

CAPITULO II.

CÓMO SE ESTABLECE EL DERECHO DE SUPERFICIE.

415. ¿Quién puede constituir el derecho de superficie? El propietario solo, porque es un desmembramiento de la propiedad, es decir, una enagenación parcial. El también debe tener capacidad para enagenar por la misma razón. Hay á este respecto una analogía completa entre el derecho de superficie y la enfiteusis, luego hay que aplicar lo que antes hemos dicho (núm. 362). Los principios son también idénticos en lo concerniente a la adquisición del derecho (núm. 363).

416. ¿Qué bienes pueden gravarse con el derecho de superficie? El suelo, puesto que no podría haber superficie sin suelo. En las fuentes romanas sólo se trata de edificios superficiarios. De esto se ha inferido que no se podrían tener plantaciones superficiarias; en efecto, el derecho de superficie es una pura ficción, y las ficciones no se extienden, aun cuando sea por motivos de analogía (1). El argumento es muy lógico, pero no concierne más que al derecho romano. Nuestra ley dispone que se pueden tener en el suelo ajeno edificios, obras ó plantaciones (art. I).

1 Heimbak, en el "Rechtslexikon," del Weiske, t. 1º, ps. 697 y siguientes.

417. El derecho de superficie puede establecerse por donación, por testamento ó por un contrato á título oneroso. ¿Por qué puede donarse el derecho de superficie, mientras que la enfiteusis no puede constituirse á título gratuito? Doneau no contesta la pregunta; las razones que él alega se aplican á uno y otro derecho: lo que puede venderse, dice él, puede también donarse (1). Por regla general, sin duda que sí. Pero cuando el precio es de la esencia del contrato, la donación propiamente dicha se hace imposible. Así pasa con la enfiteusis. La cuestión es, pues, equivalente á preguntar por qué el superficiario no debe pagar necesariamente una renta. El origen y la causa de las dos instituciones difieren. La enfiteusis tenía por objeto, en sus principios, encontrar cultivadores para las inmensas propiedades de los grandes del Imperio; lo que implica un convenio á título oneroso. Mientras que la superficie se concibe muy bien en la forma de donación; entonces se acerca al derecho de habitación.

Por lo demás, tales cuestiones son de pura teoría. De hecho no se conocen más que derechos de superficie establecidos por arrendamiento, venta ó partición. Para que el arrendamiento engendre un derecho de superficie, se necesita que las partes declaren formalmente su voluntad; la observación es de Doneau. En efecto, el arrendamiento puede celebrarse bajo las mismas condiciones, es decir, que el tomador disfrute de un edificio construido ó por construir, mediante una renta anual. La única dificultad, y es esencial, es que el arrendamiento es un derecho de crédito, y por lo tanto, mobiliario, mientras que el derecho de superficie es real é inmobiliario. Precisa, pues, que las partes declaren su voluntad. La venta puede también comprender ó la propiedad del edificio, ó el derecho de super-

1 Donelli, "Commentarii," IX, 16, 19 (t. 5º, p. 402).

ficie; naturalmente se necesita que las partes expliquen cuál es su intención.

Conforme al derecho romano, se establecía una diferencia entre el arrendamiento y la venta del derecho de superficie. La venta operaba una separación temporal del suelo y de la superficie, y era válida por corto que fuese el plazo por el cual se había concertado. Para el arrendamiento, al contrario, se exigía un plazo bastante largo, más que la duración ordinaria de los arrendamientos, lo que venía á ser un medio para distinguir los dos contratos que, en apariencia, tienen tanta analogía (1) La ley belga no mantiene esta diferencia, sino que se limita á decir que el derecho de superficie no puede establecerse por un término que exceda de cincuenta años, salvo la facultad de renovarlo; luego no hay minimum de duración, de donde se infiere que el derecho puede constituirse por la duración ordinaria de los arrendamientos. Razón de más para que las partes declaren con claridad su intención, á fin de que se sepa si la superficie se alquila á título de derecho real ó á título de crédito. Había, además, la diferencia de que como el derecho real de superficie es inmobiliario, el título constitutivo debe registrarse, aun cuando se consintiese solamente por un término de nueve años ó menos; mientras que los arrendamientos ordinarios no deben registrarse sino cuando exceden de nueve años (2). La venta se distingue del arrendamiento por la naturaleza del precio, pues consiste en una suma capital, mientras que el tomador paga una renta anual. Por esto es que Doneau aconseja que se establezca el derecho de superficie en la forma de arrendamiento, según antes lo hemos dicho. Dé-

