

E. FOSAR BENLLOCH
LICENCIADO EN DERECHO

EL DERECHO DE SUPERFICIE

PARTE PRIMERA

DERECHO ROMANO

I. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

La historia del Derecho de superficie es de un interés crítico excepcional. Ella nos muestra con toda nitidez la evolución del instituto desde los albores del *ager publicus* romano —por no remontarnos a civilizaciones primarias— hasta el presente fecundo del Derecho de superficie de los países germánicos. En esta evolución podríamos observar siempre los caracteres fundamentales de cada Derecho: lucha entre los rígidos principios del Derecho civil y las necesidades vitales que acoge el pretor; finalidades sociales del Derecho postclásico que van minando la férrea consistencia de la *lex accesionis*; triunfo del principio del trabajo, del pluralismo jurídico en el Derecho germánico; transacción escolástica entre los principios romanos y los germánicos en la glosa y postglosadores, transacción que, como tantas otras, desvirtúa el sentido íntimo del Derecho romano, aun conservando externamente sus formas; finalmente, resurrección, remozado y vigorizado el instituto, en el Derecho moderno, hecho instrumento apto de la política de vivienda urbana; hábil arma en manos de los reformadores del suelo. En cada uno de estos períodos históricos parece como si se condensase toda la tensión polémica, esa incansable y cruenta lucha —en el orden intelectual no hay paz, sino espada— por el Derecho, esa palpitación de la vida que exige formas jurídicas aptas a captar su esencia y que muchas veces es defraudada. Todo el ingenio humano parece que se concentra en cada una de las soluciones contra el caos, contra la indigencia de formas. Y, sin embargo, nunca se da una solución definitiva al problema de conciliar trabajo y acesión en una síntesis armónica (SIMONCELLI, *El principio del lavoro*, p. 65). El instituto parece, en la actualidad, llegado a una madurez y una perfección de líneas que permite suponer que su postulado esencial —distinción entre propiedad del suelo y de la superficie; constitución de

un derecho real sobre el suelo— haya de ser duradero. Su desarrollo es lo que nos falta, en parte del mundo, por ver. Será un instrumento eficaz en la política de acceso de las masas a la propiedad familiar. El día en que los grandes medios de producción estén intervenidos decisivamente por la comunidad, el instituto cumplirá su misión de facilitar la vivienda a la familia (LUCCI, *Le concessioni superficiali e il problema delle abitazioni*, p. 492).

II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Hemos de distinguir dos sentidos de la palabra «superficie». En primer término, el concepto puramente matemático de cara externa de una cosa, espacio de dos dimensiones. En segundo término, el concepto material, todo lo que se encuentra sobre el suelo.

El primer significado pasa a algunos Códigos modernos (905 B. G. B. ; 440 Cod. It. 1865); nuestro Código civil acepta el segundo (artículo 359). Pero ninguno de estos conceptos nos puede interesar. Tratando de operar con nociones estrictamente jurídicas, todo vocablo debe tener su sentido especial, técnico, consagrado por dos milenios de cultura jurídica romanista. En este sentido, superficie tiene dos contenidos: amplio el uno, todo lo que se halla sobre el suelo; y estricto otro («derecho especial de gozar de lo que se encuentre en suelo ajeno», COVIELLO). Contrariamente, ROSSI afirma que la voz superficie no expresa en Derecho romano otra cosa que el objeto de ese amplísimo derecho de goce (*ius superficies*) que se admite en cosa ajena. Define, pues, superficie como «cosa o conjunto de cosas inmuebles cuyo derecho de goce pertenece a persona diversa de la dueña del suelo».

Su etimología, según LUCCI y BRAGA DA CRUZ, "*quod supra factum est*"; según COVIELLO, "*superfacies*", idea de plano, de haz de una cosa, o, como dice SIMONCELLI, «situación superior con respecto a situación inferior». Esta etimología nos parece la más acertada: lo prueba la identidad ideológica con las palabras *surface*, *Oberfläche*, en francés y alemán. Las palabras española e inglesa derivan directamente del latín y no permiten establecer comparaciones.

Definido el concepto superficie (de un modo amplísimo, pues, como veremos, es muy distinto el moderno), pasaremos a agotar el vocabulario de la institución. En primer término, derecho de superficie tiene un sen-

EL DERECHO DE SUPERFICIE

tido diverso en Derecho romano y moderno. En el primero es el amplísimo derecho de goce sobre la superficie que compete al facultado por el dueño del terreno para elevar o para ocupar los bienes que haya en la superficie. Es un *ius in re aliena*: la accesión rige, y *omne quod inaedificatur vel plantatur solo cedit*. En el segundo, el derecho de elevar o mantener una edificación, obra o plantación en suelo ajeno, como propia.

Con arreglo a esta diversidad de concepciones definiremos los restantes términos.

Superficiario es el titular del derecho de superficie en cualquiera de sus acepciones. A veces, en el Derecho moderno se designa con este nombre al dueño de la superficie titular del derecho de superficie. No hay inconveniente en emplear esta terminología, pues el contexto siempre permitirá discernir cuál sea el concepto usado, si el amplio (comprendivo de la propiedad superficiaria), o el estricto (titular de un especialísimo derecho de disfrute en suelo ajeno).

Propietario del suelo o *dominus soli* es el concedente del derecho de superficie, tanto en Derecho romano como en el Derecho moderno, si bien en el primero es dueño del suelo y vuelo y en el segundo tan sólo del suelo.

Relación superficiaria es el conjunto de derechos reales, obligaciones *propter rem* y pactos personales que regulan el fenómeno jurídico de la superficie.

Propiedad superficiaria es la que compete al titular del derecho de superficie sobre la misma, como bien de su propiedad; esto tan sólo es aplicable al Derecho moderno.

Contrato superficiario o, mejor, acto superficiario es todo acto jurídico que da lugar a un derecho de superficie. Puede ser contrato (enajenación, arriendo, donación), o disposición testamentaria (legado). Puede ser acto unilateral: ocupación, usucapión. La forma más habitual de constitución es el contrato. ROSSI aún subdivide el concepto «derecho de superficie» en «derecho de superficie ordinario» —el concepto moderno— y «derecho de superficie romano». Las diferencias las hemos visto ya arriba.

III. ORIGEN HISTÓRICO

1) Según algunos, DANZ, PUCHTA, DITTMAR, se halla en la *lex Icilia de Aventino publicando* en virtud de la que (DION. HALIC., X, 32) fue

concedido a la plebe habitar el monte Aventino, la cual construyó *insulas* y las dividió por pisos para su uso por una familia. Pero, ciertamente, no se ha de ver aquí un derecho de superficie que grava a cada piso inferior en beneficio del superior, tan sólo una *communio pro diviso* del uso, *pro indiviso* de la propiedad. En esto parecen estar de acuerdo todos los autores (RUDORF, ROSSI, LUCCI, COVIELLO, SIMONCELLI, BONET).

2) Otra opinión de autores antiguos (PUFFENDORF, HEYSER, HERTIUS) remonta la creación del derecho de superficie, nada menos que a la legendaria concesión de tierras de los númeridos a Elisa, fundadora de Cartago. Dice COVIELLO: «discutir sobre la falsedad de tal origen histórico sería superfluo; sin salir tan lejos, despreciaremos investigarlo, puesto que el derecho nace en Roma» (p. 37).

3) Para otros, la superficie deriva de la *occupatio bellica*. Los bienes y personas de los vencidos eran propiedad del pueblo romano. En cuanto a los bienes ocupados, otorgaba un derecho de goce limitado a la superficie, puesto que el dominio público era inalienable. En retribución de esta cesión del goce percibía el Estado una renta perpetua. Luego, los particulares imitaron este sistema de administración de los bienes públicos y así nació el derecho de superficie atisbado por SÉNECA.

En apoyo de esta afirmación esgrimen el texto de TITO LIVIO (XXVII, 3) "*Capuae milites edificiis emotos, simul ut cum agro tecta urbis fruenda locarentur in portis murisque sibimet ipsis tecta militariter coegerat edificare*".

Completa el sentido de este fragmento (XXVI, 16): *Urbi frequentandae multitudo incolarum libertinorum et institutorum, opificumque retenta: ager omnis et tecta publica populi romani facta.*

De aquí quieren deducir los seguidores de esta opinión (FORCRAND, BONET) que si el pueblo retenía la propiedad de los edificios y concedía el arriendo, lógicamente debía constituirse un derecho de superficie. Contra esta opinión (LUCCI) hay que objetar que el titular del *ager occupatorius* posee superficie y suelo, no sólo superficie.

4) Otra opinión, sustentada por DEMOLOMBE, intenta demostrar que el origen del derecho de superficie se halla en el arriendo privado *ad non modicum tempus*. Esto no parece exacto, pues el origen de la superficie romana está indisolublemente ligado al *ager publicus*.

5) Finalmente, la mayoría de los autores colocan los albores y parte de la evolución del derecho de superficie en los arriendos *ad non modicum tempus* que el Estado otorgaba sobre el *ager publicus*.

EL DERECHO DE SUPERFICIE

El argumento lógico que explica el origen de este instituto es el siguiente (LUCCI, que cita a DEGENKÖLB, p. 15-16): el que adquiere un derecho de construir con materiales propios sobre el fundo de otro, dirige su intención a la propiedad de su producción: pero esta intención, chocando contra la ley de accesión, viene atenuada en el sentido que en vez de producir el efecto a que iba destinada (derecho de propiedad) produce otro diverso o, al menos, atenuado (derecho real).

Pero ¿por qué A va a construir con el permiso de B sobre el suelo de éste para dar nacimiento a una relación jurídica tan anormal e incierta cuando sería más sencillo comprar el suelo y luego construir? Porque A no quiere comprar o B vender. Entonces, otro querrá comprar o vender y no nacerá esta anormal institución. Pero ¿y si B no puede vender por ser el suelo inalienable? Entonces sólo —presupuesta la vigencia indestructible del principio de la accesión en el Derecho preclásico— (demostrado por BERLIRI) podrá nacer un derecho personal: *locatio vectigalis*, sobre el edificio, que luego será provista, causa cognita, de acciones reales por el pretor, convirtiéndolo en derecho real.

El origen histórico lo hallamos en muy diversas fuentes. La referencia de APIANO a la reacción contra el gobierno de los Gracos, en la que se obligó a los ocupantes del *ager publicus* a que lo abandonasen, demoliendo sus edificaciones y plantaciones, pero indemnizando su valor, indica que se admitía una mitigación al principio de accesión. En la ley Thoria, según COVIELLO, se encuentra ya la primera alusión a la palabra «superficie»; se consolidan los ya antiguos arriendos de edificios públicos.

Parece, pues, claro, que antes del Derecho clásico existían arriendos de edificios públicos (*locationes vectigales*) constituídos a largo plazo contra el pago de un *vectigal*. Todavía son arriendos, derechos personales, todavía tardará el pretor en dotarles de fuerza real. En el Derecho clásico existen indudables alusiones al derecho en plena floración. Así SÉNECA (ep. 88): «*Non est autem ars sui iuris cui precarium fundamentum est. Philosophia nihil ab alio petit, totum opus a solo excitat. Mathematica, ut dicam, superficialis est, in alieno aedificat*». El mismo principio del *ius superficiei* —la *aedificatio in alieno*— lo encontramos en SAN PABLO (Epístola a los Rom., 15, 20). De ahí se deduce claramente que en la época de SÉNECA la superficie era cosa corriente, elaborada tan cuidadosamente que a las personas cultas no se les escapaba su naturaleza íntima.

Lo más interesante en esta época son, no obstante, las fuentes directamente jurídicas. Hay, sobre todo, dos inscripciones importantísimas: la primera encontrada en Montecitorio (1777), correspondiendo a 193 de J. C.;

la segunda, en Puzzuoli (1861) (S. II. p. Ch.) (Luccr, p. 17 y ss.). "*Exemplaria litterarum rationalium dominorum n. n. scripturam pertinentes ad Adrastum Augg. n. n. lib, quibus aei permissum sit aedificare loco cannabae a solo iuris sui pecunia sua, praestaturus solarium sicut ceteri*". "*Tegulas omnes et impensa de casulis item cannabis et aedificiis idoneis adsigna Hadrasto precuratori columnae Divi Marci, ut ad voluptatem suam hospitium sibi extruat, quod ut habeat sui iuris et ad heredes transmittat*".

... "*Hadrastro, Aug. lib, ad aedificium quod, custodiae causa columnae centenariae, pecunia sua extructurus, et, tignorum vehes decem quanti fisco constituerunt, cum ponte necesse fuit compingi, petimus dare iubeas*".

... "*Petimus igitur, aream, quam demonstraverit Adrastus adsignare et iubeatis praestatum secundum exemplum ceterorum solarium*".

De esta inscripción se ve clarísimamente el otorgamiento al liberto Adrasto de un derecho sobre el suelo público para edificar y mantener una casa con amplísimas facultades (*a solo iuris sui; quod habeat sui iuris et ad heredes transmittat*). Se le impone una carga; pagar el canon solarium acostumbrado (*praestatum secundum exemplum caeterorum solarium; praestaturus solarium sicut ceteri*).

El segundo documento, hallado en Puzzuoli, se refiere a la remisión del canon superficiario que hacen los munícipes de la ciudad a Lelio Atimeto, con la condición de que su derecho se extinga a su muerte. "*Cum Laelius Atimetus vir probissimus singulis et universis carus petierit in ordine nostro ut solarium aedificio quod extruit in transitorio remitteretur sibi ea condicione ut ad diem vitae eius usus et fructus potestasve aedificii sui ad se pertineret, postea autem rei publicae nostrae esset, placere huic ordini tam gratam voluntatem optimi civis admitti; remitque ei solarium cum plus ex pietate promissi eius res publica nostra postea consecutura est*".

Hasta ahora el derecho de superficie no parece tener todavía carácter de real. Así lo admiten unánimemente Luccr (pág. 19), Coviello y Rossi.

El (*vectigal*) solarium se pagaba en reconocimiento de la propiedad del ente público concedente. Solarium se llamaba, pues, *pro solo penditur*; siendo una variedad del *vectigal*. De ahí que le sean aplicables sus reglas: "*in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri et ideo possessores etiam de praeterito tempore vectigal solvere debent*" (D 39, 4, 7). Reitera esta idea el 30 "*de legat et fideic.*" 39, párrafo 5.º: *Heres cogitur legatim praedii solvere vectigal praeteritum, vel tributum vel solarium, vel cloacarium, vel pro aquae forma.*

EL DERECHO DE SUPERFICIE

De ahí se deduce que el *solarium* es una carga real, constituida en reconocimiento del dominio del Estado independientemente de su poseedor que por ello debe pagar los plazos atrasados.

Se manifiesta en la práctica jurídica romana de dos modos (LUCCI, pág. 20): 1), construcciones sobre suelo público disfrutadas en arriendo y pago de un *solarium*. Los dos casos arriba estudiados lo demuestran; 2), construcciones sobre suelo público ocupado sin autorización del Estado: intervención del *curator publicarum operarum*, que si la construcción no turba ni impide el destino público del suelo, impone un *solarium* (D. 43, 18, 12, & 17 *ne quid in loco publico*): *Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit non esse eum cogendum tollere ne ruinis urbs deformetur et quia prohibitorium est interdictum non restitorium: si tamen obstat id aedificium publico usui, utique is qui operibus publicius procurat, debebit id deponere aut si non obstat solarium ei imponere: vectigal enim hoc sic appellatur solarium ex eo quod pro solo pendatur*. De ahí se deduce que el suelo público podía ser ocupado por los particulares, si bien el *curator publicarum operarum* debía examinar la naturaleza de la construcción y si la hallaba contraria al uso público debía dar orden de demolición; si no lo embarazaba debía permitirla, imponiendo el pago de una renta del suelo (*solarium*), por dos razones: por ser el *interdictum nequid in loco publico fiat prohibitorium non restitorium* —por consiguiente, no podía actuar reponiendo las cosas en su estado prístino—; y por una razón de política urbanística de primera importancia: *ne ruinis urbs deformetur*; para que Roma no se cubra de ruinas. De ahí se deduce que esta segunda forma de constituir el Derecho debió tener gran importancia cuando se la tolera de tal modo. El *favor aedificiorum* (LEYSER). principio que mitiga el derecho de accesión, se incoa en este texto.

Es posteriormente cuando el pretor concederá acciones reales al superficiario.

IV. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

1) El derecho de superficie, como veíamos antes, es la frustración del intento de adquirir la propiedad de la superficie por obra de la férrea *lex accessionis* romana. Para ésta, el suelo es un territorio soberano del *pater familias* y el edificio un modo de ser del territorio (BERLIRI, pág., 8).

De ahí que la accesión juega, respecto del edificio levantado en suelo ajeno, como la soberanía respecto de cualquier inmueble: *ope legis* lo absorbe en su titularidad jurídica, no permite la coexistencia de dos propiedades en el suelo y en la superficie. El dominio romano, aunque limitado al espacio apropiable (el *coelum* romano no era el de los dioses, que no preocupaba a los juristas, sino el tangible —BERLIRI—; el *coelum* asumía la condición jurídica del fundo sobre el que gravitaba; se habla en las fuentes de la *mensura coeli*, lo que implica que preocupaba tan sólo el espacio commensurable) y el subsuelo útil, era absoluto, se extendía desde el plano inferior del subsuelo hasta la parte superior del vuelo. Como señala ARANGIO RUIZ (pág. 249): «Principio (el de accesión, que no se explica a su vez sino como una exasperación del criterio de la absoluta señoría sobre la cosa, por la que pertenece al propietario, no tan sólo en su actual estructura y destino, sino en toda posibilidad, aún remota, de ampliación y disfrute; *usque ad sidera et usque ad inferos*. De este principio deriva la exclusión de la división por planos horizontales en el sentido que el suelo o el primer plano de una cosa pertenece a un propietario y el edificio o el segundo plano, a otro. No obstante el homenaje a este principio, formalmente conservado hasta el Derecho justiniano, no podía evitar que surgiese en varias hipótesis la necesidad práctica de construcciones hechas en suelo de otro con consenso del propietario y con la intención concorde que fuese garantizada al constructor la mayor libertad de acción sobre el edificio».

En este primer período sólo se podía constituir sobre la superficie una simple relación crediticia análoga a la *locatio vectigalis*, o sea el arriendo del edificio público con la imposición de una carga real censaria por su tenencia y en reconocimiento del dominio del Estado. Si acaso, su única especialidad consistía en otorgarse sobre edificios, a diferencia de lo que ocurría con el *vectigal* típico, que más bien se refería a predios rústicos. El arrendatario de la superficie no tiene un derecho de goce sino una autorización para gozar; posee el edificio *alieno nomine*; puede ser desposeído por el adquirente, no teniendo en este caso sino la *actio conducti*, de naturaleza personal contra el antiguo propietario que enajenó el predio. Pero ese peligro de ser desposeído, gravísimo en el caso de arriendo superficiario entre particulares, era exiguo cuando el Estado arrendaba el *ager publicus*, ya que éste, por su naturaleza, era inalienable (BRAGA DA CRUZ, págs. 13-14). La autorización para edificar se da unas veces antes; en ocasiones después que la construcción ha sido levantada abusivamente en suelo público. De una forma u otra, el Estado queda propietario de

EL DERECHO DE SUPERFICIE

la construcción por fuerza del principio *superficies solo cedit*, y la autorización dada al particular que va a construir o que ya ha construido, reviste invariablemente la forma de un contrato de arrendamiento (BRAGA DA CRUZ, pág. 14).

En el segundo período, atenuado el rigor de la accesión, considerado el suelo como un pedazo de terreno de propiedad del *pater familias*, no como el ámbito de la soberanía dominical, se empieza a considerar el edificio como algo dotado de sustantividad propia, no como un accesorio del suelo. Recordemos a este respecto lo que señalaba IHERING (Espíritu del Derecho romano): que primitivamente, la *usucapión* bienal, regulada en las XII tablas, sólo se aplicaba a los fundos rústicos, no a los edificios que apenas si tenían importancia en la vida económica, y tan sólo la interpretación pontifical extendió la aplicación de ese precepto a los fundos urbanos. Pero cuando la urbanización de la vida romana cobró gran impulso —a partir del s. II ó III), lógicamente, ese rigor se atenuó. El pretor se halló ante un arriendo a largo plazo de la superficie cuya finalidad latente no era otra que transferir su dominio: goce pleno y perpetuo de la superficie sin el suelo. No pudiendo derogar la accesión —contraria, como demuestra SIMONCELLI, al principio del trabajo sobre cosa ajena— que a los ojos de los juristas venía revestido de racionalidad irrefragable, (GAYO, II, 73) otorgó una serie de acciones reales y remedios interdictales de tal naturaleza que este derecho casi equivalió al deseado por las partes. Pero siempre subsistió en Derecho romano el concepto de superficie como *ius in re aliena*, más amplio tal vez que la enfiteusis, pero no por ello propiedad superficiaria. Así, COVIELLO dice: «Se fingía propietario al que no lo era; se fingía no propietario al que lo era de hecho» y califica el derecho de superficie de «propiedad pretoria», «Es una de las más ingeniosas transacciones realizadas por el pretor entre el rigor del Derecho civil y las exigencias de la vida práctica» (pág. 85). *Corrigendi iuris civilis gratia* fue creado el derecho real de superficie. Los jurisconsultos romanos acusan la desproporción existente entre el efecto querido por las partes. concesión de la propiedad superficiaria al constructor, y el efectivamente conseguido: *Si solum sit unius, superficies alterius; qui superficiem in alieno solo habet*. Inconscientemente emplean estas expresiones, fruto de la lógica de los hechos.

Plantean los autores el problema de cuándo concedió el pretor la protección al arriendo superficiario sobre suelo público. Paralelamente se cuestiona el momento en que el derecho de superficie se extendió a los predios privados.

Respecto a la primera cuestión observa BRAGA que «el derecho de superficie obtuvo su configuración definitiva mucho antes que la enfiteusis; pero en compensación ésta acabó por alcanzar un grado de autonomía que nunca logró el derecho de superficie» (pág. 19). La enfiteusis, bajo Zenón, fue recibida con todos los honores en el Derecho civil, mientras el *ius superficiei* fue siempre una situación de compromiso, un instituto pretoriano. Lo único que sabemos con certeza es que en el Edicto perpetuo (s. II d. J.) se recoge ya la fórmula del interdicto de *superficiebus*, lo que confiere al derecho el carácter de real.

ARANGIO RUIZ y SCHULZ oponen a esta teoría razones de peso, demostrando que el carácter real del derecho de superficie no fue reconocido en el período clásico. El primer autor distingue entre los derechos de superficie de Derecho público, que, según él, tuvieron efectos reales en la época clásica, y los de Derecho privado, de concesión particular, que nunca llegaron a poseerlos en este período. En efecto, la famosa *alia actio*, texto decisivo, según luego veremos, es una interpolación postclásica: porque hablando el texto de interdictos resulta incongruente que a continuación emplee esta expresión (*alia*, otra) ya que el interdicto no es una acción precedente; porque la tutela *ex emto, ex conducto* es incompatible con la contemporánea existencia de una acción real; porque las acciones *in rem* están reguladas en los libros II a V del Digesto (*Pars de Iudiciis*) y los interdictos en el XLIII, no siendo admisible que el Edicto incurriera en tal error sistemático (págs. 250-51).

SCHULZ (págs. 397-98), en lo esencial, sostiene la misma opinión sobre el texto citado, si bien no distingue respecto de los derechos de superficie públicos.

Así pues, según estos autores, el proceso formativo del *ius superficiei* concluye tres siglos más tarde de lo que habitualmente se había supuesto: el instituto sólo adopta los perfiles de derecho real en el período justiniano (ARANGIO RUIZ, pág. 251).

Respecto a la segunda, parece lógico según BRAGA DA CRUZ, que sólo cuando el pretor configuró como derecho real el arriendo superficiario los particulares se lanzaron a otorgar contratos de superficie. Y ello por dos razones: porque el pretor debió otorgar la protección real a los arriendos de *ager publicus* por una razón de economía procesal: evitar los miles de demandas contra el Estado que supondría el acudir los arrendatarios al recurso de pedir la cesión de las acciones que garantizaban la propiedad del *ager publicus*.

EL DERECHO DE SUPERFICIE

Naturalmente no existía esta necesidad de economía en los arriendos particulares, en la que el arrendatario podía demandar al arrendador.

Y otra razón de peso la hallamos en el hecho de que el arriendo superficial era relativamente estable y se refería a suelo público, inalienable como antes veíamos; pero la edificación superficial no era una inversión provechosa para el capital y el trabajo del arrendatario que sabía que podía ser desposeído de todo ello si el *dominus soli* enajenaba su propiedad.

Nos parecen muy atendibles estas razones, y creemos que en efecto nuestro instituto no se generalizó, sino cuando gozó de una mínima protección pretoria.

