

## LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ENFITEUSIS: CONTRATO DE FOMENTO AGRARIO Y DE EMPRESA

Guillermo Suárez Blázquez  
*Universidade de Vigo*

**Resumen:** “A Grecian importation, emphyteusis became vitally afixed in Roman economic and legal institutions. The *ius emphyteticum* in conjunction with the *ius perpetuum* was the normal mode of exploiting the imperial domain of the later empire, eventually becoming the usual lease of private and corporate lands” (*JOHNSTON W. THE UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL*, vol III, 1940, p. 323). *La Emphyteusis es un contrato económico y un negotium meliorationis.*

**Palabras clave:** *Emphyteusis, Contractus Meliorationis, Emponemata, Actio - Exceptio Emphonematis*

**Abstract:** “A Grecian importation, emphyteusis became vitally afixed in Roman economic and legal institutions. The *ius emphyteticum* in conjunction with the *ius perpetuum* was the normal mode of exploiting the imperial domain of the later empire, eventually becoming the usual lease of private and corporate lands” (*JOHNSTON W. THE UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL*, vol III, 1940, p. 323). *Emphyteusis is an economic contract and negotium meliorationis.*

**Keywords:** *Emphyteusis, Contractus Meliorationis, Emponemata, Actio - Exceptio Emphonematis.*

## 1. INTRODUCCIÓN:

*Emphyteusis, eos, f.* (lit. an implanting) es, para el prestigioso diccionario de latin *A Latin Dictionary, Lewis and Short*, “a permanent tenure of land upon condition of cultivating it properly, and paying a stipulated rent, a sort of fee-farm or copyhold”.

MEZTGER define la enfiteusis en su obra, *A Companion to Justinian’s Institutes*, Londres, 1998, p. 74 como “this was a form of long – term or perpetual tenure which probably originated in grants of public land made to private individuals by the state. It came to be used by municipalities; the annual payment of rent maintained the holder of a grant in a position of virtual ownership”.

Nuestro Código Civil sigue viejas tesis medievales formuladas por los civilistas boloñeses; al definir la institución en su art. 1605 dice que “es enfiteútico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio”.

Podemos definir a la institución de la enfiteusis como un contrato sinalagmático, bilateral, de fomento por el que una persona dueña pone a disposición de otra enfiteuta un bien raíz o inmueble para que lo valore mediante la creación de una emponema con el fin de obtener una rentabilidad, a cambio del pago de una parte de ésta durante el tiempo que ambas partes hayan convenido.

La palabra enfiteusis es griega y fue implantada al latín. El origen de este derecho no es romano; tal vez, con mucha probabilidad, de procedencia helena,- *Inscr. Gr. Antiq. 121 de RÖHL; Inscr Gr. 263 CAVER*, siglo V a. d. C. En esta dirección, BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1987, p. 283 nos dice que “nelle città greche, come attestano iscrizioni che zi repostono fino al V secolo avati Cristo, si hanno simili locazioni in perpetuo o a lungo termine di terre incolte, allo scopo di dissodarle – phiteusis-”.<sup>1</sup>

La enfiteusis es un contrato de explotación agraria por excelencia. Como indica su nombre su objeto es hacer plantaciones o cultivos. El origen jurídico de la enfiteusis apunta al derecho público. En efecto, los entes públicos del mundo antiguo, (reinos, repúblicas, ciudades, *civitatibus agros*,<sup>2</sup> colonias, municipios y templos) poseían y concentraban *grandes extensiones de tierras; iuris emphyteutici rei publicae praediorum*,<sup>3</sup> *rei publicae agrorum*<sup>4</sup> *et templorum*<sup>5</sup> son expresiones directas de las fuentes. Grandes y vastas extensiones de terrenos, *latifundios* que podían ser entregados mediante concurrencia pública a particulares para que los pudiesen poner en explotación. Los entes concedentes evitaban el abandono y la concentración de tierras incultas e improductivas en sus manos. Ganaban rentas, pensiones y tributos. Los enfiteutas incrementaban el valor de los terrenos. Éstos ganaban rentabilidad. La enfiteusis creaba riqueza y frenaba el abandono del campo por la población. Fue uno de los institutos económico-jurídicos más importantes del Bajo Imperio Oriental Romano y del mundo bizantino cristiano.

Esta institución, a la que los ciudadanos de la Antigüedad pudieron acceder tanto por concesión pública, *-emphyteuticum praedium sine decreto praesidis distrahis*

<sup>1</sup> Un precedente de esta institución parece encontrarse en el Capítulo XLVII del Génesis bíblico donde se narra una concesión de tierras que hizo en Egipto José, administrador del faraón, a los habitantes de diversas tierras con la obligación para los cesionarios de pagar al erario la quinta parte de los frutos obtenidos de las cosechas.

<sup>2</sup> *Interprt. LRV. Cth. 10, 2, 1.*

<sup>3</sup> *Cth. 10, 2, 1.*

<sup>4</sup> *Interprt LRV, Cth. 10, 2, 1.*

<sup>5</sup> *Cth. 1, 2.*

*non licet*.<sup>6</sup> sujeta a licitación,<sup>7</sup> como por contratos e instrumentos escritos privados realizados entre particulares,<sup>8</sup> tuvo una larga vida fruto de las colonizaciones helenas en muchos países mediterráneos, sobre todo orientales, y en muchas naciones de África y Asia Menor,<sup>9</sup> fruto del imperialismo euro-asiático ejercido por el gran general Alejandro Magno. Una inscripción descubierta en *Pérgamo*, aunque no menciona la palabra enfiteusis, certifica que *Cratervas* concede a *Aristome* una tierra no plantada para cultivar. El texto recoge la superficie del inmueble y la tasa del alquiler, pero no se fija el plazo de tiempo.<sup>10</sup>

El origen de la *emphyteusis*, y su condición de derecho helenístico y oriental, hicieron muy difícil a la jurisprudencia y a las cancellerías burocráticas imperiales romanas del siglo III al VI d. C.,- fechas en que el imperio fijó su punto de gravedad en Oriente-, la determinación de los términos, la naturaleza jurídica y su encaje e implantación en el marco general de los derechos del sistema civil romano. Por ello, la naturaleza jurídica de la enfiteusis es un problema que ha llamado, abundantemente, la atención de la doctrina civil. Y no solo de la romana sino de la civil moderna. Y así lo pone de manifiesto nuestro insigne civilista CASTÁN TOBEÑAS al decir que “se hace difícil dar una definición satisfactoria de esta institución, por las grandes dudas que se suscitan acerca de su naturaleza jurídica”.<sup>11</sup>

En principio, la enfiteusis fue desconocida por la población del Imperio Occidental, pero tuvo gran importancia, por su función económica, en las diócesis de Oriente del Bajo Imperio Romano – C. 4, 66, 1. C. 11, 58 C. 11, 59 y, C. 11, 61, C. 11, 62. C. 11, 63. C. 11, 64. C. 11, 65, C. 11, 66-. Desde ellas, y también en los siglos siguientes, se proyectará, sobre todo por obra de la Iglesia, a las provincias, feudos, realengos, monacatos, abadengos y señoríos de Europa Occidental. La institución enfiteútica sufrió transformaciones histórico-jurídicas con el paso del tiempo. En el medievo la administración eclesiástica, como hemos mencionado, a través del derecho romano-canónico, puso en práctica el conocido “foro o censo enfiteútico en sus feudos monacales”, institución que determinará la economía agraria de Galicia en la Edad Media<sup>12</sup> y el Antiguo Régimen. A partir del siglo XII d. C., por influencia, primero, de los juristas universitarios glosadores y después, por obra de los comentaristas se forjó la “famosa teoría civil del dominio dividido”. Sin embargo, nuestro ALFONSO X el Sabio nos dice en un bello lenguaje romance civil que es “manera de enajenamiento”.<sup>13</sup> Más tarde, CHARLES DU-MOULIN, 1500-1566, concibió a la enfiteusis como un “usufructo vitalicio transmisible mortis-causa” en favor del vasallo tenedor de la tierra.<sup>14</sup> Por influencia de la obra del humanista, HUGO DONELLO 1527-1591,<sup>15</sup> el derecho, desde el punto de vista del sistema de normas civiles recogidas por las diferentes codificaciones modernas, se configuró, de modo definitivo, como un derecho real sobre cosa ajena, “*ius in re aliena*”.

