

**POR EL DERECHO DE ENFITEUSIS: DEFENSA DE UNA ÚTIL  
DESMEMBRACIÓN DE LA PROPIEDAD**

***BY THE LAW OF EMPHYTEUSIS: DEFENSE OF A USEFUL LIMITED  
RIGHT***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 320-341*



Tatiana OÑATE,  
Luisa FERNANDA  
y Francisco  
TERNERA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 31 de mayo de 2017

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de junio de 2017

**RESUMEN:** En este breve ensayo nos ocuparemos, primero, de la desmembración de la propiedad denominada usufructo. Segundo, queremos concentrarnos en el estudio del derecho de enfiteusis. Nos proponemos presentar una institución especial del derecho privado, que tiene referentes en el mundo y que podría ofrecernos diversas bondades en la regulación de intercambios económicos en el ámbito rural colombiano.

**PALABRAS CLAVE:** Desmembración, usufructo, contrato, derecho de enfiteusis.

**ABSTRACT:** In this short essay, first, we want to study the limited right of usufruct. Second, we have concentrated on law of emphyteusis. We intend to introduce a special institution of private law, which appears to have references older in the world and which could offer us diverse benefits in the regulation of economic exchanges in Colombia's rural communities.

**KEY WORDS:** Limited right, usufruct, contract, law of emphyteusis

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. LA DESMEMBRACIÓN CONSAGRADA EN LA NORMATIVA COLOMBIANA: EL INFECUNDO DERECHO DE USUFRUCTO.- I. El contenido del derecho de usufructo.- A) Los poderes del usufructuario sobre el bien.- B) Los vínculos jurídicos del usufructuario.- 2.- La constitución del usufructo.- A) La constitución voluntaria.- B) El usufructo por prescripción.- C) El usufructo legal de los padres- 3. El usufructo limitado: el uso y habitación.- III. LA DESMEMBRACIÓN OMITIDA POR LA NORMATIVA COLOMBIANA: EL PROMISORIO DERECHO DE ENFITEUSIS.- I. Las lacónicas referencias al derecho de superficie o enfiteusis en la normativa colombiana.- A) La superficie o enfiteusis y el régimen de la accesión.- B) La superficie o enfiteusis y el régimen de garantías mobiliarias.- 2. El concepto del derecho de superficie o enfiteusis.- A) Aproximación al concepto.- B) La fórmula que se pretende proponer. IV. CONCLUSIONES.- V. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Según la “Misión para la Transformación del Campo” Colombiano (ejercicio concebido en el 2014 por el Departamento Nacional de Planeación de Colombia, DNP), el campo colombiano está dominado por la informalidad y la precariedad. Las cifras son preocupantes: el 19.5% de los detentadores de la tierra son meros tenedores –principalmente arrendatarios-, el 59.1% son explotadores informales -poseedores- y solamente el 21.4% son explotadores formales -titulares de derechos reales-. Por lo demás, según el “Censo Nacional Agrario de 2015”, de las más de 42 millones de hectáreas que permiten explotación agropecuaria, solamente 7 millones y fracción se reconocen como áreas efectivamente cultivadas. Todos estos guarismos nos conducen a una incontestable evidencia: en Colombia hay

### • Tatiana Oñate A.

Tatiana Oñate A.: Profesora de la Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia. 2002-2003. LLM En Derecho francés, europeo e internacional de negocios. 2002-2003. Especialización en estudios jurídicos internacionales. Instituto de Altos Estudios Internacionales - Universidad Paris II (Panthéon-Assas). 2001-2002. Maestría en Derecho administrativo. Derecho Administrativo y Derecho Constitucional. Universidad Paris II (Panthéon-Assas). 2001-2002. Especialización en terminología jurídica. Derecho comparado francés, latinoamericano y español. Instituto de Derecho Comparado – Universidad Paris II (Panthéon-Assas). 1993-1997. Abogada. Universidad del Rosario. Correo electrónico: Tatiana.onate@urosario.edu.co.

### • Luisa Fernanda García

Profesora de la Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia. Con cátedra en pre-grado, posgrado y maestría en las áreas de derecho constitucional, derecho administrativo y derecho constitucional comparado hace parte del Grupo de Derecho privado de la Facultad y dirige la Línea de investigación “Confluencias entre Derecho Público y derecho Privado”. Cuenta con un PH.D en Derecho público de la Universidad Montpellier I (Francia) y ha sido profesora invitada en el Master 2 de Derecho constitucional de la Universidad de Bordeaux I (Francia). Abogada. Universidad del Rosario. Correo electrónico: Luisa.garcia@urosario.edu.co

### • Francisco Ternera B.

Profesor de la Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia. 2008-2012. Doctor en Derecho. Doctor por la Universidad Alfonso X de Madrid. 2008-2009. Maestría (D.E.A.). Derecho administrativo. Universidad Alfonso X de Madrid. 2002–2003. Maestría en Derecho privado general. Universidad Paris II (Panthéon-Assas). 1998-1999. Maestría (D.S.U.). Derecho civil. Universidad Paris II (Panthéon-Assas). Especialización en derecho público comparado terminología jurídica. Derecho público comparado francés, latinoamericano y España. Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Paris II (Panthéon-Assas). 1993–1997. Correo electrónico: Abogado. Universidad del Rosario. Correo electrónico: Francisco.ternera@urosario.edu.co.

una ineficiente explotación de la tierra. En otras palabras, Colombia es un país de explotadores informales. Al lado de diversas herramientas de formalización de la tierra, tales como el fortalecimiento de las acciones de pertenencia o de usucapión o el aumento de las adjudicaciones de baldíos, en las siguientes líneas nos ocuparemos del siguiente instrumento: la defensa del derecho de superficie o enfiteusis como una útil desmembración de la propiedad.

Como se sabe, el dominio o propiedad es el derecho real más amplio. Ofrece a su titular los principales poderes directos que se pueden tener respecto de una cosa. En un aparte célebre de las Instituciones de Justiniano se precisa que el dominio es *incipit plenam in re habere potestatem* (Instituciones, Libro Segundo, IV, iv). Desde luego, al lado de la propiedad encontramos otros derechos reales “limitados”, que ofrecen un restringido disfrute (p.ej. usufructo, uso y habitación, servidumbre, prenda e hipoteca). Dentro de ellos, especial mención merecen las denominadas desmembraciones de la propiedad: derechos reales que “descomponen”, “fragmentan” o “disgregan” a la propiedad. En Colombia, puntualmente se reconocen solamente dos desmembraciones de la propiedad: el usufructo y el uso y habitación –el usufructo restringido-.

Como se informa desde la jurisprudencia, el panorama de la desmembración de la propiedad es el siguiente: “Se suscita así una hipótesis de concurrencia de dos derechos reales sobre idéntico objeto, que gozan del respeto recíproco de sus titulares: el dominio, por un lado, en razón del cual conserva el propietario la facultad de disposición sobre él, y el usufructo, uso o habitación, por la otra, que en tanto perduren conceden el disfrute de ella al usufructuario, usuario o a quien pertenece el derecho de habitación, según el caso, derechos que al despojar el dominio de sus más importantes ventajas, lo limitan, constituyen desmembraciones de él, de ahí que en tales eventos la propiedad sea mera o nuda, como la define el artículo 669 del Código Civil, porque a diferencia de lo que ocurre con la propiedad plena, está privada de algunas de sus prerrogativas esenciales”<sup>1</sup>.

