

Unificación del Derecho Nacional

LA SUPERFICIE EN EL CÓDIGO CIVIL

Dice el profesor Jerónimo González en su monografía "El Derecho real de superficie" que el Código Civil sólo concede a la superficie una mención, que casi es un epitafio, en el art. 1.611. Mas, sin duda, constituye también su partida de bautismo. Da por existente un Derecho de superficie, posiblemente redimible. ¿Cuál es ese Derecho de superficie? Esta es la pregunta. Desde luego, por el lugar que ocupa parece asignarle una naturaleza censual, de dominios divididos, con prestación de pensión—redimible ahora—, que no es enfiteusis, puesto que la da nombre propio: superficie.

He aquí una intuición certera: es y no es la enfiteusis; está en íntimos contactos y presenta grandes analogías con ella, pero es una variedad específica, puede deducirse. Y he aquí una imprecisión imperdonable: mencionar un Derecho, específicamente diferenciado con nombre propio, constitutivo por ello de una titularidad real, sin que exista verdaderamente tal titularidad. Sin que, por lo tanto, sepa el lector a cuál se refiere. Por su parte, la ley Hipotecaria, en su art. 107, en su párrafo 5.º, dice que es hipotecable el Derecho de superficie. Y si es hipotecable, será un Derecho real, enajenable, y por serlo ha de consistir en una titularidad concreta y señalada, en una masa jurídica integrada por el conjunto de derechos y obligaciones que ostente el titular, enajenable en bloque. Cuál sea ese contenido, cuál sea ese derecho, cuál sea esa titularidad, es lo que desconocemos. ¿Y cómo podremos hipotecar un pretendido Derecho de superficie si de antemano no sabemos cuál es la titularidad que para la ley merece tal nombre?

Y la ley, por otra parte, para decirnos qué entiende por Derecho de superficie, sólo tiene un camino: definirlo en sus páginas. No lo hace.

Los comentaristas hipotecarios no vacilan ante el problema insoluble porque no lo perciben, y así, Morell engloba en el artículo expresado todos los que pueden ser considerados como propiedad dividida: superficie, leñas, pastos, aguas, enfiteusis, foros y *rabassa morta*. Dice poco y dice demasiado.

El Código Civil, por otra parte, sitúa el problema en su punto de origen: lo accesorio sigue a lo principal; lo edificado en predio ajeno pertenece al dueño del mismo, dice el artículo 358.

Claro está que la contundente disposición cederá ante el convenio por el que el constructor y el dueño del terreno reconozcan y declaren un *derecho* sobre lo edificado.

De otro modo carecería de sentido el párrafo 1.^o del art. 107, expresivo de que podrá hipotecarse el edificio construído en suelo ajeno por el constructor, entendiéndose sujeto a tal gravamen tan sólo el *derecho* que el que edificó tuviere sobre lo edificado.

Se trata, nada menos, por lo que vemos, de que la ley nos autoriza a crear un Derecho real de superficie para resolver jurídicamente el hecho anómalo de la edificación en suelo ajeno, como excepción al principio de accesión. Mas ¿en qué dirección, dentro de qué directrices fijaremos la superficie en el convenio para que merezca científicamente ser tenida por superficie?

Si no está definida, ni siquiera intuída por la ley, si la Historia apenas nos orienta, si todo es confusión aún, si carecemos de estudios doctrinales que nos iluminen, bien vemos que en el estado actual, en el momento presente, sólo podremos inclinarnos a concebir una superficie netamente enfitéutica, con raíces históricas, de naturaleza perpetua, de tipo latino, o, por el contrario, encuadrarla lo más lejos posible de la enfiteusis, análoga al arrendamiento, temporal, con pérdida última de la construcción por el constructor, de tipo germano.

La elección no puede ser dudosa. Desde todos los puntos de vista: científicos, jurídicos, prácticos y sociales, vence el tipo enfiteutiforme.

