

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, "Commentarii," 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 *gacación* 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 superficia-rios, 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. 1°, p. 391, núm. 376.

2 Ofzomer, "Het burgerlijk wetboek," t. 2°, 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. 1.º, 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 Donneau, 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, "Commentarii," 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 SUPERFICARIO.

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).
