

9. ENFITEUSIS Y SUPERFICIE

MARIA EVA FERNANDEZ BAQUERO
Universidad de Granada

DE SUPERFICIEBUS. EN TORNO AL DERECHO DE SUPERFICIE

SUMARIO: I. TERMINOLOGIA; II. CONFIGURACION JURIDICA DEL DERECHO DE SUPERFICIE COMO CATEGORIA DE LOS DERECHOS REALES: SU ORIGEN Y EVOLUCION: II.1. Indistinta naturaleza de la enfiteusis y la superficie; II.2. Naturaleza obligacional de las concesiones superficiarias y el principio *superficies solo cedit*; II.3. Reformas pretorias dirigidas a proteger la figura del superficiario; III. VULGARIZACION DEL DERECHO ROMANO EN MATERIA DE SUPERFICIE; IV. DERECHO JUSTINIANO. IV.1. Intento de Justiniano de conciliar la tradición clásica del principio *superficies solo cedit* con las nuevas necesidades prácticas. IV.2. El derecho de superficie y su autonomía con respecto a los demás derechos reales; V. RECEPCION HISTORICA DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y SU SITUACION EN LOS ACTUALES CODIGOS CIVILES.

Normalmente, se suele definir al derecho de superficie como un derecho real, transmisible *inter vivos* y *mortis causa* que otorga al titular (superficiario) el goce a perpetuidad o por largo tiempo del edificio construido en suelo ajeno, mediante el pago de un canon llamado *solarium* o *pensio*.

Ahora bien, su plena configuración como derecho real fue tardía, al no ser nada fácil el poder compaginar el rígido principio de la accesión: *Superficies solo cedit* con el sentir de algunos propietarios de fundos que no pudiendo o no queriendo construir, pero tampoco vender sus terrenos, se ponían de acuerdo con otros individuos que no disponían de ninguno pero que, sin embargo, sí deseaban construir.

I. Desde el punto de vista jurídico y, en concreto, atendiendo al Derecho romano podemos observar que el significado de término *superficies* varia conforme al momento histórico en que nos encontremos¹.

¹ Desde un punto de vista etimológico, la palabra *superficies* deriva de la preposición *super* o *supra* y del sustantivo *facies*, viniendo a significar, con la preposición, una situación exterior o superior respecto a otra interna o más baja y, con el sustantivo, se viene a indicar la idea de plano o fachada, correspondiendo éste significado con el del lenguaje usual. Pero, además, puede asumir otros significados más concretos o más amplios según atendamos a un sentido geométrico o matemático, es decir, indicando la anchura y longitud pero sin altura, o bien en un sentido material, esto es, lo que se encuentra por encima o por debajo de alguna cosa. Cfr., COVIELLO, "Della superficie", *AG*, 49 (1892), pp. 5 ss.; LUCCI, "Del diritto di superficie", *AG*, 51-52(1893-94), pp. 250 ss. y 500 ss.; SCHMIDT, "Das Recht der superficies", *ZSS*, 11 (1890), pp. 121 ss.; ROSSI, v. "Superficie (Diritto di)", *DI*, 23, I (1912-16), pp. 20 ss.; SIMONCELLI, v. "Superficie", *NDI*, 12, I (1940), pp. 1224 ss.; PALADINI, v. "Superficie", *NNDI*, 18 (1971), pp. 941 ss.; PASTORI, "Prospettiva storica del diritto di superficie", *Studi in memoria di G. Donatuti*, II, Milano, 1973, pp. 871 ss.; ID., *Prospettiva storica della Superficie*

En un principio, al no ser la superficie objeto de una relación jurídica independiente, sino relacionada con la accesión, dicho término vendría a significar la parte accesoria de aquella principal que es el suelo. Así, Paulo (D.46,3,98,8) nos dice en este sentido: *...pars enim insulae area est et quidem maxima cui etiam superficies cedit*.

Posteriormente, al ser la superficie tutelada por el Pretor mediante el edicto *De Superficiebus* (D.43,18), ésta figura jurídica comienza a disfrutar de su propia autonomía de tal modo que con el término *superficies* se expresaría ya el derecho de gozar de aquel edificio o construcción que se encuentra sobre el suelo de otro. De ahí que, junto a dicho término, sean frecuentes otros, tales como: *superficiarius*, para indicar al titular que goza del derecho de superficie, *insula*, *aedes*, *aedificium*, para indicar el objeto de tal derecho, esto es, los edificios o construcciones de cualquier especie formando un todo único con el suelo.

Por otro lado, este progresivo desarrollo del derecho de superficie va a conseguir el poder distanciarse de la propia institución de la enfiteusis. Concretamente, mientras que con el derecho de superficie la construcción esta unida al suelo materialmente, capaz de desarrollar una función especial y concreta; sin embargo, en la enfiteusis, las plantaciones -como objeto de dicho derecho- al formar un todo orgánico con el suelo no pueden tener vida y existencia por sí mismas.

II. Como ya hemos indicado, la superficie como derecho real se debió a una época posterior a la clásica. Por ello consideramos necesario mostrar cuáles fueron las constantes históricas que se dieron en cada momento, a fin de comprender su origen y evolución en orden a su configuración como derecho real y, en concreto, dentro de los *iura in re aliena*.

II.1. Atendiendo a los precedentes históricos, observamos que la superficie, al igual que la enfiteusis, encuentra su origen en las concesiones que hacía el Estado del *ager publicus*. No conocemos con detalle los caracteres de estas primeras concesiones. Lo único que se puede asegurar es que en las mismas el Estado se reservaba la propiedad mientras que el concesionario quedaba en la situación de simple detentador de la porción de terreno que le había sido asignado, pagando periódicamente un canon².

Ahora bien, al ser estas concesiones renovables, unido a que al concesionario se le permitía poder transmitir a los herederos tal concesión, hizo que el Estado sólo mediante el pago del canon periódico que recibía pudiese exteriorizar el derecho de propiedad que tenía sobre tales terrenos, ya que en los demás aspectos el

nel sistema dei diritti, Milano, 1979, pp. 155 ss.