Ya los señores Olózaga, Ríos Rosas, Conde de San Luis, Bertrán de Lis y Alonso Martínez, que integraban la Comisión del Congreso, propusieron a las Cortes, y votaron éstas, que el Monarca, en relación al Real Sitio de San Ildefonso, vinculado a la Corona por Ley de 1865, pudiera ceder a *censo enfitéutico* y por un modesto canon los solares,

promoviendo y facilitando con esta medida, juzgada la más conveniente, "la construcción de hoteles y fondas junto a los magníficos jardines y fuentes monumentales".

Sin embargo, tal vez no sea este el criterio de los escasos tratadistas españoles que rozan el tema: Sánchez Román, confuso en este punto; Sancho Tello, certero en su "Redacción de Instrumentos públicos" al decir que el reconocimiento al edificador de un derecho permanente equivale a constituir un Derecho de superficie o una renta del terreno a censo, pero sin abordar su redacción; y sin tenerlo en cuenta, Viñas y Mey, al crearlo en su Memoria para la concesión de terrenos del egido del Ayuntamiento de Llerena, expuesto en REVISTA CRÍTICA de junio de 1929.

Mas no tiene importancia. Todo ello queda desbordado ahora. No se trata de forjar un convenio, sino de algo más: de crear el Derecho de superficie nuevo en una ley. Ley española que ha de crear un tipo de superficie, basado en el genio hispano, que ofrecer al examen universal.

Y ya tenemos nuevamente el mismo cuerpo sobre la mesa del laboratorio: el "establiment" o enfiteusis.

De su regulación actual, el legislador moderno habrá de separar con el escalpelo cuanto acuse corrupción o enmohecimiento, infiltrar sangre remozada en sus arterias, acordar su corazón al ritmo presente; en una palabra, superar. Más habrá de proceder con todo respeto, con gran cariño, con suave tacto, conservando las robustas raíces que nutrieron la institución durante siglos con las esencias jurídicas del pueblo, creándola a su imagen y semejanza, finamente ponderada, sabiamente práctica, sagazmente estimuladora, jurídicamente perfecta.

En este camino, quisiéramos hallar una disculpa a nuestro atrevimiento al emprender este trabajo de ayuda.

DERECHO REAL DE SUPERFICIE

1) *Idea general.*—En la realidad del establecimiento actual, un sujeto adquiere el derecho, que a la vez es obligación, de edificar en terreno ajeno sin comprarlo, mediante obligarse al pago de un canon anual que equivale al interés del valor del terreno que no paga; y el dueño de este terreno, que cobra ese canon, logra que sin pérdida alguna para él se edifique en el terreno cedido, con lo cual multiplica el valor de los restantes terrenos que, colindantes con aquél, se ha reservado

en su propiedad para operar sobre ellos vendiéndolos libremente o dándolos en nuevos "establecimientos", o edificando por su cuenta.

Cada vez que se venda la finca por el superficiario, el estableciente o primitivo dueño del terreno cobra una pequeña parte del precio, permaneciendo el canon inalterable para el comprador. Y así, perpetuamente. Como vemos, todo es ventajoso para ambos contratantes.

2) *Elementos*.—Son: A, un solar o terreno edificable, y B, un edificio a construir en él.

Examinémoslos. A: Ha de ser un solar o terreno propio de edificación urbana, quedando excluida así toda figura de censo o enfiteusis rústica, que se centra en tierras de esta naturaleza y cuya mejora consiste en plantaciones, roturaciones, etc., y que, aun consistiendo en edificaciones, éstas son de tal naturaleza que no desvirtúan la finalidad y naturaleza rústica de la finca, sino que facilitan la explotación. Para que en una finca rústica se cree la superficie se precisará una parcelación que asigne a cada parcela una edificación a construir sobre aquélla, formando una vivienda urbana en su totalidad. Ahora bien: no significa esto que todo el terreno o solar haya de ser edificado. Se concibe que parte del mismo sea destinado a patio, huerto o jardín, etc. Basta que el terreno y el edificio, que lo ocupe total o parcialmente, constituyan una sola entidad inmobiliaria o finca.

