

## A P E N D I C E

### AL LIBRO II DEL CÓDIGO NAPOLEON

---

#### TITULO V.

##### DE LA ENFITEUSIS (1).

---

##### CAPITULO PRIMERO.

###### *Nociones generales.*

###### § I.—ORIGEN DE LA ENFITEUSIS.

340. El código no trata de la enfiteusis, no la menciona entre los derechos reales que se enumeran en el art. 543, ni entre los derechos inmobiliarios que son susceptibles de hipotecas (art. 2118). De aquí se han originado serias dudas acerca de la cuestión de saber si la enfiteusis existe todavía en el derecho francés, á título de derecho real inmobiliario. En nuestra legislación belga, la duda no existe: una ley de 10 de Enero de 1824 ha llenado el vacío que se notaba en el código civil, y ha mantenido la enfiteusis con los caracteres esenciales que ella tenía en el antiguo derecho. Esto nos ahorra entrar en la controversia

1 Pepino Le Halleur, "Historia de la enfiteusis en el derecho romano y en el francés." París, 1843 (Memoria convocada por la facultad de derecho de París). Hay también una monografía sobre el derecho romano: "Zusarix Quidonis et clari de jure emphyteutico tractatus," 1575, 8°.

que se agita siempre en el dominio de la doctrina; la jurisprudencia se ha decidido por el mantenimiento de la enfiteusis. Es importante que conste el hecho, porque de él resulta que las sentencias y los autores que aceptan la enfiteusis pueden invocarse en Bélgica para la interpretación de la ley de 1824. Esta ley formaba un título del nuevo código civil que iba á ponerse en ejecución cuando la revolución de 1830 puso término al reino de los Países Bajos. Lo mismo pasa con una ley de la misma fecha concerniente á la *superficie*. La publicación anticipada de los dos títulos del código de los Países Bajos, prueba que se experimentaba la necesidad de una ley que disipara las dudas que habían originado el silencio del código Napoleón. ¿Pero no se han forjado ilusiones sobre la importancia de esta materia? Al hacerse el examen preparatorio del título de la enfiteusis, una sección había propuesto que todo el título se redujese á un sólo artículo. Se lee en las respuestas del gobierno á las observaciones de las secciones de la segunda cámara de los Estados generales: que la enfiteusis era una materia importante y que debía dársele el desarrollo que merecía. No se realizaron esas previsiones. Nosotros no sabemos si las enfiteusis son frecuentes en las provincias septentrionales del antiguo reino de los Países Bajos. Cierto es que en Bélgica la jurisprudencia casi enmudece; á penas se encuentran algunas decisiones sobre la materia en la colección que publica los fallos pronunciados por los tribunales de primera instancia. Esta es una razón para no extendernos al tratar de un derecho que se ha mantenido en la tradición, pero que ya casi no tiene razón de ser (1).

1 Nos limitamos á citar la última sentencia, de 26 de Abril de 1853 (Daloz, 1853, 1, 145). Véanse las autoridades en Daloz, en la palabra "Alquiler enfiteutico," núms. 3 y 4. En sentido contrario, Demolombe, t. 11, p. 400, núm. 491, y Aubry y Rau, t. 2º, p. 452, párrafo 224 bis.

341. La enfiteusis es una especie de arrendamiento por largo plazo; no puede celebrarse por menos de veintisiete años, según la ley belga, y no puede pasar de noventa y nueve. Este contrato da al enfiteuta un derecho real en el predio y el pleno goce del inmueble. ¿Cómo es que al lado del arrendamiento ordinario, que también puede contratarse á plazo largo, el legislador ha organizado un arrendamiento á titulo de derecho real? Nuestros mejores autores, Cujas, Domat, contestan que la enfiteusis se ha establecido por interés de la agricultura. Oigamos á Domat: “como los dueños de heredades estériles no pueden hallar fácilmente arrendadores, se inventó la manera de dar á perpetuidad esta clase de heredades para que fuesen cultivadas, para plantar en ellas ó para mejorarlas de cualquiera otra manera así como lo indica la voz enfiteusis. A merced de este convenio, el propietario del predio halla, por su parte, su ventaja al asegurarse una renta cierta y perpetua; y el enfiteuta, por su parte, obtiene ventaja en emplear su trabajo y su industria para cambiar la faz de la heredad y sacarle fruto.” (1) Este motivo casi no justifica la enfiteusis. En nuestro derecho moderno, el arrendamiento puede también celebrarse por noventa y nueve años. Y si no es fértil la tierra, la renta será otro tanto más módica. Así, pues, los arrendamientos comunes ofrecen las mismas ventajas que los arrendamientos por enfiteusis.

Para descubrir las razones que han hecho que se introduzcan los arrendamientos enfitéuticos, hay que remontarse al estado social del imperio romano en cuya época se originaron. La historia tradicional relata que los bárbaros destruyeron el imperio y la antigua civilización. A decir verdad, la sociedad se estaba muriendo, se extinguía de

1 Domat, “Leyes civiles,” lib. I. tít. IV, sec. X, p. 69. Comparease Duvergier, “Del arrendamiento,” núm. 142.

inanición. En nuestros días la población crece en tales proporciones que á veces han infundido terror á los economistas. En tiempo del imperio, la población decrecía, las casas se venían al suelo por falta de habitantes, los campos permanecían incultos porque ya no había cultivadores. Por esto era que no se hallaban arrendadores. Y no obstante, entonces más que nunca eran necesarios, porque ya no había pequeños propietarios. Se conoce el grito de alarma de Plinio. Los *latifundia* han traído la ruina de Italia, y están en camino de producir la de las provincias. La Italia, esta antigua madre de las cosechas, ya no producía trigo bastante para alimentar á sus escasos habitantes. En nuestros días la propiedad raíz se solicita con una especie de pasión. El código atribuye al Estado los bienes vacantes y sin destino. Disposición ociosa, dicen todos los comentadores, á menos que se trate de una sucesión en desherencia, ya no hay inmuebles abandonados. Mientras que, cuando el imperio, las tierras permanecían sin labrar, y se abandonaban, porque por falta de brazos para cultivarlas, no había medio de sacarles algún provecho (1). En esta decadencia, ó mejor dicho, en esta decrepitud, inauguraron la enfiteusis para atraer cultivadores. Esto fué un expediente, dice el historiador de la enfiteusis, pero no un remedio (2). Si hubiera habido cultivadores, también habría habido arrendadores. El mal era irremediable. Fué preciso uno de esos remedios que la Providencia envía á las sociedades que no pueden salvarse por sus propias fuerzas. Dios envió á los bárbaros. Y tan sentían los romanos la necesidad de esta inmensa revolución, que ellos mismos llamaron al imperio

1 Véanse los "Estudios sobre la historia de la humanidad," Roma, (2ª edición).

2 Pepino Le Halleur ("Historia de la enfiteusis," ps. 16, 28, 54, 167).

á los futuros destructores de Roma. Este fué un huracán que, á la vez que destruyó, devolvió la vida á una sociedad moribunda.

342. En la edad media, la enfiteusis cambió de carácter, tanto como la propiedad. La propiedad romana era un derecho absoluto que no toleraba división: bajo la influencia de las ideas feudales, al contrario, el derecho del propietario se fraccionó en pedazos: cada cosa tuvo, por decirlo así, dos propietarios, porque no había tierra sin señor. El señor tenía la propiedad honorífica, el dominio que confería la soberanía, porque también la soberanía se fraccionaba hasta el infinito, siendo todo barón un rey en su baronía. En cuanto á los derechos útiles que la propiedad confiere, pertenecían al vasallo, el cual poseía la tierra y la cultivaba. El contrato usual que establecía esta división de la propiedad se llamaba "arrendamiento á censo." Por medio de este contrato, el propietario de un predio trasladaba á otro su dominio útil por una renta anual y retenía el dominio directo. ¿Qué eran estos dos dominios ejerciéndose sobre una sola y misma cosa por dos propietarios? Pothier contesta: "el dominio directo que tienen los señores de feudo ó de censual sobre las heredades que por ellos son tenidas en feudo ó en censo, es el dominio antiguo, originario y primitivo de la heredad del cual se ha separado el dominio útil por la enagenación que se ha celebrado." Resulta de esta división de la propiedad, continúa Pothier, que el dominio directo no es más que un dominio de superioridad, es decir, el derecho que tienen los señores de darse á reconocer como señores á los propietarios de las heredades de ellos obtenidas, y de exigir ciertos deberes y rentas en reconocimiento de su soberanía. El dominio útil consistía en los derechos que da la propiedad: era el goce pleno é íntegro de la cosa, con cier-

tas cargas que implicaban la superioridad del señor directo.