<sup>6</sup> C. 5, 71, 13, DIOCLECIANO y MAXIMIANO a Xenófila 294 – 305 d C.

<sup>7</sup> C. 11, 61, 3 VALENTINIANO y VALENTE, 365 d. C.

<sup>8</sup> C. 4, 66, 1.

<sup>9</sup> C. 11, 61, 6. C. 11, 61, 8.

<sup>10</sup> DITTEMBERG, *Sylloge Inscr. Gr.* 114.

<sup>11</sup> CASTAN TOBEÑAS José, *Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo II, Derecho de Cosas, vol. II Los Derechos Reales Restringidos*, ed 13ª, Madrid, 1983.

<sup>12</sup> RODRIGUEZ-ENNES, *Aproximación a la jurídica de Galicia*, colección Monografías, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1999, p. 124 s.

<sup>13</sup> *Partida I*, 14, 3.

<sup>14</sup> STEIN P. *El Derecho Romano en la Historia de Europa*, Madrid, 2001, p. 117.

<sup>15</sup> STEIN P, *op. cit.*, 2001, p. 114

La tesis romanista dominante es concebir a la enfiteusis como un derecho real sobre cosa ajena. Por ejemplo, VACCARI nos dice que "*l'enfiteusi è un diritto reale sopra un fondo altrui, diritto di particolare ampiezza perché il titolare gode innanzitutto di tutela non soltanto contro i terzi ma anche di fronte al conducente*".<sup>16</sup> Y sin embargo, ninguna fuente jurídica del Imperio dice expresamente que la enfiteusis es un derecho real sobre un fundo ajeno. La primera ley romana que aborda la definición y la naturaleza jurídica de la enfiteusis es:

**2. CONSTITUCIÓN 4, 66, 1 de ZENON**, emperador de Oriente, 474-491 d. C., dirigida a Sebastián Prefecto del Pretorio.

a. "*Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis adiiciendum*", (el derecho de enfiteusis no se debe sumar a los títulos de venta ni de arrendamiento).

La enfiteusis es un título jurídico civil. El emperador supera las viejas disputas doctrinales de la jurisprudencia sobre si la enfiteusis - *derecho al que los juristas intentaban aplicar el régimen jurídico romano clásico de la concesión del ager vectigalis* - debía ser considerada un arrendamiento, por la obligatoriedad del pago del canon que debía realizar el enfiteuta al dueño del predio, o una venta por tratarse de una concesión indefinida e irrevocable, transmisible *mortis-causa*, siempre que el enfiteuta pagase el canon y cumpliera sus deberes de buena fe. De hecho, los emperadores VALENTINIANO y VALENTE en el año 368 d. C., C. 11, 61, 4 nos dicen que ellos entregaban los predios enfiteuticarios, más que en comodato, a título de dominio siempre que se pagase un canon o precio,<sup>17</sup> tesis que, (además de suscitar graves dudas porque el comodato es un simple préstamo de uso), parece hacer aflorar la tesis de la convención de una venta, o, tal vez la existencia de un dominio dúplex o dominio dividido; pero ésta última posibilidad resulta ser un espejismo pues parece entrar en contradicción con lo dispuesto por ARCADIO en el 386 d. C. quien distingue bien la entrega de bienes inmuebles a título de dominio, del arrendamiento y de la enfiteusis en su ley C. 11, 61 8, y en esta dirección también aparece en el Título II del Libro X del Código Teodosiano "*De Locatione Fundorum Iuris Emphyteutici et Rei Publicae et Templorum*" que parece asimilar o hacer derivar nuestra institución del arrendamiento; título que además recoge una constitución de VALENTINIANO, VALENTE y GRACIANO prohibiendo a los curiales convenir contratos de arrendamiento y <debemos entender, la constitución no lo dice pero sí el título mencionado > enfiteuticos.<sup>18</sup>

Los juristas de la cancillería imperial de ZENON zanján definitivamente esta vieja discusión de las viejas *scholae auctores*,<sup>19</sup> y de los juristas burocráticos bajo-imperiales que les precedieron:

b. "*Sed hoc ius tertium constitutum, conceptionem definitionemque habere propriam*", (porque este tercer derecho tiene concepción y definición propias).

El Emperador confirma que es un tercer derecho, que tiene concepción, definición y, por tanto, naturaleza jurídica propia; naturaleza que es diferente a ambos contratos sinalagmáticos. La enfiteusis no es compraventa, *emptio-venditio*, ni es arrendamiento,

<sup>16</sup> VACCARI P. ED. XIV, 1965, p. 916.

<sup>17</sup> Vid. C. 11, 61, 12, TEODOSIO, VALENTINIANO, 434 d. C.: "*mancipiis ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticariis, quum fundorum sint domini, praestare*".

<sup>18</sup> Cth. X, 2, 1: "*Curialibus omnibus conducendorum rei publicae praediorum ac saltum inhibeatut facultas: illo etiam observando, nequis curialium vel de extraneis civitatibus fundos aut loca huius modi conductione suscipiat*".

<sup>19</sup> GAYO, 3, 145.

*locatio-conductio*. Y así es observado por METZGER, pues afirma que “eventally the emperor Zeno enacted that this was neither hire nor sale but a distinct type of contract to be termed emphyteusis”.<sup>20</sup>

Mas tarde, los juristas de JUSTINIANO, incluirán a la enfiteusis en su manual de Instituciones en el título de los arrendamientos,<sup>21</sup> y, además, volverán a advertir en otros textos legales que la enfiteusis perpetua – *iure emphyteuseos perpetuo, perpetuo haec eis emphyteutico iure* -<sup>22</sup> es similar a una venta:

“*Alienationis autem nomem generalius ideo posuimus, ut prohibeamus et venditionem, et donationem, et commutationem, et in perpetuum extensam emphyteusin, QUAE NON PROCUL AB ALIENATIONE CONSISTIT*”.<sup>23</sup>

El problema era serio, complejo y seguía abierto para los juristas bizantinos. Pero sí es cierto, como vemos, que la ley de ZENON fue la norma que implantó y encajó el derecho de enfiteusis, de modo definitivo, en el sistema jurídico contractual civil de los romanos: la enfiteusis era un contrato que gozaba de términos y naturaleza propia, y se fundaba en los pactos peculiares escritos que hubiesen convenido las partes.<sup>24</sup> Tesis confirmada por los juristas de JUSTINIANO, *LEX ZENONIANA lata est, quae emphyteuseos contractus propriam naturam, neque ad locationem neque ad venditionem inclinatem, sed suis pactionibus fulciendam; et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si natura talis esset contractus*. l. 3, 24, 3.

