

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XVI

Agosto de 1940

Núm. 147

Unificación del Derecho Nacional

S U M A R I O

- I.—PLANTEAMIENTO DEL TEMA.
- II.—PROBLEMA SUPERFICIARIO.—La superficie en la historia.—A. Tiempos antiguos: Roma. Germania.—B. Edad Media.—C. Edad Moderna: Italia. Francia. España. Bélgica. Prusia. Suiza. Alemania. Austria. Ordenanza alemana. Inglaterra.—D. Enfiteusis.
- III.—LA SUPERFICIE EN CATALUÑA.
- IV.—LA SUPERFICIE EN EL CÓDIGO CIVIL.
- V.—DERECHO REAL DE SUPERFICIE.—1) Idea general.—2) Elementos: A. Solar. B. Edificio.—3) Mecanismo de acción: A. Entrada. B. Pensión. C. Laudemio. D. Edificación.—4) Características jurídicas: A. Dominio como base. B. Perpetuidad. C. Redimibilidad.—5) Constitución.
- VI.—CONTENIDO INSTITUCIONAL DE LA SUPERFICIE.—1. Titularidad del superficiario.—Derechos y obligaciones: A. Antes de edificar. B. Después de la edificación.—Posesión.—Acciones.—Obligaciones.—Acción para el cobro de la pensión.—Prescripción.—Enajenación.
2. Titularidad del estabiliente.—Derechos y obligaciones: Laudemio.—Cuantía del mismo.—Cómo se computa.—Alienaciones que lo devengan.—Quién ha de pagarlos.—Acción para reclamarlo.—Firma de dominio.—Enajenación.
3. Derechos y obligaciones comunes: Fadiga y retracto.—Sus efectos.—Crítica.—Dimisión.—Amortización.—Carta precavía y cabrevación.
- VII.—EXTINCIÓN DE LA SUPERFICIE.—a) Destrucción total de la finca.—b) Dimisión.—c) Fadiga y retracto.—d) Confusión.—e) Expropiación.
f) Redención.—g) Conuso.—i) Prescripción.
- VIII.—SUBENFITEUSIS, SUBESTABLECIMIENTO O SUBSUPERFICIE.—Regla general científica.—Subenfiteusis en Barcelona: 1. Dimisión.—2. Pensión.—3. Laudemio.—4. Fadiga.—Conclusión.

Felizmente, parece llegado el momento de unificar el Derecho en España.

Será fácil, si lo hacemos sin violencia jurídica y con garantías científicas.

El panorama actual es el siguiente: frente al llamado derecho común, del Código civil, aparecen las llamadas legislaciones forales, cuyo cuerpo está formado, en esencia, por las siguientes variedades:

a) Una regulación especial de la propiedad, de tipo familiar, frente a la concepción individualista de su regulación por el Código civil.

Origina las leyes forales de Vizcaya, Aragón, Navarra y Cataluña y constituye la casi totalidad de la materia de las mismas: régimen matrimonial, heredamientos, sistema sucesorio, apartamientos hereditarios, troncalidad, legítimas, etc., etc. Todas las expresadas variedades legislativas se hallan orientadas a aquella finalidad familiar.

En las páginas de esta misma REVISTA CRÍTICA expusimos el año 1935 nuestra convicción de que, si se dictase una ley de patrimonio familiar común a toda España, quedarían eliminadas las legislaciones forales, lográndose la unidad legislativa en dos cuerpos de aplicación general: Código civil y Ley de Patrimonios.

b) Una regulación especial de los tipos de propiedad censual, constituida: 1) Por los foros gallegos; y 2) Por la enfiteusis catalana. El problema de los foros, a este respecto de unificación, quedó resuelto por el artículo 1.655 del Código civil.

Queda, pues, tan sólo el problema de la unificación en relación a la enfiteusis catalana, en cuyo examen entraremos seguidamente. Mas, antes, digamos que, por lo expuesto, es posible afirmar que la ansiada unificación se circunscribe casi totalmente a la legislación catalana, y dentro de ella a la materia enfiteusis. Ciertamente. Aparte de ello, sólo queda:

c) Sucesión intestada foral. En cuanto a Navarra, Vizcaya y Cataluña, el Tribunal Supremo se ha encargado de allanar el camino unificador, en conocidas sentencias.