Empero, hoy por hoy observamos una absoluta irrelevancia de estas desmembraciones de la propiedad en el contexto inmobiliario colombiano. Por ejemplo, según el citado Censo Nacional Agrario de 2015, todas las desmembraciones de la propiedad no alcanzan el 1% de la total finca inmobiliaria colombiana.

Por un lado, el derecho de usufructo parece reducirse al ámbito de las relaciones familiares-sucesorales. La práctica es la siguiente: los padres enajenan a sus hijos la nuda propiedad y se reservan el derecho de usufructo sobre un determinado bien. Una vez muerto el usufructuario, el derecho de usufructo se extingue. Así las cosas,

---

1 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de abril de 2008. M.P.: Jaime Arrubla Paucar.

se consolida la propiedad plena en cabeza del nudo propietario<sup>2</sup>. Al margen de este discutible “servicio”, el usufructo no parece ofrecer ningún otro aporte a la sociedad colombiana. Por ejemplo, los proyectos de explotación de la tierra son absorbidos totalmente por la dinámica del arrendamiento, que desde luego, no impone la constitución de derecho real alguno a favor del explotador y que, por ende, no exige ningún trámite oneroso. Por su parte, el uso y habitación –el usufructo restringido– es absolutamente desconocido en el ámbito inmobiliario colombiano.

Así las cosas, pretendemos estudiar las siguientes cuestiones: ¿Cuál debe ser el régimen de las desmembraciones en Colombia? ¿Cómo podría adoptarse un régimen de propiedad superficial? A continuación nos adentraremos en las desmembraciones consagradas y desconocidas por el régimen jurídico colombiano.

## II. LA DESMEMBRACIÓN CONSAGRADA EN LA NORMATIVA COLOMBIANA: EL INFECUNDO DERECHO DE USUFRUCTO

El usufructo, como ya lo anotamos, puede ser visto como una forma de desmembrar el dominio, porque los poderes que le son reconocidos al usufructuario son “despojados” o “sustraídos” del derecho real de propiedad –que deviene en nuda propiedad–. Una vez constituido el usufructo, reconocemos, pues, que coexisten, en distintos patrimonios, dos derechos reales sobre un mismo bien: nuda propiedad y usufructo. Se trata de dos derechos reales diferentes que recaen sobre una misma cosa.

### I. El contenido del derecho de usufructo

Como todos los derechos reales, el usufructo ofrece a su titular ciertos poderes directos sobre el bien y le impone ciertas obligaciones reales.

#### A) Los poderes del usufructuario sobre el bien

Los poderes del usufructuario sobre el bien son *erga omnes*. El usufructuario puede usar la cosa, servirse de ella. Igualmente, puede gozar la cosa, recoger los frutos. Además, debe precisarse que el usufructuario puede, por regla general, disponer jurídicamente de su derecho real de usufructo (art. 852 C.C. col.). Sin embargo, en principio, el usufructuario tiene que conservar la sustancia de la cosa.

En cuanto al poder de uso, el ejercicio del derecho real del usufructuario implica, en principio, la detentación física del bien –salvo la hipótesis del arrendamiento permitido al usufructuario–. Para su beneficio personal, el usufructuario puede

2 Por lo demás, se trata de una dinámica conocida en toda Latinoamérica. Véase: URBANEJA, M.: “Usufructo inmobiliario: aspectos notariales y registrales”, en AA.VV: *El Usufructo* (coord. por R. Lamber), Heliasta, Buenos Aires, 2011, p. 225.

servirse del bien, recibir de este todo tipo de beneficios. Dentro de este poder de uso deben incluirse todas las facultades de administración. Ahora bien, mientras el usufructuario no rinda la caución ni elabore, a su costa, el inventario solemne, la administración del bien estará a cargo del nudo propietario, quien deberá “dar el valor líquido de los frutos al usufructuario” (art. 835 C.C. col.).

Por su parte, el goce es el principal poder directo del usufructuario. En efecto, el *ius fruendi* se reconoce como una permisión que hace el ordenamiento al usufructuario para que apropie los frutos emanados de un bien. Es decir, el usufructuario, por tener tal calidad, se convierte en propietario de los frutos naturales (incluso los frutos pendientes, art. 840 C.C. col.) y los frutos civiles obtenidos del bien (v. gr., el arrendamiento del bien, art. 852 C.C. col.).

Así mismo, al usufructuario se ofrece un poder restringido de disposición de la sustancia del bien, con ocasión de la explotación de ciertos productos emanados de la cosa fructuaria. Como ya lo hemos precisado, cuando hablamos de frutos nos referimos a los rendimientos emanados de la cosa madre con cierta periodicidad, sin que su aprovechamiento signifique una alteración de la sustancia de la cosa fructuaria. Por su parte, los productos son los bienes que provienen de la cosa, esporádicamente, y su aprovechamiento reporta necesariamente menoscabo o agotamiento de la sustancia<sup>3</sup>. En efecto, el Código Civil colombiano autoriza al usufructuario el goce de ciertos productos, como los bosques y arbolados (respondiendo siempre por los árboles que derribe, con la obligación de sembrar otras especies, art. 842 C.C. col.). Por otro lado, el usufructuario debe reponer los animales que mueran o se pierdan, con las crías del rebaño o ganado entregado. Por supuesto, el usufructuario será responsable por sus actos culposos o dolosos que impidan el futuro aprovechamiento del bien (art. 823 C.C. col.).

Respecto de la disposición jurídica del derecho de usufructo, pretendemos explorar si el usufructo se puede transferir por tradición y si se puede transmitir por sucesión *mortis causa*. En cuanto a la transferencia, anotamos que el usufructuario puede ceder su derecho, transferirlo de su patrimonio a otro patrimonio, siempre que no haya sido prohibida esta facultad por el constituyente en el título de constitución<sup>4</sup>. En este caso identificaremos dos usufructuarios: un usufructuario cedente y otro cesionario. El usufructuario cedente, si bien se desprende de su

3 En la doctrina se definen como “aquellos objetos que no se pueden separar de ella (la cosa madre) sin alterar o disminuir sus sustancia, que no son susceptibles de regenerarse o que, si lo son, no lo harán en un plazo normal o aceptable: las piedras que se consiguen de una cantera, el mineral que se saca de una mina el árbol que da sombra”. DE REINA TARTIÈRE, G.: “El estatuto del usufructo a partir de la idea de la preservación de la sustancia del objeto”, en AA.VV.: El Usufructo (coord. por R. Lamber), Heliasta, Buenos Aires, 2011, p. 28. En Roma misma ya se presentaba la diferencia, por ejemplo, a propósito del parto de la esclava. Véase: CARDILLI, R.: *La nozione giuridica di fructus*, ESI, Nápoles, 2000, pp. 84 y ss.

4 Incluso en el caso de que el usufructo sea intransmisible –porque así lo ha determinado el constituyente, art. 852 C.C.– podemos imaginar una hipótesis de enajenación del usufructo: su renuncia a favor del nudo propietario, en cuya cabeza se consolida la propiedad plena. La doctrina proponen otro ejemplo: “el supuesto

derecho real de usufructo en beneficio del usufructuario cesionario, no se libera de su responsabilidad frente al nudo propietario (art. 852 C.C. Col.). Por lo demás, la muerte del usufructuario cedente impondrá la terminación del usufructo<sup>5</sup>, incluso respecto del cesionario (art. 853 C.C. Col.).<sup>6</sup> Se trata de la misma consecuencia jurídica contemplada por el artículo 893 del C.Co. Col., relacionada con la responsabilidad del cedente frente al contratante cedido en el contrato de cesión de contrato. El antiguo usufructuario es, pues, una especie de garante frente al nudo propietario de las obligaciones asumidas por el nuevo usufructuario.

