

DERECHO REAL DE “SUPERFICIE” EN EL MUNDO ROMANO

Dra. Nancy Noemí Galdeano de García

I- Introducción:

El hombre en el mundo actual, es titular de un sinnúmero de derechos, contemplados, tanto por el DERECHO POSITIVO ARGENTINO, como por el resto de las legislaciones de los países civilizados.

Esos derechos, hoy, surgen de las leyes Supremas de cada uno de los Estados, de leyes generales o especiales, dictadas para ser aplicadas en protección de los derechos de sus habitantes. Pero tienen sus orígenes en un pasado remoto.

En algunos casos, surgieron, de la costumbre arraigada de sus pobladores y en otros casos, esa idiosincrasia genuina de los integrantes de los pueblos más antiguos, se plasmó en un verdadero ordenamiento jurídico. El que no fue propio de cualquier estado de la antigüedad, sino, patrimonio de unos pocos, como lo fue el Ordenamiento Jurídico Romano, que es el que nos interesa, frente a la figura en análisis, no como generador de innumerables derechos, sino como la fuente originaria y fidedigna del DERECHO REAL DE SUPERFICIE.

Este derecho, a través de los siglos, en principio, mantuvo sus características y su aplicación en forma intangible, para después ir las modificando.

De esta manera, fue adoptado como tal por algunas legislaciones posteriores y dejado de lado por otras, como el Derecho Positivo Argentino, por entender que se ha perdido la esencia de este derecho. Esto, frente a la opinión de importantes doctrinarios en la materia, que por el contrario, creen necesario su restablecimiento.

Tanto peso tuvo esta opinión, que fue incluida como temática a incorporar en el proyecto de Unificación del Derecho Civil y el Derecho Comercial.

Lo que, si bien no se concretó, no podemos perder de vista, la seria tendencia, que denota la necesidad de su inclusión en la legislación vi-

gente; ya que de lo contrario, nos encontramos sin respuesta, frente a muchos casos concretos que se circunscriben con exactitud práctica, a las características que el mismo reviste, y que continuarán como interrogantes inconclusos, frente a una realidad que nos golpea, pero que todavía no encuentra respuestas para su solución.

Estos casos, constituyen la materia de un más exhaustivo análisis, que tiende a poner fin, a la falta de legislación del “derecho real de superficie”, frente a la imperiosa necesidad de su inclusión en los ordenamientos jurídicos vigentes, en los distintos países del mundo y, en especial, en el Derecho Positivo Argentino.

II- Su análisis en el Derecho Civil Romano:

1- Su origen histórico

El origen histórico más remoto de este derecho real, lo encontramos en las concesiones que efectuaba el Estado Romano, respecto de los bienes inmuebles públicos, sobre los cuales se otorgaban concesiones de índole administrativa a los particulares, permitiéndoles a posteriori, con el tiempo, la posibilidad de concretar construcciones encima del suelo público, consistentes en edificaciones sobre el foro o las calles (en forma de tiendas), a raíz de una necesidad que se hizo sentir a muy poco andar.

Desde otro punto de vista y en forma relativamente encubierta, el origen de este derecho real sobre cosa ajena, lo encontramos dentro del Derecho Romano, cuando, tomamos la temática de los modos de adquirir la propiedad y dentro de éstos, a los modos originarios entre los cuales surge la accesión, como modo de adquirir, con sus diversas formas, de las cuales en relación al tema, sólo nos interesa la denominada accesión de cosas muebles y cosas inmuebles, naciendo así, como una de esas formas, el “ius edificandi” o derecho de edificar, que es el que a posteriori, reviste todas las características del derecho real que nos atañe: el “DERECHO REAL DE SUPERFICIE”.

La “superficie” es una institución puramente romana, que encuentra poca correspondencia en otros derechos, tanto antiguos como modernos.

Se vincula al principio “superficie solo cedit”, en virtud del cual, cualquier construcción sobre el suelo ajeno accede a la propiedad del terreno¹.

1 ARANGIO RUIZ, Vincenzo: “Instituciones de Derecho Romano”, pág. 286, 288. Traducción de la décima edic. italiana por José M. Caramés. Edic. Depalma, Año 1973.

El derecho de superficie como tal se estructuró en el derecho justinianeo, como un derecho sobre suelo ajeno, en parte, con caracteres propios del derecho de propiedad, y otros, exclusivos de un derecho real sobre cosa ajena.

