

SUPERFICIES SOLO CEDIT

Ana Zaera García.

Profesora Ayudante de Derecho Romano. Universidad de Salamanca.

RESUMEN:

En el presente trabajo se pretende mostrar la evolución del principio *superficies solo cedit* a lo largo de la experiencia jurídica romana. El origen de *superficies solo cedit* se encuentra en los *mores maiorum*, pasando a ser reconocido por el *ius civile* como un principio absoluto, inderogable. Sin embargo, la inderogabilidad del mismo se aviene mal con las distintas prácticas de construcción que desde el final de la etapa republicana surgen en Roma. La nueva realidad social y económica de Roma, como constatan las fuentes, lleva tanto a la jurisprudencia como al *ius honorarium* a flexibilizar la aplicación del mismo. Esta flexibilización iniciada en el derecho clásico encuentra reconocimiento en el derecho postclásico que, debido a la influencia de los pueblos orientales, consagra el mismo como un principio disponible por las partes, lo que permite el reconocimiento de institutos como *ius superficiei*.

Palabras claves: *Superficies solo cedit – Accessio – Dominium.*

ABSTRACT:

In this paper we try to show the evolution of the principle of *superficies solo cedit* all throughout the roman juridical experience. The origin of this principle can be found in the *mores maiorum*, it being later recognized by the civil law as an absolute principle, one not repealable. However, the fact that it cannot be repealed doesn't correspond with the different construction practices which appear in Rome from the end of republican stage onwards. The new social and economic reality, as it is established in the sources, leads both the jurisprudence and the praetorian law to relax its enforcement. The relaxation, started in the classic law, finds acknowledgment in the post classic law which, due to the influence of eastern peoples, will confirm it as a principle that is disposable by the parties. This, in turn, allows the recognition of institutions such as *ius superficiei*.

Keywords: *Superficies solo cedit – Accessio – Dominium.*

Superficies solo cedit

La máxima *superficies solo cedit*¹ enuncia la accesión al suelo de todo aquello que se encuentra superpuesto al mismo. Como consecuencia de este principio el *dominus soli* se convierte en propietario de lo construido o plantado sobre el suelo². *Superficies solo cedit* determina que todo lo que está físicamente unido al suelo jurídicamente también se considere unido. En términos jurídicos esta situación se traduce en la imposibilidad de que suelo y construcción, así como las diferentes partes de la misma, puedan ser objeto tanto de *dominium* separado, como de cualquier otra relación de carácter real.

El principio de accesión aparece en varios textos. Así, Gayo en las Instituciones afirma: “*Praeterea id quid in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificauerit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*”³. El mismo jurista se reafirma en las *Res Cottidianae* ...*quia omne quod inaedificatur solo cedit*⁴. Igualmente Ulpiano⁵ dice: “*semper enim superficie solo cedere*” y Paulo⁶ manifiesta: “*pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit*”⁷.

1 Vid. sobre este tema: COVIELLO, N., “Della superficie”, *AG* 49, 1892, pp., 3-192; GONZALEZ, J., *El derecho real de superficie*. Conferencias pronunciadas en el Ateneo Jurídico de la Asociación oficial de estudiantes de Derecho (Madrid 1922); WENGER, L., “Superficies solo cedit”, *Philologus* 88, 1933 pp., 254 ss.; MASCHI, C., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani* (Milano, 1937); MASCHI, C., “La proprietà divisa per piani, superficie e l’estensione ai provinciali del principio <superficies solo cedit>”, *Studi Arangio-Ruiz* 4, Napoli, 1953, pp., 135 ss. PUHAN, I., “Superficies solo cedit”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1, 3-4, 1953, pp., 332 ss; RICCOBONO, S., “La violazione del principio superficies solo cedit nel diritto giustiniano”, *Scritti di Diritto Romano. Dal Diritto romano classico al Diritto moderno* (Palermo, 1964); PASTORI, F., *La superficie nel Diritto romano* (Milano, 1966); SILVEIRA MARCHI, E., *A propriedade Horizontal no Direito Romano* (Sao Paulo, 1995); HELINIÁK, K., “Zasada superficies solo cedit w prawie rzymskim i w przepisach polskiego llodeksu cywilnego”, *Czasopismo Prawno Historyczne*, 1999, pp., 359 ss.