Los juristas bizantinos nos dicen que en caso de duda, pues la enfiteusis se nutre de la naturaleza jurídica del arrendamiento y de la venta, es mejor atender a la voluntad de las partes para determinar la naturaleza del contrato enfiteutico que hayan convenido.

### 3. CONSTITUCIÓN 4, 66, 2, de JUSTINIANO, año 529 d. C., a Demóstenes, Prefecto del Pretorio.

c. a. “*In EMPHYTEUTICARIIS CONTRACTIBUS sancimus*”, (en los contratos enfiteuticos ordenamos).

d. b. “*ET IUSTUM ESSE VALIDUMQUE CONTRACTUM*”.

Los juristas y las leyes redactadas por la cancillería imperial de JUSTINIANO siguen confirmando que la enfiteusis, institución de derecho helenístico, es para el derecho romano un contrato válido y justo.

Conforme a la información fidedigna que nos transmiten las fuentes jurídicas, podemos decir, que a partir de la Ley de ZENON, finales del siglo V d. C., y en los primeros años del siglo VI d. C., la enfiteusis no era concebida como un derecho real autónomo,<sup>25</sup> sino como un *derecho personal – tesis avanzada por BAVIERA* <sup>26</sup>- surgida de un contrato que se perfeccionaba mediante estipulaciones escritas, o cláusulas generadoras de obligaciones diversas para las partes contratantes:

- “*In quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus scriptura, interviniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri*”.

<sup>20</sup> METZGER, *op. cit.* p. 161.

<sup>21</sup> l. 3, 24.

<sup>22</sup> *Nv. CXVI*, Cp. 1, 2. *Nv. CXVI*, Cp. 6, 1.

<sup>23</sup> *Nv. VII*. Cp. I.

<sup>24</sup> VACCARI, *ED*, XIV, 1965, p. 916 reconoce que la enfiteusis es un contrato sui generis.

<sup>25</sup> En este sentido VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid, 1988, trad. Daza Martínez Jesús, p. 433.

<sup>26</sup> BAVIERA, *Contributo alla Storia dell "enfiteusi, en Scritti Giuridici*, Palermo, 1909, p. 109.

-“*Quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, sed suis pactionibus fulciendam*”.<sup>27</sup>

- La enfiteusis se disuelve, - *emphyteusi soluta*<sup>28</sup>- nos dicen los juristas bizantinos, tesis confirmada posteriormente por las Basílicas - *neque vero emphyteusis solvatur exacto triennio* -.<sup>29</sup>

¿Cómo se puede mantener que la enfiteusis era un derecho real sobre cosa ajena para los juristas bizantinos? ¿Cómo se puede mantener la existencia de un dominio doble en la enfiteusis? ¿Dominio civil del señor y dominio pretorio, *in bonis habere*, en el enfiteuta? JUSTINIANO tuvo que frenar los abusos de los dueños de las fincas entregadas en enfiteusis.<sup>30</sup>

La enfiteusis, probablemente, era desconocida y estaba fuera de las instituciones y de las reglas del derecho civil clásico, como justamente lo ha puesto de manifiesto, un gran especialista de derecho helenístico, el profesor BONFANTE.<sup>31</sup> La *Locatio* de los *agri vectigales* fue el verdadero instituto romano precedente de la enfiteusis, - tesis que no comparto por ser ésta cronológicamente anterior al derecho republicano y clásico romano-. Tales eran terrenos del Estado no asignados, ni vendidos, ni abandonados a la ocupación, sino más bien dados en alquiler por espacio de cien años o en perpetuidad, y también aquellos de los municipios y colegios sacerdotales dados en alquiler a largo tiempo o a perpetuidad. Pero advierte el autor, y yo también lo creo, que la enfiteusis del derecho justinianeo se relaciona más bien con el mundo heleno oriental que con el mundo romano antiguo.<sup>32</sup>

Las constituciones imperiales del Bajo Imperio del siglo IV d. C en adelante distinguen muy bien la posición contractual del enfiteuta, de la posición contractual del dueño o señor, con independencia de que este sea un particular, un municipio, una ciudad, o la Iglesia:

La doctrina habla con inexactitud de la posible existencia de una división del dominio, y de la existencia de un derecho real sobre cosa ajena porque identifica, de modo equivocado, el bien que se entrega en enfiteusis, con el bien transformado y puesto en valor: *emponema*. La naturaleza jurídica no consiste en *dominium duplex* o duplicidad del dominio, por el contrario, su naturaleza es obligacional, pues constituye un *contractus meliorationibus*. El dueño es el señor o propietario del bien y el enfiteuta es el titular de un *ius emphonematis*, o derecho a valorizar un bien, (derecho nacido de vínculos obligatorios), o a su explotación, *emponemata*, → *ius emphyteutico*, siempre que pague un precio de la rentabilidad – *cuota emphonematis* -. Cuando la enfiteusis se constituye de modo indefinido, -perpetuo *iure emphyteutico* – la naturaleza del derecho se desvirtúa y se transforma en una especie de venta.

#### 4.- ENFITEUTA.

“*The lessee in the tenure of emphyteusis*”.<sup>33</sup>

El enfiteuta no se caracteriza solo por poseer un campo o predio por largo tiempo a cambio del pago de un precio. El enfiteuta es el engendrador de la *emponema* en un bien inmueble, y por ella paga un precio durante el plazo establecido.

<sup>27</sup> I. 3, 24, 3.

<sup>28</sup> *Nv. CXVI*, 1,1

<sup>29</sup> C. 1, 4, 32 *Épitome eiusd. Ex Bas.*

<sup>30</sup> C. 4, 66, 3.

<sup>31</sup> BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, 10 ed. Milano, 1987, p. 222.

<sup>32</sup> BONFANTE, *op. cit.* p. 283.

<sup>33</sup> *Emphyteuta*, *ae m. A Latin Dictionary, Lewis and Short, Oxford*, 1989.

Los enfiteutas *-emphyteusantes-* constituyeron, como en la vieja Grecia, a lo largo del Bajo Imperio oriental, una nueva clase social de hombres libres de negocios, que nada tuvieron que ver con los colonos, aparceros arrendatarios del *ager publicus vectigalisque*, ni con los esclavos sujetos en *obnoxietas* a la tierra. Sabemos que en tiempos de CONSTANTINO, el enfiteuta es libre, contrata, se obliga y reclama sus derechos en posición de igual al dueño de la cosa. El enfiteuta tiene la propiedad de sus siervos enfiteuticarios *-servo emphyteuticario*, Interprt. CTh. IV, 11, 3 -los usa y explota en la explotación de su *praedia emphyteuticaria*, CTh. IV 11, 3.<sup>34</sup>

CONSTANTINO, nos dice que están eximidos, por beneficio imperial, de contribuir a los cargos extraordinarios, *-munera extraordinaria-*<sup>35</sup> pero que deben contribuir, como los demás habitantes de las provincias al mantenimiento de todos los caminos públicos. El enfiteuta es un hombre privilegiado y protegido por el emperador. Las fuentes nos indican, además, que el enfiteuta utilizaba el trabajo de siervos y colonos en el *management de su emponemata*, es decir, en las labores de su predio agrícola, o edificio enfiteutico,<sup>36</sup> y cobraba pensiones, por ejemplo, a los colonos por la utilización y consumo de aguas de riego en los predios colindantes, es decir, por el uso de derechos de su *emponemata*.<sup>37</sup>

El enfiteuta es, desde un punto de vista jurídico, el titular del contrato de enfiteusis. Desde un punto de vista económico-jurídico es un productor, engendrador, procreador, productor, criador, empresario *-eyxeipeo-* que genera riqueza. El enfiteuta es *"a sort of fee-farm or copyhold"*,<sup>38</sup> un emprendedor agrícola profesional, o persona que crea y sostiene una explotación agrícola industrial. El enfiteuta se enfrenta, con frecuencia, a bienes que son estériles, *"nullus praebitur reditus"*, Nv. C. XVI, 1, 2 - porque este hombre es, por naturaleza, un transformador que genera y añade riqueza. Él es el creador y titular de su *emponemata*.

