I, noviembre 1989.

CUEVAS GAYOSSO, José L. y RAMÍREZ ARCE, Bertha A., “El derecho de superficie. Una alternativa real para el Estado de Veracruz, México”, en Velázquez Arroyo, Laura M. y Goddard, Jorfe A. (coords.), *Estudios de derecho romano y derecho civil desde una perspectiva histórica, comparativa y práctica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.

DEL RISCO SOTIL, Luis F., “El derecho de superficie”, *Ius Et Veritas*, núm. 54, 2017, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/19087/19291>.

ESPILEZ MURCIANO, María Á., “El derecho de superficie y el titular catastral”, *CT: Catastro*, núm. 66, octubre 2009.

ESPÍNDOLA BUSTILLOS, Miguel Ángel., “La propiedad inmobiliaria en México: su esencia y extensión”, *Revista Mexicana de Derecho*, México, núm. 11, 2009, historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/cont/11/cnt/cnt4.pdf.

FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo P., “La forma en los Actos Jurídicos y en los Contratos”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, México, núm. 73, diciembre 1978.

-----, “Principios registrales”, *Pódium Notarial. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco*, núm. 3, julio-diciembre 1990.

FERNÁNDEZ SALAS, José C., “El derecho de superficie”, *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 62, 2012.

FOSAR BENLLOCH, Enrique, "Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 11, núm. 3, 1958.

ISLAS MONTES, Roberto, "Principios jurídicos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, XVII, 2011.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis M., "El inadecuado régimen urbanístico del derecho de superficie", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 69, núm. 3, 2016.

LUANA ALBERDI, Imas, "Derecho real de superficie: una mirada registral aplicada", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*, Argentina, año XVI, núm. 49, 2019.

MASCI, Belén, "Los nuevos derechos reales: una afectación a los principios del sistema de numerus clausus", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, Buenos Aires, vol. 15, núm. 48, 2018.

MEJORADA CHAUCA, Martín, "¡Atenta Superficie!", *Derecho PUCP*, Perú, núm. 25, 2005.

-----, "Derechos sobre bienes y el numerus clausus", *Themis: Revista de Derecho*, año MMXIV, núm. 66, 2014.

NAVAS OLÓRIZ, José I., "El derecho de superficie en la nueva Ley de Suelo", *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales*, vol. XXXIX, núms. 152 y 153, 2007.

NOVELLO, Vanesa A., "El derecho de superficie: de Roma a la actualidad. El caso de Argentina y Brasil". *XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, 2004, https://nanopdf.com/download/vanesa-novello-derecho-romano_pdf#.

PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., "Análisis crítico del sistema español de números apertus en materia de derechos reales", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año MMXV, núm. 751, 2015.

PIZARRO R. D., Ossola, "Orden público en la responsabilidad civil", *La ley*, año MMXV, núm. 221, t. 2015-F.

ROBLES LATORRE, Pedro, "La Renuncia al Derecho de Propiedad", *Revista Derecho Privado y Constitución*, España, núm. 27, 2013, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiryqClz5v9AhVVIGoFHUOhBpQQFnoECBEQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4717129.pdf&usg=AOvVaw3UdbmSuomH3XYEQfXIWN_p.

ROCA SASTRE, Ramón M., "Ensayo sobre el derecho de superficie", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, núms. 392/393, 1961.

SÁENZ, Pedro y RACHID, Martín, "Reflexiones sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", *Revista del Notariado*, núm. 927, enero-marzo 2017.

SALAS MURILLO, Sofía, “El derecho de superficie en la ley del suelo de 2007: una aproximación inicial”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm., 9, 2007.

SMAYEVSKY, Miriam, “Acciones reales: su ámbito de aplicación”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 32, 1966, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/32/acciones-reales-su-ambito-de-aplicacion.pdf>.

TERNERA, Francisco y MANTILLA, Fabricio, “El concepto de derechos reales”, *Revista de Derecho Privado*, Colombia, núm. 36, junio 2006.

ZAMORA VALENCIA, Miguel Ángel, “El Derecho del Tanto de los Arrendatarios de Casa Habitación y la Intervención Notarial”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, México, núm. 96, 1987, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-notarial/article/viewFile/6567/5878#:~:text=El%20derecho%20del%20tanto%20es,que%20pretenda%20vender%20otro%20copropietario>.

3. Legislación.

-----, *Código Civil del Estado Libre y soberano de Guerrero*, México, Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guerrero, 2013.

-----, *Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla*, México, Periódico Oficial del Estado de Puebla, 2023.

-----, *Código Civil para el Distrito Federal*, México, Gaceta Oficial de la Ciudad de México, 2021.

-----, *Código Civil para el Estado de Quintana Roo*, México, Periódico Oficial del Estado, 2022.

-----, *Código Civil para el Estado de Tabasco*, México, Periódico Oficial del Estado de Tabasco, 2021.

-----, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, 2023.

-----, *Código Fiscal de la Ciudad de México*, México, Gaceta oficial del Distrito Federal, 2019.

-----, *Constitución Política de la Ciudad de México*, México, Gaceta Oficial de la Ciudad de México, 2019.