En cuanto a Aragón, la primera consecuencia de la Ley de Patrimonios será borrar el régimen sucesorio del Apéndice Aragonés.

d) Algunas variaciones sobre determinadas servidumbres, de las que destaca la regulación, para Cataluña, de las "Ordinaciones de Sancta-cilia".

e) Los varios tipos forales de organización económica de la so-

ciudad conyugal, de fácil incorporación al Código civil, bastando para ello que en sus páginas regulase el régimen de comunidad del Bayliato y el de separación de bienes catalán, únicos con razones de subsistencia.

No desde el punto de vista de su unificación, sino de su contenido fundamental para su posible incorporación al Código civil, estudiaremos en otros trabajos las Ordinaciones de Sanctaçilia y el régimen de separación de bienes catalán.

Ahora nos ocuparemos a fondo de la enfiteusis.

Podemos partir de dos hechos evidentes, a saber: fuera de Cataluña apenas se constituyen censos, y en Cataluña se constituyen con profusión. Ahora bien: los escasos que se constituyen fuera de Cataluña son censos de tipo rústico, y por el contrario, los constituidos en Cataluña son censos especiales. Llamados "establecimiento o enfiteusis", que responden a una finalidad no rústica, sino urbana o de construcción de edificios. Aun cuando sea adelantar ideas, si queremos pisar firme hemos de partir de la convicción de que el "establiment" catalán o enfiteusis catalana no es propiamente un censo. Responde a un anhelo y a una aspiración que no son los del censo ni de la enfiteusis, sino que tienen un campo aparte, separado y especial. Y que, sólo vicisitudes históricas han hecho que se haya confundido con la enfiteusis, e identificado con ella incluso en el mismo nombre y regulación. No. La figura jurídica que se oculta en la rúbrica establecimiento o enfiteusis catalana no es otra que la del derecho real de *superficie*.

Es un derecho de superficie, que por vicisitudes históricas se ha desenvuelto en forma enfiteutiforme, tomando el nombre de enfiteusis.

Responde a un contenido interesantísimo, a saber: el desenvolvimiento de la serie de problemas, aspiraciones y anhelos que se centran en la rúbrica derecho de superficie. Estas aspiraciones y anhelos son comunes a toda España, pero sólo en Cataluña tienen su regulación y molde legal, de que carecen fuera, como veremos al examinar el Código civil.

Podemos concluir: de todo el derecho catalán referente a censos, sólo merece nuestra consideración el llamado "establiment" o enfiteusis, porque encarna el tipo anhelado de "derecho superficie". Y si logramos extraer de aquella enfiteusis catalana el contenido y esencia del llamado derecho de superficie, podremos arrojar como una cáscara vacía todo aquel conjunto de figuras de censos, enfitéutico, consignativo y reservativo, remitiendo su regulación general a las páginas del CÓ-

digo civil, panteón de normas en este punto, según frase tradicional, más o menos carente de penetración jurídica. Con el fruto logrado, o cuerpo vivo y delimitado del derecho de superficie, podremos envanecernos justamente, elevándolo a norma común para toda España en las páginas del Código civil.

En el camino que emprendemos nos servirá de mucho dirigir una mirada al pasado, en una gran síntesis histórica del derecho de superficie.