El enfiteuta es un emprendedor, un industrial que persigue la consecución de valor, beneficios y réditos. *"Et emphyteusim faciant absque reditus diminutione"*, C. 1, 2, 17, *"pensio sive reditus"*, I, 3, 24, 3 son testimonios directos de las leyes imperiales.

Las fuentes romanas postclásicas y bizantinas advierten que los emperadores ordenaban a sus administraciones que debían ser cuidadosas y elegir bien a los enfiteutas. Solo pueden ser enfiteutas aquellas personas que cumplan una serie de requisitos que les califiquen de idóneas: *"vel si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas sed concessas et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem"*.<sup>39</sup>

Las fuentes nos informan de algunas condiciones que debía reunir un buen enfiteuta. Buen enfiteuta es aquella persona que es solvente, que tiene capital, potencia económica y financiera para responder de la construcción y explotación de su *emponemata*, de su industria, de su mejora enfiteutica, que le permitirá obtener réditos y pagar el canon de explotación al dueño del predio enfiteuticario.<sup>40</sup> El emperador ARCADIO, en el año 386 d. C., exigió a los enfiteutas, que no acreditasen suficientes garantías de solvencia, la presentación de fiadores o avalistas que respondiesen por él para poder

<sup>34</sup> CONSTANTINO aplicó los preceptos del Senadoconsulto Claudiano a la unión mujer libre con *servo emphyteuticario* y dispuso que los hijos habidos de tal unión adquiriesen la condición de latinos, CTh. IV, 11.

<sup>35</sup> C. 11, 64, 1.

<sup>36</sup> C. 11, 62, 1. C. 11, 62, 2.

<sup>37</sup> C. 11, 62, 1.

<sup>38</sup> *A Latin Dictionary, Lewis and Short, Oxford, 1989, emphyteusis, eos, f.*

<sup>39</sup> C. 4, 66, 3, 6.

<sup>40</sup> Nv. CXVI, 1, 2: *"aut si emphyteuta maluerit magis sub isto pacto accipiat loca, ut primitus aedificet"*.

entrar en la enfiteusis. JUSTINIANO nos dice que “*solis locupletibus licet ecclesiasticas res in emphyteusin dare*” C.1, 2, 24, 2 (los bienes eclesiásticos solo pueden ser concedidos en enfiteusis a personas ricas).

En esta dirección, la administración bizantina sólo concedía licencia legal para traspasar el derecho de enfiteusis, o vender la *emponema*, a otras personas que reuniesen las condiciones mínimas que les califiquen de enfiteutas: “*licentia emphyteutae detur, ubi voluerit, et sine consensu domini meliorationes suas vendere, his tamen personis, quae non solent in emphyteuticis contractibus vetari ad huiusmodi venire emtionem*”.<sup>41</sup>

La creación de la *emponemata* añade valor económico al fundo sujeto a enfiteusis. Es por ello, por lo que JUSTINIANO nos dice que muchos señores, tentados por la avaricia, exigían grandes cantidades de dinero a los empresarios enfiteutas cuando éstos querían traspasar su derecho sobre la *emponema* a terceros: “*et ne avaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc effagitent, quod usque ad praesens tempos perpetrari cognovimus*”. En otras ocasiones, los dueños se negaban, dolosamente, a recibir el pago de la pensión enfiteútica como argucia para expulsar posteriormente al enfiteuta de su *emponemata*, esto es, del bien enfiteuticario.<sup>42</sup>

**5. EMPONEMA: “Meloratio, vel ea quae emponemata dicuntur”. THE VALUE ADDED TO LAND BY CULTURE, (el valor añadido al campo por el cultivo).**<sup>43</sup>

La *emponema* define la naturaleza y el objeto del contrato de enfiteusis. *Emponema* es valorizar, aumentar un bien inmueble de valor. *Emponema* es hacer obras, mejorar, fabricar, construir. Supone generalmente invertir mucho dinero, transformar y crear riqueza. *La emponema es un valor económico – jurídico añadido al bien sujeto a transformación enfiteútica.*

### 5.1 Emponema rústica:

La enfiteusis griega y, posteriormente, romano-oriental no solo consistió en la obligación aislada de cultivar y hacer plantaciones. La enfiteusis o emponema rústica es más compleja pues consiste en valorizar un bien inmueble mediante la puesta en marcha de una explotación agraria, para crear servicios, bienes y frutos. La *emponema* agraria producirá rentabilidad, plusvalía y ganancias económicas. El enfiteuta, empresario agrícola, invierte en siembras, desarrollo y mantenimiento de cultivos, plantaciones, reforestaciones etc.; a veces, debe transformar las infraestructuras del predio, para incrementar la producción de los cultivos, generalmente vid y olivos,<sup>44</sup> (*emphyteusis* significa literalmente aumentar los cultivos) y la obtención de otros frutos. Por ejemplo, construcciones de almacenes, establos y de otras dependencias agrícolas; en materia de aguas, depósitos, canalizaciones, acequias y máquinas hidráulicas para riegos, prensas y molinos para vino y aceite, animales de tiro y carga, siembra, rebaños, provisión de fuerzas de trabajo: esclavos – *mancipi-* y colonos etc.

Un contrato heleno que data de varios siglos antes de Cristo, nos informa de la obligación que asumió un enfiteuta de poner en marcha una explotación, es decir, el desarrollo de esta *emponema*: construcción de muros y bodegas, plantación y reposición

<sup>41</sup> C. 4, 66, 3.

<sup>42</sup> C. 4, 66, 3, 7-8.C. 4, 66, 2 : *ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur emphyteutas suos repellere, ut ex huiusmodi machinatione, triennio elapso, suo iure is, qui emphyteusin suscepit.*

<sup>43</sup> *Emponema - atis n.* A Latin Dictionary, Oxford.

<sup>44</sup> C. 11, 62, 1.



de viñas y olivos en número proporcional a la extensión de terreno, plantación, cuidado de árboles frutales y reforestación. El profesor GUIRAUD estimó que esta enfiteusis no se podía completar en un plazo menor de quince años.<sup>45</sup>

Pero en otras ocasiones, como veremos, la *emponena* es urbana y puede consistir en la construcción de un hospital, un asilo, una hospedería, un hospicio, un bloque de apartamentos o un conjunto habitaciones.<sup>46</sup>

Si la emponema es crear, transformar y potenciar predios cultivables, la enfiteusis genuina es un contrato de fomento agrario, e industrial. Las partes, unidas por un vínculo enfiteútico, tienen por objeto obtener una rentabilidad de un bien inmueble mediante la constitución, puesta en marcha y explotación de una emponemata agraria a cambio del pago de un canon.

