

CAPITULO II.

Cómo se establece la enfiteusis.

§ I.—¿QUIEN PUEDE ESTABLECER UNA ENFITEUSIS?

362. Siendo la enfiteusis un desmembramiento de la propiedad, deben aplicársele los principios que rigen toda constitución de derechos reales, el que da un bien en enfiteusis debe ser propietario y tener la capacidad de enagenar (1). Esta es una diferencia notable entre el arrendamiento ordinario y el enfiteúticó; el alquiler es un acto de administración que pueden ejecutar los administradores del patrimonio ageno, mientras que no pueden consentir en un contrato de enfiteusis. Siguese de aquí que los bienes de los menores no pueden darse en enfiteusis sino bajo las condiciones y en las formas prescritas para la enagenación de los inmuebles. Sucede lo mismo con la renovación de los arrendamientos enfiteúticos. Las mujeres casadas que están separadas en bienes tienen la libre administración de su patrimonio, pueden celebrar arrendamientos de nueve años, pero no podrían consentir un arrenda-

1 Donelli, "Comment," 11, 13, 8. Aragón, "Institución del derecho francés," t. 2º, p. 304. Merlin, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," pfo. 1º, núm. 5).

miento enfiteútico. Si estuvieren casadas bajo el régimen dotal no podrían hacerlo ni aún con autorización del marido, porque siendo inalienables los bienes dotales, está prohibida su enagenación parcial lo mismo que la total. Por último, el mismo principio se aplica á las comunas y á las personas llamadas civiles, las cuales no pueden enagenar sino con ciertas condiciones; estas mismas condiciones deben llevarse para los arrendamientos enfiteúticos. Se ha fallado que los arrendamientos enfiteúticos tienen el carácter de una enagenación y que según las antiguas leyes del país de Lieja, con especialidad una ordenanza de 1706, los inmuebles pertenecientes á las comunas no podían enagenarse sin una autorización especial del príncipe asistido de su consejo (1).

363. Comprar es un acto de administración, el tutor puede comprar, luego también puede estipular un derecho de enfiteusis. Sucede lo mismo con la mujer que tiene la libre administración de sus bienes. El que adquiere la enfiteusis debe, no obstante, ser capaz de obligarse, porque el enfiteuta contrae obligaciones. Luego deben aplicarse los principios generales concernientes á los incapaces (2).

§ II.—¿SOBRE QUE BIENES PUEDE ESTABLECERSE LA ENFITEUSIS?

364. Los inmuebles son los únicos bienes que pueden darse en enfiteusis. Nuestra ley lo dice (art. I). Esta es una nueva diferencia entre el arrendamiento ordinario y el enfiteútico, lo mismo que entre la enfiteusis y el usufructo. Las necesidades sociales y económicas que hicieron que se introdujese el contrato de enfiteusis nada tienen de común con los objetos mobiliarios; si no hay modo

1 Lieja 19 de Julio de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, 2, 235). Compárese Dónelli, "Commet.," IX, 13, 10.

2 Voet, "Commentar. ad Paudedas," lib. VI, tít. III, pfo. 6, p. 440.

de alquilarlos, si lo hay de venderlos. Hay más. La enfiteusis primitiva no se aplicaba á todo genero de inmuebles el título mismo de las Pandectas que trata de la enfiteusis indica que los fundos de tierra eran los únicos objetos de los contratos enfiteúticos. Doneau, fiel al espíritu de la legislación romana, dice que los edificios no pueden darse en enfiteusis, ellos no eran objeto de los arrendamientos enfiteúticos sino como accesorios del suelo. Pero si el fin de la institución fué el hallar cultivadores para las inmensas propiedades de los ramos del imperio, la institución no tardó en extenderse. Voet dice que en su tiempo dábanse los molinos en enfiteusis en los Países Bajos (1). Según nuestro derecho, la cuestión no es dudosa, supuesto que la ley de 1824 se sirve de la expresión general de *inmuebles*.

§ III.—¿CON QUE TITULO PUEDE ESTABLECERSE
LA ENFITEUSIS?

365. El usufructo con el cual tiene mucha analogía la enfiteusis, puede establecerse á título gratuito ó á título oneroso. ¿Sucede lo mismo con la enfiteusis? La tradición repele la idea de lo gratuito; el contrato lleva el nombre de arrendamiento y no hay arrendamiento gratuito, y si se quiere ver en él una venta tampoco hay venta gratuita. Nuestra ley decide la cuestión en el mismo sentido, puesto que exige una renta anual, que el enfiteuta debe pagar al propietario en reconocimiento de su derecho de propiedad. Sin embargo, todos los autores enseñan que la enfiteusis puede constituirse por testamento, por más que confiesen que no hay un solo ejemplo de enfiteusis testamentaria. Como la enfiteusis impone obligaciones al enfiteuta, no se consibe á primera vista que se establezca por

