

La accesión industrial inmobiliaria en la jurisprudencia¹

por

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ

Catedrático de Derecho Civil.

Universidad de Málaga. Abogado

y

PAULA CASTAÑOS CASTRO

Becaria FPI Universidad de Málaga

SUMARIO

1. LA ACCESIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL: MODALIDADES.
2. LA ACCESIÓN INDUSTRIAL INMOBILIARIA:
 - 2.1. EL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* COMO FUNDAMENTO DE LA ACCESIÓN INDUSTRIAL INMOBILIARIA: CONSIDERACIONES ACTUALES SOBRE ESE PRINCIPIO.
 - 2.2. DIFERENCIAS ENTRE LA CONSTRUCCIÓN, PLANTACIÓN Y SIEMBRA EN TERRENO AJENO, Y LA SIMPLE REALIZACIÓN DE MEJORAS O MODIFICACIONES EN UNA CONSTRUCCIÓN YA EXISTENTE.
 - 2.3. PRESUPUESTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 358 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL, SOBRE ACCESIÓN INDUSTRIAL INMOBILIARIA:
 - 2.3.1. *Finca de propiedad ajena al edificador.*
 - 2.3.2. *Edificador no dueño que construye con materiales propios.*
 - 2.3.3. *Realización de una edificación (plantación o siembra).*
 - 2.3.4. *Unión indisoluble de los materiales al suelo, y preservación, en mejor o peor estado, de dicha construcción en el momento en que el dominus pretende la recuperación del inmueble.*
 - 2.3.5. *La buena fe del constructor:*

¹ Este trabajo es fruto del Grupo de Investigación «Modo de Adquisición y Extinción de los Derechos Reales. Estudio Doctrinal y Jurisprudencial (GI11098), financiado por el Consejo General del Poder Judicial, año 2011.

- a) Alcance de la exigencia legal de buena fe: Concepto de buena fe.
 - b) Valor jurídico de la oposición del *dominus soli*.
 - 2.3.6. *El ejercicio por el dominus soli de la opción legal de la adquisición de la edificación. Situación jurídica previa al ejercicio de la opción.*
 - 2.3.7. *El abono del valor de lo edificado como condición necesaria para la adquisición.*
 - 2.3.8. *Otros pretendidos presupuestos de aplicación del artículo 361 del Código Civil.*
- 2.4. CONSECUENCIAS DEL EJERCICIO DE LA OPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL:
- a) *Ejercicio de la opción consistente en adquirir lo edificado abonando su valor.*
 - b) *Ejercicio de la opción consistente en obligar al edificador a que pague el precio del terreno.*
- 2.5. ALGUNOS SUPUESTOS LÍMITE ENTRE LA ACCESIÓN GENERAL INMOBILIARIA Y LA LLAMADA ACCESIÓN INVERTIDA.
- 2.6. TÍTULOS LEGITIMANTES QUE EXCLUYEN LA ACCESIÓN, SEGÚN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA:
- a) *Un derecho de superficie.*
 - b) *Un arrendamiento o un arrendamiento ad meliorandum o con facultad de hacer mejoras o cambios en el terreno.*
 - c) *Un arrendamiento de obra.*
 - d) *Una concesión administrativa.*
 - e) *La constitución de una sociedad civil o de hecho entre el propietario del suelo y los edificantes.*
 - f) *Acuerdos de precario o comodato, o en general los casos de autorización de las obras por el dueño del suelo.*
 - g) *Supuestos de contrato de renta vitalicia.*
 - h) *Supuestos de nulidad de contrato.*
- 2.7. PARTICULARIDADES DE LA ACCESIÓN EN CASOS DE COMUNERO QUE EDIFICA EN UN TERRENO EN COPROPRIEDAD O EN ZONA COMÚN DE EDIFICIO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.
- 2.8. ASPECTOS PROCESALES EN LA ACCESIÓN INDUSTRIAL INMOBILIARIA: IMPOSIBILIDAD DEL *DOMINUS SOLI* DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA MIENTRAS NO EJERCITE LA OPCIÓN:
- a) *Jurisprudencia que niega la posibilidad de ejercicio de acción reivindicatoria del dominus soli frente al tercero edificador de buena fe, si no ejercita previamente alguna de las opciones previstas en el artículo 361 del Código Civil.*
 - b) *Cuestiones de cosa juzgada.*
 - c) *¿Puede el edificador de buena fe ser quien ejercite como demandante alguna de las opciones del artículo 361 del Código Civil?*
 - d) *Cuestiones de legitimación pasiva derivadas del ejercicio de la acción por edificador de buena fe, vía demanda o vía reconvenCIÓN, cuando el inmueble ha sido transmitido a tercer adquirente.*
- 2.9. POSIBLES PARTICULARIDADES DE LA ADQUISICIÓN DE PLANTACIONES Y SIEMBRAS.

- 2.10. LA PRESUNCIÓN LEGAL DE QUE LAS OBRAS SON REALIZADAS POR EL *DOMINUS SOLI*: EL ARTÍCULO 359 DEL CÓDIGO CIVIL.
 3. LA ADQUISICIÓN DE EDIFICACIONES, PLANTACIONES O SIEMBRAS EN CASOS DE MALA FE DEL TERCERO.
 4. LA ADQUISICIÓN DE EDIFICACIONES, PLANTACIONES O SIEMBRAS EN CASOS DE MALA FE DEL *DOMINUS SOLI* Y DEL EDIFICANTE, O DE BUENA FE DEL EDIFICANTE Y MALA FE DEL *DOMINUS SOLI*.
 5. EL ARTÍCULO 360 DEL CÓDIGO CIVIL: LA ADQUISICIÓN DE MATERIALES POR EL *DOMINUS SOLI* EN CASO DE OBRAS O PLANTACIONES EFECTUADAS POR ÉL MISMO.
-
1. LA ACCESIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL: MODALIDADES

Como es sabido, nuestro Código Civil regula en los artículos 353 y siguientes la institución de la accesión. Sistemáticamente, aparece dentro del Capítulo II del Título II del Libro II, y la configura como una prolongación del derecho de propiedad. Formalmente, nuestro Código Civil no considera la accesión como un modo de adquirir la propiedad, en cuanto que dicha institución no aparece expresamente recogida en el artículo 609 del Código Civil, que es la norma específicamente destinada a recoger y describir los distintos modos de adquirir la propiedad.

Ello no obstante, es igualmente sabido que nuestro Código no es especialmente técnico en su sistemática, ni exhaustivo a la hora de enumerar modos de adquirir o de extinguir derechos, y ello no es una excepción en la regulación del citado artículo 609 del Código Civil, el cual —en opinión de la doctrina— no recoge todos los modos posibles de adquirir la propiedad y los derechos reales, ya que hay algunos otros modos no expresamente citados en dicha norma, además de la accesión, que están reconocidos por doctrina y jurisprudencia (v.gr., las adquisiciones *a non domino*, el hallazgo, la adquisición de tesoros, etc.).

Desde el punto de vista doctrinal, existen opiniones que consideran que los supuestos de accesión regulados en la ley no permiten construir una teoría general², y que la accesión no debe ser considerada un modo de adquirir la propiedad, por cuanto entienden que en sentido propio son supuestos de modificación del objeto de los derechos reales, e incluso que lo que regulan los artículos 358 y siguientes del Código Civil son aspectos concretos derivados de la liquidación de los estados posesorios. En este último caso, se parte de que toda edificación sería una *mejora*, y como tal debería ser liquidada de conformidad

² LÓPEZ VILAS, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1991, pág. 992, entre otros.

con los artículos 451 y siguientes del Código Civil; de ahí la remisión evidente del artículo 361 del Código Civil a los artículos 453 y 454 en sede posesoria.

Frente a ello, somos de los que creemos que nuestro legislador, a pesar de no incluir específicamente a la accesión dentro del artículo 609 del Código Civil sobre modos de adquirir la propiedad, en el tratamiento diferenciado de la misma respecto de las normas sobre posesión, estaba reconociendo que, dentro de los modos legales, y a la vista de la larga tradición histórica, debe incluirse la accesión como una modalidad singular de adquisición del dominio (con independencia de la mayor o menor precisión técnica utilizada entonces).

En apoyo de esta posición, basta con pensar en que, de no ser así, esto es, de no ser considerado como modo adquisitivo del dominio, no tendría sentido un tratamiento separado y diferenciado de las normas sobre accesión, por una parte (arts. 353 y sigs. CC), y, por otra, las normas sobre liquidación del estado posesorio (arts. 451 y sigs. CC). Si de verdad la accesión —en particular la inmobiliaria de los arts. 358 y sigs.— fuese una simple derivación de la liquidación de los estados posesorios, su tratamiento hubiera quedado circunscrito a dichos preceptos legales.

En este sentido, la remisión que el decisivo artículo 361 del Código Civil hace a la «*indemnización establecida en los artículos 453 y 454*» deja patente que nuestro Código Civil se mueve en dos ámbitos: por un lado, el estrictamente dominical, regulado en los artículos 358 y siguientes del Código Civil, en donde tan sólo se dilucida la cuestión de la atribución dominical de lo edificado, plantado o sembrado, y en el que la remisión a las normas posesorias es a los solos efectos de cuantificación de la indemnización; y por otro, el de la resolución del destino de frutos, gastos y mejoras de la cosa y su cuantificación, tras la devolución o entrega de la propiedad a su dueño, como consecuencia de una disputa sobre la propiedad, cuyo tratamiento se contiene en los artículos 451 y siguientes del Código Civil. Como ya se verá más abajo, esa disputa sobre la propiedad, en los supuestos de los artículos 358 y siguientes del Código Civil, tiene unas particularidades, incluso de índole procesal, que la separan netamente de una acción típica de reivindicación inmobiliaria o mobiliaria, al concretar su objeto a decidir si, de conformidad con la regla específicamente aplicable, debe ser declarado o debe convertirse en dueño el sujeto que demanda (o que reconviene). No obstante, en la práctica se entremezclan las acciones propiamente de reivindicación, con las de declaración del dominio por accesión de la cosa principal a la accesoria, como también se comprobará más adelante, lo que obliga a analizar las distintas pretensiones y las distintas consecuencias procesales susceptibles de presentarse.

Lo anterior lleva asimismo a considerar que las reglas y criterios contenidos en los artículos 451 y siguientes del Código Civil, en materia de liquidación del estado posesorio no pueden ser trasladables sin más a la accesión, como a veces se sostiene sin demasiada reflexión. Es más, seguramente se da una

cierta incompatibilidad entre los efectos generales en materia posesoria, y las consecuencias que se derivan de una disputa sobre accesión, en cuanto en muchos casos excluyen la aplicación de los artículos 451-455 del Código Civil, por regir otras reglas más especiales. Del mismo modo, en relación al concepto de «buena fe» en la accesión, entendemos que no pueden utilizarse los mismos y exactos parámetros que en materia posesoria, como tendremos ocasión de comprobar, a la vista de la jurisprudencia. O también, y de nuevo a título de ejemplo, como han puesto de manifiesto DÍEZ-PICAZO y GULLÓN³, tampoco encaja en el campo de la accesión la facultad de retención del poseedor de buena fe prevista en el artículo 453 del Código Civil, al gozar el edificador de buena fe de una propiedad temporal sobre lo edificado, y carecer de sentido una retención sólo sobre el suelo.

No puede perderse de vista, además, los términos en que se redactan los artículos 358 y siguientes del Código Civil, en cuanto que todos ellos tratan de resolver una cuestión típicamente atributiva del dominio, en un conflicto de intereses entre dos o más sujetos intervenientes en un proceso constructivo o similar. Parece, en consecuencia, que, con más o menos acierto, nuestro legislador quiso plasmar en el Código unas reglas relativas a la atribución del dominio, al propietario de la cosa considerada como principal, de aquello que se le ha unido de forma indisoluble, o en general, unas reglas de atribución del dominio sobre una cosa transformada por el trabajo del hombre resolviendo los posibles conflictos de intereses entre dos o más sujetos afectados.

Acogida, pues, la accesión por la doctrina mayoritaria y jurisprudencia como un modo de adquirir, existen mayores dudas sobre cuáles, de entre las heterogéneas modalidades recogidas en los artículos 353 y siguientes del Código Civil, deben ser modos propiamente de adquirir, y cuáles son manifestaciones de otra naturaleza.

Sin entrar en esta discusión de orden doctrinal⁴, por razones expositivas, nos ocupamos a continuación de analizar primordialmente la llamada accesión

³ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Madrid, 2001, pág. 156.

⁴ La mayor parte de la doctrina considera que la adquisición de frutos (arts. 353 y sigs. CC) no es un modo de adquirir, sino una simple consecuencia del *ius fruendi*, y por tanto, no es equiparable a la accesión propiamente tal. Así lo manifiestan los siguientes autores, a título de ejemplo: DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, pág. 153; DE PABLO CONTRERAS y otros, *Curso de Derecho Civil (III) Derechos Reales*, Madrid, 2011, pág. 62. Es cierto que no existe ninguna relación entre el conflicto de intereses que se plantea cuando dos o más cosas de distintos dueños se unen de forma inseparable, y la atribución de la propiedad al titular de la cosa considerada como principal, y la adquisición de frutos, que normalmente no presenta ese tipo de conflictos, en cuanto que todo dependerá de quién ostente ese *ius fruendi*, y en esa medida la ley atribuirá la propiedad de los frutos a quien corresponda ese derecho o facultad de disfrute. No obstante, sí parece conveniente determinar cuáles son los presupuestos legales para que esa adquisición de frutos, por parte del dueño de la cosa que los produce o del titular del *ius fruendi*, se haga efectiva, y en esa medida, merece ser estudiado en este trabajo, así como todos los problemas prácticos derivados de ello.

industrial inmobiliaria (arts. 361 a 365 CC), como manifestación básica y de mayor problemática práctica, con exclusión del resto de modalidades de accesión desarrolladas en la ley. Del mismo modo, anunciamos que queda igualmente excluida de este trabajo la llamada accesión invertida, sin perjuicio de las alusiones que necesariamente se han de hacer a la jurisprudencia que la desarrolla, por su interés para la accesión industrial inmobiliaria general.

No obstante, debe señalarse que nuestro Código Civil distingue dos grandes bloques: por un lado, la adquisición de frutos (arts. 354 a 357 CC), y por otro, la adquisición de elementos adheridos a las cosas inmuebles o muebles (arts. 358 a 382 CC). En realidad, se trata de dos bloques tan diferenciados, que en realidad tienen muy poco que ver entre sí, ya que es prácticamente unánime la opinión de doctrina y jurisprudencia acerca de que el régimen de adquisición o apropiación de frutos poco tiene que ver con la accesión, y menos con ésta entendida como modo especial de adquirir el dominio, al tratarse de una simple consecuencia del ejercicio de *ius fruendi* del dueño.

En cuanto a la accesión propiamente dicha, y aun cuando existen diversas formas de clasificación de los distintos fenómenos, nosotros vamos a intentar simplificar y mantener los criterios más tradicionales de clasificarlos, por razones de facilidad expositiva, y por tanto, distinguiremos entre accesión inmobiliaria, por una parte, y accesión mobiliaria, por otra. Y dentro de la primera, a su vez, distinguiremos entre la accesión derivada de fenómenos naturales, y la ocasionalizada por la mano del hombre (accesión industrial inmobiliaria), refiriéndonos en este trabajo exclusivamente a esta última.

Finalmente —y ahora sí vamos a ser un tanto innovadores—, entendemos que dentro de este último grupo, esto es, la llamada accesión industrial inmobiliaria, se puede diferenciar, a su vez, entre la accesión por edificación, por un lado, y la plantación y siembra, por otro.

Es más, incluso creemos también que, dentro de la accesión industrial inmobiliaria, nuestro Código Civil, aunque no de forma explícita pero sí implícita, trata, con cierta diferenciación, lo que son los *trabajos de reforma de edificios ya existentes*, y lo que son *obras de construcción de nuevos edificios*. Por tal motivo, en este trabajo haremos un tratamiento separado de unas y otras clases de obras, por los motivos que luego explicaremos, y que se basa en las diferentes consecuencias jurídicas que consideramos deben atribuirse a cada una de ellas.

Para terminar esta introducción, debemos advertir que la accesión, a diferencia de otros modos adquisitivos del dominio, constituye un modo de adquirir

Mayores discrepancias existen en la doctrina acerca del resto de supuestos de accesión regulados en la ley, y cuáles deben ser considerados como modo de adquirir la propiedad. Así, algún autor (DE PABLO CONTRERAS, *ob. cit.*, pág. 62), siguiendo una posición minoritaria, considera que sólo es propiamente accesión la llamada accesión propia en la que son la misma persona el propietario del suelo y el de los materiales que se le incorporan, siendo la accesión un fenómeno de modificación del objeto del dominio, y no un modo de adquirir la propiedad.

que se limita a la propiedad, esto es, en principio, no se pueden adquirir por accesión otros derechos reales que no sean la propiedad. No obstante, esta idea debe ser matizada con la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida, que en ocasiones ha permitido, vía accesión («invertida»), dar lugar a la adquisición de derechos de servidumbre o derechos sobre vuelo ajeno.

2. LA ACCESIÓN INDUSTRIAL INMOBILIARIA

2.1. EL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* COMO FUNDAMENTO DE LA ACCESIÓN INDUSTRIAL INMOBILIARIA: CONSIDERACIONES ACTUALES SOBRE ESE PRINCIPIO

No cabe duda que el legislador del Código Civil, a la hora de resolver los conflictos dominicales cuando suelo y materiales incorporados al mismo provienen de distintos dueños, adoptó como criterio decisivo el de que prevalece el suelo sobre lo edificado, plantado o sembrado, sobre la base del usual mayor valor económico del terreno respecto de lo construido sobre el mismo. Es el clásico principio del *superficies solo cedit* (en adelante, SSC).