² Efectivamente, sabemos que la *locatio* de los *agri vectigales* es el más antiguo precedente histórico de la superficie, presentando analogías con el de la enfiteusis, hasta el punto de poder ser considerado el común origen de ambas instituciones. Consistía en que los particulares, mediante el pago de un *vectigal*, podían gozar de los edificios construidos sobre el suelo público, sin que ello supusiese la adquisición de algún derecho sobre dicho suelo. Vid., COVIELLO, *op.cit.*, p. 37; BOVE, *Ricerche sugli agri vectigales*, Napoli, 1960, pp. 1 ss.; PASTORI, *Prospettiva...*, *op.cit.*, pp. 162 ss.; SERRAO, "Lotte per la terra e per la casa a Roma", *Legge e società*, I (1981), pp. 51 ss..

concesionario disfrutaba del terreno como si fuese un propietario. Por otro lado, tales concesiones se realizaban con la finalidad de que los particulares pudieran asentarse en dichos terrenos, de manera que el concesionario y su familia los utilizaban tanto para el sustento económico de la misma, cultivando la tierra, como para establecer en ellos su propia casa³.

Con todo, algunos autores intentan buscar en las fuentes el origen más remoto de la institución superficiaria y, en tal sentido, citan entre otras:

Dionisio de Halicarnaso (*Ant. rom.*, X, 32) cuando relata que, con ocasión de la *lex Icilia de Aventino publicando* (298/456 a.C.), los plebeyos después de que se les concediesen las tierras del Aventino, se construyeron casas comunes y se las dividieron por partes o plantas⁴.

T. Livio (*Ad urb. cond.*, XXVII, 3) nos dice que, después de la conquista de Capua, fue arrendado todo el *ager publicus* y los edificios que en el mismo se encontraban⁵.

Apiano (*Bell. civ.*, I, 10) narra que, después de las leyes de los Graco, aquéllos que habían ocupado el *ager publicus* de forma ilícita, realizando en ellos sus plantaciones y edificando sus casas, fueron obligados a dejarlos a cambio de una suma de dinero, ya que pareció justo indemnizarles por los gastos que habían efectuado en dichas tierras y construcciones.

En la *lex Thoria (agraria)* de época republicana (635/119-8 a.C.) se recogen los distintos arrendamientos en suelo público, bien para que los particulares construyesen edificios o bien de arrendamientos sobre edificios públicos⁶.

Ahora bien, de dichas fuentes la doctrina más reciente, como es el caso de Pastori⁷, considera que no se puede apreciar en ellas la existencia de un derecho de superficie, puesto que constantemente se habla de arrendamientos de *ager publicus*

³ En este sentido, *vid.* entre otros, PADELLETTI, *Storia del diritto romano*, Firenze, 1878, pp. 153 ss.; SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, I, 5ª ed., Firenze, 1892, pp. 334 ss.; FERRINI, *Manuel di Pandette*, Milano, 1904, pp. 500 ss.; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1966, pp. 309 ss.; COVIELLO, *op. cit.*, pp. 37 ss.; LUCCHI, *op. cit.*, pp. 257 ss.; COSTA, *Storia del diritto romano privato*, Firenze, 1903, pp. 120 ss.; ROSSI, *op. cit.*, pp. 22 ss.; PASTORI, "Prospettiva", *op. cit.*, pp. 873 ss.

⁴ NIEBUHR, *Römische Geschichte*, II, Berlin, 1847, pp. 339 ss., interpretó que dicha noticia podría ser válida para demostrar la posibilidad de que en Derecho romano pudo existir el condominio *pro diviso* de las plantas o pisos de una casa.

⁵ *Capuae milites aedificiis emotos, simul ut cum agro tecta urbis fruenda locarentur, in portis murisque sibimet ipsos tecta militariter coegeret (Flaccus) aedificare.* Este texto está aclarado por el mismo T. LIVIO (XXVI, 16) cuando dice: *De urbe agroque Capuae reliqua consultatio fuit... propter agrum, quem omni fertilitate terrae satis constabat primum in Italia esse, urbs servata est ut esset alicue aratorum sedes. Urbi frequentandae multitudo incolarum libertinorumque et institorum opificumque retenta: ager omnis et tecta publica populi Romani facta.*

⁶ *Ex ea lege dicta quam L. Caecilius, Cn. Domitius cens, agri aediciis locis vectigalibusve publice fruendis, locandis, venumdeis legem dixerunt... (Qui in Africa agrum possessionemve agrive possessionisve superficium habet possidet)ve fruiturve, quem agrum possessionemve quaiusve agri possessionisve superficium q(uaestor) pr(aetor)ve pu(blice vendiderit... o(b eum agrum possessione(m agrive superfic)ium scripturam pecoris nei dato neve (vectigal solvito)... Cfr., ARANGIO-RUIZ, FIRA (leges), p. 119; BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, pp. 73 ss.; ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Hildesheim, 1962, pp. 318 ss..*

⁷ PASTORI, *Prospettiva...*, *op. cit.*, pp. 162 ss..

en donde los concesionarios no sólo gozaban del edificio sino también del propio suelo. De ahí que la palabra *superficies* que aparece en la *lex Thoria* comprenda un significado material pero no jurídico, es decir, como sinónimo de edificio o construcción pero no como un derecho de superficie.

Por tanto, preguntarse cuándo comenzó realmente a hablarse simplemente de concesiones superficiarias que no implicasen el goce del suelo, es algo que no se puede contestar con exactitud. Lo único que se puede precisar es que desde los tiempos finales de la República comenzaron a verse las dificultades que existían en Roma, como en otros centros urbanos, en cuanto a su crecimiento horizontal, iniciándose a partir de entonces la construcción de edificios de varias plantas, en donde algunas dependencias se destinaban a viviendas y otras a locales comerciales (*tabernae*), cuyos concedentes eran, en algunas ocasiones, el Estado y, en otras, los propios particulares⁸.

Junto a este hecho, también hay que citar el fenómeno de la inmigración que desde época republicana se produce en Roma, aumentando su población⁹. Concretamente, individuos de diferente origen van a acudir a Roma para asentarse, atraídos por la nueva corriente de prosperidad económica que la sociedad romana estaba atravesando, siendo su principal fuente el comercio.

De ahí que, las concesiones que hacía el Estado del *ager publicus* no sean ya sólo para fines rurales, sino también urbanos. En este sentido, contamos con inscripciones de época clásica (como la inscripción Ain Ouassel, o la de Pozzuoli descubierta en 1861)¹⁰, en donde se expresa las concesiones del *ager publicus* a cambio de un *solarium* que, a diferencia del *vectigal*, indicaría la renta de la superficie, distinción ésta que también la matiza Ulpiano en D.30,39,5¹¹.

