



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**“NECESIDAD DE REGULAR EL
DERECHO DE SUPERFICIE EN EL
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO
FEDERAL”**

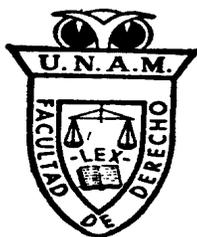
T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

MONICA GARCIA RAMIREZ



ASESOR: LIC. PABLO PRUNEDA GROSS

MÉXICO, D. F. A 14 DE JUNIO DE 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

AGRADECIMIENTOS

A la UNAM y a la Facultad de Derecho doy gracias por enseñarme a comprender estas palabras: “Por mi raza hablara el espíritu”

A todos mis maestros por sus horas de enseñanza

A mi asesor: Lic. Pablo Pruneda Gross por que también es de usted este logro, mil gracias por su apoyo y confianza

A mi madre que me obsequio la vida, por su lucha ante cualquier adversidad
y cariño sincero, a ti madre todos mis logros

A mis tíos Francisca y Gustavo por su apoyo y cariño

A la familia García Adabache por creer en mi, mil gracias

A mi gran amiga Erika, gracias por irradiarme de felicidad, gracias por tu
apoyo amiga

INDICE

NECESIDAD DE REGULAR EL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

	PAG
INTRODUCCIÓN	
CAPITULO I.- DERECHO DE SUPERFICE.....	1
1. MARCO CONCEPTUAL	1
1.1 Definición de Patrimonio	1
1.2 Definición de Bien	3
1.2.1 Clasificación de los Bienes Inmuebles	4
1.2.1.1 Por su naturaleza	4
1.2.1.2 Por su destino	5
1.2.1.3 Por su objeto	9
1.2.1.4 Por su determinación en la Ley	10
1.3 Definición de Propiedad	12
1.3.1 Características	14
1.3.2 Modalidades para adquirirla	16
1.3.3 Formas de extinción	19
1.4 Definición de Copropiedad	19
1.4.1 Elementos	21
1.4.2 Formas de presentarse	23
1.4.3 Formas de extinción	27
1.5 Definición de Accesión	29
1.5.1 Especies de Accesión en un Bien Inmueble	30
1.5.1.1 Natural	30
1.5.1.2 Artificial	33
1.5.1.2.1 Edificación	34
1.5.1.2.2 Plantación	34
1.5.1.2.3 Siembra	34

2. ANALISIS DEL DERECHO DE SUPERFICIE	36
2.1 Definición de Derecho de Superficie	36
2.2 Naturaleza jurídica del Derecho de Superficie	38
2.3 Elementos del Derecho de Superficie	40
2.4 Características del Derecho de Superficie	41
2.5 Constitución del Derecho de Superficie	43
2.5.1 Contrato de Asociación en Participación	44
2.5.2 Fideicomiso con derecho de reversión	53
2.6 Extinción del Derecho de Superficie	65
2.7 Figura Jurídicas afines	67
2.7.1 Arrendamiento	67
2.7.2 Usufructo	71
2.7.3 Condominio	76

CAPITULO II.- MARCO JURIDICO DEL DERECHO DE SUPERFICIE

.....81

1. ANTECEDENTES HISTORICOS	81
1.1 Desarrollo del Derecho de Superficie desde el Derecho Romano hasta su importancia actual	81
2. REGULACIÓN ACTUAL	84
2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	84
2.2 Código Civil para el Distrito Federal	87
2.3 Código Financiero para el Distrito Federal	88
2.4 Legislación Estatal	89
2.4.1 Código Civil del Estado de Coahuila	89
2.4.2 Código Civil del Estado de Guerrero	93
2.4.3 Código Civil del Estado de Jalisco	96
2.4.4 Código Civil del Estado de Puebla	99
2.4.5 Código Civil del Estado de Quintana Roo	102
2.4.6 Código Civil del Estado de Tabasco	105

3. DERECHO COMPARADO	108
3.1 Alemania	110
3.2 Argentina	111
3.3 Brasil	113
3.4 Cuba	115
3.5 España	118
3.6 Italia	125

CAPITULO III.- NECESIDAD DE REGULAR EL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
.....**128**

3.1 Propuesta para la regulación del Derecho de Superficie en el Código Civil para el Distrito Federal.	128
---	-----

CONCLUSIONES	131
BIBLIOGRAFÍA	133

INTRODUCCION

En el comienzo de este siglo han coincidido en varias partes del mundo la sanción de nuevas leyes que regulan el derecho de superficie.

Se trata de una figura legal que en los ordenamientos jurídicos modernos reviste cada vez más importancia por la función económica que está llamada a cumplir.

El derecho real de superficie permite construir, plantar o edificar sobre suelo ajeno, generalmente a cambio de una contraprestación, o directamente adquirir una obra o plantación o forestación ya existente; todo ello, sin necesidad de comprar el terreno o el inmueble sobre el cual se asientan las mismas.

Se pretende así obtener disminuir los costos de las construcciones; ante los altos precios del suelo.

También posibilita a quien no tiene los fondos necesarios, o no quiere encarar nuevas obras sobre su terreno pueda, sin desprenderse del mismo, darlo en superficie para que el superficiario realice emprendimientos que quizás necesiten de grandes inversiones o de una organización empresarial que no quiere o no puede encarar el propietario. Al término de la superficie,

el titular dominial recuperará el dominio pleno sobre su suelo, tal vez enriquecido con importantes obras.

Su funcionamiento tiene que ver también con la cultura moderna que, ordinariamente, no da espacio en su seno para obras perdurables. A una gran empresa hotelera, por ejemplo, puede interesarle construir y poseer su edificio en superficie, sabiendo que a su término la construcción será obsoleta, y de esa manera, abonar un precio menor por el uso del terreno.

En síntesis, podemos decir que se necesita que la nueva figura jurídica sea acompañada por una normativa impositiva y administrativa adecuada para que se pueda llevar a la práctica con éxito.

Por lo anterior, aquí nos proponemos estudiar algunos aspectos particulares de esta figura así como también los diferentes ordenamientos donde se encuentra regulada para señalar sus características y diferencias y finalmente proponer una regulación de la misma en nuestro ordenamiento.

CAPITULO I

DERECHO DE SUPERFICIE

1. MARCO CONCEPTUAL

1.1 Definición de Patrimonio

La primera tesis elaborada en forma científica acerca del patrimonio fue la de los tratadistas franceses Aubry y Rau, la cual definió al patrimonio como el conjunto de los derechos y obligaciones de una persona, apreciables en dinero, considerados formando una universalidad de derechos.

El patrimonio para estos autores, constituye una entidad abstracta, diferente de los bienes y obligaciones que lo integran, de tal manera que esos elementos pueden cambiar, disminuir, aumentar, o inclusive desaparecer totalmente, sin que el patrimonio desaparezca, ya que permanece uno e invariable durante toda la vida de su titular.¹

¹ Planiol y Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil, (de la traducción de José M. Cajica Jr) Puebla, s. Ed. s.f. p. 13. (T. III, Los Bienes).

Para Floris Margadant el patrimonio es el conjunto de res corporales (cosas tangibles), res incorporeales (créditos y otras cosas intangibles) y deudas que corresponden a una persona.

Gutiérrez y González señala que el patrimonio esta formado por dos campos; el económico o pecuniario y el moral, no económico o de afección, al cual también puede designársele como Derechos de la Personalidad en donde se debe incluir necesariamente el Derecho al nombre, al honor o reputación, el Derecho al secreto epistolar, telegráfico, telefónico. El Derecho a la imagen, el Derecho a las partes separadas del cuerpo, etc. Por que considera que el patrimonio contiene las siguientes características:

- a)** Comprende todos los bienes de una persona, sin hacer distinción sobre la naturaleza intrínseca de cada uno de ellos, lo que implica que se les de un trato genérico, y por lo mismo que se le estime como una “universalidad”.
- b)** Se comprende en él, no sólo bienes que representan un valor pecuniario, sino que incluye necesariamente a los bienes que tienen un valor de afección, moral no pecuniario.

Con lo anterior define al patrimonio como el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de Derecho.

De acuerdo con lo antes expuesto considero que el patrimonio es un conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de una valoración

económica, que constituyen una universalidad de derecho, debido a que el patrimonio de una persona siempre estará integrado por un conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas; pero es indispensable que esas obligaciones y derechos que integran el patrimonio sean apreciables en dinero, es decir, que puedan ser objeto de una valoración económica.

1.2 Definición de Bien

La palabra bien procede etimológicamente del verbo latino “beare”, que significa causar felicidad o dicha.² Por lo cual se entiende que en un sentido amplio se estará en presencia de un bien cuando el ser humano obtiene de algo una felicidad o dicha.

Desde el punto de vista jurídico, la ley entiende por bien todo aquello que pueda ser objeto de apropiación. Y desde el punto de vista económico, bien es todo aquello que pueda ser útil al hombre. Por lo tanto, aquellos bienes que no puedan ser objeto de apropiación, aún cuando sean útiles al hombre, no lo serán desde el punto de vista jurídico. En la naturaleza existen gran cantidad de bienes que no pueden ser objeto de apropiación, tales como el aire, el mar, etc., etc

En derecho se dice que son objeto de apropiación todos los bienes que no están excluidos del comercio, y conforme al artículo 747 del Código Civil

² Diccionario de Derecho Privado, Labor, 1954, p. 627

para el Distrito Federal este criterio ha sido adoptado expresamente por nuestra legislación. Según el artículo 748 “las cosa pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o disposición de la ley”, y de acuerdo con el artículo 749 “están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley las que ella declara irreductibles a propiedad particular”.

- A) Bien inmueble.-** Son los que tienen una situación fija y no se puede trasladar ni por sí, ni por fuerza extraña, de un lugar a otro.
- B) Bien mueble.-** Son los que por sí, o por acción de una fuerza exterior a ellos, se pueden desplazar de un lugar a otro.

1.2.1 Clasificación de los bienes inmuebles

Dentro del género de los bienes inmuebles, conforme a la doctrina, se encuentran la siguiente clasificación:

1.2.1.1 Por su naturaleza

Los inmuebles por naturaleza son aquellos que por su fijeza imposibilitan la traslación de un lugar a otro. Esta primera subdivisión se aplica exclusivamente a los bienes corporales, es decir, a las cosas; se incluye la tierra, los edificios, toda clase de construcciones , o de obras tanto en el suelo como en el subsuelo, que implican la fijeza de materiales con permanencia, y

que imposibilitan su traslación; los árboles que están adheridos a la tierra y las cosechas o frutos pendientes que no se han separado por cortes regulares; se comprenden también las diferentes partes que vienen a completar un inmueble, por ejemplo, los balcones, las ventanas, los canales, los elevadores de un edificio; todo ese conjunto de partes integrantes del inmueble que, como todo, quedan adheridas en forma permanente, de tal suerte que no pueden separarse sin destrucción o daño del mismo.

En el artículo 750 del Código Civil para el Distrito Federal se enumeran los inmuebles y en sus dos primeras fracciones se enuncian los que son por naturaleza:

- I. El suelo y las construcciones adheridas a él;
- II. Las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas, mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares;

1.2.1.2 Por su destino

Son inmuebles por su destino aquellos muebles por su naturaleza pertenecientes al dueño de un inmueble, que por ser accesorios del mismo y necesarios para su uso y explotación, la ley los ha reputado inmuebles.

“Se llaman inmuebles por destino” los objetos que son muebles por su naturaleza, pero que están considerados como inmuebles, a título de accesorios de un inmueble, al cual están unidos. En efecto, conservan su naturaleza mueble; difieren de los inmuebles, por su naturaleza, en que su inmovilización es meramente jurídica y ficticia, y no material y real”.³

Los inmuebles por su destino se subdividen en cuatro clases, tomando en cuenta la naturaleza de explotación del inmueble y la sujeción material del mueble. Existen cuatro principales formas de explotación de los inmuebles: Agrícola, industrial, comercial y civil; de aquí que hay cuatro clases de inmuebles por destino, según sean accesorios para una explotación agrícola, industrial, comercial o civil.

En los inmuebles por destino simplemente se trata de una ficción, es decir, por disposición de la ley se les da fijeza a cierta clase de muebles que real y positivamente no la tienen; por esta razón los inmuebles por su naturaleza y por incorporación, presentan una constitución de carácter distinto de los inmuebles por destino; en éstos encontramos muebles que sólo por una ficción, tomando en cuenta funciones de utilidad para la explotación de inmueble, se han reputado como tales.

³ Planiol y Ripert. Op. cit., p. 55.

Para que un bien mueble se convierta en inmueble por destino son necesarias dos condiciones: Primera, que pertenezcan al mismo dueño del inmueble; y segunda, que sean necesarios para los fines de la explotación de que se trate; de tal suerte que si se trata de bienes del mismo dueño, pero que no son necesarios sólo para el uso personal de éste, no adquieren el carácter de inmuebles.

El citado artículo 750, en sus fracciones V a XIII, se comprenden los distintos inmuebles por destino en las cuatro formas de explotación ya mencionadas.

Las fracciones V, VII y X dicen:

- V.- Los palomares, colmenares, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente;
- VII.- Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse, y las semillas necesarias para el cultivo de finca;
- X.- Los animales que formen al pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, así como las bestias de trabajo indispensables para el cultivo de la finca, mientras están destinadas a ese objeto;

En estas tres fracciones se determinan los inmuebles por su objeto en atención a que el inmueble no se incorpora, si no que se afecta al servicio del inmueble en una forma permanente; no se necesita de la incorporación del mueble al inmueble, si no que es suficiente la destinación que hace de la cosa su dueño, para que la ley lo considere inmueble por destino agrícola.

La fracción VI determina:

“Son bienes inmuebles:

VI.- Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca directa o exclusivamente, a la industria o explotación de la misma;”

Aquí se reconoce la calidad de inmuebles por destino, en virtud de una relación de tipo industrial.

La fracción VIII dispone:

“Son bienes inmuebles:

VIII.- Los aparatos electrónicos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario;”

En esta fracción la ley reconoce el caso de que un mueble se destina al servicio del inmueble por lo que en la doctrina se llaman inmuebles por destino comercial.

1.2.1.3 Por su objeto

Los bienes inmuebles por su objeto, son los Derechos Reales que recaen sobre bienes inmuebles. Es bien inmueble por su objeto, un derecho de propiedad de una casa; lo es también un derecho real de servidumbre, la cual sólo puede recaer sobre bienes inmuebles.

En nuestra legislación esta categoría de inmuebles por el objeto al cual se aplican, sólo se refiere a los derechos reales y no a los personales.

Los derechos reales pueden recaer a la vez sobre muebles o inmuebles, o sólo sobre unos u otros. En estos casos, cuando el derecho real se constituye sobre inmueble, se reputa inmueble y cuando se constituye sobre un mueble, se considera mueble.

Los derechos reales sobre inmuebles los considera la ley precisamente como inmuebles, y así en el artículo 750 del Código Civil para el Distrito Federal en su fracción XII dispone:

“Son bienes inmuebles:

XII.- Los derechos reales sobre inmuebles”

Esta fracción se refiere a los derechos, o sea a los bienes inmuebles incorporales, por el objeto al cual se aplican; son incorporales, los derechos reales sobre inmuebles, ya que pueden existir también sobre bienes muebles, y su naturaleza dependerá de la del objeto sobre el que gravitan. La

propiedad y el usufructo, como pueden recaer sobre muebles o inmuebles, tendrán alguna de estas dos naturalezas; el uso generalmente recae sobre inmuebles, pero puede recaer sobre muebles en cambio la habitación siempre es inmueble; las servidumbres y la hipoteca siempre serán inmuebles; en cambio, la prenda siempre será mueble.

En cambio a los derechos personales, aunque se refieran a obligaciones de dar y sobre inmuebles, siempre serán de naturaleza mueble.

1.2.1.4 Por su determinación en la ley

Con este tipo de inmuebles se concluye la parte conducente a la clasificación de los bienes inmuebles y se entiende por ellos a los que la ley les confiere ese carácter de inmuebles por no encuadrarse en las tres anteriores clasificaciones de inmuebles que se describieron, esto es , inmuebles por su naturaleza, por su destino o por su objeto.

El Código Civil para el Distrito Federal considera dos casos de este tipo de inmuebles, y los menciona en el artículo 750, fracciones XI y XIII:

“Son bienes inmuebles:

- XI.- Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.”

Se pudiera pensar que estos bienes se deberían catalogar como inmuebles por destino, ya que flotan o se mueven, pues son muebles y se convierten en inmuebles por voluntad del dueño, pero definitivamente no se puede llegar a esa conclusión, debido a que en las orillas de las costas, se conserva siempre una zona a favor del Estado, que se le denomina “zona marítima costera”, además de que el agua en sí no es propiedad privada, sino que en el límite que fija la ley, es pertenencia de la Nación, y de ahí que al no ser mueble y el inmueble del mismo dueño, no se les pueda catalogar a estas cosas como inmuebles por destino. En lo que se refiere a los lagos y ríos, si bien pudiera pertenecer la orilla al mismo particular la propiedad del objeto flotante, sería muy raro que también lo fuera el agua, y de ahí que tampoco se le pueda designar inmuebles, por destino sino que lo son por mandato o disposición de la ley.

Por lo que se refiere a la segunda fracción mencionada señala:

“Son bienes inmuebles:

XIII.- Las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas.”

Con lo anterior podemos concluir que la primera categoría de dicha clasificación de los bienes inmuebles se refiere a la distinción clásica, es decir, aquellos bienes corpóreos que no se pueden trasladar de un lugar a otro; la segunda se refiere a bienes muebles por su naturaleza, pero se consideran inmuebles por formar parte o complemento de un inmueble; la tercera se refiere a los derechos que al formar parte de esta clasificación,

deben catalogarse como inmuebles o muebles, según el objeto sobre el cual gravitan, y finalmente, la última categoría queda totalmente al arbitrio del legislador y en todo caso se trata de bienes inmuebles por naturaleza

1.3 Definición de Propiedad

En esta, como en todas las materias jurídicas, hay siempre una tesis u opinión que se considera o designa “clásica”, y la definición que toma aquí ese carácter , es ésta: “Propiedad es el derecho real de usar, gozar y disponer de los bienes en forma absoluta, exclusiva y perpetua”.⁴

El Código de Napoleón la definió diciendo que es “el derecho de gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta, con tal de que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos”.

Para el Código Civil Español (1889) la propiedad es “el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes” (Artículo 348).

El Código Civil Suizo (1907) no formula definición de la propiedad, sino que se limita a decir que “el propietario de una cosa tiene el derecho de disponer libremente de ella, dentro de los límites de la ley” (Artículo 641).

⁴ Planiol y Ripert. Op. cit., p. 199.

Por lo que toca al Código Civil Alemán (1896), en términos semejantes al del suizo, establece que “el propietario de una cosa puede proceder a su arbitrio con respecto a ella y excluir a los demás de toda ingerencia, en tanto no se opongan la ley y los derechos de terceros”.

El Código Civil Italiano (1942) se limita a decir que “el propietario tiene el derecho de gozar y disponer de la cosa de modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico” (Artículo 832).