La realidad social ha venido mostrando, por el contrario, que suele ser lo edificado —cuando de construcción de edificios se trata— lo que posee un mayor valor económico que el suelo ocupado por la edificación, y de ahí la introducción de la jurisprudencia sobre construcciones extralimitadas, donde se subvierte la regla de SSC, remitiendo al principio general de que *accessorium sequitur principale* (en adelante, ASP).

Curiosamente, esa misma realidad social ha venido en los últimos tiempos a poner de nuevo en cuestión esta última afirmación, habida cuenta que, con cierta frecuencia, el valor de los terrenos urbanos, desde el punto de vista económico, en los años de máximo desarrollo inmobiliario, se ha demostrado que podía alcanzar precios superiores al valor presupuestado para la edificación misma. Ello ha sucedido en particular cuando las edificaciones proyectadas no son edificios de muchas plantas, o viviendas unifamiliares, lo cual viene ser últimamente muy frecuente, en aplicación de un urbanismo presuntamente más racional. *Estos nuevos y reveladores datos conllevan un cierto regreso al principio originario del SSC.* No hay duda de que, en muchos de estos casos, el precio de mercado de los terrenos ha superado y supera con creces el coste de la edificación, como lo demuestra el hecho de que las empresas promotoras, en sus presupuestos a la hora de planificar la construcción de un conjunto inmobiliario, han venido fijando como coste más elevado el de los suelos urbanos en relación al coste presupuestado para mano de obra y materiales.

Esta idea, aun no siendo generalizable, no puede descartarse que conduzca en el futuro a un cierto replanteamiento de las bases sobre las que se asienta

la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida o de las construcciones extralimitadas, con un progresivo regreso a los principios tradicionales del Código Civil del SSC.

En esta línea, la *STS de 11 de junio de 1993*, por ejemplo, viene a exigir de forma implícita pero indudable, que quien pretenda ejercitar al caso la doctrina de la accesión invertida, debería demostrar, entre otros presupuestos, que el valor de lo edificado es superior al valor del suelo mismo ocupado, de modo que se aplicarían las reglas generales de los artículos 361-364 del Código Civil si el valor del suelo es superior, o no se acredita lo contrario:

«También este motivo ha de perecer, pues en modo alguno puede entenderse que exista abuso de derecho o fraude en quien reclama una porción de terreno que le fue usurpada, siendo la buena o mala fe cuestión reservada a la apreciación de la Sala de instancia; y en cuanto a la accesión invertida que contemplan las sentencias 3-3-1978, 28-4-1980, 15-6-1981, 1-10-1984, 11-3-1985 y 24-1-1986, entre otras, es cierto que requiere: a) que quien la pretenda sea titular dominical de lo edificado; b) que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificador y en parte es propiedad ajena; c) que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible; d) que el edificio unido al suelo del edificador tenga una importancia y valor superior a los del suelo invadido; y, e) que el edificador haya procedido de buena fe; más sentado en la instancia que el valor de lo construido en terreno ajeno es de 2.742.000 ptas. y el del terreno 4.005.000 ptas., y que no constituye un todo indivisible con el edificio, sino meros elementos auxiliares de él, es llano el acierto de la Audiencia al afirmar que quiebran al menos dos de los requisitos esenciales para la viabilidad de dicha clase de accesión».

A ello habría que unir la artificialidad que caracteriza la doctrina de la accesión invertida o de las construcciones extralimitadas, al fundarse, a juicio de nuestro Tribunal Supremo, en una laguna legal que difícilmente puede considerarse que exista realmente.

Y además de lo anterior, tampoco pueden perderse de vista datos relevantes como los siguientes: las enormes dificultades que suele conllevar la aplicación práctica de dicha doctrina de la accesión invertida, en cuanto a temas tales como la aplicación del presupuesto de la buena fe y de la presunción de buena fe, la determinación de la indemnización, etc., entre otros. Del mismo modo, deben tenerse en cuenta en el futuro las consecuencias claramente negativas que ha traído consigo la vigencia de la doctrina sobre accesión invertida, en cuanto ha propiciado una actitud de los constructores muy proclive a abusar de su posición, construyendo con extralimitación, en la casi seguridad de que los tribunales no van a adoptar nunca o casi nunca la solución drástica de derruir lo edificado.

Todo ello, como decimos, debería llevar a un replanteamiento de la citada doctrina, en el sentido de orientar las soluciones judiciales en la dirección de

retornar a los principios generales de los artículos 361 y siguientes del Código Civil, con progresiva tendencia al abandono de la doctrina de la accesión invertida o de las construcciones extralimitadas, en los casos en que viene aplicándose.

La cuestión anterior, siendo teórica, puede tener consecuencias prácticas relevantes. Por ejemplo, en aquellos casos en los que la hipotética «extralimitación» consista, no ya en la construcción de un edificio que ocupe parte del terreno propio y parte del ajeno, sino la construcción de edificios o instalaciones anejos al edificio principal —construido en su integridad en suelo propio por parte del «extralimitador»—, ¿no debería considerarse, más que un supuesto de extralimitación, un caso con encaje directo en los artículos 361 y siguientes del Código Civil?

Como sabemos, hasta ahora, la jurisprudencia ha tendido a aplicar la doctrina de las construcciones extralimitadas a este tipo de casos, por considerar que esas instalaciones estaban al servicio indisoluble del edificio principal construido en suelo propio del edificador. Cabe citar a título de ejemplo, las *SSTS de 12 de diciembre de 1995* (la extralimitación consistió en edificar un pozo negro y una piscina en terreno ajeno; y a pesar de todo, la sentencia no duda en aplicar la doctrina jurisprudencial referida; ello a pesar de resultar muy dudoso el valor superior de lo edificado sobre el terreno, y sobre todo, su separabilidad o indisolubilidad respecto de las otras edificaciones). A estos casos, cabe unir aquellos en que se recurre a las directrices de la accesión invertida en los casos de extralimitación sobre el vuelo de la finca ajena, al no respetarse las distancias legales entre construcciones, en los cuales resulta igualmente difícil justificar la preferencia a favor del extralimitante.

No puede obviarse que, en su aplicación práctica, se ha acabado por dar a la doctrina de las construcciones extralimitadas un campo de aplicación mucho más amplio del que seguramente le correspondería a la vista de sus orígenes y la razón para su nacimiento. No se nos oculta que, en estos casos, y en general en los más usuales de extralimitación, la jurisprudencia trata de optimizar económicamente el destino de esas construcciones que invaden terreno ajeno, por cuanto, de aplicar los artículos 361 y siguientes del Código Civil, y partiendo siempre de la buena fe del constructor, el *dominus soli* invadido no tendría, como regla, interés en aprovechar lo construido, y se vería en la tesitura de tener que pagar el valor de algo no deseado, cuando quien edificó, lo hizo sin duda con ánimo de obtener el máximo beneficio a lo construido. En esa disyuntiva, la tendencia práctica ha sido la de apoyar al edificador de buena fe, obligándole a pagar el valor de lo ocupado, y los posibles perjuicios causados al propietario invadido.

Pero todo ello ha sido fruto de una determinada concepción, más proclive a la conservación de edificaciones, aun siendo ilegales en uno u otro sentido, que a la preservación de un urbanismo más racional, que es el que subyace en el fondo tras el respeto de los principios tradicionales del SSC. Es manifiesto que lo que reclama en la actualidad nuestra sociedad es una interpretación y

aplicación de las normas más acorde con esta última orientación (art. 3.1 CC), aunque ello pueda llevar en ocasiones al derribo total o parcial de edificios construidos ilegalmente. La tendencia social actual se dirige con rotundidad hacia un respeto mucho más escrupuloso de los derechos ajenos, para evitar desastres urbanísticos, que a la larga se han demostrado gravemente dañinos para nuestro país y su imagen exterior.

No puede perderse de vista, en apoyo de soluciones prácticas orientadas al regreso a la doctrina tradicional de los artículos 361 y siguientes del Código Civil, que desde siempre, el propio Tribunal Supremo ha sido consciente de la excepcionalidad de la jurisprudencia sobre accesión invertida, y por tanto, de la necesidad de su interpretación restrictiva. Sirva de ejemplo al efecto lo afirmado por la *STS de 1 de octubre de 1984*:

«La antecedente doctrina legal es excepcional para una laguna legal, de lo que se sigue la exigencia estricta tanto del supuesto para el que fue creada como de los requisitos que han de concurrir, por constituir al cabo una excepción a la regla general del artículo 361 del Código Civil».

Debajo de todo ello late igualmente la idea de que, también de cara al futuro, no debería haber tampoco especiales inconvenientes para ir eliminando un cierto prejuicio que late debajo de la regulación de la accesión en nuestro Código Civil, desde la época romana, y es el rechazo absoluto a cualquier solución que suponga una suerte de comunidad de propietarios o cotitularidad sobre la cosa nueva surgida de la unión de elementos de dos o más dueños distintos. En este sentido, en muchos de los casos jurisprudenciales de accesión invertida, la solución de la constitución de una cotitularidad con el dueño del solar invadido puede ser, a la vez, respetuosa de los derechos del propietario del terreno invadido y del interés del edificador de buena fe en que se preserve la parte del edificio erigido.

2.2. DIFERENCIAS ENTRE LA CONSTRUCCIÓN, PLANTACIÓN Y SIEMBRA EN TERRENO AJENO, Y LA SIMPLE REALIZACIÓN DE MEJORAS O MODIFICACIONES EN UNA CONSTRUCCIÓN YA EXISTENTE

Desde hace tiempo se vislumbra en la aplicación judicial de los artículos 361-364 del Código Civil una tendencia a discernir y separar netamente los casos de construcción de un nuevo edificio en suelo ajeno, por un lado, y los casos de reformas o mejoras en edificios o construcciones preeexistentes, por otro.

Vista la cuestión con objetividad, *en estos últimos supuestos, difícilmente se plantea un problema de accesión*, es decir, *una cuestión de atribución de la propiedad a uno de los dos sujetos afectados* (constructor y propietario del suelo), en cuanto que *nadie pone en duda —ni siquiera las partes en*

los correspondientes litigios— que todo lo incorporado a la edificación o construcción preexistente, por obra de un tercero que acomete reformas o modificaciones en la misma, pasa a ser de forma automática del propietario del edificio, limitándose dicho tercero, a lo sumo, a reclamar una indemnización o resarcimiento por el enriquecimiento obtenido por el dueño de la cosa principal (las dudas se presentan, como mucho, en aquellos casos en que las obras de reforma han sido de tal cierta entidad, que en realidad los trabajos efectuados pueden llegar a constituir, de hecho, una edificación nueva, que pudiera originar el planteamiento de una cuestión dominical conforme a los citados arts. 361-364 CC).

Apenas si hay jurisprudencia relevante sobre la incorporación de mejoras o reparaciones en los inmuebles preexistentes, efectuadas por sujeto distinto del propietario, y a los posibles problemas o dudas sobre su adquisición, aunque a lo largo de este trabajo haremos alusión a algunas de ellas. Como se ha advertido, todas las resoluciones judiciales parten de forma implícita —aunque ciertamente entre las partes no se llegó a plantear una específica disputa dominical— de que *es el dueño de la cosa mejorada o reformada quien, de manera automática, y sin más condiciones, adquiere todo aquello que se le ha adherido de forma inseparable o con destino al uso de aquella, sin que se admita un derecho correlativo de propiedad (temporal) del constructor sobre la parte de edificio modificada o reformada.*

Es decir, es lo habitual que no se apliquen las normas específicas sobre adquisición de propiedad por accesión inmobiliaria por construcción de nuevo edificio, plantación o siembra (arts. 361-364 CC), y por tanto tampoco rige lo dispuesto en el artículo 361 del Código Civil en cuanto a la exigencia de que, previamente, se ejercite por el *dominus soli* la correspondiente elección u opción, y se abone al constructor el valor de lo edificado, plantado o sembrado, para adquirir su dominio. Es evidente que, en materia de reformas y mejoras, la adquisición de los materiales incorporados es automática, y sólo nace a favor del tercero constructor un derecho de crédito al reembolso, esto es, una acción de enriquecimiento.

Ejemplo de lo que decimos puede ser la *STS de 25 de noviembre de 1985*, que recoge un supuesto de demanda ejercitada por hijo ocupante de vivienda de propiedad de su madre, por las reparaciones y mejoras efectuadas por el primero en el citado inmueble, con conocimiento y consentimiento de la propietaria. Tras la demanda del hijo en la que no plantea una cuestión de titularidad de los materiales, la sentencia excluye la aplicación de las normas de los artículos 360 a 365 del Código Civil, e incluso las posesorias del artículo 453 del Código Civil, recurriendo a la doctrina general del enriquecimiento injusto.

También la *STS de 5 de abril de 1994* parece ir en esa misma línea de excluir la aplicación del artículo 361 del Código Civil cuando se trata de obras de mejora sobre un edificio preexistente, al afirmar:

«El Juzgado de 1.ª Instancia acogió petición de la reconvenión por considerar que la actora había obrado de mala fe al edificar, por lo que debía aplicarse el artículo 362 del Código Civil. Apelada la sentencia por la actora, adhiriéndose el demandado al recurso, la Audiencia, estimando buena fe en la actora, y que lo edificado por ella no representó más que una mejora sobre la edificación existente en la finca por lo que no había lugar a la accesión, declaró su derecho a ser indemnizada como poseedora de buena fe de acuerdo con el artículo 453, párrafo segundo, del Código Civil, cuyo monto cifraba en 1.817.398 pesetas que el demandado había de entregarle, sin perjuicio de la división de la finca...».

Del mismo modo, la STS de 9 de febrero de 2006, también parece excluir la aplicación sin más del artículo 361 del Código Civil a las obras de menor entidad, sobre una casa previamente construida, cuando afirma (seguramente *obiter*, pues la *ratio decidendi* sustancial fue otra):

«El motivo segundo del recurso —al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo 361 del Código Civil, al ser utilizado para un supuesto de hecho no comprendido en el precepto, puesto que, según denuncia, la sentencia de instancia no ha considerado que la vivienda de la recurrente no fue construida por la misma ni por su hijo, quien sólo la reparó previamente al alcanzar la mayoría de edad y poco después de ello, pero durante la convivencia con sus padres, sin que la colocación de nuevas puertas y ventanas, el cambio de solería o techumbre, el arreglo de los corrales, o la apertura de un hueco de comunicación con otra colindante signifique “edificar”, sino mejora o refacción...».

La cuestión fundamental que se deriva de esta cierta orientación jurisprudencial es la delimitación de cuándo estamos ante una simple mejora o modificación, y cuándo ante un auténtico edificio construido *ex novo*, para aplicar uno o otro criterio.

Excepcionalmente, la STS de 23 de mayo de 1989 considera *mejora*, a los efectos del artículo 359 del Código Civil, a la construcción de nueva planta sobre un edificio ya existente, pero no aplica la facultad de elegir del artículo 361 del Código Civil, por no haberse demostrado por los demandados que ellos fueron quienes hicieron la nueva planta.

Por el contrario, la STS de 17 de junio de 1999 considera la concurrencia de «accesión continua» en bienes inmuebles, cuando se construye por tercero (en el caso, la sociedad de gananciales formada por la hija de los dueños y su marido) un piso en la segunda planta del inmueble propiedad de los padres de la esposa, junto con los accesorios de escalera y garaje, con autorización de estos. Dicha sentencia excluye la catalogación de «mejoras» alegada por los propietarios del terreno y estima que se trata de un supuesto de accesión, a la que es aplicable el artículo 361 del Código Civil, al existir buena fe de los edificantes, y por tanto condena a los propietarios al abono del valor de los elementos constructivos incorporados.

Respecto del concepto de «mejora», en su comparación con las «accesiones», a efectos de extensión de las hipotecas, véase también la *STS de 14 de marzo de 1986*.

Como se ha señalado, es usual que tanto en caso de mejoras como de nuevas edificaciones, se ejercite, con carácter casi siempre subsidiario a la aplicación de las reglas de la accesión inmobiliaria, acciones de enriquecimiento injusto, por tener en realidad una base común (cuando se atribuye lo edificado, plantado o sembrado al *dominus soli*, se ordena normalmente el resarcimiento al tercero edificador o plantador por haberse producido un enriquecimiento del dueño, a costa de éste).

2.3. PRESUPUESTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 358 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL, SOBRE ACCESIÓN INDUSTRIAL INMOBILIARIA

Existen ciertas discrepancias entre los presupuestos señalados por la doctrina y por la jurisprudencia.

Hay sectores doctrinales que defienden la automaticidad de la adquisición de la propiedad, y por tanto, la interpretación de que todos los preceptos legales sobre accesión inmobiliaria conllevan la adquisición por el *dominus soli* de la propiedad sobre lo edificado, plantado o sembrado, sin perjuicio de la existencia de una suerte de *dominium dormiens* a favor del edificador, que renace cuando el propietario del terreno obliga a aquél a adquirir el terreno, o cuando se destruye el edificio y los materiales empleados se separan de la cosa principal⁵.

En esta última dirección parece ir, aunque en afirmación *obiter*, la *STS de 6 de diciembre de 1985*, que parece reconocer al que construye en finca ajena con materiales propios, un simple derecho de retención sobre cosa ajena, y no un derecho de propiedad temporal, mientras no se abone el valor de lo realizado. En concreto, dicha sentencia está referida a un supuesto de reformas en bar restaurante de propiedad ajena (y no propiamente de levantamiento de un nuevo edificio), por lo que la solución adoptada va a en la línea señalada en el apartado anterior.