B: Un edificio a construir, luego construido, ocupando la totalidad o parte del terreno. Se precisan de tal manera los dos momentos, que integran, tanto uno como otro, la modalidad superficie. Antes de edificar existe la obligación de hacerlo, y el Derecho de superficie abarca y regula tal momento y situación, como después, hecha la edificación, sigue regulando y abarcando esta situación. Debe ser, por lo tanto, el Derecho de superficie, una figura jurídica que existe, abarca y regula todas las posiciones, desde su iniciación y nacimiento (antes de edificar), hasta su cumplimiento (edificación) y su extinción. Apuntamos que el Derecho catalán no es preciso en estos puntos, como veremos.

3) *Mecanismo de acción*.—Su mecanismo principal está constituido por: A. Entrada; B. Pensión o canon; C. Laudemio, y D. Edificación.

A. *Entrada*.—Es una cantidad que el dueño del terreno estableciente percibe del superficiario, de una vez, al constituirse la superficie o establecimiento. No es esencial.

B. *Canon o pensión.*—Es una cantidad en metálico a satisfacer anualmente por el superficiario (1).

Es esencial a la institución (2), como que es la contraprestación principal que mueve al cedente del terreno (3).

Señalamos que debe ser en metálico, porque nos concretamos al tipo ideal de superficie. En el Derecho catalán se permite la pensión en especie (propio de la enfiteusis rústica que ahora rechazamos); como se cita como corriente en la antigüedad la pensión consistente en un par de pollos, un vaso de agua, etc. (propias de un reconocimiento de señorío, hoy desecharable) (4).

El desenvolvimiento claro y sencillo de la relación de la entrada y la pensión es el siguiente: el dueño del terreno lo cede en superficie o enfiteusis; el terreno, en tal momento, tiene un valor, que sería el precio de la venta si en lugar de "establecerlo" lo vendiera; a ese valor ideal, que no recibe, señala un a modo de renta perpetua, o sea la pensión que ha de percibir; pero puede también recibir una parte de ese valor, de una vez, al constituir la superficie y convertir el resto en pensión en la forma anterior. A esa cantidad recibida se llama entrada. Bien se ve que a mayor entrada menor pensión, y que la suma de una y otra equivale al valor de presente del terreno. Fácil es, por deslizamiento de ideas, tener aquel valor por precio de una venta del terreno (no realizada en realidad, pues para que fuera venta habría que transmitirse el dominio, lo que no ocurre); y en el caso de que haya entrada, es casi inevitable tener dicha entrada por parte del precio de una venta del terreno (5), cuando, en todo caso, sería una parte del valor (no del precio) de un terreno no vendido, sino dado en estable-

(1) Vives: Nota 4 al tít. 30, libro IV, vol I de las *Const. de Cataluña*. Borrell: página 324, t. II. Brocá: pág. 194. Fontanella: *De pactus nup.*, cláus. IV, 18; part. I, número 201.

(2) Por el Cód. ley 2, "De iure emphy". Lo mismo Fontanella: "De patis nup.", cláusula IV, glos. 18, part. 1, núm. 201.

(3) En el Derecho feudal, la pensión habrá podido significar reconocimiento de dominio; pero en el Derecho romano era una contraprestación. Así opina Catá de la Torre, tomo 21 de *Revista Jurídica de Cataluña*. Y añadiremos nosotros que también significaba lo mismo en el Derecho feudal, siquiera tomara aquello apariencia señorial.

(4) La ley 21, Cód. "De locato", IV, 65, permite que sea en frutos, dinero o cualquier otra cosa, y la pensión reverencial es citada por Fontanella, o. c., núm. 201.

(5) La tienen por precio de enajenación Brocá y Amell, pág. 194. Borrell, página 323. Vives, II, 47.

cimiento o superficie, que es cosa diferente. Señalamos esta utilísima distinción, porque tiene consecuencias importantes y no ha sido claramente percibida por los tratadistas catalanes. Estas consecuencias son: a) Respecto a la capacidad para constituir la superficie: si la entrada es parte del precio de una supuesta venta, se necesitaría para ello tener capacidad para vender, con lo que no podrán dar los terrenos en superficie las manos muertas y cuantas no tengan la libre disposición de sus bienes (1); b) Respecto a la reducción del laudemio, en razón de la cuantía de la entrada percibida, según luego veremos; y c) En cuanto pueda servir de base para un cálculo en la redención de la superficie y en la expropiación de la finca, según examinaremos.

