

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, gravan 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,

porque él no ha recibido hipoteca sobre una propiedad desmembrada. De esto resulta que la heredad gravada con superficie puede ser hipotecada tanto por el propietario como por el superficiario. ¿No es esto contradictorio? Nó, porque lo mismo pasa cuando un fundo está gravado con usufructo ó con enfiteusis. En realidad, no es la heredad íntegra la hipotecada por dos personas, cosa inconcebible, sino que el propietario hipoteca un fundo desmembrado, es decir, que el acreedor hipotecario no tendrá derecho sobre este desmembramiento; luego nada impide que el superficiario hipoteque ese mismo desmembramiento.

El propietario tiene también las acciones reales; en derecho romano, se les llama directas. Es de sentirse que nuestro lenguaje jurídico no haya conservado esta expresión, porque marca muy bien que el superficiario, aunque disfrute de todo el emolumento de la cosa, no por esto tiene la verdadera propiedad. Pero si nuestras leyes no tienen el rigor del derecho romano, los principios, no obstante, son los mismos (1).

428. El propietario tiene también un derecho de goce. Por lo común, el derecho de superficie se establece en la forma de arrendamiento. Luego el propietario percibe una renta anual que sólo por el nombre difiere del inquilinato: en derecho romano se llamaba *solarium*; en derecho moderno, no tiene nombre especial, como tampoco la del enfiteuta. Existe un derecho exclusivo á las minas; como el superficiario sólo tiene derecho á la superficie, no puede reclamar nada de lo que se halla dentro del suelo. Conforme á esta distinción es como debe decidirse la cuestión del tesoro, que se agita á cada momento como si el mundo estuviese lleno de tesoros. Si el tesoro se halla en la superficie, el superficiario puede reclamar la parte que se atribuye.

1 Donelli, "Commentarij," IX, 17, 10 (t. 5º, p. 409).

buye á la propiedad, porque debe aplicarse al superficiario lo que la ley belga dice del enfiteuta, y es que él ejerce todos los derechos inherentes á la propiedad de la superficie (núm. 377). Pero si el tesoro se descubre dentro del predio, entonces pertenece al propietario. Esto nos parece dudoso.

429. La ley calla acerca de las obligaciones y cargas del propietario. ¿Quiere decir esto que ninguna tenga? Cuando el derecho de superficie está establecido á título oneroso, y de hecho así pasa siempre, el propietario debe garantía al superficiario contra los trastornos y despojos. Esto es de derecho común, hay que aplicarlo á la superficie, como lo hemos aplicado á la enfiteusis. El tiene también ciertas cargas á las que está obligado el enfiteuta, á pesar del silencio de la ley, y por idénticas razones, el superficiario. Luego en este punto debe aplicarse lo que hemos dicho al tratar de la enfiteusis (núms. 394 y 395).

CAPITULO V.

EXTINCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

430. El derecho de superficie es un derecho temporal. No puede establecerse por un término que exceda de cincuenta años, según el art. 4 de la ley belga. Luego se extingue, lo mismo que el usufruto (art. 617), por espiración del plazo para el cual se otorgó. Como lo más á menudo se constituye por escritura de arrendamiento, nace la cuestión de saber si al espirar el arrendamiento hay lugar á la reconducción. La ley prevee la dificultad para el arrendamiento enfiteútico, y resuelve que la enfiteusis no se renueva tácitamente, sino que continúa existiendo hasta revocación. En razón de la gran dificultad que existe entre el derecho de superficie y la enfiteusis, se puede aplicar, á lo que creemos, esta disposición al arrendamiento superficial. La tácita reconducción no está en el espíritu de la ley cuando la duración del contrato excede en mucho la vida media del hombre; el texto mismo lo repele. En efecto, el art. 2 de la ley de 1824, después de haber dicho que el derecho no puede exceder de cincuenta años, agrega: "salvo la facultad de renovarlo." Preciso es pues, que se renueve, si tal es la voluntad de las partes, lo

que implica que deben celebrar un nuevo convenio, semejante al primero, es decir, expreso. En cuanto á la prolongación del arrendamiento hasta revocación, es de derecho, en el sentido de que se necesita aplicar al goce de hechos que continúa una regla cualquiera, y ésta es, naturalmente, la del arrendamiento primitivo.