Frente a tales planteamientos, *la mayoría de la doctrina, y prácticamente toda la jurisprudencia, son partidarios de considerar que la remisión del artículo 358 del Código Civil a que lo edificado, plantado o sembrado «...pertenezcan al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artícu-*

⁵ Ejemplo claro de esta posición es ALONSO PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V vol. 1, Madrid, 1990, pág. 378 y sigs., entre otros.

los siguientes», y en particular al artículo 361 del Código Civil, implica otorgar al edificante de buena fe un derecho de propiedad temporal sobre lo edificado mientras el dominus soli no ejercite alguna de las opciones allí previstas.

Visto este último planteamiento, con el que nos mostramos plenamente de acuerdo, ha de señalarse que, de la jurisprudencia en su conjunto se deducen los siguientes presupuestos de aplicación del artículo 361 del Código Civil, que pasamos a examinar detenidamente:

2.3.1. Finca de propiedad ajena al edificante

El primero de los presupuestos indiscutido de aplicación del artículo 361 del Código Civil es *que quien construya lo haga en terreno de titularidad ajena al edificante.*

Es indiferente quién sea el propietario, pudiendo serlo también el Estado o las Administraciones Públicas respecto de los inmuebles de su propiedad (STS de 11 de junio y 4 de julio de 1985).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 21 de noviembre de 1997 plantea, sin embargo, en caso de finca de una entidad local menor (finca de dominio público), *la imposibilidad de que el dominus pueda ejercitar la opción prevista en la norma*, y la limita al pago de la indemnización por el valor de lo construido (en el caso, se trataba de un pozo).

También la *STS de 18 de abril de 1986 impide la aplicación del artículo 361 por considerar que el terreno no era ajeno, ya que la edificación se levantó por tres personas, socios en un negocio de explotación avícola, uno de los cuales era cónyuge de la propietaria del suelo, la cual había prestado su consentimiento a la construcción de la nave avícola.* La sentencia estima que la explotación del negocio formaba parte del patrimonio ganancial, y niega la reclamación de indemnización presentada por los otros dos socios contra la propietaria en aplicación de los artículos 361 y siguientes, entendiendo que la dueña del suelo mantenía un vínculo societario o cuasisocietario con los constructores. En suma, que tampoco los materiales eran de propiedad de los demandantes, sino de todos los sujetos, incluida la propietaria del suelo, y no había contraposición de intereses entre ambos sujetos en el momento de construir, lo que impide recurrir al artículo 361, cuya función es básicamente resolver hipotéticos conflictos de esta clase.

La STS de 4 de diciembre de 2003 niega la aplicación de ninguna de las opciones previstas en el artículo 361 del Código Civil a un edificante (empresa maderera) que había construido en terreno de un Ayuntamiento, por considerar que éste sólo había otorgado a la primera un derecho de uso derivado de un Programa de Promoción Industrial, y no un derecho dominical, habiendo revertido dicho derecho de uso finalmente a poder del Ayuntamiento.

No cabe aplicar el artículo 361 y sus consecuencias, si existe identidad entre edificador y dueño del suelo, en el momento de acometerse la edificación. Así, en el caso examinado por la *STS de 4 de junio de 1993*, el edificador pretende la aplicación del artículo 361 en su favor, por el hecho de haberse vendido en pública subasta, por error, el solar, sin incluir el valor de la edificación, ya existente y levantada en su momento por quien era su dueño entonces; el TS denegó la aplicación del artículo 361, aunque le concedió a aquél indemnización por enriquecimiento injusto de la adjudicataria.

Estos mismos hechos fueron los que concurrieron en la *STS de 8 de noviembre de 2000*, al haberse seguido juicio ejecutivo, en el que se desconocía por el ejecutante la existencia del edificio, de modo que se tasó el inmueble y se adjudicó en subasta a tercero como solar, sin edificio. Los propietarios que habían edificado, que fueron demandados por el nuevo propietario para la restitución de la posesión (reivindicación), convinieron contra dicha reivindicación de este último y alegaron la aplicación del artículo 361 del Código Civil, solicitando se les reconociera su derecho a adquirir el terreno, en ejercicio de la segunda opción del artículo 361 del Código Civil. Sorprendentemente, el Tribunal Supremo, a pesar de declarar que no había propiamente un supuesto de accesión del artículo 361 del Código Civil, ni siquiera de forma sobrevenida, por el hecho de que coyunturalmente estuvieran en cierto modo separados los dominios de suelo y vuelo, acaba concediendo a los edificantes (antiguos propietarios) el derecho a quedarse con el terreno. Reproducimos las afirmaciones de la Sala:

*«En cuanto a lo indicado en el apartado C), la detenida lectura de la sentencia impugnada permite llegar a la conclusión de que en el párrafo segundo de su Fundamento Jurídico Tercero se está resolviendo sobre el pedimento subsidiario de la reconvenCIÓN, aunque expresamente nada se diga al respecto. Y no puede haber duda de que el mismo es parcialmente acogido, pues se rechaza la existencia de la copropiedad, que había establecido la sentencia de instancia en su Fundamento Jurídico primero, la cual facultaba a cualquiera de los comuneros a ejercitar la *actio communi dividendo*. a) Se permite adquirir a los reconvinientes la propiedad del solar, pero no a cambio del abono de gastos, como pretendían, sino previo pago del precio de tasación al valor real de mercado estimado al momento de efectuar la transmisión. b) Cobran sentido, con esta interpretación, las declaraciones de la sentencia de la Audiencia acerca de la estimación parcial del recurso de apelación y no imposición de costas de ambas instancias.*

Es incuestionable que la construcción realizada por los demandados en un solar que ya era de su propiedad determinó la integración del edificio en el patrimonio de aquellos, en virtud de lo que se ha llamado fuerza expansiva del dominio. Pero este efecto se produjo con evidente anterioridad al embargo del solar *en juicio ejecutivo seguido contra el matrimonio H. L.*

En tal contexto, no puede pretenderse que como consecuencia de la posterior adjudicación del solar a terceros se produzca un extraño efecto retroactivo de accesión invertida, *modo de adquirir que solamente se admite de forma excepcional por la Jurisprudencia, cuando debido a una extralimitación en cualquier construcción*

se invade de buena fe suelo de ajena pertenencia. Esto no ha sucedido en el caso de autos, pues la obra se levantó por los propios demandados dentro del perímetro de su solar. Sin haber rebasado en medida alguna los límites del mismo».

A nuestro juicio, el hecho de que el actor (nuevo adquirente de la finca en subasta) no hubiera ejercitado la primera de las opciones del artículo 361 del Código Civil, y se hubiera limitado a ejercitar una reivindicatoria, no da automáticamente derecho al edificante reconviniente a adquirir la propiedad del terreno. Lo lógico hubiera sido no estimar la reconvenCIÓN, y aplicar la pretensión subsidiaria del *dominus soli* de ejercitar su derecho de adquirir la edificación pagando su valor, tal como constaba en la demanda, pero no estimar la reconvenCIÓN y conceder al edificante, aun siendo de buena fe, la facultad de adquirir el terreno. A lo sumo, el derecho de este último debería haberse concretado, no en un derecho a optar por adquirir la propiedad, sino un derecho de crédito por enriquecimiento injustificado del actual *dominus soli*, al haber adquirido en subasta una finca como solar, sin tener en consideración el valor de lo construido. Máxime teniendo en cuenta que, como dice la propia sentencia, no estamos ante un supuesto de accesión sobrevenido (se habla por error de «accesión invertida»), esto es, no hay dualidad alguna de propiedades sobre vuelo y suelo, hipotéticamente sobrevenida tras el embargo y adjudicación de la finca a tercero, sino de propiedad originariamente única, y por tanto, de reconocimiento, a lo sumo, de un derecho a indemnización al antiguo propietario por el valor de lo edificado.

Dicho de otro modo, *cuando es el mismo propietario el que construye en suelo propio, y luego un tercero pasa a adquirir la propiedad sobre el terreno, sin que en su precio de adquisición se haya tenido en cuenta el valor de lo edificado, no se produce una disgregación sobrevenida de las propiedades sobre suelo y vuelo, que nunca existió con anterioridad*, por cuanto no hay base legal para mantener esa tesis. Simplemente, el que adquiere el terreno de forma legal, adquiere todo lo que antes era del antiguo propietario y edificante, como efecto o consecuencia general de la transmisión derivativa realizada a través de una venta (forzosa) perfectamente legal, que le permite adquirir todo lo que se hallaba sobre el terreno indisolublemente unido al mismo. Ahora bien, si dicho tercero adquirente hubiera pagado un precio por ese terreno sin tener en cuenta lo edificado, se habría producido a su favor un enriquecimiento sin causa, a costa de quien había construido el edificio, que debe ser resarcido convenientemente.

Por otro lado, en fecha reciente, la *STS de 27 de enero de 2011* analiza el supuesto de donación de inmueble con cláusula de reversión, otorgada en 1945 por el Ayuntamiento de Palencia a favor de la Asociación Colegio de Huérfanos Ferroviarios, para que construya un colegio en dichos terrenos. La donataria lo construye por sus propios medios, pero años después, en 1983, lo desafecta a ese fin, motivo por el cual el Ayuntamiento acaba ejercitando su facultad de reversión, a lo que la donataria opone la aplicación del artículo 361 del Código

Civil y su derecho a que se le indemnice el valor del edificio en su momento levantado. El Tribunal Supremo, con buen criterio, considera que el artículo 361 del Código Civil no es aplicable, ya que, en el momento de construir, la edificante era la misma propietaria, aun cuando años después dejó de serlo, por entrar en vigor la cláusula de reversión, con retorno de la propiedad al Ayuntamiento (en la escritura de donación no se preveía de forma expresa el destino de posibles accesiones o construcciones, en caso de hacerse efectiva la reversión, no obstante lo cual la Sala entendió que implícitamente la reversión era gratuita, sin derecho a reclamar nada por lo edificado).

Excepcionalmente, la *STS de 9 de julio de 1988* admite la aplicación de los artículos 361 y siguientes del Código Civil (en el caso, la aplicación del art. 362 del CC, por declarar que el edificante obró de mala fe) no ya a un supuesto de construcción sobre propiedad ajena, sino de *construcción en suelo propio con vulneración del derecho de vuelo de titularidad ajena* (del colindante), *por parte del propio dominus soli* (y titular a la vez de la edificación sita en la planta baja).

2.3.2. Edificante no dueño que construye con materiales propios

Es igualmente imprescindible para la aplicación del artículo 361 del Código Civil que quien alegue que es constructor de buena fe acredite haber realizado la obra.

A este respecto, *se puede plantear algún problema de identificación del sujeto edificante o plantador*, por ejemplo, cuando en la actividad constructiva se ha interpuesto alguna persona jurídica. Así la *STS de 31 de octubre de 1985* deniega la petición de indemnización a una sociedad mercantil dedicada a la construcción, cuando resulta que la misma sólo había aportado algunos materiales, y quien hizo la construcción fue el conviviente de la propietaria, habiendo establecido en ese nuevo edificio su vivienda común, por lo que consideró que no fue técnicamente la sociedad la constructora, sino el compañero o conviviente de la dueña. La sentencia da a entender implícitamente que en realidad la obra se hizo por la misma propietaria, o por ésta y su compañero sentimental, con lo que faltaría este presupuesto de aplicación del artículo 361 del Código Civil (el supuesto debería entrar en su caso dentro del ámbito del art. 360 CC).

En cambio, la *STS de 12 de febrero de 2002* aclara que *es tercero, y no propietario, el yerno de la propietaria, que construyó en terreno de ésta*, considerándolo además como edificante de buena fe. La esposa del edificante acabó heredando la finca en la que se había construido la edificación, con posterioridad a la misma. No consta en el caso si hubo algún tipo de autorización, o de vínculo jurídico entre *dominus soli* y su yerno, para edificar, ya que bien podría ser un supuesto de edificación por parte del propietario mismo, sólo que sirviéndose de un tercero para ello, en este caso su propio yerno, marido de su hija.

Respecto de las *situaciones en que el edificante es a la vez condeño del terreno*, véase el Apartado 2.7 de este trabajo.

En relación a este último tema, recientemente, la *STS de 21 de septiembre de 2011* ha venido a declarar inaplicable el artículo 361 del Código Civil y sus efectos a un caso en el que los condeños de suelo y edificio deciden, por el estado ruinoso de este último, derribarlo y construir otro nuevo, pactando asignar a cada propietario en el edificio construido el mismo piso y letra que tenían en el antiguo. Aunque en dicho pacto no intervinieron dos copropietarios, estos no impugnaron el acuerdo: La demanda se planteó por los actores (varios copropietarios contra otros de ellos) en ejercicio del artículo 361 del Código Civil, negando el Tribunal Supremo que fuese posible en tales casos el ejercicio de dicho precepto legal, por faltar el presupuesto de la ajenidad, al ser propietarios y edificantes los mismos sujetos.

2.3.3. Realización de una edificación (plantación o siembra)

La jurisprudencia ha seguido un criterio muy amplio y flexible a la hora de delimitar qué son *edificaciones* a los efectos del artículo 361 del Código Civil (vid. *STS de 25 de noviembre de 1985*). No obstante, la *STS de 28 de abril de 1980* parece seguir un criterio algo más restrictivo, pues sólo admite las construcciones elementales levantadas para atender a futuras obras, y excluye los montones de tierra colocados en la finca y los postes para conducción de fluido eléctrico.

Tampoco es edificación, para la *STS de 14 de octubre de 2002*, la construcción de un muro de hormigón para separación de dos fincas, aunque levantado en la propiedad de una de ellas.

Del mismo modo, la *STS de 31 de enero de 1996* excluye del término *obras* o *edificaciones a la operación de simple asfaltado de parte de un terreno* (que resultaba era de dominio público): Las afirmaciones recogidas en dicha sentencia son especialmente relevantes, y por eso las transcribimos:

«Fundado el recurso que nos ocupa en dos motivos, el primero de ellos, amparado en el ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción por interpretación errónea del artículo 361 del Código Civil, alegando que, de acuerdo con dicho precepto, debió la Sala sentenciadora condenar a los demandados al abono de la indemnización al Estado del valor del terreno de autos, motivo que no puede ser estimado, toda vez que, como consta probado, los demandados no incorporaron el terreno mencionado a su urbanización, por lo que no se produjo una accesión del mismo a las fincas de estos últimos, quedando el aludido terreno en posesión y propiedad del Estado y destinado a la finalidad que ostentaba anteriormente, es decir, la de vial de uso público. Y si a ello se une la consideración de que la operación de simple asfaltado del indicado vial no puede reputarse como una obra, en el sentido del artículo 361, toda vez que no comporta atribución de derechos dominicales ni

posesorios de clase alguna en favor de quien la hizo, obvio es que no se produce la obligación de indemnizar el valor de un terreno cuya situación jurídica no ha variado en favor de los demandados, por todo lo cual procede la desestimación de este primer motivo».

La afirmación relativa a la inaplicación del artículo 361 del Código Civil parece razonable, aunque no su conclusión final (improcedencia del pago del valor del asfaltado a quien lo hizo de buena fe), por cuanto se habrá producido un evidente enriquecimiento injustificado, no pudiendo olvidarse que los artículos 361 y siguientes del Código Civil amparan igualmente a quien hizo mejoras o reformas en cosa ajena de buena fe, otorgándole como mínimo el derecho a ser resarcido por ello, incluso sobre terrenos de titularidad pública, como en este caso.

La *STS de 22 de marzo de 1996*, en sentido similar, y *respecto de obras de adaptación o acondicionamiento, y de cerramiento de finca*, afirma (en relación a un caso de construcciones extralimitadas):

«No pueden calificarse como construcción en el sentido dicho las obras de adaptación llevadas a cabo por los recurrentes en el terreno reivindicado para dedicarlo a platanera y en cuanto al cerramiento de la finca, se trata de una construcción accesoria por esa finalidad de delimitación del predio».

Como puede suponerse, en los dos anteriores supuestos, no siendo obras de construcción o edificación propiamente dichas, ni siendo tampoco catalogables como plantaciones ni siembras, *deben ser calificadas como obras de «mejora»*, y por tanto seguirían el régimen jurídico propio de las mismas, y ya expuesto con anterioridad lo que conlleva que no se plantee una cuestión de dominio dividido de carácter temporal, sino sólo el derecho a que se le abone la mejora realizada a quien lo hizo de buena fe, para evitar enriquecimientos injustificados.

A estos efectos, remitimos al Apartado 2.1 de este trabajo, sobre obras de «mejora», y su tratamiento diferenciado respecto de nuevas edificaciones.

Finalmente, según nuestra doctrina jurisprudencial existente hasta la fecha, *en principio, es indiferente para aplicar los efectos del artículo 361 del Código Civil, que la construcción sea o no de utilidad actual o futura para el dominus soli que ejerza la opción* (vid. *SAP de Soria, de 21 de noviembre de 1997*).

Doctrinalmente, sin embargo, se ha planteado la cuestión de las opciones que tendría el *dominus soli* en caso de que el edificador, aun de buena fe, haya realizado una obra que no tenga ninguna o muy escasa utilidad para el propietario, y éste se niegue a pagar su valor, y por supuesto, no tenga la más mínima intención de deshacerse de su terreno. Algunos autores⁶ proponen para estas

⁶ CARRASCO PERERA, *CCJC*, núm. 8, pág. 2525; y MOLL DE MIGUEL, *CCJC*, núm. 42, págs. 897-898.

situaciones que el *dominus* pueda ejercer la facultad de restitución al estado originario, sin indemnización, por considerar que en realidad ha existido un supuesto de lesión de un derecho dominical. Tal posibilidad resulta muy discutible, habida cuenta las dos alternativas que el artículo 361 del Código Civil concede al *dominus soli*, de modo que, no siéndole satisfactoria la opción de quedarse con una edificación que lo interesa, siempre puede recurrir a la segunda alternativa y obtener el valor económico del terreno ocupado por la edificación, pudiendo en tal caso ser resarcido adecuadamente de la hipotética lesión.