En la vieja Grecia conocemos la existencia de un contrato enfiteútico vigente en *Olymos* donde una tierra concedida en enfiteusis producía un interés mucho mayor que un capital en dinero a plazo, (*Grieschische und römische Metrologie*, p. 530 y 557-558, 2ª edición).

En el Bajo Imperio romano, ANASTASIO ordenó, para potenciar la economía productiva y los recursos del orbe, que se concediesen por enfiteusis los bienes inculotos, pero sin disminución de pensiones y réditos: "*et emphyteusim faciant absque redditus diminutione*". El emperador autorizó también donaciones y concesiones a terceros de terrenos agrícolas estériles del Imperio.<sup>47</sup>

Las inversiones y mejoras unidas forman la emponema agraria. La *emponema* diferencia la enfiteusis del arrendamiento y de la venta. Estos contratos la desconocen. De ella nace la naturaleza jurídica y la ratio de nuestra institución. Los legisladores de Justiniano, y yo también lo creo, dicen que la *emponema* es en sí el objeto del derecho de enfiteusis:

*"Quum dubitabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quae Graeco vocabulo Enponema dicuntur, alienare, vel ius emphyteuticum transferre"*, (puesto que se dudaba si el enfiteuta necesitaba la voluntad del dueño para vender sus mejoras, que en lengua griega llaman *emponema*, o transferir el derecho de enfiteusis).

Vender la *emponemata* o bien transformado, conjunto de mejoras en que ésta consista equivale a transferir el derecho de enfiteusis: "*licere emphyteutae et non consentientibus dominis ad alios ius suum vel emponemata transferre*".<sup>48</sup> Son palabras textuales de los juristas bizantinos.

Las mejoras constituyen el contenido o sustancia de la emponemata, objeto económico - jurídico sustancial del derecho de enfiteusis. La *emponemata* enriquece y valoriza el bien sujeto a la enfiteusis y produce una rentabilidad. La *emponemata* genera beneficios económicos empresariales al enfiteuta. Plusvalías que sirven para mantener la "*empresa — emponemata*" y para pagar la pensión al dueño de la cosa que ha sido sujeta a la transformación de la enfiteusis: "*non amplius fieri a sexta parte redditus, quem habet res, quae in emphyteusim datur*".<sup>49</sup>

<sup>45</sup> *Dict. Des Antiq.*, 1862, p. 605 s.

<sup>46</sup> *Nv. CXVI*, 1, 2.

<sup>47</sup> C. 1, 2, 17, 1: "*et emphyteusim faciant absque redditus diminutione, aut de re prorsus sterili; nam quae ob sterilitatem damnosa sunt, donari et concedendi possunt*".

<sup>48</sup> C. 4, 66, 3, 8-9.

<sup>49</sup> *Nv. CXVI*, 6, 2.

## 5. 2. Emponema urbana:

La enfiteusis cumplió una función social y económica de primer orden en el imperio de oriente bizantino. La acumulación de latifundios, o grandes extensiones de terrenos, y de bienes inmuebles en pocas manos, públicas y privadas, encontrará en la institución de la enfiteusis un instrumento fundamental conservador y generador de riqueza. Función que también beneficiará a ciertos sectores de la población más desprotegida, pero también, como he dicho, al patrimonio privado del Emperador, a la Hacienda del Imperio, a la Iglesia y a los súbditos *potentiores*:

*“Et hoc quidem super iis, quae maioris ecclesiae sunt et praedictarum venerabilium domorum, quae sunt in regia civitate vel eius circuitu, adhaerentium, disposuimus. In aliis vero sanctissis ecclesiis, et monasteris, et xenodochiis, et nosocomiis, seu reliquis venerabilibus domibus, quae in omnibus provinciis nostrae reipublicae possitae sunt, verum etiam monasteriis in hac regia civitate et eius circuitu adhaerentibus, consequenter definire praevidimus”.*<sup>50</sup>

El emperador JUSTINIANO, siguiendo a ANASTASIO,<sup>51</sup> ordenó en su Novela CXVI, 6, 1- 3 que los monasterios y venerables casas pudiesen potenciar sus economías entregando sus edificios para la transformación en empresas enfiteúticas mediante la construcción y la explotación de hospitales para los pobres y peregrinos, orfanatos, asilos de ancianos, refugios de peregrinos y la construcción de hospederías: *“licentiam igitur damus praedictis venerabilibus domibus non solum ad tempos emphyteusim facere immobilium rerum sibi competentium, sed ed perpetue haec eis emphyteutico iure volentibus dar”*.

Los enfiteutas construyen su *emponemata*, -industria o empresa- con fines económicos. El enfiteuta es un hombre de negocios, cumple fines sociales y económicos, da respuesta a la labor caritativa y piadosa del Cristianismo, y facilita recursos y bienes a las gentes más pobres del Imperio. El enfiteuta da trabajo a personas, libres y esclavas en su *emponema*. El fin económico – social, y de interés público, que cumplió la enfiteusis eclesiástica a lo largo y ancho del Imperio Oriental, posibilitó, en numerosas ocasiones, (de ello nos informan GRACIANO, VALENTINIANO y TEODOSIO 386 d.C.<sup>52</sup>) a los enfiteutas el reconocimiento de periodos de carencia de pago de pensiones durante el tiempo en el que estaban dedicados a la construcción de su *emponemata*,<sup>53</sup> y el logro del pago de pensiones rebajadas o moderadas: *“relevationem non amplius fieri a sexta parte redditus, quae in emphyteusin datur”*.<sup>54</sup>

El fin de fomento del contrato de enfiteusis es incuestionable. La Hacienda del Estado, el Erario Privado del emperador, las curias, las ciudades y los municipios ponían sus inmuebles a disposición de empresarios enfiteutas.<sup>55</sup> La Iglesia también cedía sus inmuebles, - incluso los materiales: *utatur huiusmodi emphyteuta et illic inventa de*

<sup>50</sup> Nv. CXVI, 6.

<sup>51</sup> C. 1, 2, 17: *Aliae autem ecclesiae et monasterio et ptochia et xenodochia et orphanotrophia eiusdem civitatis et confiniorum eius, et emphyteusin faciant absque redditus diminutione.*

<sup>52</sup> C. 11, 58, 7: *“qui emphyteuticario nomine, ut indulto temporis spatío, post biennium decretum canonem solvendum esse meminerint”*, (dos años de indulto para pagar el canon enfiteútico).

<sup>53</sup> C. 1, 2 14, AUTHENT. *De alienat. Et emphy. & Si vero quaedam sunt.* ( Nov. 120. c.1).

<sup>54</sup> Nv. CXVI, 6, 2.

<sup>55</sup> Nv. CXVI, 1, 1: *“Si vero contigerit quamlibet rem ex aliquo praedictorum locorum venerabilium emphyteutico iure datam aut in imperiales domum, aut in sacrum nostrum aerarium, aut in civitatem aliquam, aut in curiam, aut in aliam aliquam venerabilem domum pervenire, licentiam praebemus ordinatoribus venerabilium locorum, a quibus a principio emphyteusis facta est”*.

