

# BIBLIOGRAFIA



# Libros

**BRAGA DA CRUZ: "O direito de superficie no Direito romano". Coimbra, 1949.**

Siendo sobradamente conocidos en España el valor intelectual de Braga da Cruz y la extraordinaria trascendencia de sus aportaciones en el campo de la historia jurídica peninsular, nos creemos relevados de escribir algunas palabras de presentación sobre el autor.

En este trabajo el ilustre profesor de la Universidad de Coimbra intenta simplemente—como él mismo lo confiesa en la primera de las notas—elaborar una lección para sus alumnos. Con este sentido debe ser apreciado de modo principal, pues que su principal mérito es el didáctico. Esa lección constituyó el objeto de uno de los ejercicios en sus oposiciones a la Cátedra.

Vamos a hacer un resumen del trabajo para que el lector pueda juzgar por sí mismo y ponderar con conocimiento de causa las críticas que en una recensión española se le hicieron.

En primer lugar, Braga da Cruz pretende establecer un concepto de derecho de superficie que le sirva de punto de partida. Con ese propósito, nos dice que la superficie es un derecho real que tiene por objeto el goce de aquello que se levanta sobre el plano horizontal del suelo estando en él cimentado, con independencia del derecho de propiedad de dicho suelo.

Es un "ius in re aliena" que no se confunde con otras figuras del mismo género.

Difiere de las servidumbres prediales, porque la servidumbre presupone la existencia de dos fundos, mientras que en la superficie sólo existe el predio sobre el que recae el derecho. Además, la servidumbre sólo puede enajenarse juntamente con el fundo sobre el que incide, en tanto que la superficie puede transmitirse con independencia del suelo. La servidumbre es indivisible, al paso que la superficie es por naturaleza susceptible de división. En cuanto a la servidumbre no puede ser gravada con otra servidumbre, nada impide que el superficiario constituya servidumbres nuevas sobre su derecho.

Se distingue del usufructo y del uso, porque esos derechos se constituyen en favor de una persona determinada y cesan con su muerte, siendo, por el contrario, la superficie transmisible "mortis causa".

Tampoco puede confundirse con la enfiteusis. El enfiteuta tiene un "dominio útil" sobre el suelo y, como consecuencia, tiene también el "dominio" sobre todas las cosas que en ese suelo se encuentran; en cambio, el superficiario posee apenas un derecho real de goce sobre la construcción o plantación, sin cualquier derecho inmediato respecto al terreno que les sirve de base.

Hechas estas consideraciones previas entra ya en el estudio de la formación histórica del derecho de superficie.

Su origen pretorio viene demostrado por la protección jurídica que a favor de quien construye en suelo ajeno con consentimiento del "dominus" concedía el Pretor.

En el "ius civile" romano, el carácter absoluto de la propiedad imponía el principio de la "accessio". El "ius civile" no concibe un derecho real de superficie, admitiendo, a lo sumo, una superficie dentro del campo de los derechos de crédito, a través del contrato de arrendamiento, que dejaba a quien plantó o edificó en terreno ajeno sujeto a todos los riesgos propios de su condición de arrendatario. Por ello no tenía el "ius fruenti" ni el "utendi", sino tan sólo un "re frui licere" para utilizar en su provecho aquellas facultades, que en titularidad pertenecían al dueño del suelo. No era poseedor de la cosa, sino detentador en nombre ajeno, teniendo tan sólo una acción personal contra el dueño—"actio conducti"—para que éste le defendiese de los ataques intentados por tercero. Y como la "locatio" sólo produce efectos entre las partes, podía el dueño enajenar su propiedad sin que el arrendatario tuviese a su disposición cualquier medio para exigir que continuase el arrendamiento; sólo podía solicitar del propietario que enajenaba una indemnización.

Los enormes riesgos que este sistema trae consigo hacen pensar que prácticamente no fué usado. No obstante, los textos romanos son unánimes en afirmar que el derecho de superficie tuvo su punto de partida en el contrato de arrendamiento del "ius civile".