2.3.4. Unión indisoluble de los materiales al suelo, y preservación, en mejor o peor estado, de dicha construcción en el momento en que el dominus pretende la recuperación del inmueble

La doctrina está conforme en que debe haber una unión indisoluble de lo construido al suelo sobre el que se proyecta, de modo que *quedarán excluidas las construcciones prefabricadas susceptibles de ulterior desmontaje, o cualquier elemento constructivo que pudiera separarse sin detrimiento del suelo o del resto del edificio*. De todos modos, no cabe citar ninguna sentencia donde esta cuestión se haya planteado hasta la fecha.

Por otro lado, en cuanto a la preservación de lo edificado en el momento en que el *dominus soli* ejercita la facultad de recuperar el inmueble *ex artículo 361 del Código Civil*, su exigencia viene constatada, por ejemplo, en la *STSJ de Cataluña, de 25 de abril de 1992*, en un caso en el que habían transcurrido más de veinte años desde la construcción y se reclamaba por uno de los edificantes (antiguo yerno de los propietarios) el derecho a una indemnización del valor de lo edificado, lo que fue concedido por el Tribunal. El problema de fondo en tales casos en que existe una separación temporal considerable entre el momento de la construcción y el del ejercicio de las acciones judiciales de reclamación, no es otro que el de la determinación de la suma que ha de abonarse por el *dominus soli*. A tal efecto, remitimos al apartado 2.4 de este trabajo.

2.3.5. La buena fe del constructor

La determinación de la expresión «buena fe» en su aplicación a la adcepción, constituye uno de los grandes problemas que presenta la institución. En sus conexiones con las reglas de la posesión, la buena fe del artículo 361 del Código Civil debería identificarse con el desconocimiento o ignorancia acerca de la propiedad del terreno, esto es, con la creencia equivocada de que se construye en terreno propio, o a lo sumo, de que se construye o edifica creyendo equivocadamente que se tiene un derecho (normalmente, de naturaleza real,

v.gr., superficie) que le faculta para hacerlo. Esta concepción llevaría además a excluir, casi de manera automática, como casos de edificación de buena fe, a todos aquellos en que el edificador sepa con certeza que no es dueño, pero se haya constituido un vínculo contractual o de tolerancia con el *dominus soli*.

Sin embargo, la práctica nos demuestra que de hecho se sigue una concepción amplia de la buena fe a los efectos de la accesión, y que la misma no necesariamente coincide con la idea de buena fe que preside la regulación legal de la posesión.

a) Alcance de la exigencia legal de buena fe: Concepto de buena fe

Sobre la concepción que de la «buena fe» han seguido nuestros Tribunales, podemos anticipar que se ha declarado la buena fe del edificador o constructor, en algunos de los siguientes casos:

- a) Ignorancia de que el edificador tenía un título posesorio viciado (siempre que ese título posesorio le legitimara para edificar).*
- b) Ignorancia de que el edificador carecía de título posesorio (título punitivo).*
- c) No es descartable en la práctica que la buena fe alcance a los casos de edificador que, sin tener derecho a poseer el terreno, y estando seguro de que otro es dueño del terreno, cree —con o sin error por su parte— que estaba autorizado para edificar en el mismo, con facultad de hacerlo y de obtener un precio por ello (constructor de buena fe, sin una regulación contractual específica).*

Dicho de otro modo, somos partidarios de que el error no sea siempre un presupuesto esencial y necesario de todos los posibles casos de buena fe en la accesión, de modo que la buena fe a efectos de accesión no es equiparable a la buena fe a efectos de posesión o de liquidación de los estados posesorios (art. 451 y sigs. CC). Por tanto, no habría una remisión del artículo 361 del Código Civil al artículo 433 del Código Civil, sobre buena fe en la posesión, aunque sí lógicamente en cuanto a la presunción de buena fe del artículo 434 del Código Civil. Es más, del examen de la jurisprudencia, cabe concluir que tampoco se rompe tal presunción de buena fe por el hecho de que haya habido pacto o autorización para construir por parte del *dominus soli*.

La *STS de 31 de diciembre de 1987* nos da una primera vía de entender la buena fe del constructor:

«Que en análogo sentido se oriente la doctrina jurisprudencial de esta Sala recaída en torno a citados preceptos, al declarar: A) Que acto de edificar en terreno ajeno puede revertir las siguientes modalidades: a) con plena conciencia por parte

del constructor de que el suelo no está en su patrimonio, *en cuyo supuesto pierde lo construido en beneficio del dueño del terreno, sin derecho a indemnización, si este no opta por la demolición de lo edificado a costa del propio constructor, siguiendo, por tanto, el principio superficie solo cedit (arts. 362 y 363 del CC); b) en la creencia de que el terreno le pertenece por título idóneo en derecho y en este específico caso también el dueño del solar tiene la facultad jurídica de hacer suya la obra, pero con la indemnización al constructor de ésta decide a favor del poseedor de buena fe vencido en juicio, si no prefiere obligarle a pagar el precio de la finca ocupada (art. 361, relacionado con el 453 y 454 del propio Cuerpo Legal) —sentencia de 17 de junio de 1961—».*

Según esta primera sentencia, la buena fe del artículo 361, por tanto, es considerada, no como ignorancia o creencia equivocada de que se era dueño del suelo, sino como convencimiento o creencia de que se tiene un derecho o un título idóneo para edificar o plantar. En esta misma dirección de considerar la buena fe como «*la creencia de que el terreno le pertenece por título idóneo en derecho*», la *STS de 7 de junio de 1971*.

En la *STS de 30 de enero de 2007* se señala, respecto de la buena fe del edificador:

«...No puede negarse la buena fe del demandante al efectuar la construcción por el hecho de que su padre... le hiciera la donación del terreno sin cumplir con los requisitos formales ad solemnitatem que se establecen en el artículo 633 del Código Civil...».

Como puede comprobarse, *esta sentencia admite la buena fe del constructor, en un caso de error de derecho por parte del edificador sobre la existencia de su título*, es decir, estamos ante un caso de título putativo, basado además en un creencia equivocada de que su título era válido, cuando era inválido *ex artículo 633 del Código Civil*, y a pesar de todo el juzgador lo declara como edificador de buena fe. En suma, el Tribunal atribuye determinados efectos jurídicos, en concreto el permitir declarar al edificador como de buena fe, a pesar de su error (inexcusable) sobre el conocimiento del derecho aplicable a la donación de bienes inmuebles.

Un ejemplo de sentencia que *desarrolla más ampliamente el concepto de buena fe en el artículo 361 del Código Civil, para diferenciarlo de la buena fe en la posesión, e incluir supuestos de autorización para edificar*, es la *STS de 11 de junio de 1985*, que afirma, en relación a la edificación levantada por un concesionario en terrenos de propiedad del Estado:

«Que el reconocimiento del indicado derecho del particular concesionario, con la cobertura genérica referida, tiene su fundamento concreto en el artículo 361 del Código Civil, a cuyo tenor “el dueño del terreno en que se edificare... de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra... previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 o a obligar al que fabricó... a pagarle el precio del terre-

*no...”; precepto, debidamente aplicado por la sentencia recurrida, habida cuenta la vía civil utilizada que afecta al Estado, no sólo en cuanto a la acción y sus consecuencias, sino también por lo que respecta a las circunstancias que delimitan su actuación, en su condición de dueño del terreno, que consiguientemente habrá de utilizar la opción que la ley le concede, entre quedarse con la fábrica pagando la indemnización correspondiente con el consiguiente derecho de retención del artículo 453, u obligar al que la hizo a que pague el precio del terreno, sin que sea cuestionable la buena fe, a causa de la concesión que llevaba consigo la autorización expresa para efectuar la construcción. Pronunciamiento que ha quedado incólume en casación, pues el recurso interpuesto por la representación del Estado, sin ni siquiera mencionar el artículo 361, se limita, en los motivos tercero y cuarto, utilizando la vía del número uno del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento, a denunciar respectivamente, violación del artículo 437, junto con la doctrina legal que cita y aplicación indebida de los artículos 453 y 454, todos del Código; lo que implica un planteamiento equivocado que conduce a su desestimación, porque está referido sólo a la posición (sic), sosteniendo que, en este caso, no podía aplicarse al terreno discutido al no ser “apropiable”, confundiendo la susceptibilidad de ejercitar “de hecho” la posesión y el concepto o “título” con el que se efectúa e insistiendo en que se trata de un simple precario o detentación, conceptos que aquí no intervienen para nada, como consecuencia de la concesión, atributiva de aquel hecho posesorio indiscutible y del significado del artículo 361, donde no se valora la clase de posesión, índice de estar o tener, sino la acción de edificar, por lo que tampoco interviene el factor de la buena fe, como simple “estado de conocimiento”, característico de los derechos reales (*ignorancia o creencia de los arts. 433 y 1950 del Código*), aplicado en los artículos 453 y 454, no obstante la remisión que a ellos hace el 361, pues se refiere solamente a uno de los supuestos de la opción y se reduce a la forma de determinar la indemnización, no al trasplante íntegro de los conceptos que aquellos contienen».*

En sentido contrario a la citada sentencia, parece estar la STS de 14 de junio de 1976, en donde, tras declarar la buena fe del artículo 361 (por no haberse pedido la declaración de mala fe por la parte afectada), se aplican las reglas de la posesión de buena fe (arts. 451 y sigs.).

Además del supuesto anterior, el Tribunal Supremo ha apreciado buena fe del constructor con base en las siguientes situaciones o argumentaciones:

1. *El edificador fue autorizado a posteriori, después de la celebración del contrato con el dominus, o simplemente fue consentida la obra por el dueño, aun a sabiendas —el constructor— de que no era propietario del inmueble: Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de octubre de 1996, o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 1 de marzo de 1993, en donde el dueño había colaborado material y económicamente en la construcción, siendo el constructor su hijo.*
2. *La STS de 17 de febrero de 1992 deduce la buena fe del constructor en terreno ajeno, no de su conocimiento o ignorancia, sino del hecho*

objetivo de existir una doble inmatriculación de la misma finca, y de la consiguiente confusión generada por la identificación de las fincas adquiridas.

3. También la *STS de 19 de diciembre de 1988* considera como edificador de buena fe a los efectos del artículo 361 del Código Civil *al arquitecto y constructor de un edificio, que lo hizo por encargo de los propietarios del suelo*, aun cuando construyó además un local en el patio del edificio que en principio excedía los límites del encargo. La sentencia lo declara de buena fe, a pesar de conocer perfectamente que no era dueño del suelo, y de no haberse acreditado de manera fehaciente el encargo sobre el local construido.
4. La *STS de 17 de febrero de 1992* consideró que no había mala fe en el edificador, ya que concurría *un supuesto de doble inmatriculación de la finca*, estando inscrita en el Registro, en una de sus inscripciones, el derecho de propiedad del edificador, quien fue finalmente vencido en juicio de reivindicación por parte del verdadero *dominus soli* (propietario con título inscrito de fecha más antigua). Aquí no existe ignorancia o desconocimiento del propio derecho, sino *desconocimiento presunto de la existencia de un defecto en el funcionamiento del Registro de la Propiedad*.
5. En cambio, la *STS de 15 de junio de 2004* consideró que actuó de buena fe el edificador por el hecho de que *había construido un estanque en un momento en el que los dos litigantes discutían sobre la propiedad de sus respectivos terrenos colindantes*, y antes incluso de que se hubiera iniciado procedimiento judicial de deslinde, previo a su vez al ejercicio de la acción reivindicatoria y de declaración de constructor de mala fe por parte de quien resultó ser finalmente propietario de la zona en el juicio de deslinde. Dicho de otro modo, *se excluye la mala fe del edificador en casos en que la obra se efectúa en un momento de incertidumbre sobre los límites físicos de sus respectivas propiedades, y no sobre sus derechos o títulos, con independencia de su mayor o menor diligencia*.

A pesar de las últimas sentencias citadas, en las que no parece tenerse en consideración la conducta más o menos diligente del constructor, para determinar su buena fe, *no podemos asegurar que la jurisprudencia excluya una idea o concepción de la buena fe, entendida en su sentido ético o de conducta adoptada por el edificador*.

Así, a favor de adicionar a la buena fe del artículo 361 del Código Civil un componente de diligencia exigible al constructor o edificador, cabe citar, por ejemplo, la *STS de 19 de abril de 2005*, en un juicio de tercería de dominio con reconvenCIÓN por parte de la AEAT, en el que se niega la aplicación del

artículo 361 del Código Civil por falta de buena fe del tercerista, debido a que la compraventa del terreno sobre el que luego se construyó por la sociedad adquirente, se rescinde por fraude de acreedores: la adquisición y posterior construcción, según se señala, *fue de mala fe, con el propósito de eludir el pago de una deuda tributaria*. Como puede comprobarse, se vislumbra en dicha sentencia un cierto criterio ético en la determinación de la buena o mala fe del constructor (en el caso, además, se pretendía una indemnización por la construcción de la nave construida, frente a la AEAT, que había embargado el bien inmueble, pero no era la propietaria del terreno, por cuanto aún no había concluido el procedimiento ejecutivo, por lo que era razonable la desestimación de esa pretensión).

En general, la idea de buena fe entendida en su sentido ético, puede considerarse utilizada por nuestros Tribunales especialmente en todos aquellos casos en que declaró la mala fe del edificador porque hubo oposición tempestiva del dueño del suelo a la actividad constructiva. A título de ejemplo, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, cabe citar la *STS de 27 de enero de 2000*, que consideró que *hubo mala fe por parte de los constructores, ya que hubo constante oposición del dueño del suelo* desde el inicio de las obras, dueño que primero requirió notarialmente la paralización de las obras, luego inició un interdicto de obra nueva, que no prosperó, y a continuación una demanda de deslinde, en la cual los propios edificantes introdujeron factores de confusión en la fijación del linderio común; todo ello antes de interponerse finalmente demanda declarativa de dominio, de la que deriva esta sentencia; a pesar de esa conducta reiterada del *dominus soli*, los constructores decidieron continuar con la obra hasta su conclusión.

Frente a lo anterior, la *STS de 29 de abril de 1986*, en un caso de construcción de un torreón en terreno ajeno de propiedad particular (que previamente lo había adquirido en subasta de manos del Estado), que había sido edificado por parte de otro Departamento distinto del propio Estado, consideró a éste como edificador de buena fe, a pesar de haberse constatado una evidente descoordinación entre organismos estatales. En concreto, se afirma por la sentencia:

«...Como quiera que la sentencia recurrida, en la valoración de la prueba, ha estimado la buena fe por parte del Estado, no debe entrar este Tribunal de casación a emitir juicio acerca de tal extremo habida cuenta de los términos en los que está formulado el motivo único del recurso al amparo del número 5 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por más que de lo actuado existan elementos suficientes para apreciar esa buena fe, según ha hecho acertadamente la Sala sentenciadora de instancia al “aceptar totalmente el segundo Considerando de la resolución apelada, en el que se analiza la existencia de buena fe por el Estado”; resolución apelada en la que el juzgador de instancia, a su vez, había razonado atinadamente que el hecho recogido en Autos, relativo a la reconstrucción de un Torreón por un Departamento administrativo después de haber sido enajenado por otro en subasta pública, “es fruto de la lamentable y tradicional

descoordinación de la Administración Pública española, sin que sea verosímil una improbada finalidad torticera...”».

Como puede comprobarse, la sentencia no valora la conducta poco diligente del edificador (Estado), y lo declara finalmente de buena fe, a pesar de la grave descoordinación interna entre sus distintos Departamentos (en el caso, además, constaba la mala fe del *dominus soli*, que permitió que siguieran las obras hasta su conclusión, sin adoptar medidas de oposición a la misma).

En cuanto al *momento de apreciación de la buena fe*, se considera como tal *el del momento de la construcción o plantación, STS de 27 de noviembre de 1984, STS de 30 de enero de 2007, sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 18 de abril de 1996; sentencia del TSJ de Cataluña, de 29 de septiembre de 1993*.

En principio, de dichas sentencias se colige la irrelevancia del conocimiento posterior por el constructor de su falta de apoyo jurídico para construir, en cuanto que la jurisprudencia no ha efectuado distinciones a pesar de haberse dado algún cambio durante la fase misma de edificación o plantación. Véase al respecto la citada *SAP de Cantabria, de 18 de abril de 1996*. La cuestión, sin embargo, *resulta discutible, cuando menos en aquellas ocasiones en que el periodo de edificación puede durar bastante tiempo*.

b) Valor jurídico de la oposición del dominus soli

Del mismo modo, debe examinarse la relevancia de la oposición u objeción realizada por el propietario del terreno para calificar la buena o mala fe del edificador.

La doctrina discute si la oposición del *dominus* es o no un componente de la buena fe, o se trata de un factor autónomo que tiene incidencia en la aplicación de la opción prevista en el artículo 361 del Código Civil y en el derecho o no a la indemnización del edificador. Partidario de considerarla como un presupuesto autónomo, se muestra CARRASCO PERERA⁷, siguiendo seguramente el criterio de algunos ordenamientos jurídicos europeos, en materia de accesión invertida.