¿Qué vino á ser la enfiteusis en este orden de ideas? ¡Cosa singular! parecía consagrar esta misma división del dominio, que era el carácter esencial de la propiedad feudal. El arrendador era propietario incontestable; en reconocimiento de su derecho de propiedad percibía una renta remejante al censo feudal. Pero el enfiteuta tenía también una especie de dominio; ¿acaso no se le permitía que enagenase é hipotecase, facultades que sólo corresponden al propietario de la cosa? ¿acaso no tenía el goce pleno del predio enfiteutico? Las expresiones mismas parecían idénticas para designar la enfiteusis y el arrendamiento á censo. En las leyes romanas se leía que el arrendador tenía las acciones *directas* y el enfiteuta las *útiles*, ¿y no era esto el dominio *directo* y el dominio *útil* de la propiedad feudal? Las apariencias tenían que engañar á los legistas en una época en que toda propiedad estaba dividida. Tenemos, dice Boutaric, un contrato que casi no difiere sino en el nombre, de la enfiteusis, y es el arrendamiento á censo. Si es que hay alguna diferencia entre uno y otro, es que no se puede arrendar á censo sino un predio que se posee noblemente; mientras que para arrendar un predio á título de enfiteusis, basta con poseerlo como franco alodio é independientemente de toda señoría directa (1).

Esta confusión de la enfiteusis y del arrendamiento á censo tuvo importantes consecuencias. El arrendador era propietario, pero su derecho no era otra cosa que un dominio de superioridad, es decir, el derecho que tenía el arrendador de hacerse reconocer propietario antiguo, originario y primitivo, y de exigir ciertos deberes y rentas reconocitivas de su antigua calidad. En cuanto al dominio

1 Boutaric, "Comentario sobre las Institutas de Justiniano," libro III, tít. XXIV, pfo. 3. Pothier, "Tratado de la propiedad," número 3.

útil pertenecía al enfiteuta. Luego éste era también propietario; como la palabra lo indica y como Pothier lo explica, el dominio útil encerraba todo lo que hay de útil en una heredad, como es percibir los frutos y disponer de ellos á discreción. Hé aquí la propiedad feudal. La confusión pasó al lenguaje. Los romanos llamaban *pensión ó canon* á la renta que el enfiteuta debía pagar al arrendador; en la edad media se le dió el nombre de censo ó censual, prestación que en el derecho feudal era la señal de la señoría directa perteneciente al arrendador (1).

343. Tal es el origen de la división del dominio en directo y útil, que hace gran papel en la historia y en la teoría de la enfiteusis. Nacida del régimen feudal, le sobrevivió así como los efectos civiles del feudalismo se mantuvieron muchos siglos después de que el feudalismo político cedió el paso á la monarquía absoluta. Nada tan tenaz como las tradiciones jurídicas; el derecho es una faz de la vida, y ésta se transforma muy lentamente. De aquí las singulares teorías de los jurisconsultos en los países de costumbres; estaban ellos criados en el respeto al derecho romano, pero éranles también caras las tradiciones consuetudinarias. Así se explica su tendencia para identificar dos derechos esencialmente diferentes, el derecho romano y el derecho feudal. Domat mantiene la división de la propiedad entre el arrendador y el enfiteuta, dándole colorido romano. El admite que la enfiteusis opera una translación de propiedad, por más que el arrendador siga siendo propietario. Hé aquí como entiende él esta división que para un jurisconsulto romano habría sido incomprensible. El que arrienda un predio en enfiteusis sigue siendo el dueño respecto á gozar de la renta, como fruto de su propio predio, lo que le conserva el principal derecho de propie-

1 Salvaing, en Merlin, "Cuestiones de derecho," en las palabras "Renta propiedad, Renta señorial," pfo. 14, núm. 2.

dad, que es el de disfrutar á título de dueño. Y el enfiteuta, por su parte, adquiere el derecho de transmitir la heredad á sus sucesores á perpetuidad, de venderla, de donarla, de enagenarla, con el gravamen de los derechos del arrendador, y de plantar en ella, edificar y hacer otros cambios que él discorra para mejorarla, todo lo que es otros tantos derechos de propiedad. Los derechos de propiedad que retiene el dueño y los que pasan al enfiteuta se distinguen comunmente, prosigue Domat, con las expresiones de "propiedad directa" que se da al derecho del dueño, y "propiedad útil" que se da al derecho del enfiteuta. Domat escribía según los principios del derecho romano; así es que trata de dar colorido romano á una teoría que es esencialmente feudal. El arrendador, dice él, es el primer dueño del predio, conserva su derecho originario de propiedad, á reserva de lo que transmite al enfiteuta. Y éste adquiere el derecho de gozar y disponer, con el gravamen de los derechos reservados al dueño del predio. Así es como Domat concilia los pasajes de las leyes romanas en los cuales se llama unas veces al enfiteuta y otras se le niega esta calidad (1).

Otro jurisconsulto, el último que haya escrito sobre materias feudales, Henrion de Pansey, no vacila en atribuir al derecho romano la división de la propiedad en dominio directo y útil, distinción que forma el carácter esencial de la teoría tradicional de la enfiteusis. Si la palabra no está en el derecho romano, sí está la cosa. En efecto, el enfiteuta tenía la acción de reivindicación *útil*; ahora bien, el propietario es el único que puede reivindicar, luego al enfiteuta se le consideraba como propietario. El arrendador, por su parte, tenía la acción de reivindicación *directa*, signo de la propiedad superior que se reservaba en el predio, y que nunca se le ha disputado. Así es como la dis-

1 Domat, "Leyes civiles," lib. I, tit. IV, sec. X, núms. 5 y 6.



tinción que los romanos habían establecido entre la *acción útil* y la *acción directa*, respecto á heredades arrendadas en enfiteusis, produjo la distinción entre el *dominio directo* y el *dominio útil*; ya no se decía que el tomador tenía la acción útil, sino que tenía el dominio y la propiedad útil. Domat agrega que Coquille fué el primero que dió esta explicación de una cosa que ha embarazado mucho á los autores, hasta el punto de haber creído varios que la distinción de la señoría directa y de la propiedad útil era una invención de los antiguos francos ó de alguno de los pueblos que desmembraron el imperio romano (1). A Merlín le parece que la demostración nada deja que desear; es, pues, según él, un punto claro que la distinción de la propiedad en dominio directo y en dominio útil tiene su origen en las leyes romanas (2).

344. Tiempo es ya de restablecer la verdad en lugar de ese derecho y de esa historia de pura fantasía. La doctrina romana había sido expuesta desde el siglo diez y seis por dos jurisconsultos eminentes, Cujas y Doueau. Este último, sobre todo, emplea especial esmero en establecer los verdaderos principios; tenía en su contra la tradición de la edad media y á todos los intérpretes del derecho consuetudinario, que era feudal en su esencia. Fácil le es demostrar que el arrendador era propietario; los jurisconsultos y las constituciones imperiales jamás se daban otro nombre. Ahora bien, si el arrendador es propietario, es imposible que lo sea el enfiteuta: ¿acaso no está escrito en las leyes romanas y no nos lo dice la razón, que no podría haber dos propietarios de una sola y misma cosa, porque el derecho absoluto de uno de ellos excluye el derecho absoluto del otro? Por esto se dice que los enfi-

1 Henrion de Pausey "Disertaciones feudales," en la palabra "Censo," pfo. 6°

2 Merlín, "Cuestiones de derecho," en la palabra "Enfiteusis," párrafo V, núm. 1, (t. 6°, p. 275).

teutas, por más que su arrendamiento sea perpetuo, no adquieren la propiedad del predio enfiteutico, aun cuando tengan una acción de reivindicación útil, hasta contra el mismo arrendador (1). ¿No se diría que se expidió esta ley para prevenir la confusión entre la *acción útil* y el *dominio útil*? Pero se dirá, ¿qué cosa es esta propiedad del arrendador? Una palabra vana; todo lo útil de una propiedad pertenece al enfiteuta, luego él es quien, en realidad, posee el dominio útil. La objeción confunde la división de la propiedad en su desmembramiento. Sin duda que el arrendador no tiene ya la propiedad entera del predio que da su enfiteusis; el tomador tiene el derecho de ejecutar ciertos actos de propiedad, actos que son separados del derecho de dominio; pero esto mismo prueba que el derecho de dominio se le queda al arrendador. Y este derecho no es una palabra vana. El arrendador recibe una renta mensual; ¿con qué título? Precisamente porque es propietario y en reconocimiento de su derecho de propiedad. Cuando el enfiteuta enajena su derecho, debe denunciar la enajenación al arrendador, y éste tiene la preferencia; en todo caso tiene derecho á la quincuagésima parte del precio. ¿Por qué? Porque él es el dueño. Por esto es que vuelve á entrar á su pleno derecho de dominio si el enfiteuta no cumple sus obligaciones. El era propietario en el momento en que da su arrendamiento, y conserva el dominio de propiedad por todo el tiempo que dure el arrendamiento. Por esto es por lo que tiene la acción de reivindicación; se le llama directa, porque es la consecuencia y sanción de su derecho de propiedad. El enfiteuta no tiene más que una acción útil, es decir, ficticia; esta misma ficción depone contra él, puesto que ella prueba que, en realidad, él no es propietario. Verdad es que varias constituciones imperiales le dan ese título, pero en ellas

1 L. 1°, D, "si agar vectig."

se trata de predios pertenecientes al patrimonio del príncipe, es decir, de contrato particulares; ésta es una excepción de derecho común, y la excepción confirma la regla (1).