1 Donelli, "Comment.," IX, 13, 11 (t. V, p. 350). Voet, VI, 3, 7, p. 440.

una simple declaración de voluntad del propietario. Y además, ¿no es el legado un título gratuito como la donación? Compréndese que no hay enfiteusis sin renta; así es que el testador deberá hacer este cargo á su legado; será también necesaria la aceptación del legatario para que haya enfiteusis, puesto que no puede ser obligado sin su consentimiento (1). Habría, no obstante, esta diferencia entre la enfiteusis testamentaria y la contractual, que la primera no debería registrarse, puesto que, según nuestra ley hipotecaria, las escrituras entre vivos son las únicas sometidas al registro. Inútil es detenernos por más tiempo en una cuestión que es una de esas dificultades que la teoría imagina y que la práctica ignora.

366. Según su origen y según su objeto, la enfiteusis es un contrato ó título oneroso. Lleva siempre el nombre de arrendamiento, lo que implica que se perfecciona por el concurso de consentimientos. Como ejendra un derecho real inmobiliario, la escritura en que conste deberá registrarse. ¿Debe inferirse de aquí que sea necesario un escrito para la validez del contrato enfiteútico? La tradición deja alguna duda. Doneau enseña que, conforme á la ley de Zenón, se necesitaba un escrito; pero están las constituciones imperiales tan mal redactadas, que poco valor tiene una argumentación fundada en el texto solo. Lo que es cierto es que en la práctica se separaron de la constitución de Zenón. Voet establece muy bien que, como la enfiteusis participa de la venta y del arrendamiento, ya no había razón de exigir un escrito para la validez del arrendamiento enfiteútico como para el arrendamiento ordinario ó para la venta. En la antigua jurisprudencia, no era suficiente el contrato para transmitir la propiedad ni un derecho real cualquiera, se necesitaban formalidades cono-

1 Donelli, "Gomment." IX, 13, 13 (t. 5^o, p. 551). Voet, VI, 3, 3.

cidas con el nombre de *obras de ley* (1). El código civil ha invocado al establecer el principio de que la propiedad se transmite por el solo efecto del concurso de consentimientos. Pero esto no es verdad sino entre las partes; respecto á terceros, es requicito la transcripción. Si hubiere una enfiteusis establecida por testamento, se necesitaría absolutamente de un escrito, puesto que en el testamento es un acto solemne; en cambio, no se necesitaría el registro, segun la ley belga sobre el régimen hipotecario (art. 1º).

367. En el antiguo derecho, la enfiteusis podía establecerse á perpetuidad, y aun se tenía por perpetua si en cláusula expresa no se estipulaba que fuese temporal. Domat iba mas lejos, hacía de la perpetuidad una condición esencial de la enfiteusis; éste, según él, es uno de los caracteres que distinguen el arrendamiento enfiteutico del ordinario (2). Las leyes promulgadas despues de la revolución de 1789 abolieron la perpetuidad de todo género de concesiones, mantuvieron la enfiteusis temporal hecha por noventa y nueve años; en cuanto á las enfiteusis contraídas á perpetuidad, se declararon redimibles, lo mismo que todas las rentas perpetuas (3). La ley belga de 1824 ha mantenido este principio: ella fija un máximun de duración de noventa y nueve años y un minimum de veintisiete; esta es la única disposición que el legislador no permite que se derogue (arts. 1 y 17).

368. ¿Que efecto tendría un arrendamiento enfiteutico contraído por menos de veintisiete años ó por más de noventa y nueve? Ninguna dificultad hay respecto á la primera hipótesis. ¿Por qué el legislador belga ha fijado un minimum de duración para su arrendamiento enfiteutico?

1 Donelli, "Comment, IX, 13, 14 (t. 5º, p. 552). Voet, VI, 3, 3.

2 Merliú, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," pfo. 1º, núm. 1. Domat, "Leyes civiles," lib, I, tit: IV, sec. X, núms. 3 y 4.

3 Ley de 18-29 de Diciembre, 1790, art. 1º.

Cuando la discusión preparatoria del proyecto de ley, una sección había pedido que se suprimiera esta disposición. El gobierno costestó que tenía que fijarse á la enfiteusis un período bastante largo, porque de lo contrario no quedaría ninguna diferencia característica entre este contrato y el de arrendamiento. Luego si el contrato se celebra por menos de veintisiete años, cesará de ser una enfiteusis para convertirse en un arrendamiento común regido, por lo tanto por los principios respectivos del código.