2 El origen del término *superficies* no debemos equipararlo a construcción ya que, en principio, *superficies* significa todo aquello que esta superpuesto, encima de, sobre. Será en un momento posterior cuando se identifique superficie con construcción. Vid., ERNOUT, A.-MILLET, A., *Dictionnaire etymologique de la langue*, voz *super*: *sur, audessus, par-dessus*.; SEGURA, S., *Diccionario etimológico latino-español*, voz *superficies*: aspecto exterior; parte superior; lo de encima, lo alto; lo construido o plantado sobre un suelo del que se posee tan sólo el usufructo; *Lexicum Totius Latinitatis*, voz *superficies*, *superficies est pars superior vel summa alicujus rei; ...superficies dicitur, quidquid solo impositum est et supra terram exetat, ut arbor, planta vinea... ad superficiarius*; LEWIS, C. SHORT, C., *A latin dictionary*, voz *superficies*: (spec) A building or sim., as contrasted with the land, etc., on which it stands. B) (leg.) a building, smallholding, etc..., held in tenure by one party on land owner by another party; Por el contrario SCHIDT, A., “Das Recht der Superfizies”, *ZSS*. XI, 1890, pp., 121 ss., sostiene que etimológicamente el término superficies proviene de *supra facere* y no de *super facere*.

3 *Inst.* 2.73

4 D. 41.1.7.10 (*Gai.* 2 *cott.*)

5 D. 43.17.3.7. (*Ulp.* 69 *ed.*)

6 D. 46.3.98.8. (*Paul.* 15 *quaest.*)

7 Igualmente aparece en: D. 41.1.9.1 (*Gai.* 2 *cott.*); 6.1.49.pr. (*Cels.* 18 *dig.*); 43.17.3.7 (*Ulp.* 69 *ed.*)

Nos encontramos ante una máxima consagrada como *mos maiorum*⁸ y acogida por el *ius civile*⁹ como principio¹⁰ absoluto e inderogable, integrador de la experiencia jurídica romana. Un principio que responde a la idea de supremacía que la sociedad romana otorga al *ager*.

No cabe duda de que *superficies solo cedit* forma parte de una arraigada tradición romana que trasciende del ámbito propiamente jurídico, por lo que la ausencia, hasta el periodo clásico¹¹ de un registro escrito del mismo no plantea duda alguna respecto a su origen. En este sentido cuando los juristas clásicos se preguntan sobre el origen de *superficies solo cedit* enuncian como fundamento del mismo el derecho natural¹², de forma que lejos de constituir una creación arbitraria de la voluntad humana o del credo civil exclusivamente romano -*ius naturale-ius civile-*, dicho principio, a tenor de las manifestaciones de Gayo, Paulo o Ulpiano, echa sus raíces en la *ratio naturalis* que explica el orden natural de las cosas. Así lo afirma Gayo en D. 43.18.2. (25 *ed. prov.*) “*civili et naturali iure eius est cuius solum*”; una lectura análoga realiza Ulpiano en D. 9.2.50 (6 *opin.*) “*naturale ius, quid superficies ad dominum soli pertinet*” o Paulo en D.

8 DE FRANCISCI, P., “Appunti intorno ai «mores maiorum» e alla sotria della propetà romana”, *Studi in onore di Antonio Segni I* (Milano, 1967) pp. 630 afirma: “I *mores*, prescriventi determinati obblighi di condotta, non erano, come si pensa da molti (che si lasciano sedurre dal tardo significato del termine) semplici regole di morale e di buon costume prive di imperatività, ma norme giuridiche, che si riconnettevano alle strutture dell’organizzazione precivica, e che costituivano, anteriormente alla legislazione delle XII tavole, l’elemento essenziale dell’ordinamento cittadino, parallelamente alla formazione del *ius* che veniva nascendo dalle decisioni autoritutive du caos muniti di *imperium*.”