En sus líneas más simples, en todos los tiempos el problema superficiario se centra en el hecho siguiente: se edifica por una persona en terreno perteneciente a otra; el que edifica no es dueño del terreno. Sin embargo, edifica. No importa ahora la causa de que no sea dueño del terreno: por falta de capacidad del dueño para venderlo, o por carecer de dinero para comprarlo, o por haber edificado sin recordar que sólo era precarista o arrendatario o usufructuario del terreno. Por otra parte, es lógico que quien edifica procure primero adquirir la propiedad del terreno, y a falta de este título, por lo menos lo posea con otro más débil: arrendamiento, enfiteusis, usufructo, etc. Lo evidente es que si se desea conceder algún derecho en lo edificado a quien edifica en terreno ajeno, ese deseo trabaja para configurar un tipo de derecho nuevo—derecho a lo edificado en suelo ajeno—, al que bautizaremos, para cuando esté formado y aun para el tiempo en que sólo es un embrión de derecho, con el nombre de derecho de superficie. Y no es menos evidente que ese pretendido derecho afectará y forzará el derecho normal del dueño del terreno, tanto si lo dió en precario como en arrendamiento, enfiteusis o usufructo, y que, para el supuesto de edificación que regule, modificará la regulación normal del precario, del arrendamiento, de la enfiteusis o del usufructo.

Habrá una lucha entre las formas típicas expresadas y el deseo de nacer y de ser del pretendido derecho de superficie; de su posibilidad de vivir al amparo de esas formas que, en ocasiones, no querrán doblegarse a sus exigencias, y en otras, por el contrario, cederán ante ellas.

Mas es indudable que al final de esta lucha, si resulta vencedor el derecho de superficie, por la potencia y vitalidad del anhelo a que responde, se habrá creado un tipo nuevo de derecho real, diferente del arrendamiento y de la enfiteusis, que se elevará a las páginas del Código civil. Será el derecho real de superficie, con rango propio.

A. *Tiempos antiguos*.—Se citan como precedentes la adquisición de terrenos para la fundación de Cartago, la ley Icilia de Aventino publicando la reconstrucción de Roma en terrenos del Estado mediante el pago del "solarium", etc., sobre los que es difícil sacar conclusión alguna, como no sea la nota de identidad de la finalidad a satisfacer en la antigüedad y en los tiempos actuales.

Roma nos ofrece escasísimas enseñanzas. El principio de accesión, por el que el vuelo, como accesorio, sigue al suelo como principal, parece oponerse al desenvolvimiento de la superficie.

Sin embargo, se configura con tinte real tan pronto como al arrendatario que edifica en el suelo arrendado se le concede el interdicto de "superficiebus", y adquiere su cuerpo conceptual en su último período, en que al superficiario, además de aquella acción, le competen: *a*), una *in re actio*; *b*), una *exceptio in pactum* contra el dueño del suelo; *c*), el interdicto *quod vi aut clam*; *d*), el de *vi et de vi armata*; *e*), la *publiciana in rem actio*; *f*), la *servitutis causa actio*; *g*), la *operis novi nuntiatio*, y *h*), las útiles acciones en general.

Con este cuerpo se incluye en la figura superficiaria no sólo el arrendamiento edificante, sino el que, sin este título, adquiere el derecho a edificar en terreno ajeno o se hace titular del edificado, con separación del suelo.

En definitiva, el derecho se muestra como una posesión del edificio por el superficiario, a título de *jure superficiario*.

El contenido de este *jure* queda apenas dibujado y puede concretarse así: un derecho de goce y uso; una facultad de utilización directa del edificio, que es tratado como un quasi usufructo, y una obligación de soportar las cargas del mismo y de pagar el canon, según la acepción más generalizada. En esencia, la superficie es perpetua, si bien es concebida también como temporal. No es posible afirmar si la falta de pago del canon originaba o no la extinción de la superficie y la pérdida de su derecho por el superficiario. Asimilada a la enfiteusis o al arrendamiento, originarían tal vez el comiso o el desahucio; pero se ignora si dichas asimilaciones llegaron a tal extremo. Como vemos, la regulación romana de la superficie sólo nos sirve para deducir la imprecisión de su concepción por tal pueblo.