Por otro lado, y como antes señalamos, los propios particulares procedieron a

⁸ Efectivamente, desde la época republicana, los particulares procedieron a realizar concesiones de sus terrenos como consecuencia del fenómeno que en dicho período se produjo de la transformación del *ager publicus* en *ager privatus*. A este respecto, VOLTERRA nos sintetiza este fenómeno cuando nos comenta que: "Hacia finales de la República la lucha entre los particulares que eran detentadores, por diferentes títulos, del *ager publicus*, que intentaban transformar la inseguridad y temporalidad, aunque teóricas, de su disfrute en una situación legal y permanente y a cambiar, sobre todo en Italia, el *ager publicus* en *ager divisus et assignatus*, esto es, objeto de propiedad privada, y, por otra parte, los que aspiraban a ser admitidos también al disfrute de lo que jurídicamente debía ser considerado un bien público, fue moderada y calmada por la aplicación de las diferentes *leges agrariae*", *Instituciones de Derecho Privado romano*, (trad. esp. de Daza Martínez), Madrid, 1986, p. 385. La más importante de entre las leyes agrarias es la de Tiberio Graco del año 133 a.C., la cual parece que fijó en un máximo de 500 yugadas la medida del *ager publicus* asignable a un particular, transformando dentro de estos límites el *ager publicus* en *ager divisus et assignatus*, y restituyendo al Estado lo que excedía de esa medida para hacerlo objeto de otras distribuciones. Sigue luego la posterior a los Gracos (111 a.C.?), conocida con el nombre de *ley epigrafica*, cuyas disposiciones tienden también a reducir la cantidad del *ager publicus* asignada a cada uno y a transformarlo, al mismo tiempo, en *ager privatus*. Cfr., ROTONDI, *op.cit.*, pp. 322 ss..

⁹ Vid. CASTELLO, "Il cosiddetto *ius migrandi* dei latini a Rome: Ricerche in tema di concessione e accertamento degli *status civitatis et familiae* dal 338 al 95 av.C.", *BIDR*, 61 (1958), pp. 209 ss..

¹⁰ Cfr., ROSSI, *op.cit.*, p. 24; PASTORI, *op.cit.*, p. 875.

¹¹ *Heredes cogitur legati praedii solvere vectigal praeteritum, vel tributum, vel solarium, vel cloacarium, vel pro aquae forma.*

realizar concesiones de sus terrenos ya que, según parece, de esta forma obtenían unos rendimientos nada despreciables. Concretamente, Garnsey¹² nos comenta el contenido de algunas fuentes literarias en donde se refleja esta situación: Así, Cicerón, en sus cartas a Atico (*Att.*, XIII,46; XIV,9,1; XII,15,1), expone que de los edificios de su propiedad en Roma, obtenía unas rentas de 80.000 sestercios. Mientras que, Marcial (*Epigr.*, IV,37) hace referencia al ostentoso Afer (en torno al último tercio del siglo I), sobre el alarde que hace de su posición económica, incluyendo entre sus ingresos las rentas (tres millones de sestercios) procedentes de sus bienes inmuebles tanto rústicos como urbanos (*ex insulis fundisque*).

De esta manera, se puede apreciar que fue la dinámica social la que impulsó el nacimiento de la superficie, por un lado distanciándose de la institución de la enfiteusis y, por otro, encaminándose a configurarse con el tiempo por sí mismo en un *ius in re aliena*.

II.2. A tenor de las fuentes mencionadas, se puede apreciar que la relación jurídica que daba lugar a dichas concesiones, fue la *locatio-conductio*, en virtud de la cual, el concesionario gozaba de un terreno para construir un edificio, o bien de un edificio ya construido, mediante el pago al concedente (el Estado, en un principio y, en un momento posterior, también los particulares) de una renta (*solarium*), y sin que en ningún momento implicasen dichas concesiones una transmisión de la propiedad del suelo, ni del edificio construido sobre el mismo.

La razón de que dichas concesiones tuviesen carácter obligacional, se debe a que la superficie no se había configurado todavía como una institución jurídica autónoma, sino como una figura accesoria del suelo en base al principio de la accesión: *Superficies solo cedit*, que el *ius civile* tenía plenamente arraigado, tal y como se puede contemplar en el contenido de las distintas fuentes.

Concretamente, Seneca (*Epist.*, VIII,8) que, con el fin de mostrar la conexión que existe entre la matemática y la filosofía, hace referencia a la imposibilidad de separar jurídicamente el suelo de la superficie, diciéndonos al final de su explicación: *...superficiaria est, in alieno aedificat*.

Por su parte, Gayo (*Inst.*, 2,73) considera que es *naturalis ratio*, el derecho de accesión que se produce al edificar en un terreno ajeno, aunque lo hubiera edificado a cargo suyo y no al del propietario del suelo: *Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*¹³. Y, Ulpiano (D.9,2,50) nos dice que lo edificado pertenece al dueño del suelo: *...quod superficies ad dominum soli pertinet*.

En consecuencia, para el *ius civile*, la superficie no es una figura jurídica que

¹² GARNSEY, "Urban property investment", *Studies in Roman property by the Cambridge University Research Seminar in Ancient History*, ed. por Finley, Cambridge, 1976, pp. 123 ss.. Vid., además, WOODWARD FRIER, "The rental market in Early Imperial Rome", *The Journal of Roman Studies*, LXVII, 1977, pp. 27 ss.; ARIAS BONET, "Capitalismo y suelo urbano: Su reflejo en las fuentes jurídicas romanas", *Atti del Convegno di Como e Bellagio 16/19 giugno 1979*, Como, 1983, pp. 285 ss.; WAGNER, "Zur wirtschaftlichen Bedeutung der Tabernen", *Studi in onore di A. Biscardi*, III, Milano, 1982, pp.391 ss..

¹³ En este sentido, Ulpiano, D.43,18,2; D.9,2,50; Paulo D.44,7,44; D.46,3,98,8; C.3,32,2,1 (Severo y Caracalla en el año 213); I.2,1,30.

pueda adquirir su plena autonomía respecto al suelo, concepción ésta que se mantendrá siempre en vigor a pesar de la actividad del pretor y de las interpretaciones jurisprudenciales que intenten atenuarla.

II.3. Un paso más en la evolución jurídica de esta institución, estuvo determinada por la actividad del pretor, ante el aumento progresivo de las concesiones superficiarias, así como ante la falta de medidas procesales tendentes a proteger la situación del concesionario.