Esta aparente incongruencia se explica teniendo en cuenta que el arrendatario del "ager publicus, ad aedificandum" evita el principal de los inconvenientes que aquel sistema suponía. Porque las enormes extensiones de "ager publicus", cada día más numerosas, no eran enajenables; por otra parte, la única forma de utilizarlas para la construcción era la del arrendamiento a largo plazo.

Y es precisamente esa "locatio" del "ager publicus, ad aedificandum" el precedente directo del derecho de superficie en Roma. Pero ese antecedente histórico no reúne las características que la superficie asumirá más tarde.

Cabe pensar que fué el Pretor quien en su Edicto transformó el simple derecho de crédito a edificar en un derecho real de goce.

Contra esa naturaleza aparecía el obstáculo del principio de la "accessio". El Pretor había de ladear la dificultad, no otorgando a quien edificaba en suelo ajeno la cualidad de "dominus ex iure quiritium" porque a ello se oponía el "ius civile", pero sí concediéndole una protección de carácter real que transforma su derecho en un "ius in re aliena".

A juicio de Braga da Cruz, la "locatio ad aedificandum" sólo comienza a usarse, respecto a terrenos privados, después de transformada por el Pretor en fuente de derechos reales. En primer lugar, porque el conceder una protección real para tutelar a quien edificó en terreno arrendado se comprende mejor respecto al arrendamiento de terrenos públicos que al de los privados, pues si bien el propietario privado puede perfectamente

venir en defensa del arrendatario cuando los terceros perturba: en su derecho, el Estado no podía asumir directamente el encargo de defender a sus arrendatarios contra los posibles ataques de terceros. Además, el arrendamiento de terrenos privados para edificar implicaba para el arrendatario el grave inconveniente de que al enajenar el dueño el suelo desaparecía su derecho; el uso de arrendar terrenos privados para la edificación sólo se concibe, por tanto, después de haberse reconocido al superficiario la titularidad de un derecho real de goce.

Después de estudiar el origen del derecho de superficie, en un segundo apartado el autor analiza la construcción dogmática del mismo atendiendo a las fuentes.

El derecho de superficie nunca llegó a ser en Roma objeto de un negocio jurídico específico; era un instituto de Derecho pretorio, una situación de compromiso tutelada exclusivamente en el Edicto. Como consecuencia, en principio era un derecho independiente del negocio que lo originaba.

No deja, sin embargo, de tener interés indicar cuáles eran los negocios que se utilizaron para su constitución. En primer lugar aparece la "locatio conductio", a partir de la cual se originó históricamente la superficie y que siempre continuó a utilizarse como fuente primordial; pero el autor advierte que no era ese medio el único que podía emplearse, admitiendo junto a él la ocupación y la compraventa.

En referencia al objeto del derecho piensa que podían serlo: las construcciones urbanas—el más típico—, las plantaciones permanentes e incluso el plano superior de una casa.

La principal obligación del superficiario era la del pago anual del "solarium", a no ser que hubiese adquirido el derecho por compra estipulando un precio único que se pagaba en una sola prestación; el pago del "solarium" revestía carácter real ambulatorio. A ese deber principal había que añadir el de conservar la cosa—que pertenecía en propiedad al dueño del terreno—y el de pagar todas las cargas que sobre el suelo pesasen.

Frente a estos deberes, como derecho le correspondía el gozar y disfrutar de la cosa. La más importante de sus regalías era la protección interdicial y la "actio utilis in rem" que se le concedía.

El "interdictum de superficiebus" fué creado por el Pretor a semejanza del "uti possidetis", si bien la analogía entre ambos no era tanta que impidiese diferenciarlos. El "uti possidetis" abarca la construcción en su totalidad, mientras que el "de superficiebus" sólo se refiere al edificio con exclusión del suelo en que está cimentado. Además, el primero tiene por fundamento la posesión de la cosa; en cambio, el segundo se funda en el hecho de alguien estar gozando y disfrutando una superficie en los terrenos y en las condiciones determinados por un contrato.