La demostración es decisiva. Pero las preocupaciones se transmiten con más facilidad que las verdades. Más adelante veremos que el error se ha perpetuado en la jurisprudencia francesa; para extirparlo de la ciencia del derecho romano, han sido precisos nuevos esfuerzos. Los nombres que ilustran la ciencia alemana en el siglo diez y nueve hacen que algunas veces se echen en olvido las grandes figuras del diez y seis; la justicia quiere que se reconozca que Thibaut y Vangerow no han hecho más que repetir lo que había dicho el incomparable Doneau, el enfiteuta no es propietario, no tiene más que un derecho real en el predio enfiteutico cuya propiedad queda en manos del arrendador (2).

345. Los antiguos autores hablan por lo común de la enfiteusis como un derecho perpetuo. Tal era, en efecto, la índole ordinaria del arrendamiento enfiteutico; y como en las ideas del derecho consuetudinario implicaba una división de la propiedad, tenía todas las apariencias de la propiedad feudal. No debe, pues, llamar la atención que el legislador revolucionario aboliese la enfiteusis perpetua como viciada de feudalismo (3). Desde entonces ya no podía tratarse de un dominio útil y de un dominio directo, porque esta distinción era esencialmente feudal, y el feudalismo estaba destruido hasta en sus últimos vestigios. Las leyes de la Revolución mantuvieron la enfiteusis temporal; y con tal título ha sido consagrada por la ley bel-

1 Donelli, "Commentaria," lib. IX, cap. XIV, pfs. 26-29 (t. 5°, ps. 378-381, edición alemana).

2 Thibaut, "Civilistische Abhandlungen," núm. 11, y "Versuche," 11, núm. 2. Vangerow, "Pandekten, t. 1°, p. 728, nota.

3 Leyes de 11 de Agosto de 1789, 18 de Diciembre de 1790, y 17 de Julio de 1793.

ga de 1824. ¿Qué cosa es, pues, la enfiteusis conforme al nuevo derecho? En otro tiempo dábase al contrato que la creaba el nombre de arrendamiento enfiteúutico; nuestra ley no se sirve de este término, ella no llama arrendador al que constituye la enfiteusis, sino siempre propietario. Pero también en el arrendamiento ordinario, la ley da á veces el nombre de propietario al que alquile ó arrienda un bien, porque por lo general el propietario es el que consiente el contrato. A pesar del cambio en el lenguaje, la enfiteusis conserva grande analogía con el arrendamiento; se le paga al propietario una renta anual, la duración del arrendamiento puede ser lo mismo que la de la enfiteusis, el arrendatario puede tener autorización para edificar y mejorar. Queda en pié, sin embargo, una diferencia fundamental, y es que la enfiteusis engendre un derecho real, mientras que el arrendamiento no produce más que un derecho de crédito. Aquí vuelve á presentarse la cuestión que hemos planteado: ¿por qué el legislador establece al lado del arrendamiento ordinario un arrendamiento excepcional? ¿La personalidad de uno de los derechos y la realidad del otro son razón suficiente para organizar dos contratos que tienen el mismo objeto en el derecho romano, procurar una renta al propietario y medios de existencia al que cultiva el predio como arrendador ó como enfiteuta?

La cuestión divide tanto á los jurisconsultos como á los economistas. Duvergier dice que la ciencia económica nada ha descubierto más ingenioso ni mejor combinado; Troplong, al contrario, piensa que el contrato enfiteúutico no ofrece utilidad sino en excepcionales circunstancias. Demolombe avanza más aun: según él, la enfiteusis no tiene ya razón de ser (1). Say critica el uso de los arrenda-

1 Duvergier, "Del arrendamiento," núm. 143. Troplong, "Del arrendamiento," núm. 51. Demolombe, t. 11, p. 407, núm. 49.

mientos enfiteúticos, mientras que Rossi ve en ello un germen de progreso para la economía social, y censura á los autores del código civil por haber abandonado un contrato de esta importancia á las incertidumbres de una jurisprudencia vacilante (1). Nosotros opinamos porque los hechos pongan término al debate. La jurisprudencia francesa reconoce la validez del arrendamiento enfiteútico; en Bélgica está organizado por una ley. ¿Se ha llegado á ver que se multipliquen los tales contratos y que den vigoroso impulso á la agricultura? La práctica los ignora por decirlo así. Nacieron en una época de decadencia universal; porque no se hallaban arrendatarios, fué por lo que se buscaron enfiteutas. En la edad media, la inmensidad de los dominios del clero y de la nobleza requirió la división de la propiedad. Luego la infiteusis acompaña siempre á un estado anormal de la propiedad raíz. En el orden regular de las cosas, basta con el arrendamiento. Si se mantiene la enfiteusis, es como un último resto de una tradición secular.

## § II.—CARACTERES DE LA ENFITEUSIS.

346. La ley de 10 de Enero de 1824 define la enfiteusis en estos términos (art. 1.º): “La enfiteusis es un derecho real, que consiste en tener el goce pleno de un inmueble perteneciente á otro, con la condición de pagarle una renta anual, sea en dinero, ó en especie, en reconocimiento de su derecho de propiedad.” Esta definición nos da á conocer los caracteres que distinguen á la enfiteusis moderna. Ella

1 Say, “Economía política,” t. 2º, p. 74. Rossi “Observaciones sobre el derecho civil francés, considerado en sus relaciones con el estílo económico de la sociedad” (“Revista de legislación,” el artículo se reprodujo en la “Revista de las revistas de derecho,” t. 3º, página 45).

difiere de la que da Domat, en dos puntos esenciales. Domat decía que el enfiteuta tenía el derecho de disfrutar y de disponer de la heredad á *perpetuidad*, con la obligación de cultivarla y de *mejorarla*. La ley belga, al contrario, excluye la perpetuidad, porque añade (art. 2): “La enfiteusis no podrá establecerse por un plazo que exceda de noventa y nueve años, ni por uno menor de veintisiete.” Más adelante trataremos de la duración del contrato enfiteutico. En cuanto al *mejoramiento*, considerábasele en otros tiempos como esencial en la enfiteusis; todos los autores observan que la palabra griega (1), de la que se deriva el término enfiteusis implica la obligación de mejorar el predio con plantaciones, construcciones ú otros trabajos. Tal, en efecto, ha sido el objeto de la enfiteusis. Pero el mismo Domat reconoce que ésta no era una condición de la enfiteusis. Después de haber dicho que el enfiteuta debe mejorar el predio que tiene en arrendamiento, agrega esta restricción: “Aunque la enfiteusis parezca restringida según su origen, á las heredades infértiles, no por eso dejan de darse por medio de arrendamientos que se llaman enfiteuticos, heredades fértiles es que se hallan en buen estado.” Nuestra ley ha consagrado esta innovación. Lo que era una obligación ya no es más que un derecho. Según los términos del art. 5, “el enfiteuta puede *mejorar* la heredad con construcciones, desmontes, plantíos.” Déjase entender que el derecho puede convertirse en una obligación, si tal es la voluntad de las partes contrayentes, porque la ley les permite que celebren los convenios que juzguen oportunos, y no exceptúa más que la duración del derecho (art. 17). De aquí resulta que la enfiteusis ha cambiado enteramente de carácter; ya no es un contrato que tiene por objeto mejorar el cultivo, ya de esto no se trata en

1 Domat, “Leyes civiles,” lib. I, tít. IV, sec. X, n.º. J. Duvergier, “Del arrendamiento,” núm. 144, (p. 44, nota 3, de la edición belga).

la definición. El enfiteuta adquiere el goce pleno de la cosa.

347. Sólo quedan dos caracteres de la antigua enfiteusis, uno concerniente á las obligaciones del enfiteuta, el otro relativo á la naturaleza de su derecho. El enfiteuta debe pagar una renta anual; la ley dice que esto es en reconocimiento del derecho de propiedad de aquél á quien la heredad pertenece. Esta renta lleva por lo común el nombre de canon: Es evidente que el canon es de la esencia de la enfiteusis; no sería concebible una enfiteusis sin canon, como una venta sin precio ó un arrendamiento sin renta de alquiler (1). ¿Pero es verdad el decir, como lo hace nuestra ley, que se paga la renta en reconocimiento del derecho de dominio del propietario? Esto así era en la enfiteusis primitiva, cuando su objeto era mejorar tierras incultas; el canon era, por consiguiente, muy módico; no representaba el goce del enfiteuta, sino que más bien era un reconocimiento del derecho de propiedad que le quedaba al arrendador. Ahora bien, la ley belga ya no supone que se den heredades infértiles en enfiteusis, supuesto que no impone al enfiteuta la obligación de mejorar. Así, pues, hay algo contradictorio en la definición que el legislador da de la enfiteusis. Por una parte, esta definición asegura al enfiteuta el goce pleno de una heredad que por lo común será un predio fértil, y por la otra, supone que para el goce pleno de la cosa común no pagará más que una renta módica, que sería menos una renta que un reconocimiento del derecho del propietario. De hecho no es así; el tipo de la renta se fija por el valor del inmueble, y no difiere de los arrendamientos y alquileres sino por el nombre que lleva: la ley la llama renta enfiteútica (artículo 10).