Así los supuestos, definiremos con LUCCI (al que siguen sustancialmente todos los autores) el derecho de superficie como «el derecho real alienable y transmisible *mortis causa* por el cual se tiene a perpetuidad o por largo tiempo el derecho de gozar del modo más pleno e ilimitado de todo o una parte de lo que se encuentra fijo sobre la cosa inmueble de otro» (pág. 11). COVIELLO da otra definición no tan completa: *Ius in re aliena*, alienable y transmisible, consistente en el goce ilimitado de una superficie del suelo de otro.

No destaca la nota de perpetuidad o de largo plazo de la concesión, factor fundamental que distingue la superficie de un arriendo en Derecho romano, y que induce al pretor a otorgar la protección real a la relación personal.

2) *Naturaleza jurídica*: a) Se ha querido asimilar la superficie a la *servidumbre* (SAVIGNY). A favor hay, aparentemente, el 30, 86, 4 (JULIANO), que afirma la validez del legado de superficie al *dominus soli*: "*Vale legatum si superficies legata sit ei cuius in solo fuerit licet is dominus soli sit nam consequetur ut hac servitute liberetur et superficiem lucrifaciat*". Ya desde antiguo fue refutada esta opinión; CUYACIO interpretaba así el texto: "*Legatum valet quatenus ea servitute ut ait eo loco, id est, ea subiectione solum meum liberat et absolvit, ius superficiarium quasi servitus est, non servitus proprie sed quasi dominium ut recte Accursius probat*" (cit. en LUCCI, pág. 12).

Otro argumento lo encuentran en 39, 2, 19 pr.: "*sive domini sint sive aliquod in ea re ius habeant qualis est creditor et fructuarius et superficialarius*". O sea, derecho análogo al usufructo que es una servidumbre.

Aparte que según la doctrina moderna, la construcción de las servidumbres personales es espúrea, obra del Derecho justinianeo, observaremos que no es equiparado a *fructuarius*, sino por el contrario, separado de

tal modo que no hay razón para afirmar que sea análoga la posición del superficiario a la del usufructuario; del mismo modo podría habersele equiparado al *creditor*.

También en 18, 1, 32 se quiere hallar una prueba de que la superficie sea un usufructo.

EMMERICH (cit. en LUCCI, págs. 13-14) intenta deducir de 43, 25 & 2, 3, 4, 5, que el usufructuario tiene una *novis operis nuntiatio servitutum causa*. Pero esto, entiende LUCCI, no significa que la acción sirva directamente para defender el derecho de superficie, sino la servidumbre constituida a su favor (pág. 14).

Aparte de estas razones críticas hay que tener en cuenta las dogmáticas. La servidumbre sujeta la cosa en algunas de sus relaciones, el derecho de superficie otorga un derecho plenísimo sobre la misma, una *cuasi* propiedad; la servidumbre presupone dos fundos, dominante y sirviente, el derecho de superficie romano no recae sobre un fundo sino sobre el edificio. Aunque admitamos la categoría de servidumbres personales, las diferencias son esenciales: son éstas gravámenes temporales, inalienables, limitados en su contenido: que obligan a conservar la sustancia de la cosa; pueden recaer sobre cosas muebles, y si sobre inmuebles, lo son sobre vuelo, suelo y subsuelo, hasta donde alcanza la propiedad romana; conceden un derecho de goce y disfrute, no de disposición de la cosa ni del derecho. Todos estos caracteres son antagónicos con el *ius superficiei*; gravamen generalmente perpetuo y, en todo caso, transmisible a los herederos; enajenable *inter vivos*; que otorga un plenísimo derecho de disfrute y de disposición (no existiendo la obligación de conservar la sustancia de la cosa como en el usufructo); recae necesariamente sobre la superficie.

Todavía hay más razones contra la asimilación con la servidumbre. Si volvemos a las prediales diremos: que la servidumbre es indivisible por naturaleza, no así el derecho de superficie; no puede constituirse servidumbre sobre servidumbre; sí sobre el derecho de superficie. Todas estas razones nos alejan de la concepción del derecho de superficie como una servidumbre.

2) Tampoco es una *enfiteusis*. Si bien tienen un parecido origen histórico (*ius in agro vectigali*, tanto enfiteusis como derecho de superficie) no es posible equipararla a la enfiteusis que aún admitida en su variedad urbana recae sobre el fondo todo y el derecho de superficie que afecta tan sólo a la superficie. De ahí que al superficiario no le corresponda el tesoro; sí, al enfiteuta.

EL DERECHO DE SUPERFICIE

3) Así, pues, es un *ius in re aliena* especial, singularísimo, que recae sobre la superficie ajena y que otorga plénimos poderes de goce y disposición material de la cosa, salvo siempre el derecho de propiedad del *dominus soli* (que lo es también de la superficie).

V. CONSTITUCIÓN

Sobre las posibilidades de constitución del derecho de superficie se pueden sostener dos teorías extremas y otra ecléctica: La primera sostiene que tan sólo la enajenación puede dar origen al derecho de superficie (venta, legado, donación; WÆCHTER). La opuesta a ésta: que la locación es la única forma apta para la creación de este derecho. Finalmente, la ecléctica: tanto la enajenación como la locación, y aún otras formas (usufructo, ocupación, ley, según los diversos autores) son modos de constitución aptos para el derecho de superficie.

1. *Teoría de la enajenación* (WÆCHTER, WINDSCHEID): La constitución del derecho real es siempre un acto de enajenación constitutiva; expresión del *ius disponendi* del *dominus*; el *solarium* puede ser pagado de una vez, en cuyo caso es *praetium*; o periódicamente, en cuyo caso es canon aparentemente solo. «El contrato por el que se constituye un derecho de superficie puede también ser enmascarado bajo la forma de un arriendo del suelo» (WÆCHTER, cit. por LUCCI, p. 22). Basa esta afirmación en una serie de textos del «Digesto» que de otro modo no podrían ser comprendidos.

2. *Teoría de la locación*: Diametralmente opuesta es la opinión de DEGENKOLB y LUCCI, que afirman que el derecho de superficie «sólo puede constituirse mediante locación». El primero llega a decir taxativamente: «No hay superficie sin solarío.» LUCCI llega a la misma conclusión: la deduce del origen histórico —*ager publicus*— de la institución; la esencialidad del canon *solarium* (reconoscitivo del dominio del Estado). ¿Al pasar al derecho privado cambiaría de naturaleza? No. El pretor concedía defensa allí donde veía una intención de las partes de crear derecho real. Y esto lo hacía cuando las partes habían constituido un arrendamiento *ad non modicum tempus*. Todas las definiciones de la institución están unánimes en concebir la *locatio-conductio* como fuente del derecho. Así, GAYO: *quae in conducto solo positae sint*; PAULO: *qui in alieno solo*

superficiem ita habet ut CERTAM PENSIONEM PRAESTET; ULPIANO: *et sane causa cognita ei qui ad non modicum tempus conduxit superficiem in rem actio competit* (págs. 23-30).

Contra esta opinión está el comentario al interdicto *de superficiebus*, que dice así: *qui superficiem in alieno solo habet, civili actioni subnixus est, nam si conduxit superficiem ex conducto, SI EMIT EX EMTO AGERE CUM DOMINO SOLI POTEST.*

Esta posibilidad de introducir la venta para constituir el derecho es explicada así por LUCCI: Entre la venta y la *locatio ad non modicum tempus* no hay distinción esencial, y sí frecuentemente confusión en las fuentes jurídicas y no jurídicas.

Así, PLAUTO, en muchísimas de sus comedias; así, GAYO, en las Instituciones (III, 45): *Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritem inter se habere videntur, ut in quibusdam casis quaeri soleat utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio, quod evenit in praedis municipium quae ea lege locantur ut quandiu inde vectigal praestetur neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur: sed magis placuit locationem conductionemque esse.*

DERNBURG basa la misma opinión en otros argumentos: La venta es una modificación de la locación porque el *solarium* es esencial. Además, el texto de POMPONIO 23, 3, 32, de *iure dotium*: *Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem vel arbores quae fructus non essent sive superficiem aedificii dotalis voluntate mulieris vendiderit, nummi ex ea venditione recepti sunt dotis*; no se refiere a la constitución de un derecho de superficie por venta, sino a la venta de materiales. También las cosas muebles debían ser enajenadas con el consenso de la mujer (LUCCI, pág. 29). Refiriéndose a cosas muebles (*lapides, arbores*), el *superficiem* era, ni más ni menos, que los materiales derruidos del edificio dotal. En todo caso, las fuentes, al hablar de venta del derecho de superficie, se refieren al derecho de superficie ya constituido.

DITTMAR distingue, dentro de esta orientación, el derecho de goce del suelo del derecho real en la superficie. Cree que este último se puede constituir de cualquier forma, incluso por venta, pero el primero sólo mediante la *locatio*.

3) *Teoría ecléctica*: A estas opiniones responden los autores de la tercera opinión (ROSSI, COVIELLO) que en muchísimas ocasiones las fuentes hablan del *locatio* y *emptio* indistintamente. COVIELLO sienta una serie de afirmaciones que nos parecen indiscutibles: el pretor no otorgaba la protección al conductor *ad non modicum tempus* sin más que este requi-

EL DERECHO DE SUPERFICIE

sito. Las partes no creaban el derecho real: era el pretor quien otorgaba protección real, *causa cognita*, si las partes lo habían configurado expresa o tácitamente, y este contrato tenía larga duración. «Dos eran los requisitos para que el derecho de superficie adquiriese la índole de derecho real; positivo el uno, negativo el otro: el largo tiempo y la falta de una contraria voluntad de los contratantes» (pág. 48).

«La compraventa, al par que la *locatio conductio*, no era de por sí eficaz para transferir el derecho real. Era el pretor el que tenía el poder de acordar la tutela real cuando lo encontrase conveniente a los intereses efectivos y no fuese contraria la voluntad de las partes» (54).

Así, pues, seguimos la opinión ecléctica que nos parece la más acertada.

El comentario *si emit ex emto, si conduxit ex conducto*, nos parece diáfano, como a ROSSI, COVIELLO y tantos otros.

Muchos otros textos se refieren a la posibilidad de constituirse el derecho de superficie por arriendo o venta: verbigracia, el referente al fundo dotal que arriba examinábamos. No es esencial la imposición de canon para la creación del derecho de superficie: no hay texto alguno en que afirmar esta tesis. Concluimos con COVIELLO que si bien en la compraventa del goce de la superficie el pretor encontraba mayor facilidad en configurar el derecho real en el arriendo, no obstante, las dos formas eran posibles.

Demostrada su posibilidad estudiaremos los diversos modos constitutivos del derecho de superficie.

1. *Locatio conductio*: Es la más importante fuente del derecho de superficie, hasta el extremo que CAROCIO dijo gráficamente: *Superficiei materia oritur ex ventre locati*. El origen histórico de la institución esta creemos haberlo probado en los arriendos de larga duración de superficies públicas. La fórmula del *interdictum de superficiebus: Uti ex lege locationis sive conductionis*, hace mención especial a esta forma; sólo la interpretación de ULPIANO extiende al supuesto de la venta (*si emit ex emto*) la primitiva protección interdictal. En todo caso debió ser la única forma de constitución de la superficie sobre el suelo público en que era necesario el canon como el reconocimiento del dominio del estado (así, LUCCI, página 23).

Sus especialidades son: «Larguísima y aun indefinida duración; naturaleza de la prestación debida por el superficiario y de constituir la obligación de esta prestación una carga inherente al derecho de superficie, además de una obligación puramente personal del arrendatario»

(ROSSI, pág. 31). Esto es claramente expresado en el comentario de ULPIANO. *Ad. int. de superficiebus: "Quod ait Praetor si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo, sic intellegendum est ut si ad tempus quis superficiem conduxerit negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei qui ad non modicum tempus conduxit, in rem actio competit."*

Ya hemos visto antes cómo, según COVIELLO, el sólo requisito de la perpetuidad o larga duración del arriendo no bastan a configurar el derecho real.

Si hay voluntad expresa en contrario, pese a la larga duración, el pretor, *causa cognita*, denegaba la acción real: no había razón alguna para configurar un derecho real allí donde las partes no lo habían querido.

Pero tampoco las partes podían configurarlo a su capricho: siempre la *causae cognitio* podía denegar los efectos reales si el contrato se había constituido *ad modicum tempus*.

Nunca tuvo este arriendo nombre especial, contrariamente a la enfiteusis; tiene cierta analogía con el contrato enfiteútico, que no es lícito desconocer y de la que los autores obtendrán importantes conclusiones. También se asemeja al arriendo en la obligación personal del conductor, y a la venta, en que hay enajenación constitutiva de un derecho real de superficie (ROSSI, pág. 31). Pero, no obstante, no nos es lícito deducir que la constitución de derecho de superficie viene inexcusablemente producida por la venta, enajenación del derecho; la opinión de WACHTER creemos haberla refutado ampliamente. Aparte que, como reiteradamente hemos advertido con COVIELLO, la venta ni la locación constituyen por sí el derecho; lo crea el pretor con base a estos contratos si la intención de las partes está seriamente encaminada a otorgar el goce exclusivo y excluyente de la superficie.

¿Cuál debe ser la duración del arriendo superficiario para que pueda otorgarse la protección real prometida a los arriendos *ad non modicum tempus*?

Para algunos, el treintenio; para otros, el quinquenio; finalmente, otros, un decenio.

La primera opinión tiene poca aceptación; la segunda, es sostenida por CUYACIO, que afirma que siendo la duración ordinaria de la locación un quinquenio, todo arriendo que sobrepasara este término debía de ser considerado a largo plazo.

BARTOLO sigue la última opinión, que es la más favorecida por los escritores posteriores. Tal ha sido la influencia, que algunos códigos modernos consideran como acto enajenativo el arriendo de más de nueve

EL DERECHO DE SUPERFICIE

años de duración. El nuestro, en cambio, considera acto enajenativo al arriendo cuyo término sea superior a seis años (art. 1.548).

La opinión que parece más exacta es la de no exigirse en Roma plazo fijo para la tutela real del arriendo superficiario. La misma indeterminación de las fuentes: *ad non modicum tempus; ad longum tempus*, es una prueba de esta opinión. El pretor protege aquellos arrendamientos a largo plazo que le parece contienen, intención sería de constituir derecho real, pero sin exigir duración determinada (COVIELLO).

2) Se puede crear el derecho de superficie también por *compra-venta*. No es posible silenciar el texto fundamental de ULPIANO comentando el Edicto: *Qui superficiem in alieno solo habet civili actione subnixus est, nam si conduxit superficiem, ex conducto si emit ex empto agere cum domino soli potest*. El texto del *interdictum de superficiebus*, tantas veces citado, es corregido así por PUCHTA, RUDORF, DEGENKOLB: *Uti ex lege locationis sive VENDITIONIS* (en lugar de *conductionis*, que es lo leído siempre desde los tiempos de la Glosa). Las razones que han movido a estos autores para modificar así el texto son: armonizarlo con el comentario de ULPIANO: *Si conduxit ex conducto, SI EMIT EX EMPTO*. BRAGA explica la desarmonía entre el texto del Edicto y el comentario de ULPIANO, con la hipótesis de que al fijarse la redacción de aquél sólo existía el arriendo como forma de constitución del derecho, mientras que ULPIANO recogió la evolución posterior (pág. 21). Pero aparte de esta conexión, no liga con la tesis de que el único modo de constituirse la superficie es la *locatio*, no es lícito corregir sin fundamento serio el texto citado, debiéndose considerar, *sive venditionis*, un pleonasma, dice LUCCI, que nos es obligado admitir. Otra cosa es decir que la forma más correcta sea *locationis, conductionis* o *locationis et conductionis*. Las fuentes romanas siempre se refieren a los dos extremos de la relación arrendaticia: al locator y al conductor, a la concesión de la cosa y al disfrute por el locatario.

Tampoco es lícito creer que el *sive conductionis* sea un glosema; no hay pruebas (ROSSI, pág. 31). De todos modos, el texto del comentario de ULPIANO es clarísimo: no es sino la expresión de que, aun siendo la *locatio-conductio* el modo más corriente de constituir el derecho de superficie, también la *emptio* tiene su papel más modesto, sí, pero inexcusable en la jerarquía de las fuentes. Así lo han admitido los autores desde tiempo de la Glosa, y ésta es la opinión más corrientemente seguida.

Otros textos: *Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem vel arbores quae*

fructus non essent sibi SUPERFICIUM AEDIFICII DOTALIS, voluntate mulieris vendiderit nummi ex ea venditione recepti sunt dotis.

Se ve que el dinero obtenido por la enajenación de la superficie total ingresa sin más (en virtud del principio *subrogatum capit naturam subrogati*) en el patrimonio dotal.

Tres son las interpretaciones que a este texto se han dado: 1.^a, la que lo considera como una prueba más de la constitución del derecho de superficie por venta (ENANTIOPHANES, CUYACIO, DONELLO, WINDSCHEID, WÄCHTER y COVIELLO); 2.^a, la que lo interpreta en el sentido de enajenarse, no el derecho en sí, sino los materiales de la superficie, y ello por dos razones: por el paralelismo con *lapidem vel arborem* (evidentemente muebles), y porque la enajenación, aun de bienes dotales muebles, debe ser consentida por la mujer; así, LUCCI (p. 29), *quaesitum est cum res quaedam quas maritus vendiderat extarent, an secundum pactum et haec ad mulierem pertinerent, respondi res quae extant si neque volente neque ratum habente muliere venissent perinde reddendas ac si nulla aestimatio intervenisset*. Puede darse una tercera interpretación: hacer el texto referencia a un derecho de superficie ya constituido.

Nos parece, de acuerdo con la terminología adoptada y con el sentido romano de la institución, que las dos únicas interpretaciones posibles son: o la enajenación constitutiva de un derecho de superficie que otorga el *dominus soli*, o la traslativa que realiza el superficiario de su derecho ya constituido. La concepción de la *venditio superficiei* como venta de materiales repugna a las fuentes. En otro texto se habla de que el derecho de superficie *et tradi posse*; el derecho de superficie ya constituido, no los materiales. En pro de la enajenación constitutiva diremos que las palabras *superficium AEDIFICII DOTALIS* implican que se constituye un derecho de superficie (*superficium*) sobre el edificio dotal (*aedificii dotalis*); de otro modo se diría *superficium dotale*, derecho de superficie dotal.

Además de estos textos, ya concluyentes, tenemos el VI, 2, 12 de pub. aet (PAULO): *Si superficiariam insulam a non domino bonae fidei emero*. Se opone LUCCI alegando que se refiere a la enajenación de un derecho ya constituido.

La venta es, pues, un modo de constituir el derecho de superficie. No se vende el *aedificium* ni el *solum*: *Sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere nihil proficit quominus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret* (JULIANO, 44, 7, 44, 1). Sólo el derecho de goce de la superficie; ni el suelo ni el edificio de por sí.

EL DERECHO DE SUPERFICIE

La venta requiere el pago de un precio, no ya de una merced, al constituirse el derecho.

Tanto en caso de venta del derecho de superficie como de constitución por arriendo, el pretor debe realizar la *cognitio causae*, no siendo admisible la opinión de BARTOLO (y de los postglosadores), que sostiene que no es precisa sino para la *locatio*, no para la venta.

Pero esta interpretación va contra las mismas palabras del edicto: *Si qua alia actio de superficie postulabitur causa cognita dabo*. O sea, que no hay distinción entre compra-venta y locación. El pretor tan sólo otorgaba *causa non cognita* los interdictos que eran, como dice JORS, mandatos abstractos del pretor, concretados a los supuestos expresados en su fórmula. El pretor, para conceder acción real (no remedio posesorio en el que sólo se discute el hecho de la posesión, sin transcendencia jurídica alguna), debe realizar *causae cognitio* siempre. La misma distinción entre *emptio* y *locatio* supondría ya una labor cognitiva del pretor. Este modela el derecho real de la masa apta que le presentan las partes: contrato que implique voluntad seria y jurídicamente protegible (por su larga duración).

3) *Donación, herencia, legado*: Según ROSSI (pág. 32), con el que coincide LUCCI, no hay fuentes directamente aplicables al caso, pues el texto *sed et tradi posse intelligendum est, ut et legari et donari possit*, se refiere al derecho de superficie ya constituido; igualmente que 30, 30, & 5: *Heres cogitur legati praedii solvere vectigal praeteritum vel tributum, vel SOLARIUM, vel cloacarium, vel pro aquae forma*, hace referencia a la obligación de pagar las pensiones atrasadas de un derecho de superficie adquirido a título hereditario. Igualmente yerra COVIELLO al afirmar que JULIANO admite el legado como forma de constitución en 30, 86: *Valet legatum si superficies legata est, nam consequetur ut hac servitute LIBERETUR et superficiem lucrifaciat*. ¿Cómo compaginar la tesis de COVIELLO con las palabras del fragmento citado?

No obstante estas críticas, no queremos con ello excluir la posibilidad de constituir el derecho de superficie mediante donación, herencia o legado. Lo que sí afirmamos es que no tenemos textos donde apoyarnos. Pero si admitimos la constitución por compra, ¿por qué no imaginar la constitución por compra con remisión del precio? Porque el *solarium* no es esencial.

En cuanto al legado de superficie diremos que se ha discutido cuándo se adquiere: *ipso iure* (WÆCHTER, WINDSCHEID) o cuando se ha aceptado el *solarium* al legado inherente (DONELLO, NIEGOLEWSTI, DEGENKOLB).

No es el legado condicional, afirma WINDSCHEID, sino *sub modo*: se adquiere *ipso iure*; se pierde si no se cumple el modo.

4) ¿Es precisa la tradición para adquirir el derecho?

Algunos autores, equiparando la superficie a una servidumbre, exigen para aquélla como para éste el requisito de la *traditio*. Otros distingúan: si se hubiere constituido por legado o donación, no precisaba ese modo de completar la adquisición. Eso lo deducían del texto de ULPIANO antes citado, *Sed et tradi posse intelligendum est et donari et legari*, en que se contrapone al *tradi* el *donari et legari*.

La opinión moderna rechaza la necesidad de la *traditio*: si se configura como servidumbre, según WINDSCHEID, no es precisa para estos derechos limitados la tradición; si como *ius in re aliena* especialísimo, no se rige en ninguna fuente la *traditio*, siendo el texto arriba mencionado aplicable tan sólo a los *iura superficierum* ya constituidos.

ROSSI añade que las palabras *et tradi* no tienen el significado técnico de tradición, sino de cesión (pág. 34).

5) ¿Ocupación? Discuten los autores sobre si el derecho de superficie puede constituirse por ocupación (LEYSER hablaba de ley, pero es inexacto y vago este término; ocupación requiere una actividad del ocupante, la nuda ley no otorga este derecho).

Configuran como tal la ocupación de suelo público con edificaciones en caso que no obstate *publico usui*. En ese caso, el *curator publicorum operum* convalidaba la adquisición ya verificada, imponiendo un *vectigal solarium* en reconocimiento del dominio del Estado. Indudablemente sería muy aventurado decir que los particulares estaban en Roma facultados para ocupar el suelo público contra el pago de un *solarium* que se les imponía a *posteriori*. ROSSI añade que era preciso la prescripción del derecho de ocupar el suelo para que éste se respetase (pág. 33). No parece un caso claro de ocupación; ésta supone un derecho preexistente apto para ser ocupado, y aquí se crea con el mismo acto; la ocupación es un acto pleno de soberanía sobre la cosa, y aquí se ve constreñido por una prestación impuesta, no automáticamente, sino tras examen del caso por el *curator publicorum operum*. Por ello nos parece este caso como una concesión tácita (la imposición del *solarium*).

6) ¿Prescripción? Mayor polémica aun hay en la cuestión que ahora nos ocupa; los que niegan la posibilidad se fundan en los siguientes textos: *Numquam superficies sine solo capi longo tempore potest* (41, 3, 26, de usurp. et usuc.). *In vectigalibus et in aliis praediis QUAE USUCAPI*

EL DERECHO DE SUPERFICIE

NON possunt Publiciana competit, si forte mihi bona fide tradita sunt. Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.

El primer texto no hace al caso, pues se refiere a la superficie en sentido objetivo (como dice J. GONZÁLEZ, conjunto de bienes colocados sobre el suelo ajeno), no en sentido subjetivo (*ius superficiei*). Naturalmente, cuando se usucape el edificio, se usucape el suelo subestante; es una regla lógica por cuanto que rige la accesión: son inseparables suelo y edificio. Esto lo corrobora el idéntico principio expuesto en 14, 7, 44, & 1: *Sic in tradendo, si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit quominus ei superficies transeat, quae natura solo cohaeret.*

El segundo texto tampoco es concluyente: las palabras *quae usucapi non possunt* se refieren a *praedia*, o sea que no son usucapibles los predios dados en vectigal, pero no se menciona para nada que sean inadquiribles por usucapición los derechos de vectigal, superficie, etcétera.