Para la concesión del "interdictum de superficiebus" se exigía: Que el superficiario tuviese facultad para gozar y disfrutar la superficie (frui), que esa facultad fuera "nec vi, nec clan, nec precario", y que se ejercitase en los términos exigidos por el contrato creador.

Para la concesión de la "actio utilis in rem" las exigencias eran mayores, otorgándose sólo a quien tuviera la facultad de gozar y disfrutar la superficie "ad non modicum tempus", debiendo además existir una "causa cognitio" que permitiera ver en los términos del contrato creador de aquella facultad la intención de establecer un verdadero derecho real.

La acción real atribuida era la "reivindicatio", pero concedida como simple "actio utilis", dejando, por tanto, de ser acción civil para utilizarse tan sólo como pretoria. Y claro está que pudiendo el superficiario beneficiarse de la "reivindicatio" también se podía beneficiar "útilmente" de todas las demás protecciones judiciales que el "ius civile" y el "praetorium" concedían al propietario.

El dueño del suelo, en virtud del rígido principio de la accesión, podía ejercitar la reivindicatoria tanto en referencia a los terceros como al superficiario, y lo mismo respecto al suelo que a la superficie. Como deber tenía el fundamental de consentir en el libre uso de la cosa por el titular del derecho, en los términos establecidos por el contrato creador; era obligado a indemnizar al superficiario por pérdidas y daños cuando la superficie se extinguiese y le fuera restituida definitivamente la cosa; por último, había de prestar a extraños—juntamente con el superficiario—la "cautio indamni infecti" cuando la superficie amenazase ruina o existiera riesgo inminente de daño para los predios vecinos.

Se extinguía la superficie, en primer lugar, por destrucción del objeto sobre el que recayese, pudiendo o no reconstruirse según los términos del contrato creador. También se extinguía por confusión y por falta prolongada de pago del "solarium". En cambio, no parece que se perdiera por el abandono de la cosa o el no uso durante cierto tiempo.

Tal es, en síntesis, el contenido del trabajo.

\* \* \*

En el fascículo de la Revista *Información Jurídica* correspondiente al mes de noviembre de 1949 apareció una crítica del mismo debida al profesor Manuel Iglesias Cubria, que, con todos los respetos para su autor, nos parece excesiva e injusta.

En ella se afirma que Braga da Cruz no ha usado en su investigación el método interpolacionístico, sin dejar por ello de aludir algunas veces a interpolaciones, con lo cual comete verdaderos anacronismos.

Iglesias parece convencido de que sólo se puede operar dogmáticamente con el Derecho romano empleando ese método; y su opinión puede ser defendible desde el punto de vista de la investigación pura. Pero al enjuiciar el trabajo de Braga da Cruz no se puede perder de vista la finalidad por él mismo perseguida. Es una lección dirigida a alumnos del primer año de una Facultad jurídica; de este modo—como el propio autor hace notar—está privada de las notas eruditas propias de los trabajos de investigación. Es de todos conocido que no se suele usar el método interpolacionístico por los romanistas, cuando explican el Derecho romano a sus alumnos; para comprobarlo basta leer las Instituciones y Manuales de la especialidad.

Claro está que Braga da Cruz no usó ese método en su lección, y no vemos que por ello merezca ningún reproche. En cuanto a los pretendidos anacronismos, cualificativo que el crítico aplica a alguna referencia esporádica que el autor hace a interpolaciones, no los vemos por ninguna parte. En la exposición de la materia tiene, a veces, el autor que tomar partido respecto a un punto determinado sobre el cual no existe unanimidad en la doctrina; y justifica su preferencia aduciendo que el descubrimiento de una interpolación vino a reforzar el criterio que comparte. Si esto es anacronismo hemos de reconocer que todos los Manuales de Derecho romano se encuentran llenos de ellos, sin que hasta la fecha semejante hecho haya constituido desdoro para sus autores.