Consideramos conveniente ceñir las ideas en las siguientes conclusiones: 1.^a La suma de la cantidad percibida como "entrada" y de la capitulación de la pensión ha de ser igual al valor del terreno al crearse la superficie, así como esta capitulación, por sí sola, equivaldrá a dicho valor en caso de que no haya "entrada". Tiene una importancia extraordinaria. Si se quiere que obre la superficie con la precisión de un mecanismo de relojería, será preciso sujetarse a lo dicho. Se comprueba ello al tratarse de la cuantía del laudemio y su computación, de la redención y de la expropiación, que exigen la expresada sujeción para lograr la perfecta conjugación de los conceptos jurídicos y económicos, que es la característica de la "superficie". Por otra parte, será fácil cumplirla, bastando capitalizar la pensión al tipo variable, mayor o menor, según sea ésta menor o mayor, que conduzca a aquel resultado. Los tratadistas catalanes no examinan la cuestión, sin duda, porque normalmente se cumple. Nosotros la valoramos tan alto, que exigiríamos la determinación expresa de todo ello en la escritura de constitución de la superficie. 2.^a Todo ello no significa que exista venta alguna del terreno, ni aun en el caso de que haya entrada. 3.^a En todo caso, el valor del terreno no es igual que el valor de la titularidad que al estabiliente corresponde después de la constitución de la superficie, porque precisamente la operación realizada ha sido cambiar o transformar su dominio

(1) La influencia de tal concepción en la capacidad para constituir la superficie puede verse en Borrell, págs. 313 y 323, que hace historia de sus vicisitudes conceptuales, y su proceso jurisprudencial, en sus notas. Serafini, pág. 449. Brocá y Amell, que, refutando a Vives, estima que no es suficiente que no haya entrada para que pueda constituirse por quien no tenga la libre disposición de sus bienes, ya que, como derecho real, en ningún caso podrá constituirla.

del terreno por la titularidad nueva, y ello con todas sus consecuencias jurídicas y económicas.

C. *Laudemio*.—Es una parte proporcional del precio de las enajenaciones que realice el superficiario, que corresponderá al estabiliente. Lo consideramos esencial a la figura de superficie. Su espíritu es el siguiente: aquel estabiliente o dueño del terreno que lo dió para edificar y lo transmitió en cierto modo al superficiario, perdiendo ciertamente su antiguo dominio, sin que por ello percibiera en el acto su precio, es justo que se lucre de todo el aumento de valor que el terreno experimente a través del tiempo, pues en realidad puede estimarse que conserva un como a modo de dominio del mismo, ya que no recibió el precio y la pensión sólo equivale a los réditos del mismo precio o valor al constituirse. No se aumenta la renta o pensión al compás del mayor valor del terreno, pero es racional que, en compensación, al ser vendida la finca, el superficiario no se lucre con este mayor valor. Por otra parte, el superficiario paga en la pensión un a modo de rédito del valor primitivo del solar que adquirió y será justo que al ser vendida la finca total se abone al estabiliente la diferencia del mayor valor del terreno. Mas no es menos cierto que a este mayor valor habrá contribuído en gran parte la edificación misma.

El laudemio, recogiendo este espíritu, estos anhelos y las expresadas finalidades económicas y moviéndose en un medio justo y racional, con un perfecto sentido práctico, sustituye todos los cálculos y valoraciones con una regla que gana en sencillez y claridad cuanto pierde de rigor matemático; a saber: una parte proporcional del precio de enajenación. Se conjuga perfectamente con aquella operación primera, en que hay una a modo de pérdida del dominio del terreno por el estabiliente, sin venta, y una a modo de su adquisición por el superficiario, sin compra; y con aquella operación segunda, en que el superficiario vende la finca total a un posterior comprador, que paga el aumento de valor, aumento de valor que pudieramos llamar entidad sin dueño, puesto que ni el estabiliente ni el superficiario se desprendieron ni lo adquirieron, respectivamente, pues que ni aquél lo percibió ni éste lo pagó, ya que, por otra parte, tampoco existe hasta que el transcurso del tiempo lo pone en relieve en la venta posterior. Y he aquí cómo aquel enigmático dominio del terreno sobre el que se operó sin venderlo se convirtió en esto: laudemio.