«De otra parte no hay argumentos suficientemente válidos en favor de aquellos que sostienen la posibilidad de la usucapición. No tienen ningún texto explícito que invocar a su favor» (COVIELLO, pág. 59). Pues la concesión de la *actio publiciana* para garantizar la posesión transmitida de buena fe sobre predios vectigales no significa que puede darse usucapición sobre los mismos. La usucapición es una forma civil de adquirir la propiedad, y el derecho de superficie es un derecho real pretorio, al que no se le pueden aplicar los principios puramente civiles.

LUCCI rebate la posibilidad de constituir por usucapición el derecho de superficie, partiendo del supuesto de la necesidad del *solarium* para que se dé superficie; no siendo posible constituirlo, cae por su base esta posibilidad.

Contra estas afirmaciones, ROSSI observa que la usucapición era modo de adquirir todos los derechos reales enajenables y poseíbles, y el derecho de superficie tenía este carácter (pág. 34).

VI. OBJETO

El derecho de superficie nace como derogación a la ley de accesión de cosa mueble e inmueble (LUCCI, pág. 35). *Id quod in solo nostro ab aliquo aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit.*

«El contrato paraliza para siempre o para un cierto tiempo el principio *superficies solo cedit*» (id., id.).

Esto no es exacto. El principio de accesión no resulta derogado en las fuentes romanas. Derogación supone supresión; eso hubiera excedido las facultades pretorias, que no eran sino de ayudar, suplir o corregir el Derecho civil por causa de alguna utilidad. La superficie, el edificio, era por Derecho civil del *dominus solis*; por Derecho pretorio era casi un derecho de propiedad del superficiario. Pero la desproporción de que hablan los autores modernos entre la finalidad perseguida por las partes y los resultados obtenidos en el contrato, que ya atisbaron, como vimos arriba, los juristas romanos, subsiste y pone una nota de tensión a la configuración del instituto de que hablamos. Por ello no nos es lícito hablar de una derogación de la ley de la accesión, como veremos después en el Derecho moderno, con la aceptación de la propiedad superficiaria, sino de un remedio pretorio singularísimo a sus inicuos efectos.

Precisados los términos, es evidente que tan sólo donde haya una unidad inescindible de suelo y superficie podía hablarse de derecho de superficie.

Por consiguiente, quedan excluidos automáticamente de su ámbito las construcciones de madera: *Tilius horreum frumentarium novum ex tabulis LIGNEIS factum, MOBILE in Seii praedio posuit: quaeritur uter horrei dominus sit. Respondit (SCAEVOIA) secundum quod proponeretur non esse factum Seii* (41, 1, 60).

Las fuentes mencionan como objeto del derecho de superficie las *aedes, aedificia, insula*, pero debe extenderse a toda construcción presente o futura; se discute si se puede constituir sobre los planos de una casa o las plantaciones.

En cuanto a las plantaciones, las fuentes no hacen la menor alusión.

Ello unido a que las plantas se unen orgánicamente con el suelo y son incapaces de constituir objeto *a se* de contratos, en oposición a la unión mecánica y subsistencia independiente de los edificios, permiten fundar la opinión negativa.

Pretenden otros ser inexacta esa diferencia entre edificio y plantación, pues aunque la unión al suelo de ambas sea diversa, no tiene relevancia jurídica, y la subsistencia, tanto de una como de otra, se hace imposible sin el suelo. ROSSI, además, esgrime la razón lógica de que si la superficie fue modificación de la férrea *lex accessionis*, no hay razón para no extenderla a todos los casos en que se unen indisolublemente muebles e inmuebles.

Pero SALIS esgrime razones de consideración: el absoluto silencio de las fuentes; el carácter formalista del Derecho romano, que no

EL DERECHO DE SUPERFICIE

admitía correcciones sino en los casos taxativamente tutelados por el pretor; el carácter de razón natural que tenía el principio de la accesión; el origen histórico del derecho de superficie (construcciones *nemine prohibente* en suelo público); y el 23, 3, 32, en que sólo se llama *superficium* al edificio, no a los demás elementos; el *tignum iunctum* sólo existía en los edificios y viñedos, pero jamás en las plantas; mientras la accesión en la *satio* y *plantatio* no requería actividad del dueño (bastaba la *coactio*), en la *inaedificatio*, sí; ser *corpus compositum* el edificio y *simplex* la unión de la planta con el suelo.

El segundo problema: si es concebible el derecho de superficie sobre cada uno de los planos de una casa, merece especial atención.

Hay un texto importantísimo en el Digesto (43, 17, 3 & 7): *Sed si supra aedes quas possideo coenaculum sit in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis uti posse, Labeo ait, non eum qui in coenaculo moraretur: semper enim superficies solo cedit. Plane si coenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo, videri non ab eo aedes possidere qui ὀκία possidet, sed ab eo cuius aedes supra κρύπτας essent; verum est qui aditum ex publico habuit. Ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a praetore utentur: dominus autem solus tam adversus alium quam adversus superficiarium tenebitur secundum legem locationis: et ita Pomponius quoque probat.*

Hay que distinguir en la interpretación del texto dos partes, separadas por el adverbio *ceterum*. La primera hace alusión al *quasi dominus* —no el superficiario, sino un poseedor en nombre propio— del *coenaculum*, piso superior de una vivienda. Se discute a quién compete el *interdictus uti possidetis*: si al *coenacularius* o al dueño del edificio. Y, lógicamente, en virtud de la accesión se otorga al *dominus soli*: *Semper enim superficies solo cedit*. Sólo hay una excepción: el caso que el cenáculo tenga salida a lugar público y tenga subyacente una cripta, un subterráneo; en este caso, lo accesorio es la cripta, y debe otorgársele el interdicto al dueño del cenáculo.

Finalmente, si el cenáculo está habitado por un superficiario (esto hay que suponerlo por la relación que existe con el párrafo anterior, de otro modo no habría problema y sería reiterativo este párrafo), *proprio interdicto et actionibus a Praetore utentur*, o sea que se acuerda la tutela pretoria del superficiario de un cenáculo, admitiéndose, pues, el derecho de superficie sobre un plano horizontal.

Este texto niega, en consecuencia, la posibilidad de la *communio pro diviso* en los planos de una casa: en todo caso es dueño uno, el *dominus*

solí, los demás son superficiarios o cuasi dueños, pero nunca dueños plenos.

Esta es la opinión en que coinciden SAVIGNY, LUCCI, SALIS, COVIELLO, NIGOLEWSKI, WÆCHTER...

VII. DERECHOS DEL SUPERFICIARIO

A) *Derechos de goce.*

Goza el superficiario del modo más pleno de todas las prerrogativas del dueño en cuanto al disfrute. Pueden incluso disponer de la forma y sustancia de la superficie.

¿Puede destruir voluntariamente el edificio? Si los derechos que otorga el Pretor sobre la superficie son tan amplios ¿por qué no incluir el *ius abutendi*? ¿Se puede distinguir otorgando el *ius abutendi* en el caso que la superficie sea erigida por el superficiario y negándolo en el caso opuesto como afirman algunos (WÆCHTER)? Otros afirman que el superficiario es un propietario a quien solo falta el reconocimiento del *ius civile* y tiene incluso el *ius abutendi*, de otro modo le sería imposible gozar plénisimamente de la superficie.

Pero las razones en contra de la admisión del *ius abutendi* en el elenco de facultades del superficiario son perentorias.

El derecho a destruir la propiedad, a aniquilar el destino económico de la cosa no le es concedido en Roma sino al propietario; si por cualesquiera contratos tuviese un tercero un derecho, por amplio que sea, sobre la cosa, la prohibición del pacto de dolo *non praestando* impediría el abuso de la cosa por el no propietario. No hay razón alguna para distinguir los casos en que la superficie es levantada por el superficiario, de aquéllos en que el derecho es constituido sobre superficie ya existente; ni las fuentes admiten distinción de esa naturaleza, ni el *ius accesionis* deja de jugar por un momento en ambos supuestos.

Finalmente, si el superficiario destruyese la cosa dejaría de pagarse el canon —por ser el *solarium* una carga real que sigue las vicisitudes de la cosa— y si esto ocurre, el superficiario podría liberarse de este pago destruyendo, en vez de abandonando, que es el único modo jurídico de liberarse de las cargas reales. Y como dicen los textos, esta solución no

EL DERECHO DE SUPERFICIE

es admisible porque *fraudabitur dominus soli in pensione percipienda* (39, 2, 39, & 2).

Así define los límites de su goce COVIELLO: «El superficiario, no obstante, podrá embellecer, ampliar el edificio ya existente, destinarlo a otro uso ya distinto de aquel que estaba destinado y para el cual había sido concedido al usufructuario, convertir el solar en terreno edificado cuando la superficie no exista (esto que es necesario al ejercicio de su derecho y que no le hubiese sido permitido al usufructuario de un solar). Tampoco tiene obligación de conservar la substancia de la cosa: sólo la *existencia*, no el *modo sustancial* de ser».

B) Derecho de disposición de su derecho.

1) *Enajenación*. (Venta, donación, legado): *Sed et tradi posse intelligendum est, ut legari et donari, possit*. Corresponde este texto, como demuestra LUCCI (pág. 31), a los derechos del superficiario sobre el derecho de superficie ya constituido. WINDSCHEID exige, para la transmisión del derecho de superficie, la *treditio*; LUCCI no hace alusión al problema; COVIELLO y ROSSI (pág. 36) interpretan el texto como una facultad para el superficiario, no una condición de la transmisión.

Es una diferencia esencial con el usufructo que no pueden desconocer los autores que los asimilan. ROSSI dice explícitamente que *tradi* no tiene sentido técnico: equivale a cesión (pág. 36).

BARTOLO, por analogía con la enfiteusis, niega la posibilidad de enajenación sin consentimiento del propietario. Pero FABRO refuta fundándose en el hecho de que el pretor debe garantizar los pactos celebrados por el superficiario, no tanto en beneficio del adquirente sino del mismo superficiario, que en otro caso se vería constreñido en su poder de disposición.

¿La enajenación era posible *irrequisito domino*? También BARTOLO distingue: si había obligación de pagar *solarium* sí, si no, no. Pero no hay texto que permita esta interpretación.

En el caso que el derecho de superficie se transfiera por legado, y que haya obligación de pagar el *solarium*, ¿se adquiere el derecho *ipso iure* o cuando se acepta el pago del mismo? Parece que el *solarium* debe ser aceptado libremente; de modo que sólo este requisito transfiere el legado. Pero contra esto tenemos la regla general en materia de legados que no nos es lícito derogar sin texto alguno en que basarnos: los legados se adquieren *ipso iure*. Por consiguiente, también el legado superficiario, si bien la obligación del pago del *solarium* se configura como

una carga modal: su impago llevará a la revocación del legado *sub modo* (WÆCHTER).

En todo caso, tanto el heredero como el legatario habían de pagar las pensiones atrasadas (30, 30, 55, ya visto): *in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debent.*

2) *Hipoteca*: En primer término tenemos el texto genérico referido al objeto de la hipoteca: *Quod emptionem venditionemque recipit etiam pignorationem recipere potest* (20, 1, 9, & 1). Además: *Etiam vectigal praedium pignori dari potest: sed et superficiarium, quia autem in rem actio de superficie debetur petitori quoque in superficiem dari* (39, 14 de sup., L. 1 & 5).

El *petitori* es realmente oscuro, no tiene sentido. La Glosa creyó que *petitor* era el superficiario. Pero es tanto como reduplicar inútilmente el sentido del inciso 1.º. BARTOLO no resuelve el problema. Sólo FABRO sustituye *petitori* por *pignori* suprimiendo la partícula «in».

Esta interpretación se ha impuesto decisivamente, «así enmendado, el texto de ULPIANO aparece límpido, claro y lógicamente coherente» (COVIELLO, pág. 67).

La interpretación de lo que sigue lo confirma: *Et quasi usufructum sive usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est*, o sea, la enumeración de las facultades del *superficiarius*.

Otros textos: *In superficiariis legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit sive etiam possessio tradita fuerit deinde amissa sit* (20, 1, 13, & 3). Se otorga acción hipotecaria (ya sabemos que en Derecho romano era llamada *vindicatio pignoris*, a modo de reivindicación de la cosa pignorada) contra el deudor hipotecario o tercer poseedor (*sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit*) o contra el que retuviere la superficie si esta ya le hubiera sido entregada al acreedor (*sive etiam possessio tradita fuerit, deinde amissa sit*).

Otro texto de PAULO (20, 4, 15) señala como característica del canon *solarium* ser preferente su pago al crédito hipotecario: *Etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest, ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium.*

«Sobre la facultad del superficiario de gravar con hipoteca su derecho no puede haber dudas, estando sobradamente probada» (ROSSI, pág. 36).

Con la constitución de la hipoteca no se grava sino el derecho de

EL DERECHO DE SUPERFICIE

superficie, que es lo que tiene el superficiario, no la superficie como quiere DERNBURG. De otro modo se hipotecaría lo que no se tiene, contra el rígido principio de que nadie da lo que no tiene.

3) *Usufructo, uso*: El texto de ULPIANO antes citado (43, 18, 1 & 6) nos sirve también para admitir la posibilidad de constituir un derecho de usufructo o uso sobre el *ius superficie* (enajenación constitutiva), todos los autores interpretan en este sentido el texto de que tratamos.

Otro texto que lo admite es 7, 4, 1 pr.: *Non solum usufructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu. Et parvi refert utrum iure constitutus usus fructus, an vero tuitione praetoris: proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo vectigali vel SUPERFICIE NON IURE CONSTITUTUS, capitis minutione amittitur.* De ambos textos se infiere que el usufructo y uso del derecho de superficie no eran derechos normales *iure constituti*, como los que pueda otorgar el dueño de una cosa, sino *tuitione praetoris*, que otorgan acciones útiles al usufructuario de este derecho civil anómalo *ad exemplum* de las otorgadas al usufructuario: de ahí que se le denomina a este usufructo *quasi usufructum*, y al uso, *usum quemdam*.

4) *Servidumbres*: puede constituir servidumbres sobre su derecho, no sobre el fundo. Así, ULPIANO, continuando la enumeración de las facultades (43, 18; 1 & 9): *Servitutes quoque praetorio iure constituuntur, et ipsae ad exemplum earum quod ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur: sed et interdictum de is utile competit.*

De donde se deduce que las servidumbres constituídas sobre el derecho de superficie son pretorias, o sea tuteladas con *actio utilis*, análoga a la confesoria del Derecho civil, y su cuasi posesión es defendida por un interdicto también útil. Sólo se pueden constituir sobre el derecho, no sobre el suelo, como los que concede el enfiteuta.

5) Todos los derechos limitados impuestos sobre la superficie (hipoteca, usufructo, uso, servidumbre) se resuelven automáticamente con el del superficiario en virtud del principio *resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum*.

C) *Interdictos y acciones.*

En los textos antes vistos (42, 1, § 81 de sup.) (43, 18, 1, § 1) hemos examinado las defensas que en un principio competían al superficiario. *Qui superficiem in alieno solo habet civili actione subnixus est, nam si conduxit superficiem, ex conducto si emit ex emplo agere cum domino soli potest. Etenim si ipse eum prohibetur quod interest agendo conse-*

quetur: sin autem ab alio prohibetur praestare ei actiones suas debet dominus et cedere.

En un principio, pues, el superficiario goza de una defensa mediata. Frente al *dominus soli* sólo tiene las acciones que nacen de su relación personal (*si conduxit superficium ex conducto, si emit ex emto agere cum domino soli potest*). Frente a los terceros puede exigir el dueño la cesión de aquellas acciones que le sean necesarias para rechazar la agresión (*sin autem ab alio prohibeatur praestare ei actiones suas debet dominus et cedere*). Esta defensa es, verdaderamente, insuficiente, mediata: no deriva de la misma relación que el superficiario tiene con la cosa, sino de la relación personal que le une al *dominus soli*. Frente a terceros, v. g., caso de enajenación del dominio del suelo, ¿qué defensas le cabía invocar?

Por ello el pretor otorga mayor garantía al superficiario, por razones incluso de orden público. Decimos de orden público, porque el suelo de la *urbs* (como el de Londres hoy) estaba en muy pocas manos que lo otorgaban en superficie y oprimían al superficiario con un canon tal vez excesivo, que en definitiva repercutía en los inquilinos de la ínsula superficiaria. El propietario, en estas condiciones de prepotencia, intentaría las más de las veces abusar. Pensemos que hasta Cicerón y Catón, según algunos autores, se dedicaban a arrendar viviendas míseras en condiciones abusivas. La intervención del pretor en éste orden de cosas debió ser un alivio en el intolerable desorden que existía en Roma.

1. *Interdictos*: A) Así, otorga el pretor, primeramente el *interdictum de superficiebus*, cuya fórmula, muy semejante a las de *uti possidetis*, transcribimos (43, 18, 1 pr.): *Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quominus fruamini, vim fieri veto; si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.*

En primer término, una cuestión de crítica de textos: indudablemente la fórmula *locationis sive conductionis* es incorrecta, porque disocia dos aspectos de una relación jurídica, la *locatio conductio*, que son inescindibles, contraponiéndolos como dos causas de la protección interdictal (*uti ex lege locationis sive venditionis*). Para explicar este texto se han ideado las siguientes explicaciones: considerar las palabras *sive conductionis* un glosema, lo cual no está probado; o un pleonasma, lo que no debe admitirse en el Edicto Perpetuo, tan conciso; o leerse *sive venditionis* (DEGENKOLB, PUCHTA, RUDORF, ROSSI), en armonía con el comentario de ULPIANO: *Si conduxit... ex conducto, si emit ex emto*, lo que no

EL DERECHO DE SUPERFICIE

parece aceptable; o bien —y es la explicación más correcta—, sustituir la conjunción *sive* por *et*, o suprimirla simplemente (COVIELLO, LUCCI), con lo que el texto quedaría correcto, leyéndose así: *Uti ex lege locationis (et) conductionis*, con lo que el texto quedaría perfectamente admisible y coherente con las fuentes romanas que hablan de *locatio (et) conductio*.

Resuelta esta cuestión entraremos a dilucidar la naturaleza jurídica de la posesión que da lugar a la protección interdictal.

Y aquí podemos clasificar tres teorías: a), la que la configura como una *corporis possessio*; b), la que la hace análoga a una *iuris quasi possessio*; c), la que la define como una *corporis quasi possessio*.

a) La primera opinión (DERNBURG, CUJACIO) la identifica con la *possessio civilis*, análoga a la que tiene el dueño, o sea posesión *animus domini et iusto titulo* (si seguimos la teoría posesoria de SAVIGNY). Pero los autores, unánimemente, la rechazan por equiparar al superficiario con el propietario o poseedor de justo título; en efecto, falta absolutamente el requisito *animus domini* en el poseer del superficiario. Concedérselo valdría tanto como configurar el derecho de superficie análogo a la propiedad; pero las metáforas propiedad pretoria, propiedad fáctica o material, no autorizan llegar a esta conclusión. En el texto antes visto, 43, 17, 3, § 7, el *interdictum uti possidetis* se otorga al *dominus soli*, no al superficiario ni al poseedor del cenáculo; luego el verdadero poseedor *corpore* es el *dominus soli*, teniendo el superficiario tan sólo interdictos útiles.

b) *Corporis quasi possessio*: COVIELLO es el autor de esta nueva teoría de la posesión aneja al derecho de superficie. Rebatida la teoría anterior por las razones que veíamos, pasa a refutar la segunda (*iuris q. possessio*), diciendo que los partidarios de la *quasi possessio* (SAVIGNY, RUDORF) olvidaban las reiteradas alusiones al *possideri* en el derecho de superficie, y no lograban hallar nunca un *quasi possidere*; que en el texto de MARCIANO, 20, 1, 13, § 3, antes citado a propósito de la hipoteca del derecho de superficie, habla claramente de *possessio (sive etiam POSSESSIO tradita fuerit)*; que la *quasi possessio* romana como institución excepcional no puede extenderse por analogía (págs. 72, 73).

Sólo cabe afirmar una posición análoga a la de MOLITOR y WANGEROW: configurar la posesión en el derecho de superficie como una *corporis q. possessio*. Y esto porque no era la posesión superficiaria análoga a la posesión del enfiteusis (*corporis possessio*), sino tutelada con interdictos útiles, ni tampoco la *vindicatio superficiei* era *vindicatio iuris*, sino una

vindicatio utilis. Así como la posesión y la propiedad son tuteladas con los interdictos y acción reivindicatoria, así la posesión del derecho de superficie y su titularidad lo son con los interdictos y reivindicatoria útiles.

Pero, contradice ROSSI, y, a nuestro modo de ver, con razón: el derecho de superficie no puede ser sino cuasi poseído, no cuasi poseído corporalmente —pues, en definitiva, todo lo que no es *corporis possessio* es *iuris possessio*; la *possessio iuris* era perfectamente compatible con la *corporis possessio* del *dominus soli*, «porque las dos posesiones, aún refiriéndose a la misma cosa, tutelaban relaciones diversas cuya existencia era compatible y podía verificarse contemporáneamente, lo que se expresaba en Derecho romano con decir que objeto de una posesión era la *res* —derecho de propiedad sobre la cosa—, y objeto de la otra era un *ius*, un derecho diverso al de la propiedad y compatible con la propiedad de otro» (39).

c) *Iuris possessio*: Rechazadas las dos primeras teorías, la gran mayoría de autores, por diversos caminos, abraza la tercera.

Así, SAVIGNY funda la cuasi posesión del derecho de superficie en la naturaleza jurídica de la superficie: servidumbre que es objeto de cuasi posesión. Otros argumentos los hallamos en la contraposición que en las fórmulas se advierte entre *possidere* y *frui* (empleado en el sentido de *quasi possidere* en el interdicto de *superficiebus*). La razón fundamental es la negación del interdicto *uti possidetis* al superficiario, al que sólo se le otorgan interdictos útiles (texto arriba visto, GAYO, 43, 17, 3, § 7).

Determinada, pues, la naturaleza jurídica de la posesión del derecho de superficie, pasemos a examinar la estructura y contenido de la fórmula edictal.

Requisitos de la protección posesoria son: 1), el *frui* de la superficie; 2), que la posesión del derecho real sea *nec vi, nec clam, nec precaria* (no viciosa); 3), que esta facultad sea ejercida dentro de los términos exactos del contrato (*ex lege locationis*) (BRAGA, pág. 22).

¿Se requiere la *causae cognitio* para el otorgamiento de la protección interdictal? Porque la fórmula interdictal parece implicar necesariamente este requisito de admisibilidad del interdicto: *Uti ex lege locationis et conductionis*, lo que indica que el pretor ha entrado en el examen de la relación subyacente entre el superficiario y el *dominus soli*. Al mismo tiempo, ULPIANO, en 43, 18, 1, § 2, parece que rechaza esta necesidad: *Tuetur itaque praetor eum qui superficiem petit veluti uti possidetis interdicto NEQUE EXIGIT AB EO QUAM CAUSAM POSSIDENDI HABEAT...*

EL DERECHO DE SUPERFICIE

Los autores lo han explicado de muy diversas maneras. Concretando, diremos que las explicaciones modernas se reducen a dos: Una, que resuelve la antinomia exigiendo la *causae cognitio* en los procesos posesorios entre superficiario y *dominus soli* (ROGERIO, y modernamente, HEIMBACH, RUDORF, DEGENKOLB y COVIELLO), no, en cambio, entre el superficiario y un tercero, entre los que no mediaban relación alguna, ni era necesario por ello *causae cognitio* alguna, sino tan sólo una posesión *nec vi, nec clam, nec precario*, para otorgar la tutela posesoria (que será el *iudex* quien la calificará).

Y otra, que nos parece la más acertada, defendida por ROSSI, y que no exige en ningún caso *causae cognitio* pretoria para la tutela posesoria. Primero, porque el sentido del texto de ULPIANO (43, 18, 1, § 2) es concluyente: no hace distinción alguna. Segundo, porque el resto de la fórmula edictal: *Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo*, indica claramente que se exige para el otorgamiento de acción real, no para el de simples remedios posesorios; de otro modo sería imperdonable error técnico que en la brevísima fórmula edictal, condensación del ingenio de varias generaciones de juristas magistrales. Además, no se ve la necesidad, para interpretar el sentido de las primeras palabras del interdicto, de forzar la exégesis y hallar más de lo que el jurista escribió: «De cualquier modo —por causa de arriendo o venta— que gocéis el uno frente al otro...» Esto no es exigir *causae cognitio*: esto es indicar, simplemente, las fuentes de la posesión superficiaria tutelable.