Menores perspectivas aún nos ofrece la concepción germánica referida al tema que examinamos. Su tosca mentalidad jurídica no percibe la necesidad del principio de que lo accesorio sigue a lo principal y, por

el contrario, considera cosas diferentes el suelo y el edificio, admitiendo una doble dominación que evita el plantamiento del problema superficiario. Primitivamente, no sólo los considera diferentes, sino que el suelo es tenido por inmueble y la construcción por mueble, quedando no sólo aislados, sino sujetos a tratamiento jurídico diferente. No hay problema mayor cuando los materiales son ligeros y fácilmente transportables, maderas, pieles, etc.; pero tan pronto como los mismos son sólidos, y como consecuencia la construcción adquiere carácter de permanencia, surge el problema en toda su profundidad. El pensamiento germano se obstina en la primitiva concepción de doble propiedad, centrando todo el problema ahora en el destino final de las construcciones al extinguirse el derecho—arrendamiento, concesión o convenio—en que el supuesto superficiario ha basado la construcción. Salva la dificultad regulando su destino: pudiendo demolerla el superficiario y en ocasiones exigir una indemnización al dejarla en favor del dueño del terreno. Bien se ve la deficiencia jurídica de la solución.

B. *Edad Media*.—El derecho a la construcción o edificación, que es de naturaleza perpetua por ser la edificación de carácter permanente, choca con el arrendamiento, que es temporal. Es un mal vehículo éste para el espíritu que anima al constructor y para el reconocimiento de su derecho a lo edificado. Mas en la Edad Media desaparece el arrendamiento absorbido por otra modalidad, de tipo perpetuo ahora, a saber: la enfiteusis. Su misma perpetuidad evita y soslaya el problema superficiario. Las concesiones para edificar y los derechos de los no dueños que edifican se desenvuelven sin violencia ni choque alguno al amparo de las concesiones precarias enfiteutiformes de carácter más o menos feudal, que puede afirmarse es el molde único por el que discurre la vida jurídica durante esta época. No hay problema superficiario. Por otra parte, la enfiteusis es rústica como la vida misma se desenvuelve en un medio rural, al paso que, como sabemos, el problema superficiario es característicamente urbano. La resistencia, más o menos débil, a la absorción de un problema urbano por una modalidad rústica—superficie por la enfiteusis—se inicia a fines de la Edad Media, en que comienza la creación de ciudades, pero no logra plasmarse en fórmulas jurídicas específicas ni despojarse de su envoltura enfiteutica. Apenas es percibida la diferenciación sutil en la vida del derecho y las escasas disposiciones que se dictan en relación a las fincas urbanas construidas en suelo

ajeno, no forman un cuerpo firme y sus deficiencias y lagunas se suplen aplicando las reglas enfitéuticas. Es un período de confusión doctrinal y legal, un estado de transición, caótico, del que habrá de surgir un derecho nuevo.

C. *Edad Moderna*.—La Revolución francesa da el golpe de muerte a todas las antiguas instituciones feudales, y en revuelta confusión perecen con ellas las formas precarias enfitéuticas, quedando al desnudo, sin posible cauce siquiera fuera el impropio enfitéutico, el problema de la superficie o construcción urbana en suelo ajeno.

Por otra parte, los derechos reales de arrendamiento y usufructo se regulan específica y totalmente y se resuelve dentro de su contenido normal cuanto hace relación a las construcciones hechas por el arrendatario y el usufructuario en el fundo de que gozan, eliminándose del problema superficiario.

Y la enfeitis y el censo, si sobreviven más o menos débilmente, es, como veremos, a costa de volver al campo rural y al medio rústico en que, por otra parte, nacieron.

Al resurgir, pues, el problema de la superficie en la época moderna, se presenta como una cuestión *novísima*, no sólo por los juristas, sino por los economistas y sociólogos y es tratado como posible medio de solución de los siguientes fines: edificación y formación de grandes núcleos urbanos y ciudades; como resolutorio del problema de la vivienda; como solución de la habitación urbana del obrero; distribución equitativa de la plus valía de los terrenos; tipo socializante de la propiedad pública adecuado a las concesiones de terrenos por el Estado y Municipios a entidades obreras o para casas baratas en su beneficio; para la formación del hogar familiar urbano, a semejanza del "homestead" rústico, etc.

Veamos cómo lo resuelven las legislaciones positivas de los diversos Estados.

En términos generales, los países latinos no lo resuelven ni casi lo plantean jurídica y formalmente. Los pueblos germanos no avanzan mucho más, pero siquiera lo intentan, aun cuando el acierto no guíe sus pasos.