El artículo 830 del Código Civil para el Distrito Federal no define tampoco la propiedad, limitándose a decir que el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes. Desde este punto de vista legal, puede definirse el derecho de propiedad en los siguientes términos: “derecho de propiedad es aquel que autoriza al propietario de una cosa para gozar y disponer de ella con las limitaciones que fijen las leyes.”⁵

De esta definición legal se desprenden dos consecuencias: el derecho de propiedad está sujeto a las modalidades y límites señalados expresamente por el legislador y sólo dentro de esta esfera debe considerarse lícita la disposición y goce de la cosa sobre la que la propiedad recae.

⁵ Osorio Gallardo, Angel. Anteproyecto de Código Civil para la República de Bolivia (artículo 420), definió la propiedad diciendo que es “el derecho de usar, disfrutar y disponer de las cosas con arreglo a su naturaleza, en servicio de la sociedad y para provecho del propietario”.

1.3.1 Características

De acuerdo a la definición clásica de propiedad que se expuso con anterioridad, se desprenden tres características de la misma:

- a) La propiedad era absoluta;
- b) La propiedad era exclusiva;
- c) La propiedad era perpetua.

a) La propiedad era absoluta porque se considero por los comentaristas del Derecho Romano que la propiedad tenía esa característica, pues según ellos, no reconocía ninguna limitación y así, el propietario usaba de su cosa en la medida que quisiera y como deseara.

“El derecho de propiedad es absoluto. Absoluto con relación al poder público, que únicamente puede realizar algunas restricciones por interés de policía, pero no puede tocar en él más que habiendo pagado una justa y previa indemnización. Es la fórmula de M. Baudry-Lacantinerie, el propietario “puede legítimamente realizar sobre la cosa actos aunque no tenga ningún interés confesable en realizarlos” y si, al realizarlos causa

daño a otro “no es responsable, porque no hace más que usar de su derecho.”⁶

b) La propiedad era exclusiva porque la atribución del goce de la cosa correspondía al propietario con exclusión de todas las demás personas. El propietario podía impedir que cualquier otra persona usara su cosa, aunque a él no le reportara perjuicio ese uso.

c) La propiedad era perpetua debido a que el propietario lo era siempre, hiciera o no uso de su cosa, y no la perdía nunca por no uso de la misma.⁷

Sobre este carácter de perpetuidad

“...se funda el derecho de testar; ya que el propietario titular de un derecho absoluto tiene lógicamente el poder de disponer de sus bienes durante su vida y después.”⁸

En conclusión se puede decir que las anteriores características que se anotan a la propiedad, son más literarias que reales, puesto que desde la misma Roma la propiedad, fue objeto de limitaciones, y así también no es de la esencia de la propiedad el ser exclusiva, puesto que existe la llamada “copropiedad”, y finalmente tampoco la perpetuidad es característica esencial,

⁶ Duguit León. Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el código Napoleón, 2ª Ed, Madrid, s. ED. s.f. p.173.

⁷ Planiol y Ripert. Op. cit., pp. 199 y 200.

⁸ Duguit León. Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón, Madrid, Analecta Editorial, 1907, p. 174.

ya que existen las llamadas “propiedades temporales”, en donde el propietario de una cosa lo es sólo durante un determinado plazo.

1.3.2 Modalidades para adquirirla

Pueden clasificarse desde distintos puntos de vista, en:

- 1.- Adquisición a título universal y a título particular.
- 2.- Adquisiciones primitivas y derivadas.
- 3.- Adquisiciones a título oneroso y a título gratuito.

Adquisiciones a título universal y a título particular. Se entiende por adquisición a título universal, aquella por la cual se transfiere el patrimonio, como universalidad jurídica, es decir, como conjunto de derechos y obligaciones, constituyendo un activo y un pasivo.

La forma de adquisición a título universal reconocida en nuestro derecho es la herencia, ya sea legítima o testamentaria cuando en esta última se instituyen herederos. Cuando reinstituyen legatarios, hay transmisión a título particular. En toda herencia legítima, llamada sucesión ad-intestato, hay una transmisión a título universal porque únicamente se instituyen herederos.

La forma habitual de transmisión a título particular es el contrato. También en los legados hay transmisión a título particular, porque el legatario recibe bienes determinados.

Hay ocasiones en que toda la herencia se distribuye en legados de tal suerte que aun cuando el testador simplemente transmite bienes determinados a sus legatarios, ya no hay herederos responsables, y en estos casos el legatario se equipara al heredero.

En el contrato se trata de una transmisión a título particular, pues no se puede, en nuestro derecho, enajenar por contrato un patrimonio.

Adquisiciones primitivas y derivadas. Por forma primitiva se entiende aquella en la cual la cosa no ha estado en el patrimonio de determinada persona, de tal suerte que el adquirente de la misma no la recibe de un titular anterior, sino que ha permanecido sin dueño, siendo el primer ocupante de la misma.

Las formas primitivas de adquisición se presentan en la ocupación, que constituye históricamente el medio principal de adquirir la propiedad; y en la accesión, en algunas de sus formas.

La ocupación supone que el adquirente entra en posesión de bienes que no tienen dueño, y que ejercita esa posesión con el ánimo de adquirir el dominio, por lo cual no hay transmisión de un patrimonio a otro.

En cambio, las formas derivadas de transmisión del dominio supone una transmisión de un patrimonio a otro. La cosa ha tenido dueño y ha estado en el patrimonio de una persona, que la trasmite a otra, por lo cual se llama adquisición derivada. Estas formas derivadas de transmitir el dominio son las que tienen mayor trascendencia jurídica. El contrato, la herencia, la prescripción, la adjudicación, son formas que implican siempre que pasa un bien de un patrimonio a otro.

Adquisiciones a título oneroso y a título gratuito. En las adquisiciones a título oneroso, el adquirente paga un cierto valor en dinero, bienes o servicios, a cambio del bien que recibe, y como ejemplo tenemos los contratos onerosos: la compraventa, la permuta, la sociedad, en los cuales se trasmite el dominio de una cosa cambio de una contraprestación.

Hay contratos a título gratuito traslativos del dominio, como la donación, en los cuales el adquirente recibe un bien sin tener que cubrir una contraprestación.

También las transmisiones a título gratuito pueden ser de carácter universal. La herencia, tanto testamentaria como legítima, implica una transmisión a título gratuito de un patrimonio; sólo que en la herencia, como se transmite el patrimonio integrado por el activo y el pasivo, cuando éste es igual a aquél, o superior, no hay propiamente una transferencia de valor.

En el legado existe una transmisión a título gratuito, pero de carácter particular. El legatario recibe bienes determinados.

1.3.3 Formas de extinción

Los modos de extinguirse el derecho de propiedad son muy variados, pudiendo clasificarse en voluntarios e involuntarios.

La propiedad se pierde de modo voluntario cuando se transfiere por cualquiera de los actos jurídicos susceptibles de producir este efecto (venta, donación, abandono de la cosa o renuncia del derecho, etc.); y por modo involuntario por la expropiación por causa de utilidad pública, por confiscación, cuando está permitida, por la revocación de las donaciones, por cambio del cauce de los ríos, por destrucción de la cosa, etc.

1.4 Definición de Copropiedad

Existen diversas teorías y concepciones acerca de la copropiedad; incluso puede decirse que es de los conceptos jurídicos que han sufrido más transformaciones. El Derecho Romano no se ocupó de ella como institución autónoma, por la sencilla razón de que su concepción de propiedad, como derecho esencialmente exclusivo, hizo que le repugnara que una misma cosa estuviera sujeta, al mismo tiempo, a la propiedad de varias personas. Pero tampoco puede decirse que la desconoció en lo absoluto, puesto que desde

las Doce Tablas consagró la acción del comunero para dividir la cosa común, pero no elaboró una teoría completa, como en otras instituciones jurídicas. Por otra parte, el Código Civil Francés no consagró un capítulo especial al estudio de la copropiedad, sino que hace aplicaciones especiales del concepto en las sucesiones, en la accesión, etc; los códigos modernos, el italiano, el alemán, el suizo y el nuestro, sí consagran un capítulo especial al derecho de copropiedad.

Los autores franceses, que constituyen la teoría de la copropiedad desde un punto de vista especial de la propiedad individual, responden que es una modalidad del derecho individual de propiedad, que consiste en el aspecto que toma la propiedad individual cuando se ejerce sobre una cosa que pertenece a varios propietarios simultáneamente, pero sin porciones determinadas. En cambio, las legislaciones que no construyen la copropiedad bajo el modelo de la propiedad individual afirman que es una nueva forma de propiedad, llamada en mancomún, pero distinta a la propiedad individual, por lo que no existe parte alícuota.

De lo anterior podemos deducir que los autores que mejor pueden guiarnos en nuestro estudio son los autores españoles e italianos; nuestro Código está inspirado en el Código Civil Español. Por tanto podemos aceptar la definición que da nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 938, que señala:

Artículo 938.- Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen proindiviso a varias personas.

En conclusión se puede decir que estamos en presencia de la copropiedad cuando una cosa o un derecho patrimonial pertenecen, pro indiviso, a dos o más personas. Los copropietarios no tienen dominio sobre partes determinadas de la cosa, sino un derecho de propiedad sobre todas y cada una de las partes de la cosa en cierta proporción, es decir, sobre parte alícuota.

1.4.1 Elementos

Cuando una cosa esta sujeta al régimen de copropiedad, se considera que esa cosa está dividida en “partes o cuotas ideales”, que afectan a la totalidad de la misma cosa, sin que por lo mismo se divida materialmente; se trata de una división ideal pero rigurosamente exacta.

Como consecuencia de esa división ideal de la cosa, se encuentra que los elementos de la copropiedad son los siguientes:

- 1.- Pluralidad de sujetos titulares del derecho real de propiedad.
- 2.- Unidad Física del objeto.

3.- Cuotas ideales, cuotas partes, parte alícuota, o partes indivisas o pro indiviso a cada propietario.

Pluralidad de sujetos.- Es cuando existen respecto de la misma cosa, cuando menos dos titulares del mismo derecho real.

Unidad física del objeto.- Consiste en que los titulares del derecho real, reunidos

“...ejercen el dominio sobre los mismos elementos, sin que esté deslindada la parte material de cada uno; ni menos pueda establecerse, cuando hay varios objetos, la cuál de ellos corresponde a determinadas personas;”⁹

Cuotas ideales a cada propietario.- Cada copropietario sabe que tiene de la cosa, un determinado por ciento, pero no puede decir sobre ella misma, la cuál es la parte que le corresponde, ya que como quedo dicho, su por ciento es sobre todas y cada una de las moléculas de la cosa. Si uno de los copropietarios o todos ellos pueden individualizar materialmente su parte, cesa entonces la copropiedad en forma total o parcial, ya que ese es precisamente uno de los medios que se utilizan, para poner fin a la copropiedad.

⁹ Lafaille, Héctor. Derecho civil. Tratado de los Derechos Reales. Buenos Aires, Ediar, 1944, pp. 204...Vol. II.

1.4.2 Formas de presentarse

Las formas de la copropiedad pueden clasificarse desde los siguientes puntos de vista:

- a) Voluntarias y forzosas.
- b) Temporales y permanentes.
- c) Reglamentadas y no reglamentadas.
- d) Sobre bienes determinados y sobre un patrimonio o universalidad.
- e) Por actos entre vivos y por causa de muerte.
- f) Por virtud de un hecho jurídico y por virtud de un acto jurídico.

Copropiedades voluntarias y forzosas.- Existe un principio fundamental en esta materia: nadie está obligado a permanecer en la indivisión, y en consecuencia no es válido el pacto por el cual los condueños se obligan permanentemente a permanecer en dicho estado. Se reconoce en cada condueño el derecho de pedir la división cuando le plazca, a no ser que exista un pacto estableciendo copropiedad temporal; en este caso debe respetarse el término señalado.

Hay bienes que por su naturaleza no se pueden dividirse o no admiten cómoda división en virtud de que perderían valor al dividirse. En estos casos el modo de terminar el estado de copropiedad consiste en la venta que de común acuerdo pueda llevarse a cabo y a falta de acuerdo será necesaria la

intervención judicial. Artículos 939 y 940 del Código Civil para el Distrito Federal.

Las copropiedades forzosas son aquellas en que, por la naturaleza de las cosas, existe una imposibilidad para llegar a la división o a la venta, de manera que la ley se ve obligada a reconocer este estado que impone la propia naturaleza.

Esto ocurre cuando los diferentes pisos de una casa pertenecen a distintas personas en plena propiedad. Se crea una copropiedad con respecto a las cosas comunes: entrada, patios, escaleras, cimientos, azotea, servicios del inmueble (agua, drenaje, etc.). Cada propietario es dueño de un piso y no hay, por consiguiente, en cuanto a cada piso, copropiedad; pero necesariamente hay ciertas cosas comunes al edificio que tienen que ser objeto de una copropiedad forzosa. Este caso es raro, pero puede darse en una herencia cuando el testador deja a cada legatario la propiedad sobre un piso determinado en un edificio.

No hay manera de terminar esta indivisión respecto de las cosas comunes, porque no podrían venderse independientemente del edificio. Tampoco puede obligarse a los distintos dueños de los pisos a que vendan a una persona determinada, pues no hay ley que lo marque ni razón para consolidar el dominio en una sola persona, obligando a los demás a vender, de manera que por la naturaleza de las cosas la copropiedad se impone en

forma forzosa y no hay manera de salir de ella, como no sea con el consentimiento unánime de todos los dueños de los pisos, para vender a un tercero o a alguno de ellos la totalidad.

Otro caso es de la pared medianera. Esta crea una copropiedad forzosa porque no puede ser ni objeto de división material, ni hay procedimiento alguno para obligar a uno de los dueños a vender al otro.

Copropiedades temporales y permanentes.- Toda copropiedad ordinariamente es temporal, como consecuencia de que es voluntaria y excepcionalmente puede ser permanente, cuando sea forzosa.

Copropiedades reglamentadas y no reglamentadas.- Las reglamentadas son aquellas formas especiales que han merecido una organización, tomando en cuenta ciertas características y conflictos que pueden presentarse, dada su naturaleza. Por ejemplo, la copropiedad que nace de la herencia.

Otras copropiedades reglamentadas son las forzosas, como la medianería, la copropiedad sobre los bienes comunes cuando los distintos pisos de una casa pertenecen a diferentes personas.

Copropiedades sobre bienes determinados y sobre un patrimonio o universalidad.- Generalmente la copropiedad recae sobre un bien o bienes determinados; pero existe un caso de copropiedad sobre un patrimonio

integrado con su activo y pasivo; es el caso de la copropiedad hereditaria. Los herederos tienen una parte alícuota, con valor positivo y negativo, porque tienen una parte proporcional en el haber hereditario.

Esta copropiedad sobre un patrimonio tiene la característica especial de comprender bienes, derechos y obligaciones.

En cuanto a la copropiedad sobre un bien o bienes determinados que recae una sobre una cosa o un derecho, la parte alícuota se refiere siempre a un valor positivo y estimable en dinero para incluirse en el activo del copropietario. En cambio, la parte alícuota del heredero puede llegar a tener un valor nulo si el pasivo es igual o superior al activo.

Copropiedad por acto entre vivos y por causa de muerte.- La copropiedad que se crea por acto entre vivos puede tener como fuente un contrato, un acto jurídico unilateral, un hecho jurídico o la misma prescripción. Ordinariamente la copropiedad se origina por contrato es decir, por un acto jurídico; pero también puede establecerse por un hecho jurídico en la accesión, cuando se mezclan o confunden diferentes cosas.

Puede también nacer de la prescripción, que tiene características de hecho y de acto jurídico. De hecho, en cuanto a la detentación de la cosa, al poder físico que se ejerce sobre un bien; y de acto jurídico en cuanto a la intención de poseer con ánimo de dominio.

También la copropiedad puede originarse por causa de muerte, que es el caso que ocurre en el intestado o sucesión legítima y en el de la copropiedad nacida por testamento.

Copropiedad por virtud de un hecho jurídico y por virtud de un acto jurídico. –

Las que se reconocen como causa de un hecho jurídico o un acto jurídico son las que se originan por ocupación, accesión o prescripción. Las que nacen de un acto jurídico son las que se crean por contrato, por testamento o por acto unilateral.

1.4.3 Formas de extinción

De acuerdo al artículo 976 del Código Civil para el Distrito Federal, la copropiedad “cesa” por la división de la cosa común, por su destrucción o pérdida, por su enajenación y por la consolidación o reunión de todas las cuotas en un solo copropietario.

La división de una cosa común no perjudica a tercero, el cual conserva los derechos reales que le pertenecen antes de hacerse la partición, observándose, en su caso, lo dispuesto para las hipotecas que graven fincas susceptibles de ser fraccionadas y lo prevenido para el adquirente de buena fe que inscribe su título en el Registro Público de la Propiedad (Artículo 877).

La división de los bienes inmuebles requiere las formalidades que la ley exige para su venta, siendo nula cuando no se cumple (Artículo 978).

Las reglas concernientes a la división de herencias son aplicables a la que se hagan entre partícipes (Artículo 979).

De todos estos medios de extinción de la copropiedad, el único que requiere alguna explicación particular es el de la división de la cosa común. Esta puede ser voluntaria o forzosa.

Del precepto del Código Civil para el Distrito Federal (Artículo 939) que declara que los que por cualquier título tienen el dominio legal de una cosa no pueden ser obligados a conservarlo indiviso, sino en los casos en los que por la misma naturaleza de las cosas, o por determinación de la ley, el dominio es indivisible, se desprende la facultad de los condominios de reclamar la división por la vía judicial en caso necesario.

Tradicionalmente, para obtener la división judicial de la cosa común, el ordenamiento procesal ha puesto a disposición de los condominios la acción denominada comuni dividendo.

La acción comuni dividendo tiene naturaleza personal y es imprescriptible mientras subsista la comunidad.

1.5 Definición de Accesión

La accesión determina un aumento o incremento del derecho real de propiedad, ya sea porque ese aumento se genere por producción de la cosa en que recae el derecho, ya porque el incremento se produzca por causas ajenas y externas a la misma cosa.

La ley considera que todo lo que una cosa sujeta a propiedad, produce o se le une o incorpora en forma natural o artificial, debe incrementar el derecho real de propiedad, y precisamente a ese derecho a los incrementos se le da el nombre de Accesión.

El nombre de este derecho viene del vocablo latino "accessio", que significa agregación de una cosa a otra.

Por lo anterior, podemos concluir que la accesión es el derecho por virtud del cual, el titular del derecho real de propiedad, hace suyo todo lo que la cosa produce, o se le une o incorpora natural o artificialmente. Es por tanto, un medio de adquirir la propiedad mediante la unión o incorporación de una cosa secundaria a una principal. El dueño de la principal adquiere la accesión.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 886 señala:

“La propiedad de los bienes da derecho a todo lo que ellos producen, o se les incorpora natural o artificialmente. Este derecho se llama de accesión”

Así pues, se trata de incrementos que sufre el derecho de propiedad, y los cuales la ley considera corresponden al propietario de la cosa

Existen dos principios fundamentales referentes a la accesión:

- 1.- Lo accesorio sigue la suerte de lo principal
- 2.- Nadie puede enriquecerse sin causa, a costa de otro.