Concretamente, el contenido del edicto se encuentra en el Libro 43, título 18 del Digesto, debiéndose a Ulpiano el comentario al mismo, así como una breve referencia de Gayo. El texto comienza mencionando la propia existencia y fundamentación del edicto y anunciando, seguidamente, la promesa pretoria de una *actio de superficie* para el superficiario previa *causa cognitio* (D.43,18,1pr.). Continúa recordando las acciones concedidas por el *ius civile* (D.43,18,1,1), es decir, la *actio ex locato* y la *actio ex empto* y obligando al propietario de que ceda al superficiario las acciones cuando actúe contra terceros. Finaliza ese apartado con la justificación del interdicto y la acción real útil, en cuanto *melius est possidere quam in personam experiri*. Seguidamente, en D.43,18,1,2, pasa a analizar el carácter del interdicto *de superficiebus* y su semejanza con el interdicto *uti possidetis*. Interpretando en D.43,18,1,3 la cláusula edictal *si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo*, distinguiendo entre la relación superficiaria perpetua y la constituida *ad tempus*. Y, finalmente, hace una enumeración de las excepciones y acciones que puede ejercitar el superficiario, calificándolas bien *in factum, utiles, quasi in rem*, o bien *in rem*, llegando a la conclusión en D.43,18,1,6 que en la superficie debe verse una figura similar a la del *usufructum* y a la del *usum*, por la incidencia de las acciones útiles.

Como se puede apreciar, el contenido del edicto es complejo en cuanto intenta conciliar la tutela de su primitiva naturaleza obligacional, derivada de los principios del *ius civile*, con las medidas del pretor que intentaba adoptar el carácter real en el que desembocará la institución, en función a las nuevas exigencias sociales. Sin embargo, esta complejidad y diversificación de regulación jurídica, ha servido de base a la doctrina romanística para mantener una viva disputa en cuanto a si dicho edicto fue o no obra de los propios compiladores.

En este sentido, algunos autores¹⁴, mantuvieron la opinión de que fue obra de los compiladores en base a que tanto el *interdictum* como la *actio de superficie* sólo pudieron surgir cuando la institución alcanzó la configuración de un derecho real y, en consecuencia, el superficiario podía ser considerado como un poseedor en base a la *possessio iuris* que se dió en época justiniana.

¹⁴ Cfr., BAVIERA, "La legittimazione passiva nell'*actio aquae pluviae arcendae*", *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1902, pp. 177 ss.; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tübingen, 1920, pp. 120 ss.; TAUBENSCHLAG, "Geschichte der Rezeption des römischen Privatrecht in Aegypten", *Studi Bonfante*, I, 1930, pp. 414 ss.; ALBERTARIO, "Il pegno della superficie", *Studi*, II, Milano, 1941, pp. 470 ss.; VOGT, *Das Erbaurecht des Klassischen römischen Rechts*, Marburg, 1950, pp. 106 ss.; SCHMIDT, "Das recht der superficies", *op. cit.*, pp. 121 ss..

Sin embargo, la doctrina más reciente¹⁵, ha defendido la clasicidad del mismo en base a que, por un lado, dicho texto conserva claras evidencias del tratamiento que en época clásica otorgaba el *ius civile* a esta institución (como es el caso de la naturaleza obligacional de la superficie al poner de manifiesto que el interdicto *de superficiebus* se basa en el *frui ex lege locationis*) y, por otro lado, la *actio de superficie* es mencionada con distintas denominaciones (*in factum, in rem utilis, quasi in rem...*), propio del tratamiento jurídico que en época clásica se le dan a las mismas.

Por nuestra parte, consideramos esta última opinión como la mejor fundamentada. Pero es más. Creemos imprescindible tener siempre presente la distinción entre el tratamiento jurídico del acto constitutivo de la superficie y el tratamiento que pueda desencadenarse una vez constituido el derecho de superficie, puesto que una gran parte de las confusiones a la hora de interpretar el contenido de las fuentes puede deberse a esta circunstancia.

En este sentido, y atendiendo al acto constitutivo, sabemos conforme al contenido del edicto que la superficie se podía constituir por medio de un arrendamiento, o por venta, o por legado, o bien por medio de donación, de ahí que la relación que surge entre el propietario y el superficiario está fundamentada en la *lex negotii* libremente aceptada por las partes y, en consecuencia, tutelada por acciones *in personam*.

Ahora bien, una vez que quedaba constituido el derecho de superficie, ante el supuesto de que el propietario intentase contra el superficiario perturbarlo en su goce por medio de la acción reivindicatoria, el superficiario podría ejercitar una *exceptio in factum* (D.43,18,1,4), en base al caso concreto, es decir, podía hacer referencia a la existencia de la *lex negotii*, o bien podía tratarse de una *exceptio doli*.

Frente a terceros, el superficiario cuenta con el interdicto *de superficiebus*, cuyo carácter doble, ya que es a semejanza del *uti possidetis*, hace que pueda ser utilizado por aquél que legítimamente afirme la titularidad de un *frui ex lege locationis sive conductionis*. Con dicho edicto, no se puede decir que la superficie como institución jurídica alcanzase una tutela real, ésta sólo se produciría tras un desarrollo histórico que en época postclásica y, concretamente, en la Justiniana alcanzaría su plena culminación y donde el sentir general de la práctica y los usos sociales influyeron de manera decisiva.

III. Como en otras instituciones, en materia de superficie, también se dejó influir la vulgarización que sufrió el Derecho romano durante este período histórico. Concretamente, Roma era consciente que en otras regiones, como es el caso de Egipto, sí se reconocía la propiedad del edificio separada del suelo. Por otro lado, en esta época se produjo un proceso de decadencia de los escrúpulos jurídicos que en el Derecho clásico había servido de freno a la obra innovadora del pretor y de la interpretación jurisprudencial. De ahí que, en el lenguaje jurídico, comience a

¹⁵ Cfr., por todos, BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, Milano, 1938, pp. 464 ss.; PALADINI, v. "Superficie", *NNDI, op.cit.*, pp. 942 ss.; PASTORI, *Prospettiva, op.cit.*, pp. 215 ss.; ID., "Sulla struttura dell'"actio de superficie", *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano, 1987, pp. 325 ss.; SITZIA, v. "Superficie" (dir.rom.), *ED*, LIII (1990), p. 1461.

apreciarse una falta de tecnicismo a la hora de utilizar la terminología referente a esta institución.