348. El carácter esencial de la enfiteusis, según nuestra

1 Denelli, "Comment," 9, 14, 23 (t. 5°, p. 374).

ley, es que dé al enfiteuta un derecho real en la heredad. ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? Hemos dejado dicho cuál era la teoría de la antigua jurisprudencia, y cuál es la verdadera doctrina del derecho romano. Esta última es la que nuestra ley consagra. Sin embargo, queda una dificultad, y vamos á ver que es grande. Hay derechos reales más ó menos extensos, y los puede haber que impliquen una verdadera división de la propiedad; el artículo 558 lo supone, y ya veremos algunos ejemplos de esto al tratar de la superficie. La cuestión consiste en saber si el enfiteuta no tiene más que un derecho de goce ó si lo tiene de propiedad. Reina, acerca de este punto, grande incertidumbre en la doctrina y en la jurisprudencia francesas; debemos detenernos en este punto, aun cuando no sea sino para saber si se pueden invocar en Bélgica las decisiones de la corte de casación de Francia. En esto tropezamos como adversario un nombre de suma autoridad, Merlín que, á nuestro juicio, es el mejor de los jurisconsultos modernos. Sólo un reproche le dirigimos: nacido y criado en el antiguo derecho, ha permanecido más aún de lo que los legistas lo son habitualmente, el hombre de la tradición. Este defecto se manifiesta, sobre todo, en materia de enfiteusis, que es tradicional por naturaleza; como la tradición se enlaza con el derecho romano á la vez que con el feudal, precisaba dominarlos, penetrándose de su verdadero espíritu; porque hay también preocupaciones tradicionales y Merlín no ha sabido librarse de ellas. Fáltale la ciencia de la historia, como á la mayor parte de los jurisconsultos franceses. Por esto ha sucedido que Merlín reproduzca errores históricos que llama la atención volver á encontrar en la jurisprudencia del siglo diez y nueve. Lo que sirve de excusa á Merlín y á la jurisprudencia es que realmente es grande la dificultad de



precisar la naturaleza del derecho que corresponde al enfiteuta.

Merlín dice que las leyes romanas dan al enfiteuta una acción real, hasta contra el arrendador; le permiten hipotecar el predio que tiene en enfiteusis. Ciertamente que el enfiteuta no podría ni reivindicar ni hipotecar el predio enfiteutico, si no le perteneciera, porque la acción de reivindicación no puede ejercerla más que el propietario, y él solo puede conceder una hipoteca. Sin embargo, las leyes romanas dicen también que el enfiteuta no llega á ser propietario, mientras que de tal califican al arrendador del predio enfiteutico. ¿Cómo conciliar estas decisiones que parecen contradictorias? Hay que suponer, se dice, que el enfiteuta tenía participación en la propiedad del arrendador; de aquí la distinción entre el dominio directo y el dominio útil, el primero en poder del arrendador y el segundo que se transmitía al enfiteuta. Merlín mantiene la distinción, aun después de la abolición de la enfiteusis perpetua; porque el enfiteuta temporal tiene también la acción real, puede también hipotecar, luego es propietario. Merlín podría razonar del mismo modo bajo el imperio de nuestra ley; porque, por los términos del artículo 3, el enfiteuta ejerce todos los derechos inherentes á la propiedad; puede no solamente enagenar su derecho é hipotecarlo, sino también gravar el predio enfiteutico con servidumbres por todo el tiempo que dure el goce. Luego habría que concluir con él que el arrendador conserva el dominio directo, y que el dominio útil pertenece al enfiteuta (1).

De antemano hemos contestado á dicha argumentación. La distinción del dominio directo y del dominio útil es

1 Merlín "Cuestiones de derecho," en la palabra "Enfiteusis," párrafo 5º, núm. 1, (t. 6º, ps. 275 y siguientes). Tal es también la doctrina de Proudhon, "De los derechos de uso," edición de Chassinat, t. 1º, p. 394, núm. 382.

una concepción feudal, el derecho romano la ignora; y la teoría del código sobre la propiedad es la del derecho romano. La división del dominio entre el señor directo y el propietario que tiene un dominio útil es un resto del derecho feudal, abolido por la Revolución; sin embargo, la vamos á volver á encontrar en las sentencias de la corte de casación, como si vivieramos aún bajo el imperio del feudalismo. En vano Merlin invoca las acciones reales y el derecho de hipotecar que pertenecen al enfiteuta: el usufructuario tiene también las acciones reales, y puede también hipotecar su derecho; y ¿de esto se deducirá que el usufructuario tiene el dominio útil?

349. Pasemos á la jurisprudencia. Se lee en una sentencia de la corte de casación: "La enfiteusis es un contrato que no debe confundirse ni con el de arrendamiento, ni con el de venta; tiene su naturaleza y produce efectos que le son propios. Sus efectos son *dividir la propiedad* del dominio dado en enfiteusis en *dos partes*: una formada por el *dominio directo*, cuya renta que retiene el arrendador es representativa; la otra parte, llamada *dominio útil*, que se compone del goce de los frutos que produce dicha propiedad. El tomador posee el dominio útil que se le transmite por efecto de esta división, como propietario, pudiendo mientras dura el arrendamiento, disponer por venta, donación, trueque ó de otra manera, con la carga, no obstante, de los derechos del arrendador; pudiendo, por el mismo tiempo, ejercer la acción *in rem* para hacerse mantener con todos los que la perturben, incluso el arrendador" (1).

Hay en esta sentencia una mezcla de error y de verdad. Todo lo que en ella se dice de los derechos del enfiteuta, es la verdad, y sin embargo, la consecuencia que la corte

1 Sentencia de casación, de 20 de Junio de 1822 (Dalloz, "Acción posesoria, núm. 534).

deduce es inadmisibile. Sí, el enfiteuta ejerce todos los derechos inherentes á la propiedad del predio, como lo expresa la ley belga, art. 3; y sin embargo, esta misma ley dice formalmente que la enfiteusis es un derecho real en un inmueble *perteneciente á otro*, y agrega que en reconocimiento de ese derecho de propiedad es por lo que el enfiteuta paga un censo anual. ¿No es esto decir con toda claridad que el enfiteuta no es propietario? En cuanto á una división de la propiedad en dominio directo y útil, de esto ya no puede hablarse desde el año de 89. ¿Pero si el enfiteuta no es propietario, ¿cómo explicarse que ejerza todos los derechos de propiedad? La dificultad subsiste.

350. Cuando se leen las sentencias de la corte de casación, diríase que está á caza de una explicación que concilie el derecho de propiedad del arrendador con los derechos tan extensos que corresponden al enfiteuta. Una sentencia de 1843 dice que el efecto propio del arrendamiento enfiteutico es *operar la enagenación temporal de la propiedad del inmueble dado en enfiteusis*; que el tomador, hecho así propietario por un tiempo determinado, puede, mientras dure el arrendamiento enfiteutico, disponer del inmueble, objeto del contrato, salvo el ejercicio de los derechos del arrendador, al espirar la enfiteusis (1). La corte de París ha dado otra fórmula de la misma idea; ella dice que la enfiteusis confiere á la vez un *goce usufructuario* por largos años y una *co-propiedad* entre el arrendador y el tomador; que la propiedad de los bienes dados en enfiteusis se divide en dos partes, una transmitida al tomador, con la facultad, mientras dure su derecho, de disponer de ella (2).

1 Sentencia de casación, de 24 de Julio de 1843 (Daloz, *Registro*, núm. 3034). Véase en el mismo sentido un fallo del tribunal de Lille, en materia fiscal, 3 de Marzo de 1849 (Daloz, 1849, 5, 149).

2 París, 10 de Mayo de 1831 (Daloz, "Arrendamiento enfiteutico," núm. 9, p. 585).

La idea de una propiedad temporal ó de una co-propiedad á plazo es tan inadmisibile como la de la división de la propiedad entre el arrendador y el enfiteuta. Sin duda que la propiedad puede ser temporal, y de ello tenemos un ejemplo cuando se revoca la donación por causa de ingratitud; el donatario ha sido propietario desde el momento de la perfección del contrato hasta su revocación; pero por todo el tiempo que el donatario ha sido propietario; es claro que el donador no lo era, porque no se concibe que dos personas sean propietarias de una sola y misma cosa en su totalidad. Ahora bien, el arrendador, en la enfiteusis, nunca cesa de ser propietario, supuesto que todos los años el enfiteuta le paga un censo para que reconozca su derecho de dominio. Luego habría que decir con la corte de París que hay co-propiedad temporal en provecho del enfiteuta; pero la co-propiedad no se concibe, así como la propiedad exclusiva, no se concibe en un poseedor que, al pagar cada año un censo, reconoce con esto mismo que el arrendador sólo es propietario; luego él no lo es.