Además es contrario a la índole de los interdictos («mandatos abstractos del Pretor, Jörs, p. 168) la *causae cognitio* pretoria: el pretor manda con base a ciertos hechos que son los que se discuten en el *iudicium duplex* que seguirá a la fórmula interdictal. Si tales hechos son probados, prohíbe que se emplee la violencia, siga así el estado posesorio. Esto es incompatible con todo examen de la relación jurídica subyacente a ese estado. Por lo cual, la opinión de ROSSI nos parece la más segura.

Resueltas estas cuestiones pasaremos a estudiar el contenido del interdicto superficiario *Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti uti possidetis: tuetur itaque praetor eum qui superficiem petit veluti uti possidetis interdicto neque exigit ab eo quam causam possidendi habeat: unum tantum requirit, nam forte vi clam precario ab adversario possideat omnia quoque quae in uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur* (43, 18, 1, § 2).

Este interdicto es oponible, tanto al propietario como a terceros que no tengan relación alguna con el superficiario, igualmente como el *uti*

possidetis se otorga frente a cualquiera que perturbe la posesión. Sólo que su virtualidad es personal, no real: así, se exige el requisito *alter ab altero*, que uno cuasi posea *con respecto* al adversario a la superficie, ni por la fuerza, ni clandestinamente, ni en precario. Por lo demás, ninguna otra especialidad observamos.

b) *Interdictum unde vi* (43, 16, 1, § 3): *Proinde etsi superficiaria insula fuerit quae quis deiectus est, aparet interdicto locum fore.*

Tampoco aquí era precisa la *causae cognitio*, no debiendo probarse sino el hecho del despojo, pues la fórmula no exige este requisito, objeto de tantas dudas en el interdicto de *superficiebus*. La naturaleza perentoria del interdicto impedía entrar en el examen de la índole de la relación jurídica subyacente.

c) *Interdicto de precario e interdictos referentes a las servidumbres: Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petuntur: sed et interdictum de his utile competet* (43, 18, 1, 9).

2. *Acciones reales*: A) Debe, por el contrario, el pretor examinar caso por caso la relación subyacente para *dare actionem* con trascendencia real.

No puede, como en el caso anterior, otorgar la fórmula nuda para que el juez compruebe los hechos: le es preciso analizar la relación subyacente, examinar el requisito de larga duración del arriendo, indagar si la voluntad de las partes fue dirigida a la obtención del máximo derecho de goce sobre la superficie... Todo esto es objeto de la *causae cognitio*, que por otra parte es exigida clarísimamente por el comentario de ULPIANO, tan citado: *Quod ait praetor: Si qua alia actio de superficie postulabitur causa cognita dabo sic intelligendum est ut si ad tempus quis superficiem conduxerit negatur ei in rem actio: et sane, CAUSA COGNITA, EI QUI NON AD MODICUM TEMPUS CONDUXIT SUPERFICIEM IN REM ACTIO COMPETIT.*

Este texto es decisivo en la historia del derecho de superficie. De nada hubiera servido la tutela interdictal —al fin y al cabo, *actio in personam*—, de no haber dotado el pretor de carácter real el derecho de superficie.

Ciertamente que la noción de derecho real no existía en Roma, como en el mundo moderno, pero procesalmente la diferencia entre una fórmula *in personam* y otra *in rem* era abismal. Pues esto último es lo que hizo el pretor: como *viva vox iuris civilis* recogió las palpaciones de la realidad y otorgó a los contratantes el magnífico cauce de unas brevísimas líneas

EL DERECHO DE SUPERFICIE

del Edicto, modelo de precisión técnica, ampliada por los estupendos comentarios de ULPIANO.

No hay distinción alguna en cuanto al requisito de la *causae cognitio* según sea la constitución del derecho de superficie a título de arriendo o a título de enajenación; arriba creemos haber refutado el intento de distinguir los dos supuestos, por lo que nos excusamos de repetir los razonamientos entonces aducidos.

Todas estas acciones, como pretorias que son, están concebidas *utiliter*, o sea, *ad exemplum* de las *civiles*. Veamos.

a) *Rei vindicatio*. Cabe oponer a la *reivindicatio utilis exceptiones in factum conceptae*.

No la hallamos en las fuentes, pero debió de ser concebida *in factum*. *Si parét superficiem secundum legem locationis et conductionis ad Agerium pertinere...* Con ella se tutelaría el derecho de superficie.

b) *Publiciana* (6, 2, 12, 3): *In vectigalibus et aliis praediis quae usucapi non possunt, publiciana competit, si forte mihi bona fide tradita sunt. Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emerit.* Aunque los predios sean imprescriptibles, no obstante, si el derecho de superficie ha sido transmitido de buena fe, el poseedor es tutelado, como si la usucapción del mismo se hubiera realizado.

c) *Confesoria-negatoria de servidumbres*: 18, 43, 1, 9 (ya citado). *Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae, ad exemplum earum quae ipso iure constitutae sunt, UTILIBUS ACTIONIBUS PETENTUR.* Se ve claramente que las servidumbres constituídas a favor de derecho de superficie son tuteladas por la acción confesoria, *vindicatio servitutis*. La negatoria se deriva de la amplitud de términos en que está concebido el Edicto: *Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.*

d) *Communi dividendo, familiae erciscundae*. El párrafo anterior al que arriba veíamos dice así: *Et si duobus sit communis etiam utile dividendo indicium dabimus.* Igualmente, con relación al segundo supuesto (10, 2, 10), *item praedia quae nostri patrimonii sunt sed et vectigalia vel superficiaria (dividi possunt).*

e) *Novi operis nuntiatio* (39, 1, 3, 3): *Si ego superficiarius sim et opus novum fiat a vicino an possim nuntiare? Movet quod quasi inquilinus sum. Sed praetor mihi utilem in rem actionem dat et ideo, et servitutem causa actio mihi dabitur et operis novi nuntiatio debet mihi concedi.* De donde se deduce que si bien en un principio el superficiario estaba desprovisto de tutela frente al tercero que construía una obra por equi-

pararlo a un inquilino, y por ende, indigno de protección legal, el pretor, ateniéndose a la fórmula del Edicto que arriba veíamos, también le otorgaba protección *utiliter*.

f) *Cautio damni infecti* (39, 2, 13, 8): *Superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulare hodie constat*.

g) Finalmente todas las acciones reales que le hagan falta, siempre con el requisito del conocimiento de causa.

VIII. OBLIGACIONES

1. Los autores colocan siempre en primer lugar el estudio del *pago del solarium*. Sobre la esencialidad de esta obligación se han promovido grandes discusiones. Todo depende de la postura que se adopte en relación con los modos de constituir el derecho de superficie. Si se admite que el único sea la *locatio* (DEGENKOLB, DERNBURG, LUCCI), ciertamente que no se concibe del derecho de superficie sin canon superficiario: «Es gibt keine Superficies ohne Solarium», escribe DEGENKOLB. Porque el *solarium* es un modo de reconocer el dominio del *dominus soli*, esencial, según LUCCI. Pero si se sigue por la teoría de la enajenación o la ecléctica, en modo alguno es esencial a esta obligación a la relación superficiaria, si bien sea la más frecuente: los textos constantemente hacen alusiones a la *merces*, al *solarium*, y casi nunca se refieren al derecho de superficie constituido a título gratuito.

Aun no siendo esencial, no obstante, en los edificios construídos sobre suelo público, sí lo sería: recordemos el texto de ULPIANO (43, 18, 12, 7).

El canon no está constituido, por lo general, en reconocimiento de dominio, sino como contraprestación al otorgamiento del derecho.

Consistía en el pago de una cantidad de dinero periódicamente. Su naturaleza jurídica es, según DERNBURG, la de una carga real, pues sigue con vicisitudes del derecho de superficie con independencia de su titular; para el que posee se extingue con el abandono, desaparece con la destrucción del goce del edificio.

Según COVIELLO, es una condición del goce del derecho: sin pago no es posible el goce.

La primera ya la hemos demostrado suficientemente. Que se extingue con el abandono ha sido objeto de viva controversia. Al hablar de la

EL DERECHO DE SUPERFICIE

extinción del derecho de superficie la expondremos detalladamente. Igualmente cesa la obligación de pagar el *solarium* cuando la superficie perece o se imposibilita su goce; esto se ve claramente en 39, 2, 39, 2.: *Damni infecti stipulatio latius patet et qui superficiariam insulam habet utilis est ea stipulatio si quod in superficie damnum datum fuerit ut tota superficies tolleretur: fraudabitur enim dominus soli in pensione percipienda.*

De donde podemos deducir que compete al *dominus* la *cautio damni infecti* si se menoscabare el suelo de modo que pudiera derrumbarse todo el edificio superficiario: de otro modo —esto es, negándole protección—, *fraudabitur in pensione percipienda*, perdería todo derecho a canon. O sea, que la destrucción del edificio priva del derecho al pago del *solarium*.

DONELLO extiende la extinción del *solarium* por destrucción del edificio a los casos en que es despojado el superficiario de su derecho (*per vim alienam*). Sufrir la cosa un daño fortuito que le impide ser gozada.

El crédito por el *solarium* es preferente al crédito hipotecario constituido sobre la superficie: así, 13, 7, 16, y 17; 20, 4, 15: *Etiam vectigale praedium pignori dari potest, sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur. Sane divi Severus et Antoninus rescripserunt ut sine deminutione mercedis soli obligabitur. Así también, etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest, ita tamen ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium* (20, 4, 15).

2) *Pago de impuestos y cargas públicas*: Eso se deduce del principio del C. 60, 16, 2. *Annonas is solvere debet qui possessiones tenet et fructus percepit.*

Además, del argumento *a fortiori* de estar gravado con estas cargas el usufructuario, cuyos derechos sobre la cosa son tan limitados en comparación con los del superficiario.

3) *¿Debe custodiar la cosa con diligencia?* Nada hay en las fuentes ciertamente, pero aplicando a los principios generales, llegan los autores a las siguientes conclusiones: que siendo la superficie, por derecho de accesión, del propietario, no es el superficiario sino un mero detentador y por ende, obligado a *praestare diligentiam*; si no de un buen padre de familia, sí, al menos *quam rebus suis...* (LUCCI, pág. 50); que estándole prohibido destruir (no tiene el *ius abutendi*, prerrogativa del propietario), el no admitir esta obligación sería legitimar la destrucción indirecta (por falta de reparaciones) y la liberación del *solarium* correspondiente. Ahora, ni tiene obligación de mejorar ni de conservar la forma de la cosa; debe conservar su existencia, no su modo esencial de ser (COVIELLO).

4) Si constituyó la superficie por compraventa —lo que se presumirá, según la Glosa, cuando se pagué una fuerte cantidad al principio aún cuando después también quede obligado el superficiario a pequeñas prestaciones—, será obligatorio el pago de la misma para poder ejercer todos los derechos inherentes a la cualidad de superficiario.

IX. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO

A) *Derechos*: 1) En primer término es poseedor *corporis* y propietario, así del vuelo como del suelo, pudiendo, en tal calidad, ejercer la *reivindicatio* contra el superficiario que podrá, si no se extralimitó en su derecho, enervarla con una *exceptio in factum*.

Así, ULPIANO, en L. 1.^a, 4.^o, tit. de *superficiebus*: *Is autem in cuius solo superficies est utique non indiget utile actione, sed habet in rem qualem habet de solo. Plane si adversus superficiarium velit vindicare dicendum est exceptione utendum in factum data.*

2) Derecho de gozar del suelo, en cuanto sea compatible con el goce del superficiario.

3) Derecho de propiedad de todas las accesiones naturales o industriales.

4) Interdictos posesorios, *pleno iure*, no útiles: *praetore utetur; dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis* (43, 17, 3, 7).

5) Derecho al cobro del canon que es preferente, como antes veíamos, al crédito hipotecario sobre el derecho de superficie.

COVIELLO opina que los textos antes citados deben interpretarse, no en el sentido de otorgar preferencia al *solarium* sobre el crédito hipotecario, sino en el de imponer a cargo del acreedor hipotecario del derecho de superficie que quiera ejercer su derecho, la obligación de pagar el *solarium* al *dominus soli*.

6) No tienen apoyo en las fuentes los siguientes derechos, no siendo aplicable por analogía la regulación de la enfiteusis: aviso en caso de enajenación, consentimiento de la misma, laudemio. Estos derechos tan sólo nacerán cuando el instituto que nos ocupa pierda sus líneas clásicas y se asemeje a la enfiteusis, pero en el derecho clásico no vemos, ni remotamente, la menor posibilidad de configurarlo.

EL DERECHO DE SUPERFICIE

B) *Obligaciones*: 1) Permitir el goce del superficiario y no perturbar su disfrute: esta obligación no parece ser específica del derecho de superficie, sino más bien de las obligaciones generales negativas que todo tercero debe cumplir con respecto al titular de un derecho real, con independencia de que con él exista una especial relación jurídica. No nos parece, pues, acertada configurar este deber público de abstención como objeto de una obligación de la relación superficiaria: frente al propietario o frente al tercero, el superficiario está tutelado por idénticas acciones *in rem* e interdictos posesorios útiles.

2) *Prestar la cautio damni infecti*. Por vicios provenientes del edificio (39, 2, 9, 4): Esta obligación positiva se deriva de la cualidad del propietario.

3) El propietario debe pagar el precio de la superficie al extinguirse el derecho como luego veremos.

X. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Las fuentes callan absolutamente en lo tocante a la extinción del derecho de superficie. En todas las demás fases de la vida del derecho siempre nuestro hilo conductor ha sido un texto conciso, referente a la institución que nos ocupa o a sus semejantes, el vectigal, la locatio... Aquí sólo los principios generales del sistema del derecho romano pueden orientarnos.

1) *Destrucción del edificio*: ¿Es causa extintiva del derecho? Tres opiniones se han mantenido a lo largo de la historia. Afirma una que la extinción opera cuando desaparece el edificio (DONELLO): la construcción se ha hecho *sub condicione (si aedificaretur)*; destruido el edificio no se puede reiterar la condición ya cumplida. Incluso aplicando el principio de la elasticidad del dominio, se llega a idénticos resultados: la ley favorece la cesación de estados anómalos de la propiedad, por lo que extinguida la construcción, se extingue el derecho.

BARTOLO distingue entre *locatio soli (concessio ad aedificandum)* y la *locatio superficiei*: en el primer caso, destruido el edificio, aún queda la *locatio* del suelo, se puede reedificar; en el segundo, se perdió cuanto se tenía.

Ni la una ni la otra opinión son satisfactorias, pues van contra la intención de las partes, que es constituir un derecho a perpetuidad o a largo

plazo y que tan sólo se extinga cuando acontezca este plazo o condición resolutoria, no antes (COVIELLO, BRAGA, pág. 22). Esta nos parece la más acertada.

¿A quién pertenecen los materiales del edificio derruido? También las opiniones se dividen: unos los atribuyen al propietario, *iure accesionis*; otros, al superficiario —aplicación del *lignum iunctum*— (LUCCI); otros (WÆCHTER) distingue si el edificio existía ya, en cuyo caso son del propietario, o si lo elevó el superficiario, a sus expensas, con sus materiales; por lo que es la equidad otorgárselos.

En cuanto a la segunda opinión, BERLIRI demuestra que es posible que la propiedad de todos los materiales de un edificio entero siga estando latente (por quiescencia) a favor del que edificó en suelo ajeno, recuperándose plenamente cuando el edificio perezca. JUSTINIANO, añade, acoge esta solución de los Proculeyanos, que otorga a los constructores de mala fe, atemperándola con el requisito: *Ne deterior sit fundus quam si initio non fuerit ædificantum* (38, 6, 1). O sea que se aplica el principio del *lignum iunctum* al entero edificio construido sobre suelo ajeno, si bien el propietario puede enervar ese *ius tollendi* pagando su valor (variable según las circunstancias).

De ahí que la tesis de LUCCI sea perfectamente defendible frente a la simplista que otorga la propiedad *iure accesionis* al *dominus soli*, sin distinguirla del edificio de la de los materiales.

2) *Falta de pago del solarium*: También en torno de esta causa extintiva de la relación superficiaria se han movido algunas controversias. Las dos opiniones, afirmativa y negativa, tienen importantes defensores. Los partidarios de la tesis negativa (WÆCHTER, COVIELLO) señalan la falta de analogía entre el derecho de superficie y cualesquiera otros (arrendamiento, enfiteusis). El comiso enfiteutico es inaplicable, porque las normas de la enfiteusis son especialísimas —dicen—; el desahucio por impago de renta de arriendo, tampoco, porque una cosa es el derecho de crédito del *locator* hacia el *conductor*, y otra el derecho al *solarium* del *dominus soli*, que es un bien patrimonial, está *in bonis* (10, 49; *De verborum signif.*). Esto indica plenamente que no se pueden reproducir las reglas de otro instituto jurídico en éste; y configurando el *solarium* como condición del ejercicio del derecho, COVIELLO llega a la conclusión que el impago sólo provoca una suspensión de este ejercicio, pero no la resolución del contrato.

Los partidarios de la teoría contraria se dividen en tres direcciones fundamentales: a), la que se aplica a la extinción por impago, las reglas

EL DERECHO DE SUPERFICIE

de la enfiteusis (en general los escritores antiguos y ROSSI), o sea comiso por impago del *solarium* de un trienio; b), la intermedia (desde DONELLO), que considera resuelto el contrato superficiario cuando se deja de pagar la renta dos años o uno sólo; c), la moderna (LUCCI, pág. 55), que considera extinguido el contrato cuando transcurre un número indeterminado de años sin pagar el canon, los que se exigen para la extinción del vectigal. Esta es la que nos parece más acertada por la mayor analogía del *ius superficiei* al vectigal, no al arriendo o enfiteusis. *Lex vectigali fundo dicta erat ut si post certum temporis vectigal solutum non esset is fundus ad dominum redeat.*

Sólo pueden aplicarse las reglas del *vectigal in genere*, subespecie del cual es el *solarium*. Claro que se nos puede objetar que al pasar la superficie del derecho público al privado, perdió el *solarium* el carácter de *vectigal*, trocándose en derecho de crédito ordinario (ROSSI), pero siempre quedará en pie la razón de que las normas del comiso enfiteútico no son capaces de extenderse por analogía.

3) *Abandono*: Que se puede abandonar el derecho a la superficie cuando éste no ha sido constituido a título oneroso no ofrece duda alguna. Ya veíamos en el epígrafe descubierto en PUZZUOLI que los municipios de la villa consideraban muy beneficioso para el erario municipal la condonación del canon *solarium* a cambio de convertir el derecho de superficie en vitalicio. La liberación, siquiera sea parcial, de la carga que supone el derecho de superficie debía ser bien recibida por el *dominus soli*: recuperaba la plena propiedad del edificio, que era suyo nominalmente. Pero mayores dificultades se ofrecen a la admisión del abandono del derecho de superficie cuando éste tiene como contraprestación el pago de un *solarium*. También están aquí divididos los autores. SAVIGNY, THIBAUT, GESTERDING, WINDSCHEID, LUCCI, han impugnado la posibilidad del abandono en el Derecho de superficie oneroso. Se fundan en las siguientes razones: que no es lícito acudir a la analogía con el usufructuario (que puede derrelinquir), pues éste sólo tiene derechos, no cargas; que siendo la relación bilateral, no puede abandonar sino sus derechos, no sus deberes; que en la enfiteusis no se tolera, ni aun en caso de esterilidad, el abandono de la finca; que aun siendo el *solarium* una *Reallast*, y siendo en ellas posibles el abandono de la finca gravada, se puede admitir la derogación de este principio.

Los autores que sostienen la tesis negativa (COVIELLO, ROSSI, DERKBURG, BRAGA, WÄCHTER) se fundan en las razones siguientes: la analogía con el usufructuario; el absurdo de admitir el abandono del derecho sin

la dejación de la obligación (resultado repugnante a la naturaleza del *solarium*, carga real que en tanto se paga en cuanto se goza de la superficie); la consideración del *solarium* como condición del ejercicio del Derecho de superficie, por lo que si se deja de ejercer el *solarium* cesa el *solarium*; o el argumento de REINICKE, que considera que el *dominus soli*, aun perdiendo su derecho al canon, consolida con ello la propiedad plena en la superficie.

Estas razones nos parecen más concluyentes que las anteriores.

4) *No uso*: También en torno de este modo de extinción se han promovido grandes polémicas.

En Derecho romano, el no uso durante cierto tiempo extinguía las servidumbres personales y prediales (7, 4, 25) si bien se hacía una excepción a favor de las servidumbres urbanas, en que no sólo era preciso el no uso del propietario del predio dominante, sino un estado posesorio contrario a esa servidumbre (v. g. *altius tollendi* por parte del titular del predio sirviente durante un cierto lapso de tiempo contrariando las *servitus altius non tollendi*). Esto parece que es por la dificultad (siendo como son servidumbres negativas) de probar el desuso: *Alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet* (8, 2, 6).

Las razones que se dan en contra de este modo extintivo son: que el simple no uso es un instituto especialísimo sólo aplicable a las servidumbres, y el derecho de superficie no es servidumbre; que las diferencias entre servidumbre y superficie son extraordinarias, no ya cuantitativas (extensión de los poderes) sino cualitativas (*cuasi dominio* superficiario).

5) En cambio es perfectamente admisible la *usucapio libertatis* del edificio superficiario que libre de la carga que supone el Derecho. WINDSCHEID, que en la primera edición de las Pandectas admitió la extinción del Derecho de superficie por el simple no uso, en las posteriores, influido por WÄCHTER, sólo consideró como causa bastante la usucapción del edificio en concepto de libre, basándose en 39, 7, 8 pr., que la admite para la hipoteca. En el caso de posesión de treinta o cuarenta años de buena fe de la finca hipotecada, se enerva la acción para ejercer el *ius distrahendi*.

Permanece la duda sobre si lo extinguido es el derecho o la acción: la controversia es vieja y no podemos entrar en ella.

6) No ofrecen duda alguna los *restantes casos de extinción* del Derecho: pérdida conjunta de suelo y edificio; vencimiento del término; evento de la condición resolutoria; mutuo disenso; confusión. Cabe oponer a la *reivindicatio utilis* excepciones *in factum conceptæ*.

PARTE SEGUNDA

PERIODOS INTERMEDIO Y MODERNO

Sección Primera

PERÍODO INTERMEDIO

I. PRENOTANDOS

Disipada la claridad radiante del Derecho romano clásico, cambiados totalmente los supuestos económicos y sociales sobre los que se asentaba, el mundo entra en una fase revuelta oscura y primitiva: la alta Edad Media.

El Imperio romano, y posteriormente el bizantino, sufren una etapa de desertización, de aglomeración de las masas romanizadas en las ciudades, siendo sustituidas en el campo por nuevos grupos étnicos federados con el Imperio (germanos). Con la invasión de los bárbaros las ciudades tienden a desaparecer: durante un milenio se sufre un doble proceso de desertización y rurificación de la vida. Tanto el Imperio romano y bizantino, como el enjambre prodigioso de los estadios medievales, padecen una involución senil: sus formas vitales, y por ello jurídicas, pierden la finura y la cultura que hasta entonces habían tenido, y por ello ceden a formas jurídicas más rústicas, más primitivas. A la mentalidad del jurista romano clásico, hecho a las fórmulas claras de *ius civile*, le hubiera sido repugnante la concepción de la accesión del suelo al vuelo o de la propiedad superficiaria, y sin embargo, en obsequio al principio germánico del trabajo y tal vez por ese primitivismo jurídico que las condiciones de vida que llevaban consigo, estas formas y otras análogas, preponderarán a lo largo de casi un milenio.

II. DERECHO ROMANO POSTCLÁSICO

Como dice muy acertadamente SALIS (págs. 25, 26), no juega aquí el principio de la propiedad separada, tan caro a los pueblos germánicos; ahora bien, su estudio es interesante en cuanto comprueba el proceso antes observado: crisis agraria del Imperio; intento de favorecer la agricultura, y primer esbozo de protección al trabajo en menoscabo de la accesión (SIMONCELLI). SALIS opina que más que protección al trabajo del agricultor (fin privado), la legislación agraria que ahora expondremos tenía una finalidad pública de fomentar la agricultura (fin social).

Así, según el Cód. II, 71, 2, el mero hecho de haber cultivado un fundo desierto basta para adquirir la propiedad *salvo canone*. En cuanto a los fundos *rei publicæ*, se establece que no se sancione a los cultivadores que aun no teniendo siquiera título de arriendo, los mejoraren. En otra constitución (Cód. II, 59, 17), prohíbe el aumento del canon al fundo que haya sido hecho más productivo por el cultivador; de haber conocido el posible aumento, no lo hubiera hecho tan productivo a costa de grandes sacrificios.