1.5.1 Especies de Accesión en un Bien Inmueble

En la doctrina se hacen diversas clasificaciones: se distingue la accesión natural y la artificial.

1.5.1.1 Accesión Natural

La accesión natural supone la unión o incorporación de cosas sin la intervención del hombre y, por tanto, no puede haber en ella buena o mala fe. Esta especie de accesión se presenta en las siguientes formas: a) Aluvión; b) Avulsión; c) Formación de una isla; d) Mutación del cauce de un río.

Aluvión: es el acrecentamiento que paulatinamente e imperceptiblemente van recibiendo los predios confinantes con corrientes de agua, por efecto mismo de la corriente, la cual va depositando diversas materias sólidas en las orillas de esos predios.

El Código Civil para el Distrito Federal no da el concepto de aluvión, pero lo acepta al decir en su artículo 908 que:

“El acrecentamiento que por aluvión reciben las heredades confinantes con corrientes de agua, pertenecen a los dueños de las riberas en que el aluvión se deposite.”

Avulsión: es el acrecentamiento violento y rápido que recibe una finca que confina con una corriente de agua, por efecto de la misma corriente, que deposita en el predio una porción considerable y reconocible de otro campo ribereño.

El Código Civil para el Distrito Federal no da un concepto de avulsión, pero si la acepta al señalar en su artículo 910 que:

“Cuando la fuerza del río arranca una porción considerable y reconocible de un campo ribereño y la lleva a otro inferior, o a la ribera opuesta, el propietario de la porción arrancada puede reclamar su propiedad, haciéndolo dentro de dos años contados desde al acaecimiento; pasado este plazo perderá su derecho de

propiedad, a menos que el propietario del campo a que se unió la porción arrancada, no haya aún tomado posesión de ella.”

Formación de isla: la tercera forma de acrecentar de manera natural el derecho real de propiedad, es a través de la formación de una isla, la cual se puede formar en aguas del dominio público, o en aguas del dominio de los particulares. Una isla se puede formar de diversas maneras:

1º._ Porque las aguas de un río se dividan, y rodeen un campo para unirse más adelante; así el artículo 915 del Código Civil para el Distrito Federal señala que:

“Cuando la corriente del río se divide en dos brazos o ramales, dejando asilada una heredad o parte de ella, el dueño no pierde su propiedad sino en la parte ocupada por las aguas, salvo lo que sobre el particular disponga la ley federal correspondiente.”

2º.- Por avulsión, es decir, cuando la corriente arranca una fracción de terreno de un predio y queda situada en medio del cauce. Entonces la isla acrece la propiedad de los ribereños del lado en que se encuentre, y si fuera en el centro, la isla será de los ribereños de ambos lados.

3ª.- Por baja de las aguas, dejando al descubierto el lecho del río o laguna, y sobre su propiedad el artículo 909 del código Civil para el Distrito Federal dispone:

“Los dueños de las heredades confinantes con las lagunas o estanques no adquieren el terreno descubierto por la disminución natural de las aguas, ni pierden el que éstas inundan con las crecidas extraordinarias.”

Mutación del cauce de un río: la última forma de incrementar de una manera natural el derecho de propiedad, es por la variación del cauce de un río, llamada mutación de cauce. Esta forma se prevé en el artículo 914 del Código Civil para el Distrito Federal que dice:

“Los cauces abandonados por corrientes de agua que no sean de la Federación, pertenecen a los dueños de los terrenos por donde corren las aguas. Si la corriente era limítrofe de varios predios, el cauce abandonado pertenece a los propietarios de ambas riberas, proporcionalmente a la extensión del frente de cada heredad, a lo largo de la corriente, tirando una línea divisoria por en medio del álveo.”

1.5.1.2 Accesión Artificial

Respecto a bienes inmuebles existen tres formas de accesión:

1.5.1.2.1 Edificación

Edificación es la actividad humana que consiste en acumular materiales de construcción, técnica y sistemáticamente dispuestos.

1.5.1.2.2 Plantación

Plantación es la actividad humana que consiste en unir a la tierra plantas para obtener el fruto deseado.

1.5.1.2.3 Siembra

Siembra es la actividad humana por medio de la cual, usando la tierra para incorporar en ella la semilla se busca la multiplicación del grano.

Estos tres casos de accesión artificial supone, que se edifica, siembra o planta en terreno propio con materiales, semillas o plantas ajenas, o bien que se edifica, planta o siembra con elementos propios en terreno ajeno; o, finalmente, que un tercero lo hace en predio ajeno y con materiales de otro. En todo caso, se considera principal el terreno y accesoria la construcción, plantación o siembra.

Por tanto, como principio fundamental habrá de establecerse que el dueño del predio adquirirá la edificación, plantación o siembra; pero como puede

mediar la buena o mala fe, el derecho de indemnizar o no indemnizar quedará supeditado a esta circunstancia. Se entiende que hay buena fe cuando una edificación se hace en terreno propio con materiales ajenos, ignorándose que los materiales lo son, y lo mismo puede decirse para la siembra y plantación.

Por el contrario se presume mala fe cuando lo edificado en terreno propio se hace sabiendo el dueño que los materiales son ajenos. Cuando se edifica en terreno ajeno con materiales propios, habrá buena fe si se desconoce la propiedad ajena y fundamentalmente se cree que el terreno es propio, y eso puede ocurrir en los casos en que hay dificultad para fijar límites; y habrá mala fe cuando se edifica con materiales propios a sabiendas de que el terreno es ajeno. El Código Civil para el Distrito Federal consagra en su artículo 895 un principio que se funda en una doble presunción *juris tantum*, consistente en reputar que si un tercero hace la construcción, plantación o siembra, lo hará en nombre y por cuenta del propietario, de manera que se considera que esa obra ha sido costeadada por el dueño. Habrá que destruir mediante prueba expresa en contrario las dos presunciones justificando:

1ª.- Que se ejecutó por un tercero en nombre propio

2ª.- que lo hizo no por cuenta del dueño, sino costeando de su peculio la obra, plantación o siembra.

2. ANALISIS DEL DERECHO DE SUPERFICIE

2.1 Definición de Derecho de Superficie

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

Tanto la doctrina como la legislación proporcionan múltiples definiciones del derecho de superficie. Así por ejemplo el artículo 1012 del BGB alemán dispone que el derecho de superficie es el “derecho enajenable y heredable de tener una construcción sobre o bajo la superficie de la finca”¹⁰

El proyecto de unificación no establece una definición acerca del derecho de superficie, lo que ha motivado la crítica de algún autor, quien recuerda que el Código Civil Argentino conceptualiza cada uno de los derechos reales que regula¹¹. La fuente principal del proyecto que fue el Código Civil Italiano tampoco proporciona una definición.

Sería inútil repetir todas las nociones dadas por la doctrina autoral; recordaremos sólo algunas verdaderamente significativas. Díez Picazo y Gullón¹² dicen que es: “el derecho real que confiere al titular el poder de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido”. Para

¹⁰ La definición legal es receptada por la doctrina alemana. Así por ejemplo, Wolf, en Enneccerus-Kipp- Wolf, Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas, tomo III.

¹¹ Ventura. Algunas propuestas del proyecto de reforma, JA, 1988-II-585 y ss.

¹² Díez Picazo, Luis-Gullón, Antonio. Sistema de Derecho Civil, T. III. Tecnos, Madrid, 1995,

Barbero¹³, es un “derecho de propiedad sobre la superficie integrado por un derecho real funcionalmente conexo, inseparable sobre el suelo; consistente en el poder de mantener el suelo sometido a la sustentación de la superficie. Para Cárdenas Quirós¹⁴ afirma que es el “derecho real enajenable y transmisible por sucesión, que confiere a su titular durante un plazo determinado que no puede exceder al máximo fijado por la ley la facultad de tener y mantener en terreno ajeno, sobre o bajo la superficie del suelo, una edificación en propiedad separada”. Roca Sastre¹⁵, sobre la base de que el elemento fundamental del concepto de derecho de superficie no es el de ser un derecho de tener o mantener en el suelo o terreno ajeno a una edificación en propiedad (ya que puede nacer este derecho por el procedimiento de adquirir, del dueño de una finca edificada, la propiedad del edificio separada de la propiedad del suelo) define el derecho de superficie, según el concepto moderno, como “el derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho ajeno de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de edificación o plantación preexistentes.

¹³ Barbero, Domenico. Sistema de derecho Privado, tomo II, no 516.

¹⁴ Cárdenas Quirós, Carlos. Los modos de constitución, la duración y extinción del derecho de superficie, en “Estudios jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias Schreiber”, p. 27.

¹⁵ Roca Sastre, Ramón M. Derecho Hipotecario, tomo III, p. 565, dice que es el “derecho real de tener y mantener temporalmente en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantaciones y cultivos, en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho ajeno de edificar o plantar”; aclara que a veces la ley autoriza ese mismo derecho obtenido mediante la adquisición de la edificación o plantación preexistente. El concepto es también transcrito por Puig Brutau, José. Fundamentos de Derecho Civil, tomo III, vol II, p. 145.

Finalmente, podemos definir al derecho de superficie como un derecho real sobre cosa ajena, que se otorga a favor de una persona y que se faculta a ésta para llevar a cabo una construcción en suelo ajeno, haciendo suyo lo edificado, bajo ciertas y determinadas condiciones.

2.2 Naturaleza jurídica del Derecho de Superficie

Dos son las teorías que sean sostenido a propósito de la naturaleza jurídica del derecho de superficie:

1ª.- La que considera a la superficie como un derecho real, enajenable y transmisible, sobre construcciones hechas en terreno ajeno, ligado o no a la obligación de pagar un canon al propietario. Esta es la concepción del Derecho Romano, el cual, en virtud de la esencial compenetración de la propiedad del suelo con la de la superficie, no admitió una propiedad de ésta distinta de la propiedad de aquél. Ha defendido también esta teoría gran parte de la doctrina italiana (Chironi, Lomonaco, Gianturco).

2ª.- La que considera a este derecho como una propiedad, limitada en ciertos aspectos, pero independientemente de la propiedad del suelo. Esta concepción la admitió el Derecho Medieval, muchos de cuyos intérpretes señalaron como un caso de *dominium utile* el derecho del que edifica sobre suelo ajeno. En la actualidad tiene esta teoría aceptación en la doctrina francesa. Aubry y Rau definen el derecho de superficie como un derecho de

propiedad que recae sobre las construcciones, árboles o plantas adheridas a la superficie de un fundo (edificios y superficies), perteneciendo lo que está debajo a otro propietario¹⁶.

Además, existe una posición intermedia, mantenida por la doctrina alemana¹⁷ y de una buena parte de la doctrina italiana que descompone la relación jurídica de superficie en dos y estima que, respecto del suelo, el superficiario ostenta un derecho real de disfrute sobre fundo ajeno, que le autoriza a ocupar el área de éste, y respecto a las construcciones mismas tiene una propiedad limitada.

En general, la doctrina moderna marca un positivo avance hacia la concepción del derecho de superficie como una forma de propiedad. Decaído el principio “superficies solo cedit” (la construcción accede al suelo), que era fundamental para el Derecho Romano, y reconocida por los escritores y las legislaciones modernas la admisibilidad de una propiedad dividida por planos horizontales, es lógica la posición adoptada por el Código Italiano de 1942, en el cual llega a decir Simoncelli¹⁸ que la superficie es ya una propiedad como las demás.

Lo cierto es que las antiguas teorías son insuficientes para explicar la actual regulación de la superficie, ya que mientras la tradicional del derecho

¹⁶ Aubry y Rau. Cours de Droit Civil Français, 6ª ed, t. II, París, 1935, p. 596.

¹⁷ Cfr. De Buen. Derecho Civil común, t. I, 3ª ed., p. 303, y Wolf, Derecho de Cosas, vol. II, pp. 1 ...

¹⁸ Della Superficie, en “Comentarios” de D`Amelio, Libro Della propieta, p. 528.

sobre cosa ajena desconoce la actual fase evolutiva de concesión de verdadera propiedad sobre las construcciones o plantaciones al superficiario, la del dominio dividido, de una parte pugna con la actual concepción unitaria de la propiedad y , sobre todo, deja de explicar el derecho del superficiario sobre el terreno, derecho necesario para edificar o mantener la edificación, así como su derecho antes de la edificación. En la doctrina más reciente van prevaleciendo ya las opiniones favorables a la conceptualización de la superficie como una forma de propiedad o como una figura mixta de derecho real sobre cosa ajena y propiedad separada.

2.3 Elementos del Derecho de Superficie

Los elementos personales del Derecho de Superficie son el concedente, superficiante o dueño del suelo y el superficiario y/o titular del derecho de edificar. El primero, para constituirla, y al igual que en los demás derechos reales y por tratarse de uno de ellos, ha de tener capacidad y poder de disposición. El segundo, es decir, el superficiario, bastará con que tenga capacidad para contratar.

En cuanto a los elementos reales, el Derecho de superficie supone una finca gravada, en cuyo suelo puedan elevarse construcciones o plantaciones por persona distinta del propietario de aquél. Y hoy se admite, en algunas legislaciones modernas, la posibilidad de que el Derecho de superficie pueda referirse no sólo a construcciones sobre el suelo, sino también a las que hayan de realizarse bajo el mismo. Así por ejemplo tanto la doctrina italiana

como la doctrina española admiten la posibilidad de que el derecho de superficie pueda referirse a construcciones sobre el suelo o bajo el suelo.

2.4 Características del Derecho de Superficie

a) *Derecho Real sobre cosa propia.* Desde el punto de vista que la propiedad superficiaria es el derecho real de tener, mantener, gozar y disponer de lo edificado y mirando desde la perspectiva del suelo, se trata de un derecho real sobre cosa ajena; en cambio, desde la perspectiva de lo edificado, el superficiario es titular de una verdadera propiedad.

En realidad, tanto el titular del suelo como el superficiario ostentan un dominio imperfecto: el del suelo, porque lo ha desmembrado; el superficiario, por tener un dominio temporal.

b) *Temporal.* La característica de la temporalidad aparece en la mayoría de las legislaciones, aunque el plazo máximo varía sustancialmente y algunas contienen, además, un plazo mínimo. En la legislación argentina el plazo máximo es de cincuenta años, como también lo es el dispuesto por el Código Civil cubano de 1988. En el ordenamiento suizo, el máximo puede llegar a los 100 años; en Italia, puede ser sin limitación alguna cuando se constituye a favor de entes públicos; en cambio cuando el superficiario es un particular, el plazo máximo es de 99 años y el mínimo 70 años; el máximo de 99 años es aceptado también por el Código Civil peruano de 1984, y el boliviano lo limita

a 30 años. La ley española del suelo de 1976, diferencia entre la superficie constituida por el Estado y las demás personas públicas (caso en el cual el plazo de duración no puede exceder de los 75 años) y la constituida por los particulares (en que el plazo máximo es de 99 años). La ley austriaca coloca un plazo mínimo de 30 años y el máximo de 80 años. En la legislación soviética se distingue según el material que se emplea en la edificación. Otros códigos admiten la constitución a perpetuidad, como por ejemplo el artículo 1524 del Código portugués, ley holandesa, etc.

c) Transmisible. El Derecho de superficie es transmisible por actos entre vivos, con las limitaciones que se hubieren fijado al concederlo. Así como también puede ser transmisible por herencia, es decir, debido a que el derecho de superficie es un derecho real, puede ser susceptible de transmitirse mortis causa

a los herederos o legatarios correspondientes y quienes lo adquirirán sujetos a las restricciones y limitaciones que se hubieren pactado desde su constitución.

d) Gravable. La propiedad superficiaria es susceptible de ser objeto de gravámenes reales compatibles con su naturaleza y de acuerdo con las limitaciones que se hubieren fijado al concederla.

e) Divisible. Se ha admitido la posibilidad de cotitularidad en el derecho de superficie; consecuentemente, puede adquirirse o extinguirse por partes alícuotas, conforme a las reglas de la copropiedad.

Se puede concluir que la nota característica y esencial del derecho de superficie es la separación entre el dominio de lo construido, plantado o sembrado y el suelo en que se efectúa. El primero corresponde al titular del derecho de superficie y el segundo al concedente. Implica una derogación convencional del principio de accesión, de modo que el propietario del suelo no adquiere lo que en él se edifica, planta o siembra. El superficiario goza del suelo ajeno en tanto que lo utiliza para su edificación, siembra o plantación.

2.5 Constitución del Derecho de Superficie

En la antigüedad la constitución del Derecho de superficie solía hacerse por contrato, en la práctica derivaba de un contrato de arrendamiento hecho a perpetuidad o a plazo; también podía constituirse por compraventa, por disposición testamentaria, por medio de una “adiudicatio” o por “usucapio”.

Actualmente podemos decir que el derecho de superficie puede constituirse, adicionalmente, a través de un Contrato de Asociación en Participación o bien, por medio de un Contrato de Fideicomiso con Derecho de Reversión.

2.5.1 Contrato de Asociación en Participación

La asociación en participación surge como una respuesta a las necesidades del comercio, a la falta de capital suficiente para emprender una negociación y a la carencia de una institución *ad hoc*¹⁹ que permita la inversión de capitales ociosos que el clero, la milicia y la magistratura no podían utilizar directamente en operaciones de comercio²⁰. Su desarrollo y aceptación son tales que en la actualidad ha adquirido gran importancia en el seno de las altas combinaciones financieras e industriales, tanto para el ramo de la construcción como para obtener financiamientos sin necesidad de emitir bonos u obligaciones, de otorgar garantías o de erogar fuertes sumas de dinero.

La asociación en participación es una figura jurídica de suma importancia para la actividad comercial debido a sus rasgos característicos y a su versatilidad con la que se puede conjugar diversos bienes de los interesados para lograr un fin común, ya que ésta frente a las sociedades mercantiles representa mayores facilidades y ventajas, por ejemplo en cuanto a su formalidad por no requerir escritura pública ni registro permanece oculta lo que desde el punto de vista fiscal es un atractivo para los asociados, en relación a las aportaciones no sufren ningún riesgo porque estas pueden permanecer en propiedad de los asociados; para destacar su utilidad

¹⁹ Pruneda G, Armandino. “Notas sobre el contrato mercantil de asociación en participación”, en Lecturas Jurídicas, Universidad Autónoma de Chihuahua, núm. 58, agosto-octubre, México, 1975, p.21.

²⁰ Grande, Salvatore Giovanni. *L'Associazione in Partecipazione*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1939, p.10.

pensaremos en cuatro personas que quieran fraccionar, construir y vender un desarrollo turístico y que una de ellas contara con el terreno, otra con la maquinaria para realizar las construcciones, otra con las oficinas para llevar a cabo la administración y financiamiento del proyecto y otra que tuviera los conocimientos en construcción para desarrollar los planos y proyectos de la obra; para este supuesto la asociación en participación les facilitaría la conjugación de esfuerzos y recursos pues por no requerir de trámites administrativos y legales se podría constituir mediante un simple contrato en el que se establecieran las bases para distribuir las ganancias y pérdidas entre los asociados.

Concepto. La Ley General de Sociedades Mercantiles señala que la Asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio. Art. 252 LGSM.