Laudemio, combinación jurídicoeconómica, por la que se proyecta la voluntad de los contratantes sobre la plusvalía del terreno a través

del tiempo; medio habilísimo e ingenioso, que permite al estabiliente no estancar su utilidad en el valor del terreno al constituirse la superficie y le hace ganar la mayor valoración del mismo en toda la sucesión de tiempos; y al superficiario operar sobre esa aspiración del estabiliente y, consecuentemente, sobre valores futuros también, convirtiéndolos de presente en beneficios a su favor.

D. *Edificación*.—La primera obligación del superficiario consiste en edificar. El cuerpo institucional de la superficie se basa en un edificio en suelo ajeno, cuyo interés económico y conveniencia social quedaron expuestos. De aquí la necesidad de pactarse la obligación de edificar. De aquí, la conveniencia de señalar un plazo para edificar y de determinar una cantidad mínima del importe de la edificación, sin perjuicio de que en ocasiones convenga especificar las características de la construcción. Nos detendremos brevemente en este punto.

La Ordenanza alemana autoriza para que, por convenio, entren a formar parte del contenido jurídico de la superficie, en cada caso concreto, los pactos más o menos razonables que se estipulen, y, dada esta generalización, podrán alcanzar a la determinación del tamaño, pisos, etcétera, del edificio, como, excediendo de esta faceta material, versar sobre la condición misma de los futuros arrendatarios, prohibiendo el acceso a las clases menesterosas, o señalando la renta máxima o mínima a cobrar a los mismos, etc., etc.

Ciertamente, la misma Ordenanza trata de evitar el abismo jurídico a que se aboca, prohibiendo que la superficie se sujetase a condición resolutoria, único medio de que tuvieran tinte real efectivo aquellos pactos que, incumplidos, extinguirían la superficie por resolución. No por este camino tortuoso, sino directamente, estimamos nosotros que deben prohibirse tales pactos. De lo contrario, quedaría desnaturalizada la figura real. Jurídicamente, todo tipo real es refractario a las limitaciones y prohibiciones de tipo personal. La misma repugnancia que nos obligaría a rechazar, tratándose de la venta de una finca, las condiciones y limitaciones expresadas por no concebir un dominio revocable condicionado con carácter real a tales limitaciones, nos obliga ahora a rechazarlas tratándose de la superficie.

Habrá de tenerse en cuenta que un criterio rígido relativo a la construcción o edificación, que prohíba pactar en absoluto sobre sus condiciones materiales, puede contrariar los propósitos de los constituyentes

de la superficie, así como que la libertad de pactos en estos extremos puede resultar antieconómica y antinatural si se impone una construcción determinada, que equivaldría a perpetuar el momento de la constitución, estancando el progreso y anulando toda iniciativa posterior y una más conveniente utilización del suelo en las más adecuadas edificaciones que llegue a imponer el transcurso del tiempo. El Derecho catalán nada dice, pero se pacta, con criterio admirable, un plazo para edificar y un valor mínimo a emplear en la construcción, dentro de las normas de las Ordenanzas correspondientes. No obstante, en ocasiones se determinan las características de las construcciones, uniendo el plano a la escritura, en especial cuando se persigue la formación de ciudades jardín, o de colonias veraniegas, o grupos de casas baratas, etc.

4) *Características jurídicas.* — Son: A) Dominio como base; B) Perpetuidad; C) Redimibilidad.