431. Según los términos de la ley belga (art. 19, núm. 2), el derecho de superficie se extingue por la destrucción del fundo. ¿Entiende la ley por *fundo* la *superficie* ó el *suelo* sobre el cual existen los edificios? Como el superficial no tiene ningún derecho en el fundo, es más natural aplicar la ley á la cosa en la cual su derecho se ejerce, es decir á las construcciones. Esta es la doctrina de Doneau, la que expone con el admirable rigor que lo caracteriza (1). Vamos desde luego á escucharlo, y en seguida escucharemos las objeciones. El superficial no tiene más que un derecho en la superficie; luego hay que aplicarle *á fortiori* lo que el código, de acuerdo con el derecho romano, dice del usufructo: "Si sólo está establecido en un edificio, y éste queda destruido por un incendio ú otro accidente cualquiera, ó que se venga abajo por vetustez, el usufructuario no tendrá el derecho de disfrutar ni del suelo ni de los materiales." Esto es mucho más cierto del derecho de superficie que del usufructo, porque el usufructuario tiene un derecho en el suelo, mientras que el superficial ninguno tiene. Luego pereciendo la superficie, perece el derecho del superficial.

Síguese de aquí que el derecho de superficie no revive, aun cuando el propietario reconstruyese el edificio, así como el usufructo permanece extinguido aunque se reconstruyese el edificio. ¿Con qué título el superficial reclamaría el goce del nuevo edificio? ¿En virtud de su derecho en el suelo? El no tiene ninguno. ¿En virtud de

1 Donelli, "Commentariü" IX, 48, 4-8, (t. 5º, ps. 412 y siguientes).

su derecho en la superficie? Esta superficie ya no existe. Doneau va más lejos. Supone que el superficiario haya levantado el primer edificio y que quiera reconstruir; le niega, no obstante, todo derecho de goce en la nueva superficie. ¿En qué consiste ese derecho? En edificar en el fundo. El ha edificado, por lo que su derecho está consumado, y si el edificio perece, su derecho perece igualmente. Que no se objete que el superficiario ha alquilado el suelo, y que éste subsiste después de la destrucción de los edificios. Doneau contesta que el superficiario no alquila el suelo como tal, porque ningún derecho tiene en él: él lo alquila para que en él se edifique, es decir, en razón de la superficie; destruida ésta, su derecho no tiene ya razón de ser.

Doneau tenía en su contra la opinión de los glosadores. Los jurisconsultos modernos se han afiliado á la opinión de Bartolo. Nosotros creemos que debe distinguirse. Si el derecho de superficie se halla establecido en edificios existentes, perece con éstos y sin que pueda revivir. Acerca de este punto, nada hay que contestar á Doneau. Pero si el derecho se establece en edificios por construir, creemos nosotros que la destrucción de los edificios no extingue el derecho del superficiario. Las razones que Doneau alega son sutiles en demasía. El dice que el convenio no da al superficiario un derecho indefinido para edificar, porque sería un convenio sobre una cosa incierta, y por lo tanto, nulo. Según la sutileza del derecho, sí; conforme á la realidad de las cosas, nó: ¿puede decirse que sea incierto un convenio cuando yo estipulo el derecho de edificar en un predio determinado, en el sentido de que si se derrumba el primer edificio, tendré derecho á levantar un segundo, un tercero? El convenio no es incierto respecto de la primera construcción: ¿por qué había de serlo respecto á la segunda y á la tercera? Doneau

insiste y dice que la propiedad vendría á ser, en tal caso, un derecho ilusorio, puesto que el superficiario y sus co-interesados podrían edificar hasta la consumación de los siglos. La objeción sería seria y decisiva si el derecho del superficiario fuere perpetuo, pero ningún valor tiene ante la disposición de nuestra ley que limita la duración del derecho á cincuenta años. Hay además otra consideración á favor del superficiario, que nos parece preventoria. El que estipula el derecho de tener edificios en el suelo ajeno durante cincuenta años, ciertamente que entiende que disfrutará de su derecho por aquel plazo; y ¿de qué disfrutará si el edificio se destruye en el año primero del arrendamiento? Declarar extinto su derecho, cuando todavía podría disfrutar reconstruyendo, es violar la intención de las partes contrayentes; ahora bien, la primera regla de interpretación, la que predomina sobre todas las sutilezas del derecho, es que la voluntad de las partes tiene fuerza de ley; luego antes que todo debe consultarse la intención de aquéllas.