Por su parte Reyes Mora la define como un contrato mercantil en el cual dos o más personas aportan sus capitales o sus esfuerzos, o ambas cosas, para destinarlas a un fin común, lícito, con el objeto de obtener un lucro repartible acorde a las condiciones y términos convenidos.²¹

²¹ Reyes Mora, Oswaldo. Contrato Mercantil de Asociación en Participación, Pac, México, 1995, p. 10.

Barrera Graf señala que en virtud de que la Asociación en Participación es una persona llamada asociante recibe de otra (o de otras) que se asocia, que se llama asociada, bienes o servicios, a cambio de una participación en las utilidades y en las pérdidas que aquella obtenga, ya sea al explotar su empresa o negociación o al realizar uno o varios negocios mercantiles.²²

La Suprema Corte de Justicia la define de la siguiente forma:

ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN. CONTRATO DE.- La asociación en participación es un contrato celebrado entre dos o más individuos o entidades por tiempo determinado o indeterminado, para llevar a cabo uno o varios negocios a nombre propio del socio gerente, que hace suyos los aportes de los participantes, a quienes tiene obligación de rendir cuentas de su derecho de crédito, y entregarles lo que les corresponda, y los terceros que contratan con este socio, no tienen ninguna acción jurídica en los contratos de los participantes.²³

Quinta Época.

Recurso de súplica 29/27. Machín Francisco. 6 de febrero de 1931.

Unanimidad de cuatro votos.

Amparo civil directo 4684/34. Tafolla Amalia. 11 de abril de 1936. Cinco

Votos.

²² Barrera Graf, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil, Porrúa; México, 1958.

²³ Poder Judicial Federal. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1995, Tomo IV, Materia Civil, Themis, México, 1995, p. 84.

Amparo civil directo 2829Ç/35. González William José. 15 de abril de 1937. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión en materia de trabajo 7520/37. López Longinos. 15 de marzo de 1938. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo Administrativo en revisión 7569/38. "Salineros del Sureste", A. en P. 21 de enero de 1939. Unanimidad de cuatro votos.

Segunda Sala, tesis 255, Apéndice 1938, Segunda Parte, pág. 459.

Naturaleza Jurídica. Aunque para algunos autores como para García Rendón la asociación en participación es una sociedad mercantil porque cuenta con tres requisitos como lo son: el consentimiento, las aportaciones y el objeto social como en las sociedades,²⁴ la Suprema Corte de Justicia de la Nación como anteriormente se señaló así como la Ley General de Sociedades Mercantiles coinciden al establecer que la asociación en participación es un contrato, siendo su naturaleza jurídica específicamente de carácter contractual en el que las partes convienen en los fines específicos.

Clasificación del contrato. El contrato de asociación en participación es típico, principal, formal, de tracto instantáneo o sucesivo, bilateral, oneroso y conmutativo.

- Es típico porque se encuentra regulado por la Ley General de Sociedades Mercantiles.

²⁴ García Rendón, Manuel. Sociedades Mercantiles, Harla, México, 1993.

- Es principal porque existe por sí mismo y no requiere de otro para su subsistencia.
- Es formal porque el artículo 254 de la Ley de Sociedades Mercantiles establece que el contrato de asociación en participación debe constar por escrito.
- Puede ser de tracto instantáneo como sucesivo, dependiendo de si las obligaciones que del compromiso de asociación se derivan, se ejecutarán en un solo acto o bien en varios.
- Es bilateral porque las partes tienen obligaciones y derechos recíprocos,
- Es oneroso porque contiene provechos y gravámenes recíprocos.
- Es conmutativo porque las prestaciones, provechos y gravámenes que derivan del contrato son plenamente conocidas por las partes desde la celebración del contrato.

Características y distinción con las Sociedades Mercantiles. La Asociación en participación tiene como características principales las siguientes:

1.- En cuanto a la formalidad basta con que el contrato conste en escrito privado sin que sea necesario que se protocolice ante notario o corredor público y no esta sujeto a que se inscriba en el Registro Público de Comercio.

2.- Debido a que no se registra no se le da publicidad y por lo tanto es una asociación oculta que solo se rige o surte sus efectos entre las partes que la constituyen, sin que exista signo aparente que la denote.

3.- No tiene personalidad jurídica propia debido a que no se forma una sociedad o persona moral sino que lo que se crea es un contrato con derechos y obligaciones para las partes. Sin menoscabo de lo antes expuesto y para efectos exclusivamente fiscales, la Asociación en Participación es considerada como persona, toda vez que es susceptible de ser inscrita en el Registro Federal de Contribuyentes.

4.- No hay relación jurídica entre los terceros y los asociados, sino que esta se da entre los terceros y los asociantes.

5.- No tiene razón social o denominación debido a que no tiene personalidad jurídica.

6.- Carece de patrimonio propio puesto que no tiene personalidad jurídica que pudiera ser titular de los bienes o derechos y obligaciones contraídas por la sociedad.

7.- No tiene órganos como asambleas, consejos de administración o de vigilancia.

La asociación en participación frente a las sociedades mercantiles tiene las siguientes diferencias:

Asociación en Participación	Sociedades Mercantiles
1ª. No requiere escritura pública	Es necesaria escritura pública
2ª. No se inscribe en el Registro	Debe inscribirse en el Registro publico
	publico
3ª. No tiene personalidad jurídica	Si tiene personalidad jurídica
4ª. No tiene razón social	Si tiene razón social o denominación

5ª. Carece de patrimonio propio

Si tiene patrimonio propio

6ª. Carece de órganos de administración, de vigilancia y asamblea de socios.

Si tiene órganos de administración, vigilancia y asambleas de socios.

Derechos y obligaciones de la partes.

DERECHOS
DEL
ASOCIANTE

Patrimoniales

- Participar en las utilidades
- Percibir remuneración
- Percibir alimentos

Corporativos

- Recibir las aportaciones en propiedad
- Dirigir la empresa
- Otorgar poderes
- Administrar las aportaciones

OBLIGACIONES
DEL
ASOCIANTE

- Entregar las utilidades
- Rendir cuentas
- Devolver las aportaciones
- Cumplir los fines del contrato
- Sufrir las pérdidas
- Responder en caso de negligencia
- Actuar con lealtad



Disolución de la Asociación en Participación. Esta asociación puede extinguirse por las siguientes razones:

- 1ª. Por vencimiento del plazo por el que fue creada.
- 2ª. Por incumplimiento de la finalidad del contrato o por haberse hecho éste imposible.
- 3ª. El contrato de asociación en participación puede terminar por voluntad de las partes.
- 4ª. Porque el asociante realice actos fraudulentos en perjuicio de los asociados.
- 5ª. Por muerte de una de las partes.

Liquidación de la Asociación en Participación. Por así disponerlo el artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles las asociaciones en participación funcionan, se disuelven y liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no pugnen con las disposiciones en este Capítulo. Sin embargo algunas de estas disposiciones no se aplican debido a que como sabemos no está dotada de un patrimonio propio por lo que en todo caso la liquidación se reduce a devolver a los asociados sus aportaciones.

2.5.2 Fideicomiso con derecho de reversión

El fideicomiso es una institución que si bien surgió de la práctica anglosajona (TRUST), en nuestro país ha tenido un gran desarrollo, que apartándose de los principios del derecho inglés, y evolucionado hasta nuestros días, es utilizado para múltiples fines, con la única limitante de que sean lícitos. Se utiliza el contrato de fideicomiso, sobre la base del elemento “confianza”, que es aportado en teoría por la solvencia moral y económica de las instituciones que intervienen en el contrato.

Concepto. El artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito describe a la figura del fideicomiso de la siguiente forma: en virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.

La doctrina generalmente, considera al fideicomiso como un negocio fiduciario. Barrera Graf, señala que negocio fiduciario es aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a

retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos a favor del transmitente ²⁵.

Nuestros autores han definido el fideicomiso en diversas formas.

Rodríguez Rodríguez ²⁶ afirma que el fideicomiso:

“es un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan”.

Por su parte, Cervantes Ahumada ²⁷ señala que:

“el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado”.

Domínguez Martínez ²⁸ define al fideicomiso como: “aquél acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad

²⁵ Barrera Graf. “Dos estudios del Fideicomiso”, en Estudios de derecho mercantil, Op. cit., p. 317.

²⁶ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de derecho mercantil, T. II, Porrúa, México, 1983, p.531.

²⁷ Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito, 2ª ed., México, Herrero, 1957, p.312.

²⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El fideicomiso, Porrúa, México, 1994, p. 167.

de un derecho a otra y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquél le señaló con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo él primero”.

La definición que nos parece mas completa es la que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que a la letra dice:

FIDEICOMISO, CONCEPTO DE. El fideicomiso es un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona denominada fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamada fideicomisario, encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciario, recibiendo esta titularidad de los bienes, únicamente con las limitaciones de los derechos adquiridos con anterioridad a la constitución del mismo fideicomiso, por las partes o por terceros, y con las que expresamente se reserve el fideicomitente y las que para el lo deriven del propio fideicomiso...”²⁹

Esta definición aunque es un poco amplia, contiene todos los elementos del contrato de fideicomiso ya que nos dice cuales son las partes del contrato, su función, hace referencia a los bienes fideicomitidos, habla de la titularidad y las limitaciones a la misma, por ello consideramos que nos explica a detalle la figura del fideicomiso.

²⁹ Poder Judicial de la Federación, Tercera Sala, “Fideicomiso”, Semanario Judicial de la Federación, 7ª época, volumen 97-102, p. 71, 3er CD-ROM junio de 1993.

En síntesis, el fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual una persona física o moral, denominada fideicomitente, destina bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, y encarga la realización de esa finalidad a una institución fiduciaria, que se convierte en titular del patrimonio integrado por aquellos bienes o derechos.

Clasificación del contrato. El contrato de fideicomiso es típico, real, principal o accesorio, formal, de tracto sucesivo, bilateral, oneroso, conmutativo, y traslativo de dominio o de uso.

- Es típico porque se encuentra regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, además de ser aplicables las disposiciones relativas a los fideicomisos en que intervienen casas de bolsa, instituciones de fianzas, compañías de seguros, y desde luego bancos, por lo que deben ser consideradas; la Ley del Mercado de Valores, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la Ley General de instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, y desde luego, la Ley de Instituciones de Crédito.

Además, deben considerarse los procedimientos de ejecución que en forma genérica establece el Código de Comercio, para el caso de ejecución en el supuesto de que se trate de un fideicomiso de garantía.

- Es real porque se perfecciona con la entrega de la cosa materia del fideicomiso, y porque implicando la afectación de un bien, requiere de su entrega por parte del fideicomitente.
- Es principal porque existe por sí mismo y no requiere de otro para su subsistencia, pero cuando el fideicomiso se constituye para garantizar un crédito será accesorio.
- Es formal porque debe ser otorgado siempre por escrito. De conformidad con el artículo 387 de la LGTOC el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión o reversión de la propiedad de los bienes que se den en fideicomiso.

Además, de acuerdo con el artículo 388 de la LGTOC, el fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles, deberá inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes están ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra terceros, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro.

- Es de tracto sucesivo porque las obligaciones de la partes se extienden durante un período determinado de tiempo que es el establecido en cada caso en el contrato.
- Es bilateral porque las partes tienen obligaciones y derechos recíprocos.
- Es oneroso porque contiene provechos y gravámenes para las partes que en él intervienen.
- Es conmutativo porque las prestaciones, provechos y gravámenes que derivan del contrato son plenamente conocidas por las partes desde su celebración.
- Finalmente, es traslativo de dominio, en el caso del fideicomiso irrevocable, en el que se afectan bienes muebles o inmuebles.

Fideicomiso con derecho de reversión. Por virtud del contrato de fideicomiso, una persona que se denominará fideicomitente, entrega en propiedad los bienes o transmite los derechos a otra que se denominará fiduciaria, para que ésta los administre y realice con ellos el cumplimiento de finalidades lícitas, determinadas y posibles; una vez que éstos sean cumplidos, destine los bienes, derechos y provechos aportados y los que se

hayan generado a favor de otra persona que se denominara fideicomisario, que puede ser el propio fideicomitente.

Específicamente en el derecho de superficie, el contrato de fideicomiso con derecho de reversión lo vemos desde la perspectiva de que una persona que es dueña de un terreno y otra persona que es podría ser un constructor, ambas tendrán la calidad de fideicomitentes y la primera aportara a éste fideicomiso el terreno mismo y la segunda se obligara a aportar sus edificaciones sobre dicho terreno ajeno. Por lo anterior, el resultado sería que tendríamos dos fideicomitentes: el del terreno y el de las construcciones y ambos serán igualmente fideicomisarios, por lo en caso de disolución del fideicomiso, se habrá dado lugar a un derecho de superficie, debido a que las construcciones se hicieron en terreno ajeno con consentimiento del dueño.

Mediante este tipo de fideicomiso se asegura el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye, supliendo así a la hipoteca. Es decir, el fideicomiso consiste en la transmisión de bienes al fiduciario para que éste garantice con ellos el cumplimiento de las obligaciones de muy diversa naturaleza que asuma el fideicomitente. Así, un préstamo, un crédito, una emisión de obligaciones, un usufructo, la administración de bienes, pueden garantizarse mediante la entrega en fideicomiso de ciertos bienes.

El mecanismo de este tipo de fideicomisos es muy simple pues el acreditado o fideicomitente dará en fideicomiso un bien con el objeto de que

en cierto tiempo realice el pago al acreditante o fideicomisario en primer lugar, en caso de incumplimiento por parte del fideicomitente a cualquiera de sus obligaciones de pago garantizadas por este contrato de fideicomiso, la institución fiduciaria rematará el bien fideicomitado entregando el producto del mismo al acreditante, en caso de haber algún remanente, este será entregado al acreditado. En caso de que el acreditado cumpliera con su obligación, la institución fiduciaria devolverá el bien fideicomitado a este, es decir revertirá la propiedad de los bienes que le fueron dados en fideicomiso, dándose por terminado el contrato de fideicomiso, previa conformidad por escrito del fideicomisario.

Es importante mencionar que la transmisión que en el contrato de fideicomiso hace el fideicomitente del patrimonio fideicomitado, no se considera enajenación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 del código Fiscal de la Federación, ya que en ese acto el fideicomitente únicamente designa fideicomisario de garantía a cierta persona o institución, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, reservándose el derecho de reversión en su favor en el momento que acredite fehacientemente a la institución fiduciaria el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones entre otras las de pago, garantizadas con el patrimonio fideicomitado y a cargo del fideicomitente.

Derechos y obligaciones de las partes: Los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de fideicomiso son los siguientes:

A) Derechos y obligaciones de los fideicomitentes

1.- Aportar a partes iguales los fondos y recursos necesarios para realizar la construcción.

2.- Una vez terminada la construcción los fideicomitentes tendrán derecho a instruir a la fiduciaria el nombre de la o de las personas a las que debe concederse su uso o goce; los términos y condiciones en que debe celebrarse el contrato respectivo y; tendrán derecho a apropiarse en forma exclusiva y a partes iguales de los frutos y productos derivados de la concesión del uso de dicho inmueble.

3.- Una vez construido el régimen de condominio, los fideicomitentes tendrán derecho en cualquier momento, a solicitar de la fiduciaria la adjudicación de la propiedad (nombre del propietario) a su nombre o a nombre de la persona física o moral que ellos designen, en cuyo caso el fideicomiso se tendrá por extinguido para todos los efectos legales a que haya lugar.

4.- Designar individualmente, para el caso de su fallecimiento, a el o a los fideicomisarios sustitutos, pudiendo revocar y cambiar dicha designación tantas veces como juzguen conveniente.

B) Derechos y obligaciones del fiduciario

1.- Que la fiduciaria reciba, conserve y administre los bienes fideicomitados y los mantenga a disposición del Comité Técnico, a fin de que se realice la construcción, en el lote materia del fideicomiso.

2.- Que la fiduciaria reciba en propiedad fiduciaria las aportaciones de los fideicomitentes para la construcción, siguiendo para tal efecto las instrucciones que por escrito le dirija el Comité Técnico y sin responsabilidad para ella.

3.- Que la fiduciaria celebre los contratos de crédito que en su caso hubiere negociado y obtenido el Comité Técnico, fondos que se destinarán exclusivamente a la construcción.

4.- Que la fiduciaria grave con hipoteca el lote fideicomitado y las construcciones a favor de la o las personas que financien su construcción, a fin de garantizar el pago y el cumplimiento de todas las obligaciones asumidas en el o los contratos de créditos respectivos.

5.- Que la fiduciaria contrate personas físicas o morales que le indique el Comité Técnico, para que procedan a la construcción, en los términos y condiciones que indique dicho Comité.

6.- Que la fiduciaria entregue a la o las empresas constructoras contratadas, en los términos que señala el párrafo que antecede y sin responsabilidad para ella, las cantidades que le indique el Comité Técnico.

7.- Que al término del fideicomiso ó antes si así lo dispone el Comité Técnico la Fiduciaria revertirá a partes iguales a los fideicomitentes la propiedad del lote fideicomitado o de las construcciones.

En cuanto a las obligaciones del fiduciario encontramos las siguientes:

1.-El fiduciario debe responder por los actos que comenta en perjuicio de los fideicomitentes por mala fe o exceso de facultades en la

ejecución del fideicomiso, y pagar los daños y perjuicios que con motivo del incumplimiento del contrato se ocasionen.

2.- El fiduciario debe obrar siempre como buen padre de familia, esto es, debe de manejar los bienes con la prudencia que un hombre ordinario emplearía en el manejo de sus propios bienes³⁰, siendo responsable de las pérdidas o menoscabo que los bienes sufran por su culpa. Art 391 LGTOC.

3.- El fiduciario esta obligado a indemnizar a los fideicomitentes por actos de mala fe o exceso de facultades, que nunca será mejor al diez por ciento del valor del principal y los intereses de la suma garantizada. Art. 411 LGTOC.

4.- El fiduciario debe entregar el remanente del seguro al fideicomitente cuando ocurra un siniestro de los bienes fideicomitidos.

5.- El fiduciario deberá pagar una pena al fideicomitente consistente en el equivalente a cien y hasta tres mil veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal por cada día transcurrido mientras que el fideicomisario no le entregue al fideicomitente el remanente de el precio de la venta de los bienes cuando el precio obtenido de éstos rebasen el adeudo. Art. 1414 BIS 18 C.C.

6.- En caso de que el fiduciario no le entregue al fideicomitente el remanente por la venta de los bienes dados en garantía deberá pagarle intereses por todo el tiempo que dure el incumplimiento una tasa de interés equivalente a dos veces el Costo de Captación a Plazo

³⁰ Batiza Rodolfo. El fideicomiso, teoría y práctica, 7ª ed., Jus, México, 1995, pp. 320-321.

de pasivos denominados en moneda nacional que mensualmente da a conocer el Banco de México. Art. 1414 BIS 19 C.C.

Causas de extinción del contrato de fideicomiso y sus consecuencias:

El artículo 392 de la LGTOC, señala que el fideicomiso se extingue:

- I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido;
- II.- Por hacerse éste imposible;
- III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso, o en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución;
- IV.- Por haberse incumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;
- V.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;
- VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y
- VII.- En caso del párrafo final del artículo 386.