Así, en el Libro Siro-Romano (parágrafo 98) se contempla la hipótesis de la reparación de un piso o planta inferior de una casa a fin de dejarlo en buenas condiciones para que pueda sostener el piso o planta superior, hablándose en ocasiones de *dominus* y *dominium*, para hacer referencia a la *domus* superior e inferior, es decir, a las distintas plantas de un mismo edificio¹⁶. También en el Código Teodosiano (C.Th., 7,8,5 pr.; 15,1,9; 2,23,1) aparece reflejada tal situación. Ahora bien, en ningún texto se recoge abiertamente el reconocimiento a la propiedad superficiaria y la consiguiente derogación del principio *superficies solo cedit*¹⁷.

En todo caso, como señala Maschi¹⁸, lo que sí se podría aceptar es el reconocimiento a que el principio *superficies solo cedit* comenzase a observar ciertas excepciones, pero nunca su total derogación. De ahí que en el *Epitome Gai* (2,14) dicho principio se mantenga, cuando dice: *item reguliter constitutum est ut superposita inferioribus cedant*, pero ahora con la interpretación: *id est ut, si quis in solo nostro sine nostro permissu domum aedificaverit, ad eum cuius terra est domus aedificata pertineat*, es decir, declarando la vigencia de tal principio pero, al mismo tiempo, limitándolo al supuesto *sine nostro permissu*¹⁹. Siendo, por otro lado, muy significativo que dichas palabras encuentren una exacta correspondencia con la frase *sine permissione domini* contenidas en la *Lex Romana Wisigothorum* (10,1,7).

IV. En las fuentes justinianas la materia en torno a la superficie viene tratada sólo en el título 18 del libro 43 del Digesto. Mientras que en el Código, en las Instituciones y en las Novelas existen algunas breves referencias a ella aunque, en la mayoría de los supuestos, para reflejar la vigencia del principio *superficies solo cedit* (C.3,32; I.2,1), o bien tratada junto con la enfiteusis, como es el caso de las Novelas 7 y 120. Por otro lado, en el título del Digesto dedicado a esta institución, se aprecia la supervivencia de principios propiamente clásicos mezclados con las innovaciones introducidas por Justiniano.

¹⁶ La verdad es que este texto no ha estado exento de interpretación doctrinal, de la que se deduce que dicho Libro acogió la concepción vulgar de la superficie que se venía afirmando desde la práctica y, más aún, cuando en este período se estaban superando por parte de la labor jurisprudencial las limitaciones formales en orden a la inderogabilidad del principio *superficies solo cedit*, a la vez que se adecuaba a los derechos provinciales que, por el contrario, no lo reconocían. Cfr., SITZIA, *Studi sulla superficie en epoca giustiniana*, Milano, 1979, pp. 44 n. 117; PASTORI, "Prospettiva", *op.cit.*, pp. 387 ss..

¹⁷ Por ello, que autores como LEVY se inclinen a interpretar que en esta época no se produjo el reconocimiento formal de la propiedad superficiaria y que tan sólo se produjo el reconocimiento vulgar de la concepción de la superficie, al igual que asumieron otras instituciones, como es el caso de la propiedad. Vid. LEVY, "West Roman Law of Property", *Memoir of the Amer. Philosoph. Society*, 29 (1951), y recen. BIONDI, *SDHI*, 17 (1951), pp. 339 ss..

¹⁸ MASCHI, "Fonti giustiniana e fonti bizantine in tema di proprietà superficiaria", *Atti VIII Congr. St. Bizantini*, 2 (1953), pp. 350 ss..

¹⁹ Cfr., ARCHI, *L'Epitome Gai. Studio sul tardo diritto romano in occidente*, Milano, 1937, pp. 72 ss. y 238 ss.; SITZIA, *op.cit.*, pp. 49 ss..

IV.1. Esta escasez y falta de homogeneidad en torno a la regulación jurídica de la superficie, ha sido interpretada por algunos autores, como Biondi²⁰ y Maschi²¹, en el sentido del reconocimiento implícito de la propiedad superficiaria. Concretamente, según éstos autores, no fue necesario enunciar un tratamiento específico de la misma ya que los compiladores presuponían su existencia. Sin embargo, otras interpretaciones como la de Pastori²² y Sitzia²³, a la que también nos adherimos, justifican dicha escasez y falta de uniformidad en las fuentes por la postura que los propios compiladores debían adoptar, es decir, el intento de conciliar el régimen clásico de la superficie con la nueva orientación vivida en la práctica de otorgar a esta institución de una plena autonomía, separándola en la medida de lo posible con la propia figura jurídica de la accesión.

Efectivamente, los compiladores utilizaron el material del *ius civile* como premisa general, puesto que en el Digesto vienen reafirmados: El principio *superficies solo cedit*, la referencia del *frui* superficiario a la *lex locationis* y la tutela *in personam* de ella derivante. Igualmente, utilizan el material clásico que trata el comentario edictal *de superficiebus*, recordando el interdicto, las acciones útiles y, en general, ponen de relieve la obra del Pretor dirigida a corregir el régimen del *ius civile*.

Ahora bien, los compiladores operan también numerosas interpolaciones, intentando armonizar las fuentes clásicas con la propia orientación legislativa que se daba en esos momentos. Orientación que, como señala la doctrina dominante²⁴, no termina por dar un reconocimiento jurídico a la propiedad superficiaria, pero sí desemboca en la afirmación de que la institución de la superficie es un derecho real y, en concreto, un *ius in re aliena*, con plena autonomía respecto a los demás derechos reales.

IV.2. Efectivamente, será en este período histórico cuando se aprecie que esta institución adquiere su consolidación como derecho real ya que, en el ámbito de la superficie, la *possessio* y la *traditio* encuentran aplicación general y, por tanto, se admite que ésta pueda ser constituida, no sólo por la *locatio-conductio*, sino también por medio de la venta, el legado y, además, extendiéndosele otras medidas tutelares, como la *actio publiciana* (D.6,2,12,2-3), la *cautio damni infecti* (D.39,2,19; D.39,2,13,8), la *operis novi nuntiatio* (D.39,1,3,3), la *vindicatio servitutis* (D.39,1,3,3; D.43,18,1,9), el *interdictum unde vi* (D.43,16,1,5) y las acciones divisorias (D.10,2,10; D.43,18,1,8).