En Italia, Francia y España la superficie no existe como derecho específico y diferenciado. Sus códigos no la regulan. El principio de accesión resplandece en todo su vigor y sólo podría ser vencido por el

camino rotundo de crear el derecho de superficie. Ninguna de estas legislaciones lo hace.

Para mayor confusión Francia nos habla, en el artículo 553 del Código de Napoleón, de que se adquiere *la propiedad* (no el derecho de superficie) de la construcción en suelo ajeno, y amplía al subterráneo la posibilidad de ser adquirido.

Bélgica.—Su ley de 10 de enero de 1924 reconoce la posibilidad de un derecho de superficie que en adelante podrá constituirse por un término no mayor de cincuenta años, a cuyo transcurso el dueño del terreno hace suya la edificación mediante el pago de su valor.

Criterio análogo sigue *Holanda*.

Prusia.—Aquella vieja concepción germana de considerar cosas diferentes el suelo y el vuelo se refleja en el Código prusiano de 5 de enero de 1794, que sotraya la superficie como figura original, admitiendo una doble propiedad independiente; y como esta independencia resulta inadmisible por la adherencia de la edificación al suelo, se inclina a relacionarlos en la figura de servidumbre.

Suiza.—Es radical, y su Código permite la existencia de una edificación sobre o bajo el suelo ajeno, que constituirá una servidumbre del suelo con derecho de propiedad de la construcción a favor del superficiario.

Alemania.—Su Código dedica a la superficie seis artículos, definiéndola como un derecho real transmisible de tener una construcción sobre o bajo el suelo ajeno.

Austria.—La ley de 26 de abril de 1912 admite igualmente la creación de un derecho de superficie regulador del hecho de la edificación en terreno ajeno, derecho que califica de real, enajenable y transmisible. Es temporal, con un mínimo de duración de treinta años y máximo de ochenta.

Se tiene como servidumbre predial o carga soportada por la finca solar; los derechos y deberes de la titularidad del superficiario son los de un usufructuario respecto del solar y los de un propietario respecto de la edificación construida. A su terminación acrece lo edificado al dominio del suelo, previa indemnización de la cuarta parte de su valor. Si hay reserva de la edificación a favor del superficiario, se tiene por cosa mueble y el dueño del solar puede exigir su remoción. Podemos concluir: en todas estas legislaciones existe un reconocimiento de la po-

sibilidad de crear un derecho de superficie. Pero la ley no lo crea en la única forma que podría hacerlo, o sea señalando su contenido.

En ocasiones (Prusia, Austria, Suiza) se califica de derecho real. En otros cuerpos legales se señalan los linderos en que ha de moverse la creación—temporalidad, obligación de indemnizar a su extinción, etcétera—; pero ninguna señala el contenido de la titularidad creada o superficie, los derechos y obligaciones reciprocos y las facultades del titular. A lo más, quedá todo ello a la previsión de los contratantes. A lo más, nos dirá la ley austriaca que es una titularidad análoga a la usufructuaria en cuanto al solar, o la suiza la asimilará a la servidumbre, o la prusiana a la propiedad. En definitiva, no crean la titularidad, limitándose a permitir su creación, dentro de los hitos que señalan.

Ahora bien: El último paso, después de una depuradísima y tenaz labor sobre estos precedentes legales, es la elaboración de la Ordenanza alemana de 15 de enero de 1919, que recoge y plasma el espíritu germano y crea el modelo tipo de *superficie*.

En este examen nos limitaremos a señalar su fracaso.

1.—Define, ciertamente, la superficie, como un derecho real, transmisible y heredable, *de tener* sobre o bajo la superficie una construcción (art. 1.º).

Muestra máxima de impotencia, *ese tener*, que no dice si es un dominio y deja en el vacío su calificación jurídica.

2.—El mismo artículo declara que la finca (el terreno) sufre así un gravamen (la superficie), y que ésta, por lo tanto, es un derecho real de utilizar la cosa ajena (terreno) para *tener* en ella una construcción.