Dicho párrafo final del artículo 386 señala que: el fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.

De conformidad con el artículo 393, extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos

por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos, tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad en que aquel hubiere sido inscrito.

2.6.- Extinción del Derecho de Superficie

La propiedad superficiaria se extingue por las siguientes causas:

- 1) **Abandono:** el dominio se pierde desde que se abandona la cosa aunque otro aún no se la hubiese apropiado debido a que el abandono configura un acto unilateral de voluntad seguido del desprendimiento de la posesión. La propiedad superficiaria, como toda propiedad, subsiste independientemente del ejercicio que se haga de ella; claro está que si un tercero realiza actos posesorios sobre el suelo y la propiedad superficiaria durante el plazo y con los recaudos establecidos por la ley, prescribirá y se extinguirá de este modo la propiedad anterior sobre el suelo y sobre el edificio.

- 2) **Expropiación:** la expropiación pone la cosa fuera del comercio, por lo que es razonable la extinción de la propiedad privada. En este caso, el precio justo que se pague deberá distribuirse entre el superficiario y el dueño del suelo, en proporción al valor de

los derechos de uno y otro al tiempo de verificarse la expropiación.

- 3) *Cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria:*** la propiedad superficiaria configura un dominio revocable; en consecuencia se extingue, al igual que todo dominio de este tipo, por el cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria pactada. En opinión de Roca Sastre ³¹ es el típico supuesto de extinción por caducidad, dado que el derecho se extingue por haber agotado el tiempo de vida que se señaló al ser constituido, dentro del plazo máximo determinado por la ley.
- 4) *Consolidación:*** opera cuando se confunden las calidades de dueño del suelo y de la edificación, a través del ejercicio del derecho de tanteo, por sucesión mortis causa, o por mutuo disenso o distracto; con referencia a este último digamos que del mismo modo que la convención unió, desunirá, aplicándose al respecto las normas generales.

Además de las anteriores causas citadas de extinción de la superficie que son de aplicación genérica a todos los derechos reales, las dos siguientes son fundamentales en su nuevo régimen jurídico:

³¹ Roca Sastre. Derecho hipotecario, T. II, p. 583...

A) Incumplimiento de la obligación de realizar la edificación dentro del plazo señalado, que no puede exceder de cinco años.

B) Transcurso del plazo de duración del derecho de superficie, que no ha de exceder de cincuenta años. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario.

2.7 Figuras jurídicas afines

2.7.1 Arrendamiento

Definición: nuestros dos primeros Códigos Civiles, el de 1870 (art.3068) y el de 1884 (art.2936), definían al arrendamiento como

“contrato por el cual una persona cede a otra el uso o el goce de una cosa por tiempo determinado y mediante un precio cierto”.

El Código actual retoco sólo la definición anterior, para establecer que

“hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o el goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto” (art.

2398); conformándose sólo en realidad con sustituir el verbo “ceder” por el verbo “conceder”.

Características: El arrendamiento es un contrato bilateral en sentido estricto, oneroso, conmutativo, principal, de tracto sucesivo o de ejecución duradera, y que tiene parcialmente el carácter de “intuitu personae” por lo que se refiere al arrendamiento, en atención a que éste no puede subarrendar ni ceder sus derechos a terceros sin permiso del arrendador (art. 2480 CC), aunque, salvo pacto en contrario, no termina el contrato por muerte del inquilino (art. 2408 CC).

Además es un contrato formal, porque debe de otorgarse por escrito, imputándose al arrendador la falta de esta formalidad (art. 2406 y 2448-F), y debiendo, además, cuando versa sobre bienes inmuebles y en algunos casos, inscribirse en el Registro Público de la Propiedad (art. 3042-III y 2446, in fine).

En el Distrito Federal, el contrato de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación se considera de orden público y de interés social, prohibiéndose cualquier renuncia a cuatro de las disposiciones que lo regulan (art. 2448, 2448-A, 2448-B, 2448-G y 2448-H).

Semejanzas y Diferencias del Contrato de Arrendamiento con el Derecho de Superficie y otras figuras jurídicas: Teóricamente son muy

claras las diferencias que se observan entre la compraventa y el arrendamiento, ya que en el primer contrato hay transmisión del derecho real de propiedad, inmediata o diferida, y pago de precio cierto precisamente en dinero; y en el segundo contrato hay solo nacimiento de obligaciones o derechos de crédito y el precio cierto puede consistir en otros bienes que no sean precisamente dinero. Sin embargo, hay ocasiones en que puede confundirse el arrendamiento con la compraventa, cuando el objeto del contrato es un determinado bien cuyos frutos o productos pasan a ser propiedad de la persona a quien se concede el disfrute de dicho bien por la otra parte, como ocurre con los contratos para la explotación de una mina de arena, de un banco de cantera o de piedra, o de una huerta de árboles frutales. En estos casos, habrá arrendamiento si se fija por unidad de tiempo; y será compraventa si el precio se fija por unidad de frutos o de productos que se perciban.

El arrendamiento se distingue también del usufructo y del derecho de uso y habitación, ya que todos éstos son verdaderos derechos reales, mientras que el derecho de arrendamiento es un derecho personal o de crédito. En el arrendamiento tiene el arrendador la obligación de entregar y conservar la cosa en estado de servir para el uso convenido o natural de la misma cosa y de garantizar ese uso al arrendatario, en tanto que en el usufructo no tiene el nudo propietario ninguna obligación específica, sino que él, como cualquier tercero, simplemente ha de abstenerse de realizar cualquier acto que impida o entorpezca a usufructuario el uso y disfrute de dicha cosa, por lo que en el

usufructo nadie garantiza el uso de la cosa, y en cambio, en el arrendamiento es el arrendador quien garantiza al arrendatario el uso de la cosa, por lo que si ésta se pierde por caso fortuito o fuerza mayor durante la vigencia del arrendamiento, el arrendatario a partir de entonces no está obligado a pagar la renta, a diferencia de la venta en abonos del usufructo temporal de esa misma cosa, porque en tal caso subsiste la obligación de pagar la totalidad de esos abonos.

El arrendamiento es semejante al derecho de superficie cuando este se constituye a título oneroso, ya que existe de por medio una contraprestación por el uso o goce temporal de la cosa, que en el caso del derecho de superficie es el suelo. Otra semejanza es que ambos son de carácter temporal y deben constar por escrito. Las diferencias sustanciales entre ambos, es que el arrendamiento es un contrato que genera derechos personales y el derecho de superficie es un derecho real, además en el arrendamiento no se puede subarrendar, ceder a terceros y mucho menos hipotecar, en cambio en el derecho de superficie se puede dar en arrendamiento, enajenar y gravar la obra que el superficiario realizó, en virtud de su derecho.

2.7.2 Usufructo

Definición: El usufructo es un derecho real, temporal, por naturaleza vitalicio, para usar y disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni substancia.

Por virtud de este derecho real, temporal y vitalicio, se usa y se disfruta de los bienes ajenos sin alterar su forma ni substancia. Aquí ya se determina el contenido de este derecho real, como un elemento específico de la definición, para distinguirlo de los demás, fijando como contenido del mismo, el poder de usar y disfrutar de las cosas ajenas, sin alterar su forma ni substancia.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente en su artículo 980 precisa la naturaleza real y temporal del derecho de usufructo, pero olvida una parte esencial al no decir que por virtud del usufructo no puede alterarse ni la forma ni la substancia de los bienes. Señala lo siguiente: “El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos”.

Características: Las principales características del usufructo son:

- A) Es un derecho real, temporal. Respecto de esta característica el Código Civil vigente dispone en su artículo 986 que: “Es vitalicio el usufructo si en el título constitutivo no se expresa lo contrario”. Y en esta norma lo “contrario” significa que el usufructo no puede ser más

que “vitalicio”; quiere decir que sólo podrá durar menos o lo que dure una vida humana, pero no más que ésta.

B) Es un derecho real, “intuitus personae”. El usufructo es un derecho que se constituye en atención a las calidades y atributos de la persona del usufructuario, y por ello se estima que se trata de un derecho real que si bien es posible que lo aproveche otra persona distinta del usufructuario, como ese derecho se establece en atención a las calidades o calidades del usufructuario, si fallece éste, o al extinguirse su derecho de usufructo, por regla general se debe también extinguir el derecho de cualquier otra persona que pudiera venir gozando de la cosa. Así el artículo 1002 del Código vigente dispone: “El usufructuario puede gozar por si mismo de la cosa usufructuada. Puede enajenar, arrendar y gravar su derecho de usufructo, pero todos los contratos que celebre como usufructuario terminarán con el usufructo”.

C) No es transmisible por herencia, salvo casos especiales. Precisamente en atención a la característica antes anotada de que el usufructo es un derecho real intuitus personae, resulta que por regla general, al momento en que muere el usufructuario, el derecho de usufructo se extingue. Así el artículo 1038 en su fracción I señala: “El usufructo se extingue:

I. Por muerte del usufructuario;”

Lo anterior es por regla general como ya se menciono existe la excepción que se presenta a propósito del llamado usufructo sucesivo.

- D) Es un derecho real, valuable por separado de la nuda propiedad. El derecho real de propiedad comprende las facultades de usar, gozar y disponer de la cosa, así en abstracto, y ellas tres dan un valor económico a la cosa misma. El valor de la cosa si se compra o vende, incluye estas tres facultades. Ahora bien, el usufructo comprende sólo las de usar y disfrutar, y es lógico que éstas dos por si solas, tengan una parte específica del valor total de la cosa. De igual manera, la sola nuda propiedad que implica el sólo “abusus” tiene también su valor económico, y tan es así que el artículo 1004 dice: “El propietario de bienes en que otro tenga el usufructo, puede enajenarlos con la condición de que se conserve el usufructo”.
- Y el ya transcrito artículo 1002, establece la misma posibilidad de enajenación para el usufructuario.

- E) Entre usufructuario y nudo propietario no hay un estado de comunidad. Toda vez que el usufructuario y el nudo propietario ejercen sus respectivos derechos reales sobre una misma cosa, se pudiera pensar que hay entre ellos un estado jurídico semejante al de los comuneros copropietarios. Sin embargo, entre ellos no hay

situación alguna de comunidad o copropiedad, y ello se entiende si se aprecia lo siguiente:

- I. En la copropiedad los comuneros tienen un derecho común sobre todas y cada una de las partes que forman la cosa, y además un aprovechamiento especial sobre una determinada sección de la misma. En cambio en el usufructo, el usufructuario es el único que puede hacer uso de la cosa, y el nudo propietario no puede utilizarla, ya que está privado del usus y del fructus. Si hubiera copropiedad, el nudo propietario podrá también gozar de la cosa, y eso no sucede.

- II. Pero además, la copropiedad es siempre transmisible por herencia, en tanto que el usufructo, salvo caso especial, se extingue por la muerte del usufructuario.

Semejanzas y Diferencias del Derecho de Usufructo con el Derecho de Superficie y otras figuras jurídicas: Se pudiera pensar que el usufructo es en realidad una forma del contrato de arrendamiento, en apariencia, hay una gran semejanza entre las dos figuras jurídicas, no obstante de esas semejanzas, hay diferencias que no permiten confundir ambas instituciones, y así se tiene que:

- 1.- El usufructo es un derecho real; el arrendamiento es un contrato que genera derechos personales o de crédito y no derechos reales.
- 2.- El usufructo se puede constituir a título oneroso o gratuito; el arrendamiento siempre es oneroso.
- 3.- El usufructo puede recaer sobre cosas corporales o incorporeales en tanto que el arrendamiento sólo en cosas corporales.
- 4.- El usufructo, por regla general, se extingue con la muerte del usufructuario; el arrendamiento, por regla general, no se extingue con la muerte del arrendatario.
- 5.- El usufructo al ser un derecho real, confiere a su titular el derecho de persecución y el de preferencia; el arrendamiento que sólo es un contrato y que crea derechos personales, no otorga al arrendatario el derecho de persecución ni el de preferencia.

El usufructo al igual que el derecho de superficie son derechos reales, temporales y vitalicios, solo que en el usufructo se usa y se disfruta de los bienes ajenos sin alterar su forma ni substancia y en el derecho de superficie es todo lo contrario, es decir, se usa y disfruta del suelo ajeno para edificar o sembrar y con ello se altera su forma. El usufructo se constituye a título oneroso o gratuito y el derecho de superficie además de constituirse por las formas antes mencionadas, este se puede constituir también por testamento.

2.7.3 Condominio

Definición: Este tipo de copropiedad tan sencilla y fácil de entender y regulada en el Código Civil en su primer texto del año de 1928, ha sufrido dos reformas, una en 1954, y otra en 1973, que la han convertido en una materia sumamente complicada y deficiente en su regulación.

Era al principio sólo propiedad “horizontal” o “por secciones” y luego ya en 1973, se les ocurrió a los legisladores que si había propiedad “horizontal”, pues también debía haber la “vertical”, y la que resultara de unir esos dos sistemas, pues se tendría la “mixta”. Es así como ahora, el artículo 951 del Código Civil vigente, que es el que da las bases para esta materia, presenta un texto por demás obscuro y largo al respecto, que dice:

Artículo 951. Cuando los diferentes departamentos, viviendas, casas o locales de un inmueble, construidos en forma vertical, horizontal o mixta, susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, pertenecieran a distintos propietarios, cada uno de éstos tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su departamento, vivienda, casa o local y, además un derecho de copropiedad sobre los elementos y partes comunes del inmueble, necesarios para su adecuado uso y disfrute.

Cada propietario podrá enajenar, hipotecar o gravar en cualquier otra forma su departamento, vivienda, casa o local, sin necesidad de consentimiento de los demás condóminos. En la enajenación, gravamen o embargo de un departamento, vivienda, casa o local, se entenderán comprendidos invariablemente los derechos sobre los bienes comunes que le son anexos.

El derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del inmueble, sólo será enajenable, gravable o embargable por terceros conjuntamente con el departamento, vivienda, casa o local de propiedad exclusiva, respecto del cual se considere anexo inseparable. La copropiedad sobre los elementos comunes del inmueble no es susceptible de división.

Los derechos y obligaciones de los propietarios a que se refiere este precepto, se regirán por las escrituras en que se hubiera establecido el régimen de propiedad, por las de compraventa correspondientes, por el reglamento del condominio de que se trate, por la Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, por las disposiciones de este Código y las demás leyes que fueren aplicables.

Por otro lado, la Ley Reglamentaria del Artículo 951, llamada “Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal”, en su artículo 3 define al condominio de la siguiente manera:

Artículo 3. Se le denominará condominio al grupo e departamentos, viviendas, casas, locales o naves de un inmueble, construidos en forma vertical, horizontal o mixta, para uso habitacional, comercial o de servicios, industrial o mixto, y susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública y que pertenecieran a distintos propietarios, los que tendrán un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su unidad de propiedad exclusiva y, además, un derecho de copropiedad sobre los elementos y partes comunes del inmueble, necesarios para su adecuado uso o disfrute.

Los derechos y obligaciones de los condóminos se regirán por las disposiciones de la presente Ley, las del Código Civil para el Distrito Federal, las de otras leyes aplicables, así como por la escritura constitutiva del régimen, el contrato de traslación de dominio y por el reglamento del condominio de que se trate.

Características: Lo que caracteriza a esta figura del condominio es la coexistencia de la propiedad exclusiva de parte de la cosa y la copropiedad de otra parte. El titular, por lo tanto, es propietario de un parte de la cosa objeto de esta propiedad y copropietario de otra parte distinta de la misma.

Por su parte, Colin y Capitant ³² señalan tres particularidades del condominio, que son las siguientes: resulta la primera de la yuxtaposición en un mismo objeto de una indivisión y de propiedades privativas; la segunda, de que a causa precisamente del carácter perpetuo y forzoso de esta indivisión, los propietarios de los diferentes pisos poseen sobre las partes comunes un derecho de uso mucho más extenso que los comuneros ordinarios, y la tercera consiste en que esta indivisión, más que perpetua es indeterminada en su duración y está subordinada a la existencia de la construcción hecha en el suelo común, pues si la casa es destruida volvemos a encontrarnos en presencia de una indivisión ordinaria que recaer sobre el suelo, con la consecuencia de que cada propietario podrá pedir la división.

Semejanzas y Diferencias del Condominio con el Derecho de Superficie y otras figuras jurídicas: Se pudiera pensar que el condominio es en realidad una forma del derecho de superficie, en apariencia, hay una gran semejanza entre las dos figuras jurídicas, no obstante de esas semejanzas, hay diferencias que no permiten confundir ambas instituciones, y así se tiene que:

- 1.- El derecho de superficie al igual que el condominio se constituye mediante escritura pública ante Notario.

³² Colin y Capitant. Curso elemental de derecho civil, T. I, pp. 193-195.

2.- Las partes integrantes del condominio así como la edificación levantada conforme al derecho de superficie pueden ser objeto de arrendamiento e hipoteca.

3.- En el condominio existen elementos comunes que forman parte de una copropiedad, mientras que en el derecho de superficie no se señala la copropiedad de forma clara.

4.- En el condominio esta prohibido realizar obras, edificaciones o modificaciones en el interior de su unidad de propiedad exclusiva, mientras que en el derecho de superficie sucede todo lo contrario, ya que dicho derecho faculta a su titular a modificar o realizar una nueva obra encima de la que ya hubiere.

CAPITULO II

MARCO JURIDICO DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1 Desarrollo del Derecho de Superficie desde el Derecho Romano hasta su importancia actual.

Los orígenes del Derecho de Superficie se encuentran en la legislación romana, donde, merced a la protección que le concedía el Pretor, y más acusadamente en la época postclásica, pasó a ser un tipo de derecho real netamente definido y diferenciado del derecho de propiedad. Surgido primeramente en el Derecho Público, con ocasión de las concesiones que para edificar en el suelo del Estado y de las ciudades eran hechas a los particulares, y extendiendo luego a los terrenos privados, la institución de la superficie representó una atenuación introducida por el Pretor al principio absoluto y riguroso de la accesión inmobiliaria, por virtud del cual todo cuanto se construye o instalase en el suelo ajeno caía necesariamente en el dominio del propietario del suelo, principio éste que impidió la concepción de una propiedad dividida por planos horizontales y que ni siquiera fue destruido por la institución de la superficie, porque si de la concesión nacía un derecho real y al superficiario le concedía una defensa análoga a la

reivindicatio, quedaba subsistente el que la propiedad del edificio no pudiera pertenecer a otra persona que no fuera el propietario del suelo.

Por lo anterior, podemos concluir, que al hablar del derecho de superficie en el derecho romano, nos estamos refiriendo a la institución surgida en el derecho pretoriano, pues el derecho romano puro no admitió esta teoría que estaba en abierta pugna con el principio de “Superficies solo cedit”. Pero la evolución de los hechos impulsa el desarrollo del derecho y la necesidad obligó a reconocer esta institución, cuando fue que el pretor tutelara al que, en virtud de concesión, había construido sobre suelo público”

Posteriormente, en el Derecho intermedio, el derecho de superficie fue absorbido por la enfiteusis y tomó, consiguientemente, la estructura de un dominio dividido. Sin embargo, la diferencia entre estas dos figuras consiste en que el derecho de superficie supone que “A” construye un edificio propio apoyándose en un terreno de “B”, de manera que la línea divisoria de ambas propiedades es horizontal; en cambio, en la enfiteusis, todo inmueble objeto de la misma (terreno) y, en su caso construcción, pertenece a un solo propietario.