Desde la óptica jurisprudencial, la *STS de 14 de marzo de 2001*, aunque referido a un supuesto de accesión invertida, aclara, en relación al valor de la oposición del *dominus soli*:

«El motivo está dirigido a combatir que exista buena fe en los ocupantes de la finca registral..., que adquirieron la..., totalmente distinta, pero el argumento que emplea para ello no es correcto, pues no basta un mero requerimiento al poseedor para convertirlo en poseedor de mala fe, es necesario pruebas o indicios

⁷ CARRASCO PERERA, CCJC, núm. 8, pág. 2523.

circunstanciales por lo menos de que no le pertenece el dominio de la cosa, con objeto de poner al requerido en un estado de duda razonable sobre su posición jurídica. *Nada de esto se observa en este pleito, más que la accidentada historia en el Registro de la Propiedad de ambas fincas».*

Aunque no es recomendable la simple traslación sin más de los criterios jurisprudenciales sobre accesión invertida al ámbito de la accesión inmobiliaria general, la antes citada sentencia marca alguna pauta que creemos que debe tenerse en cuenta en la aplicación de los artículos 361-364 del Código Civil, dado que, en general, un sujeto que construye creyendo que es dueño o que tiene derecho a edificar, no cambia subjetivamente su parecer por el simple hecho de que un tercero le comunique un hipotético derecho dominical sobre el terreno.

De bastante interés es la afirmación contenida en la *STS de 19 de diciembre de 1988*, la cual *parece concebir la oposición o no oposición del dominus soli como un dato relevante a la hora de determinar si hay o no mala fe de este último sujeto*, a efectos de la aplicación del artículo 364 del Código Civil, *antes que como un requisito o componente de la buena fe del edificador exigida por el artículo 361 del Código Civil, o como una exigencia adicional a esa buena fe*. Dicha sentencia afirma:

«La Comunidad actora impugna la sentencia por la vía del número 4 del artículo 1692, alegando error en la apreciación de la prueba, resultante de los documentos obrantes a cuyo efecto señala el documento privado de 20 de mayo de 1980, del que dice desprenderse que la Comunidad de Propietarios no pudo constituirse hasta mayo de 1980, aunque la escritura de propiedad horizontal se otorgara en 1977. Tal razonamiento no permite la estimación del motivo, porque los documentos aportados no destruyen la presunción de buena fe de los constructores hecha por la sentencia de instancia. La buena fe es cuestión de hecho cuya apreciación corresponde a la Sala —STS 12-III-63, 5-VI-81, 23-III-88—, y desde luego no se desvirtúa por el dato de que los constructores conocieran que el edificio ya era ajeno, ni por no haber demostrado que construían por encargo comunitario. Del propio modo, ha de afirmarse que ninguna relación con la buena fe de los constructores tiene que la comunidad como tal no hubiera podido oponerse a la construcción, porque ello sólo afectaría a su mala fe, a la que sólo, a mayor abundamiento, acude la sentencia de instancia, que tras resolver el caso declarando la buena fe de ambas partes litigantes, afirma a idéntica conclusión se llegaría partiendo (no firmando) de la hipótesis de que ambas partes actuaron de mala fe. En cualquier caso, aún sin funcionar la Comunidad de Propietarios, estaba ya constituida porque ya se había otorgado la escritura de división horizontal, ya existían los distintos dueños de pisos singulares y condueños de todos los elementos comunes y ellos pudieron evitar la transformación del patio común en local cerrado».

A nuestro juicio, la existencia o inexistencia de actos de oposición tempestiva por parte del *dominus soli*, no necesariamente condiciona de manera directa la buena o mala fe del edificador, del mismo modo que sucede respecto del po-

seedor de buena fe en general, en cuanto que la oposición del presunto dueño no siempre supone un cambio en el concepto posesorio. En buena medida, el planteamiento de la cuestión de si es un presupuesto autónomo o si es un elemento inherente a la exigencia legal de la buena fe, resulta una disputa artificial y poco relevante a efectos prácticos, debiendo tenerse en cuenta además que se trata de una cuestión que tiene su origen, en realidad, en la doctrina de la accesión invertida, y en aquellos Derechos europeos que, en esta última figura, distinguen netamente entre buena fe entendida como ignorancia del defecto en el título del que construye y no oposición (tempestiva) del dueño.

Por el contrario, *consideramos bastante más relevante la existencia o no de oposición del dueño a los efectos de determinar si hubo o no buena fe por su parte —que no por parte del edificador—, al objeto de aplicarle o no el artículo 364 del Código Civil*. Es decir, que siendo factible la oposición del *dominus soli*, y en un tiempo razonable, a la edificación que se estaba levantando, el no hacerlo —o hacerlo cuando ya el edificio está concluido o a punto de estarlo—, debe determinar como regla la declaración de la mala fe del dueño del terreno. En caso de que esa oposición no se haya producido, por imposibilidad del *dominus* de hacerlo, se podría admitir su buena fe, aunque debe reconocerse que no serán muchos los casos en que se dé esa imposibilidad, fuera de aquellas obras que sean de poca entidad y escasa duración temporal.

Lo anterior nos lleva al ámbito del artículo 364 del Código Civil, y a la determinación precisa de cuándo hay *mala fe del dominus soli*, y de si en la misma tiene o no relevancia especial la diligencia del *dominus*, al fin de aplicar las consecuencias de dicho precepto legal, para lo cual remitimos al apartado 4 de este trabajo.

2.3.6. El ejercicio por el dominus soli de la opción legal de la adquisición de la edificación. Situación jurídica previa al ejercicio de la opción

1. El efecto típico reconocido por buena parte de la doctrina en el artículo 361 del Código Civil, es *una disociación temporal de suelo y edificación*, de modo que *coexisten dos titularidades dominicales sobre uno y otro elemento*, si bien sobre lo edificado sólo existe *una propiedad temporal, mientras no se ejercite por el dominus soli la opción de adquirir lo edificado*.
2. *No es correcto sostener que el edificador de buena fe ostenta un «derecho de retención» legal sobre el conjunto formado por suelo y vuelo*, sobre el suelo ocupado por la edificación, como resulta posible hallar en alguna sentencia. En realidad, no es necesario recurrir a esa figura, por cuanto el constructor de buena fe ya es poseedor del terreno con derecho a poseer, al estar indisolublemente unido a la edificación, y

no puede ser considerado un simple servidor de la posesión. Por lo demás, entendemos que la retención no está explícita ni implícitamente reconocida en el artículo 361 del Código Civil, ya que en dicha norma, la remisión a los artículos 453 y 454 del Código Civil lo es a los solos efectos de concretar la cuantía de lo que ha de pagarse al edificador de buena fe, pero no al resto de facultades concedidas al poseedor de buena fe. A nuestro juicio, también el *dominus soli* conserva un *ius possidendi* sobre el terreno de su propiedad, incluso sobre la parte construida, de modo que no necesita autorización del edificador para hacer cualesquiera actuaciones que la situación permita al propietario del suelo, en tanto no perturbe el propio *ius possidendi* del edificador de buena fe sobre lo construido.

La facultad de elección entre quedarse con lo edificado abonando su valor u obligar al edificador a que le pague el terreno, corresponde sólo al dueño del suelo, y no al edificador.

*La elección de una u otra opción debe ejercitarse de forma clara y rotunda, no pudiendo estimarse una demanda de reivindicación del *dominus soli* sobre lo edificado, si antes no ha ejercitado la opción correspondiente, ni tampoco cabe permitir al edificador reclamar como demandante el abono del valor de lo edificado o la entrega del terreno, si antes no ha optado el dueño por una u otra opción.*

No obstante lo anterior, *cabe la posibilidad de que la opción se haya ejercitado ya por el *dominus* de forma tácita, antes o con la interposición misma de la correspondiente demanda*. Así, la *STS de 25 de noviembre de 1985* permite estimar la demanda presentada por el edificador de buena fe reclamando el valor de lo construido, a pesar de la oposición del *dominus soli* demandado, cuando resultaba que este último, *en un acto de conciliación previamente celebrado, había exigido al primero el desalojo de la vivienda construida*, lo que, *a juicio del Tribunal Supremo, implicaba que ya se había ejercitado implícitamente por el dueño la opción de quedarse lo edificado*, por lo que no estaba justificada la oposición a la demanda presentada de contrario.

Aunque la jurisprudencia no se ha pronunciado explícitamente sobre ello, entendemos que la facultad de opción del artículo 361 del Código Civil es una *facultad inherente al dominio*, por lo que sería *imprescriptible* (la facultad de acceder como tal). No obstante, en cada caso concreto, una vez surgido el conflicto de intereses por la construcción en suelo ajeno, debería haber un plazo prescriptivo para ejercitar la opción, pudiendo producirse a partir de entonces la usucapión por parte del edificador (sea de buena o de mala fe), si el propietario no interrumpe el plazo prescriptivo: aquí la duda siempre será si la usucapión sería sólo del terreno sobre que se asienta el edificio o el solar en su totalidad (todo dependerá de la forma de posesión), o de si se hace a título de propietario

(de suelo y vuelo) o de superficiario (sólo vuelo, reconociendo el dominio ajeno sobre el suelo). Habrá que examinar cada caso en concreto.

Por otro lado, el edificador de buena fe, en el tiempo anterior al ejercicio de la opción por parte del dueño del suelo, podrá, como dueño temporal de lo edificado, ejercitar acciones de reivindicación y declarativas de dominio respecto del edificio. Ahora bien, respecto del suelo ocupado, no podrá ejercitar técnicamente una acción propiamente reivindicatoria frente a tercero que le hubiera perturbado o le hubiera despojado del mismo. No obstante, si está a su alcance el ejercicio de acciones posesorias o incluso de la acción publiciana, en la medida en que, mientras no se ejercite la opción por el *dominus soli*, con las condiciones señaladas más arriba, el edificador ostenta sobre el terreno de propiedad ajena sobre el que ha construido la condición de poseedor, con mejor derecho seguramente que cualquier otro, al tener la expectativa legal de convertirse en dueño, si el *dominus soli* le obliga en el futuro a adquirir el terreno.

Excepcionalmente, la *STS de 11 de junio de 1985 excluye la facultad de opción prevista en el artículo 361 del Código Civil cuando se trata de terreno de dominio público* (en este caso, marítimo-terrestre), sobre el cual un concesionario había construido de buena fe muchos años antes unas edificaciones dedicadas a industria conservera: el TS considera que *el Estado sólo puede ejercitar su facultad de quedarse con lo edificado pagando su precio*, no siendo posible la vía de obligar al edificador a quedarse con el terreno, por ser *res extracommercium*, en cuanto bien de dominio público.

2.3.7. El abono del valor de lo edificado como condición necesaria para la adquisición

Tampoco son muchas las resoluciones judiciales que manifiestan de manera explícita y contundente la necesidad de este presupuesto adicional, pero parece implícita en muchas de ellas. Por ejemplo, se halla en todas aquellas sentencias que niegan la procedencia de una acción reivindicatoria por parte del *dominus soli* cuando éste sólo reclama la restitución de su finca, con todas sus incorporaciones, pero no ha ejercitado la opción correspondiente del artículo 361 del Código Civil y no ha pagado además su valor. En estas situaciones, nuestros Tribunales desestiman la demanda y obligan a iniciar un nuevo procedimiento ejercitando la correspondiente opción por la adquisición de lo edificado, con pago del valor de esto último. Para más detalles sobre el tema, remitimos al apartado 3.8 de este trabajo.

Sin embargo, muchas menos son las sentencias que explícitamente se pronuncian sobre si, ejercitando judicial o extrajudicialmente la opción del artículo 361 del Código Civil para adquirir lo edificado, el pago o consignación del

valor constituye o no una condición previa imprescindible para la adquisición del dominio sobre lo construido por el tercero.

No obstante, cabe recoger como especialmente clara, a favor del pago previo del valor de lo edificado para que se consuma la adquisición del dominio, la doctrina contenida en la *STS de 31 de diciembre de 1987*, que afirma:

«El motivo único del recurso se formula al amparo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, número 5.º, por entender que la sentencia recurrida infringe el artículo 361, en relación con el artículo 358, ambos del Código Civil, y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, interpretadora de ese artículo que se cita, y debe ser estimado en atención a las siguientes razones: Primera. La doctrina jurídica dominante emanada en torno a la interpretación del precepto del artículo 361 del Código Civil, viene sosteniendo de manera uniforme que esta disposición legal no admite la accesión automática en beneficio del dueño del terreno, a quien simplemente se concede un derecho potestativo consistente en optar “por hacer suya la obra” o, contrariamente, por “obligar al constructor a la adquisición del terreno”. Ahora bien, este derecho potestativo o de configuración jurídica, que supone una facultad de decidir, conlleva necesarias contraposiciones. Y así, en el supuesto de que el dueño del terreno opte por hacer suya la obra deberá indemnizar de una manera previa, o cuando menos simultánea, evitando con ello un enriquecimiento injusto por su parte y sin que hasta que la indemnización se haya producido, pueda el propietario del suelo ejercitar con éxito la acción reivindicatoria con relación a las construcciones levantadas sobre su terreno.

...Que si bien es cierto que el artículo 353 del Código Civil preceptúa que la propiedad de los bienes da derecho, por accesión, a todo lo que ellos produzcan o se les una o incorpore natural o artificialmente, no lo es menos que conforme al artículo 358, un derecho se regula, cuando se trata de bienes inmuebles por los artículos comprendidos en la sección segunda del Título dedicada a esta institución y, por tanto, será de aplicación el artículo 361 a los casos en que se previene que el dueño del terreno en que se edifique o sembrase de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra o siembra, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que edificó o sembró a pagarle el precio del terreno, lo cual interpretado no sólo en su sentido literal sino en el sentido que mientras esa indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado y, por el contrario el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención establecido en el artículo 453 del propio Código —sentencias de 18 de marzo de 1948 y 17 de diciembre de 1957—, puesto que la res nova que aparece en la figura de la accesión no provoca en caso de buena fe declarada sin más y por la sola constancia de lo edificado un desplazamiento patrimonial sino mediante la opción determinada en el artículo 361».

Ha de tenerse en cuenta que *el pago del valor de lo edificado no se erige en un requisito de procedibilidad para la estimación de la demanda presentada por el dominus soli*, al no existir precepto procesal ni sustantivo que lo exija. El pago del valor es *conditio sine qua non* para la adquisición del dominio, pero no para la admisión a trámite de la demanda en la que el *dominus* ejercite la opción de adquirir. Será por tanto en cumplimiento de la sentencia, y ya en su

caso en fase de ejecución, cuando, una vez efectuado el pago del valor fijado por la propia sentencia declarativa, se produzca finalmente el efecto transmisor. Mientras tanto, el edificador de buena fe sigue conservando, a pesar de la sentencia firme que da la razón al *dominus soli* en su pretensión, la facultad de preservar bajo su control la posesión de lo edificado (así como la retención del suelo ajeno), hasta tanto se produzca el pago de la suma fijada.

La *STS de 17 de febrero de 1992* examina las consecuencias que se derivan del hecho de que el *dominus soli* no haya cumplido todos los presupuestos del artículo 361 del Código Civil y no haya ejercitado aún la opción de adquirir lo edificado, y no haya abonado su valor. En concreto, dicha sentencia *admite la pervivencia de un derecho de hipoteca constituido por el edificador de buena fe a favor de entidad financiera vinculada con este último, mientras no se hayan cumplido todas las condiciones legales, incluido el pago del valor de lo construido*, admitiendo que el edificador aún conserva el dominio sobre el edificio, y perviviendo por tanto la hipoteca en garantía de dicha construcción.

Sobre la forma de cuantificar el valor que ha de ser satisfecho por el *dominus soli* para adquirir la propiedad de lo edificado, remitimos al apartado 3.4 de este trabajo.

2.3.8. Otros pretendidos presupuestos de aplicación del artículo 361 del Código Civil

La *STS de 28 de febrero de 2007* plantea una cuestión interesante sobre un posible presupuesto, adicional a los antes señalados, para la aplicación de los artículos 361 y siguientes del Código Civil, señalando al efecto:

«Pero, prescindiendo en el caso de la buena o mala fe con que actuara quien edificó, es lo cierto que falta un requisito esencial que se encuentra ínsito en la propia formulación de la norma y que impide su aplicación a favor del constructor, cual es el de que la construcción suponga un beneficio patrimonial para el dueño del terreno, pues ello no ocurre cuando, como ahora sucede y no se discute, el titular dominical del suelo adquirió la propiedad, por título oneroso, cuando la obra se encontraba ya incorporada al mismo y, por tanto, su existencia ya se habría tenido en cuenta para establecer su prestación en el negocio de transmisión que en este caso fue concretamente el de dación en pago. La exigencia de tal requisito y su obviedad vienen refrendadas por la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil que, al referirse a la mala fe concurrente del constructor y del dueño del terreno, dice que “se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse”, lo que necesariamente implica que la construcción que genera derechos para el constructor de buena fe se ha de llevar a cabo una vez adquirida la propiedad por aquél del que se pretende la indemnización por la obra construida, pues en caso contrario éste carecerá de legitimación pasiva ad causam para soportar dicha acción. Todo ello ha de

conducir necesariamente a la desestimación de la demanda reconvencional, tal como solicita la parte actora, hoy recurrente».

La referida STS viene a introducir dos consideraciones nuevas para la aplicación de los artículos 361 y siguientes que merecen nuestro comentario: en primer lugar, se incluye como presupuesto el del *beneficio o enriquecimiento patrimonial para el dominus soli*, de modo que *no habría lugar a la aplicación de dichos preceptos legales, si no ha habido beneficio o incremento patrimonial para el dominus*; en segundo lugar, se añade igualmente, en conexión con el primero, *que la obra haya sido realizada con posterioridad a la adquisición de la propiedad por el dominus del que se reclama hipotéticamente una indemnización por el edificador de buena fe*.