A la impotencia anterior se añade ahora la de admitir y partir de la existencia de dos cosas jurídicas, terreno y edificación, concebidas como fincas diferentes, no obstante ser una sola. Este error explica la enigmática expresión: aquel *tener*. Por otra parte, poco importaría el empleo de este término si la Ordenanza mostrara su alcance en la regulación de su contenido, estableciendo las facultades, derechos, obligaciones, responsabilidades y acciones de cada titular—superficionario y dueño del terreno—. Pero no sólo no lo hace, sino que el artículo 2.º declara que todo ello será señalado por las partes, en convenio. Bastaría lo indicado para patentizar el fracaso de la Ordenanza. Pero, continuando, habremos de apuntar que aquellas otras reglas que ya sólo tienen el valor de hitos de la institución, son también erróneas en sus dos más esenciales direcciones; a saber: carácter temporal de la superficie

y accidentalidad del canon o contraprestación. Poco importa ya que constituyan aciertos las reglas de desenvolvimiento que impone: condiciones para la enajenación, juego de la acción para el cobro del canon, prohibición de condiciones resolutorias, requisitos de la renuncia, repudiación del comiso, etc. Y menos todavía que la más depurada técnica moderna se proyecte en aquellos otros desenvolvimientos accidentales, en magníficas reglas sobre su régimen hipotecario, sobre la colocación de capitales, seguro de incendios, concurrencia con garantías hipotecarias, etc. Esencialmente, despojado de su ropaje técnico, la Ordenanza nos sitúa en los primeros tiempos germanos y, como entonces, queda al desnudo: un impreciso derecho a lo edificado en suelo ajeno mediante el pago de una pensión, durante el tiempo establecido, y una adquisición del edificio por el dueño del terreno a la extinción de la superficie.

Inglaterra.—Tiene los mismos precedentes feudales a través de la Edad Media, tomando la forma de concesiones de tierras, para edificar, mediante un canon anual; son temporales sólo nominalmente, pues se generalizó su concesión por plazos larguísimos, que le asimilan a la perpetuidad, desde noventa y nueve a novecientos noventa y nueve años. Exceden de un arrendamiento, y bajo su nombre genérico, "leases", se ha desenvuelto la creación de Londres, que ofrece la peculiaridad de pertenecer en su suelo o solares a contados magnates, los cuales perciben el canon como una reminiscencia que puede semejar prestación feudal. Por el contrario, la propiedad de las edificaciones está repartidísima entre todas las clases sociales, con progresión creciente de las más humildes, que cifran su aspiración en la adquisición de una casa, lográndola contra el pago de una ínfima cantidad, quedando hipotecada por el pago de las rentas durante los años convenidos, al transcurso de los cuales queda liberada la finca. No se debe ello al pacto directo de magnates y constructores, sino que sirven de intermediarios las sociedades constructoras, que realizan la parcelación, urbanización, apertura de calles, etc., con arreglo a un plan preconcebido.

De la importancia de estas empresas bastará indicar que la "Halifax Building Society" tiene actualmente invertidas en esta forma cuatro mil millones de pesetas. Jurídicamente, la figura es imperfecta: un arrendamiento. No es concebible que, a su terminación, pierdan sus casas todos los propietarios londinenses, y de aquí que se pacte, siempre que es posible, la residualidad de la pensión o extinción del "lease".

D. *Enfiteusis*.—Será preciso apuntar breves notas acerca de la enfiteusis, puesto que hemos visto sus contactos y hasta su identificación con la superficie.

Nace de los arrendamientos a largo plazo y perpetuos, y el emperador Zenón, que le da carácter propio diferente del arrendamiento y de la venta, y Justiniano, que la regula especialmente, son sus creadores en Roma.