Los emperadores Teodosio y Valentiniano, en Cód. 7, 41, 3, 1, determinaron que los fundos públicos: *Ne ea quidem, quæ paludibus antea vel pascuis videbantur adscripta, si sumptibus possessorum nunc ad frugum fertilitatem translata sunt, vel vendi, vel peti, vel quasi fertilia separatim censeri vel functiones exigi concedimus* NEC DOLEANT DILIGENTES OPERAM SUAM AGRI DEDISSE CULTURÆ NEC DILIGENTIAM SUAM SIBI DAMNOSAM INTELIGANT.

Más radical es todavía, con respecto a los fundos privados, el Cód. II, 59, 8: *Qui agros domino cessante desertos vel longe positos vel in finitimis ad privatam pariter publicumque compendium excolere festinet, voluntati suæ nostrum noverit adesse responsum: ita tamen uti, si vacanti ac destituto solo novus cultor insederit ac vetus dominus intra bienium eadem ad suum ius voluerit, revocare, restitutis primitus quæ expensa constiterit, facultatem loci proprii consequatur; nam si bienii fuerit tempus emensum omnis possessionis et dominii carebit iure, qui siluit.*

No se trata de *derelictio* y consecuente *occupatio*; porque el propietario puede volver dentro de dos años y recuperar el fundo, previo pago de

EL DERECHO DE SUPERFICIE

los gastos hechos en él; si no lo hace, pierde la propiedad. Tampoco es *occupatio*, puesto que no basta la *adprehensio*: es necesario el cultivo y el transcurso de dos años. Es indudablemente un caso de protección al trabajo contra el férreo principio de la accesión que hubiera hecho lo plantado del *dominus soli*.

III. DERECHO BIZANTINO

En las *leges rusticæ* (de la dinastía Isauria, siglo VIII) y Ecloga a Proquiro, se regula no ya la adquisición de la propiedad rústica por el cultivo, sino el principio de la accesión inversa. Cuando se edifica o planta una viña en suelo ajeno estando ausente el dueño, no puede éste, al volver, exigir que sea demolida la obra o arrancada la plantación, y tan sólo puede exigir que se le indemnice con una extensión de terreno equivalente (*ἀντιποινα*). Sólo cuando no se cumplía esta obligación podía el dueño exigir la demolición o arranque.

En la Egloga a Proquiro se exige, como mayor protección al propietario, que el terreno esté situado en lugar impracticable: de otro modo, la obra o plantación serán consideradas como usurpación y el dueño del terreno las adquirirá por accesión.

IV. DERECHO GERMÁNICO

La franca derogación al principio de la accesión nace en el Derecho germánico. Las razones son múltiples. Su inferior cultura jurídica les permitió concebir la propiedad de la superficie, ya fuesen edificios o plantaciones como diversa de la del suelo. En el edicto de Rotario se hace jugar el principio de la accesión sólo en el caso que el constructor no pruebe su derecho de propiedad sobre la cosa; de aquí dice SOLMI que el 448 del Cód. italiano de 1865 deriva de la ley germana quizá más que de principios puramente romanísticos (pág. 448).

Según SCHUPFER, el principio del trabajo es característico del Derecho germánico, como el de accesión lo era del romano. De aquí que puestos en pugna el principio del trabajo y de la accesión, antitético, según SIMONCELLI: «El principio jurídico más enemigo del de trabajo durante toda la historia de nuestro Derecho me parece ser el de accesión» (pág. 65), venza el de trabajo y se admita la propiedad separada de los edificios y plantaciones y se consagre el principio «El que siembra, recoge», aunque sea en terreno ajeno.

Además, su concepto sobre la accesión no podía ser claro. Los pueblos germanos la desconocían porque ignoraban su principio básico: adherencia inseparable de cosa mueble e inmueble. Consideraban inmueble (LIEGENSCHAFT) tan sólo a la tierra, valor económico predominante en las épocas de crisis y primitivismo jurídico. Todo lo demás era reputado inmueble: *Was die Fackel verzehrt ist Fahrnis* (todo lo que la antorcha quema es mueble). Y las viviendas eran fácilmente combustibles, no hay duda. La construcción pétreo desaparece, salvo en los lugares en que hay grandes ruinas (Italia, v. g.), en que se aprovechan éstas. Por consiguiente, la vivienda es considerada como un valor totalmente independiente del suelo, del que, aun estando unido por largo tiempo, se distingue perfectamente. SOLMI lo demuestra en su colección de documentos placentinos (siglo XII): Salvo el reducido número de aquellos en que palpita un auténtico *ius superficiesi* —según él—, en general, en toda Italia, incluso aquella en que los germanos no llegaron (Apulia, Cerdeña), el principio de separación de la propiedad es absoluto. No es ya el Derecho germánico; es el primitivismo jurídico el que hace desaparecer la ingeniosa construcción del *ius superficiesi*. Sólo en lugares aislados, por obra de anónimos escribanos eclesiásticos, subsisten —a veces confundidos con la efitensis, como en Roma— las líneas genéricas del Derecho en su modalidad postclásica (pág. 486).

Todos los derechos sobre edificios van confundidos en muy pocas formas: enfiteusis, precario, etc. Toda una gama inmensa de figuras jurídicas sirven para la finalidad que las partes se proponen: invertir a uno de los contratantes de la *Gewere* del inmueble. Los pueblos germánicos no distinguen *Gewere* de la realidad del dominio: cada uno de los investidos da un derecho real sobre la cosa (feudo, subfeudo) tiene una *propiedad* de su derecho, mejor, una *apariciencia* de esta propiedad, en la que es investido por medio de las fórmulas solemnes correspondientes. El rígido y lógico mundo jurídico romano: la propiedad, aunque no definida, intuía profundamente por sus juristas; los derechos reales, como faculta-

EL DERECHO DE SUPERFICIE

des desgajadas de la misma, pero potencialmente recuperables, ha desaparecido. Le sustituye un mundo brillante de investiduras eclesiásticas, seculares, comunales, subiufundaciones... Es el pluralismo jurídico: todo derecho es propiedad, ninguno tiene bastante fuerza para atraer a su órbita al resto de facultades dominicales errantes. De este magma jurídico, los glosadores elaborarán su teoría del dominio dividido: es propietario el que inviste, no se le puede arrebatar ese nombre, pero sólo *quoad directum dominium*; también, y más activamente, el investido, en cuanto dueño útil.

En este orden de cosas, repetimos, la finalidad de nuestro instituto se ve satisfecha bajo formas muy diversas de concesión de tierras: precaria, enfiteusis, livelo, etcétera, instituciones que acaso con nombres diversos tengan grandes analogías.

V. DERECHO ITALIANO

Así, en lo que toca a Italia, hallamos un conjunto sobreabundante de documentos que nos ratifican en las teorías expuestas.

I. *Derecho italiano primitivo*.—Se otorgan concesiones de tierra *Ad tenendum et casam faciendum*, por veinte años, al cabo de los cuales es lícito destruir la casa y llevarse los materiales. En otras, el *ius tollendi* se extiende sólo a media casa, si bien la Iglesia se reserva sobre la misma el *ius prothymiseos*. La otra mitad pasa a propiedad plena de la Iglesia.

En un importantísimo documento (Iglesia de San Gaetano), se concede a un clérigo un terreno para que construya una iglesia, la disfrute pagando un canon; después de su muerte revertirá a la iglesia concedente. Se deduce de todos los documentos la plena propiedad de la superficie, principio totalmente diverso del consagrado en Derecho romano.

SOLMI estudia dos grupos de documentos: unos, del territorio placentino, y otros, de Roma, todos del siglo XII. En los primeros se habla de una *datio ad signariam*. En unos conceden perpetuamente una tierras *ad casam faciendam*, mediante el pago de un canon (*signaria*). Se puede enajenar la concesión *requisito domino*, que tiene a su favor el *ius prothymiseos*. En otros, se conceden perpetuamente también tierras *ad signariam* para edificar; el concesionario tiene la obligación de pagar canon anual,

de otro modo pierde la tierra y el edificio. Si quiere enajenar, debe dar aviso al concedente, que se reserva el *ius prothymiseos*.

Otro muy importante, porque se trata de la enajenación de esta concesión, es de 1189: en ella se enajena *Unam cassam lignaminis earum iuris...*, *ita videlicet ut prædictus N. N: suiique eredes et cui dederunt prædictam cassinam "cum omni iure et ratione et actione" sibi in integrum pertinente, et hac die in antea habeant et teniant et exinde IURE PROPRIETARIO nomine QUIDQUID VOLUERINT FACIANT.*

Después, el concedente confirma la venta. Vemos claramente que se transmite un derecho de propiedad de la casa con el derecho substancial sobre el terreno; derecho de propiedad plenísimo, enajenable, y transmisible hereditariamente. Son obligaciones anejas al derecho: el pago del canon (*signaria*); el aviso al concedente, cuando se quiere enajenar; el *ius prothymiseos* —con rebaja del precio— reservado por concedente; derecho a aumentar el canon, si se incurre en mora; derecho de despido, si se impaga el canon.

En Pavía, Vercelli, Cremona, se habla de concesiones *ad aedificandum et pensionem reddendam*. En Pavía se vende una casa con derecho a ocupar terreno ajeno.

En otro documento se vende la casa, renunciando el vendedor al derecho sobre la tierra, en el que inviste de nuevo la Iglesia al nuevo propietario.

En toda Italia, en esta época, la propiedad territorial está en manos de la Iglesia o entes eclesiásticos, que detentan el cinturón de tierras que ciñe las ciudades. De modo que, cuando éstas empiezan a progresar —movimiento comunal del siglo XII—, la Iglesia ha de conceder las tierras, estériles las más de las veces, para que se edifique, originándose así una serie de figuras superficiares nuevas.

Estudia a continuación SOLMI un conjunto de documentos romanos pertenecientes a un cartulario arcaico. Están fuertemente influenciados por la enfiteusis: *ius prælationis*, comiso, concesión de veintinueve años —*ad renovandum*—, forma escrita; se obliga al concesionario a pagar una *pensio*, a hacer efectivo un *laudemio* cuando enajene el derecho y a pagar una cantidad a su constitución.

También se reserva el concedente un *ius prothymiseos* a bajo precio. Para hacerlo efectivo, el concesionario debe notificar la enajenación y el concedente se reserva el derecho a ratificar la enajenación. Esta no podrá hacerse (análogamente a la enfiteusis) a *potentiores* ni a lugares sacros. Sólo será válida la enajenación por el tiempo que reste a la concesión.

EL DERECHO DE SUPERFICIE

El concesionario, en virtud de la *defensio* (entrega de la mera posesión), tiene un derecho real, *ius et ratio ad tenendum possidendum et quidquid voluerimus faciendum* (pág. 478). Observa ROSSI, en conclusión, que los segundos documentos (romanos) son una pervivencia del *ius superficiei romano*, si bien modificado por la notabilísima influencia de la enfiteusis que se advierte.

En los primeros tal vez nos hallemos ante una reviviscencia del Derecho romano: estamos en el siglo XII y la Glosa aún no ha extendido su influencia en territorio placentino. Reminiscencia lógica: el concepto de la *plena potestas* no ha desaparecido enteramente de la Edad Media italiana; subsiste un hábito del espíritu del Derecho romano que rebrotó tardíamente en Plasencia.

Pero esta tesis no nos parece exacta. Anteriormente veíamos el documento placentino que habla de enajenación de la concesión *ad signariam*. En ellas nos habla de *unam cassinam lignaminis earum iuris...*, *cum omni iure et ratione et actione sibi in integrum pertinente...*, *et exinde IURE PROPIETARIO nomine quidquid voluerint faciant*.

O sea, que se distingue perfectamente el *ius et ratio* (sobre el terreno) y la *cassina*, *iure proprietario* y se vislumbra el instituto de la propiedad superficiaria.

Igualmente, en los documentos romanos hallamos un principio análogo: reconocimiento de la propiedad superficiaria. La diferencia existente entre ambos grupos es bien pequeña; son formas de la amplísima concesión precaria otorgada con la carga de un censo (*census arealis*).

En el resto de Italia hallamos formas clarísimas de propiedad superficiaria, sobre todo vegetal (demostrada por SCHUPFER, «Dig. It.», voz Alodio): el que planta o siembra de buena fe, se le hace dueño de la superficie vegetal. En los documentos se habla de enajenar *vinea cum ipsa terra*; *arbor olivæ cum platea*; en Cerdeña, por cierto, en un documento tardío que inserta SALIS en castellano, se declaran inembargables los olivos separados del terreno, declarándose vinculados a los que se plantaron y descendientes. En Apulia se lega un conjunto de olivos plantados en diversas tierras, *quæ omnes prædictæ arbores signatæ sunt signo meo*.

Ya vimos antes que el edicto de Rotario admitía la propiedad separada de casa o molino, si se conseguía probar; de otro modo regía la accesión:

2) *Estatutos*. Bajo la influencia del Derecho romano renaciente, los estatutos italianos tienden a modificar el estado anormal de la propiedad.

superficialia separada de la del suelo. La lucha entre los viejos principios germanos (propiedad superficialia) y los nuevos de la Glosa (*lex accessio-nis*) es ardua; la elaboración jurídica de sus resultados es lenta, y dura varios siglos. En un principio se acepta el principio germánico; posteriormente se le sustituye por ideas romanas.

Diversa evolución sufre la propiedad superficialia vegetal de la urbana. Porque «mientras se muestra generalmente buen semblante al principio del Derecho germánico sobre la propiedad dividida del suelo y de las construcciones, tanto que el antiguo *ius in re aliena* se transforma en derecho de propiedad sobre las construcciones, no se hace una acogida igualmente favorable a la concepción de la propiedad dividida del terreno y de la superficie vegetal» (SALIS, pág. 35).

En cuanto a los edificios superficiales, los estatutos disponen diversamente.

En Milán se paga la *quarta uxoria* por el edificio construido sobre el suelo livellario, *quarta* que sólo se paga por los bienes propios.

En Ancona, el que ha construido de buena fe en suelo ajeno tiene derecho a adquirir el suelo. En Verona, el propietario puede adquirir el edificio o vender el suelo. O sea, rige la accesión inversa: *solum cedit superficiesi*. En Narni, caso también de construcción de buena fe, el propietario puede ejercer el *ius tollendi*, si no lo hace el arrendatario; en Bolonia, si el constructor de buena fe se ofrece a comprar el suelo, no se puede ejercer este derecho; en Milán y Brescia el *dominus soli* puede adquirir la construcción erigida por el arrendatario (LUCCI, págs. 70-71).

En cuanto a plantaciones, los estatutos rigen minuciosamente todos los aspectos (BERLIRI). Se tiende a consolidar el dominio del suelo y del vuelo arbóreo, que se consideran indisolubles. Así, en Belforte, el dueño del árbol plantado en suelo ajeno está obligado a vender, si éste quiere comprarlo, pagando su precio a estima de peritos; si no compra, tiene derecho a conservarlo. Iguales reglas hallamos en Camerino, Fermo, Pesaro, Todi.

3) *Contratos superficiales*. Los más importantes en la Italia de esta época son, en lo urbano, el *ius de gazaga* y el *ius intraturæ*, en cuanto a edificios, y el contrato *ad partionem*, en cuanto a plantaciones.

Ius de gazaga. Derecho especial oriundo de los estados pontificios era el *ius de gazaga* (posesión continuada). Fue introducido por los papas a favor de los hebreos, incapaces legalmente para ser propietarios de bienes inmuebles; se les concedía la facultad de conservar la cosa arrendada y disponer cuasi dominicalmente en la misma mientras se pagase la *merces*

EL DERECHO DE SUPERFICIE

arrendaticia. Las facultades eran: poseer perpetuamente, disfrutar, mejorar, subarrendar, enajenar, ceder a los herederos, hipotecar, etcétera. Tampoco se les podía aumentar la pensión. Se adquiría por arrendamiento y se perdía por el no pago de la pensión.

Este derecho, tan singular, fue configurado de muy diversas formas, como propiedad de hecho, como derecho real, no habiendo conformidad en cuanto a su configuración. Por su origen, finalidad y contenido, el *ius de gazaga* es análogo al *ius superficiei*.

Ius intraturæ. En los estatutos de las profesiones de Florencia se regula este derecho, verdadera propiedad mercantil, en virtud del cual el arrendatario, comerciante matriculado de un establecimiento mercantil que en él ejerciera durante cinco años su profesión, no podía ser expulsado (*ius stantiandi*) y podía traspasar el establecimiento. *Aliud est ius intraturæ seu avviamenti, aliud ius stantiandi, in aliqua Apoteca. Ius intraturæ seu avviamenti dicitur quod conductor seu tenens apotecam alicuius artis consequitur ex hominum concursu quem allicit ad dictam Apothecam emendi causa. Ius autem stantiandi dicitur quod quis ex continuo usu Apotheccæ saltem per quinquenium acquirit, ne possit ab aliquo expelli dummodo solvat eandem pensionem*. Se discute su naturaleza real o personal: MONTELATICIO le llama *ius superficiarium*; FRESLI halla relaciones con la enfiteusis, usufructo y uso, pero también lo califica como derecho de superficie; CAROCIO lo hace análogo *ad instar domini superficiei*. COVIBELLO lo considera verdadero derecho de superficie, pero LUCCI cree que tiene con el derecho de superficie analogías puramente formales (página 72).

El *contrato ad partionem* es un contrato agrario típico del sur de Italia.

El propietario de un fundo inculto lo concedía en arriendo a largo plazo para la plantación de la vid. Mientras el terreno aun no producía, se pagaba al arrendador como contraprestación de la tenencia de la tierra, una merced; cuando ya producía, pero aún no había llegado a su plena formación, un tanto de la uva obtenida; cuando el viñedo llegaba a su plena producción, se dividía en dos partes iguales, cada una de las cuales se adjudicaba a uno de los contratantes.

Existía un derecho de prelación a favor de los contratantes, en caso de venta de una parte. SIMONCELLI lo aduce como ejemplo del principio de trabajo en el medievo. Indudablemente es un caso de aplicación del principio *solum cedit superficiei* (al partir el terreno) y del inverso (en las primeras fases del contrato).

VI. ALEMANIA

Ya vimos cuáles eran los principios fundamentales del Derecho germánico; el más esencial, la posibilidad de separarse el dominio del suelo y de la superficie. De este orden de cosas encontramos las concesiones precarias del suelo, el *Bodenleihe*, que tiene dos modalidades: *Gründerleihe* y *privates Erbleihe*, pública la una, privada la otra.

Por la *Gründerleihe*, el señor (laico o eclesiástico) parcela una extensión y la concede a una colectividad, para que sus miembros edifiquen el lugar y paguen un censo *in natura* de ordinario, *WURTZINS*, *census arealis*, en reconocimiento del *dominium eminens* del señor que se convierte por esto en jurisdiccional. El concesionario, en virtud del principio del trabajo, hace suyo el edificio y lo puede transmitir a sus herederos.

Con la recepción, el derecho de propiedad sobre el edificio se convierte en un *dominium utile*, y posteriormente se transforma este derecho del señor en una simple carga real.

La *privates Erbleihe*. Difiere profundamente de la *Gründerleihe*. Su origen es una pura concesión privada y singular de bienes derivada de la precaria oblata; no transmisible a los herederos en un principio, luego se hace hereditaria. El censo impuesto sobre la tierra tiene carácter de contraprestación del disfrute de la tierra; de ahí que su cuantía sea invariablemente más elevada que en el *Gründerleihe* y sometida a las estipulaciones de las partes que lo fijan, atendiendo a las condiciones del mercado.

El concesionario puede dividir la finca otorgada y subconcederla a su vez; está obligado a conservar el edificio. Puede recaer este derecho privado sobre tierra, cosas, jardines, molinos y hasta rentas perpetuas.

VII. FRANCIA

Domaine congeable. En las costumbres de Baja Bretaña existe una curiosa forma de arriendo llamado *Bail a congement*. El concedente de la tierra arrienda *ad meliorandum* un fundo, conviniéndose el pago de una pensión. Al mismo tiempo que arrienda el suelo, vende con pago de pre-

EL DERECHO DE SUPERFICIE

cio la superficie vegetal y los edificios y demás construcciones, salvo los árboles, no susceptibles de mejora por obra del hombre. El *domanier* (locatario) tiene derecho a gozar del suelo y es dueño de la superficie; puede realizar todas las mejoras que crea oportunas, pues sabe que le serán abonadas al extinguirse su derecho por despido (*congede*). Puede defenderse judicialmente, siempre que no afecte la demanda a la propiedad del terreno. Tiene los interdictos de mantener y recobrar la posesión. Puede hipotecar su derecho, transmitirlo a los herederos, siguiéndose diversos sistemas: sucesión solidaria, primogenitura, vinculación inversa.

El *seigneur tréfoncier* tiene a su vez los siguientes derechos: conserva la propiedad del suelo, de los árboles no mejorables, cobra el precio de la superficie al constituirse el contrato, cobra la *redevance* —renta en especie—; el superficiario paga los impuestos y décimas que graven el fundo y cargas fundiarias a favor de terceros. En garantía de estas prestaciones tiene un procedimiento especial de embargo: *vente sur simples bannies*. Su principal derecho es el *congede*, despido, que no tiene efectos mientras no pague el valor —previa tasación pericial— de la superficie, *al domanier*. Debe prestar evicción y responsabilidad por vicios del *domaine congeable* transmitido.

Se ha dicho que la naturaleza jurídica de este instituto singularísimo era la venta con pacto de retracto. Esto no es exacto, pues en esta clase de ventas resolubles lo que se obliga a pagar el vendedor si quiere retraer, es el precio de la cosa y de las mejoras hechas, y en el *congede* debe abonar el concedente el valor de la superficie al tiempo de ejercitar este derecho, que puede ser mayor valor o menor que el de las mejoras realizadas.

Para la mayoría de los autores (COVIELLO, LUCCI, ROSSI, PLANIOL) se trata de una enajenación de la propiedad superficiaria unida a un contrato de arrendamiento del terreno.

Para SALIS, (pág. 43), «el fin de este contrato no es tanto una enajenación superficiaria con contraprestación sino más bien un arriendo de bienes inmuebles en que al locatario le son reconocidas facultades mucho más amplias que aquellas que de ordinario derivan del contrato de arriendo». El derecho de mejorar el fundo deriva del arriendo, no de la propiedad. De ahí, niega la existencia de una verdadera propiedad superficiaria, pues la relación subyacente es obligatoria.

No nos parecen decisivas estas razones, si bien es cierto que muchos autores niegan la posibilidad de constituirse una propiedad superficiaria con base de una relación personal.

Enrique II abolió el *domaine congeable* (1556), pero ante las protestas del parlamento de Bretaña limitó la abolición a sus posesiones. Modificó la *coutume* de Bretaña (1580). La revolución dictó una ley purgándole de las supuestas —inexistentes— reminiscencias feudales (1791). La Asamblea legislativa lo abolió (1792) a pretexto de su origen feudal, consolidando el dominio en el *domanier* y convirtiendo el derecho del *seigneur tréfoncier* en una renta perpetua redimible. Aun más: La Convención abolió, sin indemnización, el canon. Pero caído el régimen del Terror, el Directorio estableció la vigencia de la ley de 1791 (1797): el *domanier* puede exigir la redención de su propiedad al dueño del suelo, que si no lo quiere efectuar debe abandonar el suelo. También el *domanier* puede abandonar su derecho (*faire exponce*), viéndose libre de todas las prestaciones futuras y aun las vencidas.

Según la doctrina francesa (PLANIOL) el *domaine congeable* es inmueble frente a todos menos frente al *seigneur tréfoncier*, que puede embargarlo, purgarlo de cargas, y no precisa transcribir su derecho.

Droit de evolage et assec. Algunos estanques eran aprovechados llenándolos de agua durante dos años (*evolage*), durante los que se desarrollaban los peces, y vaciándolos al tercero, en el que se aprovechaba la superficie seca así formada para el cultivo (*assec*). Puede pertenecer el *evolage* a un propietario y el *assec* a otro, en este caso, el titular del *evolage* tiene una verdadera propiedad superficialia del agua. Hoy está prohibida su constitución por motivos sanitarios.

Droit de bandîtes. En el sur de Francia los municipios otorgaron sus terrenos incultos *ad pastinandum*. El *bandiote* —concesionario— tenía un plenísimos derecho sobre los pastos: enajenarlos, hipotecarlos, usarlos en la medida de su concesión, abusar y destruir su substancia, de modo que los autores lo asimilaban a un verdadero derecho de propiedad de la superficie.

Arboles en terrenos públicos. Enrique III (1579) otorgó a los dueños de los predios colindantes a caminos públicos la facultad de plantar en ellos árboles «en provecho del que sea dueño del terreno próximo». Fue abolida, pero con respeto a los derechos adquiridos por la ley de 1790; posteriormente se abolieron también los derechos adquiridos (1792). La ley del año 12 obligó a plantar a los colindantes a las carreteras públicas, otorgándoles la propiedad de los árboles, salvo que no podían cortarlos sin autorización. En 1811, para evitar las controversias, se dictó una ley atribuyendo de nuevo la propiedad de los árboles al Estado, llegándose

EL DERECHO DE SUPERFICIE

con la de 1825 a reconocer la propiedad de los árboles plantados en caminos estatales o departamentales si los particulares acreditaren «haberlos adquirido legalmente en ejecución de antiguas ordenanzas y a título oneroso».