A) *Dominio básico.* — En puros principios jurídicos, la unión del terreno y de la construcción constituye una sola y total finca. Al iniciarse la superficie sólo hay una finca: el terreno o solar. Y un solo dominio: el del titular del terreno. Este primitivo dominio se transforma en la finca nueva, que ha de resultar un dominio único, escindido en dos titularidades; a saber: la de un titular estabiliente (o primitivo dueño del solar) y la de un titular superficiario. Luego veremos cuál de ellos tendrá consideración de dueño y cuál de titular de la titularidad limitativa del dominio de la finca total formada. En torno de esas dos titularidades en que se escinde la primitiva, la ley creará un conjunto de derechos y obligaciones, deberes, facultades y responsabilidades que corresponderán a cada uno de los titulares. Deberá prever y solucionar todas las actividades y posiciones de la finca y de los titulares, y sólo así quedará delimitada, definida y formada la nueva titularidad o derecho real de superficie. Estudiaremos esta materia al tratar del "contenido institucional de la superficie".

Ahora nos interesa consignar que para que pueda forjarse ese contenido adecuadamente a las finalidades perseguidas por la superficie, dentro de un marco científico, es absolutamente necesario que el terreno originario reuna las siguientes condiciones: 1.^a Que sea un dominio. Es decir, que esté en el dominio del constituyente de la superficie. Que el estabiliente sea dueño. No un arrendatario, o usufructuario, o censatario. La superficie no puede basarse en un arrendamiento, usufructo o

censo, porque concede al superficiario facultades superiores a las de aquellas entidades. No puede asombrarnos, de la misma manera que admitimos como axiomático que el arrendatario no puede dar la finca a censo o que el usufructuario no puede venderla. 2.^a El dominio ha de ser libre; no sujeto a cargas y limitaciones, hipoteca, usufructo, censo, etcétera. Lo exige así la superficie a crear, como luego veremos. 3.^a El dominio ha de ser puro y no condicinal. Por lo tanto, se precisa un solo titular dominical o varios proindiviso del terreno o solar a "establecer". Y la violación de los principios anteriores conduce al caos, como veremos al tratar del subestablecimiento catalán o subsuperficie o subenfiteusis (1).

El desenvolvimiento de estas ideas en Cataluña es erróneo, debido a la confusión de feudo y señorío y regulación de la propiedad, que se involucran en su evolución natural. De aquí la necesidad de su reforma.

B) *Perpetuidad*.—La perpetuidad o duración ilimitada de la superficie es consecuencia de la conjunción o perpetuidad del terreno con la perpetuidad física de la construcción, determinada por la permanencia y la solidez de los materiales; de tal modo, que estando en la naturaleza de las cosas ha de encarnar en la naturaleza de la figura jurídica que la plasma. Carecerá de esta perfecta correlación el tipo superficiario temporal que provocará el contraste de una construcción permanente de vida física mayor que la titularidad jurídica que la sustenta. En realidad, se sustentaría en un a modo de arrendamiento del solar—temporal—, soportando una cosa material, o construcción—permanente—. Todo nos hace pensar que este resultado es fruto de la impotencia. Y si se busca la solución en sincronizar con el arrendamiento, temporal, la superficie, también declarada temporal, su resultado será la solución antieconómica de poder demoler la construcción, o la de quedar obligado el dueño del solar a indemnizar al superficiario al extinguirse la superficie (que no pudo ser el móvil ni estar en la intención de los con-

(1) En Cataluña, criterio antiguo, podía "establecer" el fiduciario, por entenderse una forma normal de explotación; pero el Tribunal Supremo, en sentencias de 26 de febrero de 1887 y 30 de octubre de 1888, no por las razones de orden científico expuestas, sino por considerarlo acto de enajenación, lo prohíbe al fiduciario si no lo autoriza el causante. Véase Borrell, pág. 313.

En Tortosa se llega al error máximo, y puede crear la enfiteusis el usufructuario y el que tiene la cosa a violario. *Const. de Tortosa*, I. 4, rub. 26, part. 26.

CONTENIDO INSTITUCIONAL DE LA SUPERFICIE

Sobre aquel esquemático y primer contenido que ha quedado esbozado en líneas anteriores se va formando el cuerpo institucional de la superficie en las reglas definidoras de los derechos, obligaciones, acciones, facultades, deberes y responsabilidades de los dos titulares de la superficie.