9 Vid., en este sentido GIOFFREDI, C., voz *mores*, *NN.DI*, pp., 919 ss.; GALLO, F., “Tra la recezione “*moribus*” e la “*consuetudo*”. La fase della assenza della formazione consuetudinaria degli elenchi delle fonti del diritto”, in VV. AA. *La codificazione del diritto dall’antico al moderno* (Napoli 1998) pp., 246 ss. En este mismo sentido son frecuentes las alusiones de Cicerón a los *mores*, situando siempre a los mismos junto a las leyes, los senados consultos. Cic. Top. 5.28: *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat*. Igualmente en *In Verr.* 2.2.6; Sex. 34; Pro. Rosc. 143.

10 Contrariamente a cuanto sostiene la opinión mayoritaria de la doctrina WENGER, L., “*Superficies solo cedit*”, cit., p., 255, cree que el principio *superficies solo cedit* no es un axioma consuetudinario, un *mores maiorum*, sino que se trata de un principio enunciado por una norma antigua de la cual no nos ha llegado vestigio alguno. Una afirmación que, como sostiene MASCHI, C., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, pp. 304-305, alude a una ley históricamente desconocida.

11 MASCHI, C., *La concezione...*, cit., p., 286, atribuye tanto a *superficies solo cedit* como al precepto recogido en la Tabla 6.7: *Tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito*, un significado general, ya que todo aquello que se incorpora al fundo es absorbido por el mismo. Sin embargo, aunque la idea de la accesión de la cosa accesoria a la principal pueda ser el trasfondo del precepto decenviral, lo cierto es que éste únicamente hace referencia a la prohibición de separar. Vid., en este sentido MUSUMECI, F., *Inaedificatio* (Milano, 1988) p., 28.

12 MASCHI, C., *La concezione...*, cit., pp., 284 ss., afirma que “los romanos entienden por *ius naturale* el derecho en general, en cuanto corresponde a la naturaleza, es decir, a la realidad de la vida social.” En este mismo sentido el autor descarta la posibilidad de admitir que *superficies solo cedit* sea un principio de *ius gentium* puesto que el *ius naturale* no es equiparable al *ius gentium*; Id., “La proprietà divisa per piani, superficie e l’estensione ai provinciali del principio <*superficies solo cedit*>”, cit., p. 140, el autor crítica la equiparación que Gayo formula en Instituciones 1.1 entre el *ius gentium* y el *ius naturale*, puesto que una equiparación entre ambos ordenamientos conduciría al absurdo de entender como *iuris gentium* el principio *superficies solo cedit*. Para el autor hacer dicha equivalencia supondría atribuir a Gayo una colosal ignorancia, concretamente aquella de no conocer los principios elementales vigentes en el mundo oriental; BRAGA DA CRUZ, O., “O direito de superfície no direito romano”, en *Obras esparsas I* (Coimbra, 1979), p., 293, el autor sostiene que el principio de accesión pertenece tanto al *ius civile* como al *ius naturale*, lo que equivale a decir que se aplica tanto a la propiedad como a la posesión, y por tanto, así como la propiedad de la superficie corresponde al *dominus soli*, del mismo modo la posesión de la superficie no puede pertenecer a otro sino al poseedor del mismo suelo. Nosotros a este respecto entendemos que más que pertenecer al *ius naturale* el hecho de que la superficie le pertenezca al poseedor del suelo confirma la rigidez de este precepto y la supremacía que ocupa el suelo respecto a la superficie: D. 13.6.5.15 (Ulp. 28 ed.) *Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse*.

44.7.44.1. (74 ed.) “*sic et in traendo et si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret*”.