Tales hipotéticos presupuestos resultan dudosos, y aun cuando la sentencia los conecta, merecen un examen por separado:

1. *En cuanto a la exigencia de que haya habido un beneficio o enriquecimiento por parte del dominus con la obra realizada por el constructor de buena fe*, cabe señalar que algún sector doctrinal lo ha llegado a plantear en alguna ocasión, en el sentido de que no debería permitirse la aplicación de las reglas de la accesión inmobiliaria cuando la edificación levantada, aun de buena fe, no ha supuesto provecho alguno para el *dominus soli*, en cuanto que nada aporta a su normal actividad profesional o económica, por no guardar relación con la misma el destino del edificio erigido, lo que llevaría a considerar que más bien estamos ante un supuesto de «lesión» patrimonial, que debería permitir la restitución del terreno a su estado originario, a costa del constructor, y sin derecho a indemnización.

Debajo de todo ello subyace la idea de que las reglas sobre accesión inmobiliaria responden a la finalidad última de evitar enriquecimiento a una u otra parte. Pero precisamente por eso, habría que examinar en cada caso, y *siguiendo parámetros objetivos*, determinar en qué medida habría o no enriquecimiento para el *dominus soli* con la incorporación a su patrimonio del edificio levantado por el constructor. Es decir, creemos que la valoración de la edificación levantada no debe hacerse exclusivamente desde la óptica de su valor de mercado, sino también desde la perspectiva del efectivo enriquecimiento que el edificio puede suponerle al *dominus soli*, lo que introduce, no ya factores de subjetividad, sino de adecuación a las circunstancias del caso, teniendo en cuenta el uso anterior del inmueble antes de ser edificado, y el provecho objetivo que la edificación le puede suponer a ese concreto propietario.

Ahora bien, ello no puede llevar al *dominus soli*, en ningún caso, a disponer de la facultad de exigir la destrucción del edificio, a costa del constructor de buena fe, por cuanto la ley en tal caso condiciona

en buena medida al *dominus soli* a optar por la segunda alternativa de vender el terreno al edificador.

2. *En cuanto a la exigencia de que la obra haya sido realizada* después de la adquisición de la propiedad *por el dominus del que se reclama hipotéticamente una indemnización por el edificador de buena fe*, creamos que sí se trata de un verdadero presupuesto, aunque va implícito en la exigencia de que el que construya lo haga en terreno de propiedad ajena (véase el apartado 3.3.1 de este trabajo).

Cuestión distinta es que el nuevo propietario, cuando adquiere el terreno, se encuentre sobre el mismo *una edificación levantada por quien era su anterior propietario*, y cuyo valor no había sido previsto en su título de adquisición. En tales circunstancias, ese anterior propietario y a la vez edificador, debe tener derecho a un resarcimiento o indemnización por el enriquecimiento injustificado de nuevo *dominus*, pero no será en aplicación de las reglas que disciplinan la accesión, sino los principios generales sobre enriquecimiento sin causa. Así ha sucedido con cierta frecuencia en casos de adquisición en subastas públicas, en las que sólo se ha tenido en cuenta a la hora de la tasación el valor del suelo, sin computar el del edificio: en estos casos, el título adquisitivo del adjudicatario no justificará una posible exoneración frente a la acción de enriquecimiento. Y en el caso de que se hubiese valorado y tasado con la edificación, aun cuando no podría dirigirse contra el adjudicatario (o sus causahabientes), sí podría hacerlo frente al anterior propietario embargado.

En el caso de que no hubiera sido el anterior propietario el que hubiera edificado con anterioridad a la adquisición por parte del nuevo dominus, sino que lo hubiera hecho un tercero, éste conserva contra el dueño actual su derecho a reclamarle el valor de lo edificado, como presupuesto para la adquisición dominical, incluso aunque en el negocio transmisor se hubiera valorado la edificación a la hora de fijar el precio de transmisión, por cuanto ese acuerdo o negocio sería una res inter alios acta frente a ese tercero edificador. No se puede olvidar que, como ya se dijo más arriba, las facultades concedidas por los artículos 361-364 del Código Civil no prescriben, pudiendo ejercitarse en cualquier momento, incluso aunque hubiera una o varias transmisiones de la propiedad del terreno antes de plantearse judicialmente el conflicto en cuanto al dominio de la edificación levantada por tercero no dueño. En conclusión, entendemos que, en estos últimos supuestos, no es decisivo el señalado presupuesto de que la edificación se haya realizado con anterioridad a la transmisión o adquisición de la propiedad por el *dominus soli*.

2.4. CONSECUENCIAS DEL EJERCICIO DE LA OPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL

Para examinar las consecuencias del cumplimiento de todos los presupuestos anteriores, y por tanto las repercusiones derivadas del ejercicio de alguna de los dos opciones previstas en el artículo 361 del Código Civil, debemos distinguir según qué opción concreta se haya ejercitado:

- a) *Ejercicio de la opción consistente en adquirir lo edificado abonando su valor*

En el caso de que el *dominus soli* hubiera optado por quedarse con lo construido pagando su valor, la cuestión más relevante es la forma de valoración de lo que ha de abonarse al edificador de buena fe.

La *STS de 6 de diciembre de 1985*, en un caso de obras de mejora en local restaurante, y *en relación a la forma de valoración de lo realizado por el edificador de buena fe y la cuantificación de las obras, afirma que ha de hacerse teniendo en cuenta el estado actual de las mismas, con independencia del coste originario y de la actividad conservativa más o menos diligente realizada por aquél*.

Frente a tal criterio, comúnmente aceptado por la jurisprudencia y la doctrina, la *STS de 4 de junio de 1993*, en afirmación *obiter*, y referida más bien a una reclamación por enriquecimiento injustificado, y no por aplicación de las normas sobre accesión, parece remitir, a la hora de valorar lo construido por el edificador de buena fe, *al valor de lo realizado en el momento en que se construyó*. Así se afirma que procede «...condenar a la demandada doña Eva A. G. a que pague al referido actor el valor de la casa construida en la parcela o porción de terreno objeto de este litigio, cuyo valor será el que dicha casa (sin incluir el solar de la misma) tenía el día en que se llevó a efecto la tasación pericial en el juicio ejecutivo número 101 de 1983 del Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Hospitalet, que fue el día 13-3-1987, habiendo de ser valorada dicha casa en las mismas condiciones en que se hallaba el referido día (no del todo ultimada y con aspecto de abandono), lo que se llevará a efecto en fase de ejecución de sentencia».

Siguiendo una suerte de tercera vía, la *sentencia de TSJ de Cataluña, de 25 de abril de 1992*, establece, *en un caso en que había transcurrido alrededor de veinte años desde la construcción*, y se reclama por el edificador de buena fe el valor de lo construido. En tal caso, la citada sentencia *sigue el criterio de computar el valor del trabajo y materiales empleados, actualizado a fecha actual, pero limitado en su cómputo final al valor real de lo construido en su estado actual*. En realidad, esta última resolución judicial no supone seguramente una

solución diferenciada de la tradicional, contenida en la primera de las sentencias citadas, la cual tiene en cuenta, por la remisión del mismo artículo 361 a los artículos 453 y 454 del Código Civil a los efectos de fijar el valor de lo construido, el aumento que haya adquirido la cosa como consecuencia de las obras. Puesto que en el presente caso habían transcurrido alrededor de veinte años, la suma por pagar debe referirse al aumento de valor actual, en el momento en que se resuelva el conflicto y corresponda determinar la cuantía (en la propia sentencia, o en la fase de ejecución).

Nada se encuentra en la jurisprudencia acerca de si, como consecuencia de esa remisión al artículo 453 del Código Civil que efectúa el artículo 361 *ex profeso*, respecto de la indemnización que ha de abonarse, dispone el *dominus soli* de las dos alternativas que aquel artículo le otorga al poseedor de buena fe que hizo mejoras en el inmueble. Debe tenerse en cuenta que la respuesta sólo la podríamos hallar en aquellos casos en que haya habido un lapso temporal considerable entre la obra y el planteamiento de la disputa entre las partes, como sucede en la sentencia antes referida de 25 de abril de 1992 del TSJ de Cataluña, pero, aparte de ésta, no hemos podido encontrar ninguna otra donde se analice detenidamente la cuestión. Tampoco la doctrina se expresa con rotundidad al respecto, aunque sobreentiende que la remisión a los artículos 453-454, al ser a efectos de cuantificar la indemnización, permitiría la alternativa señalada por el artículo 453 del Código Civil para las mejoras⁸.

Por otro lado, *no se regulan en el Código las consecuencias que pudieran derivarse del ejercicio de esta primera opción* (quedarse con lo construido mediante abono de su valor), *cuando el edificador de buena fe, por tener su hipotético derecho inscrito en el Registro de la Propiedad, hubiera constituido hipoteca sobre el inmueble*, y por tanto, si el verdadero *dominus* podría además exigir la cancelación de dicha hipoteca, a costa del vencido en el juicio. La cuestión se plantea incidentalmente en la *STS de 17 de febrero de 1992*, pero el Tribunal Supremo no llega a pronunciarse porque el *dominus* acabó ejercitando la segunda opción de obligar al constructor a quedarse con el terreno invadido. A nuestro juicio, el problema no se solucionaría con base en los artículos 361-364 del Código Civil, por cuanto no sería una consecuencia propiamente derivada del hecho de construir y del modo de hacerlo (con buena o mala fe), sino de la declaración dominical misma a favor del demandante en un procedimiento de reivindicación o meramente declarativo de dominio, que conllevaría su derecho a la entrega por edificador del inmueble, libre de todo tipo de cargas y gravámenes, incluidas posibles hipotecas.

En cuanto a la posibilidad, en casos de ejercicio de la primera opción del artículo 361 del Código Civil, de reclamar una indemnización adicional, por

⁸ Así parece defenderlo DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *ob. cit.*, pág. 156.

parte del *dominus soli*, por los perjuicios que le pudiera haber supuesto la imposibilidad de destinar el terreno a otros fines más lucrativos, indemnización susceptible de ser compensada con lo que a su vez deba abonar al edificador de buena fe por el valor de lo construido, nuestro Tribunal Supremo, en la única sentencia conocida al respecto, la *STS de 12 de febrero de 2008*, ha sido tajante: *si se opta por adquirir lo edificado pagando su valor, no se puede reclamar nada en concepto de daños/perjuicios al constructor de buena fe*, dando a entender que en tal caso siempre le cabría la opción de vender a este último el suelo, obteniendo así todo el provecho hipotéticamente perdido. Dice al efecto la citada *STS de 12 de febrero de 2008*:

«El motivo quinto, al amparo del artículo 1692.4.º LECiv, acusa infracción del artículo 361 del Código Civil, por cuanto la sentencia recurrida, no obstante confirmar la de primera instancia en cuanto a la condena de la parte demandada, hoy recurrente, a abonar a la actora el precio del terreno, con lo que está aplicando una de las alternativas del citado artículo 361, sin embargo condena a aquella parte demandada a indemnizar a la actora en la cantidad de cinco millones de pesetas por el menoscabo de valor del resto de la parcela. Entiende el recurrente que desde el momento en que se está apreciando la buena fe del constructor, se excluye el pago de toda indemnización por parte del que construye.»

*El motivo se estima porque, efectivamente, el artículo 361 no otorga derecho al *dominus soli* para reclamar ningún daño originado por la construcción de buena fe por tercero en su terreno, únicamente la opción que contiene, seguramente por creer que ello es suficiente para la defensa de su propiedad. Sólo en el supuesto en que opere la accesión invertida, que supone una invasión parcial del terreno ajeno por la construcción y de buena fe, obliga al que construyó no sólo al pago del valor del terreno ocupado sino también a la indemnización reparadora de los daños y perjuicios, comprensivos del menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida, por imperativo del artículo 1901 del Código Civil (sentencias de 29 de julio de 1994 y 12 de diciembre de 1995). Pero ni la sentencia recurrida ni la de primera instancia que se apeló encajan los hechos litigiosos dentro de la accesión invertida sino en el del artículo 361 del Código Civil».*

Recientemente, algún autor⁹ ha puesto en duda lo estricto de dicho criterio, al comentar la referida sentencia, defendiendo la posibilidad de que, en aras del principio de reparación integral del daño, se pueda recurrir por el *dominus soli* al artículo 1902 del Código Civil y demás preceptos concordantes, para reclamar del edificador, aun de buena fe, una reparación por daños, citando al efecto, entre otras, la *STS de 15 de diciembre de 2006*.

En esta última sentencia, la *STS de 15 de diciembre de 2006*, contradiciendo en parte la antes citada resolución del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de

⁹ CUESTA SÁENZ, J. M., «Comentario a la *STS de 12 de febrero de 2008*», en *CCJC*, núm. 78.

2008, se aplica *una solución excepcional*, a un caso de colocación por parte de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en parcela rústica de propiedad ajena, y en la creencia de que el suelo era suyo, de distintas instalaciones, consistentes en una obra de sondeo con los correspondientes pozos, depósitos y conducciones de agua y postes y conducciones eléctricas. En concreto, *la sentencia concede al edificador la consideración de buena fe* (por haber construido a la vista, ciencia y paciencia del propietario), y *confirma en parte la sentencia de la Audiencia, que había concedido una indemnización al propietario por todos los años de ocupación de su finca por parte de la Comunidad Autónoma*, y además de reconocer que ello es un efecto no previsto explícitamente en el artículo 361 del Código Civil, afirma lo siguiente:

«En cuanto al segundo apartado, indemnización de daños y perjuicios, la sentencia de instancia no ha infringido precepto alguno: el razonamiento que expresa es correcto: dice así: El único concepto indemnizable será el derivado de las limitaciones en la utilización y disponibilidad de la finca de su propiedad, conforme a la naturaleza que le es propia de “Erial destinado a pastos” entre la fecha de ejecución de las instalaciones, cuya retirada debe ser acordada, y, la efectiva verificación de la supresión de tales instalaciones; indemnización cuyo importe en concreto, se determinará en ejecución de sentencia; la parte demandante se ha aquietado con esta indemnización y la recurrente, Comunidad demandada, se opone; pero es bien cierto que la demandante se ha visto privada de la disponibilidad del terreno durante largos años y esto es un concepto que, aún no previsto explícitamente en el Código Civil debe ser objeto de indemnización».

Como puede comprobarse, el supuesto analizado por esta última sentencia, al reconocer el derecho del *dominus soli* a una indemnización no prevista explícitamente en el artículo 361 del Código Civil, resulta singular, por cuanto no es sólo de realización de obras, sino también de ocupación de suelo ajeno con construcciones permanentes, motivo por el cual la sentencia concede también al dueño, además de la indemnización antes señalada por el uso del terreno ajeno para sus propios fines durante varios años, el derecho a quedarse con lo construido, previo pago de su valor. Dicho de otro modo, *la causa de la indemnización no deriva propiamente de una pérdida de expectativas del dueño del terreno, sino que tiene por finalidad resarcir algo ajeno a ello, como es la compensación por la privación temporal del suelo ajeno, durante el periodo anterior al ejercicio de la opción adquisitiva por parte del dominus soli*, al haber transcurrido varios años desde la obra hasta el ejercicio de la acción por el *dominus soli*. Todo ello a partir del hecho —ya señalado en su momento— de que no existe un plazo legal para el ejercicio de la opción, por lo que podrían haberse ocasionado al *dominus* algunos daños o mermas patrimoniales en el periodo de tiempo anterior a la opción, que pudieran ser objeto de resarcimiento.

En conclusión, pues, a nuestro juicio, en esta discusión, *no debe descartarse de manera rígida la facultad de reclamar resarcimiento o indemnización*, pero

entendemos que *siempre por otros conceptos o causas no relacionadas con la valoración misma de lo edificado o construido por el non dominus, y siempre previa acreditación de dichos daños y perjuicios*. No cabe sobreentender que, al ejercitar la opción de adquirir la propiedad de lo edificado, por ejemplo, por vía extrajudicial, el *dominus soli* esté renunciando a estos otros posibles daños. Del mismo modo, en caso de daños reclamables por el uso y disfrute del inmueble ajeno durante el tiempo anterior al ejercicio de la opción, los mismos no pueden sin más considerarse «compensados» con la posible minusvaloración de la edificación por el transcurso del tiempo.

b) *Ejercicio de la opción consistente en obligar al edificador a que pague el precio del terreno*

En cuanto al *ejercicio de la opción consistente en obligar al edificador a que abone el valor del terreno*, la *STS de 4 de marzo de 1999*, señala, acerca de la forma de determinar dicho valor, lo siguiente:

«...Es evidente que el juego del precio a que se contrae el artículo 361 del Código Civil, ha de ser el determinado por una especie de deuda de valor, y en este caso, es correcta la valoración que se ha hecho constar por la Sala, en su Fundamento 3.º, pues, cuando el citado precepto habla de “precio”, se refiere, sin duda, al que tuviese el terreno cuando se torné operativa la elección del dueño, esto es, el real, al reconocerse ope sententiae ese derecho, y todo ello bajo el ajuste del petitum reconvencional, como así lo entiende en su Fundamento 6.º de la sentencia, al afirmarse: “...según se desprende del informe pericial emitido en los presentes autos, tanto el valor del terreno en una u otra fecha excede del precio solicitado en la reconvenCIÓN y como quiera que nos está vedado otorgar más de lo solicitado (art. 359 LECiv), dicho precio deberemos de fijarlo en las cantidades solicitadas por la reconviniente...”; por lo que se desestima el recurso, con los efectos legales derivados».