En suma, podría afirmarse que el usufructo es un derecho naturalmente transferible (art. 1501 C.C. Col.). En efecto, en el acto de constitución, el constituyente puede prohibir expresamente la cesión o transferencia del usufructo del patrimonio del usufructuario a otro patrimonio (en este caso, se tratará de un usufructo intransferible). Por lo demás, debe precisarse que cualquier desconocimiento de la voluntad del constituyente carecerá de efectos jurídicos. Además, este tipo de comportamientos, que contravienen la voluntad del constituyente, dan lugar a la terminación del usufructo (art. 852 C.C. Col.).

Respecto de la transmisión, debe precisarse que el derecho real de usufructo es intransmisible por causa de muerte (por testamento o abintestato, art. 832 C.C. Col.). En efecto, el usufructo es un derecho real temporal sujeto a un término establecido en el título de constitución. Este término estará siempre limitado por la vida del usufructuario; con su muerte se extingue el usufructo, incluso si el plazo expreso previsto no ha expirado (art. 865 C.C. Col.). Si el constituyente, en el acto de constitución, no estableció un término expreso y determinado, se entenderá que el usufructo se constituyó por toda la vida del usufructuario -plazo indeterminado-<sup>7</sup>. Si se trata de una persona jurídica, el término máximo será de treinta años (art. 829 C.C. Col.). Establecido el plazo de duración del usufructo, se pueden estipular eventos futuros e inciertos (condiciones), cuyo cumplimiento ponga fin anticipadamente al usufructo<sup>8</sup>.

---

en que el usufructuario y el nudo propietario se pongan de acuerdo para derivar sus respectivos derechos a un tercero.”

DE REINA TARTIÈRE, G.: “El estatuto del usufructo a partir de la idea de la preservación de la sustancia del objeto”, en AA.VV: El Usufructo (coord. por R. Lamber), Heliasta, Buenos Aires, 2011, p. 32.

- 5 De lo contrario, la cadena cesiones usufructuarias podría burlar el carácter temporal del derecho (los comportamientos, que contravienen la voluntad del constituyente, dan lugar a la terminación del usufructo - el usufructuario cedente, si bien se desprende de su derecho real de usufructo en beneficio del usufructuario cesionario, no se libera de su responsabilidad frente al nudo propietario, art. 852 C.C. Col.).
- 6 Además, aclaramos lo siguiente: si respecto del primer usufructo se estableció un término expreso (por ejemplo, cinco años), su expiración impondrá la terminación del derecho real de usufructo, incluso respecto del usufructuario cesionario.
- 7 De manera gráfica, en el *Common Law* al usufructuario se le denomina *life tenant*.
- 8 Una notable excepción a esta regla general de intransmisibilidad del usufructo la encontramos en el artículo 97 de la Ley 300 de 1996 Col., en relación con los usufructos de tiempo compartido. Expresamente, en esta norma se consagra que “el usufructo constituido para estos fines será transmisible por causa de muerte”. Se define el sistema de tiempo compartido turístico como “aquel mediante el cual una persona natural o jurídica adquiere, a través de diversas modalidades, el derecho de utilizar, disfrutar y disponer, a perpetuidad o temporalmente, una

## B) Los vínculos jurídicos del usufructuario

El ordenamiento, además de permitirle al titular del derecho de usufructo ejercer ciertos poderes sobre el bien, le impone ciertos vínculos jurídicos, especialmente respecto del nudo propietario. Estos derechos personales entre el usufructuario y el nudo propietario deben considerarse como elementos accesorios a la titularidad del derecho real. En efecto, pensamos que existe entre los derechos de nuda propiedad y usufructo una correlación necesaria. Si bien el usufructo y la nuda propiedad no constituyen una comunidad, pues esta implica la existencia de dos derechos de naturaleza idéntica sobre una cosa, en los dos escenarios se generan diversos vínculos jurídicos entre el nudo propietario y el usufructuario. El usufructuario, respecto del nudo propietario, se desempeña tanto como sujeto activo como sujeto pasivo de estos vínculos obligacionales.

Por un lado, en cuanto a los derechos personales de los cuales es acreedor el usufructuario anotamos que el nudo propietario está obligado a pagar las refacciones mayores o extraordinarias del bien (art. 856 C.C. col.). No obstante, el usufructuario deberá pagarle al nudo propietario el interés legal de los dineros invertidos en ellas. Por otro lado, en cuanto a las obligaciones que asume el usufructuario respecto del nudo propietario, nos referiremos, en primer término, a la *conservación de la sustancia, salva rerum substantia*.

La sustancia, como lo afirma la doctrina “[...] es el conjunto de las cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos, de esas cualidades que hacen que las cosas tengan cierta forma y cierto nombre; que adquieran, bajo esta forma y nombre, una especie de personificación, por decirlo así; que pertenezcan bajo este nombre y forma a un género determinado que se designa por un sustantivo característico: v.gr., casa, caballo, reloj; que sean, en fin, bajo esta forma y nombre especialmente apropiadas para tal o cuál destino, para prestar tal o cual género de servicios en el orden de las necesidades del hombre. Si la cosa experimenta un cambio por el cual pierde su nombre propio y su destino, deja de ser la misma cosa, puesto que sale del género a que pertenecía para entrar en otro”<sup>9</sup>.

Esta prohibición tiene dos aristas que operan sobre el bien fructuario. Primero, el usufructuario no puede modificar su forma exterior y composición. Segundo, el usufructuario tampoco puede alterar su destinación. Hablamos de su vocación de disfrute -natural o aquella programada por el constituyente-. Sin embargo, esta regla general que nos informa que el usufructuario no puede alterar la sustancia del bien,

---

unidad inmobiliaria turística o recreacional por un período de tiempo en cada año, normalmente una semana” (art. 95 de la Ley 300 de 1996 col.). Este sistema de tiempo compartido puede instrumentarse a través de diversas modalidades patrimoniales de carácter real o personal. Desde luego, tratándose de derechos reales, deberán observarse las formalidades que la ley exija para la constitución, modificación, afectación y transferencia de esta clase de derechos (art. 96 *ibidem*).

9 DEMOLOMBE, C.: *Cours du Code Napoleon*, t. X, Durand-Hachette, París, 1912, N.º 222.

tolera las siguientes excepciones. En primer lugar, los deterioros que experimente el bien por la explotación de los productos que puede apropiarse el usufructuario (arts. 842, 843 y 847 C.C. col.) no comprometen la responsabilidad del usufructuario, toda vez que estas alteraciones de la sustancia le son permitidas<sup>10</sup>. Finalmente, el artículo 823 del C.C. col. consigna que el usufructo puede establecerse sobre cosas fungibles (en realidad se refiere a cosas consumibles), caso en el cual el usufructuario adquiere el dominio de la cosa entregada, y se compromete a devolver otra cosa, de la misma calidad y género, o a pagar su valor (art. 848 C.C. col.). Consideramos que este denominado cuasiusufructo es en realidad un contrato real de mutuo o de préstamo de consumo (arts. 2221 C.C. y 1163 C.Co. col.). En efecto, "hay bienes que repugnan, por su naturaleza especial misma, el establecimiento de un verdadero usufructo"<sup>11</sup>.