La vinculación de *superficies solo cedit* a la *ratio naturalis* hace que su influencia trascienda lo propiamente jurídico. Tal es así que autores ajenos al mundo del derecho, como Séneca, se valen de este principio para intentar demostrar la conexión entre la matemática y la filosofía:

Epitome 8.8: “*Non es autem ars sui iuris cui precarium fundamentum est. Philosophia nil alio petit, totum opus a solo excitat. Mathematica, ut ita dicam, superficiaria est, in alieno aedificat.*”

Con todo, el principio de accesión encuentra amparo en la estructura que el *dominium* tiene en Roma. En la sociedad romana la tenencia de *ager* determinaba una posición social privilegiada. La importancia de la tierra¹³ y de toda la actividad económica que se desarrolla en torno a ella contribuye a que *superficies solo cedit* se convierta en un principio inderogable, del que, por ende, las partes no pueden disponer. Con la vigencia del principio se defiende la propiedad del suelo, de modo que todo aquello que se encuentra sobre el mismo se considera un elemento accesorio que sigue el destino jurídico de éste. Se manifiesta así la primacía del suelo frente a lo sobrepuesto en él, aunque la trascendencia económica de la construcción pueda equipararse al suelo.

El carácter inderogable de *superficies solo cedit*, además de condicionar la autonomía de los ciudadanos romanos, impide cualquier tipo de reconocimiento jurídico-real tanto en relación con las nuevas prácticas de concesión de terreno, como de construcción. El hecho de que lo construido sobre el suelo acceda al mismo conlleva, en el ámbito jurídico, la inadmisibilidad de la configuración de dos titularidades distintas, una sobre el suelo y otra sobre la superficie o sobre las distintas partes de la misma. Es decir, la aplicación del principio impide el reconocimiento de institutos como el derecho real de superficie o de la denominada propiedad superficiaria. En este sentido Coviello¹⁴ afirma: “la adquisición de la propiedad mediante la accesión es la lógica consecuencia de la extensión de la propiedad del suelo al espacio sobrepuesto al mismo, extensión que vendría negada si se admitiese la adquisición de la propiedad o de derechos reales por parte de quien ha construido o plantado sobre suelo ajeno”.

No cabe duda que el principio encuentra su razón de ser en los comienzos de una sociedad donde la tenencia de tierra prima y las necesidades tanto sociales como urbanísticas no chocan en ningún momento con dicho principio. Sin embargo, sorprende que para los juristas clásicos que enuncian dicho principio, este no constituya un anacronismo histórico. Desde comienzos de la República el problema de la vivienda y la escasez de terreno para construir impulsan las concesiones de suelo, primero público –*locus publicus*– y posteriormente privado, con el fin de que el titular de dicha concesión edifique en el mismo, nacen de esta manera las concesiones superficiarias, origen del *ius superficiei*. Por otro lado, la misma crisis de la vivienda da lugar a que la *insula* – casa de varios pisos de altura– se convierta, para buena parte de la sociedad romana, en la vivienda habitual¹⁵. A pesar de ello, la primacía y rigidez *iure civile* del principio de accesión impide a quien construye en suelo ajeno adquirir cualquier titularidad jurídica sobre lo edificado. Así, la rígida aplicación del principio de accesión colisiona tanto con

13 Vid. en este sentido FINLEY, M., *La economía de la antigüedad*, trad., de J.J. UTRILLA (Madrid, 1974) pp. 133 ss.

14 COVIELLO, N., “Della superficie”, cit., p., 33.

15 Vid. en este sentido ZAERA, A., “El negocio de las rentas inmobiliarias en Roma: la explotación de la *insula*”, *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos* XVI, 2002, pp. 43 ss; Id., “La propiedad superficiaria en el derecho romano Justiniano”, *RIDA*, LI, 2004, pp. 369 ss.

los intereses económicos como con los intereses sociales de aquellos ciudadanos que, desprovistos de suficientes recursos para acceder a la propiedad de una *domus*, pudiesen, sin embargo, adquirir un *cenaculum* de una *insula*.

La inderogabilidad de *superficies solo cedit* condiciona, durante buena parte de la experiencia jurídica romana, el reconocimiento de determinadas relaciones jurídico-reales. Ante esta situación los ciudadanos tienen que acudir a relaciones jurídico-obligatorias, como la locación, para poder construir en suelo ajeno o para disponer de una de las viviendas de un edificio.