351. En una sentencia posterior á la que acabamos de analizar, la corte de casación dice que el enfiteuta tiene un *cuasi-dominio* (1). La sentencia fué pronunciada á informe de Troplong. Esta expresión de *cuasi-dominio* no es nueva, Cujas y Doneau se sirven de ella para marcar que el enfiteuta ejerce casi todos los derechos que corresponden al propietario. Nuestra ley dice lo mismo. ¿Y esto quiere decir que dicho *cuasi-dominio* sea una propiedad? La expresión, por el contrario, implica que el enfiteuta no es propietario. Así cuando se habla de un *cuasi-usufructo*, espera marcar que este derecho no es un usufructo verdadero. Así era como lo entendian Cujas y Do-

1. Sentencia de denegada apelación, de 12 de Marzo de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 105).

neau; porque después de haber establecido que el arrendador es el único propietario, y que el enfiteuta no lo es, y que ni siquiera tiene el dominio útil, es cuando Doneau agrega que teniendo el enfiteuta el ejercicio de los derechos útiles que se derivan de la propiedad, puede decirse que él tiene un *cuasi-dominio*. Tomada en este sentido la sentencia de 1815 niega que el enfiteuta sea propietario; luego es lo contrario de las decisiones que admiten una división de la propiedad, un dominio útil ó una propiedad temporal. Venimos á parar en la conclusión de que la enfiteusis es en nuestros días lo que era segun Cujas y Doneau, un derecho real, es decir, un desmembramiento de la propiedad (1).

352. En las aplicaciones de principio es en donde se encuentran dificultades que explican las vacilaciones de la corte suprema. El derecho del enfiteuta es real, y puesto que se ejerce en un inmueble, es un derecho real inmobiliario. En consecuencia, debe registrarse para que se pueda oponer á terceros; la ley de 1824 lo dice (art. I) y la nueva ley hipotecaria lo decide implícitamente, supuesto que somete á registro todas las escrituras translativas de derechos reales inmobiliarios. ¿Debe decirse de esto que también la constitución y la transmisión de la enfiteusis estén sujetas al derecho de mutación inmobiliaria? La ley de 22 frimario, año VII no pone tarifa al derecho de enfiteusis. ¿En el silencio de la ley, era preciso asimilar la escritura constitutiva de la enfiteusis á un arrendamiento, ó á una transmisión de propiedad? La oficina del registro se limitó por mucho tiempo á percibir el derecho de arrendamiento ordinario; la jurisprudencia era de la misma opinión, y Championnière la enseña, aun sin discu-

1 Cujas, sobre la ley 74, D., "de rei vind." Doneau, II, 14, 30.

tirla (1). Bajo el punto de vista de los principios, esta doctrina es inadmisibile; por el momento, hace uno abstracción de los textos. Por más que la enfiteusis lleve usualmente el nombre de arrendamiento, el contrato enfiteútico no es un arrendamiento. Zenón así lo decidió. Según la teoría romana, que es la que siempre ha dominado en esta materia, la enfiteusis engendra un derecho real inmobiliario, mientras que el arrendamiento produce un derecho de crédito, derecho esencialmente mobiliario. El goce prolongado del enfiteuta y los extensos derechos de que disfruta establecen aún diferencias entre él y el arrendatario; ¿es concebible que se pague el mismo derecho por un arrendamiento de nueve años que por una enfiteusis de noventa y nueve años? Si la enfiteusis no es un arrendamiento, ¿es entonces un acto translativo de propiedad? Aquí las dudas brotan en tropel. La misma constitución que resuelve que la enfiteusis no es un arrendamiento, resuelve igualmente que no es una venta, y la ley belga es todo lo formal posible: el arrendador sigue siendo propietario; el legislador no le da otro nombre. Si no hay venta, no hay translación de propiedad. ¿O el contrato especial llamado enfiteútico seria translativo de propiedad? La tradición romana protesta contra tal opinión; la práctica misma protesta, pueso que á despecho de la constitución de Zenón, ella se obstina en dar á la enfiteusis el nombre de arrendamiento. Por último, la definición de la ley belga, que no hace más que formular el derecho anterior, repele toda idea de un traslado de propiedad: acabamos de decirlo.

La corte de casación cambió de jurisprudencia, y por

1 Véanse las autoridades en Dalloz, en la palabra "Registro," núms. 1831 y siguientes. Sobre la doctrina de los autores y de la administración de Bélgica, véase á Bastiné, "Teoría del derecho fiscal," p. 163, núm. 369.

consiguiente la oficina del registro modificó su doctrina. En el día está aceptado que el arrendamiento enfiteúticó y las mutaciones que puede experimentar están sometidos á los derechos debidos por los actos translativos de propiedad. Nosotros respetamos la jurisprudencia y la práctica, pero con una condición, y es que se funden en los verdaderos principios. Se lee en una sentencia de casación de 1850 que el efecto del arrendamiento en dos partes, la una que conserva el arrendador, la otra que pertenece al tomador. Esto es una afirmación; ¿en donde esta la prueba? El tomador, dice la corte, posee el derecho que le es transmitido por esta división, como propietario; puede disponer de él por venta, donación, trueque, puede darlo en hipoteca. Esto es verdad, pero lo mismo es absolutamente del usufructo; ¿quiere decir esto que el usufructuario sea propietario del inmueble de que disfruta? Y si no lo es, á pesar de los derechos que ejerce ¿por qué el enfiteuta había de serlo? La sentencia agrega que las construcciones que el tomador eleve en el predio enfiteúticó son, como el goce del predio mismo, su propiedad por todo el tiempo que dure el arrendamiento. Nuestra respuesta es siempre la misma: lo que la corte dice de la enfiteusis, puede decirse del usufructo. La conclusión de la corte es que el enfiteuta tiene sobre el suelo y las construcciones un derecho inmobiliario, que abre la prueba al derecho fijado para la transmisión de los inmuebles por la ley de 22 primario, año VII. En teoría, la enfiteusis debería estar sometida á un derecho especial, supuesto que es un contrato especial; es cierto que este contrato engendra un derecho real inmobiliario; pero ¿todos los derechos reales inmobiliarios implican translación de la propiedad? ¿el usufructo, las servidumbres, las hipotecas son actos translativos de propiedad y como tales sujetos á tarifa?

En definitiva, los motivos dados por la corte de casa-

ción para asimilar la enfiteusis con la venta se dirigen al legislador. El habría debido establecer un derecho especial por medio de un contrato especial. Esto nos parece evidente. El contrato enfiteútico no implica división de la propiedad. El arrendador sigue siendo propietario, luego puede enagenar su derecho; si lo enagena ¿deberá el adquirente pagar el derecho de mutación siendo así que no entrará en goce sino después de cincuenta, sesenta ó noventa y nueve años? Hay en esto una posición especial que resulta de la larga duración de la enfiteusis, y una posición especial exige una decisión especial. Por otra parte, la duración de la enfiteusis puede no ser más que de veintisiete años: ¿pagará entonces el enfiteuta por un goce de un siglo? Otra anomalía. El arrendamiento ordinario puede tener la misma duración que la enfiteusis de hecho, la posición de un tomador que tiene un arrendamiento de noventa y nueve años es poco más ó menos idéntica á la del enfiteuta; sin embargo, el primero no pagará más que un derecho de arrendamiento, y el segundo pagará un derecho de mutación (1). Hay en esto muchos matices que habría debido tener en cuenta el legislador. En el silencio de la ley, se ha procedido por vía de analogía. A decir verdad, hay analogías en un sentido diverso, y precisamente por esto Zenón ha hecho del arrendamiento enfiteútico un contrato especial, esto basta para quitar toda base jurídica á la jurisprudencia.

La jurisprudencia de la corte de casación es constante, pero no sucede lo mismo con los motivos en los cuales se funda, que varían considerablemente; sin embargo, las leyes y los principios permanecen los mismos. Nada prueba mejor como estas vacilaciones cuán incierta es la doctri-

1 Esto es de jurisprudencia. Sentencia de denegada apelación, de 24 de Agosto de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 326), y 11 de Noviembre de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 444).



na en esta materia. La sentencia de 1850 dice que la enfiteusis implica una división de la propiedad. En la sentencia de 1853, ya no se trata de esta división; la corte decide que el efecto del arrendamiento enfiteutico es operar la translación y la enagenación á plazo de la propiedad de un inmueble dado en enfiteusis (1). Hay una diferencia de todo á todo entre una propiedad "dividida" y una "temporal." Luego si la sentencia de 1850 tiene razón, la de 1853 no la tiene, y si ésta consagra la verdadera doctrina, debe repudiarse como errónea la de 1850. La sentencia de 1853 es de 23 de Febrero. Dos meses más tarde, la corte pronunció una nueva sentencia que vuelve á la teoría de una división de la propiedad; en ésta ya no se habla de una propiedad temporal (2).

¿Para qué detenerse en medio de estas incesantes variaciones? En la última sentencia que acabamos de citar, la de 26 de Abril de 1853, hay una comparación entre el usufructo y la enfiteusis. La corte dice que el goce del enfiteuta para los límites de un simple usufructo, constituye *con mayor razón*, en provecho del enfiteuta, un derecho inmobiliario cuya mutación da cabida al derecho fijado para la transmisión de los inmuebles. Hay en esto una solución práctica de la dificultad que puede aceptarse entre tanto que la decide el legislador. La ley de 22 de Enero de 1847 (art. 69, § 7, núm. 1), somete al derecho proporcional del 4 por ciento las ventas ú otros cualquiera actos translativos de *propiedad* ó de *usufructo* de bienes inmuebles. Hay que hacer á un lado la asimilación de la enfiteusis con un acto translativo de propiedad; pero nada impide que se le asimile con un usufructo. Sin

1 Sentencia de casación, de 23 de Febrero de 1853 (Daloz, 1853, 1, 53). Véase en el mismo sentido una sentencia de casación, de 18 de Mayo de 1847 (Daloz, 1847, 1, 176).