La SUPERFICIE vino a resultar así un derecho real de total y estable goce de un edificio, a favor de quien lo había construido y pagaba un canon anual llamado: “solarium”, de “solum” (suelo)².

2.- Configuración como Derecho Real

“La superficie es un derecho real, enajenable y transmisible, que atribuye al superficiario, el pleno goce y uso de un edificio, construido por él en terrenos de un tercero con autorización de éste”³.

Partiendo del principio “superficie solo cedit” podemos concluir, que el propietario de un fundo (rústico o urbano), siempre se constituía en dueño de todo lo que en él se sembrara, plantara o edificara.

Pero existían casos de propietarios que no podían o no querían edificar sobre un terreno que les pertenecía y decidían otorgarle a terceros ajenos a ese derecho de propiedad sobre su fundo, la posibilidad de construir un edificio o edificación sobre la cual se le concedía facultades al constructor, a cambio de una contraprestación en dinero denominada “solarium”⁴.

3.- Modos de protección

Para poder hablar de los modos de protección del derecho de superficie, en principio, hay que distinguir si nos vamos a referir a la protección que se le brinda al superficiario frente al propietario del fundo sobre el que se edificó, o frente a terceros ajenos a esa relación. Ya que en el primero de los casos, a su vez, hay que diferenciar entre la protección que se le brinda al superficiario, en cuanto al ejercicio de sus derechos en sí mismo, o frente a la posibilidad del ejercicio de la acción reivindicatoria que el propietario del inmueble pretenda ejercer, respecto de los materiales utilizados por quien efectuó la edificación con mate-

2 DI PIETRO, Alfredo: “Manual de Derecho Romano”, pág. 247. Ed. Depalma, año 1982.

3 ODERIGO, Mario N.: “Sinopsis de Derecho Romano”, Ed. Depalma, año 1.973, pág. 245.

4 ARIAS RAMOS, J.: “Derecho Romano”, Tomo I, pág. 307, Ed. Revista de Derecho Romano, Madrid, año 1.960.

riales propios en el terreno ajeno; e inclusive tener en cuenta la posibilidad de que el titular del fundo pretendía ejercer una usurpación respecto de los materiales utilizados, considerados en su individualidad.

La protección que se le brindó al superficiario tanto frente al propietario del fundo, como frente a terceros, en lo que hace al ejercicio de las facultades propias de su derecho, fue un interdicto otorgado por el pretor, denominado “interdicto especial de superficiebus”, y que funcionaba, como una verdadera “acción” en defensa de su derecho frente a quien intentara desconocerlo⁵.

En relación, a la posibilidad de que el propietario del inmueble pretendiera ejercitar la reivindicatio, se le concedió al superficiario una “excepción” para paralizar la misma y mantenerse en la posesión⁶.

En lo atinente a la posibilidad de que el propietario del fundo pretendiera usucapir los elementos con que se había efectuado la construcción, en cuanto a su individualidad, esto era imposible por cuanto la usucapión sólo tenía lugar cuando se reunieran todas las condiciones que la misma exige, para que se configure como modo de adquirir, entre las cuales debemos destacar la posesión pacífica y continuada sobre dichos bienes muebles, la que mal podía darse, si tenemos en cuenta, que la posesión de ellos y con estas características, era ejercida por el superficiario. Por lo que frente a esta situación en particular, no necesitó ningún medio de protección, pero se la menciona al solo efecto de aclararlo, ya que figura como una posibilidad en las fuentes.

4- Su extinción:

Si partimos de la base, que este derecho real se constituye generalmente a través de un contrato, en el mismo se establece normalmente el plazo durante el cual, el superficiario tendrá pleno goce del edificio que construya sobre un fundo ajeno, por lo que la principal causa de extinción, es el vencimiento del referido plazo.

Si tenemos en cuenta que el derecho que es el basamento de las facultades que él ejerce, es la construcción que él ha efectuado y el inmueble sobre el que ella asienta, si se destruyen totalmente ambos, su derecho se extingue también, salvo el caso de que lo único que se destruya sea el edificio y el superficiario se hubiese reservado el derecho de reconstrucción.⁷

5 ODERIGO, Mario: Op. cit., pág. 216.

6 PETIT, Eugenio: “Tratado elemental de Derecho Romano”, pág. 294. Traducido de la Novena Edición Francesa por J. Fernández G., Ed. Nacional, México, año 1.966.