En segundo lugar, el usufructuario debe pagar las cargas y gastos ordinarios. Como se sabe, los bienes, en general, demandan dos tipos de gastos: ordinarios y extraordinarios. Los primeros son ciertos, regulares, periódicos y están relacionados con el disfrute actual del bien. Por consiguiente, el ordenamiento determina que corren por cuenta del usufructuario. Está obligado a asumir las expensas, gastos ordinarios de conservación y cultivo y cargas periódicas que durante el usufructo se devenguen (arts. 854 y 855 C.C. col.)<sup>12</sup>. Aclaramos que el usufructuario deberá indemnizar al nudo propietario por los perjuicios que se causen por no atender estas obligaciones. Por su parte, los gastos extraordinarios son inciertos, excepcionales y comprometen la existencia misma de la cosa. Por eso son asumidos por el nudo propietario. Sin embargo, si bien estas obras mayores están a cargo del nudo propietario, el usufructuario debe pagarle los intereses legales de los dineros invertidos en ellas (art. 856 C.C. col.).

Desde luego, en tercer término, el usufructuario debe restituir la cosa. Se trata de una obligación que obedece a la naturaleza temporal del derecho real de usufructo y se hace exigible una vez expira el plazo. En efecto, la restitución del bien se encuentra gobernada por el inventario que se hizo al iniciar el usufructo<sup>13</sup>. Esta obligación de hacer se cumple entregando físicamente la cosa fructuaria (art. 823 C.C. col.). En estricto sentido, esta obligación está por fuera del derecho de usufructo. Se impone, por ministerio de la ley sobre el otrora usufructuario—cuando

10 Consúltense a : BAUDRY-LACANTINIERE, G.: *Précis de droit civil*, t. I., Sirey, París, 1922, n.º 1305.

11 JOSSELAND, L.: *Cours de droit civil positif français*, Sirey, París, p. 383, n.º 1863.

12 Tales son los servicios públicos, gastos relacionados con la producción de los frutos, impuestos (el usufructuario, por tener tal calidad, es el sujeto pasivo del impuesto predial unificado de locales, lotes, parqueaderos, casas, apartamentos, etc. Se puede consultar, respecto a Bogotá, el art. 17 del Decreto 400 de 1999 del Distrito Capital col.).

13 El usufructuario deberá prestar caución suficiente de conservación y restitución de la cosa y realizar, a su costa, un inventario solemne en el que se identifiquen los bienes que recibe, su valor y su estado de conservación (art. 834 C.C. col.).

ha terminado el término del usufructo- o sobre sus causahabientes –cuando el usufructuario ha muerto-.

## 2. La constitución del usufructo

El constituyente es la persona que con sus actos jurídicos, entre vivos o de carácter testamentario, constituye este derecho real en el patrimonio del usufructuario. El constituyente debe ser el titular del derecho de dominio. La constitución del derecho de usufructo puede ser vista como una expresión del poder de disposición jurídica del derecho de propiedad. El usufructo debe constituirse sin plazo o condición que suspenda el inicio de su ejercicio (art. 827 C.C. col.); igualmente, la ley prohíbe la constitución de usufructos sucesivos o alternativos<sup>14</sup> (sucesivo es aquel en el cual se establece que, a la muerte del usufructuario, el derecho pase a otra persona diferente del nudo propietario; por su parte, con el usufructo alternativo se constituye el derecho en favor de varios con un goce temporal para cada uno). Si se establecieran varios de estos usufructos prohibidos, se deberá entender que el primer usufructo que tenga efecto dejará sin validez a los otros (art. 828 C.C. col.). Por lo demás, el usufructo puede constituirse en cabeza de dos o más personas que lo tengan simultáneamente (en este caso se tratará de una comunidad de usufructos, art. 831 C.C. col.).

### A) La constitución voluntaria

En Colombia, la constitución de un usufructo sobre un bien exige la realización de dos negocios jurídicos: título de constitución y modo (tradición); la constitución del usufructo debe realizarse según las solemnidades de cada tipo de bien respecto del título y el modo (tradición). El título puede ser un acto oneroso o gratuito (art. 825, núm. 3, C.C. col.). Naturalmente, tratándose de la constitución de un derecho real, además del título, se exige el modo: la tradición de la cosa.

Así, por ejemplo, el usufructo de inmuebles (art. 826 C.C. col.), por acto entre vivos, debe otorgarse por el registro (tradición) de la escritura pública (título solemne)<sup>15</sup>. Igualmente, la constitución del usufructo sobre muebles requiere de un título (puede ser consensual) y de la entrega material del bien (tradición).

Por otro lado, el usufructo puede tener por fuente un título testamentario. El testador puede disponer de la universalidad de sus bienes o de una cuota de ellos y

14 Se exceptúan los usufructos de tiempo compartido, los cuales sí pueden ser alternativos y sucesivos (art. 97 de la Ley 300 de 1996 col.).

15 Naturalmente, este acto jurídico de tradición también puede estar sometido a reserva. Un completo estudio de la reserva en:  
DE VERDA Y BEAMONTE, J.: "La oponibilidad del pacto de reserva de dominio en el derecho comunitario y en el derecho español", en AA.VV.: Estudios sobre garantías reales y personales (coord. por Mauricio Tapia y otros), Universidad del Rosario - Universidad de Chile, Bogotá, 2009, pp. 377 y ss.

establecer dos beneficiarios: nudo propietario y usufructuario. El testador debe ser hábil para testar y debe ser titular del derecho de propiedad (art. 825, núm. 2, C.C. col.).

## **B) El usufructo por prescripción**

Previsto por el artículo 825, numeral 4 del C.C. col. se establece que el usufructo se puede adquirir por el modo denominado prescripción adquisitiva o usucapión, que exige posesión previa por un lapso determinado (los términos de prescripción de la Ley 791 de 2002 col. son 3, 5 y 10 años, según se trate de usucapión ordinaria de muebles e inmuebles o de usucapión extraordinaria, respectivamente). Ahora bien, consideramos que la prescripción del usufructo tiene un carácter excepcional, toda vez que el poseedor estaría más interesado en alegar la usucapión del derecho de propiedad.

Sin embargo, como posibles ejemplos, la prescripción del usufructo podría tener lugar cuando el constituyente no sea el verdadero propietario de la cosa dada en usufructo o en el caso de una nulidad del acto de constitución.

## **C) El usufructo legal de los padres**

Se encuentra establecido en los artículos 825, 869 y 295 del C.C. col.<sup>16</sup>. Los bienes sobre los cuales los padres tienen el usufructo legal son los que conforman el peculio adventicio ordinario (no sobre el peculio adventicio extraordinario, conformado por los bienes adquiridos por el hijo menor como fruto de su trabajo -peculio industrial o profesional del menor; arts. 291 y 294 C.C. col.- o por donaciones, herencias o legados en los cuales el donante o testador hubiese dispuesto que su usufructo es para el menor; art. 291 C.C. col.).

