

TITULO VI.

DEL DERECHO DE SUPERFICIE (1).

CAPITULO I.

Nociones generales.

§ I.—DEFINICION.

409. La ley de 10 de Enero de 1824 define en estos términos el derecho de superficie: "El derecho de superficie es un derecho real que consiste en tener edificios, obras ó plantaciones en un predio ajeno." ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? Nuestra ley le llama real, lo que implica que es un simple desmembramiento de la propiedad. Claro es que el superficiario no tiene ningún derecho de propiedad en el suelo, supuesto que la ley dice formalmente que el predio pertenece á otra persona. Pero la ley no se explica sobre la naturaleza del derecho que el su-

1 Proudhon, "Tratado de los derechos de uso, servidumbres reales y del derecho de superficie," edición de Curasson, 2 vol. París, 1848. Donelli, "Commentarii de jure civili," lib. IX, caps. 16 y 17 (t. 5.º de la edición alemana de 1822, p. 393). Las fuentes romanas están indicadas en Weiske, "Rechtslexikon," en la palabra "Superficie," libro X, p. 185, nota 1.

perficiario tiene en los edificios, obras y plantaciones: ¿es un derecho de propiedad, ó no es más que un desmembramiento de la propiedad? La cuestión es controvertida, tanto en derecho romano como en derecho moderno.

Llama la atención que los intérpretes del derecho romano estén en desacuerdo en una cuestión que ni siquiera debería agitarse. Los alemanes, que tienen predilección por las teorías, confeccionan una por amor al arte; echan en olvido que nuestra ciencia es una faz de la vida y que la vida real es práctica ante todo. Hay autores á quienes ha parecido bien resucitar la distinción del dominio directo y del dominio útil, al reconocer al superficiario el dominio útil de las construcciones y de las plantaciones (1). Remitimos á estos amantes de novedades al presidente Favre; el rudo magistrado cobra enojo contra los legistas feudales que reivindicaban el dominio útil en provecho del superficiario; dice y repite que el superficiario no sólo no tiene la propiedad de los edificios y de las plantaciones, sino que no puede tenerla (2). Doneau demuestra esta proposición hasta la última evidencia. La naturaleza de las cosas, dice él, se opone á estas pretensiones. ¿Puede concebirse un edificio sin suelo? ¿y es todavía más concebible que el propietario de una casa no lo sea también del suelo con el cual aquélla constituye una sola cosa? ¿Y qué nos dice el derecho? Que todo edificio es el accesorio del suelo; que, por consiguiente, el propietario del suelo lo es del edificio, aun cuando éste hubiese sido levantado por un poseedor de buena fe. Diríase que los jurisconsultos romanos han querido prevenir hasta la posibilidad una controversia, porque deciden con to-

1 Duroi, "Archiv für civilistische Praxis," t. 6º, ps. 386 y siguientes. Compárese Büchel, "Civilrechtliche Erörterungen," I, 3, páginas 156 y siguientes.

2 Faber, "De erroribus pagmaticorum," decad. 64; error 2; "Conjecturarum," lib. XIX, cap. 13, núm. 6.

das sus letras que los edificios que son objeto de un derecho de superficie pertenecen al dueño del suelo. Tan cierto es que no podía ser de otra manera, como decía Favre, que si se conviniera en que el suelo perteneciese á una persona sin la superficie ó ésta sin el suelo, esta comunicación sería nula. Aquí se nos detendría para decirnos que Doneau prueba demasiado, porque resulta de lo que dice, que nadie puede tener casa en el suelo ajeno, y éste, sin embargo, es el objeto del derecho de superficie. Doneau contesta la objeción: según el derecho estricto, en efecto, esto no sería posible; por esto es que el pretor ha tenido que intervenir y que dar al superficiario una acción útil (1). Esto equivale á decir que, en definitiva, el derecho de superficie reposa en una ficción.