En la Edad Media se generalizan extraordinariamente, mezclándose en ella las instituciones feudales, de las que es un adecuado vehículo, en cuanto se plasman en la posesión de la tierra, ajustándose, en cuanto a las prestaciones y deberes y hasta en su concepción de dominios divididos, a aquellos reflejos jerárquicos y de soberanía personal que en la organización de la propiedad caracterizan al feudalismo y en general a toda la Edad Media. Por esta misma razón, de fondo político y sentimental, a medida que el tiempo corre y las nuevas ideas se desenvuelven, se van cercenando las facultades de los señores o dueños en beneficio de los poseedores o enfiteutas, alterándose el tipo de la enfiteusis, en franca marcha hacia la conversión de la propiedad censual de la tierra en propiedad libre. En este camino es punto culminante la Revolución francesa, que en su reacción contra las formas feudales muestra su aborrecimiento ante los censos y enfiteusis, considerándolos como restos de aquella organización.

Esta actitud es universal, como universal es el sentimiento que anima a los revolucionarios. La historia de la enfiteusis toca a su fin.

Francia decreta su abolición. Bélgica la rechaza.

Alemania no la regula y pasan los censos a ocupar un lugar especial, con el nombre de cargas territoriales, remozadas en una más perfecta regulación, que no otra cosa son las "Reallasten", y aun en cierto modo las "Rentenschulden". Es una especie de liquidación de categorías históricas.

Chile, Argentina y Uruguay la prohíben.

Los demás países no llegan a esta actitud extrema y se limitan a despojarla de sus más censuradas características: perpetuidad, irredimibilidad, comiso, etc.

Así lo hacen, con criterio vario, Italia, España, Inglaterra, Méjico, Holanda, etc.

Con tan escasa vitalidad es, además, relegada al campo, a una modalidad rústica. Y dentro de tal modalidad rústica es una forma en des-

uso, como que no responde a los fines que la justificaron y engrandecieron a través de la historia; a saber: concesiones de terrenos de dominio público que hoy adoptan otra modalidad; adecuación a las categorías feudales en la propiedad rural ya desaparecidas, y propulsión del cultivo de las tierras yermas e incultivadas, actualmente inexistentes. Pierde así todo contacto con la superficie, que es problema urbano que utilizó la enfiteusis por absorción.

Por último, se inicia una reacción a favor de ésta, hallando en la misma una más beneficiosa situación a favor del cultivador y, como tantas veces, pasadas las primeras exaltaciones revolucionarias, se vuelve la mirada a las formas antiguas y se las descubre pletóricas de savia y vigor. Así, la ley belga de 10 de enero de 1826 restablece la enfiteusis, si bien despojada de los derechos de tanteo y laudemio y con carácter temporal (veintisiete a noventa y nueve años). Y Francia, por las leyes de 25 de junio y 4 de julio de 1902, forma el Código rural en que la enfiteusis toma cuerpo, si bien desnaturalizada con su temporalidad, de dieciocho a noventa y nueve años, y por negarse el laudemio.

Estas ligeras noticias históricas son suficientes para sentar las afirmaciones que nos interesan de momento; a saber: la superficie se desenvuelve en la historia íntimamente unida al arrendamiento y la enfiteusis; a la par, el arrendamiento deviene enfiteusis y la enfiteusis se entronca en el feudo.

Repudiada la enfiteusis en la Edad Moderna por odió al feudo, el problema superficiario resurge vivo, coincidiendo con el crecimiento inusitado de las ciudades. Y, proscrita la enfiteusis, carece de molde para desenvolverse. Se ha llegado a un fin de ruta y ha de buscarse otra.

Los países latinos ni siquiera lo intentan. Quedan en un punto muerto, en el que nos hallamos ahora.

Los países germanos inician una ruta nueva sin contacto con la enfiteusis, y, no obstante la técnica moderna, nos sitúa en los tiempos primeros de la superficie, en Roma o en Germania, pues han prescindido de aquellos siglos que la nutrieron, dándole vida propia, profundidad y tradición.

LA SUPERFICIE EN CATALUÑA

En este panorama enteco y desolador; en este desierto jurídico, se nos ofrece un oasis y un manantial generoso en Cataluña. La enfiteusis catalana tiene su base en la enfiteusis romana; mas en la época feudal se desenvuelve basada en la costumbre, que hace que la enfiteusis tome voluntariamente las formas y modalidades del feudo, del mismo modo que el feudo adopta, para regular la propiedad, las formas enfitéuticas. En paralelismo jurídico perfecto llegan a superponerse e identificarse, hasta llegar a ser encarnadas en una regla de derecho positivo común a ambas. Es posible notar, no obstante, su doble espíritu, y ello explica que, desaparecido el feudalismo, subsista en Cataluña la organización enfitéutica de la propiedad.