2 Sentencia de casación, de 26 de Abril de 1853 (Daloz, 1853, 1, 145).

duda que no faltan las diferencias, y vamos á señalarlas; pero como las diferencias vienen á parar en dar al enfiteuta un derecho más extenso que al usufructuario, se puede razonar por analogía, ó por mejor decir *á fortiori*, como la corte de casación lo hace en la sentencia de 1853.

En Bélgica, el vacío que presenta la legislación francesa se ha colmado, en lo concerniente á los derechos de sucesión, por la ley de 27 de Diciembre de 1817 (art. 11, párrafos A y C). Esta ley distingue las propiedades inmobiliarias de las rentas enfiteúticas; las primeras están gravadas con el derecho de sucesión en razón de su valor venal en el día del fallecimiento, mientras que las rentas enfiteúticas se evalúan en razón de un capital formado veinte veces de la renta. Se ha fallado que la ley se aplica á la enfiteusis temporal, la única que puede hacerse legal desde la abolición de la enfiteusis perpetua (1).

### § III.—La ENFITEUSIS Y EL ARRENDAMIENTO.

353. Lo que acabamos de decir prueba que es muy importante no confundir la enfiteusis con el arrendamiento. Se sabe que es vieja la controversia sobre el punto de saber si el contrato enfiteútico es un arrendamiento ó una venta. Parece al contrato de alquiler, en que el precio del goce del enfiteuta consiste en una renta anual como el precio del goce del arrendatario ó inquilino. Pero los derechos del enfiteuta son mucho más extensos que los del tomador. Este no es más que un simple detentor, no tiene acciones reales ni posesorias; en derecho es un derecho de crédito, derecho mobiliario, y por lo tanto no susceptible de hipoteca. Mientras que el enfiteuta tiene las acciones reales y posesorias, su derecho es real, inmobiliario y puede ser hipotecado. Hé aquí por qué otros jurisconsultos

1 Sentencia de denegada apelación de la corte de casación de Bélgica, 13 de Marzo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 1, 189).

tos asimilaban la enfiteusis con la venta; pero si los derechos del enfiteuta se parecen á los del comprador. hay, no obstante, diferencias radicales. El vendedor cesa de ser propietario, transmite su derecho al comprador, por lo que hay una transmisión de propiedad, mientras que en la enfiteusis el arrendador sigue siendo propietario y no transmite al tomador más que un derecho real. Por extensos que sean los derechos del enfiteuta, él no es propietario, no tiene el derecho de abusar de lo que pertenece al dueño, él puede enagenar é hipotecar; pero lo que se enagena ó grava con hipoteca no es el inmueble sino su derecho enfiteutico; por esto es que todos los actos de disposición que hace son temporales, así como su propio derecho. Así, pues, el emperador Zenón ha tenido razón para decidir que el contrato enfiteutico no es un arrendamiento ni una venta, sino un contrato de una naturaleza particular (1),

354. El emperador tenía razón en derecho, pero de hecho la dificultad subsiste. Que haya diferencias esenciales entre la enfiteusis, los contratos de venta y de arrendamiento, no tiene duda; pero también hay analogías. Por lo mismo puede ser dudoso que las partes hayan querido celebrar un arrendamiento, una venta ó una enfiteusis. Si las escrituras se redactaran con precisión, ahorrarían litigios; por desgracia las escrituras se formulan con tal negligencia que en lugar de prevenir los pleitos, los originan. Era el caso que en una escritura las partes habían calificado el acto de venta, por lo menos el redactor del escrito se había servido de ese término; pero las cláusulas de la escritura eran las de una enfiteusis; la duración del goce cedido estaba fijada en ciento un años, el cesionario debía pagar una renta anual; había, dice la sentencia, translación del dominio útil en provecho del tomador, es

1 L. I, c. IV, 6 (de jure emphyteutico).

decir, enfiteusis. Este lenguaje es también inexacto; pero la sentencia data de 1819 (1), y todavía hoy se encuentra esta doctrina anticuada de un dominio útil en algunas decisiones jurídicas.

La dificultad es mucho mayor cuando se trata de distinguir la enfiteusis del arrendamiento. Aquí las partes contratantes tienen interés en disfrazar su pensamiento: si su contrato puede pasar por un arrendamiento, no pagarán más que el derecho correspondiente, mientras que se les someterá á un derecho de mutación si el contrato es una enfiteusis. ¿Por medio de qué caracteres se distinguirán los arrendamientos llamados enfitéuticos de los ordinarios? La cuestión no ha cesado de preocupar á los jurisconsultos, y cosa singular, los mejores se han engañado. Si escuchamos á Cujas, el carácter distintivo de los dos contratos consistiría en su duración; la enfiteusis, dice él, es perpetua, ó al menos contraída por plazo largo, mientras que el arrendamiento casi no pasa de un lustro (2). Hay algo de cierto en esta observación, en el sentido de que la duración habitual de los arrendamientos es de nueve años en nuestros usos modernos, mientras que los contratos enfitéuticos se hacen comunmente por un siglo. Esta diferencia de hechos ha llegado á ser una diferencia legal en virtud de la ley de 1824, por cuyos términos la enfiteusis no puede establecerse por un término nuevo de veinte años (arts. 2 y 17). Pero esto no resuelve la dificultad. Los arrendamientos ordinarios pueden hacerse á largos plazos; luego puede haber un arrendamiento de noventa y nueve años, así como puede haber una enfiteusis de la misma duración; ya hemos citado ejemplos y vamos á citar aún otro más. He aquí, pues, que este carác-

1 Bruselas, 7 de Julio de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, p. 419).

2 Cujas sobre la ley 74, Dig. "de rei vindic."

ter no puede servir para distinguir la enfiteusis del arrendamiento.

Domat dice que la enfiteusis se distingue de los arrendamientos por dos caracteres "esenciales" que son los "fundamentos" de las reglas propias para la enfiteusis; el primero es la perpetuidad, el segundo es la translación de una especie de propiedad (1). En nuestros días ya no pue-

1 Domat, "Leyes civiles," lib. I, tít. IV, sec. X, núm. 3.

de hablarse de perpetuidad, puesto que nuestras leyes proscriben la enfiteusis perpetua. Ya en el antiguo derecho, la doctrina de Domat era inexacta; él mismo confiesa que había arrendamientos enfiteúticos que no eran perpetuos, sino únicamente por largos plazos, como por cien ó noventa y nueve años. Esta falta de precisión asombra: si hay enfiteusis temporales, ¿cómo puede hacerse de la perpetuidad un carácter *esencial* del contrato enfiteútico? Queda la translación de una *especie de propiedad*. He aquí una expresión muy vaga: ¿es esto lo que Cujas y Doneau llaman un *cuasi dominio*? (núms. 344, 348). En tal caso, no hay translación de perpetuidad, sino únicamente un goce muy extenso. ¿Es el *dominio útil*? Domat reproduce esta doctrina tradicional, verdadera en la edad media, inexacta según el derecho romano, inadmisibile en el derecho moderno. Una cosa sí es cierta en la doctrina de Domat, y es que los derechos del enfiteuta se asemejan á los derechos del propietario más bien que á los del arrendatario. Si la escritura determina los derechos del enfiteuta, fácil será distinguir la enfiteusis del arrendamiento; basta para esto una sola palabra, porque la diferencia esencial consiste en que el enfiteuta tiene un derecho real y el tomador sólo tiene un derecho de crédito.

355. Muchas veces se ha presentado la cuestión ante la corte de casación, y las decisiones casi siempre se han motivado de modo diferente. Una sentencia del año VII cita

las leyes romanas; de lo que resulta, dice esa sentencia, que el arrendamiento enfiteútico es la enagenación del *dominio útil*, con reserva del *dominio directo*, y que el enfiteuta se vuelve propietario del predio (1). El error es evidente, y nosotros acabamos de señalarlo. Tratábase de un arrendamiento, porque se había estipulado que cuando el arrendador llegare á vender, el tomador no podría ser expulsado de la finca: lo que era decisivo, pero la corte se engañaba al insistir en que el arrendador seguía siendo propietario, porque el que da en enfiteusis permanece por siempre propietario.

La misma distinción del dominio directo y del dominio útil está reproducida en una sentencia de 1822 (2). En el caso que se discutía, no era dudoso que el arrendamiento fuese enfiteútico. El primer juez, confundiendo el arrendamiento ordinario con la enfiteusis, había negado al enfiteuta las acciones posesorias. Esto era un error evidente; pero la corte suprema también se engañó al motivar su decisión en un pretendido dominio útil perteneciente al enfiteuta. Ciertamente que el usufructuario no tiene dominio útil; en cierto sentido, hasta es poseedor precario como el enfiteuta, lo que no impide que uno y otro tengan las acciones posesorias.