Algunos autores consideran que el usufructo legal no es un verdadero usufructo, porque no es una desmembración del dominio sino una facultad de la patria potestad en virtud de la incapacidad temporal del hijo menor de edad. Además, aclaramos que este usufructo legal no se puede ceder, ni hipotecar o embargar: "Es inseparable del ejercicio de la patria potestad que es un derecho personalísimo. Puede decirse que el usufructo del padre es un bien o un derecho que no está en el comercio por su naturaleza"<sup>17</sup>. A diferencia de los otros usufructos, los padres no están obligados a otorgar caución, ni tampoco deben hacer inventario solemne de los bienes (arts. 293 y 297 C.C. col.). Por último, los padres no gozan del usufructo de los bienes de sus hijos por toda la vida, sino hasta la emancipación del hijo (art. 292 C.C. col.).

16 Desde luego, el otrora usufructo del marido consagrado en el art. 869 del C.C. debe entenderse derogado por la Ley 28 de 1932 y por el Decreto 2820 de 1974.

17 VÉLEZ, F.: *Estudio sobre derecho civil*, t. III. Lex, Bogotá, 1981, p. 257, n.° 350.

### 3. El usufructo limitado: el uso y habitación

El derecho real de uso – que en realidad corresponde a un derecho de usufructo limitado o restringido- se presenta como una reducción del derecho de usufructo, con un carácter mucho más particular; puesto que sólo beneficia al titular y su familia. En este orden de ideas, sería plausible que el derecho recibiese la denominación de usufructo restringido, antes que la imprecisa expresión uso y habitación. El derecho se constituye en consideración y en favor de una persona determinada (generalmente, el usuario es una persona de limitados recursos). Más concretamente, el derecho de habitación se consagra como un derecho particular de uso, referido a una casa y a la utilidad de morar en ella (art. 870 C.C. col.). Con el derecho real de uso o habitación se le entregan a su titular partes limitadas del *ius utendi* y del *ius fruendi*. El titular toma para sí una parte limitada de los frutos que produce un bien, por el término establecido en el acto de constitución. Por regla general, el término del usufructo equivale a la vida del usuario o habitador. Se somete este derecho real, pues, a un plazo indeterminado. Sin embargo, en el título de constitución el constituyente puede establecer un plazo determinado (v. gr., cinco años, cincuenta meses, etc.) En todo caso, la muerte del usuario o habitador pone fin al derecho. Es decir, en términos generales, este derecho de uso o habitación se constituye y se pierde de igual guisa que el usufructo (art. 871 C.C. col.).

El derecho de uso o habitación se sirve de la normativa del derecho de usufructo, siempre que no se cuente con una disposición particular. Ahora bien, se establecen ciertas disposiciones particulares relacionadas con este derecho. En efecto, se consagra que ni el usuario ni el habitador están obligados a prestar caución (mas sí deberán realizar el inventario, art. 872 C.C. col.). Igualmente, el usuario y el habitador deben pagar las expensas de conservación y cultivo, a prorrata del beneficio que reporten, salvo el uso o habitación que se reconoce caritativamente a las personas necesitadas (art. 877 C.C. col.).

Por otro lado, con este derecho de uso o habitación se conceden partes limitadas de los poderes de uso y goce sobre el bien. La extensión de estos poderes de uso y goce del usuario y del habitador está definida por la voluntad del constituyente, expresada en el título constitutivo. Se trata de una verdadera concesión a la autonomía de la voluntad del contenido del derecho real, muy poco corriente, por lo demás, en materia de derechos reales<sup>18</sup>. A falta de esta determinación, según el artículo 873 del Código Civil colombiano, se aplicarán para esta materia en particular, de forma subsidiaria, los arts. 874, 875 y 876 del mismo código. En este marco normativo suplementario, relacionado con la extensión de los atributos de uso y goce, se establece que el derecho del usuario o del habitador se limita a sus

<sup>18</sup> Por regla general la normativa en materia de derechos reales es de orden público.

necesidades personales y familiares (art. 874 C.C. col.). Igualmente, se precisa que su derecho no comprende sus actividades industriales y comerciales (art. 875 *ibídem*).

Por último, es importante resaltar que, salvo la hipótesis del abandono unilateral del derecho, este no ofrece a su titular el poder de disposición jurídica, toda vez que es intransmisible por causa de muerte e intransferible por acto entre vivos. En efecto, a diferencia del usufructo, el uso o la habitación no pueden ser objeto de cesión (tampoco se permite la celebración de contratos de comodato o arrendamiento, art. 878 C.C. col.). Incluso, no pueden ser objeto de embargo alguno.

### **III. LA DESMEMBRACIÓN OMITIDA POR LA NORMATIVA COLOMBIANA: EL PROMISORIO DERECHO DE ENFITEUSIS**

A continuación expondremos la aislada consagración de la superficie o enfiteusis en la normativa colombiana. Así mismo, expondremos su concepto.

#### **I. Las lacónicas referencias al derecho de superficie o enfiteusis en la normativa colombiana**

La omisión de un régimen general de derecho de superficie o enfiteusis por parte del legislador colombiano, ha sido muy parcialmente “mitigada” a nivel contractual, incluso a través de contratos de arrendamiento con escritura pública, a propósito del desarrollo de proyectos agroindustriales, construcción de grandes superficies, centros comerciales, almacenes de cadena, entre otros ejemplos. Desde luego, todos estos ejercicios contractuales no pueden equipararse al reconocimiento a favor del enfiteuta de un derecho real.

Así y todo, pese a que hoy por hoy la superficie o enfiteusis no está consagrada en Colombia, de manera aislada se identifican ciertas normas próximas a la institución.

#### **A) La superficie o enfiteusis y el régimen de la accesión**

Según la normativa colombiana, si el dueño del terreno, con conocimiento del hecho, permitió que se realizara la construcción, su comportamiento debe entenderse como un verdadero consentimiento de un contrato de confección de una obra material o de venta (arts. 2053 C.C.), para estos efectos podría tratarse de un contrato de venta (art. 1849 C.C.). Sobre este punto en particular nuestra jurisprudencia ha sostenido: “En últimas, cuando hay un contrato de por medio, serán las reglas de ese acuerdo de voluntades las que gobiernen el reconocimiento de las mejoras, sin que sea posible dar cabida a otras instituciones con teleologías extrañas al ámbito negocial”<sup>19</sup>.

19 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de agosto de 2008. M.P.: Edgardo Villamil Portilla.

Sobre el particular, en la doctrina<sup>20</sup> se anota que “[...] ordinariamente el que edifica en terreno ajeno lo hace como poseedor; pero podría ser un mero tenedor, un arrendatario por ejemplo. El contrato que haya mediado entre el mero tenedor y el propietario determinará sus respectivos derechos en materia de prestaciones. Cuando obra en virtud de un vínculo jurídico, de una obligación emanada de un contrato o un cuasi contrato, una agencia oficiosa, por ejemplo, todas las dificultades deben ser resueltas según la naturaleza particular de la obligación existente entre las partes y la equidad no podría ser invocada para modificarlas”.

Así las cosas, para recobrarlo, el dueño del terreno debe pagar al constructor o sembrador el precio de la construcción, plantación o sementera. Es decir, la normativa le reconoce al contratante mejorista o constructor de la obra material, como garantía real de su crédito contra el propietario del terreno, un derecho de retención. En algunas ocasiones se ha afirmado que con el artículo 739 del C.C. se consagró en nuestro país el derecho de superficie. Así, se ha considerado que “las hipótesis reguladas por el 739 obedecen más a la estructuración de un auténtico derecho de superficie [...] que a casos de accesión [...] si para que el propietario del suelo adquiriera la propiedad de la obra se necesita hacer una declaración de adquisición, ello indica que antes era propietario únicamente del suelo y no de la obra, que le pertenece al que la hizo”<sup>21</sup>.