Afirma también Iglesias que Braga da Cruz parte del concepto de superficie como derecho real, propio del Derecho justiniano, sin advertir la naturaleza de derecho personal, nacido "ex lege locationis", que la doctrina le atribuye en el Derecho clásico. De ello deduce que el estudio hubiera sido más apropiado si constituyese una introducción para el desenvolvimiento del tema en el Derecho común o de pandectas.

El lector ha podido comprobar en el resumen que del trabajo hemos hecho, cómo semejante afirmación resulta gratuita.

Braga da Cruz no parte del concepto de superficie como derecho real. Sienta, como concepto que sirve de punto de partida, que la superficie fué un derecho real; es decir, comienza afirmando lo que la secuencia del trabajo ha de venir a probar: que a través de una evolución jurídica la superficie llegó a ser un derecho real. Y es perfectamente lógico ese sistema, porque al autor le interesa—según afirma en el primer número de su estudio—es sacar del derecho de superficie romano las enseñanzas que puedan aprovechar para su elaboración dogmática por los actuales civilistas del país vecino, en donde la consagración legislativa del instituto hace más necesario el conocimiento de sus antecedentes históricos. Por ello, es natural que al definir la figura nos la presente en el último estario de su evolución, consagrada ya como derecho real, es decir con la misma naturaleza con que hoy aparece.

Pero es injusto decir que Braga da Cruz desconoce el carácter de derecho personal, nacido del contrato de arrendamiento, que la doctrina le atribuye en el Derecho clásico. Las páginas 10 a 15 de su trabajo están dedicadas a explicar la naturaleza de derecho de crédito nacido del arrendamiento, específicamente de la "locatio" del "ager publicus", "ad aedificandum", con que la superficie apareció y se mantuvo. El autor expone ampliamente los graves inconvenientes de tal sistema, y hace notar que las propias necesidades de la vida compelieron a transformar la superficie en un derecho real, carácter con el que aparece plenamente configurada en el último período de su evolución.

Por tanto, bien se puede afirmar que la conclusión a que llega Iglesias de ser éste un trabajo más apropiado para figurar como introducción en un estudio del tema dentro del Derecho común, es inexacta. Aparte de que, aunque así fuera, ello no le restaría valor.

Iglesias sigue afirmando que si bien puede admitirse el conocimiento

del "interdictum de superficiebus" en la época clásica, no se puede negar que la "actio in rem utilis" es medida justineana.

Es esta una opinión muy respetable por cierto. Braga da Cruz no se pronuncia sobre el problema, ni tenía porqué hacerlo. Apenas expone una serie de razones (sintetizadas en nuestro resumen), las cuales hacen pensar que el Pretor llegó a conceder al superficiario una protección real. Y en la página 18 concentra esa protección en el interdicto "de superficiebus", cuyo conocimiento en la época clásica el propio Iglesias admite. En esa misma página, reconstituyendo la evolución de la figura, el autor señala tres fases: 1) superficie derivada de la "locatio", con carácter de mero derecho de crédito; 2) protección real concedida por el Pretor, a través del interdicto, al arrendatario del "ager publicus, ad aedificandum"; 3) último grado, en que la superficie llega a alcanzar su configuración definitiva como derecho real, tanto respecto a los terrenos públicos como a los privados que se arrendaban para edificar. Partiendo de estos supuestos, Braga da Cruz piensa que el origen pretorio de la "utilis actio in rem" puede descubrirse en la fórmula lacónica del Edicto y en el escaramiento que de ella hace Ulpiano, recogidos en dos textos del Digesto (D. 43, 18, 1, pr., y D. 43, 18, 1, 3, respectivamente), cuya posible interpolación no vendría en último análisis a afectar de modo esencial la tesis del autor.

Por último, Iglesias advierte que Braga da Cruz no cita la acción publiciana entre las medidas protectoras del derecho de superficie, la cual, sin duda, tuvo este carácter en el Derecho justineano, como se desprende de la interpolación del D. 50, 16, 12, 2.