Es mayor la dificultad respecto al arrendamiento enfiteutico que excediese de noventa y nueve años. El tal contrato no tiene valor como arrendamiento, porque se admite que la ley de 1790 se aplica á los arrendamientos comunes. ¿Debe inferirse que sea nulo el contrato, en el sentido de que ningún efecto produzca? Es de principio que los contratos deben interpretarse de suerte que produzcan algún efecto antes que darles un sentido en cuya virtud ninguno producirían (art. 1157). Si simplemente las partes se han excedido del término de noventa y nueve años sin que declaren perpetua la enfiteusis, habrá contrato enfiteutico, pero cada una de las partes podrá pedir que se reduzca á la duración legal. Lo que las partes han deseado es que el arrendamiento tuviese la mayor duración posible; y se presta, en efecto, á su voluntad manteniendo el arrendamiento por noventa y nueve años. Acostumbrábase en otros tiempos en nuestras provincias estipular que la enfiteusis durase cien años y un día, y en verdad que nadie se atrevería á anular un contrato semejante. ¿Pero qué debe decidirse cuando el contrato se estipula á perpetuidad?

Hagamos desde luego constar que la ley de 1824 no anula el contrato, sino únicamente dice que las partes no pueden derogar la disposición que fija un máximum de duración para la enfiteusis. Queda por averiguar cuál se

rá el efecto de contrato semejante. ¿Habrá que reducirlo á la duración legal de noventa y nueve años? Esto sería cambiar la naturaleza de los convenios que las partes han querido celebrar; ellas han deseado estipular un contrato perpetuo; reducir á éste á tiempo determinado equivaldría á alterar los convenios con el pretexto de interpretarlos. El juez no goza de tal derecho. ¿Quiere decir esto que el arrendamiento será nulo, que no producirá ningún efecto? Nó, sino que caerá bajo la aplicación de la ley de 1790, la que permite que se rescaten todas las rentas perpetuas estipuladas en el antiguo derecho. Este principio ha sido consagrado para lo futuro en el art. 530 del código civil, por cuyos términos toda renta establecida á perpetuidad, por el precio de la venta de un inmueble, ó como condición de la cesión de un predio inmobiliario, es esencialmente redimible. Una concesión enfiteútica hecha á perpetuidad cae bajo la aplicación de esta disposición; luego el contrato subsistirá, pero el enfiteuta podrá á toda hora pedir la redención del censo á que se había obligado pagar, lo que transformará la renta en un precio capital. Tal es la opinión general (1) que ha sido consagrada por la jurisprudencia (2).

La aplicación de estos principios ha originado una dificultad. Cuando el arrendamiento se ha hecho á favor del concesionario y de sus descendientes en línea directa ¿debe considerársele como perpetuo ó como temporal? Se ha fallado que en un arrendamiento celebrado por duración ilimitada, aunque con cláusula de resolución si se realiza la condición prevista por el contrato, es una enfiteusis perpetua; en efecto, no puede decirse que sea temporal, pues-

1 Merlín, "Cuestiones de derecho," en la palabra "Enfiteusis," párrafo 5°, núm. 7, (t. 7°, p. 288). Durantón, t. 4°, p. 68, núm. 78.

2 Sentencia de casación, de 15 de Diciembre de 1824 (Daloz, en la palabra "Arrendamiento enfiteútico," núm. 15, 1°).

to que no está limitado á un término fijado de antemano. Pero opinamos que la corte de casación ha ido demasiado lejos al decidir, en los motivos, que todos los arrendamientos hechos por más de noventa y nueve años, se tienen por celebrados á perpetuidad (1). La ley de 1790 no establece esta presunción, y la de 1824, menos aun, porque ni siquiera pronuncia la palabra perpetuidad. En nuestra opinión, es grande la diferencia; si la enfiteusis se ha contratado por un tiempo que excede de la duración legal, queda, no obstante, como arrendamiento enfiteútico; el enfiteuta no podrá pedir la redención, mientras que sí puede pedirla si es perpetuo el arrendamiento. ¿Deben aplicarse los mismos principios á un arrendamiento hereditario? La corte de casación falló la afirmativa; pero ella no hizo más que confirmar una sentencia pronunciada por la corte de Colmar (2). Así, pues, la decisión se aplica más bien á los arrendamientos hereditarios, tales como se acostumbra en Alsacia, que á toda suerte de arrendamientos perpetuos. ¿No es ir demasiado lejos asentar como principio, tal como parece hacerlo la sentencia, que todo arrendamiento hereditario ó perpetuo es una enfiteusis? ¿Acaso no puede ser la intención de las partes la de conservar al arrendamiento hereditario la índole de un derecho de crédito? Y un derecho de crédito, por prolongada que se suponga su duración, jamás es un derecho real. Volveremos á hablar de la duración de los arrendamientos en el título respectivo.

369. ¿Puede establecerse la enfiteusis por prescripción? En derecho romano, la cuestión era muy debatida. En otros tiempos la afirmativa se adoptaba generalmente;

1 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Enero de 1852, (Dalloz, 1852, 1, 250).