En realidad, creemos que se trata de una situación jurídica provisional. En efecto, “el derecho real de superficie supone necesariamente dos derechos reales de propiedad en cabeza de titulares diferentes. Pero la legislación positiva colombiana no ha reglamentado el derecho real de superficie, como derecho real definitivo y estable [...] El párrafo segundo del 739 contempla simplemente una situación jurídica provisional que es necesario liquidar en algún momento [...]. En resumen: el mejorador no puede ser desposeído hasta que medie la liquidación de que se habla hasta el pago de las mejoras”<sup>22</sup>.

En definitiva, al contratante constructor se le reconoce, como garantía de su crédito, un derecho real de retención. Desde la jurisprudencia se aclara lo siguiente: “Cuando la construcción se hizo a ciencia y paciencia del propietario del suelo, entonces éste, para recobrarlo, debe pagar el valor del edificio, del que se hace dueño por virtud de la accesión, y no puede obligar a quien hizo la construcción a pagarle el valor del suelo, porque el consentimiento que otorgó para la realización de la obra está diciendo que ésta fue aceptada por él, y debe entonces atenderse a la regla de equidad de que nadie puede enriquecerse sin causa a expensas de otro.

20 CLARO SOLAR, L.: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1937, p. 240.

21 VALENCIA ZEA, A., y ORTIZ MONSALVE, A.: *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, Temis, Bogotá, 2001., p. 300.

22 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de agosto de 1958. Publicada por el Ministerio de Justicia, Código Civil colombiano, p. 262.

Y al mismo principio obedece la obligación que tiene el que edificó en suelo ajeno, de devolver a su dueño el terreno, sin que pueda alegar, para conservarlo en su poder, que le pertenece por haber pagado el valor de los materiales, obra de mano y dirección de la obra"<sup>23</sup>. De manera puntual también se ha dicho lo siguiente: "[a] propósito valga la pena anotar, porque es lo cierto, que si el dueño consiente en que el tenedor edifique su suelo, no por ello pierde la posesión; quedará obligado al pago de las mejoras, pero haciéndose propietario de ellas"<sup>24</sup>.

## **B) La superficie o enfiteusis y el régimen de garantías mobiliarias**

En Colombia, por vía de una audaz ficción jurídica, para efectos de la constitución de una garantía mobiliaria también se reputan como "muebles" las partes del inmueble denominadas inmuebles por adhesión e inmuebles por destinación.

En un primer término la ley parece exigir la siguiente condición: que la entidad inmueble por adhesión o inmueble por destinación pueda "separarse del inmueble sin que se produzca detrimento físico de este". No obstante, en el artículo 59 *ibídem* parece desconocerse este requisito. La fórmula es la siguiente: "Si el acreedor garantizado tiene prelación puede remover los bienes por destinación o anticipación, en este último caso, al momento que resultare oportuno. Dicho acreedor garantizado debe pagar al propietario del bien inmueble, cualquier daño causado al mismo por la remoción de los bienes inmuebles por destinación o muebles por anticipación pero no de ninguna pérdida de valor que se deba únicamente a la ausencia del bien incorporado". Así las cosas, por controversial que parezca, cualquier entidad adherida al suelo podría ser objeto de una garantía mobiliaria, con independencia del régimen jurídico del inmueble. En una palabra, opera una real separación entre los elementos accesorios del inmueble, los inmuebles por adhesión e inmuebles por destinación, reputados para efectos de la garantía como muebles, y el inmueble propiamente tal.

## **2. El Concepto del derecho de superficie o enfiteusis**

La enfiteusis o superficie es un derecho real ofrecido a un sujeto denominado enfiteuta. Una vez constituido el derecho a favor del enfiteuta, el propietario del inmueble deviene en nudo propietario. El enfiteuta, por un muy largo periodo de tiempo, ostenta los poderes de uso y goce sobre el fundo. Incluso, el enfiteuta recibe también —en parte— el poder de disposición. En este orden de ideas, la enfiteusis se presenta como una muy gruesa desmembración de la propiedad.

23 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. G.J., LXXXIII, pp. 58-68.

24 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 marzo de 2013. M.P. Margarita Cabello Blanco.

## A) Aproximación al concepto

La palabra “enfiteusis” viene de la expresión griega *emphuteusi* que a su vez tiene su hontanar en la palabra también helénica *phuteuin*<sup>25</sup>. Esta figura tiene, de igual manera, antecedentes directos en el derecho romano. En efecto, se pueden citar las Constituciones de los emperadores Zenón y Justiniano. Precisamente, en el Código de Justiniano -*Codex Justinianus*- se precisó lo siguiente: “el derecho de enfiteusis no puede englobarse dentro de los derechos derivados del arrendamiento o la compraventa” (Código Justiniano, IV, 66, 1)<sup>26</sup>. La doctrina cita por ejemplo el siguiente caso: un contrato de locación de terrenos sin cultivar consagrados a Dionisio, entregados a personas por parte de la ciudad de Heraclea, a cambio del pago de determinada cantidad de cebada<sup>27</sup>. Otros autores, por su parte, identifican su génesis en la fusión de una operación griega y el arrendamiento público romano –sobre el denominado *ager publicus*-<sup>28</sup>.

En la Europa medieval encontramos esta referencia en las Partidas: “pleito o postura sobre cosa raíz dada a censo señalado, para en toda su vida de aquel que la recibe, o de sus herederos (o según se aviene) por cada año, y tal pleito como éste, debe ser hecho con placer de ambas las partes, y por escrito, y puestas en él todas las conveniencias que hay, porque de otra manera no valdría” (P. 5, Ley 8, t. 28).

De una forma, actualmente, la figura ha sido piedra angular en el desarrollo de audaces proyectos agroindustriales, forestales y, muy especialmente, inmobiliarios<sup>29</sup>. En efecto, con la seguridad de un largo tiempo de disfrute, el sujeto denominado enfiteuta está facultado para realizar grandes inversiones sobre una porción de tierra. En países como Argentina se estableció desde el siglo XIX con la siguiente fórmula: “[L]as tierras de propiedad pública cuya enajenación por la ley del 15 de octubre, es prohibida en todo el territorio del Estado, se darán en enfiteusis, cuando menos, durante el término de 20 años, que empezarán a contarse desde el 1° de enero de 1827” (Ley del 18 de mayo de 1826 arg.). Esta fórmula se repitió en la Ley del 14 de julio de 1829 arg. En la actualidad, en el ámbito agroforestal y de la silvicultura, el derecho fue rebautizado con la expresión “derecho de superficie forestal” (Ley 25509 arg.). Con él, el denominado superficiario puede emprender importantes labores de forestación por largos periodos de tiempo, a cambio de un “solárium”. Desde luego, una vez terminado el “derecho de superficie forestal” el dueño del terreno apropia, como dueño del suelo, la totalidad de los desarrollos forestales.