1 Donelli, "Commentariü," IX, 16, 11, 15, y IX, 16, 7 (t. 5°, páginas 396-398).

2 Ley de 10 de Enero de 1824, art. 3. Ley hipotec., de 16 de Diciembre de 1851, art. 1°

jase entender que la escritura de venta debe registrarse; la ley belga no distingue de qué manera se constituye el derecho de superficie; de lo que siempre resulta un derecho real inmobiliario, y por lo mismo hay lugar á registro.

No porque el título constitutivo del derecho de superficie debe transcribirse, puede inferirse que las partes deban redactar un escrito de sus convenios. Se ha fallado lo contrario (1). Esto es confundir el registro establecido por interés de terceros con la validez del contrato entre las partes. Únicamente los contratos ó escrituras solemnes son las que exigen un escrito para su existencia. Si el derecho de superficie se constituyera por donación ó testamento, claro es que se necesitaría un escrito. Pero igualmente claro es que ninguno se necesita cuando aquel derecho se establece por arrendamiento ó por venta, porque éstos contratos no son solemnes y no cambian de naturaleza cuando tienen por objeto un derecho de superficie.

418. ¿El derecho de superficie puede adquirirse por usucapición? En derecho romano, la cuestión es debatida. Hay un testo que parece excluir la usucapición en términos absolutos; pero recibe también otra interpretación que, á nuestro juicio, es la buena. El jurisperito romano no habla del derecho de superficie, sino que examina la cuestión de saber si un edificio ó una *superficie*, puede ser usucapida por toda la propiedad, independientemente del suelo; y naturalmente responde: *Numquam superficies*, sino solo *capilongo tempore foteat* (2). Distinta es la cuestión de saber si el *derecho de superficie* puede ser usucapido. En principio, la afirmativa no es dudosa. El derecho de su-

1 Fallo del tribunal de Turnhont, de 14 de Mayo de 1857 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 31).

2 L. 26, D. XI, 3, Heimbach, Weiske, "Rechtslexikon" t. 10°, página 701. y nota 28. En sentido contrario. Namur, "Curso de Institutas," t. 1°, página 259.

perficie puede venderse, luego puede tambien adquirirse por la prescripción. Habría necesidad de un texto para excluir la prescripción, y esto decide la cuestión en derecho francés, puesto que no tenemos ningún texto.

CAPITULO III.

Derechos y obligaciones del superficiario.

§ I.—DERECHOS.

Núm. 1. Derechos de disposición.

419. Doneau dice que el derecho del superficiario se asemeja en todo al del enfiteuta. Uno y otro ejercen los derechos que corresponden al propietario, el enfiteuta en el suelo, y el superficiario en la superficie (1). El signo de esta cuasi-propiedad es que el superficiario tiene las acciones posesorias y reales. En derecho romano, las acciones posesorias que el pretor concedía al poseedor tenían un nombre especial. Nosotros ya no conocemos tal rigor; una sola disposición existe, el art. 23 del código de procedimientos, para todos los que tienen derechos que hacer valer en virtud de su posesión: ellos pueden intentar las acciones posesorias, si durante un año, por lo menos, estaban en posesión pacífica, á título no precario. Ahora bien, el título del superficiario es un título no precario, en el sentido de que él tiene un derecho real en la cosa, derecho de tal extensión que se le asimila con la propiedad. Por esto es que se le conceden también las acciones

1 Donelli, "Commentarij," IX, 17, 1 (t. 5º, p. 403).

reales. El derecho romano, más exacto que el derecho francés, distinguía escrupulosamente las acciones que correspondían al verdadero propietario, llamándolas directas, de las que podía intentar el superficiario ó el enfiteuta que sólo tenían un cuasi-dominio: Ulpiano llama á las acciones del superficiario, acciones *cuasi-reales*. Recomendamos la expresión á los que continúan reivindicando en provecho del superficiario una verdadera propiedad en la superficie. El término de que se sirve el jurisconsulto romano es la negación de esta pretendida propiedad (1).