VIII. INGLATERRA.

Derivados, según los historiadores, del derecho de la *Bodenleihe* alemana, existen en Inglaterra un conjunto de contratos superficiarios englobados bajo el nombre común de *Building lease*. Se trata de concesiones de tierras por 10, 20, 30, 99, 999 y hasta diez o veinte mil años (*chiefrent-system fenysystem*), en virtud de los cuales el concedente se reserva un canon variable o fijo irredimible y a veces redimible (Sussex), que es devengado cuando la construcción está terminada; antes sólo hay una relación obligacional —si nos es lícito hablar así en Derecho inglés— que obliga a edificar y pagar un canon, surgiendo el derecho real a la terminación de la construcción. Se suele especificar el modo de construir. De ordinario, el concedente otorga el terreno nudo y vacuo, muchas veces prestando el capital necesario para las obras a un empresario capitalista, que urbaniza, construye y cede los edificios, a su vez, al pequeño ahorrador que le paga una renta, y da en arriendo las viviendas. Otras veces el propietario cede los terrenos ya urbanizados.

Este sistema tiene el grave inconveniente de prestarse al abuso del especulador sobre el inquilino. El *leser* construye mal y cede su derecho a quien sin importarle la conservación del edificio —pues al concluir la *lease* no hay obligación de indemnizar el valor de la superficie— se limita a cobrar la renta, con lo que los edificios, al final de su vida, son verdaderamente inhabitables.

IX. ELABORACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE POR EL DERECHO COMÚN

Ya vimos que en Italia la influencia del Derecho romano provocó una tendencia abolutiva de la propiedad superficiaria vegetal. Con respecto a la propiedad superficiaria urbana, observamos que los estatutos en un principio lo admiten, pero después, sintiendo escrúpulos por la regla de la accesión, que les aparece demasiado patente en los textos, se encuentran cogidas en las tenazas del dilema.

O niegan el derecho de accesión, lo que es una herejía, o el de la propiedad superficiaria, que va contra el sentir de la época. Están, como dice muy acertadamente ROSSI, que se percata claramente de su problema, «entre la espada y la pared».

E idean un expediente ingeniosísimo: la aplicación de la doctrina general del dominio dividido (LUCCI, pág. 72). Ciertamente que la accesión juega respecto al edificio, pero sólo *quoad directum dominium: sed utile potest competere superficiario* (BARTOLO). También BARTOLO habla de la posibilidad de otorgar en enfiteusis el suelo y en dominio la superficie.

MOLINEO tiene un texto decisivo: *Dominus directus non dicitur proprietarius nec habere proprietatem soli, sed solum dominium suum superius: Vasallus autem, censuarius vel emphyteuta dicitur habere verum dominium vel proprietatem ipsius rei. Et est ratio quia dominium utile quamdiu durat vincit directum eique praefertur sicut utilis actio directae et ad dominium utile spectat immediata dispositio rei iure domini*. De este modo no tiene *potestatem et administrationem ipsius rei sed solum iuris sui directi*. Ni, por consiguiente, posesión ni dominio de la cosa, sino de su derecho.

Así BARTOLO, BALDO, LAUTERBACH, STRYCHIO, confirman el derecho de superficie como dominio útil en todo de semejante al *ius superficiei* romano. En vano CUYACIO, DONELO y FABRO vuelven por los fueros del viejo *ius superficiei* (cit. en LUCCI, pág. 75): su función histórica aberrante, por otra parte, estaba cumplida y era vano que la jurisprudencia elegante lo tratase de resucitar.

EL DERECHO DE SUPERFICIE

Su diferencia con la enfiteusis estaba en que el contrato superficiario no requería constitución de *annua pensio* cosa exigida en el contrato enfiteutico.

Diverso también de la servidumbre, pues, *nemini res sua servit*, y el dominio útil de la cosa competía al superficiario. Más que servidumbre del edificio era predio dominante del suelo.

Constitución. Se admitía el arriendo, venta, usucapión, infundación (ZASIO). BALDO distingue la locación de la venta según se pague pensión anual o una sola cantidad al constituir el derecho.

Objeto. Según la interpretación de los doctores, pueden ser objeto del derecho de superficie, no sólo las construcciones, sino también las plantaciones.

En cuanto a la posibilidad de ser objeto de este derecho los planos horizontales de una casa hay controversia. Unos consagran directamente la *comunio pro diviso*. (Así se ve en el artículo 343 de los estatutos de Milán: *Si quis habet inferiorem partem domus..., alter vero habet partem superiorem domus..., partes ipsæ communiter tenentur ad faciendum et factum manteniendum..., celum existens inter ædificium inferius et superius. Habens vero ædificium, superius tenetur facere et factum mantene-re et reficere tectamen superius, cum muris ipsum tectamen sustinentibus...*) Otros confirman esta situación como una servidumbre de los pisos superiores sobre los que los sustentan. Otros, finalmente, como un derecho de superficie (o sea dominio útil sobre los pisos, dominio directo del *dominus soli*). Y eso porque *nemini res sua servit y superficiarius..., non habet in solo seu in parte inferiori servitutem*.

Derechos y acciones del superficiario. En general, las mismas que veíamos en Derecho romano (correspondiendo, claro, a la teoría del *dominium divisum*), pero con algunas variedades. Así, en la superficie de concesión eclesiástica constituida a título oneroso o gratuito sólo se podía enajenar el *ejercicio del derecho, no el derecho mismo*. En estos casos la concesión *ad modicum tempus* engendraba derecho real, en oposición a los derechos de origen laico.

Se consideraba la posesión como una *possessio iuris* (BAROLO), no una *corporis possessio*. Salvo casos aislados ocurría siempre esto. Así, el interdicto de *superficiebus* era *quasi possessorium*.

En cuanto a la duración del arriendo para ser calificado de superficiario ya vimos anteriormente que hubo discusiones. Se señalan los plazos de 30, 5 y 10 años.

En la práctica es el magistrado quien decide si se ha cumplido el requisito de larga duración.

En cuanto al requisito de la *causæ cognitio* para otorgar la acción real, BARTOLO, siguiendo a ROGERIO, distingue las relaciones entre superficiario y *dominus soli* y superficiario y tercero; en el primer caso era necesaria; en el segundo, no. FABRO exigió —vimos que su interpretación es la correcta— en todo caso, para el otorgamiento de la acción real, conocimiento de causa por el pretor.

BARTOLO entendió que la *causæ cognitio* era el examen puramente exterior del requisito de *non modicum tempus*; VELASCO, la inquisición de la voluntad de las partes tendente a otorgar un derecho real.

¿Había derecho a reedificar destruída la superficie? BARTOLO distingue: Si se tomó en arriendo el suelo, sí, pues aun destruída la superficie *adhuc remanet conductio soli*; pero si fue la superficie arrendada, *tunc, illa perempta perimitur ius superficiarii*.

BARTOLO admite todos los medios posibles de enajenación, salvo la venta (análogamente a la enfiteusis, inalienable sin consentimiento del dueño). ¿Es posible enajenar *irrequisito domino*? Algunos, que nunca; otros, que, en el caso de estar constituída la superficie a título gratuito.

Un derecho especial que se otorga ahora es un *ius retrahendi*, recíproco a ejercitar dentro de nueve días, *ratione maxime iuris hoc est, directi domini quod habet in re*. Igualmente el superficiario *poterit retrahere prædictum coelum et dominium eius directum*.

Extinción del derecho. Devolutio ob canones non solutos, por analogía con la enfiteusis.

Sección Segunda

CODIFICACIÓN

I. IDEAS GENERALES

El viejo instituto de la superficie, elaborado concienzudamente por la Glosa, configurado de un modo análogo a la enfiteusis, es arrastrado con la misma, en las legislaciones latinas, por la legislación antifeudal, desvinculadora de la propiedad: se confiere el señorío pleno, la propiedad, al dueño útil, conservando el dueño eminente el derecho de percibir un canon redimible. Se prohíbe constituir la enfiteusis por más de 99 años, o se prohíbe en absoluto para el futuro (proyecto español de 1851). En el mejor de los casos (códigos francés e italiano) se omite toda alusión al derecho de superficie, aún considerando el principio de la accesión como susceptible de prueba en contrario. Por el contrario, las legislaciones de tipo germánico regulan, como hemos visto, bajo la vestidura de muy diversos derechos reales (servidumbre, dominio dividido, propiedad superficial), el derecho de superficie. De estos gérmenes, la admirable doctrina de los juristas italianos, elaborará la doctrina del derecho de superficie moderno.

II. CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

La influencia del Código civil en Europa y fuera de ella fue inmensa. En Italia, en la materia que nos ocupa, dictó su solución al ducado de Luca (en el que rigió aún después de la caída de Napoleón); al código napolitano (1819); al ducado de Parma, Plasencia y Guastalla (1820);

al Albertino (1837); con pocas modificaciones, al Estense (1851), mediante el Albertino.

Influye también en los códigos holandés y belga. Del español hablaremos en la parte tercera.

En el artículo 553 se dice así: «Todas las construcciones, plantaciones y obras de cualesquiera especie existentes sobre o bajo el suelo se presumen hechas por el propietario a sus expensas y que le pertenecen, si no se prueba lo contrario, sin perjuicio de la propiedad que un tercero pueda haber adquirido por prescripción, sea de un subterráneo bajo la construcción de otro, sea de una parte cualquiera de la construcción.»

Si empleare materiales de otro, deberá indemnizarle, en su caso, con daños e intereses, pero no podrá el dueño de los materiales llevárselos (art. 554). Si se realizan en suelo ajeno las obras, puede el dueño del terreno retenerlas u obligar a destruirlas con abono de daños en su caso. Si lo retiene, deberá pagar el valor de los materiales y mano de obra. Si la obra si hiciese de buena fe (por tercero que ha sufrido evicción y que no ha sido condenado a restituir los frutos), deberá el propietario elegir entre reembolsar el precio de materiales y mano de obra o pagar el aumento de valor del fundo (art. 555).

No hay normas en el código francés referentes al derecho de superficie. Igualmente están huérfanos de ellos todos los códigos que de él dependen.

Pero los autores y la jurisprudencia francesa han elaborado en sus líneas generales la propiedad superficiaria. Así, el citado artículo 553 lo interpreta PLANIOL (pág. 286) como de admisión de la propiedad separada respecto a la superficie; admite el legislador, en las normas referentes a la accesión, la posibilidad de derogarlas mediante voluntad contraria.

La opinión de PLANIOL tiene sus precedentes en ZACHARIAE, AUBRY ET RAU, PROUDHON, DURANTON, TOULLIER, DEMOLOMBE, MARCADÉ, CROME, HUC, LAPÉ... En la sentencia del 27 de abril de 1891 se declara que «el superficiario no tiene simplemente derecho de usufructo, sino un verdadero derecho de propiedad». En la antigua jurisprudencia francesa se distinguían el dominio directo del útil. Pero hoy el código no distingue diversas especies de propiedad, sino una sola, la idea del dominio no puede dividirse por los diversos objetos a que se aplica. No repugna que uno sea dueño del suelo y otro de la superficie.

Aparte de los razonamientos indicados, DURANTON hace un estudio histórico sobre la posibilidad de constituir en Francia, tras las leyes revolucionarias y el Código civil, que mantiene un criterio cerrado en materia

EL DERECHO DE SUPERFICIE

de derechos reales, nuevas enfiteusis o nuevos derechos de superficie. En efecto, la ley de 1790 prohíbe la construcción de censos a perpetuidad, permitiéndose las enfiteusis temporales hasta de 29 años de duración o por la vida de tres personas. Pero siempre se otorga la propiedad al concesionario, no al concedente, que tan sólo tiene un derecho al canon.

Esta ley, ¿ha sido abrogada por el código de Napoleón?

En su exposición de motivos, las únicas modificaciones de la propiedad admisibles en el sistema francés son: la propiedad como plenitud de poder sobre la cosa; o el usufructo, sin facultad de disponer de la cosa; o, finalmente, las servidumbres prediales, en nada semejantes a las personales, abolidas para siempre (TREILHARD). Así, el código omite toda referencia a enfiteusis o superficie. Pero el usufructo debe entenderse como derecho de goce; en Derecho francés se admite la creación de servidumbres, con tal de que no sea en provecho de una persona ni contrarias al orden público; no es más contraria al orden público la enfiteusis que el usufructo, siendo tan sólo prohibida la perpetua; el código configura el molino sito en un río como bien inmueble, sin mirar si éste es público o privado, por lo que es preciso construir esta figura con los principios de enfiteusis o superficie. «Es imposible —no habiendo sido abrogada expresamente la ley de 1790— creer que está prohibido constituir la, con todos los efectos que tenía antiguamente, salvo la perpetuidad y las prestaciones debidas a la feudalidad» (ROSSI, pág. 82).

Además, es lícito el usufructo sucesivo que pase a los herederos.

En cuanto a la construcción en suelo ajeno, que desde ahora habremos de estudiar en los principales sistemas legislativos modernos, según veíamos arriba, establecía un doble derecho a favor del propietario: o retener el edificio u obligar a destruirlo. En el segundo caso, tendrá derecho el dueño a exigir que le dejen expedito el terreno (destruyendo las obras, arrancando las plantaciones), a expensas del constructor, abonándole los daños e intereses correspondientes; si ejerce el derecho de retener lo edificado o plantado (o sea, hacer efectiva la accesión), deberá pagar la mano de obra invertida y el valor de los materiales.

Pero en el caso de que el constructor lo sea de buena fe (vencido en juicio y no condenado al abono de frutos), el propietario no tendrá esta opción, tan sólo podrá retener lo edificado o plantado pagando el valor de los materiales y mano de obra o lo mejorado en el fundo, a su elección. Como dicen los autores, está en mejor posición el constructor de mala fe, al que la ley le faculta para exigir el valor de lo gastado, que el de buena, al que el propietario puede dejar el fundo ocupado sólo pagando

el valor de las mejoras o el de los gastos hechos. No hay medio de evitar el absurdo (PLANIOL, pág. 239).

La propiedad superficialia es inmobiliaria (jurisprudencia francesa), perpetua, no extinguiéndose por el no uso, si bien se puede prescribir en contra; hipotecable, no susceptible de división, por no estar en comunidad el *dominus soli* y superficialio; de ordinario, su título de constitución es por tiempo indefinido. Se citan como ejemplos la concesión superficialia *ad tempus* para construcciones ligeras (arriendo de solares con facultad de construcción, en los que el dueño del solar adquiere la propiedad de las construcciones al final del arriendo, salvo que se parta el *ius tollendi*), los árboles en terreno público y el *domaine congeable*.

III. CÓDIGO HOLANDÉS

Se define el derecho de superficie como un derecho real consistente en tener un edificio, obras o plantaciones en fundo ajeno; puede ser enajenado, hipotecado y gravado con servidumbres sólo durante su goce.

El superficialio, si construyó a sus expensas o pagó el valor de la superficie, podrá demoler la obra o destruir la plantación, salvo siempre el deber de devolver el fundo en el estado en que se hallaba al constituir el derecho. Al extinguirse el derecho, abonará al *dominus soli* el valor de la superficie, reteniéndola el superficialio mientras no se le pague.

Si no hubiese pagado el valor de los edificios existentes al constituirse el derecho, no deberá ser indemnizado. Se extingue por confusión, destrucción del fundo, prescripción treintenial, por término o por despido, tras un goce de treinta años. Estas reglas son derogables por convención.

IV. LEY BELGA DE 1824

En general es reproducción de las disposiciones holandesas, salvo una modificación fundamental: fijación del plazo máximo de 50 años; plazo que —a semejanza de los demás preceptos de la ley— es de orden público, inderogable.

EL DERECHO DE SUPERFICIE

Tanto la regulación holandesa como la belga contienen análogos principios jurídicos, por lo que podemos hacer su estudio conjuntamente. Se discute cuál sea la naturaleza jurídica del derecho de superficie en estos ordenamientos.

Unos autores lo configuran como propiedad superficiaria por la definición («derecho de tener edificios, construcciones o plantaciones sobre suelo ajeno»); por el *ius abutendi* (que sólo es admisible en cosa propia), por hablarse en la ley de «pasar» la propiedad de la superficie al *dominus soli* al extinguirse el usufructo.

Contestan con mas sutiles argumentos los que configuran el derecho de superficie como un *ius in re aliena (ius superficiei)*: que la palabra «tener» no es empleada en sentido técnico; que el *ius abutendi* expresamente concedido al superficiario implica que la propiedad no le ha sido conferida, de otro modo no se le atribuiría expresamente ese derecho; finalmente, que el término «pasar» está neutralizado por «recuperará». Decisiva es, según COVIELLO, la facultad de despido que se otorga al concedente; facultad que es tanto como un *ius affrancandi* característico del propietario. Además, el derecho de superficie que forzosamente es constituido temporalmente no puede ser configurado como propiedad, que es esencialmente perpetua.

V. CÓDIGOS GERMÁNICOS

1. *Código civil prusiano*.—Inserta este código las disposiciones referentes al derecho de superficie en el título referente a «Relaciones fundiarias» (arts. 243-246). El que tiene derecho a mantener construcciones, árboles y plantaciones sobre fundo de otro puede disponer libremente como un propietario. Puede disfrutar plenamente de la superficie, estando autorizado a reconstruir los edificios, a plantar nuevos árboles, a explotar los bosques y mejorarlos. No puede cambiar el destino de los bienes sin consentimiento del *dominus soli* ni excederse en el goce de la superficie.

Aunque el Código prusiano regula la superficie bajo el epígrafe incorrecto de las relaciones fundiarias, es indudable que no se trata de una mera servidumbre.

¿Cuál es su naturaleza jurídica? ¿Propiedad superficiaria o *ius in re aliena*?

A favor de la primera solución se pronuncian las palabras de la ley «disponer de ellos —edificios, árboles o bosques— como un propietario» (art. 243). Los adversarios de esta opinión objetan que las palabras «como un propietario» (*gleich einem Eigentümer*) indican que el derecho es semejante a la propiedad, no es derecho de propiedad, y que el artículo 246 prohíbe alterar el destino de la superficie sin consentimiento del *dominus soli* (LUCCI y ROSSI).

Pero la mayoría de los autores están a favor de la primera solución. La exposición de motivos declara que infringe directamente la regla de la accesión.

La amplitud de facultades que le es inherente impide su configuración como un derecho real. Así, DERNBURG dice: «El instituto romano del derecho de superficie es desconocido hoy entre nosotros, porque el superficiario romano no tiene propiedad sobre la superficie, la cual cede como accesión al suelo, mientras que entre nosotros la superficie es del superficiario entre tanto dura su vinculación con el suelo» (cit. por COVIELLO, pág. 184).

La ley de redención de cargas fundiarias (1850) que consolida los dominios en el señorío útil no incluye entre sus disposiciones al derecho de superficie; pero el *Reichsgericht* (13 de diciembre de 1855) extendió su aplicación, declarando plenos propietarios a los superficiarios. DERNBURG opinó que ya no era posible constituir nuevos derechos de superficie; otros se reafirmaron en su naturaleza jurídica de propiedad superficiaria.

2. *Código civil sajón*.—Con los nombres de *Baurecht* (derecho sobre el edificio) y *Kellerrecht* (derecho sobre el subterráneo), regulaba este código (§ 661) bajo el epígrafe de las servidumbres personales los derechos de superficie. Su naturaleza ha sido ampliamente controvertida; su colocación en el código y el texto mismo parecen indicar que nos hallamos ante una servidumbre personal que es intransmisible —a la romana— salvo que se transcriba en el *Grundbuch*. Hay, por tanto, dos variedades del derecho: limitado a la vida del concesionario y transmisible. El primero es llamado por WÄCHTER «derecho de superficie limitado»; el segundo «derecho de superficie propio». El primero se puede constituir por cualesquiera procedimientos; el segundo, por inscripción en el *Grundbuch*. También los modos de extinción y contenido son diversos.

La peculiaridad del derecho de superficie sajón es la regulación —típica del Derecho germánico— del derecho al subsuelo, con independencia del suelo.

EL DERECHO DE SUPERFICIE

3. *Código civil badense*.—El Código badense admite la división del dominio en directo y útil, otorgando éste al superficiario y aquél al *dominus soli*, siguiendo con esto el sistema del legislador austríaco.

4. *Código maximiliano o bávaro*.—Asimila el derecho de superficie a la enfiteusis.

En el proyecto de código (1863) es definido como en el A. L. R., pudiéndose constituir sobre edificios ya existentes, pero excluyéndose las plantaciones. Se extingue, entre otras, por la muerte del superficiario sin herederos (como la enfiteusis).

5. *Código civil suizo*.—Regula expresamente el principio de la acción *sous réserve des restrictions legales*. Regula cuidadosamente las hipótesis de construcción en suelo ajeno: el propietario tiene derecho a que sean retirados los materiales empleados en la obra, siempre que no produzca un daño excesivo; cuando la separación no tiene lugar el propietario está obligado a indemnizar; si el valor del edificio excede con mucho el del solar, el constructor de buena fe tiene derecho a que se le atribuya la propiedad del mismo, indemnizando. Las construcciones extralimitadas son de propiedad del dueño del fundo invadido si este tiene un derecho real de goce sobre el invasor.

Si se hizo la construcción de buena fe y el propietario invadido no se opuso después de conocerla, podrá el constructor expropiar la parte invadida. La usurpación no es inscribible.

Estas reglas (sobre todo la expropiación del suelo como cosa accesoria a la superficie creada en caso de construcción de buena fe en suelo ajeno o extralimitación de buena fe cuando el *dominus soli* invadido no se opuso) nos parecen racionales, lógicas y progresivas; favorecen la edificación y, en todo caso, postergan el interés del propietario indiligente, revalorizando la posición del constructor, supeditado en todos los códigos latinos por respeto supersticioso a la naturaleza de la *accessio* romana, a una opción del *dominus soli* que suele serle desventajosa:

En cuanto al derecho de superficie propiamente tal distinguiremos las dos modalidades de constitución que regula el Z. G. B. (675-779): como servidumbre predial (derecho de goce sobre una superficie en favor de un fundo) y servidumbre personal (goce en provecho de persona determinada). Pero esta servidumbre personal, a su vez, es configurada de dos modos diversos: A), propia servidumbre (art. 675). «Las construcciones y otras obras establecidas encima o debajo de un fundo o unidos con él de modo duradero pueden tener un propietario distinto, bajo la condición de ser inscrito como servidumbres en el registro fundiario. No pueden ser

objeto de este derecho los diversos pisos de una casa». B), servidumbre inscribible como finca separadamente (art. 779): «El propietario puede establecer en favor de un tercero una servidumbre, confiriéndole el derecho de tener o hacer construcciones sobre o bajo el suelo gravado. Este derecho es cesible y heredable. Si esta servidumbre tiene el carácter de un derecho distinto y permanente, puede ser inmatriculada como inmueble en el registro fundiario».

Vemos, pues, netamente definidas, dos formas de constitución del derecho de superficie, las dos bajo el ropaje de una servidumbre. La primera de ellas no es enajenable ni cesible (sigue las reglas de las servidumbres personales) y tan sólo se inscribe en el folio correspondiente al predio gravado como servidumbre. En el segundo caso, la servidumbre es plenamente cesible y transmisible a título hereditario; si tiene los caracteres de un derecho de propiedad distinto y permanente (aquí la función calificadora del registrador jugará, como en el Derecho romano, la *causae cognitio* pretoria) podrá también inscribirse como finca en el registro fundiario.

En ambos casos es configurada la relación entre el superficiario y el *dominus soli* como una servidumbre, pero la existente entre el superficiario y superficie es de propiedad, según admite la mayoría de la doctrina suiza. WIELAND declara: «La constitución de un derecho de superficie entraña la consecuencia que la construcción se convierte en propiedad del titular del derecho, pero configura el derecho que el superficiario ejerce sobre el suelo como de propiedad, si bien "en los límites de este derecho y por el tiempo en que existe"» (cit. p. LUCCI, pág. 98). Pero esto es contrario a la esencia misma del derecho de superficie, que no es una propiedad temporal del suelo (de lo contrario no podría hablarse de propiedad superficiaria, sino normal) ni siquiera una copropiedad (PROUDHON): en ambos supuestos, el fenómeno superficiario (constitución de una relación jurídica sobre la superficie con independencia de la que recaiga sobre el suelo) no tiene razón de ser. En suelo propio *no se tiene* la superficie, *se es* propietario de ella, conjuntamente con el suelo.