*depositiis habitationibus materia* -<sup>56</sup> e instalaciones mal aprovechadas, o en estado de ruina, para la construcción enfiteútica, con fines de explotación empresarial:

*“Si vero quaedam sunt loca aut ipsi sanctissimae ecclesiae maiori, aut alicui venerabilium domorum competentia, in quibus antiquae habitationes depositae sunt, et ex quibus nullus prebitur redditus”*.<sup>57</sup>

La ley imperial ordena que puedan ser objeto de transformación empresarial enfiteútica las antiguas habitaciones que no producen ningún rédito a la Iglesia:

*“Praedictae vero venerabiles domus, quibus competunt haec loca, reaedificare non possunt, licentiam damus ipsi ordinatoribus earum in emphyteuseos perpetuo iure tradere ipsa loca”*.<sup>58</sup>

Si una Iglesia, monasterio, convento, curia, hospital, asilo etc. no tiene fondos económicos para sostener, reedificar y explotar sus inmuebles, - habitaciones, dependencias (comedores, cocinas)-, puede, como solución económico-jurídica, recurrir al contrato de fomento empresarial enfiteútica. El emperador concedió licencia a estas instituciones de la Iglesia y de sus venerables y sagradas casa para que pudiesen conceder indefinidamente a empresarios- enfiteutas sus instalaciones. Éstos construyen sus empresas productivas, emponemata, para lograr una rentabilidad. Los beneficios generados se imputan a ambas partes contratantes. La Iglesia reconstruía, mantenía y ponía en explotación, de modo perpetuo, su vasto patrimonio inmobiliario. El enfiteuta generaba riqueza con la explotación de su emponemata a cambio del pago de una pensión o canon a la Iglesia, o ente eclesiástico concedente.<sup>59</sup>

*“Ita tamen, ut emphyteusis in tertia parte pensionum quae ex habitationibus adhuc stantibus colligebantur, ex principiis temporis emphyteuseos procedat; aut si emphyteuta maluerit magis sub isto pacto accipiat loca, ut primitus aedificet”*.

El enfiteuta puede restaurar las viejas habitaciones del inmueble eclesiástico, o puede optar por edificar de nuevo todo el inmueble. El enfiteuta es un promotor, constructor y empresario. La emponemata, en este supuesto, consiste en la edificación de una hospedería. Las ganancias que genera la empresa enfiteútica son imputadas al pago de la pensión fijada al dueño del inmueble, al mantenimiento del inmueble restaurado, y al enfiteuta como empresario privado, titular de su emponemata de hostelería:

*“Et ex adiectis illic per aestimationem pensionibus medietatem partis dari venerabili domi, a qua ipsa loca accepit, et hoc fieri concedemos. Utatur vero huiusmodi emphyteuta et illic inventa de depositis habitationibus materia”*<sup>60</sup>.

5.3 Traspaso o venta, inter-vivos, de la EMPONEMATA, ius emponematis: TRANSPONERE EMPHYTEUTA.<sup>61</sup>

Los enfiteutas pueden traspasar o vender su emponemata a terceros, transponere emphyteuta, C. 4, 66, 3. *Transpono, posui, positum es to place, or set over or across; to remove, transfer.*<sup>62</sup> Este derecho del enfiteuta confirma la tesis de nuestro trabajo. El bien, objeto del contrato, es transformado por el enfiteuta pues genera y explota la emponemata. Emponemata que adquiere y gana un incremento de valor x

<sup>56</sup> Nv. CVXI, 1, 1.

<sup>57</sup> Nv. CXVI, 1, 2.

<sup>58</sup> Nv. CXVI, 1, 2.

<sup>59</sup> Nv. CXVI, 1.

<sup>60</sup> Nv. CXVI, 1, 2.

<sup>61</sup> C. 4, 66, 3.

<sup>62</sup> *A Latin Dictionary Lewis and Short*, Oxford, 1989.

de mercado. La venta o la transferencia de la *emponemata* -o del equivalente derecho de enfiteusis- es un derecho obligacional no real del enfiteuta. Éste puede pactar el traspaso con el dueño: “*si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeas, eas observari*”. Pero en algunas ocasiones, las partes nada de esto habían estipulado por escrito, en los instrumentos enfiteuticos, o *emphyteuseos*. Esta circunstancia hizo surgir dudas, sobre el modo correcto de proceder, en los dueños, los enfiteutas, los jueces y los juristas del Imperio: “*quum dubitabatur, utrum emphyteuta cum domini voluntate suas meliorationes, alienare, vel ius emphyteuticum transferre*”.<sup>63</sup>

A este problema, se añadió otro de no menor entidad: el gran valor económico alcanzado por muchas *emponematas* provocó que fuesen objeto de codicia por los señores que entregaron sus predios para ser transformados en predios enfiteuticarios, -*praediis emphyteuticariis*<sup>64</sup>-.

JUSTINIANO se enfrentó a estos problemas y nos dice que de ningún modo el enfiteuta puede vender su *emponemata*, venta que equivale a transferir su derecho a terceros, sin consentimiento o autorización del dueño: “*minime licere emphyteutae sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel ius emphyteuticum transferre*”.<sup>65</sup> Este hecho parece excluir de modo manifiesto la tesis de la existencia de un dominio dividido o la hipótesis de un derecho sobre cosa ajena en la enfiteusis romana – justiniana. Precisamente ahora es el dueño del predio quien tiene un derecho sobre la *emponema*.

En relación al segundo problema, los enfiteutas debían hacer una tasación económica de su *emponema*, demostrando que otro enfiteuta estaría dispuesto a pagar el derecho de traspaso enfiteutico; los enfiteutas tenían que ofrecer, en primer lugar, mediante testimonio o comunicación expresa – *attestationem domino transmitti*- la oportunidad, lo que supone un derecho de tanteo o privilegio preferente, al dueño del predio transformado por la enfiteusis, de comprar la *emponema*, es decir, el “rescate del derecho de enfiteusis”, por el precio que otro estaría dispuesto a pagar “*et praedicere, quantum pretio ab alio revera accipi potest, et tantam praestare quantitatem quantum ipsa veritate emphyteuta ab alio accipere potest, ipsum dominum omnimodo haec comparare*”.<sup>66</sup> El dueño tiene un plazo de dos meses – *duorum mensium spatium*- para ejercitar este derecho.

Si nos fijamos bien, es evidente que el dueño o señor no puede comprar el bien inmueble que ya le pertenecía; el señor compra o rescata el derecho del enfiteuta sobre la *emponemata* que ha creado, “*meliorationes suas*”.<sup>67</sup> Si transcurrido este plazo de tiempo el señor no ejercitaba su derecho preferente se concedía licencia a los enfiteutas para vender su *emponema* sin consentimiento del dueño, venta que equivale al *traspaso de su derecho* – *ius suum vel emponemata transferre*-. JUSTINIANO, confirma que la venta de la *emponema* equivale a traspasar o transferir el derecho enfiteutico “*meliorationes –emponemata- suas aliis vendere vel ius emphyteuticum transferre*”<sup>68</sup> a otros enfiteutas; enfiteutas que deben estar bien calificados y con poder para hacer compras de esta naturaleza, “*personis quae non solent in emphyteuticis contractibus*

<sup>63</sup> C. 4, 66, 3.

<sup>64</sup> C. 1, 66, 2.

<sup>65</sup> C. 4, 66, 3.

<sup>66</sup> C. 4, 66, 3.

<sup>67</sup> C. 4, 66, 3.

<sup>68</sup> C. 4, 66, 3.