Más aquí nos interesa, con preferencia, observar que en su evolución ha servido para llenar los mismos fines que la enfiteusis llenó en todos los pueblos.

Pero, además, con aquellas mismas fórmulas y reglas de solución de los problemas de carácter rústico que integran la enfiteusis resolvió el problema superficiario al plantearse, en época más avanzada de la historia, el problema de la edificación urbana. Este pueblo, ingenioso y finamente jurídico, que une a estas cualidades una aguda penetración económica y un respeto profundo a las formas tradicionales, entendió que aquellas normas rústicas enfitéuticas, aplicadas a la edificación urbana, llenaban cumplidamente los fines propuestos.

Cataluña no ha vacilado nunca. El problema urbano de la edificación lo ha resuelto en la historia con las reglas enfitéuticas del "establiment".

Durante los siglos de su evolución ha atendido primero al problema rústico, de mejora del campo y de su aprovechamiento más perfecto, y luego al problema urbano de creación de la ciudad, hasta que, perdida la importancia y actualidad de aquél—resuelto, mejor dicho—, ha continuado elaborando reglas y concretando soluciones en torno casi exclusivamente del problema urbano.

Nunca ha repudiado la enfiteusis o "establiment" como forma arcaica e injusta. Por el contrario, la ha modernizado y aplicado como regla insuperable.

Ante el problema superficiario urbano modernísimo, se ha hallado

con todas las cuestiones resueltas: plus valía, concesiones de terrenos inalienables, edificación urbana, satisfacción de los estímulos económicos de los contratantes, etc. Se halla en posesión de un derecho real de superficie, de una institución. Que no es un producto jurídico nacido de la nada, creado por la mente fría de los técnicos, sin calor de humanidad, sino que es un cuerpo vivo, elaborado a través de los siglos en labor continuada y tenaz, formado por aportaciones lentes, creadora de estados de conciencia, asimilado ya a la conciencia jurídica social, encarnado en el pueblo vivo (1).

“Establiment” catalán, fórmula jurídica creadora de ciudades tangibles y poderosas: Barcelona, Tortosa, Gerona, Mataró, etc. Bastará que sepamos distinguir lo que en sí mismo tiene el “establiment” de superficie, o sea las reglas específicamente propias del problema urbano, de lo que tiene de censo, o reglas del problema rústico, para que, como en un resultado de laboratorio, disquemos las fibras y elementos de un cuerpo jurídico nuevo que ofrecer como modelo de derecho de superficie.

Labor original, pues los tratadistas catalanes, si bien coinciden en asignar al “establiment” el mérito de haber impulsado la creación de las ciudades y de beneficiar la agricultura, lo clasifican y estudian como un censo, sin elevarlo a la máxima altura que le corresponde.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI

Notario.

(Continuará.)

(1) Las aportaciones que expresamos quedan puestas de relieve en el Derecho catalán, en sus fuentes mismas, que son: Derecho romano, tít. de jure emphiteutica Cod. libro V, tít. 66. de ager vectigalis sic emphitacticarius petatur, libro V, título 31 Dig.; el apéndice del tít. 25 del libro III Just., y textos legales esparcidos en otros títulos o fragmentos. Derecho catalán: textos de sus Códigos; títulos 30 y 31 del libro IV, vol. 1 de las Constituciones, el primero de los cuales trata de los Feudos. Poteñades y Amparas reales, y el segundo, del derecho enfitético, landemios y foriscapios; Costumbre; Doctrinas de sus Doctores (Fontanella, Mieres, Solsona, Cerdada, Vives, Cácer, Ripoll, Romaguera, Tos. etc.); Privilegios; Sentencias de la antigua Audiencia; fallos del Tribunal Supremo.