En cuanto a la posible configuración del derecho de superficie como una finca registral independiente de la gravada por la servidumbre, aparte de ser registralmente ventajosa (descongestionando la finca matriz de cargas inherentes al derecho constituido, que provocarían obscuridad en los libros es jurídicamente correcta; supone conceder transcendencia registral a la relación superficiaria —superficie, que en el Derecho moderno, siendo de propiedad, tiende a «sustantivarse» (J. GONZÁLEZ), o sea, a

EL DERECHO DE SUPERFICIE

convértirse en finca registral independiente. Así, la ley austríaca de 1912, la ordenanza alemana de 1919, el Código suizo de 1907. Objeto del *Bau-recht* son las construcciones adheridas permanentemente al suelo, no las móviles. Según algunos autores, incluso puede ser objeto del derecho de superficie el *proiectum* que no toque el fundo (v. g., puente).

Queda prohibida la constitución del *Baurecht* sobre plantaciones, respetándose las masas arbóreas de propiedad superficiaria, «no es —la institución de la propiedad superficiaria vegetal— conforme a los principios en una economía política racional; de este modo el proyecto prohíbe constituir sobre árboles derechos análogos al de superficie» (mensaje del Consejo Federal a la Asamblea Federal, 28 mayo 1904). Es una prohibición moderna constante.

Las normas del Código suizo, racionalmente interpretadas por los autores, son verdaderamente básicas en la historia de nuestro instituto. La dualidad civil e hipotecaria que el nuevo derecho de superficie presenta en las legislaciones cortadas por el patrón germánico (incluso la italiana de 1942) es perfectamente abordada y resuelta en el conciso Código suizo. Dualidad decimos porque el derecho de superficie moderno, civilmente es derecho sobre el suelo (*ius in re aliena*) y derecho sobre la superficie (propiedad superficiaria), y registralmente (reflejo formal de la estructura civil) *carga* con respecto a la finca sobre la que recae el derecho a edificar, y *finca* en todos los demás aspectos (J. GONZÁLEZ, pág. 105).

Volveremos sobre este punto al estudiar la naturaleza jurídica del derecho de superficie.

6. *Código austríaco*.—En su Derecho, el artículo 1.125 distingue en la relación superficiaria dos aspectos. Una propiedad puede ser dividida de tal modo, que a una parte pertenezca el suelo (*der Substanz des Grundes*) y a otra el goce de la superficie (*die Besützung der Oberfläche*) Ello confiere los más amplios poderes al dueño útil (goce de edificios, plantaciones, árboles; adjudicación del tesoro hallado en la superficie, no en el suelo; puede reconstruir caso de destruirse la superficie): debe pagar el canon correspondiente (BODENZINS).

Pero el *Bodenzinsrecht* es una institución caída en desuso. En su lugar, ha nacido el *Superaedificat*, que entraña una verdadera propiedad superficiaria, nacida de una derivación del contrato de arriendo.

En los alrededores de las grandes ciudades (Viena) surge una variedad de contratos de arriendo a corto plazo que permite edificar al arrendatario. Este construye edificaciones livianas, dedicándolo a industrias lucrativas y al final del arriendo las desmonta. Pero la transcendencia de las

E. FOSAR BENLLOCH

relaciones reguladas por este contrato se ha impuesto, y así, de ser a corto plazo de hecho han pasado a ser perpetuos; de inalienables e intransmisibles por herencia a ser objeto de cesión, subarriendo y transmisión hereditaria. Parece bastante clara su naturaleza de derecho real, pero hay grandes controversias sobre su configuración como propiedad separada del suelo.

Són estipulaciones corrientes, después de la derogación de las reglas prohibitivas, el pago del canon, de los gastos de urbanización y de los impuestos no territoriales. Subsiste también el *ius tollendi* del constructor al finalizar el contrato, o la apropiación sin indemnización por parte del *dominus soli*.

La ley del 26 de abril de 1912 defiende, por encima de todas las envejecidas normas del Código civil, la vivienda, y supone un instrumento excelente para su fomento.

Es un derecho de construir real, enajenable y transmisible, que faculta para reedificar y no obliga a conservar la edificación.

Se configura como una carga registral, teniendo tan sólo carácter real cuando se inscribe en el Registro.

Mientras esto no se realiza, el derecho de superficie es propiamente personal. Al concluirse el edificio puede inscribirse adquiriendo carácter real (análogamente a la *building lease*). Pero mientras no se inscriba como finca separada no se puede enajenar, hipotecar ni disponer del derecho.

Sujetos concedentes en esta relación sólo pueden ser el Estado, corporaciones y demás entes públicos, y la Iglesia y establecimientos de utilidad pública, sólo cuando hayan sido autorizados. El edificio se entiende accesorio del derecho.

Objeto del *Baurecht* puede ser los edificios, fábricas, vías férreas o cuevas, no los pisos (sistema suizo). El derecho se extiende a su objeto y a los accesorios del mismo (huertos, jardines).

El derecho puede ser constituido a título gratuito por compra o abonando un canon periódico, forma ésta la más seguida. No se admite que la cuantía del canon se altere con el valor de la finca. La duración es obligatoriamente de 30 a 80 años, admitiéndose la prórroga. Se admite el comiso por impago de dos años o la resolución sólo en los años posteriores al plazo legal mínimo, no antes. No es purgado el *Baurecht* por ejecuciones preferentes.

Otorga los derechos concedidos a los usufructuarios.

EL DERECHO DE SUPERFICIE

Se extingue el *Baurecht* por mutuo disenso, vencimiento del término, denuncia, comiso, prescripción, expropiación. Se cancelan *erga omnes* (las cargas sobre el derecho) por las causas 2.^a, 3.^a, 4.^a y 6.^a. Si se renuncia simplemente, no afectará esta renuncia a los acreedores hipotecarios.

Al extinguirse el derecho de superficie, el edificio *iure accesionis* acrece el suelo, salvo pacto en contrario; en este caso podrá exigir el *dominus soli* que sea demolido. Adquiere el superficiario la indemnización pactada, y, en su defecto, un 1/4 del valor de las construcciones. La indemnización queda subrogada en el puesto de la finca, a favor de las cargas extinguidas (v. g., hipoteca).

VI. LEGISLACIÓN ITALIANA

A) *Estados italianos anteriores a la unidad*.—Tanto el código de las dos Sicilias (1819), el de Parma, Plasencia, Guastalla (1820), Lucca (1815) y Piamonte (1817) omiten, siguiendo las huellas de su inspirador, el Código francés, toda referencia al derecho de superficie. Sólo traducen literalmente el artículo 1552 del Código.

B) *Código italiano de 1865*.—I). Legislación. Siguiendo inmediatamente los precedentes albertino y siciliano, no hace mención alguna del derecho de superficie, refiriéndose a «Superficie» en el sentido matemático que al principio de nuestro trabajo observamos. Regula la accesión en términos bastante parecidos al Código francés, si bien difiere en las indemnizaciones y facultades debidas al constructor en suelo ajeno. En su artículo 448 estatuye que «todas las construcciones, plantaciones u obras sobre o bajo suelo se presumen hechas por el propietario a sus expensas y pertenecientes al mismo, mientras no conste lo contrario, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros». En el artículo 450 se regulan los derechos del constructor en el suelo ajeno: el propietario puede retener la obra u obligar al constructor a retirarla, esto será hecho a expensas del constructor, sin perjuicio de la indemnización que deba pagar al dueño del terreno.

Si el dueño del terreno quiere conservar la obra, construcción o plantación deberá abonar el valor de los materiales y de la mano de obra o el aumento del valor obtenido por la obra. Cuando la construcción haya

E. FOSAR BENLLOCH

side hecha de buena fe por quien no ha sido en la evicción condenado al pago de frutos, sólo podrá pagar las obras o la mejora no destruir (450).

En caso de construcción extralimitada, a ciencia y conciencia del vecino, podrá obtener el suelo ocupado pagando el doble del valor del terreno más los daños (452).

PARTE TERCERA

DERECHO CONTEMPORÁNEO

I. INTRODUCCIÓN

La idea germánica que configura el derecho de superficie como una propiedad superficiaria pasa soterradamente a través del *ius commune* y reaparece en los códigos germánicos del siglo XIX, especialmente en el B. G. B. y Z. G. B. En los países latinos, el instituto de la superficie, confundido con su semejante la enfiteusis (a causa de su naturaleza de dominio dividido), es repudiado para el futuro, y el derecho del *dominus soli*, sometido a redención. Las edificaciones se presumen hechas por el *dominus soli*, y a él pertenecen, si bien se admite la prueba en contrario. De este simple precepto los autores se lanzan a reconstruir, con bases totalmente nuevas, el instituto, reconociendo unánimemente su carácter de propiedad superficiaria. La elaboración doctrinal es intensísima en Italia y Alemania, de modo que a fines del siglo XIX, las líneas fundamentales del derecho de superficie moderno y de su anejo la propiedad de la superficie constituída están concluídas. En Alemania, el instituto es un factor de la política urbanística y de la vivienda de primer orden; los entes públicos alemanes, resucitando sobre bases nuevas el *Bodenleihe*, se lanzan a conceder, mediante contratos colectivos, el derecho de edificar en suelo propio, lográndose resultados extraordinarios. El movimiento de reforma del suelo consigue que un Ministerio de Guerra alemán redacte un proyecto de ley sobre el derecho de superficie en que se perfila su naturaleza jurídica —cuestión oscura en el B. G. B.— y se favorece el crédito superficiario, estructurando detalladamente sus efectos. Este proyecto casi íntegro es aprobado por el gabinete revolucionario en enero de 1919. Constituye la coronación del derecho de superficie, la etapa definitiva en que cristaliza la lucha por la propiedad superficiaria de veinte

siglos de historia; constituye un flexible instrumento en manos de una administración fuerte y justa para resolución del problema de la vivienda; supone para nuestra patria una posible solución a la especulación de solares que encarece abusivamente la construcción. Con una ley de esta naturaleza se pueden distribuir los solares adquiridos por una necesaria expropiación del extrarradio, que cada vez se hace más necesaria. Es preciso que la política de la vivienda la dicte el Estado y los municipios, y no un grupo de empresas egoístas que regulan la producción de viviendas de un modo monopolístico, atentas solo a la obtención del máximo lucro. Eso no es tolerable: el acceso a la vivienda familiar y a la propiedad es un postulado elemental de la sociología, no ya cristiana, sino puramente natural. En este orden de ideas, el instituto en la propiedad superficial es utilísimo, como medio jurídico al servicio de finalidades sociales.

II. DERECHO ITALIANO

Ya advertimos que el artículo 448 del código de 1865 preceptúa que todas las obras, construcciones o plantaciones se presumen hechas por el propietario del suelo y que le pertenecen, mientras no conste lo contrario, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.

En un principio, la doctrina interpretó este inciso «sin perjuicio» relacionándolo con los artículos posteriores: 449, referente a los deberes del que emplea materiales ajenos en obra propia; 450, derechos del constructor en suelo ajeno; 452, regulación de la construcción extralimitada. De modo, que si se prueba que la obra no fue hecha a expensas del dueño del suelo estará obligada al pago de indemnización, para evitar el enriquecimiento injusto, pero nunca se creará una propiedad de la superficie separada de la del suelo.

Pero los autores, desde FILOMUSI (1882) y COVIELLO (1892), superan esta primera opinión simplista, viendo en el citado artículo el reconocimiento de la propiedad superficial. Indudablemente, el derecho de superficie no puede ser disfrazado bajo la figura de otro derecho real ni personal: sus rasgos son tan característicos que ni el arriendo ni la servidumbre, usufructo o enfiteusis pueden garantizar la finalidad del instituto: otorgar el más amplio derecho de goce posible sobre la superficie. Sólo un específico derecho real puede satisfacerla.

EL DERECHO DE SUPERFICIE

¿Pero qué derecho será este? ¿El viejo *ius superficiesi* o la propiedad superficiaria admitida por la jurisprudencia francesa?

GIANTURCO, CHIRONI, LOMONACO y RICCI abogan por la primera teoría, basándose, entre otros argumentos lógicos, en el texto del artículo: «Sin perjuicio de los *derechos* legítimamente adquiridos por terceros.» Estos derechos serían los de superficie, configurados como el *ius superficiesi*, porque el código de 1865 se apartó del modelo francés que en el art. 558, después de consagrar idéntico principio de accesión, decía: «Sin perjuicio de la *propiedad* que un tercero haya adquirido»; por consiguiente, en el Derecho italiano no se reconoce la propiedad superficiaria, sino un simple derecho limitado sobre la superficie, o sea el *ius superficiesi*.

Pero la mayoría de los autores, especialmente los más modernos, relegan al derecho histórico el viejo *ius superficiesi*: razones lógicas —la menor intensidad del principio de accesión en el Derecho italiano histórico, demostrada espléndidamente por BERLIRI— y legales —que el principio de accesión admite prueba en contrario— lo demuestran. O sea, que el instituto del derecho de superficie es propiedad superficiaria.

Pero casi inmediatamente del reconocimiento de esta propiedad se plantea a los autores la interrogante: ¿Qué relación hay entre superficie y suelo? Porque en el Derecho moderno doble es la relación que entraña en sí el fenómeno superficiario: relación superficiario-superficie; relación superficie-suelo, que habrá que configurarla de alguna manera.

COVIELLO la considera como limitaciones legales de la propiedad en sentido horizontal, análogas a las existentes verticalmente entre dos predios. Otros autores las califican de servidumbre *oneris ferendi*, o como copropiedad del suelo. Pero todas estas teorías son insuficientes para explicar el goce del suelo que en sí entraña la propiedad superficiaria: ni la limitación de la propiedad ni la servidumbre predial pueden otorgar ese goce. Tampoco se puede apoyar la propiedad superficiaria en un derecho personal (arriendo) o real (usufructo o enfiteusis): ni el primero es apto por sí para crear la propiedad ni tampoco el usufructo o enfiteusis (amplios derechos de goce sobre la cosa) pueden satisfacer la finalidad del derecho de superficie (goce sobre el suelo ajeno reducido a edificar y mantener lo edificado).

Por consiguiente, las relaciones entre el suelo y la superficie sólo pueden explicarse como un *ius in re aliena* específico, que otorga la facultad de construir y mantener lo construido en suelo ajeno.

La doctrina apoyada sobre estas bases.—fruto del esfuerzo lógico de sus

autores—, animada con el precedente de los códigos alemán y suizo, y sobre todo de la Ordenanza alemana de 1919, ha estudiado minuciosamente en una serie de monografías la relación superficiaria.

El Código italiano de 1942, recogiendo estas orientaciones doctrinales, en sus artículos 952 a 956 y 2.816, regula los aspectos más salientes del instituto: reconoce la propiedad superficiaria (952); prohíbe la propiedad superficiaria de plantaciones (956); declara que se extingue el derecho con el vencimiento del plazo para el que fue constituido, con el efecto de extinguirse todos los gravámenes del derecho de superficie, recayendo la extinguida hipoteca del derecho de superficie sobre la indemnización debida al superficiario, si se pactó alguna; si se extingue el derecho por otras causas, se reúnen la titularidad del suelo y de la superficie en manos del propietario del suelo, pero las hipotecas, tanto del suelo como del derecho de superficie, siguen gravando ambos derechos por separado, pudiendo ejecutarse independientemente caso de incumplimiento de la obligación a que estaban afectas, con el efecto de separarse de nuevo las dos propiedades (arts. 954 y 2.816).

La regulación del nuevo Código italiano es totalmente insuficiente; se resuelve en él el problema de la propiedad superficiaria; se admite la existencia de un derecho real sobre suelo ajeno; se regulan los efectos de su extinción, favoreciendo la postura del acreedor hipotecario. Pero falta la regulación de los deberes legales análogos a los que los códigos imponen al usufructuario: obligación de conservar la superficie, de asegurarla, de hacer en ella las reparaciones necesarias; obligación de indemnizar al superficiario a la extinción del derecho de superficie. Tampoco hay términos hábiles en la ley para imponer *ipso iure* a los sucesivos adquirentes del suelo y de la superficie los deberes contractuales que estipulan los primitivos contratantes (BALBI). Y hemos de tener en cuenta que el contenido obligatorio de la relación superficiaria tiene mayor importancia que el jurídico-real: ésta es la osatura técnica sobre la que los pactos convenidos llenan la finalidad económica del instituto. El derecho de superficie es un derecho para el tráfico: sin tráfico no cabe crédito hipotecario, esencial para construir el edificio. En el Derecho italiano no cabe construir las obligaciones derivadas de la relación superficiaria como obligaciones *propter rem* que graven a los posteriores adquirentes sin necesidad de pacto expreso, por la sola relación con la cosa. De este modo el capitalista difícilmente dejará sus capitales en hipoteca sin saber si los posteriores adquirentes la conservarán o no, pues a nada están obligados con él; son terceros a todos los efectos.

EL DERECHO DE SUPERFICIE

Por ello creemos que el derecho de superficie italiano es difícilmente apto para el crédito hipotecario a largo plazo, y por ello tememos que no resuelva el problema de la vivienda que afecta a Italia.

III. DERECHO ALEMÁN MODERNO

El B. G. B. regulaba, en sus párrafos 1.012 a 1.017, el *Erbbaurecht*, definiéndolo como derecho real hereditario y transmisible de tener sobre o bajo el suelo ajeno una construcción. Se discutía si este derecho otorgaba la propiedad de la superficie. Los autores distinguían: si existía la superficie al tiempo de la concesión del derecho, no podía ser éste sino *ius in re aliena*, sin llevar consigo la propiedad, ya que el edificio era parte integrante esencial del suelo, por lo que no era concebible una propiedad superficiaria separada del mismo; si se otorgaba una *concessio ad aedificandum*, la edificación se convertía en parte integrante, no del suelo, sino del derecho.

La regulación real del derecho de superficie era totalmente insuficiente para las necesidades del tráfico. Por eso cuando los reformadores del suelo excogitaron este derecho como medio jurídico apto para resolver el problema de la vivienda y del suelo en las grandes ciudades, fue preciso reconstruirlo sobre bases totalmente nuevas. El genio de los juristas alemanes elaboró una serie de contratos colectivos de superficie, verdadera reviviscencia de los *Grunderleihe*, sobre bases técnicas modernísimas, entre los entes públicos concedentes del suelo (municipios, fiscos del Reich y de los estados, asociaciones benéficas...) y asociaciones de funcionarios, cooperativas de construcción o simples particulares, especialmente de las clases medias y bajas. Contratos que, al decir de Luccr, son «monumentos de prudencia y providencia» (ob. cit., pág. 494).

Se regula el canon superficiario fijándolo en un tanto por ciento del valor del solar o un tanto el metro cuadrado. Se fijan las condiciones de revisión del canon. Se le garantiza con cláusula penal o comiso del derecho de superficie. Se obliga al superficiario a un sinnúmero de prestaciones: edificar con buenos materiales, conservar la superficie en buen estado, repararla y asegurarla; dar preaviso al concedente si quiere enajenar su derecho, para que pueda ejercitar el tanteo... Para garantizar estos deberes el ente público se reserva el comiso del derecho en caso de

E. FOSAR BENLLOCH

su infracción, agravado a veces por la utilización del apremio. Se garantiza a su vez al superficiario una indemnización por el valor total o parcial del derecho al tiempo de su extinción. En algunos contratos se someten las partes al *arbitratus iudicis*.

Pese a lo draconiano de algunos contratos y al peligro de comiso que siempre gravitaba sobre el derecho de superficie, por efecto de estas convenciones, muchos municipios alemanes, especialmente el de Francfort, se desarrollaron prodigiosamente. Faltaba resolver muchos problemas del derecho. A ello tendió un proyecto del Gabinete de Guerra (1918), convertido en ordenanza por el Gabinete Revolucionario (15 enero 1919).

Define la Ordenanza el derecho del mismo modo que el § 1.012, pero atribuye en todo caso la propiedad de la superficie al superficiario, siendo parte integrante esencial del derecho, de modo que sus gravámenes le afectan. El derecho registralmente tiene doble naturaleza: es *gravamen* del suelo y es *finca* independiente con folio registral propio, que admite la constitución de derechos reales, anotaciones preventivas, asientos de contradicción, prohibiciones de disponer. Está en todo equiparada a la finca normal (v. g., a efectos del patrimonio familiar).

Puede ser objeto del derecho de superficie una parte del suelo aun no esencial para el goce del edificio. No en cambio las plantaciones, pisos u objetos no adheridos permanentemente al suelo.

Declara la Ordenanza ser contenido del derecho de superficie con acceso al Registro y vigencia contra todos los adquirentes posteriores del suelo o derecho, una serie de pactos: edificación, conservación, seguro pago de cargas e impuestos; canon; derecho de renovación; opción de compra al superficiario. Con esto queda orillado un bache fundamental que observábamos en la regulación italiana del derecho de superficie:

Las infracciones de estos deberes provocan no el comiso, sino el derecho personal a la retransmisión de la superficie, previo el pago de su valor en este momento. Con esta retransmisión no se extinguen los derechos que gravan la finca superficiaria (v. g., hipotecas), con lo que el crédito superficiario se robustece considerablemente.

La extinción del derecho de superficie por transcurso del término para el que fue constituido es interesante: se considera como contenido del derecho (con las consecuencias que arriba veíamos) el deber de indemnización de parte del valor del derecho de superficie; que, en caso de ser la concesión a favor de clases humildes, no puede bajar de dos tercios. El propietario puede sustituir esta indemnización por la prórroga del derecho de superficie por el resto de la vida del edificio, quedando libre de todo

EL DERECHO DE SÚPERFICIE

deber si el superficiario lo rechazare. Contractualmente, se le puede conceder al superficiario un derecho de tanteo ejercitable si el propietario constituye un nuevo derecho de superficie, dentro de los tres años siguientes a la extinción del derecho. De este modo, el superficiario que quiera conservar su derecho por toda la vida del edificio, puede hacerlo, con lo que tiene interés y aliciente para repararlo y mantenerlo.

Nos parece esta regulación perfecta técnicamente y apta para fomentar el crédito superficiario a largo plazo, sin perjuicio de garantizar los derechos de superficiario.

IV. DERECHO DE SUPERFICIE EN PORTUGAL

No podemos terminar esta exposición histórica del derecho de superficie sin hacer una referencia a la modernísima legislación portuguesa. La ley para fomentar la construcción de viviendas y regular los arrendamientos urbanos, del 22-6-1948, en su parte III (arts. 21-28), lo regula con toda minuciosidad, llegando en muchos puntos a conclusiones más satisfactorias que las del Derecho italiano o alemán ofrecen. Parte la misma del principio característico de la ley austríaca de 1912: el derecho de superficie es un instrumento de la política urbanística y un medio de fomentar la construcción de viviendas; por consiguiente, su concesión es exclusiva de los entes públicos sobre terrenos de su propiedad (art. 22). Esta finalidad explica que la misma requiera la formalidad de la pública subasta, que se podrá dispensar a los entes morales que pretendan construir viviendas de renta económica o limitada, o a sociedades cooperativas o anónimas, si la primera subasta quedare desierta. Cuando se hubiere de expropiar terrenos con el fin de construir viviendas, podrá el ente público optar entre adquirir la totalidad del mismo o tan sólo el *ius ædificandi*: facultad esta utilísima, pues evita los excesivos gastos de la expropiación total.

El artículo 21 define el derecho de superficie como el derecho real, consistente en la facultad de construir y conservar un edificio propio en solar ajeno, sin que rijan las reglas sobre la accesión inmobiliaria. El derecho es una propiedad imperfecta sujeta a Registro.

Reconoce, pues, la ley la distinción fundamental en la doctrina entre el derecho de edificar (derecho real de superficie) y la propiedad de lo edificado (propiedad superficiaria), si bien ambas facetas están inescindi-

blemente unidas formando un todo jurídico. Su definición es análoga a la empleada por la Ordenanza y el Código italiano.

El mismo artículo reconoce una serie de importantísimas cualidades del Derecho: lo declara enajenable a título de oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, e hipotecable.

El derecho se constituirá en documento auténtico. Mientras subsista, el dominio del suelo será inalienable, excepto a favor del superficiario, e imprescriptible, si bien no está sometido a las leyes desamortizadoras. De este modo se salvaguardan los intereses del concedente y se evita la especulación de terreno.

El derecho lleva consigo anejo, como accesorio, el disfrute de la parte del suelo no estrictamente destinado a construcción, siempre que económicamente sea de menor importancia que aquélla.

El artículo 23 enumera los deberes del superficiario, que son: construir con las características y en el plazo convenido; conservar el edificio a fuer de prudente propietario; reconstruirlo en caso de siniestro; darle el fin pactado, y pagar el precio de entrada o un canon anual. El edificio puede ser destinado a viviendas de renta económica o limitada; habitación propia o arriendo general o a uso comercial o industrial.