410. Ficción ó nó, se dirá, ésta es una cuestión de palabras. ¿Qué importa que el superficiario tenga una acción útil ó una acción directa? El tiene una acción útil, luego es propietario. Nuestro derecho moderno ignora las ficciones y las sutilezas del derecho pretoriano. Según nuestra legislación, lo que debe verse es el fondo de las cosas, y el superficiario puede ser propietario de la superficie sin serlo del suelo, y la ley de 1824 consagra esta doctrina. Es verdad que el código Napoleón admite la separación entre la superficie y el fondo, lo que el derecho romano y los verdaderos principios declaran imposible. El artículo 553 dice que un tercero, que no es propietario del suelo, puede adquirir, por título ó por prescripción, la propiedad de todo ó parte del edificio ajeno. Y según el artículo 664, pueden pertenecer á diferentes propietarios los varios pisos de una casa, siendo el suelo común. Esto no es el verdadero derecho de superficie, pero al menos está consagrada por la ley la separación entre el suelo y la superficie. Con esto se explica cómo es que, bajo el im-

1 Donelli, "Comment, IX, 6, (t. 5º, p. 395).

perio del código, un excelente jurisconsulto ha podido sostener que el superficiario es propietario no solamente de la superficie, sino que también lo es, en cierto concepto, del suelo, por más que éste sea propiedad ajena. Proudhon enseña que la superficie no consiste en un derecho incorpóreo, como las servidumbres, sino que es un inmueble real y físico, que implica un dominio que se aplica á objetos materiales, sin limitarse á la facultad de usar ó de gozar. Con la casa superficiaria pasa lo mismo que con una casa cuyo piso bajo se atribuye á una persona y el piso siguiente á otra: el piso segundo es una propiedad física y material para aquel á quien pertenece: de la misma manera la casa que yo poseo superficiariamente en el suelo ajeno es una propiedad física y material. La superficie es, pues, una verdadera propiedad raíz como otra heredad cualquiera. Proudhon es un jurisconsulto demasiado bueno para que no confiese que la reparación de suelo y de la superficie esté muy lejos de ser conforme al orden natural de las cosas, según el cual la superficie debe ceder al suelo. Si la ley admite es porque nada tiene que sea contrario al orden público ni á las buenas costumbres; el legislador le da fuerza como á cualquier otro convenio sobre intereses ó cosas que son de libre disposición. Tan cierto es que esta separación legalmente posible, jurídicamente es imposible, que Proudhon se ve obligado á reconocer en el superficiario una participación en la propiedad del suelo mismo. En efecto, dice él, el edificio consiste en dos cosas, según las leyes romanas, el suelo y la superficie; sin el suelo, la superficie no podría existir, ni siquiera imaginarse. Proudhon concluye diciendo que el superficiario está asociado en el dominio del fundo (1).

1 Proudhon y Curasson, "Tratado de los derechos de uso," t. I, pág. 390, núm. 373, pág. 385, núm. 368. Véase en el mismo sentido una sentencia de Besançon, de 12 de Diciembre de 1864 (Daloz, 1865, 2, 1).

Toda esta teoría está edificada en el aire. No negaríamos que la separación de la superficie y del suelo sea legalmente posible, puesto que hay textos del código que la aceptan. Pero la cuestión está en saber si el superficiario realmente es propietario de la superficie y si está asociado en la propiedad del suelo. Ahora bien, en Francia no hay ley sobre la materia; el código no pronuncia el nombre de derecho de superficie. Luego si este derecho existe, debe estar regido por las leyes romanas, las únicas que lo hayan reglamentado. Síguese de aquí que Proudhon razona en falso cuando se apoya en el código civil para determinar los caracteres de un derecho que el código civil ignora. El debía únicamente argumentar con el texto de los Pandectas. En este terreno sin duda alguna que debe repudiarse la doctrina de Proudhon, porque es una verdadera herejía jurídica. En efecto, él declara posible una separación de la superficie y del fondo, mientras que el derecho romano declara esto imposible. El da al superficiario una parte en la propiedad del suelo, cosa en la que jamás pensó ningún jurisconsulto romano. Lo que en el antiguo derecho se reconocía al superficiario era la reproducción de la envejecida teoría del dominio útil. Esta distinción es desconocida en el derecho romano: remitimos al lector á Doneau, cuya doctrina hemos dejado expuesta en el núm. 344.