1. Los derechos y obligaciones del superficiario son:

A) *Antes de edificar.*—El derecho de poseer el terreno, y una vez cumplida su obligación de edificar, regirse por las reglas que veremos. Y la obligación de edificar con arreglo a las condiciones estipuladas.

¿Cuál es el efecto de no edificar en el plazo y forma convenidos? El Derecho catalán no lo señala entre los casos de comiso. Tampoco lo vemos resuelto por los tratadistas. Tal vez de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1899 pudiera deducirse su caducidad; y admitido este criterio, llevaría consigo la pérdida, por el superficiario, de la entrada y de las pensiones pagadas. ¿Se admitirá el derecho de discusión en este período? Tampoco hay criterio fijo; se suele pactar en sentido negativo. Nuestra opinión sería, en este caso como en el anterior, conceder al estabiliente un derecho a indemnización, que convendría pactar previamente en la escritura de constitución. Si durante el mismo período fuera expropiado el terreno, creemos deberá abonarse al estabiliente el valor del mismo—entrada, más capitalización de la pensión, como sabemos—, deduciendo previamente el importe de la entrada, que ya recibió. El resto, si lo hay, será para el superficiario. No vemos tratada la cuestión en el Derecho catalán ni estudiada por los comentaristas.

B) *Después de la edificación. Posesión.*—El superficiario tiene la posesión de la finca total, en una posición equiparable al dominio, con derecho amplísimo, sin otras limitaciones que las que resulten de la regulación de la superficie a favor del estabiliente. Por lo tanto, le corresponde su uso y disfrute (1). Se dice de este uso y disfrute que lo tiene a

(1) Brocà y Amell, pág. 191, cita: ley 25, párr. I. "Dig. De usuris". XXII, en relación al derecho de disfrute; el párr. 3, "Jus. De locat", III, 25, nov. 7, cap. 3, párrafo 2. Nov. 120, cap. 8, para el derecho de arriendo y demás contratos de utilidad; la Ordinación 31 de Santa Cilia, para plantaciones.

modo de un propietario o de un usufructuario. Lo cierto es que lo tiene como tal superficiario y que es una de las facultades del contenido de la superficie que, en unión de las demás, forman esta titularidad, del mismo modo que la misma posesión y facultad sumadas a otras en el arrendamiento, usufructo o dominio forman las titularidades, arrendamiento, usufructo o dominio. Alcanza, pues, la posesión a la percepción de los frutos y a la realización de los actos de administración.

Se discute si alcanza a las accesiones de la finca (1), lo que para nosotros no ofrece duda, pues el término "accesión" se refiere a la finca y por ende al superficiario que la somete a su imperio.

En cuanto al tesoro oculto, creemos rechazable la distinción de su hallazgo en el terreno o en el edificio, para determinar a quién corresponde. En todo caso, a nuestro juicio, deberá ser del superficiario, dada su conceptuación de dueño y la formación de finca única de que hemos partido (2).

Acciones.—En defensa de sus derechos, el superficiario dispone en el Derecho catalán de las acciones siguientes: reivindicatoria útil, publiciana útil, interdictos y evicción (3).

Obligaciones.—1.^a Satisfacer todos los gastos correspondientes a la finca, así como sus reparaciones y responsabilidades de todas clases.

2. *Contribuciones.*—En principio, todas las contribuciones sobre la finca debieran ser satisfechas por el superficiario, y tal es el criterio romano; pero la jurisprudencia, que aplica como supletorio el artículo 1.622 del Código Civil, opta por lo contrario, y, en consecuencia, se puede solicitar rebaja de la pensión por razón de contribución territorial pagada por el ensiteuta, siendo imprescriptible este derecho, según la sentencia de 12 de enero de 1897 (4). Pero ello, que tal vez sea justo tratándose de la ensiteusis, no resulta apropiado a la superficie, por lo

(1) Brocá y Amell lo afirman, pág. 191, deduciéndolo de las leyes 10, 32 y 65. "De jure dot.", XXIII, 3.