Como la dificultad se presenta día por día, la corte de casación ha creído que debía decidir en principio la cuestión de saber cuáles son los caracteres por los que puede reconocerse la enfiteusis. Se lee en una sentencia de 1857 que la enfiteusis se manifiesta por los caracteres siguientes: “la prolongada duración del goce, el derecho de disponer de una manera casi absoluta del inmueble concedi-

1 Sentencia de casación, 23 nivoso, año VII (Daloz, “Arrend. enfít.” núm: 7, 1°).

2 Sentencia de casación, de 6 de Junio de 1822 (Daloz, *Acción posesoria*, núm. 534).

do, lo módico de la renta convenida y la obligación para el enfiteuta de reportar el gasto que puedan acarrear las mejoras que han sido previstas" (1). Acabamos de decir que la duración del goce no distingue la enfiteusis del arrendamiento; al hacer de la larga duración un carácter distintivo de la enfiteusis, la corte de casación olvidaba, que según su jurisprudencia, un arrendamiento de noventa y nueve años no deja de ser un arrendamiento ordinario. ¿Es cierto que el enfiteuta tiene el poder casi absoluto de disponer del predio enfiteútico? El puede disponer de su derecho de enfiteusis: el usufructuario tiene el mismo derecho; hay más, el tomador puede también ceder un arrendamiento. Sin duda que los derechos del enfiteuta son más considerables que los del tomador, pero no consisten, como dice la corte, en disponer del inmueble dado en enfiteusis; el predio sigue siendo propiedad del arrendador, él solo puede disponer de aquél, el enfiteuta no puede disponer más que de su derecho de enfiteusis. En cuanto al tercer carácter concerniente á las mejoras, tampoco es esencial, el enfiteuta no tiene obligación de mejorar, y en cambio el tomador sí puede verse obligado por ese arrendamiento. Síguese de aquí que el último carácter enumerado por la corte de casación carece igualmente de exactitud; la renta era módica cuando el enfiteuta tenía que mejorar; hoy que se dan tierras cultivadas en enfiteusis, el canon casi no difiere del precio del arrendamiento.

Hay otra sentencia doctrinal que se acerca más á la verdad. "La enfiteusis, dice la corte, difiere del arrendamiento por plazo largo en que transmite en *derecho real* sobre el predio, un cuasi-dominio que permite disponer de él de una manera casi absoluta, y que es muy diferen-

1 Sentencia de denegada apelación, de 24 de Agosto de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 326).

te del derecho con que reviste al arrendatario el simple arrendamiento." Estos son los verdaderos principios, el enfiteuta tiene un derecho real, mientras que el arrendatario sólo tiene un derecho de crédito. La corte no dice cuál es el derecho del arrendatario, nosotros diremos en el título del "Arrendamiento" que aquélla no acepta la teoría de Troplong sobre la realidad de este derecho. Nosotros aceptamos también la expresión de *cuasi-dominio* de que se sirve la corte para calificar los derechos del enfiteuta; viene de Cujas y de Doneau, y contradice el sistema de la división de la propiedad que acabamos de combatir. "La enfiteusis, continúa la corte, tiene por objeto mejorar el predio más bien que asegurar la percepción regular de los productos, y se manifiesta, no siempre, pero á lo más comunmente, por lo módico del censo" (1). Es demasiado decir que la enfiteusis tenga por objeto mejorar el predio. Según la ley belga, esto es evidente; el enfiteuta no está ya obligado á mejorar, únicamente tiene derecho á ello. Ya en la antigua jurisprudencia, el mejoramiento no era un carácter distintivo de la enfiteusis, puesto que se daban en arrendamiento enfiteútico predios en plena producción.

356. La aplicación de estos principios tiene sus dificultades, porque tienen, como los ha formulado la corte de casación, algo de vago y hasta de inexacto. Ya hemos hablado del decreto de 23 nivoso, año VII (núm. 355); el carácter del contrato poco dudoso era. Lo mismopasa, con un caso fallado por la corte de Bruselas. Las partes habían dado á su contrato el nombre de *ohyms*, con el cual se designaba en otros tiempos la enfiteusis; el arrendamiento se había celebrado por noventa y nueve años, daba al arrendatario el poder de cambiar las tierras en bos-

1 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Noviembre de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 444).



que sin el consentimiento del capítulo: cláusula que marca un goce más extenso que el del arrendatario (1).

Vamos á ver un caso singular en el cual, á nuestro juicio, no había ni arrendamiento ni enfiteusis. La ciudad de París concedió por setenta años el goce de un terreno con la obligación por parte del concesionario de levantar en él un mercado cuya propiedad obtendría al terminar el contrato. Este acto se calificaba de enfiteusis; como caución entregóse al tesoro la cantidad de 100,000 francos. La corte de París resolvió que no había fianza, y por consiguiente, tampoco privilegio, porque el contrato establecía una enfiteusis, es decir un derecho real inmobiliario. Encontrábanse, en efecto, los caracteres usuales de la enfiteusis: obligación de mejorar y de soportar todas las obligaciones, todos los impuestos, y goce por largo plazo. Pero faltaba uno: el pago de una renta. La corte de París creyó que el canon enfiteutico tenía su origen en las ideas del feudalismo: la lectura de cualquiera de las leyes romanas sobre la enfiteusis la habría convencido de su error. Por una extraña contradicción, la corte resucitó una preocupación feudal, al juzgar que el contrato enfiteutico enajenaba temporalmente el *dominio* (2). De cualquiera manera que sea, sin renta no hay enfiteusis (núm. 347). El contrato era, pues, inominado. ¿Engendraba un derecho real? Se podía admitir esto por vía de analogía; en efecto, el contrato tenía más semejanzas con una enfiteusis y un usufruto que con un arrendamiento. Poco importa que el código civil no mencione el derecho real; en otro lugar de esta obra (t. VI, núm. 84) hemos dicho que el propietario puede otorgar en su predio el derecho real que tenga por conveniente.

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

2 París, 3 de Febrero de 1836 (Daloz, "Arrendamiento enfiteutico," núm. 7, 4°).

357. Esto así lo ha resuelto la misma corte de casación en el caso siguiente. Una comuna da en arrendamiento una tierra de pasto por un plazo de ochenta años, mediante un censo módico, con la obligación de efectuar construcciones, plantíos, desmonte y otras mejoras que deberán quedar á favor del arrendador al espirar el arrendamiento, y con la obligación para el tomador de soportar todas las cargas de la propiedad. ¿Era esto un arrendamiento ó una enfiteusis? Es muy dudosa la cuestión ¿No podrían estipularse todas esas cláusulas en un arrendamiento ordinario? El contrato no decía que el tomador tuviera un derecho real, ni le daba el de hipotecar, que es el único distintivo de la enfiteusis. Aun suponiendo que fuese una enfiteusis, surgía la cuestión de saber si el código mantenía este derecho. El código no dice una sola palabra. No importa dice la corte; él permite que se confiera un derecho de goce sobre los bienes (art 542), sin determinar ni restringir las condiciones ó la extensión del derecho que pueda otorgarse. El artículo 543 que la corte invoca no es decisivo, porque puede sostenerse que por derecho de goce la ley quiere dar á entender el usufruto, pues los principios generales no dejan duda alguna sobre el poder del propietario para desmembrar su derecho á discreción.

358. Una comuna concede á un particular en virtud de real ordenanza, el goce de un inmueble consistente en un estanque. La concesión otorgada por setenta años, es calificada de arrendamiento. El tomador se obliga á ejecutar ciertos trabajos con el fin de mejorar la propiedad y de cambiar su explotación, sin que pudiera reclamar nada al término del goce. Una sentencia de la corte de Niemes resolvió que dicho contrato desmembraba la propiedad trasladando al tomador el dominio útil por toda la duración del arrendamiento. La corte de casación desechó el recurso, por motivo de que la corte de apelación no ha-

bía hecho más que usar del derecho soberano que le correspondía para investigar y declarar la voluntad de las partes, y que ella, por lo demás, no había desconocido los caracteres que distinguen el arrendamiento enfiteutico del ordinario (1). La dificultad se reduce á esto: ¿hay desmembramiento de la propiedad, es decir, un derecho real inmobiliario? Las cláusulas de la escritura que hemos citado nada dicen de los derechos del tomador; por lo mismo, es muy difícil decidir que la voluntad de las partes era desmembrar la propiedad. Cuando las partes califican el contrato de arrendamiento, cuando no imponen al tomador ninguna obligación que no sea compatible con el alquiler ordinario, cuando no le otorgan ningún derecho que se exceda de los derechos de un arrendatario, no vemos en qué puede fundarse para calificar el contrato de enfiteutico, y para ver en él la transmisión de un derecho real inmobiliario.