En términos jurídicos la accesión no es más que la traducción al mundo del derecho de la “unificación” física de la superficie –entendida únicamente como construcción– y el suelo. Por ello, para el *ius civile* no es posible separar jurídicamente aquello que físicamente está unido, en tanto no cabe separar físicamente el edificio del suelo sobre el que se levanta. De modo que el *ius civile* no reconoce dos titularidades jurídicas distintas, una sobre el suelo y otra sobre la construcción o sobre las distintas partes de ésta, sino únicamente la propiedad del suelo¹⁶ que se extiende a todo aquello que se encuentra sobre el mismo.

Observa Maschi¹⁷ que la formulación del principio en los comentarios al edicto provincial de Paulo y Ulpiano pone de manifiesto la vigencia del axioma en aquel tiempo.

Sin embargo, a propósito de la vigencia del principio de accesión, existen ciertos testimonios textuales¹⁸ que plasman lecturas controvertidas de la propia jurisprudencia clásica. En este sentido destaca el texto del comentario de Paulo a Sabino recogido en D. 41.1.28 (*Paul. 16 Sab.*):

Si supra tuum parietem vicinus aedificaverit, proprium eius id quod aedificaverit fieri Labeo et Sabinus aiunt: sed Proculus tuum proprium, quemadmodum tuum fieret, quod in solo tuo alius aedificasset: quod verius est.

Estamos ante un texto especialmente significativo, cuya factura clásica viene avalada por la estructura uniforme que presenta, la cual aleja cualquier duda sobre posibles interpolaciones justinianas. Dicho texto pone de manifiesto como una parte de la jurisprudencia clásica mitiga la rígida aplicación que se venía haciendo del principio de accesión. Ante la pregunta *si supram tuum parietem vicinus aedificaverit*, los juristas responden en sentidos diferentes. Por un lado, Labeón y Sabino sostienen que quien edifica apoyando su construcción sobre la pared ya levantada se hace dueño de lo construido, en cuyo caso lo edificado no accede al dueño de la pared en la que se apoya sino al dueño de la construcción. A renglón seguido, Pomponio cita la opinión de Próculo quien aplica el axioma de accesión en virtud del cual la superficie sigue el destino del suelo. Es en este punto donde el texto suscita nuestras dudas a la hora de determinar la aplicación rigurosa del principio de accesión. Todo parece indicar que en algún caso concreto, y a modo de solución *sui generis*, *superficies solo cedit* no se aplica¹⁹.

16 HELINIÁK, K., “Zasada superficies solo cedit” cit., p. 361, sostiene que la pemia *superficies solo cedit* funcionaba ya en la etapa decenviral.

17 MASCHI, C., “La proprietà divisa per piani...”, cit., p., 138.

18 Soluciones análogas a la recogida en este texto encontramos en otros textos, especialmente en D.43.17.3.7 (*Ulp. 69 ad ed.*) y D. 39.2.47 (*Paul. 16 Sab.*), ambos textos son considerados el exponente del reconocimiento de la llamada propiedad horizontal en el Derecho Romano justiniano.

19 Vid., en este sentido SILVEIRA MARCHI, E., *A propriedade horizontal no direito romano*, cit., pp. 71 ss., para quien este texto representa la tendencia de Labeón a admitir la propiedad separada de la construcción levantada sobre un edificio ya existente, siempre que la casa tuviese un acceso independiente respecto de la casa sobre la que se apoya. Si bien, el texto debe de ponerse en relación con D.43.17.3.7 (*Ulp. 69 ad ed.*) y D. 39.2.47 (*Paul. 16 Sab.*).

Estaríamos en presencia de un supuesto especialmente complejo ante el que una parte de la jurisprudencia omite la aplicación del principio. A pesar de la relevancia del texto, el mismo no puede llevarnos a afirmar que en el Derecho romano clásico el axioma *superficies solo cedit* fuese susceptible de derogación, especialmente en lo que hace el ámbito del *ius civile*, si bien el texto representa la adaptación de la jurisprudencia a las nuevas realidades sociales.