420. Doneau dice que el superficiario puede vender la *superficie*, que puede donarla, legarla. No se expresa así la ley belga; por los términos del art. 2, el que tiene el derecho de superficie puede enagenar. Luego lo que él puede enagenar es su derecho de superficie y no el edificio que con tal título posee. Nosotros creemos que en este punto el lenguaje de nuestra ley es más correcto que el del jurisconsulto francés. El mismo establece, con la precisión que lo distingue, que el superficiario no tiene la propiedad de las construcciones, y no siendo propietario ¿cómo habría de tener el derecho de enagenar? Según el rigor de la ley, esto no se concibe. El verdadero propietario es el dueño del suelo, y él tiene derecho á enagenarlo: y ¿se puede entender que dos personas tengan el derecho de enagenar una sola y misma cosa? Esto no se puede entender, como tampoco que la propiedad pertenezca por su total á dos propietarios. Cada cual puede disponer de lo que le pertenece: el propietario del suelo puede enagenar la propiedad desmembrada por la constitución del derecho de superficie, y el superficiario el desmembramiento de la propiedad que está bajo su propiedad (2).

1 Ulpian, en la L. 1, D., "de superf." (XLIII, 18). Donelli, *Commentarij*, IX, 17, 3 (t. 5º, p. 404).

2 Donelli, "Commentarij," IX, 17, 6. En sentido contrario, Ofzomer, "Het, burgerlijk wetboek," t. 2º, p. 110.

Otro tanto diremos del derecho de hipoteca. La superficie, dice Proudhon, es una heredad susceptible de hipoteca (1). Nuestras leyes no se expresan de este modo; la de 1824 dice que el superficiario puede hipotecar el *derecho* de superficie, y nuestra ley hipotecaria está concebida en los mismos términos (art. 45, núm. 2). En derecho, ni siquiera se concibe que la superficie sea hipotecada. Desde el momento en que en un contrato se considera un edificio como distinto y separado del suelo, se vuelve mueble; la hipoteca de la superficie sería, pues, la hipoteca de una cosa mobiliaria. Ya se ve cuán importante es mantener la precisión del lenguaje. Además ¿el que hipoteca no debe ser propietario de la cosa hipotecada? Ahora bien, el superficiario no tiene la propiedad, sino únicamente un *cuasi-dominio*, y una ficción no se puede hipotecar. ¿Se dirá que ésta es una disputa de palabras? Al hipotecar su derecho de superficie ¿no hipoteca el superficiario necesariamente los inmuebles en los cuales está establecido su derecho? Nó, porque esto equivaldría á confundir el derecho de superficie con la superficie. El derecho de superficie es un derecho real inmobiliario, que con tal carácter puede hipotecarse; en cuanto á los inmuebles superficiales, son un accesorio del suelo, y no se pueden hipotecar con separación de éste; ¿y el suelo pertenece al superficiario? (2).

La ley de 1824 se separa del rigor de los principios al permitir al superficiario que grave con servidumbre los bienes que son objeto de su derecho, pero únicamente mientras dure su goce (art. 2). Acabamos de decirlo; la superficie separada del suelo es mueble; y se necesitaría una ficción para que dicho mueble fuese considerado como

1 Proudhon y Curasson, "De los derechos de uso," t. 1º, p. 391, núm. 376.

2 Ofzomer, "Het burgerlijk wetboek," t. 2º, ps. 111 y 112.

un inmueble. A decir verdad, toda la teoría de los derechos del superficiario en tanto que estriban sobre la superficie distinta del suelo, es una ficción. ¿Quién puede establecer servidumbre? Únicamente el propietario. ¿Y quién es propietario? La propiedad de la superficie es controvertida, y por eso la dejamos á un lado. Aun suponiendo que el superficiario sea propietario de los edificios, esto no le daría el derecho de establecer una servidumbre, porque las servidumbres gravan el predio; y es claro que el superficiario ningún derecho tiene en el predio. Esto decide la cuestión. Por esto Doneau cuida de hacer notar que el pretor da acciones útiles para mantener la constitución de la servidumbre, la cual sería nula conforme al derecho puro (1).