Ahora bien, en cuanto a su autonomía dentro de los derechos reales, la cuestión ha sido ampliamente discutida. Así, frente a aquéllos que defendían el reconocimiento

²⁰ BIONDI, *La categoría romana de las servitudes*, Milano, 1938, pp. 539 ss. En el mismo sentido, cfr., RICCOBONO, "Dal diritto romano classico al diritto moderno", *Ann. Palermo*, III-IV (1917), pp. 510 ss..

²¹ MASCHI, *op.cit.*, pp. 97 ss..

²² PASTORI, *Prospettiva...*, *op.cit.*, pp. 391 ss..

²³ SITZIA, *Studi della superficie*, *op.cit.*, pp. 47 ss..

²⁴ *Vid.*, con amplia bibliografía PASTORI, *op.cit.*, pp. 392 ss..

de la propiedad superficiaria²⁵ a tenor de algunos supuestos recogidos en las fuentes (como es el caso del régimen jurídico de los edificios construídos sobre el mar o sobre la orilla del mar, Marcian. (D.,1,8,6 pr.), Pomp. (D.41,1,30,4) y Nerat. (D.41,1,14), en donde se establece que quien construye en dichos lugares tirando rocas o edificando sobre ellas, se hace propietario del edificio mientras permanezca, pues al desrumbarse vuelve a su estado natural) la doctrina más reciente²⁶ considera que no se puede hablar de propiedad superficiaria ya que el individuo que construyera en tales supuestos, no sólo adquiriría la propiedad del edificio, sino también la del suelo y, en consecuencia, existiría un único derecho de propiedad.

Efectivamente, las playas, al igual que los animales salvajes, disfrutaban de una libertad natural susceptible de ser ocupada por cualquiera como *res nullius*. De ahí que, si el edificio se desrumbase, el suelo o playa, al igual que los animales se escapaban de su cazador, volverían a recobrar su libertad natural. Por otro lado, si realmente dicho supuesto implicase el reconocimiento de la propiedad superficiaria, no se comprende la razón de la diferencia que las fuentes establecen entre el régimen jurídico de la orilla del mar o playa, con respecto a las riberas de los ríos, esto es, cuando el propio Nerazio en otro momento nos dice expresamente que no se admite la propiedad de lo construído quien edifica en la orilla del río: *qui autem in ripa fluminis aedificat, non suum facit* (D.41,1,15). Y ello porque, como nos recuerda Gayo en D.1,8,5, el uso de las riberas es público, así como el río mismo, pero la propiedad de las mismas pertenece a los propietarios de los predios contiguos.

Por tanto, no existen razones suficientes para defender que en Derecho romano se reconoció la propiedad superficiaria, puesto que la superficie se configuró como un *ius in re aliena*. En este sentido, dentro de los *iura in re aliena*, también existen interpretaciones, como la de Biondi²⁷, tendentes a considerar que la superficie era una servidumbre entre el suelo y la construcción. Su fundamento se argumentaba en base al texto de Juliano (D.30,86,4) en donde se dice: *Valet legatum, si superficies legata sit ei, cuius in solo fuerit, licet is dominus soli sit; nam consequetur, ut hac servitute liberetur, et superficiem lucrifaciat*. Sin embargo, esta postura encuentra

²⁵ BIONDI, *La categoría...*, *op.cit.*, pp. 539 ss.; RICCOBONO, "Dal diritto romano classico al diritto moderno", *Ann. Palermo*, III-IV (1917), pp. 510 ss.; SOLAZZI, hace una interpretación muy peculiar pues reconoce la existencia de la propiedad separada, pero considera que no se debe hablar de propiedad superficiaria, vid. "La superficie nel diritto giustiniano", *AG*, 146 (1954), pp. 24 ss.; "Sulla superficie come servitù", *SDHI*, 13-14 (1947-48), pp. 307 ss. (= *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, pp. 567 ss.).

²⁶ Cfr., entre otros, PUGLIESE, "Note sulla superficie nel diritto giustiniano", *Studi Segrè*, 1943, pp. 3 ss.; BRANCA, "Les res extra patrimonium humani iuris", *Ann. Triestini di diritto, economia e politica*, (1941), pp. 23 ss.; ID., "Considerazioni intorno alla proprietà superficiaria nel diritto giustiniano", *RIDA*, 4 (1950), pp. 189 ss.; PASTORI, "Prospettiva", *op.cit.*, pp. 391 ss.; POLACEK, "Proprietà e possesso nel diritto romano postclassico", *Ann. Genova*, 14 (1975) pp. 518 ss.; ID., "Superficies (Aspectos jurídicos de una solución de la crisis de viviendas en el mundo romano)", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. U. Alvarez Suárez*, Madrid, 1978, pp. 367 ss.; SITZLA, *op.cit.*, pp. 6 ss.; ID., v. "Superficie" (dir. rom.), *ED*, XLIII (1990), pp. 1459 ss..

²⁷ BIONDI, *op.cit.*, pp. 538 ss.; SOLAZZI, "Sulla superficie", *op.cit.*, pp. 309 ss.; BOVE, *Ricerche sugli agri vectigales*, Napoli, 1960, pp. 152 ss..

poco respaldo dado que, como puso de manifiesto Pugliese²⁸, si fuese verdad que se reconociera la existencia de la servidumbre, como consecuencia de admitir la propiedad superficiaria, lo lógico hubiese sido que Juliano expresase también el destino de la propiedad de la construcción y, sólo entonces, sí tendría razón de ser que se hablase de servidumbre como gravamen impuesto al suelo en favor de la construcción.

Por otro lado, tampoco se debe confundir el derecho de superficie con el de enfiteusis, a pesar de que con Justiniano se aprecie una cierta tendencia a asimilar ambas instituciones, tal y como se desprende de las Nov. 7 y 120 de Justiniano, así como en algunos testimonio papirológicos (Pap. Cair. Masp. III, 67299)²⁹. Y ello, porque como han puesto algunos autores de manifiesto³⁰, en época justiniana comenzó a ser frecuente que en la periferia de las ciudades estuviese extendida la práctica de realizar concesiones enfiteúticas en donde se atribuía al concesionario una facultad mixta de destinar el fundo tanto al cultivo como a la posibilidad de edificar su vivienda, y ello como respuesta a la solución que debía ofrecerse de intentar despejar de población el terreno propiamente urbano. Pero, en definitiva, tal circunstancia no debe servir para confundir la propia configuración y carácter de cada institución.