Pero no sólo la jurisprudencia es sensible a las necesidades sociales y a las nuevas prácticas de construcción, también el pretor responde a estas demandas, especialmente cuando modifica el régimen jurídico de la relación superficiaria, a través de la concesión del interdicto *de superficiebus*, lo que supone un avance bastante significativo. Con la concesión de este interdicto el pretor²⁰, en cierta medida, flexibiliza la aplicación de *superficies solo cedit* y otorga a la relación superficiaria una tutela análoga a la que tenían el resto de derechos reales sobre cosa ajena. De la mano del pretor el *ius superficiei* inicia su reconocimiento. La aplicación rígida —e inderogable *iure civile*— de *superficies solo cedit* era incompatible con la realidad social y económica del momento.

Sin embargo, a pesar de que tanto la protección procesal que otorga el pretor a las relaciones superficiarias, como las respuestas de la jurisprudencia contribuyen a atenuar la rigidez del principio de accesión, en el derecho clásico permanece como un principio indisponible por las partes. Es necesario esperar hasta el periodo postclásico cuando, debido a la influencia que en este momento histórico sufre el Derecho romano del derecho de los pueblos orientales del imperio, *superficies solo cedit* se convierte, en un principio derogable, del que las partes pueden disponer.

Superficies solo cedit es un axioma típicamente romano, una especie de seña de identidad nacional que Roma no comparte con otros pueblos. La mayor parte los pueblos contemporáneos a Roma admitían desde antiguo la propiedad separada del suelo y de lo superpuesto al mismo. Así, el derecho cuneiforme llegó a admitir la separación jurídica de suelo y superficie²¹. Igualmente el derecho ático y el sirio²², reconocen una cierta independencia jurídica de la superficie respecto del suelo. En el Derecho²³ palestino el reconocimiento de la propiedad horizontal viene confirmada en el parágrafo 98 del Libro Siro.-Romano²⁴. Estos derechos permiten que suelo y superficie sean objeto

20 MASCHI, C., “La proprietà divisa per piani...”, cit., pp. 142 ss; COPPA, P., “La proprietà dei singoli piani di un edificio”, *Studi in onore a Vittorio Scialoja* (Milano, 1905) p. 742.

21 CUQ, E., “Etudes sur les contrats de l’époque de la première dynastie babylonienne”, *RHD* 34, 1910, p., 458.

22 También los textos recogidos en el *Manuale Legum* confirman la vigencia de la *communio pro diviso* en el Derecho palestino.

23 Vid., por todos MAROI, F., “La proprietà degli alberi separata da quella del fondo”, *SDHI* 1, 1935, pp., 352 ss..

24 “*sivit vero domus inferior et alteri superior et debilis facta sit superior et monuerit dominus inferioris domoninum superioris ut reficiat debilitatem domus eius, isque neglegat et non faciat, licet domino inferioris accersere fabros et impedere impensas quae requiruntur ad aedificationem domus illius Et si sumptus fecerit et aedificaverit eam usque ad ?????? ??mensium quatuor ex quo sanata est debilitas domus, nisi dederit dominus domus superioris domino domus inferioris impensas quae impendit pro ea domo superiori cum usuris, dabit dominus domus superioris domino domus inferioris qui sanavit a debilitate sua. Si vero inferiori debilis facta sit, similiter monebit dominus domus superioris dominum domus superioris conferre ad quae fiunt in substructione domus inferioris; si unus est dominus supra, partem (dimidiam) impensarum, et si duo domini, duas partes, et si tres domini, tres partes. Pedes enim inferiores portant onnes habitationes. Etiam muri medii aedium a duabus partibus possidentibus refici debent*”. El texto es un exponente del reconocimiento de la propiedad superficiaria en el derecho postclásico. La terminología utilizada en el mismo, especialmente los términos *dominus* y *dominium*, evidencia la práctica de los pueblos orientales a admitir la *communio pro diviso*. Vid., en este sentido NALLINO, C., “Sul Libro Siro-Romano e sul presunto diritto siriano”. *Studi in onore di P. Bonfante I* (Milano, 1930) pp., 203 ss.; BIONDI, B., *La categoria romana delle servitute* (Milano, 1938) pp., 522 ss.