421. El superficiario transmite su derecho á sus herederos. Toda transmisión, toda mutación del derecho de superficie reporta el mismo derecho que la transmisión de la propiedad (2). Hay en este concepto una diferencia considerable entre el usufructo y el derecho de superficie. Ella se explica, en parte al menos, por el carácter vitalicio del derecho del usufructuario. De hecho puede suceder que dicha diferencia no exista. El derecho de superficie no dura más que cincuenta años, y el usufructo puede exceder de este término. Hay en esto una anomalía que será preciso borrar cuando se revise la ley de registro público.

Núm. 2.—Derecho de goce.

422. El derecho de superficie reúne en sí mismo todos los atributos de la propiedad raíz. En estos términos es

1 Donelli, "Commentarii," IX, 17, 6 (t. 5º, p. 407).

2 Campionière y Rigaud, "Tratado de los derechos de registro," t. IV, p. 530, núm. 3469.

como Proudhon formula el principio (1), y Doneau acaba de decirnos lo mismo. Entiéndase bien que este derecho de cuasi-propiedad está limitado á la superficie. Proudhon infiere de aquí esta consecuencia: que el usufructuario tiene el derecho de usar y de abusar de su superficie, supuesto que puede disponer de ella de todas suertes, y que el derecho de disponer como dueño contiene necesariamente el de abusar. Esto es cierto, pero con una reserva. Si se han hecho las construcciones por el superficiario, ó si pagó su valor al establecerse el derecho de superficie, él puede demolerlas mientras dure su derecho. Pero no es de la esencia del contrato que el superficiario pague el valor de los edificios que existen en el predio al iniciarse su goce. En este caso no puede demolerlos, sino que, al contrario, debe conservarlos para devolverlos al propietario, y por consiguiente, deberá disfrutar como buen padre de familia; luego no puede ser cuestión del derecho de abusar (arts. 6 y 7 de la ley de 1824). En cuanto á los edificios que él ha construido ó pagado, como puede demolerlos, naturalmente los disfruta como se le ocurre, salvo al espirar su derecho, sufrir las consecuencias de un goce abusivo, en el sentido de que el propietario no debe reembolsarle sino el valor actual de su superficie (art. 6).

La ley no se explica sobre los deterioros que el superficiario comete en el goce de los edificios que existían en el predio y cuyo valor no ha pagado; únicamente dice que el propietario los recobrará sin que esté obligado á ninguna indemnización. Pero de esto no debe inferirse, al contrario, que no tiene derecho á ninguna indemnización en caso de abuso. Esto sería contrario á todo principio, y la ley mantiene el derecho común por el hecho solo de no

1 Proudhon y Curasson, "De los derechos de uso," t. 1º, p. 392, núm. 378.

derogarlo; y por otra parte, ninguna razón había para derogarlo.

423. Pudiendo abusar, con mayor razón puede el superficiario disfrutar como quiera y aprovechar todos los frutos, todos los emolumentos que la cosa produce. Proudhon le reconoce el derecho de caza, porque el tiene el derecho de exclusión. Pero no debe echarse en olvido que á su lado tiene un propietario á quien pertenece el suelo, y que en éste último el superficiario no tiene ningún derecho. Luego ninguno tiene en el tesoro que se descubriese en el predio, ni en las minas que se encontraren. Proudhon asimila al superficiario con el usufructuario y le atribuye, en consecuencia, el producto de las minas que estaban en explotación al iniciarse su derecho. Esto, á nuestro juicio, es confundir derechos que son muy distintos. El usufructuario tiene un derecho en el predio, mientras que el superficiario sólo lo tiene en la superficie. No teniendo ningún derecho en el predio ¿con qué título reclamaría las minas y canteras? (1)

424. El goce del usufructuario origina una dificultad. Supónese que su derecho se ha constituido por arrendamiento; luego él paga una renta anual al propietario como precio de su goce. Si se ve privado de éste, por caso fortuito, ¿puede reclamar una indemnización? Sí, dice Doneau, porque él es tomador; y teniendo las obligaciones de tal, debe tener también los derechos (2). Esto nos parece dudoso. En primer lugar, para que la cuestión pueda discutirse, hay que suponer que se trata de una heredad rústica. Pero hay una diferencia capital entre el arrendatario y el superficiario. El arrendador contrae la obligación de hacer que el arrendatario disfrute, mientras