V. La crisis del Imperio romano desde la propia época justiniana se refleja, por un lado, en el progresivo abandono de los campos por parte de sus propietarios y, por otro, en la necesidad de buscar nuevas fuentes de producción tendentes a restablecer los cultivos. Ello provocará que en el mismo Código justiniano se operen distintas constituciones tendentes a favorecer a los cultivadores de terrenos, abandonados al menos temporalmente por sus propietarios, garantizándoles el goce de su productividad³¹ y, en consecuencia, provocará que en esta misma época nazca el germen de una profunda transformación de la institución superficiaria.

Efectivamente, a partir del Derecho bizantino el principio *superficies solo cedit*

²⁸ PUGLIESE, "Note", *op.cit.*, p. 141. Cfr., PALADINI, v. "Superficie", *op.cit.*, p. 944; SITZIA, *Studi sulla superficie*, *op.cit.*, pp. 27 ss.; ID., v. Superficie, *op.cit.*, p. 1463; RAINER, "Superficies und Stockwseigentum im klassischen römischen Recht", *ZSS*, 106 (1989), pp. 227 ss..

²⁹ Así, entre otros, Pap. Mon. 108, Pap. Strassb. 14 (=III, 314). Cfr., PREISIGKE, *Griechische Papyrus der Kaiserlichen Universitäts und Landesbibliothek zu Strassburg*, Leipzig, 1912, pp. 54 ss.; TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, Warszawa, 1955, pp. 239 ss.; DRATH, *Untersuchungen zum Vohnungseigentum auf Grund der gräko-ägyptischen Papyri*, Marburg-Lahn, 1970, pp. 49 ss.; SEIDL, *Rechtsgeschichte Agyptens als römischer Provinz (Die Behauptung des ägyptischen Recht neben dem römischen)*, Sankt Augustin, 1973, pp. 152 ss.; STEINWENTER, "Was beweisen die Papyri für die praktische Geltung des justinianischen Gesetzgebungswerkes", *Aegyptus*, 32 (1952), pp. 131 ss.; AMELOTTI, *Le costituzioni giustinianee nei papiri e nelle epigrafi*, Milano, 1972, pp. 6 ss..

³⁰ Cfr., entre otros, KUBLER, v. Superficies, *PW*, IV, A, 1, c. 931; ARANGIO RUIZ, *FIRA, III, Negotia*, Florentiae, 1972, p. 367; SITZIA, *Studi sulla superficie*, *op.cit.*, pp. 75 ss..

³¹ Cfr., C.11,59,7-8; C.11,71,2; C.11,59,14; C.11,71,11; C.11,59,17; C.7,41,3.

comienza a convivir con el principio del trabajo, como lo tituló Simoncelli³², consistente en que "todo aquello que el hombre produce con su trabajo a él le pertenece". De ahí que, en este período histórico no se limite a considerar el cultivo de los fundos, por parte de quien no era propietario, como un posible modo de adquirir la propiedad de los mismos, sino que además llegó a establecer un principio totalmente opuesto al romano que consistía en *quod solo inaedificatur solo cedit*. Concretamente así aparece en las *Leges rusticae* (10,1,4), estableciendo que si alguien eleva una construcción en suelo de otro mientras el propietario está ausente, o bien planta una viña, cuando retorne el propietario no puede pretender que la construcción sea demolida o arrancado el viñedo, sino que sólo será compensado con un trozo de terreno igual al ocupado³³.

El derecho germano desconoce al *inaedificatio*, como forma de accesión, a excepción del que construye de mala fe en terreno ajeno (*Edictus Rothari*, cap. 151), y la sucesiva legislación que se inclina cada vez más a reconocer como propiedades separadas el suelo de la superficie, hace que el principio romano de la accesión *superficies solo cedit* quede plenamente abandonado.

Los juristas medievales³⁴ distinguen entre el dominio directo, perteneciente al propietario concedente, y el dominio útil, que pertenece al concesionario; distinción ésta que se apreció tanto en la superficie como en la enfiteusis, lo que hace incluso confundir ambas instituciones. De ahí que, en los *Excepta Codicis Vaticani Reg. 435*³⁵, el superficiario era considerado como si fuese un *dominus* y de la superficie como un *quasi dominium*³⁶.

Por otro lado, atendiendo a la superficie desde el punto de vista de su acto de constitución los comentaristas, como es el caso de Baldo, lo define diciendo: *Contractus superficiarius est quem dico, vendo tibi vel domino, superficiem talis fundi vel talis domus pro decem, et dabis mihi in recognitionem proprietatis unum nummum: vel etiam si non dent annua, naturae eiusdem est*³⁷. Y, en similares términos, también se puede apreciar en Bártolo: *...fateor quod superficies cedit solo quoad directum dominium: sed utile potest competere superficiario, quod tene menti*

³² SIMONCELLI, "Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici", *RISG*, 6 (1888), pp. 65 ss. Cfr., LUCCI, "Del diritto de superficie", *op.cit.*, pp. 502 ss.; ROSSI, *op.cit.*, pp. 44 ss.; BIROCHI y LAMPIS, v. "Superficie" (dir. interm.), *ED. XLIII*, 1990, pp. 1470 ss..

³³ En el mismo sentido se observa en la *Ecloga ad Prochiron*. Cfr., LUCCI, *op.cit.*, p. 504; ROSSI, *op.cit.*, p. 45.

³⁴ *Vid.*, LUCCI, *op.cit.*, pp. 508 ss.; SOLMI, "Il diritto di gli documenti italiani del Medio Evo", *Riv. di dir. civ.*, (1915), pp. 472 ss..

³⁵ *Si queratur de superficiario et emphyteotecario et colono an sint fructuarii quia fruuntur utuntur, dicimus quia non, quia fruuntur utuntur rebus alienis, 'sed quomodo domini intelliguntur'. Si enim cadunt de possessione, licebit eis agere actione in rem, quod non liceret nisi quomodo domini intelligerentur.*

³⁶ BIROCHI y LAMPIS, *op.cit.*, p. 1466.

³⁷ BALDO, *In quartum et quintum Codicis libros comentaria, In emphyteuticariis, c. de emphyteutico iure* (ed. Venetiis, 1586). Cfr., ROSSI, *op. cit.*, p. 47.

*propter quibusdam contractibus qui reperiuntur in civitate ista*³⁸.