de titularidades jurídicas diferentes, más aún en buena parte de estos pueblos también las diversas partes de un edificio pueden corresponder a titulares distintos. Se admite en estos supuestos la denominada *communio pro diviso* cuyo reconocimiento jurídico tiene un marcado carácter económico, ya que permite realizar diferentes transacciones comerciales²⁵ entre los propietarios del suelo y de la superficie e incluso entre quienes disponen de las partes del edificio²⁶.

Sin embargo, a la vez que el derecho romano sufre la influencia de los derechos de otros pueblos del imperio, diversas Constituciones imperiales aplican el principio de accesión en la parte oriental del Imperio. Así:

C. J. 3.32.2 (*Imp. Sevr. et Antonin. AA Aristeneto*) *Si inferiorem partem aedificii, quae solum contingit, ad te pertinere probare potes, eam, quam vicinus imposuit, accessisse dominio tuo non ambigitur. Sed et id, quod in solo tuo aedificatum est, quoad in eadem causa manet, iure ad te pertinet. si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum dominium redit, sive bona fide sive mala fide aedificium extractum sit, si non donandi animo aedificia imposita sint.* [a.213].

C. J. 3.32.16 (*Imp. Sevr. et Antonin. AA Ianuario*) *Si in area communi domum aliquis extruxit, hanc vobis communem iuris fecit ratio. Cuius portionem ab eo qui bona fide possidens aedificavit, si velis vindicare, sumtus offerre debes, ne doli mali possis exceptione submoveri.* [a. 293]

C. Greg. 3.6.2 (*Imp. Philipp. A. et Philipp. C. Aur. Victorino et Marco et Valerio*): *Aedificium in alieno agro extractum solo cedere sumptusque eo nomine factos non nisi bonae fidei emptorem per retentionem posse certissimi iuris est* [a.244 o 245]

Las constituciones del Código Justiniano están ubicadas en el título *de rei vindicatione*, ambas responden a las preguntas de dos ciudadanos a la Cancillería Imperial. En la primera un ciudadano, Aristeneto, pregunta a la Cancillería si puede reivindicar la propiedad de la construcción levantada en suelo de su propiedad, la Cancillería responde aplicando el principio de accesión: ... *accessisse dominio tuo*... Por tanto, lo construido por un tercero en su terreno acrece para él. En el segundo supuesto otro ciudadano, Ianuario, pregunta a la Cancillería si lo edificado en un terreno común accede a todos sus propietarios. En este caso la respuesta es la misma, se aplica el principio de accesión... *hanc vobis communem iuris fecit ratio*... En ambos supuestos la respuesta viene motivada por la falta de una relación jurídica entre el *dominus soli* y el ciudadano que erige la construcción en suelo ajeno, a pesar de que el segundo supuesto alude a *qui bona fide possidens aedificavit*. En los dos casos estamos ante ciudadanos que sin previa autorización del *dominus soli* levantan una construcción en suelo ajeno, por lo que la Cancillería imperial, ante la pregunta de un ciudadano, procede de acuerdo al Derecho romano y aplica *superficies solo cedit*. Si bien, el hecho de la Cancillería Imperial responda a estos ciudadanos con la aplicación del principio de accesión, no consolida dicho principio como absoluto e inderogable en esas zonas del Imperio

25 BISCARDI, A., "Sul regime della coproprietà in diritto attico", *Scritti di diritto Greco*, A cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi (Milano, 1999) pp. 38 ss., afirma que en el derecho griego, entre otros derechos de la antigüedad, se admite desde épocas remotas la denominada *communio pro diviso*. Un hecho que se constata en las obras de Homero (*Odisea*, XIX, 594) y Herotodo (Historia II, 148) quines aluden, como algo nada extraño, de construcciones sobre un solar empedrado y de pisos superiores. Igualmente la ley de Gortina, IV, ll.31-37, permite deducir el uso de subdividir en apartamentos la casa heredada del padre, cuando los hijos dividen la comunidad familiar. Si bien, la información más completa sobre la materia la aporta el registro inmobiliario de Tenos, donde abundan los ejemplos relativos a porciones materiales de fundos rústicos y urbanos, siendo esta división en planos horizontales.