7 ODERIGO, Mario N., op. cit., pág. 216.

Otros autores, enumeran también, como causales de extinción, la confusión que puede concretarse, cuando el propietario del fundo adquiriese por algún modo de adquirir, el edificio efectuado por el superficiario, o en su defecto, a la inversa, cuando éste último, por cualquier título, pudiese llegar a transformarse en propietario del inmueble sobre el que construyó⁸.

II- Textos de las Fuentes:

Gayo en sus Institutas receipta el derecho real de superficie, cuando al hablar de la accesión como modo de adquirir dice: “Además, lo que otro ha edificado en nuestro suelo, aunque lo haya edificado en su nombre, se hace nuestro por derecho natural, porque la superficie accede al suelo (superficie solo cedit)⁹.”

De igual modo, en el Digesto de Justiniano, encontramos varios comentarios en párrafos que se refieren al referido derecho, entre los cuales mencionamos los siguientes: “De modo que también se hacen propietarios del suelo los que allí edifican, pero sólo mientras permanece el edificio, pues al derrumbarse el edificio, el lugar vuelve como por una especie de derecho de postliminio, a su anterior condición y si otro viene a edificar en el mismo lugar, se hará de su propiedad”¹⁰.

“Por el contrario, si uno hubiera edificado con materiales suyos en un solar ajeno, el edificio se hace del propietario del suelo, y si sabe que no le pertenece el solar, se entiende que ha perdido la propiedad de los materiales porque quiso, y así ni siquiera al derribarse el edificio le compete la reivindicatoria de los materiales. En verdad, si el propietario del solar reclama el edificio y no abona el precio de los materiales y las jornadas de los albañiles, podrá ser rechazado por la excepción de dolo malo, siempre que el constructor no sepa que el solar es ajeno y ha edificado de buena fe como si lo hiciera en solar propio; porque si lo sabe, puede inculparsele de haber edificado en aquel solar que él sabía que no era suyo”¹¹.

“Si un vecino hubiera edificado sobre una pared de tu propiedad,

8 ARIAS RAMOS, J.: op. cit, pág.309.

9 GAYO, “Institutas”, comentario segundo, “El derecho de las cosas”, pto.II-l-b)- pág.108, Ed. Talleres Gráficos de Federico Lozano, año 1967.

10 JUSTINIANO, “Digesto”, Tomo I, Libro I. Título 8, parágrafo 6, pág.70; versión castellana por A. D’Ors, F. Fernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo; Ed. Aranzadi, Pamplona, año 1968.

11 JUSTINIANO, op. cit., Tomo III, Libro 41, Título 1, párrafo 7, pág. 286.

dicen Labeón y Sabino que lo edificado en tu solar será de tu exclusiva propiedad, como es lo más cierto”^{12 13 14}.

“Nunca puede adquirirse por la posesión de largo tiempo la construcción sin el suelo”⁰³ |

“Si no puede usucapir el suelo, tampoco la construcción”⁽⁴⁾.

IV - Su evolución

El primer monumento legal de la España romana, es la concesión de la libertad y la posesión de sus campos, por Emilio Paulo a los esclavos públicos de la ciudad de Hasta, que habitaban en Lascuta (año 189 a. J. C.).

Algún tiempo después, había surgido en Hispania, un nuevo género de personas: los nacidos de uniones ilícitas entre soldados romanos y mujeres indígenas, para los cuales y previa selección de ellos, el Senado mandó formar una colonia latina de libertos.

Las leyes que regían estas colonias, revelaban una constitución que se asemejaba a la de Roma, a través de las cuales, se le “asignaban tierras” a los integrantes de las referidas colonias, de la misma forma que el Estado Romano, en sus orígenes, lo hacía en beneficio de los particulares, respecto de las tierras públicas.

Con el tiempo, se iniciaron en Europa los impulsos que, como reacción al racionalismo jurídico, condujeron a la escuela histórica del derecho.

Montesquieu, en “De L’ esprit des lois” (año 1748) consideraba al derecho como un producto de circunstancias naturales, sociales y espirituales de cada época.

Un poco más contemporáneamente, en Alemania, Federico Carlos de Savigny (1779 - 1861), se constituyó en uno de los iniciadores del doble y paralelo cauce, por el que iba a discurrir hasta nuestros días, la historia del derecho.

Desde el punto de vista histórico, significa el encuentro de romanismo y germanismo, que se habían separado a principios del siglo anterior, en la continuidad del romanismo medieval.