A esta diferencia jurídica se añade otra económica: en la práctica, encontramos al derecho real de superficie en relación con la urbanización; y la enfiteusis, sobre todo en materia agrícola.

Resumiendo las diferencias entre estas dos figuras, podemos decir que la superficie se refiere a dos bienes inmuebles (siempre un terreno y una construcción) separados horizontalmente; y la enfiteusis, a un solo inmueble.

En nuestros tiempos, los Códigos del siglo pasado, de tipo individualista, vieron con prevención la propiedad dividida, y apenas tuvieron en cuenta el derecho de superficie. Mas durante el siglo presente se ha iniciado una reacción legislativa y doctrinal, a favor de este derecho, que se considera hoy excelente instrumento para atender algunas necesidades jurídicas que no pueden ser satisfechas con otros medio, y, sobre todo, para tratar de resolver problemas de la vivienda, tan agudos en nuestros tiempos. Así, la superficie aparece ya regulada en los más modernos Códigos Civiles, como el Suizo (aunque construya este derecho, en sus artículos 675 y 779, valiéndose del tipo de servidumbre), el italiano de 1942 (que lo reglamenta con amplitud en los artículos 952-956) y en las leyes especiales, cual la Ordenanza alemana de 15 de enero de 1919.

Por otro lado, también, el Código Civil Japonés de 27 de abril de 1896, reguló específicamente el derecho de superficie en el capítulo IV del libro II, “De los derechos reales”, artículos 265 al 269, inclusive, colocándolo a continuación del condominio e inmediatamente antes de la enfiteusis pareciendo adelantarse a lo que iba a significar el suelo en su regulación jurídica, años después. También el Código Civil de la República China, de 23 de mayo de 1929, reguló específicamente el derecho de superficie, en el

libro III, "Del derecho de cosas"; capítulo III, a continuación del derecho de propiedad e inmediatamente anterior a una especie de censo denominado yung-tien, al que sigue la regulación de las servidumbres, dedicando a la superficie los artículos 832 al 841, inclusive. Entre los Códigos más modernos destaca el Código Civil de Etiopía, de 5 de mayo de 1960, que si bien regula el derecho de superficie en el libro III, "De los bienes", título VII, "De la propiedad individual", capítulo II "De los derechos y obligaciones del propietario", sección segunda "Reglas especiales de la propiedad inmobiliaria", artículos 1.214 y 1.215; en el título IX, "De la explotación colectiva de bienes", del mismo libro III, dedica todo el capítulo IV, que lleva por rúbrica "De las zonas de urbanismos" (artículos 1.535 al 1.552, inclusive), a regular, con criterio moderno, los problemas de la planificación jurídica del suelo. También el Código de Portugal, de 25 de noviembre de 1966, regula específicamente el derecho de superficie en el título V del libro III, "Derecho de cosas".

2. REGULACION ACTUAL

2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El nacimiento del derecho de superficie esta apoyado en el derecho de propiedad consagrado en el Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su segundo párrafo determina que "Las

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

Más adelante, en este mismo artículo, pero en la fracción VI, segundo párrafo, señala:

“Las leyes de la Federación y de los Estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dichas leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente. El precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base. El exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar a juicio pericial y a resolución judicial. Esto mismo se observará cuando se trate de objetos cuyo valor no esté fijado en las oficinas rentísticas”.

Por lo anterior, a primera vista puede parecer contradictorio afirmar que, en los párrafos anteriores se consagra una garantía a la propiedad, cuando precisamente en ellos se habla de la “expropiación”, es decir, la forma para privar de su propiedad al particular.

Sin embargo, de tal reflexión podemos deducir que la expropiación es una verdadera garantía al derecho de propiedad, de acuerdo a lo siguiente:

- 1.- Sólo se le puede privar al particular de un bien de su propiedad por causa de utilidad pública, lo cual significa que de ninguna otra manera se le podrá privar de sus bienes por la autoridad.
- 2.- El hecho de que el particular sepa que sólo se le puede privar de la propiedad de sus bienes por causa de utilidad pública y mediante indemnización, es suficiente para que entienda que esta legalmente reconocida su propiedad privada y consagrado el respeto a la misma.
- 3.- Sabe además el particular que , si bien se le puede privar de la propiedad de sus bienes, se le tienen que cubrir necesariamente lo que la ley llama como indemnización, es decir, el equivalente en dinero del valor de la cosa de la cual se le va a privar.
- 4.- Esta protección a su propiedad, la consagra no una ley secundaria, sino que la establece la Constitución Política, o lo que es lo mismo, la Máxima Ley, en donde esta materia de la propiedad, representa una garantía individual.

Por estas razones, se puede tomar como buena la afirmación de que la expropiación no debe entenderse como un ataque a la propiedad del particular, sino como una garantía a la existencia de la propiedad privada.

Finalmente, cabe señalar que en esta materia, además del texto constitucional antes mencionado, se tiene la siguiente legislación que la regula:

a) El Código Civil, el cual en su artículo 831 señala:

“La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización.”

b) La Ley de Expropiación, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 25 de noviembre de 1936.

2.2 Código Civil vigente para el Distrito Federal

Ya sabemos, que normalmente, “superficies solo cedit”. Sin embargo, la práctica jurídica obliga a los juristas a reconocer paulatinamente la posibilidad de que una persona tuviera el derecho de propiedad sobre una construcción, plantas o árboles, en terrenos ajenos, posibilidad indirectamente reconocida por los artículos como el 2899 del Código Civil, en

el derecho actual, que se refiere a la hipoteca y que de manera expresa el artículo señala lo siguiente: La hipoteca de una construcción levantada en terreno ajeno no comprende el área.

2.3 Código Financiero para el Distrito Federal

Por otro lado, el Código Financiero del Distrito Federal en el Título Tercero “De los Ingresos por Contribuciones” en su capítulo I titulado Del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles y subtítulo Sujetos Obligados al Pago del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles, en su artículo 134 reconoce indirectamente la posibilidad de la existencia de un derecho de superficie al señalar lo siguiente:

Artículo 134. Están obligados al pago del impuesto sobre Adquisición de Inmuebles, establecido en este Capítulo, las personas físicas y morales que adquieran inmuebles que consistan en el suelo, en las construcciones o en el suelo y las construcciones adheridas a él ubicados en el Distrito Federal, así como los derechos relacionados con los mismos a que este Capítulo se refiere.

Finalmente, el Artículo 139 de este mismo ordenamiento, no sólo reconoce la existencia del derecho de superficie, sino también establece un procedimiento para que no se considere la enajenación de lo que ya es del superficiario y no se considere para el pago del ISAI (Impuesto sobre adquisición de inmuebles), al señalar lo siguiente:

Artículo 139. Para determinar el valor del inmueble, se incluirán las construcciones que en su caso tenga, independientemente de los derechos que sobre éstos tengan terceras personas, salvo que se demuestre fehacientemente ante la autoridad fiscal y de manera previa al otorgamiento del instrumento público correspondiente, que dichas construcciones se realizaron con recursos propios del adquirente, o que las adquirió con anterioridad, habiendo cubierto el impuesto respectivo.

2.3 Legislación Estatal

Existen varias legislaciones dentro del Marco Jurídico de los Estados Unidos Mexicanos que reconocen este derecho, y a continuación se analizan seis casos de legislaciones estatales vigentes que contemplan el derecho real de superficie.

2.3.1 Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza

El Código Civil vigente para el estado de Coahuila de Zaragoza del 25 de junio de 1999 y con la última reforma que tuvo, publicada en el periódico oficial el pasado 21 de marzo de 2006, regula al “Derecho de Superficie” en su capítulo V del mismo, contemplando para su tratamiento nueve artículos especiales para su estudio, los cuales van del Art. 1670 al Art. 1679.

Por lo anterior, se transcribe del Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza el Capítulo V correspondiente al Derecho de Superficie.

CAPÍTULO V

DEL DERECHO DE SUPERFICIE

ARTÍCULO 1670. El derecho real de superficie es el que constituye el dueño de un terreno en favor de otra persona, facultándola para:

- I. Construir un edificio sobre el suelo.
- II. Hacer construcciones debajo del suelo.

También se constituye el derecho de superficie cuando se mantiene sobre el suelo una construcción a favor de otro, que adquiere la propiedad de ella. El derecho de superficie sólo puede constituirse por tiempo determinado.

En los casos de las fracciones I y II, el derecho de superficie se extingue por no construir dentro del plazo de dos años.

ARTÍCULO 1671. En los casos previstos en el artículo anterior, el dueño del terreno conservará la propiedad del suelo, y hecha la construcción, la propiedad de ésta es de la persona en cuyo favor se constituyó el derecho de superficie.

ARTÍCULO 1672. El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito, por acto entre vivos o por testamento.

ARTÍCULO 1673. El negocio jurídico por el que se constituya el derecho de superficie debe otorgarse en escritura pública; y para ser oponible a terceros debe inscribirse en el Registro Público.

ARTÍCULO 1674. El derecho de propiedad sobre las construcciones a que se refieren los artículos anteriores se denomina “derecho de superficie” y su titular "superficiario".

ARTÍCULO 1675. Puede el propietario de una construcción existente en terreno suyo, sobre o debajo del suelo, enajenarla separadamente de éste, conservando tanto la propiedad del terreno como la del suelo y convirtiéndose el adquirente de la construcción en titular del derecho de superficie.

ARTÍCULO 1676. Mientras subsista el derecho de superficie, son aplicables las siguientes disposiciones:

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

a) La propiedad de las construcciones, que es del superficiario.

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

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 ésta.

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 ya sea el terreno o la construcción.

ARTÍCULO 1677. El derecho de superficie se extingue al vencerse el plazo, siendo aplicables las siguientes disposiciones:

- I. El propietario del suelo adquiere la propiedad de la construcción.
- II. Si en el título constitutivo se pactó una prestación en favor del superficiario, al extinguirse su derecho, debe el dueño del terreno cumplir aquélla.
- 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 éste haya celebrado con otras personas respecto de la construcción y que, sin crear derechos reales, transmitan el uso total o parcial de ésta.

En el caso previsto en esta fracción, será de dos años el plazo máximo durante el cual seguirán produciéndose, después de la extinción del derecho de superficie, los efectos del contrato celebrado por el superficiario, aun cuando en él se hubiere pactado un plazo mayor.

ARTÍCULO 1678. El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo edificado, salvo pacto en contrario.

ARTÍCULO 1679. Declarada la nulidad del negocio jurídico que dio origen al derecho de superficie, si existe construcción, se aplicarán las reglas de la accesión. Lo mismo se observará en el caso de rescisión de dicho negocio, salvo convenio en contrario.

Podemos concluir que las cuestiones centrales de tal regulación son las siguientes: en primer lugar, el derecho de superficie esta normado para las zonas urbanas; se constituye a titulo oneroso o gratuito, por acto entre vivos o por testamento y por tiempo determinado; se otorga mediante escritura pública y para ser oponible a terceros debe inscribirse en el registro público; y por último, no se extingue por la destrucción de lo edificado, salvo pacto en contrario.

2.3.2 Código Civil para el Estado de Guerrero

El Código Civil para el estado de Guerrero del 15 de septiembre de 1937 y vigente al día de hoy, estudia al Derecho de Superficie dentro del Libro Tercero “De los Bienes y Derechos Reales” en su Título Sexto “Del Derecho de Superficie” en un Capítulo Único, y que señala lo siguiente:

LIBRO TERCERO De los Bienes y Derechos Reales

TITULO SEXTO Del Derecho de Superficie

CAPITULO UNICO

Artículo 1075.- El Derecho Real de Superficie faculta a su titular a sembrar o plantar sobre terreno ajeno, 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 la de lo sembrado o plantado será del superficiario.

Artículo 1076.- La persona a que pertenezca aun sembradío o plantación existentes en terreno suyo, podrá enajenarlos separadamente de la propiedad del suelo, de esta manera, la persona que adquiera la plantación o el sembradío se convertirá en titular del Derecho Real de Superficie.

Artículo 1077.- El Derecho de Superficie podrá ser a título oneroso o gratuito, y tomara su origen en un contrato o en una disposición testamentaria. Será enajenable o transmisible por herencia. Podrá constituirse a plazo fijo o por tiempo indeterminado. En este caso el Derecho Real de Superficie concluirá por voluntad de ambas partes o de sus causahabientes. En caso de desacuerdo, el juez, si así lo estima conveniente, podrá fijar un plazo para la extinción del derecho.

Artículo 1078.- Extinguido el Derecho de superficie en los términos del artículo que precede, la persona a que pertenezca el suelo se convertirá en propietaria de lo plantado. Tratándose de siembra, el derecho no podrá extinguirse sino hasta haber concluido el período cíclico correspondiente, de tal manera que se permita el levantamiento de la cosecha.

Artículo 1079.- La consolidación de la propiedad a que se alude en el artículo precedente, se hará mediante las indemnizaciones, compensaciones y prestaciones pactadas en el título constitutivo, o en las que acuerden los interesados en el momento de la extinción del derecho correspondiente. En caso de desacuerdo, las fijara el juez, previo informe de peritos.

Artículo 1080.- La extinción del Derecho de Superficie será sin perjuicio de terceros.

Artículo 1081.- El Derecho de Superficie no se extinguirá por la destrucción de la plantación o del sembradío, salvo pacto en contrario.

Artículo 1082.- El Derecho de Superficie prescribirá a los dos años si no se sembró o planto en ese tiempo.

En síntesis, podemos concluir que las cuestiones centrales de tal regulación son las siguientes: en primer lugar, el derecho de superficie esta normado para las zonas rurales; se trata de un derecho real que tiene su origen en un contrato o una disposición testamentaria, enajenable y transmisible por herencia, siendo oneroso o gratuito y por tiempo indeterminado o a plazo fijo; no se extingue por la destrucción de la plantación o del sembradío, salvo pacto en contrario y por último, el derecho de superficie prescribe a los dos años si no se siembra o planta en ese tiempo.

2.3.3 Código Civil del Estado de Jalisco

El Código Civil para el Estado de Jalisco de 1995 regula al Derecho de Superficie en su Título Decimoprimer o “Del Derecho de Superficie” en un Capítulo Único, y dice:

TITULO DECIMOPRIMERO

Del derecho de superficie

CAPITULO UNICO

Artículo 1213.- El derecho real de superficie faculta a su titular a sembrar, plantar o edificar sobre parte o la totalidad del terreno ajeno o construir por debajo de éste, sin que en ningún caso y mientras subsista tal derecho puedan confundirse ambas propiedades, ya que el terreno seguirá perteneciendo al dueño de éste, y la de lo sembrado, plantado o edificado será del superficiario.

Artículo 1214.- La constitución del derecho de superficie deberá constar en escritura pública, y para surtir efectos contra terceros, en todos los casos deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

Artículo 1215.- El propietario de un edificio o una plantación existentes en terreno suyo, puede enajenarlos separadamente de la propiedad del suelo, convirtiéndose así el adquirente de dicho edificio o plantación en el titular del

derecho real de superficie.

Artículo 1216.- El derecho de superficie puede ser a título oneroso o gratuito, y tomar su origen en un contrato o en una disposición testamentaria. Es enajenable, y transmisible por herencia. Puede constituirse a plazo fijo o a plazo indeterminado, sólo que en este último caso no regirán las reglas para dar por concluido aquél mediante la interpelación, sino que la conclusión requerirá el consentimiento del dueño y del superficiario, y si dicho acuerdo no se logra decidirá el Juez, quién deberá fijar un plazo para la conclusión de referencia, procurando que sea suficiente para que se cumpla el fin que se persiguió al constituirlo.

Artículo 1217.- En el caso de la parte final del artículo anterior, como en el evento de que la constitución del derecho de superficie se haya hecho por tiempo determinado, al vencimiento de éste se extingue aquél y el propietario del suelo se convierte en propietario del edificio o de la plantación, situación que no puede darse en el caso de la siembra por no poderse extinguir al respecto el derecho de superficie, si antes no concluye el período cíclico correspondiente que permita el levantamiento de la cosecha.

Artículo 1218.- La consolidación de la propiedad a que se alude en el artículo precedente, se hará mediante las indemnizaciones, compensaciones y prestaciones pactadas en el título constitutivo, o en las que acuerden los

interesados en el momento de la extinción del derecho en cuestión.

Artículo 1219.- Los derechos reales o personales que el superficiario haya constituido en favor de terceros respecto de su derecho de superficie concluyen al extinguirse éste.

Artículo 1220.- El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido, plantado o sembrado, salvo pacto en contrario.

Artículo 1221.- El derecho de plantar o edificar sobre terreno ajeno o construir por debajo de éste, se extingue por no plantar o construir dentro del plazo de dos años, o de un año si dentro de éste no se siembra.

Artículo 1222.- El superficiario gozará del derecho del tanto si el propietario pretende enajenar el terreno. Igual derecho tendrá el superficiante si el superficiario pretende enajenar su derecho de superficie.

Artículo 1223.- Las partes pueden pactar, en caso de ser factible, que el superficiario al término de su derecho retire su construcción.

Por lo anterior, podemos concluir que las cuestiones centrales de tal regulación son las siguientes: en primer lugar, el derecho de superficie esta normado para las zonas urbanas y rurales; se trata de un derecho real que deberá inscribirse en el registro público de la propiedad y constar en

escritura pública; se adquiere mediante contrato o disposición testamentaria, es enajenable y transmisible por herencia y puede constituirse a plazo fijo o a plazo indeterminado; no se extingue por la destrucción de lo construido, plantado o sembrado, salvo pacto en contrario, solo se extingue por no plantar o construir dentro de dos años, o de un año si dentro de este no se siembra.

2.3.4 Código Civil del Estado de Puebla

El Código Civil vigente del estado de Puebla regula al Derecho de Superficie dentro de su Capítulo Decimotercero al que titula “Derecho de Superficie” y que enseguida analizamos:

CAPITULO DECIMOTERCERO

DERECHO DE SUPERFICIE

Artículo 1335.- Puede el dueño constituir, en favor de otra persona y respecto a un terreno de su propiedad, un derecho de:

- I.-** Construir un edificio sobre el suelo.
- II.-** Hacer construcciones debajo del suelo.

Artículo 1336.- El derecho a que se refiere el artículo anterior se extingue, por no construir dentro del plazo de dos años.

Artículo 1337.- En los casos supuestos en el artículo 1335, el dueño del terreno conservará la propiedad del suelo, y hecha la construcción, la propiedad de ésta es de la persona en cuyo favor se constituyó el derecho de construir.

Artículo 1338.- Puede el propietario de una construcción existente en terreno suyo, sobre o debajo del suelo, enajenarla separadamente de éste, conservando tanto la propiedad del terreno como la del suelo.

Artículo 1339.- El derecho de propiedad sobre las construcciones a que se refieren los artículos anteriores se denomina "derecho de superficie" y su titular "superficiario".

Artículo 1340.- 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

b).- La propiedad del terreno, que continúa siendo del dueño de éste.

