

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 ageno edificios, obras ó plantaciones (art. I).

1 Heimhak, 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 ó 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°

hase 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. Unicamente 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 aquél 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 usucapión? En derecho romano, la cuestión es debatida. Hay un testo que parece excluir la usucapión en términos absolutos; pero recibe tambien otra interpretación que, á nuestro juicio, es la buena. El jurisconsulto 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 Turnbont, 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 nesicidad de un texto para excluir la prescripción, y esto decide la cuestión en derecho francés, puesto que no tenemos ningún texto.