Por su parte, la *STS de 17 de febrero de 1992* analiza este supuesto, y *en un caso en que habían transcurrido algunos años desde la construcción*, llega a la conclusión siguiente:

«En cambio, también con base en lo apreciado en los Fundamentos de Derecho décimo y decimoprimerº de esta sentencia, es de acoger la pretensión alternativa inserta el invocado epígrafe g) con su complemento en el segundo supuesto del epígrafe j) de la súplica del escrito inicial de demanda, pero con limitación a la condena a la entidad demandada “S..., S. A.” a que se abone al tan referido demandante don Saturio M. S. en metálico el valor de las parcelas reivindicadas, y cuyo valor se determinará en fase de ejecución de sentencia, tomando para ello como base cuantitativa no el precio de dichas parcelas cuando se hizo la edificación en cuestión sobre ellas, sino el que pericialmente se le atribuya en el momento de la reclamación, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 28-10-1931,

pero actualizado, pues esa condena es consecuencia de lo normado en el artículo 361 del Código Civil, al darse los presupuestos previos para su aplicación...».

En sentido similar, la *STS de 16 de junio de 1998* afirma:

«Este (el precio del terreno) no es aquel precio que tuviera en 1969 (como dice la sentencia de instancia) sino que se trata de una deuda de valor, es decir, obligación de pagar en dinero determinado valor, el del terreno; se debe pagar el valor, lo que significa el valor que tiene el terreno en dinero, prestación pecunaria, en el momento en que se cumpla, cuando se pague en dinero tal valor. Por tanto, en ejecución de sentencia, deberá la parte demandante optar por hacer suya la obra indemnizando a la constructora "Sancar" o percibir en dinero el valor actual del terreno (subsuelo) en el que se construyó».

Como puede comprobarse, tratándose de edificante de buena fe, y a diferencia de las hipótesis de construcciones extralimitadas, parece que el *dominus soli* tampoco puede reclamar otras posibles cantidades por daños derivados de la minusvaloración del resto del terreno, o por otros conceptos.

El motivo está en que, interpretando literalmente el artículo 361 del Código Civil, lo que se adquiere por el edificante de buena fe no es sólo el terreno concretamente ocupado por la edificación a precio de mercado actual, sino siempre y en todo caso la finca en su totalidad, con independencia de que se haya edificado más o menos parte de la finca.

No hemos encontrado jurisprudencia en la que se plantee la posibilidad de obligar al edificante a que compre sólo una parte de la finca del dominus (la parte ocupada por la edificación estrictamente) seguramente porque, en la práctica, resultará poco usual, ya que estamos tratando casos de construcción de edificios en zonas urbanas, donde probablemente el edificio levantado agote toda la edificabilidad de la parcela, pues de otro modo es posible que no se hubiera obtenido la Licencia de obras para construir. Tampoco hemos hallado opiniones doctrinales claras a este respecto.

Parece ratificar la conclusión expuesta por la antes citada *STS de 17 de febrero de 1992*, la ya examinada *STS de 12 de febrero de 2008*, en la que expresamente se distingue entre la accesión general del artículo 361 del Código Civil, en donde no procede indemnización, y la accesión invertida, donde sí cabe esa posibilidad. No obstante, dicha sentencia se refiere propiamente al supuesto de ejercicio de la primera de las opciones por el dueño del terreno (adquirir lo edificado), pero no a la segunda de las opciones, pero puede valer como criterio, al aludir específicamente a la comparación con la accesión invertida, donde precisamente lo que se hace por el extralimitante es adquirir el terreno invadido.

La solución del Tribunal Supremo se basa en que el *dominus soli* dispone de dos alternativas para elegir, de modo que cuando elija la que desee, lo hará tras haber sopesado las ventajas e inconvenientes de la misma, y siendo consciente de que elección le producirá las consecuencias estrictamente previstas en la

norma. En todo caso, *cabe recordar que no es descartable la reclamación de otros posibles daños y perjuicios además del precio del terreno*, pero *por otras causas* (v.gr., por haber usado y disfrutado de su inmueble durante el tiempo anterior al ejercicio de la opción, si hubo un lapso de tiempo significativo entre la obra y la elección; o por haber deteriorado la cosa, o haber provocado la imposición de sanciones de cualquier orden a la hora de construir, entre otros posibles perjuicios).

2.5. ALGUNOS SUPUESTOS LÍMITE ENTRE LA ACCESIÓN GENERAL INMOBILIARIA Y LA LLAMADA ACCESIÓN INVERTIDA

Con independencia de lo señalado más arriba, en el apartado 2.1 de este trabajo, existe una jurisprudencia vacilante acerca de los límites entre la accesión general inmobiliaria de los artículos 361 y siguientes y la accesión invertida que merece ser recogida en este trabajo.

Extralimitación con ocupación de una parte importante de la finca

A este respecto, la *STS de 11 de marzo de 1985* excluye la aplicación de la doctrina de la accesión invertida, cuando la invasión suponga construir en casi dos terceras partes del terreno ajeno: «*El invariable supuesto de aplicación de la accesión invertida —dice la misma— es identificable con tres rasgos: que la edificación invadida terreno aledaño ajeno, supuesto bien distinto del de edificar en casi dos terceras partes cubriendo terreno ajeno...*». En suma, lo que se señala por el Tribunal Supremo es que *no hay propiamente «extralimitación»*, y por tal motivo no aplica las reglas de la accesión invertida.

Según algún autor comentarista de esta sentencia¹⁰, la solución dada por el TS no es del todo correcta, pues no se centra en la idea de «extralimitación» entendida como construcción en terreno propio cuando lo edificado *se proyecta* en terreno ajeno, con independencia de la superficie mayor o menor del terreno ajeno ocupado.

La cuestión no es fácil de resolver, por cuanto la doctrina de la accesión invertida (o de las construcciones «extralimitadas») es una construcción artificial de nuestro Tribunal Supremo, que no se ciñe necesariamente a una cuestión de extralimitación sin más, sino de resolución de casos problemáticos en los que, partiendo de una buena fe, no cabe propiamente la aplicación del *superficies solo cedit*, sino que hay que recurrir al principio más genérico del *accessorium*

¹⁰ CARRASCO PERERA, *CCJC*, núm. 8, pág. 2525.

sequitur principale. No en vano, por ejemplo, y como es sabido, la jurisprudencia ha aplicado esta doctrina jurisprudencial a casos como el de invasión del espacio ajeno y afectación de los límites de separación entre edificaciones; así en la STS de 4 de octubre de 2006, entre otras, en los que la idea de extralimitación resulta bastante más remota.

El problema práctico reside en que, *no siendo aplicables las reglas de la accesión invertida, no queda claro si entonces serán aplicables por fuerza las reglas generales de los artículos 361 y siguientes del Código Civil*, o quedaría un campo sin cubrir. A nuestro juicio, parece razonable la primera solución, antes que recurrir a hipotéticos principios generales, que sin embargo encuentran su concreción en normas más específicas, como las de los artículos 361-364 del Código Civil. Por lo tanto, debemos mantener, en caso de duda, el criterio de la remisión a los citados artículos, dado su poder de absorción de cualquier posible laguna¹¹. No obstante, esa remisión a los artículos 361-364 del Código Civil debe quedar circunscrita a la cuestión estrictamente dominical de la asignación del dominio a uno u otro sujeto.

Construcción extralimitada en parte del terreno ajeno pero con afectación directa de la totalidad del mismo, o del vuelo ajeno

Hay dudas también acerca de si se aplican las reglas generales de los artículos 361-364 del Código Civil, o las propias de la accesión invertida, en los casos de construcción con ocupación de buena parte del terreno, pero con afectación indirecta de la totalidad del mismo, por haberse instalado servicios anejos o complementarios de la edificación, o en los casos de invasión del vuelo ajeno por no respetar las distancias entre construcciones.

Ejemplo de lo primero lo proporciona la *STS de 27 de enero de 2000*, en donde los edificantes se extralimitaron en la construcción de un hotel en el terreno de su propiedad, *invadiendo una superficie considerable de la finca colindante, con una extensión de 580 m², de modo tal que el terreno restante de esta última finca resultaba inútil para la edificación y el aprovechamiento urbano*, según informe pericial. La sentencia, considerando que los constructores habían obrado de mala fe, entiende que no es aplicable la doctrina de la accesión invertida —ya que exige la buena fe del que se extralimita—, por lo que acaba considerando que hay a su juicio una nueva laguna legal (extralimitación de mala fe), que obliga a la aplicación analógica de la solución prevista

¹¹ En contra, CARRASCO PERERA, *CCJC*, núm. 8, pág. 2524, quien remite en caso de inaplicación de la accesión invertida, a las reglas aún más generales de la lesión del derecho real ajeno, con posible derecho a la restitución in natura, con independencia de la buena o mala fe del edificante.

en las reglas generales, y acaba concediendo al *dominus soli* la propiedad de lo edificado en su terreno, procediendo el lanzamiento de los constructores, quienes conservarán la propiedad del resto del edificio.

Como puede comprobarse, en un caso como el presente, la solución más sencilla hubiera sido declarar directamente aplicable el artículo 362 del Código Civil, al haberse producido una ocupación total de hecho de todo el terreno ajeno, con mala fe por parte de los edificantes, sin necesidad de recurrir al complejo razonamiento de considerar que hubo extralimitación, que existe una laguna legal y que por tanto habría de aplicarse por analogía la solución legal prevista para caso similar, que no es otra que la del artículo 362 del Código Civil.

En esta sentencia, además, se acaba entrando en parte en los efectos que conllevaría —ya en ejecución de sentencia— la mala fe de quienes se extralimitan, y se intenta una solución que no es la legal del artículo 362 del Código Civil, donde se reconoce al *dominus soli* el derecho a quedarse con lo edificado, sin pagar nada, o bien optar por la demolición a costa del que edificó (art. 363 CC). En concreto, parece sugerirse que, puesto que la pérdida del pabellón construido en suelo ajeno afectaría sustancialmente a la funcionalidad del hotel, con grave perjuicio económico, debería acaso fijarse una indemnización a favor del *dominus* invadido por el valor total del suelo, junto con el valor del edificio construido en dicho suelo; es decir, parece dejar abierta la puerta a la adquisición por el extralimitante de lo construido, pagando terreno y edificio, a pesar de su mala fe.

Finalmente, cabe señalar que la *STS de 26 de octubre 1999*, parece excluir la aplicación de la doctrina de la accesión invertida, con remisión igualmente a los artículos 361-364 del Código Civil, *cuando no han quedado adecuadamente demostrados los linderos de las dos fincas afectadas por la posible construcción extralimitada*:

«*Como quiera que —afirma— la terminación de construcción de la nave (aún no terminada de construir), por un lado, y la construcción del acceso pavimentado, por otro, las realizaron los demandados, aquí recurrentes, en parte del terreno propiedad de la actora (124,50 m², la primera; y 112,25 m² la segunda), cuyas construcciones las realizaron los compradores de buena fe, al no haber podido interpretar adecuadamente los imprecisos linderos identificadores del terreno vendido (que han sido transcritos literalmente en el Fundamento jurídico anterior de esta resolución), es evidente que nos hallamos ante el supuesto de accesión previsto en el artículo 361 del Código Civil y siendo ello así, no puede el dueño del terreno ejercitar directamente la acción reivindicatoria (como ha ejercitado) sin antes haber hecho uso expresamente de la opción que dicho precepto establece...».*

2.6. TÍTULOS LEGITIMANTES QUE EXCLUYEN LA ACCESIÓN, SEGÚN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Como ya se señaló más arriba, *es usual en doctrina la afirmación de que las normas sobre accesión, y en concreto los artículos 361-364 del Código Civil, sólo son de aplicación cuando no existe un vínculo contractual entre el dueño del terreno y el sujeto que edifica*¹². En tales casos, el destino de lo edificado será el que las partes hubieran previsto en las correspondientes estipulaciones contractuales.

También en la jurisprudencia se encuentran afirmaciones de este signo en *STS de 17 de diciembre de 1955 y 5 de marzo de 1959*, citadas a su vez por la *STS de 18 de julio de 1990*, a la que ahora nos referimos, o más recientemente la *STS de 18 de octubre de 1996*. En algunas de estas sentencias, la afirmación referida tiene la consideración de *obiter dictum*.

Vamos a comprobar con más detalle hasta qué punto es cierto o incierto tal criterio, en su aplicación práctica, para lo cual vamos a examinar los distintos casos de vínculos contractuales que se han presentado en la jurisprudencia:

a) *Un derecho de superficie*

Resulta evidente que, habiéndose acordado la constitución de un derecho de superficie, o un derecho de sobreelación o subedificación, el titular de tales derechos adquiere la propiedad de lo que se ha adherido de forma indisoluble al inmueble, sin que haya lugar a conceder al *dominus soli* un derecho de opción para quedarse con lo construido, por cuanto eso ya habrá sido objeto específico del pacto entre las partes, o, en su caso, se aplicará lo dispuesto en la ley para el momento de extinción del derecho.

La única sentencia que alude de forma incidental a la posibilidad de un derecho de superficie, o en general, a una autorización del *dominus soli* para edificar, al objeto de excluir la aplicación de las opciones del artículo 361 del Código Civil, es la *STS de 15 de marzo de 2000*, que afirma:

«El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4.º LECiv, alega infracción del artículo 361 del Código Civil, pues no se aplica en caso de que entre el constructor y el dueño del terreno existan vínculos, relaciones jurídicas o negocios que le faculten para construir en suelo ajeno. *Esto es lo que ocurre en el caso litigioso, en el que el recurrente procedió mediante autorización que le dio la dueña del terreno en documento privado, que generó en su favor un derecho superficiario.*

¹² Así lo han defendido, entre otros, LÓPEZ VILAS, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, Tomo I, Madrid, 1991, pág. 1007; ALONSO PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Fórales*, tomo V, vol. 1, Madrid, 1990, págs. 326-327.

El motivo se desestima *porque* la base fáctica en que se asienta su argumentación (autorización escrita de la actora, hoy recurrida) es contraria a la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia, *que no estimó acreditada la autenticidad (Fundamento Jurídico 4.º). No hay ningún motivo del recurso en que se acuse de error de derecho en la valoración de la prueba, sólo una exposición de la propia y subjetiva del recurrente, que olvida que la casación no es una instancia más del pleito.*

La desestimación del primer motivo conlleva necesariamente la del segundo, fundamentado en que la autorización dio vida a un derecho de superficie.

El motivo tercero, al amparo del artículo 1692.4.º LECiv, acusa infracción del artículo 7 del Código Civil, y en él se detallan las consecuencias que se derivarían del hecho de que la actora no hubiese dado autorización para construir.

El motivo se desestima, pues aparte de que la sentencia recurrida, con la aplicación del artículo 361 del Código Civil protege los derechos del recurrente; aparte de que también declara que la construcción se hizo a ciencia, vista y paciencia de la actora, por coherencia con la desestimación de los motivos anteriores ha de proceder la de éste, pues no se ha probado que existiese tal autorización escrita».

Como puede comprobarse, la sentencia acaba aplicando la solución prevista en el artículo 361 del Código Civil, al no probarse la existencia de un derecho de superficie concedido por el propietario del suelo, ni una autorización en general de éste para edificar.

También, la *STS de 18 de julio de 1990*, referida a un derecho de sobre-elevación, excluye la aplicación del artículo 361 a un supuesto de vinculación contractual entre constructor y dueño del suelo, aduciendo al efecto que el citado precepto «*contempla por definición, el supuesto de que quien planta, edifica o siembra no está vinculado al efecto con el propietario del suelo por una relación obligatoria contractualmente asumida*». La razón de esa exclusión era, en realidad, que se trataba de un contrato en el que se otorgaba al edificador un derecho de sobre-elevación de un edificio, o sea, que era un negocio en el que la facultad de edificar constituía el objeto mismo del contrato, por lo que prevalece lo pactado sobre el precepto legal.

b) *Un arrendamiento o un arrendamiento ad meliorandum o con facultad de hacer mejoras o cambios en el terreno*

La *STS de 14 de abril de 1998* expresamente analiza las facultades del arrendatario a quien contractualmente se concedió la facultad de hacer obras de edificación en el terreno. *La sentencia, sin hacer manifestación explícita de excluir la aplicación del artículo 361 del Código Civil, aplica los artículos 451 y siguientes*, considerando al arrendatario poseedor de *buena fe*, incluso después del requerimiento para la restitución, y *le otorga un derecho de retención a su favor* (que por esencia, es un derecho sobre cosa ajena), hasta tanto se le abonen los gastos necesarios de construcción realizados.

Véase también la *STS de 2 de enero de 1928* (sobre arrendatario de finca con chalet y huerto, que es autorizado por el dueño a construir un pabellón con destino industrial; el propietario no es dueño de la nave mientras no ejerzte la opción del artículo 361, por lo que no prospera la tercería de dominio interpuesta por él). En contra (aunque *obiter dictum*), así como la *STS de 5 de marzo de 1959*, la cual cita las *SSTS de 23 de mayo de 1946 y 23 de mayo de 1951* (referidas, sin embargo, a posesión, no a accesión).

c) *Un arrendamiento de obra*

La doctrina también suele excluir la aplicación de los artículos 361 y siguientes los supuestos en que el edificador hubiera estado vinculado con el *dominus soli* mediante un contrato de obra, en la medida en que lo normal es que expresamente en el contrato se haya previsto quién ostentará derecho sobre lo edificado.

Apenas existe jurisprudencia que aluda a este supuesto. No obstante, la *STS de 17 de diciembre de 1988* alude al supuesto de edificación de un anejo a un edificio por parte del arquitecto y constructor del edificio, cuando aún no se había constituido la propiedad horizontal. *El TS consideró aplicable el artículo 361 del Código Civil, manifestando que era un constructor de buena fe, a pesar incluso de conocer que el terreno no era de su propiedad y de que el anejo construido no estaba incluido dentro del proyecto de edificación aprobado* y que sirvió de base al acuerdo. La solución dada parece tener su base, no tanto en el hecho de que el edificador estuviera vinculado mediante un contrato de obra con los propietarios, cuanto en el hecho de que se trataba de la construcción de un local en el patio del edificio construido, sobre el cual se discutía específicamente acerca de su propiedad, que no formaba parte propiamente del objeto encargado por aquellos, por lo que técnicamente no se puede considerar que hubiera respecto del mismo un vínculo contractual.