432. Existen causas de extinción que son de derecho y que bastaría con mencionar. El art. 9 de la ley belga, dice que el derecho de superficie se extingue, entre otras causas, por la confusión. Esto no es más que la aplicación de un principio elemental en materia de derechos reales; remitimos á las explicaciones dadas sobre el usufructo y las servidumbres (t. VII, núms. 57, 58, y este tomo núms. 299-303). El derecho de superficie se extingue, además, si lo ha constituido un propietario que tenía una propiedad anulable, resoluble ó revocable, en caso de anulación, de resolución ó de revocación, porque nadie puede conceder á terceras personas derechos que él mismo no tiene. Hemos expuesto en otro lugar (t. VI, núms. 104-113) los principios que rigen en esta materia. El mismo derecho de superficie puede establecerse con condi.

ción resolutoria, ó la escritura que lo constituye puede estar manchada con un vicio que lo vuelva anulable. De cualquiera suerte que sea, el derecho común será el que se aplique.

El derecho del superficiario puede, además, extinguirse si no cumple las obligaciones que el contrato le impone. En tal caso hay lugar á la condición resolutoria tácita. Si no paga la renta, el propietario puede pedir la resolución del contrato. Entonces se aplican los principios que expondremos en el título de las *Obligaciones* sobre la condición resolutoria tácita. Las partes pueden también convenir en que se resuelva el contrato si el superficiario no paga el precio estipulado. Esto es lo que se llama pacto comisorio; volveremos á tratar de este punto en el lugar propio de la materia. Del mismo modo, podría haber caducidad si el superficiario cometiese abusos de goce. Esto supone, naturalmente, que los edificios no han sido construidos ni pagados por el superficiario; porque entonces él tiene el derecho de abusar; si los edificios han sido construidos por el propietario y si el superficiario no los ha pagado, el superficiario debe disfrutar como buen padre de familia, lo que lo expone á una acción de caducidad cuando no cumple con esa obligación. Hay que aplicar aquí, por analogía, lo que la ley belga dice del enfiteuta. La ley se muestra indulgente para el enfiteuta; el superficiario puede prevalerse de la misma indulgencia, puesto que los dos contratos son casi idénticos.

433. Conforme á la ley belga (art. 9), el derecho de superficie se extingue, además, por la prescripción de treinta años. ¿Qué prescripción es ésta? ¿Es la falta de uso del derecho, ó es la prescripción adquisitiva, sea en provecho del propietario, sea en provecho de tercero? Conforme á los principios, la cuestión no sería dudosa. El derecho de superficie no es una servidumbre, el superficiario tiene un

cuasi-dominio; luego es lógico aplicarle los principios que rigen la propiedad, mejor que los que rigen las servidumbres; ahora bien, la propiedad no se pierde por la falta de uso; luego lo mismo debe suceder con sus desmembramientos, que las leyes y la doctrina asimilan con el derecho de propiedad. Nosotros hemos aplicado estos principios á la enfiteusis. Hay, sin embargo, un motivo serio para dudar, y es la redacción de la ley belga, que dice que el derecho de superficie se extingue por la prescripción de treinta años. ¿Es la prescripción extintiva? Podría creerse así, supuesto que se trata de la extinción de un derecho. Pero si se entiende la ley en este sentido, se la pone en contradicción con los principios que ella misma ha consagrado acerca de la extensión de los derechos del enfiteuta y del superficiario. Estos principios han sido consagrados por la corte de casación de Francia en materia de superficie (1). Se debe, pues, ver si hay medio de conciliar el texto de las leyes de 1824 con los principios. Existe una diferencia de redacción entre la ley belga y las disposiciones del código civil que tratan de la extinción de las servidumbres por la prescripción. El art. 617 dice que el usufructo se extingue por el *no uso del derecho durante treinta años*, y el art. 706 se expresa en términos idénticos al hablar de las servidumbres. Así es que el legislador francés no se sirve de la misma palabra prescripción. El legislador holandés ha conservado el lenguaje del código Napoleón (art. 754) al hablar de las servidumbres, y al tratar de la extinción del usufructo define la palabra prescripción de que se sirve, agregando: si el usufructuario no ha usado de su derecho durante treinta años (art. 854); mientras que al hablar de los derechos de superficie y de enfiteusis, emplea la expresión