411. En Bélgica tenemos una ley y ésta es la que debe decidir la cuestión. La ley es muy discutida entre los jurisconsultos holandeses (1); no se cita ni un monumento de jurisprudencia, lo que prueba que la controversia no ha salvado los umbrales de la escuela; pero como se roza con un principio fundamental de la ley, debemos insistir. Se ha pretendido que la dificultad está resuelta en el tex-

1 "En als eigendam te bezitten." Tal es la opinión de Pinto (Ofzomer, t. II, ps. 109 y siguientes.

to: según los términos del art. 1º de la ley de 1824, el derecho de superficie consiste *en tener* edificios sobre un fondo de propiedad agena. Esta palabra *tener* indica la posesión y la propiedad; si el poseedor *tiene* una cosa en el predio ageno, es porque la posee, porque es su propietario. El argumento es muy débil, porque se puede poseer con títulos diversos; los que tienen un derecho real en un inmueble tienen la posesión y la propiedad de ese derecho, y sin embargo, no son propietarios de la cosa en la cual ejercen ese derecho. Así, pues, el superficiario puede *tener* edificios en el suelo ageno, y ejercer casi todos los derechos del propietario en que tenga la propiedad de los edificios. En el proyecto de 1820, parecía resuelta la cuestión: después de la palabra *tener*, el proyecto agregaba: "y poseer como propiedad." Se suprimió esta parte del artículo. Ella podía inducir á creer que el nuevo código consagraba la vieja teoría del dominio útil. Esto prueba en todo caso que la palabra *tener*, por sí sola no tiene el alcance que le prestan; es una expresión general que se aplica á los desmembramientos de la propiedad, tanto como á ésta misma.

El art. 6 procura un argumento más especioso. Dice que al espirar el derecho de superficie, la propiedad de los edificios *pasa* al propietario del fundo. Luego se opera, dicen, una transmisión de propiedad en ese momento; y para que pueda pasar de manos del superficiario á las del propietario, se necesita que aquél tenga el edificio en su dominio, porque no puede transmitir á otros derechos que él mismo no tiene (1). ¿Hay que recurrir á la ficción del dominio útil para explicar esta expresión? (2). Posible es que esta teoría anticuada haya ejercido alguna influencia

1 Lipman, "Introducción al título de la Superficie" (Ofzomer, tomo 2º, p. 108).

2 Tal es la opinión de Ofzomer, t. 2º, p. 108 y nota 2.

en los autores de la ley belga; sin embargo, el texto no conserva ningún vestigio de ella, y lo que le quita todo crédito, es que en el antiguo derecho De Groot enseñaba la doctrina romana pura; él negaba formalmente que el superficiario tuviese la plena, la verdadera propiedad de la cosa gravada con el derecho de superficie, porque nadie puede ser propietario de un edificio cuando no lo es del suelo en el cual está incorporado, con el cual no hace más que una sola cosa. ¿Qué era, pues, el derecho superficiario según De Groot? El derecho de construir en el fundo ajeno, de conservar las construcciones y de disfrutarlas, es un cuasi-dominio, decía Doneau. El legislador belga da el nombre de propiedad á este derecho que al extinguirse la superficie pasa al propietario del suelo (1). Vamos á probarlo por el texto mismo de la ley.