1 Proudhon y Curasson, "De los derechos de uso," t. 1º, p. 392, núm. 378, y p. 393, núm. 380.

2 Donelli, "Commentarij," IX, 17, 9 (t. 5º, p. 409).

que el propietario del predio gravado con un derecho de superficie no esté obligado á hacer que el superficiario disfrute. ¿Permite esta diferencia que se razone por analogía de un derecho al otro? No lo creemos así. Hay otras razones que nos parecen decisivas. El derecho de superficie puede establecerse por arrendamiento ó por venta y esto en nada cambia los derechos del superficiario. Si él es comprador, ciertamente que no podrá reclamar ninguna indemnización, porque entonces falta toda analogía; desde el momento en que la venta se perfecciona todo queda consumado, el comprador no tiene ya ningún derecho contra el vendedor, á menos que se vea perturbado ó despojado. ¿Por qué el propietario había de tener, en caso de arrendamiento, un derecho que no tiene en caso de venta? El derecho de superficie es el mismo en ambas hipótesis, luego las consecuencias deben ser las mismas. Por último, la ley sobre la enfiteusis niega al enfiteuta todo el derecho á una compensación por privación de goce; ahora bien, Doneau confiesa que la enfiteusis y la superficie se asemejan casi en todos sus puntos. He aquí una analogía que predomina sobre la del arrendamiento.

§ II.—OBLIGACIONES DEL SUPERFICIARIO.

425. La ley no dice que el superficiario debe ejecutar las reparaciones; y aparentemente no puede haber cuestión de reparar, cuando el superficiario tiene el derecho de abusar. En efecto, en los casos en que él tiene el derecho de demoler, claro es que no estará obligado á reparar. Pero no siempre tiene ese derecho. Cuando existen edificios en el predio en el momento en que se constituye el derecho de superficie, él debe conservarlos, y por consiguiente, repararlos (núm. 422). Entonces hay que aplicar por analogía lo que hemos dicho de la enfiteusis (número 388).

426. La ley belga somete al enfiteuta á todas las imposiciones hechas sobre el fundo, y no contiene una disposición análoga respecto al superficiario. No obstante, él está obligado sin duda alguna, á las cargas anuales que pesan sobre la heredad. Poco importa que el superficiario no tenga ningún derecho en el predio; en efecto, es de regla que las contribuciones, aún la que se llama predial, graven el goce del fundo y se paguen sobre los frutos. Por aplicación de este principio es por lo que el usufructuario y el enfiteuta deben soportar las cargas anuales, y por consiguiente, también el usufructuario. La extensión de esta obligación varía según los diversos derechos; como la superficie es casi idéntica con la enfiteusis, la analogía exige que el superficiario esté obligado como el enfiteuta más bien que como el usufructuario. Por la misma razón, debe decidirse que la retención que el legislador francés permite que el enfiteuta haga sobre el censo enfiteutico no puede hacerla el superficiario, porque la ley belga no ha mantenido este derecho en favor del enfiteuta. En una palabra, todo lo que hemos dicho de las cargas del enfiteuta debe aplicarse al superficiario (núms. 386-390).

CAPITULO IV.

Derechos y obligaciones del propietario.

427. El que establece un derecho de superficie en su fundo, conserva la propiedad de éste. Se dirá; ¿de qué les sirve este derecho puramente nominal, supuesto que todas las ventajas inherentes á la propiedad pertenecen al superficiario? El derecho no es tan ilusorio como se dice. En primer lugar, el propietario tiene el derecho de enagenar el predio, entendiéndose que desmembrado por el derecho de superficie. Pudiendo enagenar, puede también desmembrar, siempre respetando los derechos del superficiario. Luego puede hipotecar la heredad. Se pregunta si la hipoteca estribara sobre la superficie. Claro es que el propietario no puede hipotecar la superficie separadamente del predio; esto ni siquiera se comprende, puesto que la superficie separada del predio es mueble; y sólo se hipotecan las cosas inmobiliarias. Pero tampoco se concibe que el propietario hipoteque el fundo sin la superficie, puesto que uno y otra se confunden. Siempre hay que hacer la reserva de los derechos del superficiario. Este tiene derecho á demoler las construcciones que ha hecho ó que ha pagado; él conserva este derecho sin que el acreedor hipotecario pueda quejarse de que su derecho se disminuye,