*vetari ad huiusmodi venire emtionem*”<sup>69</sup> es decir, “*personas non prohibitas sed concessas et idoneas*”.<sup>70</sup>

La avaricia depredadora de los señores poderosos – públicos y privados- se vio frenada y, en cierto modo colmada, pues la ley justiniana C. 4, 66, 3, con evidentes antecedentes consuetudinarios y legales, permitió cobrar por cada traspaso del derecho enfiteútico la quincuagésima parte -2%- del valor adquirido o ganado por el bien inmueble transformado mediante las nuevas actuaciones enfiteúicas:

*“Et ne avaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent, quod usque ad praesens tempos perpetrari cognovimus, non amplius eis liceat pro subscriptione vel depositione, nisi quinquagesiman partem pretii vel aestimationis loci, qui ad aliam personam transfertur, accipere”*.

## 6. ACCIONES DEL CONTRATO.

Gran parte de la doctrina civil, basada en Digesto 6, 3 “*SI AGER VECTIGALIS, ID EST EMPHYTEUTICARIS, PETATUR*” sostiene que los juristas bizantinos concedieron a los enfiteutas una *ACTIO IN REM UTILIS*, -acción de la que venían disfrutando los arrendatarios del *ager vectigalisque*, desde finales de la época clásica- para defender su derecho de enfiteusis frente a cualquier poseedor, incluso contra el dueño del predio, (por ejemplo, un municipio).<sup>71</sup> La doctrina homologa las concesiones del *ager publicus vectigalisque* y la concesión de los latifundios patrimoniales a la enfiteusis.

La sombra de la duda, oscuridad de las “*emblemata Triboniani*”, persigue a este título. El título contiene cuatro fragmentos, tres de PAULO, D. 6, 3, D. 1 6, 3, 3 D. 6, 3, 1, 1 y uno de ULPIANO, D. 6, 3, 2, y ninguno de ellos menciona el derecho de enfiteusis. La pretendida extensión de una **actio in rem utilis**, con carácter general, en favor del enfiteuta por los juristas clásicos y del Bajo Imperio es muy dudosa. Los juristas del Bajo Imperio, y los peritos bizantinos distinguían bien el arrendamiento y la concesión patrimonial de campos públicos, *locatio-conductio del ager vectigalisque*, -derechos romanos- del contrato y el conjunto de normas reguladoras del derecho de enfiteusis, *iure emphyteutico*, -derecho helenístico y oriental- y discernieron, sin dificultad, las acciones que derivaban de estas instituciones. Como he mencionado, los juristas de JUSTINIANO advertían que la enfiteusis perpetua era similar a la venta; es decir dejaba de ser una enfiteusis genuina. Yo pienso, que la *emponema* es el nervio genuino del contrato. Y creo, precisamente, que de la *emponema* traen origen las acciones jurídicas genuinas personales del contrato, desconocidas por la *locatio-conductio del ager vectigalisque*, en favor del titular del derecho de enfiteusis, o enfiteuta.

Estas acciones son:

**ACTIO EMPONEMATIS.** Para defender la titularidad, existencia y vigencia de la *emponema* y sus derechos, objeto del contrato, frente a terceros, (poseedores y dueños): “*non valentem de EMPONEMATIS ACTIONEM aliquam contra venerabile domos movere*”.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> C. 4, 66, 3.

<sup>70</sup> C. 4, 66, 3.

<sup>71</sup> D. 6, 3.2.

<sup>72</sup> Nov. C. XVI, año 544 d. C.

**EXCEPTIO EMPONEMATIS.** Frente a cualquier demandante que mediante una acción real, personal o de cualquier otro tipo, intentase cuestionar la *emponema* o el derecho de enfiteusis- *ius emphyteuticum* -, “*nulla ei in posterum allegatione nomine meliorationis vel eorum, quae emponemata dicuntur*”.<sup>73</sup>

El *enfiteuta* tiene derecho a defender su título, *emponema* o *emphyteusis*, frente al poseedor o dueño, así como frente a terceros mediante una *actio*, o una *exceptio emponematis*, (“*posterum allegatione*” significa contestar a una demanda, es decir, intentar neutralizar a la *actio* del demandante en vía procesal *extra ordinem*). Nada dijo el emperador ZENON, que la enfiteusis haya surgido como un derecho real autónomo. Tampoco es seguro que los juristas bizantinos hayan concedido, con carácter general, una acción reivindicatoria utilis al enfiteuta frente a terceros poseedores, o frente al dueño. A los enfiteutas, como nos informa JUSTINIANO, les bastaba con ejercitar la *Actio Emponematis* para lograr este fin, pues la *Actio Emponematis* se dirigía al reconocimiento judicial de la titularidad del derecho de enfiteusis. Los prefectos bizantinos no mantuvieron siempre que este derecho era real pues consistía en un contrato que generaba obligaciones personales.

#### ¿CESIÓN DE ACCIONES DEL DUEÑO AL ENFITEUTA?

¿Pudo el enfiteuta, titular de vínculos obligatorios, ejercitar a título de poseedor enfiteútico acciones reales en defensa de su *emponemata* frente a terceros en el Bajo Imperio Bizantino?

El dueño del predio, tal vez, cedía, mediante pactos escritos recogidos en el contrato privado o el contrato de concesión, las acciones reales y personales de protección de su predio entregado en enfiteusis. Pero ello no supuso la existencia de un *duplex dominium*. El enfiteuta defiende su *emponemata*. La legitimidad nace de su título contractual de enfiteuta y del poder jurídico que de él deriva sobre su *emponemata*. Pero no podemos olvidar que, (además de la “implantación traumática” en el sistema del derecho romano del derecho de enfiteusis realizada por los juristas del Bajo Imperio, y de modo más exhaustivo por los juristas de JUSTINIANO) los jueces, prefectos, y magistrados, a) ante la reiterada inacción de los grandes propietarios- públicos y privados-, en defensa de sus enfiteutas, b) la repetida ausencia de los propietarios de los grandes predios sujetos a la enfiteusis, (señores que solían vivir en otras ciudades o provincias), c) así como el hecho de que la duración pactada en muchos contratos de esta naturaleza fuese perpetua y transmisible *mortis - causa*, cesión que equivalía a una venta, tuvieron que admitir que los enfiteutas, en nombre o sustitución del dueño del predio o solar, pudiesen ejercitar, sin ser propietarios pero sí titulares de un derecho enfiteútico, ius algunas veces perpetuo- *emponemata perpetua*-, vindicaciones del bien inmueble o del predio transformado en bien enfiteuticario. Acciones reales que podían añadirse al ejercicio de acciones obligacionales y a las acciones originales y genuinas que derivaban del contrato en favor del enfiteuta, esto es, la *actio-exceptio emponematis*. Acciones helenas genuinas que amputaron y sustituyeron por acciones romanas los juristas del Bajo Imperio y de Justiniano. También, de modo excepcional, el enfiteuta pudo defender otros derechos reales de los que gozase su *emponemata*, por ejemplo, los derechos de percibir aguas, calificadas como frutos sobre fuentes y manantiales:

<sup>73</sup> C. 4, 66, 2, año 529 d.C. Nv. CXVI: “*Si vero refugiat, licentiam praebemus praepositis eorundem venerabilium domibus de eiusdem reus fieri, non valente neque hic de emponematis aliquid pretendere*”.