El art. 6 expone que las construcciones las ha levantado el superficiario. Si al formularse el contrato hubiere ya edificios en el fundo, son en ese momento propiedad incontestable de aquél á quien el suelo pertenece. Van á llegar á ser propiedad del superficiario. En la opinión que estamos combatiendo había que contestar afirmativamente. En efecto, no hay dos derechos de superficie, uno sobre edificios por construir y el otro sobre edificios ya contruidos; el derecho del superficiario es uno sólo y el mismo en ambas hipótesis. Pues bien, ¿qué es lo que dice el art. 7 que prevee el caso en que las construcciones existen ya en el predio? El propietario del predio las *recobrará* al espirar el derecho; luego jamás han cesado de pertenecerle. La ley supone, en verdad, que el superficiario, á quien llama el *adquirente*, no ha pagado el valor de las construcciones; pero esta circunstancia es extraña á nuestro debate; si la ley la menciona es para deducir

1 De Groot, "Inlsiding op de hallandsche rechtsgelcernheid," II, 46, 9.

que, al expirar su derecho, el superficiario no puede reclamar ninguna indemnización, mientras que sí tiene derecho á reclamarla si ha pagado los trabajos en el momento de entrar al goce de la cosa.

Hay en la ley belga otra disposición que parece conceder la razón á los que dicen que el superficiario tiene la propiedad de los edificios: él puede demolerlos, dice el art. 5, si él los ha levantado ó si ha pagado su valor. ¿Se concibe que el que no es propietario de una cosa pueda destruirla? Se contesta que si el tuviera realmente la propiedad de los edificios, habría sido inútil decir que los puede demoler, porque tal derecho pertenece á todo propietario. No hay que confundir las facultades inherentes al derecho de propiedad con el derecho de donde ellas emanan; se pueden desmembrar todas esas facultades, y conservar, á pesar de eso, el dominio de la cosa. Así pasa en la enfiteusis. El enfiteuta puede ejercer todos los derechos inherentes á la propiedad del fundo y no ser, sin embargo, propietario. Lo mismo pasa con el superficiario. El puede demoler, no porque sea propietario, sino aun cuando no lo sea (1).

§ II.—CARACTERES DE LA ENFITEUSIS.

412. Doneau dice que hay tres cosas esenciales en la superficie. En primer lugar, el suelo en el cual se hallan los edificios debe pertenecer á otra persona; en efecto, la superficie implica que el superficiario no tiene la propiedad del suelo. El derecho romano ignora la pretendida participación en la propiedad del suelo imaginada por Proudhon, é igualmente la ignora la ley belga: la definición dice que el superficiario tiene el derecho de poseer edificios en un fundo perteneciente á otra persona. Existe

1 Esta es la opinión de Ofzomer, t. 2º, p. 110.

un segundo elemento esencial que el mismo nombre del derecho indica: una superficie. Con esto se da á entender una construcción distinta del suelo. Cuando un edificio se considera como parte del suelo, ya deja de ser una superficie, y la propiedad absoluta del suelo implica lo que está encima y lo que está debajo. Así es que en la fuerza del lenguaje jurídico no se dice que el superficiario tiene un derecho sobre edificios, sino que tiene un derecho sobre una superficie ó sobre *edificios superficiarios*, á fin de marcar que el derecho no estriba sobre los edificios mismos, los cuales no se conciben sin el suelo, que no tiene por objeto más que las construcciones consideradas superficialmente, y haciendo abstracción del suelo. Nuestra ley, menos correcta, se sirve de la palabra *edificios*; debé entenderse esto en el sentido que acabamos de explicar siguiendo á Doneau: esto no tiene duda. Por último, es preciso que el superficiario *tenga* aquellos edificios: ésta es también expresión de la ley belga; significa, no que el superficiario es propietario, sino que puede usar de la cosa como si le perteneciera. Luego él tiene los derechos del propietario sin serlo (1).