Contra esta afirmación nos sorprende leer en la página 29, cuando el autor enumera los medios protectores que al superficiario corresponden cuando su derecho se había convertido en un verdadero "ius in re aliena", que el titular de la superficie podía servirse también de la "actio publiciana".

De toda su labor crítica Iglesias concluye que el estudio de Braga da Cruz es ambicioso y cojo. Impugnados los defectos que le atribuye hemos de rechazar también esos impropios calificativos.

Por el contrario, bien podemos señalar una serie de virtudes, que tal vez Iglesias hubiera podido descubrir realizando una crítica más objetiva y reposada.

La claridad, el orden riguroso de exposición, no perdiendo nunca de vista el fin perseguido, el estilo sugestivo y atrayente con que está desenvuelto, y ese deseo plenamente realizado de recoger del estudio histórico cuanto contiene de vital para el jurista moderno, hacen del mismo modelo entre los de su clase.

Por ello, invitamos a Braga da Cruz a que siga brindándonos nuevos trabajos referentes a otras figuras jurídicas (sobre todo de aquellas que como la superficie están llamadas a desempeñar un papel de tan grande relieve en los Ordenamientos futuros), hasta conseguir forjar un cuadro de instituciones de inapreciable valor para la doctrina civil actual. De esta forma, sin duda, ha de alcanzar, dentro de la dogmática romanista, el



renombre internacional que dentro de la Historia del Derecho le es reconocido.

Para acabar, recomendamos la lectura del trabajo a quienes se interesen por descubrir un esquema claro de la superficie en el Derecho romano, conociendo sus principales tramos de evolución hasta plasmar en el último aspecto de derecho real que de modo preponderante interesa al jurista moderno, y no sienta una angustiosa necesidad de dedicarse a ese interesante deporte—de la mayor utilidad, no lo negamos—que es conocido por el nombre de “caza de las interpolaciones”.

Gregorio J. ORTEGA PARDO

**CASTAN TOBENA, José:** “La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines”. Discurso leído por el Presidente del Tribunal Supremo en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1950. Instituto Editorial Reus, Madrid, año 1950. 192 páginas.

Es necesario comenzar poniendo de relieve la necesidad, sentida en los últimos tiempos, de aquilatar con la precisión requerida determinados temas que por su generalidad inducen frecuentemente a ser tratados con vaguedad y, lo que es más pernicioso, a ser aplicados, por los encargados de interpretar y aplicar la norma jurídica, sin haberse formado previamente una serie de directrices e ideas básicas sobre los mismos. Tal sucede con todo lo relativo a la interpretación, corrección y aplicación de la norma jurídica, en la que se entremezclan frecuentemente los conceptos de equidad, justicia equitativa, lógica interpretativa, etcétera, etcétera en cuyo camino el jurista debe marchar poniendo especial cuidado si no quiere incurrir en excesos, siempre peligrosos, en la función interpretativa y correctora de la norma.

Siguiendo esta orientación, el maestro Castán, desde la cumbre de la Magistratura española, nos lleva ya ofrecidas varias lecciones magistrales acerca de estas materias, acusando una especial predilección por las mismas cuando se dirige, en las ocasiones solemnes, en la apertura de los Tribunales, de modo particularísimo, a los Jueces y Magistrados, encargados, por excelencia, de aplicar la norma.

En este curso ha tratado de materia tan sugestiva e importante como la equidad, de la que, por otra parte, tan necesitada de estudio estaba por parte de nuestra doctrina.

Ya el maestro Castán, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, al igual que con otros temas, había tratado el de la equidad a través de la Literatura española, tan rica en conceptos de esta índole. Ahora nos ofrece una preciosa monografía sobre la misma, en donde, después de poner de relieve el concepto de la equidad desde una perspectiva puramente lexicográfica, aborda, en toda la plenitud de directrices, la visión doctrinal, tanto desde un punto de vista subjetivo como desde el objetivo (justicia extralegal o de aplicación discrecio-