La ley, pretendiendo resolver el problema de la vivienda, regula rígidamente estos deberes, estableciendo a cargo del superficiario una obligación general de edificar, conservar y reconstruir el edificio, dándole el destino pactado, para evitar se malogre la finalidad social del derecho. El canon superficiario, a semejanza de lo prevenido en las modernas legislaciones, goza de un privilegio inmobiliario sobre el derecho de superficie.

El superficiario tiene, mientras dure el contrato, la propiedad del edificio, el derecho de indemnización cuando se extinga el derecho de superficie o revierta la propiedad al *dominus soli*, y la facultad de subrogarse en el puesto del nuevo superficiario si extinguida la concesión se otorgare de nuevo dentro de los tres primeros años siguientes; igualmente puede adquirir la propiedad del predio si se enajenase en el mismo plazo (art. 24). La posición del superficiario está, pues, más protegida que en el Código italiano e incluso en algún punto —tanteo en la enajenación del suelo dentro de los tres primeros años a partir de la extinción del derecho— que en la Ordenanza alemana.

Pueden hacerse constar en el título de constitución cláusulas penales por inejecución de las obligaciones del contrato; la exigencia de autorización del propietario a la enajenación del derecho y el derecho del superficiario a adquirir la propiedad del suelo en ciertos casos. Todos estos

EL DERECHO DE SUPERFICIE

pactos son registrables; sus alteraciones deberán ser consentidas por los acreedores hipotecarios (art. 25).

El artículo 26 fija la indemnización debida al superficiario al finalizar el plazo de la concesión. Mejorando todos los sistemas precedentes, incluso el de la Ordenanza alemana, se regula con toda minuciosidad. Puede establecerse que comprenda el valor real del edificio en la fecha de la extinción del derecho (valor inicial menos desvalorización, deterioros, etcétera) o un porcentaje de su valor inicial. En este segundo caso deberá abonarse de acuerdo con el coeficiente legal de desvalorización de la moneda en la fecha de pago; en una palabra, la indemnización será revalorizada.

Revierte el derecho sin indemnización si no construye el superficiario en el plazo pactado o no reconstruye en un término razonable. Los fines públicos de la institución justifican la severidad de la sanción de estas infracciones, dotando al derecho de un carácter social acusado.

El *dominus soli* puede readquirir el derecho mediante justa indemnización, cuando el superficiario diere al edificio un uso diverso al previsto, o lo construyere con características diferentes de las pactadas, o no pague la pensión durante dos años, sin perjuicio de las demás sanciones. La pretensión de readquisición deberá hacerse valer judicialmente. El dominio no se consolida hasta el fin del plazo por el que se constituyó el derecho. Si la reversión fuere sin indemnización, las cargas reales que gravan el derecho subsisten sobre el mismo; si con indemnización, sobre ésta se subrogarán (art. 27).

La ley conserva los derechos constituídos sobre el *ius edificandi* cuando éste se extinga por otra causa que no sea el vencimiento del plazo pactado. De este modo se hace posible el crédito superficiario, esencial para que el instituto cumpla los fines que la moderna doctrina le asigna.

Extinguido el derecho al finalizar el plazo, puede eximirse el *dominus soli* de pagar la indemnización, prorrogándolo una o varias veces, al menos por 20 años, preavisando con un año de anticipación al superficiario. Si hubiere mutuo acuerdo podrá fijarse de nuevo el canon (art. 28).

Recoge con esto la ley el sustitutivo de indemnización que prevé la Ordenanza: la prórroga del disfrute del edificio equivale a la indemnización debida por el valor que conserva éste al cumplirse el término final del derecho.

El derecho de superficie portugués creemos que es el más perfecto de los hasta ahora conocidos, superando en muchas ocasiones, desde el punto de vista técnico y social, al regulado en la Ordenanza alemana. La pro-

E. FOSAR BENLLOCH

propiedad superficiaria es una propiedad dotada de una función social específica: resolver el problema de la vivienda, facilitándola a las clases modestas. A esta finalidad responde la exclusividad que la administración tiene en su constitución; los rígidos deberes de construcción, conservación y reconstrucción del edificio, cuya infracción está sancionada con el comiso del derecho; la pretensión de readquisición del mismo cuando se hiciere del edificio un uso diverso del previsto. Por otra parte se garantizan los derechos del superficiario: se le asegura la propiedad de lo edificado con tal que su disfrute no infrinja estas obligaciones; se prevé una indemnización cuando se extinga el derecho por vencimiento del plazo, indemnización que entendemos es de orden público, contra lo previsto en la Ordenanza alemana, que permitía su exclusión; se le concede un derecho de preferencia en la constitución de un nuevo *ius aedificandi* o en la enajenación de la propiedad del predio, derechos que incluso mejoran la Ordenanza alemana. Finalmente, los intereses del tráfico hipotecario quedan salvaguardados por la conservación de los derechos reales recayentes sobre el derecho de superficie cuando éste se extinga por causa que no sea el vencimiento del plazo. De este modo, armónicamente combinados los intereses públicos (fomento y conservación de la edificación) y los particulares (deseo de lucro en el superficiario y garantía de los acreedores hipotecarios), el instituto salva todos los defectos que caracterizaban al derecho de superficie italiano y se convierte en un instrumento aptísimo para resolver el problema del suelo, siendo un jalón importantísimo en la funcionalización —en sentido cristiano— del derecho de propiedad.

V: DERECHO ESPAÑOL

No pretendemos hacer un estudio exhaustivo del derecho de superficie español, sino tan sólo abordar el problema de su posibilidad de constitución en nuestro ordenamiento, a la vez que indicar las líneas maestras de su estructura. En muy pocos artículos del Código civil y de la ley Hipotecaria se tratan aspectos aislados del derecho. La doctrina inmediatamente anterior al Código —GARCÍA GOYENA, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALVÁN—, siguiendo la corriente de los postglosadores, engloba el derecho de superficie dentro de las figuras censales, y con ellas lo condena a forzosa redención. El Código, siguiendo la opinión común de su época, consagra en su artículo 1.611 el principio de la división de los dominios, y remite a la ley

EL DERECHO DE SUPERFICIE

especial (R. D. L. 26 junio 1926) su redención. El artículo 1.655 asimila los gravámenes de naturaleza análoga al foro, a la enfiteusis, si se constituyen por tiempo indefinido, y al arriendo si *ad tempus*.

Parece que nada queda del derecho de superficie: los anteriores al Código desaparecerán con la redención forzosa; los posteriores serán absorbidos bajo la forma de la enfiteusis o del arriendo.

SÁNCHEZ ROMÁN y ESCOSURA mantienen la doctrina tradicional. El primero, que es el autor de esta doctrina que más cuidadosamente lo estudia, lo diferencia del censo enfiteútico en que no precisa por esencia canon censal; en que no está obligado el censatario al tanteo, laudemio y comiso en favor del censalista, que es dueño del suelo y dueño directo de la superficie. Admite la derogación del principio de la accesión, basándose en el artículo 359.

Pero la doctrina moderna (DALMASES, PUIG PEÑA, CASTÁN) configura en general el derecho de superficie como propiedad superficiaria. Las razones son múltiples, a nuestro juicio: históricamente, el *dominium divisum* no fue sino una forma de acatar la accesión romana mientras interiormente se seguían las directrices del Derecho germánico. Ya vimos que el mismo DU MOULIN sólo admitía la división del dominio, no de la *proprietas*, que era indefectiblemente el dueño útil, del superficiario. De haber resucitado ULPIANO en el siglo XVI hubiera dicho que el pretendido derecho de superficie que le ofrecían era un fraude al principio romano *superficies solo cedit*.

El derecho de superficie, como dice muy bien DALMASES, no puede ser configurado como figura censal por una razón fundamental: no exige esencialmente la constitución de un canon como es necesario en los censos. Violenta, pues, el Código la naturaleza de las cosas al asimilar lo que es inasimilable. Otra diferencia esencial es que, como reconoce S. ROMÁN, en el derecho de superficie la propiedad del suelo pertenece exclusivamente al concedente, no así en la enfiteusis, en que dominio directo y útil recaen sobre suelo y vuelo.

URIARTE sostiene una opinión totalmente discordante con la doctrina tradicional en España. Según él, el suelo y el edificio forman una sola entidad hipotecaria, que tiene dos titulares: el *dominus soli*, que conserva sólo un gravamen real sobre la finca, habiendo enajenado la propiedad del suelo durante el término por el cual fue constituido el derecho, y el superficiario, dueño del suelo y del edificio. La evolución histórica del derecho lleva precisamente a esa conclusión: la postura del superficiario se robustece a lo largo de los siglos, tendiendo a convertirse en todo caso

en dueño de lo edificado. De este modo, «si enajena su titularidad, enajena la finca misma, si bien gravada con el derecho del concedente. Del propio modo arrienda la finca y no su titularidad, y vende la finca e hipoteca la finca» (págs. 584-85).

Ahora bien, partiendo de la base de ser esencial, como lo demuestra la historia, la contraposición de titulares del dominio del suelo y de la superficie, la teoría de URIARTE carece de fundamento.

Hay muchas razones para demostrar lo absurdo del sistema del Código civil: que fuese hipotecable (ley Hipotecaria, 1909) el edificio construido sobre suelo ajeno, sin perjuicio del derecho del propietario del suelo, y limitándose la hipoteca al derecho del constructor (art. 107, 1.º), con lo que se admitía implícitamente un derecho de propiedad sobre lo edificado; mientras se consideraba hipotecable el derecho de superficie, al igual que los derechos de pasto, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real (art. 107, 5.º, ley Hipotecaria), o sea, como derecho real limitado.

No se nos diga que la ley ha consagrado el criterio romanista del dominio dividido, pues ya vimos cuál es el error de que parte, que debió de ser superado como lo fue por las legislaciones italiana y francesa, inspiradas en análogos principios a la nuestra. Ciertamente que los derechos constituidos con anterioridad al Código estarán (¡ en buena hora !) sujetos a redención, pero el artículo 1.655 no es obstáculo infranqueable para configurar el futuro derecho de superficie como propiedad superficiaria; la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1941 no niega pese a este precepto, el carácter de derecho de superficie al arriendo de la superficie a largo plazo.

Hay más razones en pro de la configuración del derecho de superficie como propiedad superficiaria. La primera la da el artículo 359: la presunción de la accesión admite prueba en contrario. Es una norma ésta, si bien no tan explícita como sus equivalentes francesa e italiana, no menos significativa (S. ROMÁN y DALMASES). La segunda, que en nuestro Derecho rige el principio del *numerus apertus* en materia de derechos reales (así, el art. 7.º R. H.: «Cualquier acto o contrato de transcendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles, o inherentes a derechos reales»). Y ciertamente el *ius aedificandi* es una de las facultades del dominio. Pero no hace falta apelar al *numerus apertus* en materia de derechos reales que tradicionalmente se reconoce en nuestro Derecho; ya vimos que el artículo equivalente a nuestro 359 bastaba en Derecho italiano, donde rige el *numerus clausus*. Además,

EL DERECHO DE SUPERFICIE

la voluntad de las partes que otorguen contrato o testamento concediendo un amplio derecho sobre la superficie, estará indudablemente inclinada a crear el máximo derecho posible sobre la superficie: la propiedad.

No podrá ningún registrador denegar, en vista de las razones expuestas, la inscripción a un derecho de superficie que comporte la propiedad superficiaria. Ahora bien, el derecho de superficie debe ser tratado, a efectos registrales como una finca anormal, pero finca al fin. ¿Qué razón hay para que se inscriban en folio aparte el agua (art. 71 R. H.), o los pisos de una casa (art. 8 L. H.) y no el derecho de superficie que tiende normalmente a la propiedad de lo edificado?

El derecho de superficie debe ser considerado como gravamen del suelo y como finca *a se*. Lo fundamental es esto: reconocer el derecho de superficie como un *ius in re aliena* y propiedad de la superficie; configurarlo registrálmemente como gravamen de la finca sobre la que recae el derecho sobre el suelo y como finca independiente con folio propio.

Lo demás lo suplirá la jurisprudencia cautelar de la Dirección General de los Registros. Pero no olvidemos el ejemplo del Código italiano; cuidemos de confirmar las relaciones recíprocas de modo que graven a los sucesivos titulares del derecho. Algunas de ellas se pueden subsumir bajo el amplio concepto de las servidumbres *in faciendo* (v. g., reparar lo edificado). Otras, como cargas reales (canon, obligaciones pecuniarias en general).

VI. CONCLUSIONES

En conclusión, el derecho de superficie moderno es un instrumento aptísimo para la resolución del problema del suelo y la vivienda en las grandes ciudades. Sus bases han de ser: posibilidad de crearse un mercado de capitales propios (para lo cual será preciso dotar de firmeza la posición del acreedor hipotecario, suprimiendo el comiso y evitando, como lo hace el Código italiano, la extinción de las hipotecas por otra causa que no sea el transcurso del término fijado); protección de los derechos del superficiario, de ordinario económicamente débil (larga duración del derecho, supresión del comiso en caso de ser leve la infracción contractual, fijación de un canon prudencial, revisable, de modo que no absorba la total plusvalía del suelo, indemnización por el valor de la

superficie al fin del plazo y regulación de la prórroga legal con ciertas condiciones); garantía de los intereses públicos (obligación y modo de edificar, fines urbanísticos en general, dirección de la política de la vivienda por el Municipio y el Estado). Aun no faltando en nuestra patria voces (CARMELO VIÑAS) propugnando su aplicación a problemas concretos (cotos de previsión y viviendas baratas), lo cierto es que la doctrina, con la excepción de J. GONZÁLEZ, no le ha dispensado la calurosa acogida que en otros países. La futura ley del Suelo tememos que no tenga en cuenta la experiencia extranjera, de tan fecundos resultados.

ADICIÓN

El proyecto de ley del Régimen del Suelo y Ordenación urbana inserto en el Boletín de las Cortes del 23 de mayo de 1955 desmiente nuestras predicciones. El artículo 172 del citado proyecto señala que el Estado, las entidades provinciales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los planes de ordenación, el dominio de los cuales corresponderá al superficiario; este derecho será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al concederlo; se regirá por las disposiciones contenidas en esta sección, y subsidiariamente por las normas de Derecho privado. El 173 establece que la concesión del derecho de superficie por el Estado y demás personas públicas se efectuará por subasta o adjudicación directa, con arreglo a los preceptos de la Sección 2.^a de este capítulo. En todo caso deberá ser formalizada en escritura pública y como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad. Cuando se constituyere a título oneroso la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión de un canon periódico, en la reversión gratuita al dueño del suelo, llegado el término convenido en la propiedad de lo edificado o en varias de estas modalidades a la vez. El 174, que el superficiario deberá construir en el plazo y del modo que se hubiese señalado, sin que aquél pueda exceder de cinco años en las concesiones otorgadas por el Estado y demás personas públicas. La infracción de este deber provocará siempre la extinción de este derecho de superficie sin que el dueño del suelo esté obligado a indemnizar en cuantía superior a los dos tercios de lo que represente la mejora. En tanto no se hubiere edificado la mitad, al menos de lo convenido, el superficiario no podrá enajenar en derecho por acto *inter vivos* sin autorización del propietario del suelo, salvo pacto en contrario. El 175, que en toda enajenación onerosa, el concedente ostentará el derecho de tanteo y a falta de preaviso formal y expreso, de retracto, cuyos plazos y efectos serán los previstos por los artículos 1.637 y sigs. del Código Civil. En las enajenaciones onerosas efectuadas por el propietario del terreno a favor de particulares, el superficiario también ostentará los mismos derechos de tanteo y, en su caso, de retracto. Podrá otorgarse al superficiario facultad para adquirir la propiedad del suelo, mediante pago de

EL DERECHO DE SUPERFICIE

su valor en el momento en que se efectuase la transmisión del mismo. Finalmente, el 176 dispone que el derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo que se hubiese determinado al constituirlo, que no podrá exceder de 45 años en el concedido por el Estado y demás personas públicas. Cuando se extinga, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación, y en defecto de pacto deberá satisfacer al superficiario una edificación equivalente al valor de la construcción, según el estado de la misma en el momento de la transmisión. La extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de los derechos reales impuestos por el superficiario; si éste tuviere derecho a indemnización, ésta quedará subrogada en los de garantía. Si por cualquier otra causa se reunieren los derechos de propiedad del suelo y del superficiario, los derechos reales que recaeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente.

La orientación general del proyecto de Ley es digna de loa. Salva una laguna considerable en nuestro Derecho de Cosas, y emplea, si bien con cierta timidez, el derecho de superficie para resolver los problemas del suelo y de la vivienda.

Definitivamente la Ley se aparta en la calificación del derecho de superficie de la vieja fórmula del dominio dividido del artículo 1.611, excluyéndolo, por lo tanto, del régimen de redención forzosa del R. D. L. de 25 de junio de 1926 y disposiciones concordantes. El instituto se configura a la moderna, como derecho en suelo ajeno y propiedad de lo edificado, derecho y propiedad plenamente funcionalizados, socializados.

Si bien admite las dos formas posibles de constitución del derecho —por los particulares y por los entes públicos—, somete a un diverso régimen jurídico ambas concesiones superficiarias como se deduce del articulado del Proyecto.

No parece posible, según el espíritu de la ley, que se enajene la propiedad de un edificio ya constituido. La finalidad de la ley es fomentar la nueva construcción, no regular la existente. Tampoco, según el texto terminante y la finalidad urbanística de la misma, cabe otorgar derechos de superficie para plantaciones en suelo ajeno.

Hay que entender, dado el § 3.º del artículo 172, que las disposiciones de la ley y el título constitutivo del derecho priman sobre cualesquiera otras disposiciones, aun prohibitivas, del Derecho Privado. De ahí que las limitaciones que a la transmisión y gravamen del derecho se hubieran impuesto en el título constitutivo, conforme al § 2.º del mismo artículo, tengan acceso al Registro, pese a la prohibición del artículo 27 de la ley Hipotecaria. Ello es de importancia capital para el régimen del instituto, evitándose la especulación que de su derecho pueda hacer el superficiario.

La constitución del derecho de superficie requiere esencialmente que se otorgue en escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad. El contrato superficiario es, pues, formal y su inscripción en el Registro, constitutiva, si bien la redacción legal es ambigua. No es esencial, por el contrario, la estipulación del canon solarío. Encontramos acertadas las diversas posibilidades de constitución onerosa del derecho de superficie que ofrece el artículo 173, § 3.º, del Proyecto.

Obligación fundamental del superficiario es la de construir en el plazo y condiciones estipuladas. Ello revela la función social del instituto, instrumento de la política de la vivienda que el Estado no puede dejar al arbitrio de los particulares. Tanto el derecho de superficie como la propiedad superficiaria serán derechos funcionalizados, tendrán —sin mengua de la autonomía de su titular— una función social más acusada aún que el resto de la propiedad urbana, cuya infracción provocará la extinción del derecho.

También es acertada la regulación del tanteo y retracto superficiarios si bien la remisión a las reglas de los enfiteúticos les hará participar de sus defectos. Hubiera sido preferible una regulación autónoma del instituto.

E. FOSAR BENLLOCH

La extinción del derecho de superficie ofrece las características que en otras legislaciones observábamos: protección de los intereses del superficiario (asignándole la indemnización equivalente al valor de la construcción) y de los terceros interesados (subrogación de los derechos de garantía en la indemnización; supervivencia de los derechos reales que recaigan tanto sobre el derecho de superficie como sobre el suelo cuando la extinción no fuera por decurso del término). Ello permite amplias posibilidades al crédito inmobiliario, esencial para que el derecho de superficie cumpla su misión social: la solución del problema del suelo y de la vivienda.

BIBLIOGRAFIA

A) OBRAS GENERALES.

- BORSARI : *Commentario del Codice Civile Italiano*, tomo I, 1871.
CASSO : *Derecho Hipotecario*, 1951.
CASTÁN : *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo II, 1950.
ESCOSURA : *Contestaciones a la parte de Derecho Civil (Oposiciones Registros)*, 1911.
ENNECERUS : *Derecho Civil*, tomo III, vols. I y II, con notas de Blas Pérez González y José Alguer, 1937.
GARCÍA GOYENA : *Concordancias*, 1852.
GIANTURCO : *Opere Giuridiche. I Monografie e corso Universitario sui diritti reali*, 1947.
PLANIOL : *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, tomo III, 1945.
PUIG PEÑA : *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo III, vol. I.
ROCA SASTRE : *Derecho Hipotecario*, 1948.
RUGGIERO : *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, 1945.
SÁNCHEZ ROMÁN : *Estudios de Derecho Civil*, tomo III, 1899-1911.
G. DE LA SERNA Y MONTALVÁN : *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, 1840-1841.
WINDSCHEID : *Diritto delle Pandete* (I, § 223), 1902-1904.

B) MONOGRAFÍAS, COMENTARIOS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

- ARANGIO RUIZ : *Instituzioni di Diritto Romano*, 1934.
BALBI : *Il Diritto de Superficie*, 1948.
BONET : *Comentario a la sentencia de 3 de julio de 1941 (R. P. D., 1941, página 562)*.
BRAGA DA CRUZ : *O Direito de Superficie no Direito Romano*, 1949.
BENETTINI : *Il Diritto de Superficie en el nuovo Codice* (Rivista di Diritto Privato, 1944, pág. 120).
BERLIRI : *Obiezioni al dogma. "Superficies solo cedit"* (Temi Emiliana, 1932, P. 2.^a, pág. 1).

E. FOSAR BENLLOCH

- COVIELLO: *Della Superficie*, Archivio Giuridico, vol. XLIX, 1892, pág. 1.
- CHIRONI: *Comentario a la Sentencia de la Casación de 29 de diciembre de 1891* (Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche), 1892, pág. 235.
- DALMASES: *El usufruto de derechos*, 1932.
- GERMANI: *Voz «Enfiteusis»* (Nuovo Digesto, T. V., pág. 398).
- J. GONZÁLEZ: *El derecho de Superficie*, 1922.
- LUCCI: *Del diritto di Superficie*, 1926; *Le concessioni superficarie e il problema delle abitazioni*, Rivista di Diritto Commerciale, 1925, P. 1.^a, pág. 492.
- PLAZA: *Construcciones sobre suelo ajeno* (R. D. P., 1947, pág. 439).
- ROSSI: *Voz «Diritto di Superficie»* (en Digesto italiano, vol. XXIII, P. 1.^a, página 19).
- SCHULZ: *Classical Roman Law*, 1951.
- SALIS: *La proprietà Superficaria*, 1936.
- SIMONCELLI: *Il principio del lavoro*. (Riv. Italiana per le scienze giuridiche), vol. VI, 1888, pág. 64; *Voces «Superficie» y «Superficies»* (Nuovo Digesto), t. XII, P. 1.^a, págs. 1.212 y 1.224.
- SOLMI: *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo* (Rivista di Diritto Civile), 1915, pág. 472.
- URIASTE: *Unificación del Derecho Nacional*, R. Crit de Derecho Inmobiliario, 1940, pág. 432.
- C. VIÑAS: *Nuevos tipos sociales de propiedad territorial* (R. Crit. de Derecho Inmobiliario, 1925, págs. 504 y 590); *Más sobre nuevos tipos sociales de propiedad territorial* (R. Crit. de Derecho Inmobiliario, 1926, pág. 10); *El derecho de Superficie y el problema de la vivienda en España* (R. Crit. de Derecho Inmobiliario, 1929, página 430).

Impreso en TIPOGRAFÍA MODERNA

VALENCIA

INDICE

	<u>Página</u>
<i>Parte primera. Derecho Romano</i>	3
I. Introducción histórica	5
II. Precisiones terminológicas	6
III. Origen histórico	7
IV. Concepto y naturaleza jurídica	11
V. Constitución	17
VI. Objeto	25
VII. Derechos del superficiario	28
VIII. Obligaciones	38
IX. Derechos y obligaciones del propietario	40
X. Extinción del derecho de superficie	41
 <i>Parte segunda. Períodos intermedio y moderno</i>	 45
<i>Sección primera. Período intermedio</i>	47
I. Prenotandos	47
II. Derecho Romano postclásico	48
III. Derecho bizantino	49
IV. Derecho germánico	49
V. Derecho italiano	51
VI. Alemania	56
VII. Francia	56
VIII. Inglaterra	59
IX. Elaboración del derecho de superficie por el derecho común	60
<i>Sección segunda. Codificación</i>	63
I. Ideas generales	63
II. Código civil francés	63
III. Código holandés	66
IV. Ley belga de 1824	66
V. Códigos germánicos	67
VI. Legislación italiana	73
 <i>Parte tercera. Derecho contemporáneo</i>	 75
I. Introducción	77
II. Derecho italiano	78
III. Derecho alemán moderno	81
IV. Derecho de superficie en Portugal	83
V. Derecho español	86
VI. Conclusiones	89
Adición	90
Bibliografía	93