2 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Junio de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 284).

discutíase únicamente si había que aplicar los principios que rigen la prescripción de las servidumbres ó las concernientes á la prescripción de la propiedad (1). Este acuerdo de los antiguos es de mucho peso en el debate. Aun suponiendo que se hayan engañado, no por eso deja su opinión de atestiguar la tradición, y este punto es capital, supuesto que la enfiteusis es una institución esencialmente tradicional. ¿Pero realmente se han engañado? La controversia dura aún, y no tenemos facultad alguna para resolverla; sin embargo, hay un argumento que nos ha llamado la atención. Los textos dejan indecisa la cuestión, lo que equivale á decir que se queda en el dominio del derecho común. Ahora bien, la propiedad se adquiere por prescripción, tanto como sus desmembramientos, el usufructo y las servidumbres. ¿Por qué no ha de ser lo mismo con la enfiteusis? (2). En derecho francés, el argumento tiene mucha fuerza; la prescripción es un medio muy general de adquirir (arts. 711 y 2219); ¿puede haber una excepción para la enfiteusis sin un texto que la consagre? Hay objeciones, pero son netamente romanas, ó por mejor decir, de teoría, porque la práctica las ha ignorado por mucho tiempo, y lo que aquí nos interesa, sobre todo, es la tradición viva. En este terreno, la cuestión cesa de ser dudosa. Voet enseña como principio incontestable que la enfiteusis se adquiere por prescripción en todos los casos en que tiene lugar la prescripción adquisitiva (3). Sucedió lo mismo en la jurisprudencia (4). Por último, se ha falla-

1 Glück, "Pandekten," t. 8º, pfo. 609, p. 466.

2 Windscheid, "Lehrbuch der Pandekten," t. 1º, p. 629, pfo. 221. En el mismo sentido, Van Wetter, "Curso de derecho romano," tomo 1º, p. 462 y nota 5, y los autores citados en la obra. En sentido contrario, Vangerow, "Pandekten," t. 1º, p. 130, y los autores que él cita.

3 Voet, "Comment. ad Pandect." VI, 3, 4, p. 439.

4 Troplong, "Del arrendamiento," núm. 35, y los autores que cita, p. 92, nota 7, de la edición belga.

do, que tanto por las costumbres flamencas, como por el derecho canónico y el civil, la prescripción de cuarenta años era suficiente para prescribir el dominio, sea directo, sea útil, contra las iglesias, cabildos y comunidades (1). Queda por saber si el principio tradicional es también de nuestro derecho moderno.

La ley de 1824, tanto como la legislación romana, enmudece. Este silencio nada prueba, porque la ley no trata de los modos por cuyo medio puede constituirse la enfiteusis, y por lo mismo, mantiene el derecho común. El principio de la prescripción es general, según acabamos de decirlo. Para que no se aplicara á la enfiteusis, sería preciso que alguna regla de la prescripción adquisitiva se opusiese á la prescripción. La usucapión es la prescripción adquisitiva propiamente dicha; exige título, buena fe y posesión de diez á veinte años. La enfiteusis puede invocarla en virtud del art. 2265; esto nos parece más dudoso; el único autor que examina la cuestión es de nuestro parecer (2). Pero se pretende que la prescripción de treinta años es inadmisibile, no exige ni título ni buena fe, y se funda en la posesión. Luego hay que suponer que una persona ha poseído durante treinta años un predio á título de enfiteusis; nosotros creemos que habrá adquirido el derecho de enfiteusis por prescripción. Se objeta que la enfiteusis es un derecho temporal cuya duración varía según el título, desde veintisiete hasta noventa y nueve años. ¿Por qué término prescribirá el enfiteuta? Puede decirse que por el máximun, porque tal es la intención del que prescribe. Sin embargo, la decisión es arbitraria. A decir verdad, la dificultad exigiría una solución legislativa. Se objeta, además, que la prescripción hace que se

1 Bruselas, 11 de Febrero de 1819 (*Pasicrisia*, 1810, p. 305).

2 Pepino, Le Herlleur, "Historia de la enfiteusis," ps: 320 y siguientes.

adquiera un derecho, pero no crea una obligación; sin embargo, la enfiteusis impone una obligación, la de pagar un censo. ¿En virtud de qué principio el enfiteuta que haya prescrito pagará el canon? Nosotros contestamos que puesto que se pretende enfiteuta, debe también pagar un censo enfiteutico, porque esta es la consecuencia de la prescripción. Se adquiere por la prescripción lo que se ha poseído, y el que invoca la prescripción ha poseído durante treinta años con obligación de pagar una renta, luego continuará pagándola: *tantum præscriptum, quantum possessum*.
