BENAVIDES DEL REY, José Luis, "El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, núm. 610, mayo-junio de 1992, pp. 1241 a 1260.

Se desconoce el origen de este derecho. Hay quienes creen encontrarlo en las concesiones de terrenos públicos que se otorgaron a los fundadores de Cartago. En Roma se origina al facultar las autoridades a las personas que carecían de viviendas para construirlas en terrenos públicos.

En esta figura jurídica pueden distinguirse dos derechos diferentes: el del dueño del suelo y el de las construcciones, plantaciones y siembras.

Los autores difieren sobre el alcance y naturaleza jurídica de ambos derechos. Unos consideran que es un gravamen real sobre el suelo; otros en cambio afirman que se trata de dos derechos reales de dominio independientes uno del otro. El propietario del terreno conservaría su derecho de propiedad sobre el suelo y el tercero sería dueño de lo que edifica, planta o siembra en el suelo ajeno. Ambos derechos de dominio se encontrarían separados por una línea imaginaria horizontal.

El Código Civil presume que todo lo que se edifique, plante o siembre en suelo ajeno pertenece por derecho de accesión al propietario del terreno (*superficie sobo cedit*).

No obstante, por tratarse sólo de una presunción pueden neutralizarse los efectos atributivos de la accesión, mediante un convenio entre el dueño del predio y un tercero en el cual se faculte a este último para que edifique, plante o siembre en predio que no es de su propiedad. Nacería en ese acto esta nueva figura jurídica que es el derecho de superficie.

En España, afirma el autor, el artículo 27 del Reglamento hipotecario de 1861 y sus modificaciones posteriores configuraron el derecho de superficie como propiedad separada del suelo al disponer que "en toda inscripción relativa a fincas en que el suelo pertenece a una persona y el edificio o plantación a otra se expresará con claridad esta

circunstancia". Desde entonces las autoridades registrales han aceptado que el suelo puede pertenecer a una persona determinada y lo edificado o plantado a otra.

Posteriormente esta norma desapareció del ordenamiento legal, pero en cambio, quedó ampliamente en claro, que la accesión no es sino una presunción que puede destruirse mediante un acuerdo entre las partes interesadas.

Se ha entendido por algunos comentaristas que la constitución del derecho de superficie sólo nace cuando el tercero da comienzo a los trabajos de edificación y demás anexos ya dichos, derecho que se irá extendiendo y consolidando a medida del avance de dichos trabajos. El autor, sin embargo, opina que no es necesaria la construcción gradual, pudiendo constituirse de inmediato en terrenos ya edificados. "Aunque no existe ninguna disposición que lo autorice, dice el autor, tampoco existen otras que lo prohíban, a diferencia del derecho alemán e italiano que lo aceptan en forma expresa".

En el derecho de superficie, aclara el autor, son partes el cedente, que es el propietario del suelo y el superficiario, siendo sus elementos reales, el suelo y lo construido, plantado o sembrado sobre el mismo.

Opina también el autor, que podría constituirse el derecho de superficie sobre los edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal cuando ello se conviene antes del inicio de las construcciones y siempre que el suelo sea ajeno. Por razones legales no sería posible establecerlo sobre un edificio ya destinado al régimen de propiedad horizontal debido a que los adquirentes de los departamentos son al mismo tiempo copropietarios del suelo.

En las "conclusiones" opina el autor que si bien la constitución del derecho de superficie por cesión de una edificación preexistente no está expresamente contemplada en los textos legales vigentes, debe entenderse que el supuesto es posible no sólo en el plano de los conceptos teóricos sino en base a una interpretación razonable y global del ordenamiento positivo.

Lisandro CRUZ PONCE