(2) Brocá y Amell lo niegan, deduciéndolo de la ley 7, p. 12, "Dig. solut. matri.", XXIV, 3, pág. 191.

(3) Borrell, pág. 319. Brocá y Amell expresan sus fuentes, pág. 191.

(4) Ley 2, Cód. "De jure ephiteu.", IV, 66. Ley 2, Cód. "De annon.", X, 16. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1864 impone el pago al ensiteuta; lo mismo la ley de Presupuestos de 23 de mayo de 1845, si bien le concede derecho para descontar de la pensión el tanto por ciento de contribución que corresponda al estabiliente.

cual se acostumbra a pactar lo contrario, admitiéndose su validez por la jurisprudencia.

3.^a *Seguro de incendios*.—Nada hallamos en el Derecho catalán acerca del seguro, de moderna aparición y, por otra parte, no apropiado a la ensiteusis rústica. Es objeto de preocupación para la Ordenanza alemana, y la más elemental previsión aconseja que sea obligatorio para el superficiario, y a su cargo, en defensa de los intereses del estabiliente. Ocurrido el siniestro, intervendrá en el destino de la indemnización en unión del superficiario, bien sea invirtiéndola en la reconstrucción o bien distribuyéndola entre ambos, estimando en este caso aplicables las normas que examinaremos al tratar de la expropiación.

4.^a *Pago de la pensión*.—La pensión es, en definitiva, la contraprestación que gana el estabiliente. Cualquiera que haya sido su carácter en la Historia, no significa actualmente ni un reconocimiento de dominio, ni una muestra de acatamiento, ni una prestación de tipo señorial. De aquí que la pensión haya de pactarse en dinero, sin consistir en una parte proporcional de los rendimientos de la finca.

Su cuantía será señalada por los contratantes. Pero creemos que para el juego jurídico y económico perfecto es absolutamente preciso que, capitalizada, equivalga al valor del terreno (si no hay entrada, y sumada ésta en otro caso). Bastará para ello variar el tipo de capitalización, y claro está que podrá éste, en su caso, ser impugnado por usurario.

Los tratadistas catalanes no perciben la idea expuesta; para unos, el canon no es una renta, sino menos que ella (1); para otros, sumados los de veinte años, deben producir el valor de la cosa; equivale, para otros, a cinco sextas partes de la renta, y es curioso el punto de vista de Fontanella respecto de la modicidad de la pensión (2).

Acción para el cobro de la pensión.—Vamos a examinarla en términos vulgares, prescindiendo de la confusión de técnicos y comentaristas que saben discurrir por caminos tortuosos sin vacilación. Preguntaremos: ¿cómo asegurará el estabiliente la efectividad del cobro de la pensión? A falta de ley que lo asegure, sólo tendrá un camino: pactar

(1) Para Durán y Bas, Almela, Caucer, etc., basta que exprese la subsistencia del dominio en el estabiliente.

(2) Puede verse en estos puntos: Fontanella, o. c., cláus. IV, glos. 18, part. 1, números 47, 139, 167 y siguientes. Caucer, "Var. Res. pars.", 1, cap. 15, números 58 a 63, y párr. 3, cap. 1, núm. 189, que cita Pelló y Forgas.

que por falta de pago procede el comiso. Medida heroica e injusta, que sólo la carencia de otra garantía más justa puede justificar y que, por lo tanto, será rechazada tan pronto como la ley provea a este extremo.

¿Cómo la ley garantizará el pago de la pensión? Imponiendo que la finca misma quede afecta a dicho pago (acción real) (1). Mas ¿qué significa jurídicamente esta expresión? Veámoslo.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI.

Notario.

(1) Para Borrell, la obligación de pagar las pensiones es de naturaleza real, y el poseedor de la finca responde de las vencidas en tiempo de un poseedor o enfiteuta anterior, no prescritas, aunque haya comprado la finca como libre, y salvo siempre la ley Hipotecaria. Esta es la doctrina clásica de la acción real, en la que, como vemos, no se expresa netamente por qué es de naturaleza real, ni sus efectos reales se muestran concretamente.