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

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 ésta.

Artículo 1341.- El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito, por acto entre vivos o en testamento y por tiempo determinado.

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

- I.- El propietario del suelo adquiere la propiedad de la construcción;
- II.- Si en el título constitutivo se pactó una prestación en favor del superficiario, al extinguirse su derecho, debe el dueño del terreno cumplir aquélla;
- 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 éste haya celebrado con otras personas, respecto de la construcción y que, sin crear derechos reales, transmitan el uso total o parcial de ésta.

Artículo 1343.- El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo edificado.

En resumen, podemos concluir que las cuestiones centrales de tal regulación son las siguientes: en primer lugar, el derecho de superficie esta normado para las zonas urbanas; se adquiere por acto entre vivos o en testamento, siendo oneroso o gratuito y por tiempo determinado; y por último, se extingue al vencerse el plazo, más no por la destrucción de lo edificado.

2.3.5 Código Civil del Estado de Quintana Roo

El Código Civil del Estado de Quintana Roo regula al Derecho de Superficie dentro de su Título Noveno “Del Derecho de Superficie” donde señala lo siguiente:

TÍTULO NOVENO

Del derecho de superficie

Artículo 2207.- El derecho real de superficie faculta a su titular a sembrar, plantar o edificar sobre terreno ajeno o construir por debajo de éste, sin que ningún caso y mientras subsista tal derecho puedan confundirse ambas propiedades, pues la del terreno seguirá perteneciendo al dueño de éste, y la de lo sembrado, plantado o edificado será del superficiario.

Artículo 2208.- Puede el propietario de un edificio o una plantación existentes en terreno suyo enajenarlos separadamente de la propiedad del suelo, convirtiéndose así el adquirente de dicho edificio o plantación en titular de derecho real de superficie.

Artículo 2209.- El derecho de superficie puede ser a título oneroso o gratuito, y tomar su origen en un contrato o en una disposición testamentaria. Es enajenable y transmisible por herencia. Puede constituirse a plazo fijo o a plazo indeterminado, solo que en éste último caso no regirán las reglas generales para dar por concluido aquél mediante la interpelación, sino que la conclusión requerirá el consentimiento conjunto del dueño y del superficiario o de sus respectivos causahabientes, en su caso y si dicho acuerdo no se logra decidirá el juez, quien podrá fijar un plazo para la conclusión de referencia, si así lo estima conveniente.

Artículo 2210.- Tanto en el caso de la parte final del Artículo anterior, cuando en el evento de que la constitución del derecho de superficie se haya hecho por un tiempo determinado, al vencimiento de éste se extingue aquél y el propietario del suelo se convierte en propietario del edificio o de la plantación, situación que no puede darse en el caso de la siembra por no poderse extinguir al respecto el derecho de superficie si antes no concluye el período cíclico correspondiente que permita el levantamiento de la cosecha.

Artículo 2211.- La consolidación de propiedad a que se alude en el Artículo precedente, se hará mediante las indemnizaciones, compensaciones y prestaciones pactadas en el título constitutivo, o en las que acuerden los

interesados en el momento de la extinción del derecho en cuestión. En su defecto las fijará el juez, previo informe de peritos.

Artículo 2212.- La extinción del derecho de superficie será sin perjudicar derechos de tercero.

Artículo 2213.- El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido o plantado, salvo pacto en contrario.

Artículo 2214.- El derecho de plantar o edificar sobre terreno ajeno o construir por debajo de éste, se extingue por no plantar o construir dentro del plazo de dos años, o de uno si dentro éste no se siembra.

Por lo antes expuesto, podemos concluir que las cuestiones centrales de tal regulación son las siguientes: en primer lugar, el derecho de superficie esta normado para las zonas urbanas y rurales; puede ser a titulo oneroso o gratuito, y tomar su origen en un contrato o en una disposición testamentaria, es enajenable y transmisible por herencia y a plazo fijo o a tiempo indeterminado y por último, el derecho de superficie se no se extingue por la destrucción de lo construido o plantado, salvo pacto en contrario, solo se podrá extinguir por no plantar o construir dentro del plazo de dos años, o de uno si no se siembra.

2.3.6 Código Civil del Estado de Tabasco

Finalmente el Código Civil del estado de Tabasco regula al Derecho de Superficie en su Capítulo Noveno Romano (IX) con nueve artículos específicos para su tratamiento y que a continuación se enlistan:

CAPITULO IX DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Artículo 1283.- Concepto

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

- I.- Construir un edificio sobre el suelo; y
- II.- Hacer construcciones debajo del suelo.

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

Artículo 1284.- Propiedad

En los casos previstos en el artículo anterior, el dueño del terreno conservará la propiedad del suelo, y hecha la construcción, la propiedad de ésta es de la persona en cuyo favor se constituyó el derecho de superficie.

Artículo 1285.- Formalidad

El negocio jurídico por el que se constituya el derecho de superficie debe otorgarse en escritura pública; y para ser oponible a terceros deberá estar inscrita en el Registro Público de la Propiedad.

Artículo 1286.- Denominación de las partes

El derecho de propiedad sobre las construcciones a que se refieren los artículos anteriores, se denomina "derecho de superficie" y a su titular "superficiario".

Artículo 1287.- Enajenación

Puede el propietario de una construcción existente en terreno suyo, sobre o debajo del suelo, enajenarla separadamente de ésta, conservando tanto la propiedad del terreno como la del suelo y convirtiéndose el adquirente de la construcción en titular del derecho de superficie.

Artículo 1288.- Disposiciones aplicables

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

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 ésta; 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 construcción.

Artículo 1289.- Extinción

El derecho de superficie se extingue al vencerse el plazo, siendo aplicables las siguientes disposiciones:

I.- El propietario del suelo adquiere la propiedad de la construcción;

II.- Si en el título constitutivo se pactó una prestación en favor del superficiario, al extinguirse su derecho, debe el dueño del terreno cumplir aquélla;

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 éste haya celebrado con otras personas, respecto de la construcción y que, sin crear derechos reales, transmitan el uso total o parcial de éste.

En el caso previsto en esta última fracción, será de dos años el plazo máximo durante el cual seguirán produciéndose, después de la extinción del derecho de superficie, los efectos del contrato celebrado por el superficiario, aún cuando en él se hubiere pactado un plazo mayor.

Artículo 1290.- Extinción por no construir

El derecho a que se refiere el artículo anterior se extingue, por no construir dentro del plazo de dos años.

Artículo 1291.- Destrucción de la edificación

El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo edificado, salvo pacto en contrario, pudiendo reconstruirse lo destruido.

Se puede decir que las cuestiones centrales de tal regulación son las siguientes: en primer lugar, el derecho de superficie está normado para las zonas urbanas; se trata de un derecho real que debe otorgarse mediante escritura pública; y para ser oponible a terceros deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, puede constituirse a título oneroso o gratuito, por acto entre vivos o por testamento y por tiempo determinado y por último, el derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo edificado, salvo pacto en contrario, pudiendo reconstruir lo destruido.

3. DERECHO COMPARADO

Los derechos reales son definidos como: “aquellos que atribuyen a su titular un señorío o poder inmediato sobre la cosa, señorío o poder que, dentro de los márgenes de la ley, pueden ser más amplio o menos amplio.”¹

¹ Alessandri R. Artuto y otros. “Tratado de los derechos reales” Tomo I, Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 13.

Sin menoscabo de la definición citada con anterioridad, podemos decir que existe una definición más completa dado por la escuela clásica representada por Aubry y Rau, donde señalan que, el derecho real es un 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. Por consiguiente, son elementos del derecho real: a) La existencia del poder jurídico, b) La forma de ejercicio de este poder en una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa, c) La naturaleza económica del poder jurídico que permite un aprovechamiento total o parcial de la misma y d) La oponibilidad respecto de terceros para que el derecho se caracterice como absoluto, valedero erga omnes.

El derecho real de superficie es, por su parte, “aquel que confiere a su titular el poder de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido”.² En su variedad rústica, el derecho de superficie permite a su titular plantar o sembrar, teniendo la propiedad de lo plantado o sembrado.

Esta figura jurídica no es reconocida en diversas legislaciones ya que ellas sostienen que el propietario del suelo debe serlo, además de todo lo edificado en ella y lo que existe bajo el terreno, es decir la propiedad de la superficie y del espacio sobre ella y del subsuelo.

² Diez-Picazo, Luis y Gullón Antonio. “Instituciones de Derecho Civil”, Op. cit., pp. 332-335.

Pese, a lo anterior, existen legislaciones que reconocen este derecho, y a continuación se analizan seis casos de legislaciones extranjeras que contemplan o han contemplado el derecho real de superficie

3.1 Alemania

El Código Civil de Alemania³ establecía el derecho real de superficie, en los artículos comprendidos entre el 1012 y 1017, los que fueron derogados en 1919. Estas normas regulaban el derecho hereditario de construcción que pretendía regular la construcción de pequeñas viviendas sobre o bajo un terreno ajeno. Es un derecho real limitado sobre la finca ajena. Quien se encontraba autorizado para construir pasaba a ser dueño de dicho inmueble por adherencia. Era un derecho hereditario y enajenable.

La recepción del derecho real de superficie por el Código Civil Alemán, vigente desde el 1 de enero de 1900, produjo una gran influencia que se extendió rápidamente a los Códigos Civiles del siglo XX.

El Código Alemán, que tanta influencia tuvo sobre las legislaciones del siglo pasado, sólo se refirió a la superficie en su variante edificada, atento a que contempla la posibilidad de tener una edificación sobre suelo ajeno y no una plantación.

³ Eiranova E. Emilio. “Código Civil Alemán, comentado”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 329 y 330.

Desde 1919 y hasta la fecha, para este derecho real se aplica la Ley ErbbRVO (Erbbaurecht Ordnung), modificada por la Ley denominada OLG – Vertretungsänderungsgesetz de 2001 y por el Reglamento sobre el derecho de superficie (Verordnung ubre das Erbbaurecht), donde se dispone que las convenciones sobre el derecho de superficie tienen valor legal desde el momento de la inscripción. Es un derecho hereditario y enajenable y se le equipara al derecho que tiene el propietario de la finca sobre esta.

3.2 Argentina

En Argentina, los importantes proyectos de reforma del Código Civil de 1987, artículo 2614, y 1993, artículos 3158 3163; se refirieron solo a la variante edificable del derecho de superficie.

El proyecto de 1998, en cambio, se refirió a construcción o forestación (artículo 2018).

En noviembre de 2001, se dictó la Ley No 25.509 que se refiere a este derecho real sólo como de “superficie forestal” constituido “sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura”. Tal como se aprecia en el Artículo 1º de dicha Ley y que a la letra dice: Créase el derecho real de superficie forestal, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre inmueble susceptible de forestación o

silvicultura, de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados, y a lo establecido en la presente ley.

Dicho derecho será constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio sobre predios como los indicados. Este derecho real es autónomo y otorga los atributos propios del dominio a su titular.

El artículo 2º de la Ley 25.509 expresa: “El derecho real de superficie forestal es un derecho real...que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantía”.

Por lo anterior, dicha Ley, no sólo contempla el derecho de forestar, sino que también prevé expresamente el hacer propio lo plantado, que es lo que le interesa en verdad al titular del derecho. El derecho de superficie debe ser constituido en escritura pública e inscrito en el Registro Público de Propiedad.

Existe, al igual que en otras legislaciones la idea que este tipo de derecho tiene un plazo de duración. En este caso no superior a 50 años.

Las causales de extinción están establecidas en la norma, así por ejemplo por la renuncia, destrucción total o parcial de lo pactado, etc. Para

ello, el artículo 7º de la Ley 25.509 dispone que el derecho real de superficie forestal no se extingue por la destrucción total o parcial de lo plantado, cualquiera fuera su causa, siempre que el superficiario realice nuevas plantaciones dentro del plazo de tres años.

Al término del plazo o de la extinción del derecho, el dueño de la superficie extiende su dominio a las plantaciones subsistentes, pero deberá indemnizar al superficiario.

Podemos afirmar que el derecho real de construir o forestar es un derecho real que experimenta una curiosa metamorfosis, pues nace sobre cosa ajena y se convierte en derecho real sobre la cosa propia cuando se efectúa la construcción o forestación, dando origen a la propiedad superficiaria.

3.3 Brasil

En la época colonial del Brasil el derecho de superficie fue contemplado en su legislación.

Luego de proclamada su independencia, la legislación portuguesa quedó vigente y con ella el derecho de superficie. Pero fue dejado de lado con la Ley 1.257 del 29 de septiembre de 1864 que no incluyó a la superficie entre los derechos reales permitidos.

Clóvis Bevilacqua, en su proyecto de Código Civil de 1900, que luego se transformaría en el Código de 1916, no reguló el derecho de superficie. Si bien la Comisión revisora del proyecto intento incluirlo entre los derechos reales sobre cosa ajena, finalmente el Código fue promulgado sin el mismo, por la Ley 3.071.

El 10 de julio de 2001, Brasil sancionó la Ley Federal No. 10.257, denominada “Estatuto da Cidade”, en miras de establecer las directrices generales para el establecimiento de una ciudad moderna. Entre los instrumentos que contempla para ello se encuentra el derecho real de superficie.

Finalmente el nuevo Código Civil de Brasil, sancionado por la Ley No. 10.406 de fecha 10 de enero de 2002, entró en vigor el 11 de enero de 2003, y el mismo regula el derecho real de superficie dentro del Título IV en los artículos 1369 al 1377.

El artículo 1369 del Código Brasileño dispone que “el propietario puede conceder a otro el derecho de construir o plantar en su terreno”.

La posibilidad de adquirir una construcción o plantación ya existentes no aparece expresamente prevista en dicho Código.

La constitución de este derecho de superficie debe ser mediante escritura pública debidamente registrada en el Registro de inmuebles y se constituye por tiempo determinado, tal como lo establece el artículo 1369.

Por otra parte, el artículo 1374 dispone que: “Extinguida la superficie, el propietario pasará a tener el dominio pleno sobre el terreno, construcción o plantación, independientemente de su indemnización, salvo estipulación en contrario de las partes.

Podemos concluir que las cuestiones centrales de tal regulación son las siguientes: en primer lugar, el derecho de superficie esta normado para las zonas urbanas y rurales (Art. 1369); se trata de un derecho real con inscripción registral (Art. 1369); se adquiere mediante contrato, en escritura pública, siendo oneroso o gratuito y por tiempo determinado (Art. 1370); es transmisible por herencia (Art. 1372); goza del derecho de preferencia para la adquisición del dominio (Art. 1373); goza de una indemnización a la finalización por el enriquecimiento del nudo propietario (Art. 1375) y por último, puede ser instituido por persona de Derecho Público (Art. 1377)

3.4 Cuba

El derecho cubano regula al derecho de superficie en su Código Civil dentro del Libro Segundo “Derecho de Propiedad y otros Derechos sobre Bienes”, Título III “Otros Derechos sobre Bienes”, Capítulo III “Superficie” en los artículos siguientes:

Artículo 218.1. El Estado puede conceder a personas naturales o jurídicas el derecho de superficie sobre terrenos de propiedad estatal para edificar viviendas o efectuar otras construcciones.

2. El derecho de superficie puede concederse también para que el terreno sea dedicado a otras actividades determinadas.

3. No puede concederse derecho de superficie sobre terreno de propiedad personal.

4. El derecho de superficie puede concederse a título oneroso o gratuito.

Artículo 219.1. El derecho de superficie puede concederse a otros Estados para construir en terrenos de propiedad estatal las edificaciones necesarias para la instalación de sus misiones diplomáticas y consulares, residencias de sus miembros y otras dependencias.

2. El derecho de superficie también puede ser concedido a organismos internacionales para la instalación de sus sedes y residencias de su personal, o a representaciones extranjeras ante aquéllos.

3. En el caso previsto en los apartados anteriores, el derecho de superficie puede concederse, igualmente, respecto a terrenos sobre los cuales ya se encuentran construidos edificios.

Artículo 220. Las cooperativas de producción agropecuaria pueden conceder a sus miembros el derecho de superficie sobre tierras de su propiedad al solo efecto de la construcción de viviendas.

Artículo 221. En el título constitutivo del derecho de superficie debe consignarse su extensión y término, así como la estructura, naturaleza y el

destino de las construcciones o, en su caso, la actividad específica que ha de desarrollarse en el terreno.

Artículo 222.1 El derecho de superficie puede concederse por un término no mayor de cincuenta años.

2. El derecho a que se refiere el apartado anterior puede ser prorrogado por la mitad del término original, en virtud de solicitud formulada por el titular antes de la fecha del vencimiento.

Artículo 223. El derecho de superficie es transferible, salvo que la ley o del título constitutivo resulte otra cosa.

Artículo 224. Además de las causas generales de extinción de las relaciones jurídicas, el derecho de superficie se extingue por:

- c) Extinción de la persona jurídica titular del mismo;
- d) Infringirse las condiciones bajo las cuales fue concedido;
- e) No ejercitarse el derecho dentro de los dos años siguientes a su concesión, salvo que en la ley se establezca distinto término; y
- ch) Destrucción de las edificaciones e instalaciones, salvo que se reconstruyan en el plazo que se ha señalado o, en su defecto, el que determine el tribunal.

Artículo 225. Al extinguirse el derecho de superficie, las construcciones e instalaciones se revierten al propietario del terreno.

3.5 España

En España, hasta el año de 1998, se encontraba vigente el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprobó el texto refundido de la ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana. En esta norma se disponía que las Entidades locales, las personas públicas y privadas podían constituir derechos de superficie en sus terrenos, con el fin de destinarlos a la construcción de viviendas sujetas a régimen especial como por ejemplo el de vivienda social. Para la construcción del derecho era básico ser dueño del terreno.

El derecho de superficie podía ser constituido a título gratuito u oneroso y era susceptible de ser transmitido por sucesión por causa de muerte. Asimismo, se podía constituir gravámenes, siempre que se respetasen las limitaciones fijadas al constituirse el derecho.

Se requería la constitución del derecho de superficie por escritura pública e inscripción en el Registro de Propiedad.

Se establecía la extinción del derecho de superficie por la no edificación en el plazo previsto en el permiso respectivo. En todo caso, el derecho no podía exceder de setenta años, en el caso que el derecho era concedido por

los Municipios y demás personas públicas, y noventa y nueve en el caso de los particulares. Al vencimiento del plazo, el dueño del terreno se hacía dueño de lo edificado, sin tener que pagar indemnización alguna.

En 1998, se publicó la Ley 6/1998 sobre régimen de suelo y valoraciones. Su promulgación, se debió a que en 1997 la jurisprudencia del Tribunal Constitucional determinó la inconstitucionalidad de prácticamente todo el Real Decreto Legislativo 1/992.⁴ La nueva norma legal no contempla el derecho real de superficie.

Como ya hemos visto, el derecho de superficie ha tenido una trayectoria irregular y que sólo en épocas recientes ha encontrado un pleno reconocimiento con una regulación legal explícita. El Código Civil español menciona, pero no regula, el derecho de superficie, existiendo una parca regulación de este derecho en la legislación urbanística y en el Reglamento Hipotecario. En el derecho civil catalán, sin embargo, existe regulación completa de esta institución en la Ley 22/2001 de 31 de diciembre.