Frente a ello, encontramos una interpretación diferente en los interpretes de la Escuela Culta del siglo XVI que, retornando a los modelos clásicos intentando reconstruir las instituciones con su fisonomía propia, vuelven a considerar a la superficie como un *ius in re aliena* abandonando, al menos temporalmente, la calificación de *dominia utilia*. Este es el caso de Doneau ya que, en su *Commentarii*, lo define diciendo: *ius superficiei in alieno solo habendae*³⁹ y reconociendo su afinidad con la enfiteusis: *ius superficium emphyteutico finitimum est. Utrumque in praedio alieno: utrumque domini ius constiens*⁴⁰.

Sin embargo, la huella dejada por el derecho germano reconociendo la propiedad superficiaria, unido al constante acercamiento de la institución de la superficie a la de la enfiteusis y, finalmente, al hecho histórico de que la revolución francesa considerase a la enfiteusis como una institución superviviente de las feudales y, por tanto, ésta no pasará a ser regulada en el Código de Napoleón, provocará que en la etapa de la Codificación encontremos a la superficie tratada en las legislaciones modernas desde distintos puntos de vista:

O bien, expresamente regulada, como ocurre el derecho austriaco⁴¹, alemán⁴², suizo⁴³ y el italiano⁴⁴, entre otros.

O bien, prescindiendo de ella por estar confundida con el principio de la accesión, como ocurre con los Códigos Civiles que tomaron como modelo el francés, como es el caso de muchos Códigos Civiles Iberoamericanos, entre otros, los de Chile, Argentina y Méjico.

O bien, finalmente, quedando muy confundida con la enfiteusis, principalmente, como es el caso de nuestro Código Civil español. Efectivamente, en el contenido del art. 1655 dispone que: *Los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza*

³⁸ BARTOLO, *In primam Digesti Novi partem commentaria*, l. Ait praetor, ff. de superficibus, qui superficem (D.43,18,1,1), n.1 (ed. Augustae Taurinorum, 1574, fol. 147 v).

³⁹ DONEAU, *Comentarii de iure civili*, lib. IX, cap. XVI, n.1 (*Opera omnia*, II, Romae, 1828, 1291). Vid. FEENSTRA, "Dominium and ius in re aliena: The Origins of a Civil Law Distinction", *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for Barry Nicholas*, Oxford, 1989, pp. 116 ss..

⁴⁰ DONEAU., *op.cit.*, cap. XVII, n. 2, 1302.

⁴¹ En Ord. 11-VI-1912, n.114; L. 26-IV-1912, n. 86 y en L. 8-VII-1948, regula la propiedad dividida por planos, hablando de derecho de superficie para hacer referencia a los terrenos que no sean propiedad privada, ya que con este se pretende que los edificios construídos tenga una finalidad de pública utilidad.

⁴² En el B.G.B. y Ord. 15-I-1919, regulan el derecho de superficie mediante el reconocimiento de la propiedad separada del edificio con respecto a la del suelo.

⁴³ En el Código Civil suizo, el derecho de superficie viene configurado como una servidumbre, donde la construcción es considerada como el fundo dominante y cuyo titular es al mismo tiempo propietario del edificio. Cfr. arts. 664, 675, 676, 677,678, 799 del C. Civil y las normas complementarias recogidas en la Ley federal de 19-III-1965 que entró en vigor el 1-VII-1965.

⁴⁴ Si bien el Código Civil de 1865 no contemplaba el Derecho de superficie, sin embargo sí lo hace el de 1942, en el que reconoce y regula expresamente la institución de la superficie en los arts. 952 al 956, definiéndola como: "Diritto di fare e mantenere al di sopra (o al di sotto) del suolo una costruzione a favore di altro che ne acquista la proprietà".

análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código, cuando sean por tiempo indefinido, se regirán por las disposiciones establecidas por el censo enfiteútico en la sección que precede. Y sigue diciendo éste mismo artículo: Si fueren temporales o por tiempo limitado, estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato. Siendo la Jurisprudencia la que, en Sentencia de 3 de julio de 1941, especificó por vez primera la distinción entre la superficie y el censo enfiteútico.

La complejidad de los problemas que nacen de esta construcción del Código Civil, sin ninguna regulación más, salvo las referencias de la Ley del Suelo y el Reglamento Hipotecario, ha obligado a considerar a algunos civilistas, como es el caso de Diez Picazo y Gullón Ballesteros, que ésta institución es una figura muerta en nuestro Código Civil, al seguir muy arraigada la idea de que la propiedad de una vivienda está unida a la propiedad del suelo en el que se encuentra⁴⁵.

Con todo, hay que resaltar que dentro de los Derechos territoriales, la Compilación Navarra dedica una atención especial a los derechos de superficie, de sobreedificación o subedificación y de plantación en las leyes 427 y siguientes. Estableciendo, por un lado, y como principio general: *Se presume que lo unido, inseparablemente, al suelo accede a la propiedad de éste, pero puede existir un derecho real sobre lo edificado o plantado en suelo ajeno, como derechos de superficie, de sobreedificación o subedificación, de propiedad horizontal y de plantación (ley 427).* Pero, por otro lado, también contamos con un concepto sobre el derecho de superficie en la ley 430, 1º expresando: *El derecho real de superficie confiere la facultad de construir en suelo ajeno y mantener separada la propiedad de lo construido. Este derecho puede referirse también a edificación subterránea.* Mientras que a la superficie rústica, la ley 443 nos dice que *podrá establecerse un derecho real de plantación en suelo ajeno. En tal caso, pertenece al cesionario la propiedad de la plantación separadamente del dominio del suelo.*

Finalmente, hay que resaltar que en la actualidad el derecho de superficie viene siendo reconocido, para solucionar supuestos concretos, en distintas disposiciones de las Comunidades autónomas⁴⁶, como es el caso de la catalana (ley 6/1988, de 3 de marzo, forestal de Cataluña) y gallega (ley 13/1989, de 10 de octubre, de montes vecinales en mano común), lo que supone que es una institución jurídica que poco a poco va encontrando su reconocimiento jurídico y, en consecuencia, merecedora de su continuo estudio puesto que hoy día, como en época romana, sigue respondiendo a las necesidades prácticas que va impulsando la dinámica social.

⁴⁵ DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, III. Derecho de Cosas*, Madrid, 1978, pp. 422 ss..

⁴⁶ Cfr., LA CRUZ BERDEJO, *Derechos reales*, II, Barcelona, 1991, pp. 272 ss..