En Francia, el derecho nacional, se ha integrado en el estudio de los derechos antiguos, con el Romano, los hechos sociales y las institucio-

12 JUSTINIANO, op. cit., Tomo III, Libro 41, Título 1, pág. 291, párrafo 28.

13 JUSTINIANO, op. cit., Tomo III, Libro 41, Título 3, par. 26, pág. 321.

14 JUSTINIANO, op. cit., Tomo III, Libro 41, Título 3, párrafo 39, pág. 325.

nes, entre las cuales figura, la que es tema del presente trabajo¹⁵.

V- Su falta de conceptualización en las legislaciones actuales.

Si bien este derecho real de superficie, ha sido receptado por las legislaciones más modernas e inclusive actuales, nos encontramos frente al gran inconveniente de la falta de conceptualización del mismo en forma precisa, clara, concreta y uniforme, en las distintas legislaciones contemporáneas, que nos proporcionan múltiples acepciones sobre el mismo.

Pero a pesar de ser coincidentes los referidos conceptos, encontramos hoy en las legislaciones vigentes, reminiscencias de este derecho real de superficie en varios países, no sólo europeos, sino también americanos (Alemania, Italia, Francia, Suiza, Perú, Brasil, México, Panamá, Paraguay, entre otros).

Pero es la conveniencia, de dar una definición del derecho real de superficie, en forma explicativa y que contenga los caracteres de lo definido, lo que nos lleva a concluir, que en el Código Civil Argentino, sólo existe una aproximación al concepto de superficie, pero hay autores como Alejandro Borzutzky Arditi, que sostiene que: “entre la superficie romana y el derecho de superficie moderno, todo, salvo la denominación ha cambiado”.

La aseveración, aunque exagerada, tiene algo de razón*¹⁶.

VI- Necesidad de su legislación en el Derecho Argentino

Dentro de la sistemática de nuestro derecho positivo, se contempla la posibilidad de un dominio dividido: el dominio real y directo del suelo, que corresponde siempre al propietario del mismo, y el dominio útil, que es el que le correspondería al superficiario, por ejemplo; pero, como éste es un derecho que podrían tener también los titulares de otros ius in re aliena, es necesario que a la figura del superficiario se le otorgue un marco especial, ampliando sus facultades, que es lo que pretende hacer parte de la doctrina moderna, pudiendo nombrar entre otros a Puig Peña, Fuenmayor Dalmases y Gerónimo González¹⁷.

15 GIBERT, Rafael: “Elementos formativos del Derecho en Europa: Germánico, Romano, Canónico”, págs. 2/14, Ed. Granada, Imprenta de Francisco Román, año 1.975.

16 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y PUERTA de CHACON, Alicia: “Derecho real de superficie”, pág., 3, Ed. Astrea, año 1989.

17 BONET CORREA, J.: “La Constitución de las servidumbres por signo aparente”, pág. 110, Ed. Gráficas ORBE, Madrid, 1.970.

Esto, se debe a que la historia jurídica, no se detiene y se adapta más, a las exigencias de la vida que a los esquemas tradicionales, como no se detiene tampoco la actividad doctrinal.

Así, surgen nuevas instituciones, no encuadradas por la ley en categoría alguna; si bien distintas y no calificadas como servidumbre, porque presentan características afines a las mismas, combinadas con facultades que puede ejercer quien es titular del derecho que recae sobre una cosa propia, como por ejemplo, el poder transmitirlo, tanto *Ínter vivos*, como *mortis causa*, características típicas del derecho real de superficie, institución que nuestro código reconoce explícitamente, pero no precisa cuál es la relación entre el edificio y el suelo en que se halla, es aquí, donde surge la necesidad precedentemente mencionada, como una situación impostergable.

Porque si pretendemos encontrar el apoyo de este derecho, en la ya constituida doctrina de la servidumbre, cuando, como es necesario, descendemos al terreno práctico, esto es, discutimos la disciplina aplicable, quedamos necesariamente constreñidos a demoler lo que fatigosamente hemos construido, para llegar a la conclusión de que la disciplina que vale para las servidumbres, no vale para otros institutos.

A pesar de tratarse de una institución tradicional y ampliamente discutida por la doctrina y la jurisprudencia, nuestro Código Civil, nada dice actualmente y en concreto sobre ella. Ya que pretende resolver el problema de la relación entre construcción y suelo, con la afirmación común y segura de que el superficiario es dueño de la construcción, no agota todo el problema de la configuración de la compleja relación de superficie¹⁸.