1 Besançon, 12 de Diciembre de 1864 (Daloz, 1865, 2, 1), y sentencia de denegada apelación, de 5 de Noviembre de 1866 (Daloz, 1867, 1, 32).

general de prescripción trentenaria (art. 765 y art. 9 de la ley de 1824). Luego puede decirse que la prescripción no es la falta de uso, sino que es la prescripción de derecho común, lo que permite mantener los principios generales.

Observación general.

434. Los contratos de superficie, muy frecuentes en otro tiempo, han venido á ser muy raros. Por más que haya una ley belga sobre la materia, no hemos encontrado una sola sentencia en las compilaciones de jurisprudencia. En Francia se han presentado casos en que la propiedad está dividida, y de ello hemos dado algunos ejemplos (t. VI, núms. 85 y siguientes). Proudhon cita otros. El propietario de un fundo otorga al superficiario el derecho de cortar la madera que en aquél crezca, y se reserva para sí el derecho de ejercer el pasturaje. Con bastante frecuencia, dice Proudhon, se ven en las regiones montañosas mezclas de esta naturaleza: éstas son particiones en las cuales, sin ocuparse de la división del suelo, se atribuye exclusivamente á uno de los hermanos el derecho de cortar perpetuamente la madera que crezca en un prado-bosque, y al otro el de mandar pastar sus animales en toda época del año. Hay también algunas particiones en las cuales se cede la superficie á una persona y el suelo abandonado á otra (1). Veamos un ejemplo tomado de la jurisprudencia francesa; la escritura data de 1660. Una comuna vende un bosque llenando las formalidades prescriptas por las leyes de la época, y se reserva expresamente la propiedad del predio, así como el derecho de pasto; únicamente enagena el derecho de cortar á perpetuidad los árboles crecidos ó

1 Proudhon y Curasson, "De los derechos de uso," t. 1º, ps. 386 y siguientes, núm. 369.

por crecer. La corte de casación resolvió que este derecho era un derecho de superficie (1).

No es ese el verdadero derecho de superficie, tal como el derecho romano lo conocía y tal como nuestra ley lo consagra. Pero esto no impide que tales contratos de venta ó de partición sean válidos. Sólo que puede preguntarse qué reglas se aplicarán. Habrá que proceder por analogía, recurriendo á los principios que rigen los derechos de superficie y de enfiteusis; entiéndase que siempre que la escritura guarde silencio, porque en todo caso deben consultarse las estipulaciones de las partes contrayentes. Esta regla de interpretación está en armonía con nuestras leyes. La de 1824 sobre el derecho de superficie permite que las partes deroguen las disposiciones que ella establece. No obstante, establece una excepción: la duración del contrato no puede exceder de cincuenta años. Nosotros hemos visto que el plazo es de ochenta y nueve años cuando se trata de una enfiteusis. Este punto es importante. Los contratos superficiarios, de los que encontramos ejemplos en los autores y en la jurisprudencia, todos están celebrados á perpetuidad. Nuestras leyes modernas ya no permiten contratos perpetuos que enagenen el goce total ó parcial de la cosa. ¿Qué valor tendrían, pues, los contratos hechos á perpetuidad? Remitimos á lo que antes hemos dicho con motivo de la enfiteusis.

1 Besançon, 12 de Diciembre de 1864 (Dalloz, 1865, 2, 1).