26 FERRINI, C., "La proprietà divisa dei diversi piani di una casa", *Opere 4*, (Milano, 1930) pp., 131 ss., sostiene que también en el Derecho sirio aparece admitida desde antiguo la *communio pro diviso*.

donde, como hemos visto, la *communio pro diviso* estaba admitida jurídicamente. En estos supuestos las constituciones aplican el principio para evitar “actos de prepotencia”²⁷, es decir, actos en los que un sujeto construye sin previa autorización del *dominus soli*, lo que explica el hecho de que en un momento histórico en el que la aplicación del principio se había flexibilizado, sin embargo, fue extendido a zonas del imperio romano donde, precisamente, la accesión no era una regla jurídica vigente²⁸.

El mismo sentido se aprecia en el texto del Código Gregoriano en el que también se establece la accesión del edificio al suelo.

En la evolución histórica del principio *superficies solo cedit* el texto recogido en el Epitome de Gayo nos permite observar cómo los cambios comenzados en el derecho honorario se consolidan definitivamente en el Derecho postclásico

2.1.4. 1: *Item regulariter constitutum est, ut superposita inferioribus cedant: id est ut, si quis in solo nostro, sine nostro permissu, domum aedificauerit, ad eum cuius terra est, domus aedificata pertineat: uel si aliquis in agro nostro arbores aut uineas uel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedit; uel si messem in campo seminauerit, omnia haec, quae in terram alienam iactantur domino terrae adquirantur...*

El texto enuncia la máxima clásica del principio de accesión, pero, a diferencia de las constituciones anteriores, incluye el inciso *sine nostro permissu* que, por un lado, devalúa la vigencia de *superficies solo cedit* y, por otro, pone de manifiesto que es la voluntad de las partes la que determina la aplicación del principio. A partir de aquí el principio accesión únicamente actuará en los supuestos en los que el dueño del suelo no autorice construir en el mismo. El sentido primitivo del principio queda gravemente modificado, ahora basta el consentimiento del *dominus* para que el principio no rija. De este modo *superficies solo cedit*, en consonancia con la realidad social del momento, se hace derogable.

El derecho justiniano, aunque enuncia *superficies solo cedit* en las Instituciones²⁹, acoge la evolución del mismo y, al igual que en el derecho postclásico, queda configurado como un principio derogable en virtud de la autonomía de las partes.

27 SOLAZZI, S., “La *superficies* nel diritto giustiniano”, *AG* 146, 1957, p., 32.

28 MASCHI, C., “La proprietà divisa per piani, superficie e l’estensione ai provinciali del principio <superficies solo cedit>”, cit., p., 135.

29 *Inst. Iust.* 2.1.29. *Cum in suo solo aliquis aliena materia aedificauerit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. nec tamen ideo is qui materiae dominus fuerat desinit eius dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea re agere propter legem duodecim tabularum, qua cauetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iniunctum eximere cogatur; sed duplum pro eo praestat per actionem quae uocatur de tigno iuncto (appellatione autem tigni omnis materia significatur ex qua aedificia fiunt): quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit. sed si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum iam consecutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum agere. 30. Ex diverso si quis in alieno solo sua materia domum aedificauerit, illius fit domus, cuius et solum est. sed hoc casu materiae dominus proprietatem eius amittit, quia uoluntate eius alienata intellegitur, utique si non ignorabat, in alieno solo se aedificare: et ideo, licet diruta sit domus, vindicare materiam non poterit. certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec soluat pretium materiae et mercedes fabricorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonae fidei possessor fuit qui aedificasset: nam scienti, alienum esse solum, potest culpa obici, quod temere aedificauerit in eo solo quod intellegeret alienum esse.*