La concesión *ad aedificandum*, es siempre una relación de superficie y, por consiguiente, real, que deviene propiedad a medida que la construcción se realiza, y esto, no significa alterar el *numerus clausus* de los derechos reales; ya que no se trata de reconocer aquí un nuevo derecho real, puesto que el superficiario es dueño de la construcción, mientras que por otra parte, el dueño del inmueble conserva su propiedad, al modo de dos fundos pertenecientes a propietarios distintos, surgiendo nuevamente la necesidad de precisar el contenido de tal derecho.

La superficie es una relación compleja, ya que implica facultad de construir y de mantener la construcción. Estas dos facultades son inseparables. No se puede mantener sin construir, ni construir sin mantener. ¿Cabe imaginar una concesión superficiaria sin que el superficiario, además de tener la propiedad de la construcción, no tenga derecho a mante-

18 BIONDO BIONDI: "Las servidumbres", pág. 1250, Ed. Gráficas Nova S.A., año 1978.

nerla sobre suelo ajeno?¹⁹.

Debe haber sido éste, uno de los interrogantes, entre otros tantos, el que debe haber promovido y en la forma que el derecho de superficie lo merece, su inclusión en el proyecto de reforma y unificación de la legislación civil y comercial.

Pero al decir de las Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacón, en su obra ya citada en el presente contexto, el proyecto ha merecido críticas de dos tipos en cuanto a su metodología: a) se pretendió regularizar el derecho de superficie entre las restricciones y límites del dominio, por cuanto constituye la limitación más importante del mismo, ya que restringe fuertemente, desde el punto de vista cuantitativo, el señorío físico sobre el suelo (citando entre los doctrinarios más importantes que sustentan esta crítica, a Moisset de Espanés, Carbonnier, Zorrilla Ruiz y Ventura), b) Todas las particularidades de esta nueva figura no pueden ser reguladas en un solo artículo, por la complejidad de la misma, mientras que para otros, la regulación sería correcta, breve y concisa (sostiene la imposibilidad de su regulación en un solo artículo, Angel Frontini entre otros, mientras que Américo A. Cornejo, apunta a la correcta aplicación de su regulación, en forma breve y concisa, encontrando los fundamentos de su opinión en L. L., 1978 - "D", pág. 1200).

VII - Conclusión

Podemos concluir, a través de todo lo expuesto, que no puede cabernos duda alguna, de que el origen histórico - legislativo del derecho real de superficie, lo encontramos en el Derecho Romano, fuente primaria y concreta de su análisis como institución especial, claramente conceptualizada y totalmente definida en cuanto a sus características esenciales.

También, cabe determinar, su receptividad por las legislaciones posteriores y actuales de muchos países.

Pero lamentablemente, no podemos decir lo mismo, en relación al derecho que rige en nuestro país, el que en definitiva, como argentinos debe interesarnos, y lo que es más grave, preocuparnos, por cuanto, frente a la falta de legislación del derecho real de superficie, dentro del Código Argentino, encontramos una serie de situaciones de hecho concretas, sin respuesta, que por su configuración se adecuarían naturalmente a las características de esta institución.

19 BIONDO BIONDI: Op. Cit., pág. 1254.

Nos resta esperar que los legisladores, frente a situaciones que surgen de realidades socio-económicas, que no podemos negar, a no muy largo plazo, arbitren los medios jurídicos necesarios, para darle solución definitiva a esos hechos palpables, que no implicarían necesariamente, la creación de un riesgo en la legislación, por ir contra principios arraigados, como el del “*numerus clausus*”, en materia de derechos reales.

Los argentinos, necesitamos un cambio de mentalidad, para habituarnos a comprender que la propiedad del suelo, no siempre lleva incluida la propiedad del edificio. Pero, es a mi juicio, un cambio de mentalidad necesario, no solamente en lo que a esta institución atañe, ya que la situación en la que nos encontramos en nuestros días, quien tiene un derecho que reviste las características esenciales de un derecho de superficie, en la actualidad, no conceptualizado en forma clara, ni caracterizado en forma concreta, es hoy, una de las tantas situaciones innegables que llama a las puertas de nuestra legislación, sin encontrar eco todavía, en una solución tangible, que se nos presenta como inminente.

Esperemos que esta falta de reacción, frente a realidades que nos afectan a diario, no perdure en el tiempo indefinidamente.