413. Doneau no dice que el superficiario debe pagar al propietario una renta ó reconocimiento de su derecho de propiedad (2). La ley belga, que establece esta condición para la enfiteusis, no la reproduce en la definición del derecho de superficie. Esta es una diferencia entre estos dos derechos que tienen tal analogía, que hay jurisconsultos que los confunden, y que parece que creen que no hay más que una diferencia de denominación, en el sentido de que el derecho de enfiteusis constituido en un edificio toma el nombre de derecho de superficie. Por grande que sea la analogía, hay diferencias que son esenciales. Aca-

1 Donelli, "Comment." IX, 16, 2, 5, (t. 5º, ps. 394 y siguientes.

2 Donelli, "Comment." IX, 16, 7 (t. 5º, p. 393).

bamos de indicar una de ellas. El enfiteuta debe un canon para hacer constar que es poseedor precario respecto al propietario. Ahora bien, la misma razón existe para el superficiario. Tan cierto es esto que Doneau aconseja que se haga el contrato en la forma de arrendamiento, á fin de que la renta anual sea un reconocimiento de los derechos del propietario del suelo. Si se admite que el derecho de superficie puede establecerse á título gratuito, es porque para la donación se necesita una escritura; y desde el momento en que existe un escrito, los derechos del propietario quedan resguardados, supuesto que el nombre mismo del derecho que se dona implica que el donador sigue siendo propietario.

Doneau hace constar otra diferencia. La enfiteusis establecida en un edificio estriba sobre el fundo, puesto que no es concebible el edificio sin el suelo con el cual se incorpora. Mientras que el derecho de superficie no recae en el predio, su objeto es la superficie. No hay que creer que la diferencia sea nominal. En tanto que subsistan los edificios, los derechos del superficiario y del enfiteuta serán los mismos en cuanto al goce. Pero si el edificio se destruye por un caso fortuito, el derecho del superficiario se extinguirá, porque ya no hay superficie. El derecho del enfiteuta, por el contrario, subsistiría, supuesto que grava al predio (1).

Según la ley belga, hay otra diferencia en cuanto á la duración del derecho. Más adelante trataremos este punto.

414. Hay grande analogía entre el usufructo y el derecho de superficie. Proudhon dice que el superficiario y el usufructuario disfrutan uno y otro de un suelo que no les pertenece; la expresión no es del todo exacta, porque el usufructuario tiene un derecho en el suelo, y el enfiteuta sólo lo tiene en la superficie; pero ambos tienen un derecho

1 Donelli, "Com." IX, 16, 1 (t. 5º, p. 393).

real en el fundo ageno, derecho que les da el goce de los edificios que en él se encuentran; como este derecho se ejerce en una cosa inmobiliaria, está colocado por la ley entre los inmuebles, y por consiguiente, puede hipotecarse. Uno y otro tienen las acciones reales y posesorias.

Proudhon añade que el usufructo no es más que una servidumbre personal que se extingue con la muerte del usufructuario, mientras que el derecho de superficie es un derecho de propiedad transmisible á los herederos del superficiario. El derecho de superficie se transmite, es cierto, á los herederos, pero esto no es á título de propiedad. Todos los derechos reales son transmisibles por vía de herencia, y sin embargo, no son más que desmembramientos de la propiedad. Lo mismo sucede con el derecho de superficie (1).

Hay una diferencia considerable entre los dos derechos en cuanto á la extensión del goce que dan al usufructuario y al superficiario. El primero debe conservar la substancia de la cosa, por consiguiente está obligado á disfrutar como buen padre de familia. Proudhon dice que el superficiario, al poseer su propiedad como dueño, no está obligado ni á reparar ni á conservar en buen estado, y que por tal motivo no debe presentar caución (2). Esto es verdad en cierto sentido, pero carece de precisión. Ya veremos en qué sentido el superficiario tiene el derecho de abusar destruyendo la cosa; este derecho no es absoluto. En todo caso, no hay ninguna relación entre los derechos del superficiario y la obligación de dar caución. El enfiteuta no está obligado á dar caución; no obstante, sí lo está á las reparaciones, y debe disfrutar como buen padre de familia.

1 Proudhon, "Del usufructo," t. 1º, p. 142, núm. 117.

2 Proudhon y Curasson, "De los derechos de uso," t. 1º, p. 396, núm. 383.

Hay también una diferencia entre el derecho del superficiario y el del usufructuario, en lo concerniente á la duración del derecho y á las causas de extinción que resultan. Más adelante hablaremos de esto.