25 PESSONNEAUX, E.: *Dictionnaire grec-français*. Eugène Belin, París, 1953, p. 503.

26 TISSOT, P.: *Les douze livres du code de l'empereur Justinien*. París, 1807, p. 369.

27 GIRARD, P.: *Textes de droit romain*, Rousseau et Cie, París, 1937, p. 80.

28 GOMES, O.: *Direito Reais*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 301 y ss.

29 Según la doctrina, ciudades enteras han sido concebidas y desarrolladas a partir de la enfiteusis. Se cita, en efecto, el caso de la ciudad belga *Louvain-la Neuve*. Véase FRENETTE, F.: *L'emphytéose*, Wilson & Lafleur Ltée, Montreal, 2005, p. 3.

## B) La fórmula que se pretende proponer

Desde la introducción misma de este ensayo hemos revelado la penosa situación rural que aqueja a Colombia. Así las cosas, con el propósito de paliar la ineficiente explotación inmobiliaria vemos en el derecho de superficie o enfiteusis una interesante alternativa. Los contornos del mismo serían los siguientes:

1º) La implementación de la superficie o enfiteusis como un derecho real

La expresión derechos reales designa un haz de poderes directos y autónomos, oponibles a todos, que se tienen respecto de un bien definido. Así pues, el titular de un derecho real puede tener, según sea el caso, una libertad o permisión para usar, gozar o disponer de un bien determinado, sin necesidad de contar con el concurso de otra persona<sup>30</sup>. Este “derecho-poder” debe ser respetado por el conglomerado, es decir, es oponible *erga omnes*. De la misma forma, el derecho real puede imponer una serie de vínculos obligacionales del titular del derecho real respecto de personas determinadas.

En este orden de ideas, las teorías clásicas que pretenden definir los derechos reales como un mero vínculo entre una persona y una cosa, en su afán de simplicidad, pasan por alto la complejidad y diversidad de vínculos jurídicos que existen entre el titular del derecho y otros miembros de la sociedad. Debemos aceptar, entonces, que la expresión derechos reales sirve, esencialmente, para designar de forma sintética una realidad jurídica imbricada y heterogénea<sup>31</sup>. En el caso concreto, identificamos dos diferentes titulares de derechos reales: el nudo propietario y el enfiteuta o superficiario. A favor de estos dos sujetos se ofrecerían diferentes poderes directos sobre la cosa fructuaria. Así mismo, estos dos titulares estarían cargados con recíprocas obligaciones reales.

2º) El propietario se desprende de la tenencia del bien por un largo periodo

La superficie o enfiteusis tiene una vocación de proyectarse en el tiempo. Esto es, a diferencia de otros derechos personales —el arrendamiento, el comodato, el depósito, etc.— y reales — el usufructo, la prenda y la hipoteca— está concebida para durar intervalos de tiempo superiores a treinta o cuarenta años. Por lo demás, estos largos periodos de tiempo son necesarios para que el enfiteuta recupere y amortice el valor de las obras que debe acometer sobre la cosa fructuaria.

30 Consúltense al respecto: HOFELD, W.: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 1997, pp. 67-68.

31 Al respecto recomendamos consultar Ross, A.: *Tû-Tû*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976.

3º) El enfiteuta ostenta el *ius utendi* y el *ius fruendi*

El enfiteuta puede servirse o utilizar directamente el bien. Usar significa “hacer servir una cosa para algo”<sup>32</sup>. Con el *usus* se hace referencia a los servicios que puede ofrecer por sí mismo un bien. Como primera medida este derecho permite al enfiteuta escoger libremente el servicio que pretende procurarse de la cosa. Nótese que un mismo bien puede ofrecer toda suerte de servicios. Dentro de este poder de uso deben entenderse incluidos los actos conservatorios y de administración ejercidos sobre la cosa. También se incluyen, respecto de los inmuebles, operaciones tales como el deslinde, amojonamiento y cerramiento<sup>33</sup>. Si se trata del uso de inmuebles urbanos, el art. 313 C.N. col. asigna a los concejos municipales la función de reglamentar los usos del suelo<sup>34</sup>.

Igualmente, tiene el poder de goce, en virtud del cual puede apropiarse de los frutos emanados de una cosa. Hablamos, en términos generales, de la explotación económica del bien. El poder de goce se puede manifestar material o jurídicamente. Materialmente, puede percibir, él mismo, los frutos de la cosa. En este sentido nos referimos a los frutos naturales emanados por la cosa con la ayuda o no de la industria humana (art. 714 C.C. col.). Así mismo, jurídicamente, a través de la realización de diferentes actos o negocios jurídicos relacionados con el bien, el enfiteuta puede percibir frutos civiles (art. 717 C.C. col.). En términos generales los frutos civiles se pueden considerar como renta, rendimientos económicos (*reditus*) que son consecuencia de un acto jurídico relacionado con el bien<sup>35</sup>.

4º) El enfiteuta también puede –y debe- alterar la sustancia del bien.

En primer lugar, el enfiteuta puede disponer de la sustancia del bien<sup>36</sup>. Respecto de bienes físicos como los inmuebles se tratará de actos que se concentren en la materia misma del fundo, como la transformación, modificación e incluso, la explotación de los denominados *productos*. Nota muy destacada tiene el denominado

32 Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, Madrid, Espasa, 1994, t. II, p. 2051.

33 En el contexto histórico, apreciamos disposiciones expresas de cerramiento ofrecidas a los agricultores con las siguientes palabras: “podrá cualquier dueño particular ó arrendatario cercar las posesiones ó terrenos que le conviniere en los términos que van expresados, sin necesidad de solicitar concesiones especiales, como se ha hecho hasta aquí”. Estas expresiones fueron acuñadas en la Novísima Recopilación. La cita fue publicada por: PONZ, A.: Viage de España. Vol. 15. Viuda de Ibarra, Madrid, 1788 (ortografía literal). Disponible en: [http://books.google.com/books/about/Viage\\_de\\_Espa%C3%B1a.html?id=jjEMAAAAAJ](http://books.google.com/books/about/Viage_de_Espa%C3%B1a.html?id=jjEMAAAAAJ)

34 Véase: Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de diciembre de 2006. Exp. 25000 23 27 000 2004 02271 01. M.P. Gabriel Mandoza Martelo.

35 En otras latitudes se pueden identificar derechos reales tan particulares como el siguiente: en el ámbito anglosajón identificamos al denominado derecho “profit”, que ofrece la facultad al titular de apropiar cualquier producto o fruto del bien, sin que ofrezca la tenencia física del bien. Se trata de un ancho “goce” que no implica el “uso”. Siendo real, este derecho es oponible a cualquier sub-adquirente del bien. Véase: CUNNINGHAM, R., STOEUBCK, W. y WHITMAN, D.: *The law of property*, West Publishing, St-Paul, 1984, pp. 437 y ss.

36 Sustancia: “entidad a la que por su naturaleza compete existir en sí y no en otra por inherencia”. Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, cit., t. II, p. 1924. Para Aristóteles, la sustancia es “la categoría primaria que soporta todas las características de una cosa [...] la sustancia es la más importante de las categorías, tanto que es ella la que expresa el ser en toda su complejidad”. ARISTÓTELES: *La métaphysique*, Pocket, París, 1991, p. 22.

*ius aedificandi*, limitado por diferentes disposiciones, principalmente por las normas urbanísticas. En una palabra, el enfiteuta puede construir o sembrar sobre el bien.

Estas “mejoras” de gran envergadura fungen como el elemento fundamental de la enfiteusis. De alguna manera podría decirse lo siguiente: no solamente son una facultad o poder directo ofrecido al enfiteuta. También se presentan como un legítimo crédito extendido al nudo propietario respecto del enfiteuta. Desde este punto de vista, a través de la enfiteusis o superficie el nudo propietario realiza el apalancamiento del desarrollo agrario, pecuario o urbanístico del fundo fructuario. En otras palabras, estas “mejoras” se nos presentan como un componente estructural de la remuneración del propietario por la constitución del derecho de enfiteusis a favor de un tercero.