Esta Ley pretende establecer un régimen jurídico que, más allá de la función tradicional de fomento a la edificación que se atribuye al derecho de superficie, pueda ser un factor importante en la formación del mercado inmobiliario y también en los aprovechamientos agrarios y forestales. El superficiario, es decir, la persona que construye o planta sobre terreno

⁴ Sentencia 61/1997 publicada el 29 de abril de 1997.

ajeno, puede construir o plantar en suelo ajeno y hacer suyo lo construido o plantado sin necesidad de adquirir el suelo y, por tanto, con inversión económica significativamente menor. Al ser propietario de lo construido o plantado, podrá explotarlo a título de dueño e incluso gravarlo para obtener recursos financieros para su inversión. Por su parte, el propietario del suelo o superficiante mantiene la propiedad del mismo, con lo cual hace suya la plusvalía tácita que se produce con el incremento del valor del suelo, especialmente en áreas con una fuerte explotación urbanística. Además, el propietario del suelo sabe que al finalizar el derecho de superficie, que lógicamente tiene carácter temporal, lo construido o plantado pasará a ser de su propiedad, materializándose la figura de la accesión inmobiliaria. También hay que recordar que es habitual que el superficiario pague al superficiante un canon periódico, por lo que en tal caso este último obtendrá un rendimiento económico inmediato. La utilización de esta figura legal es hoy en día bastante frecuente en relación con la construcción y explotación de centros comerciales. También puede ser útil. Con función de garantía, como alternativa a las permutas de suelo por edificación futura, regulando los plazos dentro de los cuales el superficiario deba construir, y pactando en régimen liquidatorio del derecho que finalice con la construcción en régimen de propiedad horizontal y la atribución de algunos departamentos resultantes al superficiante.

Sin embargo, en Cataluña la Ley 22/2001 de 31 de diciembre que reguló el derecho de superficie, hoy ha sido derogada por la Ley 5/2006 de 10 de

mayo, que aprueba el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, con una regulación similar.

Cabe aclarar que esta regulación abarca todo derecho de superficie, tanto el administrativo o que se rija por las normas del planeamiento urbanístico como el que deseen construir los particulares, dentro los límites y con las licencias, en su caso, pertinentes.

En dicha Ley, el derecho de superficie esta regulado dentro del Capítulo IV, con los artículos siguientes:

Artículo 564-1. Concepto.

La superficie es el derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que estén incluidas en la misma. En virtud del derecho de superficie, se mantiene una separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y el terreno o suelo en que se hace.

Artículo 564-2. Clases.

1. El derecho de superficie puede recaer sobre construcciones o plantaciones anteriores a la constitución del derecho. Las construcciones pueden estar sobre o bajo el nivel del suelo.
2. El derecho de superficie puede recaer sobre construcciones o plantaciones posteriores a la constitución del derecho, en cuyo caso este

derecho atribuye a su titular la legitimación activa para hacer la construcción o plantación.

Artículo 564-3. Constitución.

1. Pueden constituir el derecho de superficie los propietarios y demás titulares de derechos reales posesorios que tengan libre disposición de la finca afectada.
2. La constitución del derecho de superficie debe constar necesariamente en escritura pública, que debe contener, al menos, las siguientes circunstancias:
 - a) La duración del derecho de construir o plantar, que no puede superar en ningún caso los noventa y nueve años.
 - b) Las características esenciales de la construcción o plantación existente o futura y, en último caso, el plazo para hacerla.
 - c) Si las construcciones o plantaciones que son objeto del derecho de superficie no comprenden toda la finca gravada, la delimitación concreta y las medidas y situación del suelo afectado por el derecho, que deben describirse de acuerdo con la legislación hipotecaria y sin perjuicio de las limitaciones urbanísticas aplicables.
 - d) El precio o entrada y el canon que, si procede, deben satisfacer los superficiarios a los propietarios.
3. La constitución y modificaciones del derecho de superficie pueden oponerse a terceras personas de buena fe desde que se inscriben en el

Registro de la Propiedad en la forma y con los efectos establecidos por la legislación hipotecaria o desde que las terceras personas han tenido conocimiento de las mismas.

Artículo 564-4. Régimen jurídico voluntario.

1.- Los superficiarios y los propietarios de la finca pueden establecer, en todo momento, el régimen de sus derechos respectivos, incluso en lo que concierne al uso del suelo y de la edificación o plantación.

2.- Se admiten, respecto a los derechos de superficie, los siguientes pactos, entre otros:

a) La limitación de la disponibilidad de los superficiarios sobre su derecho, en concreto, sometiéndola al consentimiento de los propietarios de la finca.

b) El establecimiento de una pensión periódica a favor de los propietarios que no pueden garantizarse con el mismo derecho de superficie si los superficiarios hacen una nueva construcción.

c) El régimen de liquidación de la posesión una vez que se extinga el derecho. .

3. Se admiten, respecto al derecho de superficie sobre una construcción nueva o una plantación, los siguientes pactos, entre otros:

a) La fijación del plazo para hacer la construcción o plantación, atribuyendo eficacia extintiva y, si procede, resolutoria al incumplimiento del mismo. Lo que se haya construido o plantado revierte en el propietario o propietaria de la finca, salvo pacto en contrario.

b) La atribución al propietario o propietaria de la finca, en caso de nueva construcción, de un derecho de uso, por cualquier concepto, sobre viviendas o locales integrados en la nueva construcción.

c) La atribución a los superficiarios de la facultad de establecer el régimen de propiedad horizontal, en caso de una nueva construcción, de un derecho de un edificio al que pueda aplicarse este régimen. Esta facultad se entiende, salvo pacto en contrario, por el tiempo de duración del derecho y con los límites establecidos por el título de constitución del derecho de superficie.

4. Puede pactarse, respecto al derecho de superficie sobre una construcción o una plantación preexistentes, la extinción o, si procede, la resolución en caso de impago de la pensión, de un mal uso o de un destino diferente del pactado que ponga en peligro la existencia misma de la construcción o plantación.

5. Los propietarios y los superficiarios pueden establecer, en el título de constitución o en otro posterior, derechos de adquisición preferente, recíprocos o no, a los que se aplica supletoriamente el régimen que el presente código establece para la fadiga con relación a la transmisión del derecho de censo o de la finca gravada con un censo enfitéutico.

Artículo 564-5. Régimen legal.

El pacto que establezca el decomiso por impago de la pensión convenida, si se trata de un derecho establecido sobre una construcción o

plantación hecha por los superficiarios después de haberse constituido el derecho, es nulo y se tiene por no hecho.

Artículo 564-6. Extinción.

1. El derecho de superficie se extingue por las causas generales de extinción de los derechos reales.
2. La extinción del derecho de superficie comporta, salvo pacto en contrario, la reversión de la construcción o plantación a las personas que en ese momento de la extinción sean titulares de la propiedad de la finca gravada, sin que estas deban satisfacer ninguna indemnización a los superficiarios.
3. La extinción del derecho de superficie no perjudica los derechos que se hayan constituido sobre este, salvo que la causa de la extinción sea el vencimiento del plazo de la duración del derecho o, en su caso de construcciones o plantaciones preexistentes, su pérdida total.
4. El derecho no se extingue si la construcción o plantación la han hecho los titulares del derecho de superficie y se pierde. En este caso, los titulares la pueden reconstruir o rehacer.

3.6 Italia

El Código Civil Italiano regula al derecho de superficie a partir del artículo 952 en adelante, dicho artículo dispone, que un propietario puede constituir un derecho para que construya sobre el suelo y que dicha estructura sea de propiedad de un tercero, e independientemente de la superficie. Este artículo

regula magníficamente el derecho real de superficie en dos planos por un lado el derecho real de construir y por el otro la propiedad superficiaria, al señalar que el derecho de construir, no es sólo eso sino que también conlleva la potencia de hacer propia la obra emprendida que es lo que le interesa al titular del derecho. Es la concesión ad aedificandum. Ésta, no es propiedad superficiaria; es un poder autónomo y actual, en el cual reside también una propiedad superficiaria y de hecho, al terminar la construcción, aquella potestad se trocará en este derecho, manteniendo latente la facultad de reconstruir. La segunda vertiente contempla la posibilidad de adquirir la construcción independiente del inmueble de emplazamiento. En suma, bajo la denominación genérica de derecho de superficie se engloba el ius aedificandi y la propiedad superficiaria.

Por otra parte, en su artículo 956 prohíbe la superficie referida a plantaciones, al expresar “no puede ser construida o transferida la propiedad de las plantaciones separadamente de la superficie del suelo”.

La constitución del derecho sobre la construcción será por un tiempo determinado y al vencimiento el propietario del suelo pasa a ser dueño de lo construido.

Se extingue el derecho real de superficie por no hacer uso de él a lo menos por 20 años.

El contrato de arrendamiento constituido sobre la construcción no podrá extenderse más allá del plazo de vigencia del derecho real de superficie.

CAPITULO III

NECESIDAD DE REGULAR EL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

3.1 Propuesta para la regulación del Derecho de Superficie en el Código Civil para el Distrito Federal.

El derecho real de superficie, en caso de que se regulara en Código Civil vigente para el Distrito Federal, deberá estar contenido dentro del Libro Segundo “De los Bienes” Título Quinto “ Del Usufructo, Del Uso y De La Habitación” donde se tendría que adicionar un Capítulo VI que lleve por título “Del Derecho de Superficie” , quedando de la siguiente forma:

REDACCION PROPUESTA
<p>CAPITULO VI DEL DERECHO DE SUPERFICIE</p> <p>Artículo 1057. El derecho real de superficie faculta al titular del derecho, al cual se le designa como superficiario, a sembrar, plantar o construir en terreno ajeno una obra subterránea, un edificio, o una nueva construcción encima de la que ya hubiere.</p>

Artículo 1058. En ningún caso, mientras subsista tal derecho se podrán confundir ambas propiedades, pues el superficiario es dueño de la obra que construye o bien de lo plantado o sembrado, pero el suelo y demás construcciones que ya hubieren, son de dueño del predio. Por lo que no opera el derecho de accesión a favor del propietario del predio respecto de la obra que en su predio realiza el superficiario.

Artículo 1059. El superficiario puede enajenar, gravar, dar en arrendamiento la obra que realice, en virtud de su derecho. Pero los contratos que realice el superficiario por mayor tiempo del que tiene vigencia su derecho, se extinguirán con la muerte del superficiario.

Artículo 1060. El derecho de superficie se constituye por contrato, a título oneroso o gratuito, y por testamento. Es un derecho enajenable, y transmisible por herencia. Puede constituirse a plazo fijo o a tiempo indeterminado, pero siempre procurando que sea suficiente para que se cumpla el fin que se persiguió al constituirlo.

Artículo 1061. Los derechos y obligaciones de las partes, se regirán por el contrato o testamento en que se hubiera constituido tal derecho.

Artículo 1062. Este derecho se extinguirá, si el superficiario no empieza a construir o plantar dentro del plazo que convenga con el dueño del predio, que deberá ser no mayor a 5 años, o de 2 años si dentro de este no se siembra. Al extinguirse el derecho real de superficie, el propietario del predio adquirirá de pleno derecho, salvo pacto en contrario, la propiedad de las obras hechas por el que fue superficiario.

CONCLUSIONES

En resumen, podemos señalar que el derecho de superficie se puede constituir sobre construcciones o plantaciones ya existentes o a realizar en un futuro. Se trata de un derecho real que y como tal tiene eficacia frente a terceros a partir de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Como quiera que permite tener y mantener la propiedad separada de una construcción o una plantación, dicha propiedad separada es transmisible y susceptible de ser gravada, por ejemplo, hipotecada, salvo pacto en contrario. Es un derecho de carácter temporal, por lo que es necesario establecer su duración en el título constitutivo, sin que pueda exceder de 5 años. Al término del plazo pactado, lo edificado o plantado se revertirá al dueño del suelo. En caso de constituirse con carácter oneroso, el título constitutivo expresará la contraprestación, que normalmente consiste en el pago de un canon periódico. También es muy destacable la facultad del dueño del suelo a fijar un plazo para la realización de la edificación o la plantación, con la particularidad de que el incumplimiento del plazo podrá tener eficacia extintiva del derecho de superficie, revirtiendo al propietario de la finca lo construido o plantado hasta el momento, salvo pacto en contrario. En suma, estas características o rasgos distintivos convierten al derecho de superficie en una institución jurídica viva y útil para el tráfico inmobiliario actual, que conviene que se tenga presente.

Finalmente y en base a las legislaciones estudiadas con sus matices y diferencias a lo largo de este trabajo, se estima que es indispensable adoptar y regular en forma plena en el seno de nuestro derecho civil al derecho real de superficie, debido al insoslayable interés que el mismo tiene para el derecho y la economía moderna.

La regulación de la superficie sobre plantaciones y edificaciones revela también la preocupación de las sociedades modernas por contar con instrumentos aptos para promover la actividad forestal y de construcción, no sólo por la importancia económica, sino también por la incidencia ecológica de la misma.

Por todo lo antes señalado, hacemos votos para que sea tomado en cuenta por los legisladores locales y sea sancionada cada una de estas normas, se cumplan plenamente y el derecho de superficie goce de vigencia y vitalidad en la vida cotidiana, para lo cual, se necesitarán oportunas reformas legales, mismas que constituyen la parte total del presente estudio y que se detallan en el último capítulo del presente trabajo.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR CARBAJAL**, Leopoldo. “Segundo Curso de Derecho Civil”
Bienes, Derechos reales y sucesiones. Segunda Edición,
México, Porrúa, 1967.
- ALBALADEJO**, Manuel. “Derecho civil”, Octava edición, Barcelona, Bosch,
1994, Vol. I, T. II (Derecho de Bienes).
- BARRERA GRAF**. “Estudios de Derecho Mercantil”, Porrúa, México,
1958.
- BORJA MARTINEZ**, Ignacio. “Derecho de superficie”, Revista de Derecho
Notarial, México, año XVIII, junio de 1974, núm 55, pp. 19 a 73.
- BORJA MARTINEZ**, Ignacio. “La propiedad de pisos o departamentos en
Derecho Mexicano”, México, Porrúa, 1992.
- CASTAN TOBEÑAS**, José. “Derecho civil español, común y foral”,
Decimocuarta edición, Madrid, Reus S.A., 1992, Vol. I, T II
(Derecho de cosas).
- CASTRILLON Y LUNA**, Víctor M. “Contratos Mercantiles”, México, Porrúa,
2002.
- CERVANTES AHUMADA**. “Títulos y operaciones de crédito”, México, 1954
- DE IBARROLA, ANTONIO**. “Cosas y Sucesiones”, Decimocuarta edición,
México, Porrúa, 2004.
- DAVALOS MEJIA**, Carlos Felipe. “Títulos y contratos de crédito, quiebras”,
Segunda edición, México, Harla, 1992, T. II (Derecho Bancario y
Contratos de crédito).

- DE PINA**, Rafael. “Elementos de derecho civil mexicano”, Decimoquinta edición, México, Porrúa, 1998, Vol. II (Bienes y Sucesiones).
- DE PINA VARA**, Rafael. “Derecho Mercantil Mexicano”, México, Porrúa, 1998.
- DIEZ PICAZO**, Luis. “Fundamentos de derecho civil patrimonial”, Cuarta edición, Civitas, Madrid, 1995, Vol. III (Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión).
- DIEZ PICAZO**, Luis **y GULLON**, Antonio. “Sistema de derecho civil”, sexta edición, Madrid, Technos, 1998, Vol. III (Derecho de cosas y Derecho inmobiliario y registral).
- DINIZ**, María Elena. “Curso de Direito Civil Brasileiro”, San Pablo, Editora Saravia, 2001, Vol. IV (Direito das cosas).
- FLORIS MARGADANT**, Guillermo. “El derecho privado romano”, vigésima tercera edición, Naucalpan Edo de México, Esfinge, 1998.
- GALINDO SIFUENTES**, Ernesto. “Derecho Mercantil”, México, Porrúa, 2004.
- GATTI**, Edmundo, “Teoría general de los derechos reales”, Buenos Aires, Ed Abeledo Perrot.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ**, Ernesto. “La Propiedad Horizontal”. Tesis para obtener la titularidad de la Cátedra de 2º. Curso de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la UNAM , México, 1955.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ**, Ernesto. “El patrimonio”, (Pecuniario y el moral o derechos de la personalidad y Derecho sucesorio), Segunda edición, Puebla, Cajica, S.A., 1987.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI**, Aida. “Derecho real de superficie”, Buenos Aires, Astrea, 1989.

- LEON TOVAR**, Soyla H. “Contratos Mercantiles”, México, Oxford, 2004.
- MAGALLON IBARRA**, Jorge. “Instituciones de Derecho Civil”. México, Porrúa, 1990, T. IV (Derechos Reales).
- MESSINEO**, Francesco. “Manual de derecho civil y comercial”, (traducción de Santiago Sentis Melendo), Buenos Aires, Ed EJEJA, T. III, 1971.
- PUIG BRUTAU**, José. “Fundamentos de derecho civil”, Barcelona, Bosch, 1953, Vol. III (Derechos reales, Derecho Hipotecario).
- ROJINA VILLEGAS**, Rafael. “Derecho civil mexicano”, Cuarta edición, México, Porrúa, 1976, T. III (Bienes, derechos reales y posesión).
- ROJINA VILLEGAS**, Rafael. “Compendio de Derecho Civil”, Trigésimo sexta edición, México, Porrúa, 2005, T. II (Bienes, Derechos reales y sucesiones).
- SALAZAR CARDENAS**, Zenaido. “Copropiedad, habitación popular y condominio”, Tesis profesional, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1957.
- SANCHEZ MEDAL**, Ramón. “De los contratos civiles”, Octava edición, México, Porrúa, 2004.
- SANCHEZ SODI**, Horacio. “El Fideicomiso en México”, México, Greca editores, 1996.

Disposiciones Legislativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 2007.

Código Civil para el Distrito Federal, México, Ediciones Fiscales ISEF, 2007.

Código Financiero del Distrito Federal, México, Ediciones Fiscales ISEF, 2007

Código Civil para el Estado de Coahuila, México, Porrúa, 2007.

Código Civil para el Estado de Guerrero, México, Porrúa, 2007.

Código Civil para el Estado de Jalisco, México, Porrúa, 2007.

Código Civil para el Estado de Puebla, México, Porrúa, 2007.

Código Civil para el Estado de Quintana Roo, México, Porrúa, 2007.

Código Civil para el Estado de Tabasco, México, Porrúa, 2007.

Código Civil Alemán

Código Civil Argentino

Código Civil Brasileño

Código Civil Cubano

Código Civil Español

Código Civil Italiano

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, México, Ediciones Fiscales ISEF, 2007.

Ley General de Sociedades Mercantiles, México, Ediciones Fiscales ISEF, 2007.

Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal, México, Ediciones Fiscales ISEF, 2007.

Ley 22/2001 de 31 de diciembre, de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbre y de Adquisición Voluntaria o Preferente de Cataluña.

Ley 25.509 de 14 de noviembre de 2001, sobre Derecho Real de Superficie Forestal de Argentina.

Ley 5/2006 de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.