359. Cuando las partes mismas califican de enfiteusis su contrato, deja de haber duda, á lo que creemos, con tal que, como nuestra ley lo exige, se celebre por veinte años por lo menos: la duración del arrendamiento, la modicidad del censo, la obligación de ejecutar ciertos trabajos de mejoramiento, no son caracteres decisivos, puesto que pueden hallarse en un arrendamiento ordinario tanto como en un enfiteutico. Así, pues, la naturaleza del contrato sigue siendo dudosa cuando las partes no se explican sobre los derechos que resultan del arrendamiento. Pero si aquéllas dan el nombre de enfiteusis á su contrato, ellas deciden la cuestión, supuesto que es de la esencia de la enfiteusis el conferir un derecho real al enfiteuta (2). Si las partes no se explican, y si además, ninguna cláusula de la

1 Sentencia de denegada apelación, de 9 de Enero de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 118).

2 Compárese sentencia de la sala de lo civil, de 26 de Enero de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 83).

escritura implica la concesión de un derecho real, había arrendamiento, y en consecuencia, un simple derecho de crédito.

360. De aquí resulta que con frecuencia las escrituras que contienen una cesión de goce se considerarán como arrendamientos más que como enfiteusis. Un hospicio da en arrendamiento un terreno, con la obligación de que en él se levanten ciertas construcciones por las cuales se conviene en una indemnización al cesar el goce. El tomador cede su derecho. Un acreedor hipotecario pretende abarcar este derecho en la expropiación que intenta á título de derecho inmobiliario. Se falló que este contrato era un arrendamiento, y que de él no resultaba ningún derecho mobiliario. Nada, en efecto, probaba que la intención del arrendador fuese la de desmembrar su propiedad concediendo al tomador el dominio útil, como lo dice la corte siguiendo la doctrina tradicional (1).

Por aplicación de estos principios, el tribunal del Sena decidió que la enfiteusis no puede resultar sino de la estipulación formal de las partes contrayentes. Esta decisión no debe entenderse en el concepto de que las partes tengan que servirse del término enfiteusis ó arrendamiento enfiteútico; ya no reconocemos términos sacramentales. El tribunal agrega que si las partes han calificado su contrato de arrendamiento, el juez no puede transformarlo en enfiteusis, siendo que no hay desmembramiento de la propiedad. Luego si en la escritura se hubiese dicho que el tomador podía enagenar, hipotecar, ó simplemente, que disfrutaba de un derecho real en la cosa, había desmembramiento de la propiedad, y por consiguiente, el arrendamiento sería enfiteútico, aun cuando las partes no le hubiesen dado tal nombre (2).

1 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Enero de 1824 (Daloz, "Arrendamiento enfiteútico," núm. 7, 3°).

2 Fallo del tribunal del Sena, 28 de Agosto de 1844 (Daloz, 1845, 4, 225).

Se consiente en un arrendamiento por noventa y siete años á una compañía ferrocarrilera. La escritura contenía cláusulas que por lo común no se hallan en un contrato de arrendamiento: el tomador tenía á su cargo seguir á su cuenta y riesgo las acciones concernientes al goce de la cosa alquilada, pagar la contribución federal, hacer las gruesas reparaciones con facultad de demoler, de sufrir sin disminución de renta la pérdida parcial de la cosa. Por más que no sean usuales tales cláusulas, no son incompatibles con un arrendamiento ordinario. Nada, por otra parte, indicaba que el tomador tuviese un derecho real en la cosa alquilada. Por el contrario, el arrendador se reservaba todas las acciones relativas á la propiedad del inmueble, lo que excluía toda enagenación del dominio útil, como se expresa la jurisprudencia, ó por mejor decir, todo desmembramiento de la propiedad. Decidióse, en consecuencia, que el contrato era causante del derecho de veinte céntimos por cada cien francos, aplicable á los arrendamientos y no del derecho de 5 fr. 50 cs. por cada cien francos, á que están sujetos los arrendamientos enfiteúticos (1). Grande, demasiado grande es la diferencia, á lo que entendemos, y en esto hay un vacío en la legislación, el cual debería colmarse.

Se celebra un arrendamiento por noventa años. En la escritura se expresa que el tomador no podía disponer del terreno, objeto del inquilinato, sino conforme al derecho común. Esta cláusula era decisiva; de ella resultaba, en efecto, que el tomador no tenía más que un derecho mobiliario, derecho que podía ceder, pero sin tener el derecho de hipotecar el inmueble. Cierto es que había cláusulas poco acostumbradas en un arrendamiento, pero no eran inconciliables con el arrendamiento ordinario, y se

1 Sentencia de denegada apelación, de 24 de Agosto de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 326).

explicaban por la larga duración del contrato. La escritura, por el contrario, reservaba al arrendador el derecho ilimitado de gravar con hipotecas los terrenos arrendados, lo que probaba, dice la corte de casación, que el arrendador conservaba lo que se llama el dominio útil. Luego no había enfiteusis (1).

La corte de casación ha fallado, además, que la larga duración del arrendamiento y la obligación de hacer mejoras que refluirán en provecho del arrendador no son suficientes para que el arrendamiento sea enfiteutico, porque el ordinario no excluye cláusulas de esa naturaleza. La corte establece, en seguida, el verdadero carácter que distingue el arrendamiento enfiteutico del ordinario, y es que opera un desmembramiento de la propiedad, y transmite al tomador un derecho real susceptible, como la propiedad misma, de donarse, venderse, hipotecarse. ¿El enfiteuta tenía, en el caso de que se trataba, un derecho real? Lejos de tener la libre disposición de la cosa, ni siquiera tenía el libre goce; en efecto, una cláusula de la escritura prohibía al tomador la facultad de sub-arrendar sin la autorización del arrendador. Luego el contrato era un arrendamiento (1). Esta sentencia es de consideración, porque confirma todo lo que nosotros hemos enseñado. La corte cesa de hablar de dominio directo y de dominio útil, ya no dice que el enfiteuta tiene una propiedad temporal, y ni siquiera tiene una especie de propiedad, un cuasi-dominio. La propiedad queda desmembrada como en el caso de usufructo, el enfiteuta tiene un derecho real inmobiliario, y de éste dispone con toda libertad. Cuando existe este desmembramiento, hay enfiteusis; cuando no existe, hay arrendamiento.

Una sentencia de la corte de Bruselas consagra estos

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Noviembre de 1861 (Daloz, 1861, 1, 444).

principios. En la escritura decíase que se alquilaba un jardín, á título de arrendamiento, por noventa y nueve años; el arrendador prometía hacer que el tomador disfrutase con aquel título. La corte dijo muy bien que esta cláusula es suficiente para caracterizar el contrato. Por lo demás, todas las cláusulas estaban concebidas con la misma mente. El tomador se obligaba á cultivar el jardín “por regla de buen cultivo;” lo que implica que él no podía cambiar ni la naturaleza ni el destino del predio alquilado; la escritura á este respecto entraba en minuciosos pormenores, que daban fe de la celosa solicitud del propietario, y hasta preveía el caso de sub-arrendamiento. Ciertamente es que el tomador tenía la facultad de plantar árboles frutales ó de recreo en el terreno alquilado y de levantar en él construcciones; pero esta facultad no supone que el tomador tenga un derecho en la cosa; él la debe al convenio, como esto tiene lugar con bastante frecuencia en los arrendamientos de larga duración. Ahora bien, desde el momento en que el tomador no tiene el *ius in re*, lo que le sentencia impropriadamente el dominio útil, no hay desmembramiento de la propiedad, luego tampoco enfiteusis (1).

#### § IV.—ENFITEUSIS Y USUFRUCTO

361. La enfiteusis tiene mucha analogía con el usufructo; el enfiteuta tiene el derecho de disfrutar como lo tiene el usufructuario, y como éste, en virtud de un derecho real. Hay, sin embargo, algunas diferencias. El usufructo es una servidumbre personal, inherente á la persona del usufructuario, se extingue á la muerte de éste. La enfiteusis no es una servidumbre, se transmite á los herederos del enfiteuta. Según la definición que de la enfiteu-

1 Bruselas, 18 de Febrero de 1854, (*Pasicrisia*, 1855, 2, 63).

sis da la ley belga, implica la obligación de pagar un censo anual, y esto es de la esencia de la enfiteusis. El usufructo puede establecerse á título gratuito; el usufructo legal es gratuito por su esencia, el usufructo convencional resulta, por lo común, del contrato de matrimonio, luego es una liberalidad. Sucede lo mismo con el usufructo testamentario. No obstante, el usufructo puede constituirse á título oneroso, con la obligación para el usufructuario de pagar un censo anual. Entonces hay una analogía más entre el usufructo y la enfiteusis. ¿Quiere esto decir que el canon enfitéutico tenga la misma naturaleza, el mismo objeto que el precio pagado por el usufructuario? Nó. El usufructo establecido á título oneroso es un contrato aleatorio, el precio se fija en razón de la edad, de la salud y de todas las circunstancias que se toman en consideración cuando se trata de valuar un derecho vitalicio. En la enfiteusis no hay ninguna eventualidad. El canon ni siquiera representa el goce; la ley belga dice que se paga en reconocimiento del derecho de propiedad del que da el bien en enfiteusis. Por último, el goce del enfitauta es más extenso que el del usufructuario: la ley de 1824 dice que él tiene el goce *pleno*; y el código civil (art. 578) dice que el usufructuario disfruta como el propietario, pero con la obligación de conservar la substancia de la cosa. Tal es el principio; más adelante veremos qué consecuencias se derivan de esto.