“*sed et irriguas fontium aquas usurpare conantur, quorum fructus solis emphyteuticariis debentur*”, C. 11, 62, 1, CONSTANTINO, 319 d. C., y debemos suponer que la defensa alcanzó a los derechos de servidumbres rústicas y urbanas como luces, vistas, medianeras en los nuevos edificios transformados y sujetos a enfiteusis; también debemos admitir que el enfiteuta pudo ejercitar interdictos posesorios en defensa de su posesión civil sobre su *emponemata*. El enfiteuta no es propietario de su *emponema*, es poseedor civil temporal o perpetuo, (no podemos olvidar la confusión vulgar propiedad - posesión y la admisión de la existencia de la posesión de derechos en el Bajo Imperio) de un bien sujeto y transformado por una *emponemata*.<sup>74</sup> Los emperadores HONORIO y TEODOSIO admitieron la prescripción adquisitiva, por el transcurso del largísimo periodo de tiempo- 40 años- de un derecho enfiteutico adquirido sin vínculo de obligación, es decir, sin mediar contrato o instrumentos enfiteuticos, años 409-412, C.11, 61, 11. La posesión continuada de una *emponema* condujo a la prescripción del derecho de enfiteusis. TEODOSIO y VALENTINIANO favorecieron a los colonos y siervos de predios enfiteuticos, “*de originariis et colonis, inquilinis ac servis utriusque sexus*”, pues les concedieron una prescripción de largo tiempo frente a la acción reivindicatoria ejercida por el dueño público o privado del predio sujeto a enfiteusis transcurridos treinta años, “*sine interpellatione decursos*” LRV, *Novellarum Valentiniani* III, 8, 1. La excepción judicial disolvía la enfiteusis y los transformaba en propietarios del bien enfiteutico por vía de la usucapio, o prescripción adquisitiva, “*id est perpetui, patrimonialis, emphyteuticarii et rei publicae, post triginta annorum curricula nulla deinceps actio moveatur*”.

Por todo ello, el enfiteuta pudo defenderse, tanto con las acciones personales nacidas de sus vínculos contractuales obligatorios, como con acciones reales en defensa del contenido y explotación de su **emponemata**. Acciones, que realmente hubiesen correspondido ejercitar al señor o propietario del bien que fue entregado para ser transformado con la enfiteusis a cambio del pago de un precio o canon periódico. Pero, la dejación de funciones, el ausentismo y la inacción, tal vez, propiciaban la cesión de acciones, mediante instrumentos, en favor de los enfiteutas.

Por último, el enfiteuta puede pactar con el dueño, en los instrumentos del contrato, una pena económica – penas que aparecen en contratos enfiteuticos griegos del siglo IV a C- para el caso abandono, o de disolución anticipada sin causa del contrato de enfiteusis.<sup>75</sup> Pena que el enfiteuta demandado puede oponer como *exceptio* a la demanda de expulsión ejercitada por el dueño de los predios: “*VEL POENA OPPONENDA*”, y como acción, *actio*, si se intentase por el dueño del predio enfiteuticario una disolución anticipada sin causa del contrato.<sup>76</sup>

Analícemos ahora la posición y las acciones judiciales de las que es titular el dueño o señor del predio o del inmueble sobre el que se construye la *emphyteusis*:

<sup>74</sup> C. 11, 58, 2, CONSTANTINO, 310 d C.: “*emphyteuticario possessore*”. Sin embargo C. 11, 58, 7 GRACIANO, VALENTINIANO y TEODOSIO, 386 d. C. hablan de “*qui emphyteuticario nomine nec ad plenum idoneas nec omnibus modis vacuas detinent*”. Y los juristas de ARCADIO y HONORIO hablan de la posibilidad de tener la propiedad de la posesión – *propietas possessionis*- C. 11, 58, 11, 398 d. C. En fin, la confusión de términos y de instituciones jurídicas es notable.

<sup>75</sup> Vid. C. 11, 61, 7, ARCADIO 386 d. C.

<sup>76</sup> C. 4, 66, 2.

### - ACCIÓN DE PETICIÓN DEL CANON ENFITEÚTICO:

El señor del bien inmueble tiene frente al titular del derecho de enfiteusis una acción derivada del contrato, siempre de carácter personal no real, para exigir el pago del canon enfiteúutico. Se trata de una acción petitoria de exigencia del pago – *actio ad exigendum*;<sup>77</sup> - *canonem emphyteuticum petere* -;<sup>78</sup> -*non solvitur emphyteusis*-,<sup>79</sup> que puede llevar aparejada la expulsión, -*et de reiectione eius, repellere*-, del titular del derecho de su *emponemata*, si no paga o satisface el canon o el tributo público enfiteuticario: “*ni emphyteuta iuste non solverit, propterea eum dominus emphytheusi expellat, secundum alteram huius tituli constitutionem*”.<sup>80</sup>

### - ACCIÓN DE DISOLUCIÓN DE LA ENFITEUSIS Y EXPULSIÓN DE LA EMPONEMA:

Constituciones imperiales de JUSTINIANO.

Año 529 d. C.

“*Dominis facultas oriatur emphyteutas suos REPELLERE*”.<sup>81</sup>

La palabra *facultas* equivale a acción o demanda procesal; existió una demanda de expulsión o repelencia – *facultas repellere*- del fundo o predio enfiteúutico.

“*Sed per totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit, volente ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere*”.<sup>82</sup>

“*Si dominus voluerit, repellendo*”.<sup>83</sup>

Nada dice la constitución sobre la facultad que asiste al dueño de reivindicar en vía útil el dominio del predio frente al enfiteuta. Esto es así porque no se cuestiona el derecho de propiedad en este contrato. Sí se dice que el titular del predio, sobre el que recae la *emponema* o derecho de enfiteusis, (del que es titular el enfiteuta) puede repeler, expulsar, desahuciar del fundo al enfiteuta. El dueño del predio exige una conducta al titular del derecho, al enfiteuta: que se marche y abandone el predio. No habla la ley de vindicar, exigir titularidad, un dominio, un derecho real, o de una *actio in rem*. En el mismo sentido está escrito en otra parte de la ley:

“*Minime DEIECTIONIS timere periculum*”.<sup>84</sup>

Y en la misma dirección apunta una nueva ley, **Novela**, dictada por el propio emperador en el año 544 d. C.:

“*Si vero noluerint praecti ordinatores EXPELLERE EUM*”.<sup>85</sup>

*VINDICATIONES, ACCIONES IN REM, INTERDICTOS.*

El dueño del *dominium* sobre el predio sujeto al contrato de enfiteusis, tiene frente a terceros, *erga omnes*, *vindicationes* para exigir la declaración de su propiedad frente a cualquier poseedor, y las demás acciones reales, *in rem*, para reclamar cualquier otro derecho subjetivo real del que goce frente a terceros, servidumbres, usufructo etc. Por último, el dueño o señor está legitimado para solicitar en vía judicial los interdictos posesorios para retener y recobrar la posesión del predio entregado con fines enfiteúuticos.

<sup>77</sup> C. 1, 4, 32, b “*Domino nullam ad eum exigendum actionem habituro*”.

<sup>78</sup> C. 1, 4, 32, b.

<sup>79</sup> C. 1, 4, 32.

<sup>80</sup> C. 1, 4, 32, b.

<sup>81</sup> C. 4, 66, 2.

<sup>82</sup> C. 4, 66, 1.

<sup>83</sup> C. 4, 66, 2.

<sup>84</sup> C. 4, 66, 2.

<sup>85</sup> *Nv. CXVI.*