En el caso concreto colombiano, los propietarios sin recursos podrían servirse del derecho de enfiteusis para que, a través del “músculo” económico de terceros enfiteutas”, se acometa sobre el inmueble todo tipo de desarrollos agrarios, forestales, pecuarios, agroindustriales, urbanísticos, etc. A manera de ejemplo podrían mencionarse las siguientes “mejoras inmobiliarias”: construcción de lagos para la industria piscícola (p.e. tilapia, trucha, etc.); construcción de vías internas, silos, edificios, bodegas, cabañas, complejos turísticos y comerciales; plantaciones de caña de azúcar, teca, uva, pino, roble, cedro y palma; trabajos de riego y drenaje; construcción de diques y canales, entre otros emprendimientos.

5º) El derecho se puede transmitir por causa de muerte.

La superficie, a diferencia de los derechos desmembrados usufructo y uso, debería recibirse como transmisible por causa de muerte. En últimas, recordemos que los largos periodos de tiempo de la enfiteusis son necesarios para que patrimonialmente se recupere y amortice el valor de las obras sobre la cosa fructuaria.

#### IV. CONCLUSIONES

La implementación en Colombia del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” exige un nuevo régimen de acceso y explotación de la tierra. Por ello se propone en el mencionado “Acuerdo una Reforma Rural Integral (RRI)”. Su objetivo es concreto: transformar la opaca realidad rural. La RRI descansa en dos componentes: creación de un “Fondo Gratuito de Tierras” (FGT) de 3 millones de hectáreas y –formalización de 7 millones de hectáreas rurales. Precisamente, en cuanto al propósito de formalización, identificamos el derecho de superficie una interesante herramienta. En efecto, es urgente aumentar la productividad agropecuaria del país.

Un afortunado diseño de las reglas que median entre las relaciones para el uso productivo de la tierra permitirá i) atenuar las desigualdades en el acceso a la tierra y ii) lograr acuerdos que permitan la estructuración de modelos productivos exitosos y sostenibles que sean una alternativa a los cultivos ilícitos. La conjunción entre la necesidad de aprovechar la tierra con fines productivos sostenibles a largo plazo y los derechos de los campesinos se materializa en la regulación de herramientas que permitan una adecuada explotación rural.

Con este norte, en estas líneas nos hemos ocupado, en primer término, del ineficiente régimen de las desmembraciones de la propiedad establecido en Colombia. En segundo lugar, nos hemos concentrado en la implementación de la propiedad superficiaria-enfiteusis.

Por un lado, el usufructo se diferencia del uso o habitación, entre otras razones, en lo siguiente: con el usufructo se concede un goce amplio de los frutos de la cosa, mientras que el uso y la habitación lo limitan. En términos generales estos derechos reales de uso y habitación pueden concebirse como usufructos restringidos. Además, ni el usuario ni el habitador pueden disponer jurídicamente de su derecho de uso o habitación (art. 878 C.C.). Igualmente, el usufructo se diferencia de la propiedad fiduciaria, puesto que con el primero la propiedad no se transfiere, pues recae siempre en el nudo propietario. El usufructo se diferencia, también, de derechos personales como el arrendamiento. En efecto, en virtud de este contrato el arrendatario solamente puede hacer valer su derecho frente al arrendador, *jus in personam*, mientras que el usufructo, *jus in re*, poder directo y autónomo sobre un bien, concede efectivamente el uso y goce de la cosa, sin que para ello el usufructuario necesite o requiera del concurso del nudo propietario (por su parte, el arrendatario, para obtener el disfrute del bien, necesita del arrendador).

Por otro lado, la enfiteusis o superficie se recibe como una robusta desmembración de la propiedad, que le permite al enfiteuta, por un muy largo periodo de tiempo, los poderes de uso goce y disposición. En definitiva, con la propiedad superficiaria-enfiteusis se pretende apalancar el desarrollo de la frontera agrícola del país. Con ella, el dueño superficiario puede emprender importantes labores de forestación por largos periodos de tiempo, a cambio de un precio. Una vez terminado el derecho, el dueño del terreno apropia, como dueño del suelo, la totalidad de los desarrollos forestales<sup>37</sup>.

37 Véase: MARLER, W., *The law of real property*, Burroughs, Toronto, 1932. En el mismo sentido: También: STRICKLER, Y., *Biens*, PUF, París, 2010; MALAURIE, p., *Biens*, Defrénois, París, 2012; DROSS, W., *Biens*, Montchrestien, París, 2013, entre otros.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ARISTOTELES: *La métaphysique*, Pocket, París, 1991.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Précis de droit civil*, t. I. Sirey, París, 1922.

CAÑÓN, P.: *Bienes*. ABC, p. 22.

CARDILLI, R.: *La nozione giuridica di fructus*, ESI, Nápoles, 2000.

CLARO, L.: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. III. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1937.

CUNNINGHAM, R., STOEUBUCK, W, y WHITMAN, D.: *The law of property*, West Publishing, St-Paul, 1984.

DEMOLOMBE, C.: *Cours du Code Napoleon*, t. X, Durand-Hachette, París, 1912.

DE REINARTARTIÈRE, G.: "El estatuto del usufructo a partir de la idea de la preservación de la sustancia del objeto", en AA.Vv.: *El Usufructo* (coord. por R. Lamber), Heliasta, Buenos Aires, 2011, p. 28.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.: "La oponibilidad del pacto de reserva de dominio en el derecho comunitario y en el derecho español", en AA.Vv.: *Estudios sobre garantías reales y personales* (coord. por Mauricio Tapia y otros), Universidad del Rosario - Universidad de Chile, Bogotá, 2009.

DROSS, W.: *Biens*, Montchrestien, París, 2013.

FRENETTE, F.: *L'emphytéose*, Wilson & Lafleur Ltée., Montréal, 2005.

GIRARD, P.: *Textes de droit romain*, Rousseau et Cie, París, 1937.

GOMES, O.: *Direito Reais*, Rio de Janeiro. Edit. Forense, 2009.

HOHFELD, W.: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 1997.

JOSSERAND, L.: *Cours de droit civil positif français*, Sirey, París, 1923.

MALAURIE, P.: *Biens*, Defrénois, París, 2012.

MARLER, C.: *The law of real property*, Burroughs, Toronto, 1932.

PESSONNEAUX, E.: *Dictionnaire grec-français*. Eugène Belin, París, 1953.

PONZ, P.: *Viage de España*, Vol. 15, Viuda de Ibarra, Madrid, 1788 (ortografía literal).

ROSS, A.: *Tú-Tú*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976.

STRICKLER, Y.: *Biens*, PUF, París, 2010.

TISSOT, P.: *Les douze livres du code de l'empereur Justinien*. París, 1807.

VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A.: *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*. Temis, Bogotá, 2001.

URBANEJA, M.: "Usufructo inmobiliario: aspectos notariales y registrales", en AA.VV.: *El Usufructo* (coord. por R. Lamber), Heliasta, Buenos Aires, 2011.

VÉLEZ, F.: *Estudio sobre derecho civil*, t. III. Lex, Bogotá, 1981.