En todo caso, como ya hemos mantenido en otro lugar¹³, somos partidarios de que, aun existiendo un contrato de obra entre *dominus* y constructor, podrían aplicarse los artículos 361-364 del Código Civil, cuando no hubiera una previsión específica en el contrato sobre la situación de lo edificado.

d) *Una concesión administrativa*

En tales supuestos, suele ser lo usual que la entidad pública otorgante de la concesión incluya, dentro del Pliego de Condiciones generales o particulares,

¹³ RUIZ-RICO RUIZ, *Las garantías del contratista de inmuebles*, Universidad de Jaén, 1995.

En esta misma línea se expresa CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi y accesión*, Madrid, 1986, pág. 208.

que el concesionario perderá de forma automática, normalmente en el momento de la reversión o denuncia de la concesión, las construcciones, instalaciones y materiales colocados en el inmueble donde se desarrolla la concesión, normalmente también sin derecho a indemnización.

No obstante lo anterior, la *STS de 11 de junio de 1985*, en una concesión en zona marítimo-terrestre, en la que el concesionario había sido expresamente autorizado para construir en esos terrenos un edificio destinado a salazón y conserva de pescado, *no niega la aplicación del artículo 361 del Código Civil al concesionario, al que no duda en calificar como de buena fe*, con la matización de que, al ser terrenos de dominio público, no cabe la opción de obligar al edificador a pagar el precio del terreno, sino sólo la de quedarse con lo edificado, abonando su valor al concesionario que edificó.

La solución adoptada es dudosa en cuanto que no por el solo hecho de actuar de buena fe (con autorización del *dominus*) basta para aplicar directamente el artículo 361 del Código Civil, sino que *habrá que recurrir al título mismo, para saber si en él está expresa o implícitamente excluida la aplicación de las reglas de la accesión*, lo que seguramente sucedería en el presente caso, pues es difícilmente concebible que el Estado tuviera interés en adquirir unas instalaciones futuras dedicadas a industria pesquera, asumiendo funciones de empresario, y teniendo que abonar además el valor de lo construido. Dicha solución sólo estaba justificada en el presente caso por el hecho de que el Abogado del Estado no había alegado nada sobre el artículo 361 del Código Civil, por lo que no planteaba una posible inaplicación de la dicha norma, y sólo se remitía a las reglas posesorias (arts. 453 y 454 CC) en cuanto a la valoración de la construcción.

Véase también la *STS de 4 de julio de 1985*.

Asunto distinto es cuando el concesionario ha incorporado elementos o equipos de propiedad de un tercero, siendo lo usual en tales casos otorgar igualmente preferencia al derecho de la Administración concedente, por encima de ese tercero, incluso aunque éste dispusiera de una reserva de dominio, en tanto la misma fuese desconocida por la Administración o no estuviese publicada registralmente. Al efecto, puede verse la *STS de 26 de mayo de 1995*.

e) *La constitución de una sociedad civil o de hecho entre el propietario del suelo y los edificantes*

Ejemplo de esta situación lo constituye la ya citada *sentencia de 18 de abril de 1986*, en donde se denegó la aplicación del artículo 361 del Código Civil a quienes construyeron un edificio destinado a granja avícola mediante acuerdo con la propietaria del suelo y su marido, para la explotación conjunta del nuevo edificio, de tal modo que, además, los materiales no podían considerarse propiamente como ajenos, sino en parte de la propietaria del terreno.

f) *Acuerdos de precario o comodato, o en general los casos de autorización de las obras por el dueño del suelo*

Así lo reconoce de forma más o menos abierta la *STS de 25 de noviembre de 1985*, que *deniega el recurso al artículo 361 del Código Civil*, en un caso en que la propietaria era la madre de la persona que había venido ocupando con su consentimiento la vivienda y había realizado determinadas obras de reforma y mejora en la misma:

«...A lo que debe añadirse, con igual efecto de haber de desestimarse este motivo, que, aun dando por bueno que la edificación en suelo ajeno que se cuestiona no está sujeta al régimen de los artículos 360 a 365 del Código Civil por no ser caso de accesión aquél en que el dueño del terreno la consiente (como indudablemente ocurrió en el que se juzga, dado que la madre no se opuso inequívocamente a las obras iniciadas en mil novecientos cincuenta y ocho, hasta septiembre de mil novecientos ochenta) por lo cual no era de aplicar el artículo trescientos sesenta y uno...».

En estos casos de existencia de autorización del propietario del suelo a familiares cercanos, *habría que resolver siempre con carácter previo si esa autorización no era en realidad una suerte de construcción del mismo propietario, a través de otro, pero con materiales de este último*, con lo que *entraría en funcionamiento el artículo 360 del Código Civil como más directamente aplicable al caso*, sin que entonces se pudiera plantear un problema de atribución dominical, sino sólo, en su caso, de resarcimiento de los materiales y trabajo invertidos, tal como prevé la citada norma.

En cambio, la *STS de 17 de junio de 1999 parece aplicar el artículo 361 del Código Civil* a un caso en que se construye segunda planta sobre edificio preexistente, siendo edificante la sociedad conyugal de marido y mujer, y siendo esta última hija de los propietarios del suelo y del edificio sobre el que se levantó. *El Tribunal Supremo no tiene duda de que se puede aplicar el artículo 361 del Código Civil a pesar de existir una autorización o vínculo previo entre el dominus soli y los constructores*, a los que además tampoco duda en considerar de buena fe.

En sentido similar, la *STS 15 de febrero de 1999*, la cual, seguramente confundiendo la buena fe, por haber aquiescencia o autorización para construir por parte de los dueños del terreno, con la aplicabilidad del artículo 361 del Código Civil, recurre finalmente a dicha norma para resolver un supuesto de construcción con autorización del *dominus soli*:

«Tampoco el demandante tiene derecho a una declaración de propiedad en su 35 por 100 hereditario, por otra razón. La vivienda unifamiliar a que se refiere el petitor de la demanda no fue propiedad del causante; tal como declara probado la sentencia de instancia, éste edificó a su costa una vivienda en terreno propiedad de los cónyuges demandados, la cual, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 358 Código Civil y el principio romano *superficies solo cedit*, pertenece al dueño del terreno, es decir, de los demandados, no del causante del demandante. Partiendo de este principio, *debe aplicarse el artículo 361 Código Civil*, la accesión inmobiliaria en suelo ajeno con materiales propios, que da opción al dueño (los demandados en este caso) a hacer suya la edificación pagando una indemnización o bien evitar la accesión obligando al que edificó (o a sus herederos) a pagarle el precio del terreno. *Para lo cual es precisa buena fe y ésta existe cuando se construye con la aquiescencia y beneplácito del dueño del terreno (que es el caso presente)*. Cuando se produce esta situación, el dueño (los dueños, los cónyuges demandados) no adquiere automáticamente la propiedad del todo resultante de la edificación y el terreno, sino que tiene un derecho potestativo que le permite optar entre hacer suyo el todo resultante —terreno y obra— *previo pago de indemnización u obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno...*».

También cabe citar, sobre comodato o precario, la *STS de 18 de marzo de 1948*, o la *sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de octubre de 1996*. Véase también la *STS de 31 de octubre de 1985*, sobre vínculos afectivos entre *dominus* y constructor; o la *sentencia del TSJ de Cataluña de 1 de marzo de 1993* (caso de hijo constructor que modifica el inmueble mientras convivía con sus padres: aquí la relación jurídica sería, no la convivencia misma, que en nada afecta a la accesión, sino la autorización *ad hoc* expresa o tácita del padre, dueño de la finca). También sobre precario, se puede citar la *STS de 22 de marzo de 1978* (que declara la mala fe por ser consciente el edificador que usaba gratuitamente el inmueble ajeno poseído en precario). Sobre mera tolerancia y artículo 361 del Código Civil, véase igualmente la *STS de 5 de enero de 1958*.

g) *Supuestos de contrato de renta vitalicia*

La *STS de 22 de septiembre de 1988* se refiere a este supuesto, aunque aquí se deniega la aplicación del artículo 361 porque la edificación se había concluido antes de la transferencia dominical derivada del susodicho contrato.

h) *Supuestos de nulidad de contrato*

Cabe citar al efecto la *STS de 14 de junio de 1976*, donde se analiza un supuesto de nulidad de contrato atípico de cesión de tierras para plantación de olivar, que es declarado nulo por simulado, aplicándose el artículo 361 del Código Civil. Este supuesto entraría directamente en el ámbito del artículo 361 del Código Civil, por no existir vínculo contractual verdadero, y dado el efecto retroactivo de la nulidad declarada. La particularidad del caso reside en que el régimen del artículo 361 se aplica y prevalece sobre el artículo 1.303 del Código Civil, regulador de los efectos de la nulidad.

Véase también *STS de 18 de octubre de 1996* (afirma *obiter* o incidentalmente que los arts. 353 y sigs. no se aplican si hay relación de arrendamiento o usufructo, por tener regulación propia en los arts. 1573 y 487).

2.7. PARTICULARIDADES DE LA ACCESIÓN EN CASOS DE COMUNERO QUE EDIFICA EN UN TERRENO EN COPROPRIEDAD O EN ZONA COMÚN DE EDIFICIO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

La doctrina y la jurisprudencia han dedicado un tratamiento singularizado al supuesto de edificador comunero que construye sobre terreno común, ya sea en una comunidad de bienes ordinaria, ya en una propiedad horizontal.

En este ámbito, la doctrina suele destacar la importancia que presenta el artículo 397 del Código Civil a la hora de adoptar una solución al caso planteado. En efecto, de conformidad con el artículo 397 del Código Civil: «*Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ella pudieran resultar ventajas para todos*». Ello lleva a cierto sector doctrinal¹⁴ a afirmar que, por encima de las reglas de la accesión se halla esta norma, más especial, que determinaría la imposibilidad de acoger como edificador de buena fe al comunero o copropietario que construye edificación en terreno común sin consentimiento de los demás condueños; salvo casos especiales. Dicho de otro modo, cada comunero dispondría, según este precepto legal, de un derecho de veto o *ius prohibendi* respecto de cualquier posible alteración de la cosa común (y la edificación sería una alteración más) acometida por otro comunero, por lo que dicha norma prevalecería sobre los artículos 361-364 del Código Civil, en cuanto que los restantes comuneros no podrían verse vinculados por el ejercicio de una acción *ex artículo 361* del Código Civil del comunero edificador.

Al respecto, se cita la doctrina jurisprudencial contenida en la *STS de 1 de marzo de 1979*, en cuanto hace hincapié en el hecho de que existe un *ius prohibendi* en las situaciones de comunidad que harían inviable la aplicación de las reglas de la accesión: «*Que asentado —dice dicha sentencia— el régimen de la propiedad horizontal sobre la entidad física del edificio o finca que le sirva de soporte, la normativa legal consagra un ius prohibendi de las innovaciones en los elementos comunes, descartando el aprovechamiento exclusivo por uno de los propietarios sin el consentimiento unánime de los restantes, conforme a lo imperativamente ordenado por los artículos 5.º, párrafos 3.º y 4.º, 7.º párrafo 2.º, 11 y 16, norma 1.ª, de la Ley de 21 julio 1960, según esta Sala*

¹⁴ CARRASCO PERERA, CCJC, núm. 19, pág. 69, para quien por principio, un comunero no puede ser constructor de buena fe, con base en lo dispuesto en el citado artículo 397 del Código Civil.

tiene declarado —sentencias de 21 de mayo de 1970, 7 de mayo de 1974 y 9 de junio de 1975—, preceptos que responden a la misma orientación fundamental que el artículo 397 del Código Civil, por lo que sin la autorización de la totalidad de los interesados no viene permitido a uno sólo de ellos innovar la configuración o estado exterior del inmueble...».

Debe advertirse, sin embargo, que dicha sentencia se refiere a un supuesto de propiedad horizontal, no de copropiedad, en el que un condeño había efectuado determinadas obras en su local y en la fachada, sin consentimiento de la comunidad, es decir, se trataba de simples cambios o reformas, y no de construcción de un nuevo edificio, por lo que no existía propiamente una cuestión de atribución del dominio. Resulta además relevante el que esta misma sentencia, en su siguiente Fundamento de Derecho, llega a afirmar la absoluta preponderancia de las normas de la Ley de Propiedad Horizontal, en particular las relativas a toma de acuerdos e imposibilidad de realizar unilateralmente innovaciones en elementos comunes, sobre las reglas legales de la accesión¹⁵.

En esta dirección, además, y en cuanto a la exigencia de buena fe, parece existir también una *tendencia a denegar con carácter general al comunero la consideración de posible edificador de buena fe*, precisamente porque, siendo condeño, debería ser plenamente consciente de que el terreno no le pertenecía en exclusiva y por tanto, carece de facultades para edificar, si no hay consentimiento o autorización de los demás. Desde el punto de vista de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, también existen sentencias que se pronuncian en esta dirección de excluir la buena fe del condeño que edifica. Por ejemplo, cabe citar la *STS de 27 de diciembre de 1980*, aunque se trata de un *obiter dictum*¹⁶.

¹⁵ En particular se afirma literalmente por dicha sentencia, sentando el carácter excluyente de las normas de la Ley de Propiedad Horizontal, sobre cualesquiera otras, con base en la especial configuración de los intereses en juego en ella: «...Las normas sobre accesión en bienes inmuebles no son apropiadas, ni aun por aplicación analógica, para disciplinar el juego de los diversos intereses en una institución *sui generis* como es la propiedad horizontal, gobernada por una específica normativa que regula minuciosamente la amplitud y límites de los derechos en cuanto a los pisos y a los elementos comunes; d) *No existe vacío legal en punto a las construcciones abusivas realizadas por un titular en la propiedad horizontal, sino que lo edificado contraviniendo lo dispuesto en la Ley específica habrá de ser demolido si así lo instan los demás propietarios como medio radical de corregir lo mal hecho, reponiendo la situación a su estado originario, según lo entendió ajustado esta Sala en los casos resueltos por las sentencias de 26 de junio de 1975 y 13 de mayo de 1976».*

En buena medida, lo que viene a mantenerse es que es de esencia a toda propiedad horizontal el régimen dominical propio de la misma, de modo que dicha propiedad especial no funcionaría adecuadamente si se aplicasen las reglas generales del Código Civil, entre ellas las de la accesión, a casos como el analizado de realización de reformas en elementos comunes, sin autorización, y el comunero constructor pudiera ampararse en su hipotética buena fe (presunta), para justificar dichas reformas unilateralmente realizadas.

¹⁶ Literalmente afirma dicha sentencia: «...La presunción legal de buena fe del constructor quede inequívocamente desvanecida, situación que es justamente, la del presente caso en que siempre según la sentencia impugnada no sólo a través de sus propios hermanos

Por nuestra parte, creemos que *la buena fe del comunero y en general la aplicación de las normas sobre accesión de buena fe, no puede descartarse en todos los casos*, ya que pueden darse situaciones donde estaría plenamente justificada la posición del comunero. Por ejemplo, es imaginable que aquél construya con cargo a su propio patrimonio, por considerar que entre todos los comuneros había ya un pacto tácito de disfrutar cada uno de ellos de determinadas zonas del terreno común, lo que suele ser relativamente habitual en la práctica (aunque luego no conste documentalmente y sea de difícil prueba): O bien es imaginable que el comunero crea erróneamente que los demás le habían cedido su derecho de uso sobre todo o parte del terreno, o bien que entienda equivocadamente que tenía autorización de los otros comuneros, y que construía para la comunidad. En este último supuesto, aun cuando la existencia de autorización no implicase un derecho del comunero a reclamar de los demás el reembolso de su parte proporcional, *ello no excluiría la aplicación del artículo 361 del Código Civil en cuanto a la cuestión estrictamente dominical*, de modo que la propiedad de lo construido pasaría a ser de todos los comuneros, en la proporción correspondiente a sus cuotas, cuando cada uno de ellos abonase al comunero edificante la parte de valor del edificio correspondiente a su cuota.

La *STS de 16 de diciembre de 1988* viene a establecer de modo implícito pero bastante claro el criterio de que, en las comunidades de bienes, cuando el edificante es uno de los comuneros (en el caso, era un comunero que además se había asignado la propiedad del terreno sobre el que construyó el edificio, a pesar de no existir división material del mismo, sino cuotas ideales), *lo usual es que se aplique la solución del artículo 361, por remisión del artículo 364 del Código Civil, al considerar que hubo mala fe de ambas partes, incluidos los restantes comuneros, por cuanto estos no se han opuesto a la construcción y han permitido su terminación, a pesar de ser condeños y haber debido conocer lo que se estaba haciendo, con un mínimo de diligencia*. Afirma dicha sentencia:

«El motivo 2.º, al amparo del artículo 1692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 361, 453 y 454 del Código Civil, en cuanto se entiende que se ha procedido a una división de la comunidad, por una vía inadecuada. Sin embargo, la sentencia, ha seguido la línea más práctica en la conformación de lo que fue pedido, dentro de su fundamentación jurídica de base que consiste en apreciar la existencia de la copropiedad primitiva, la apropiación, por unos comuneros, de lo que era ajeno, puesto que ellos no tenían

había sido, el demandado, advertido en su día, de que estaba edificando sobre finca que no le pertenecía, por ser propiedad de su sobrina, la demandante, cuyo padre, largo tiempo atrás había edificado a su costa la planta baja en la que vivió con su esposa e instaló su negocio de panadería, extremos que también le constaban al recurrente, sino que él mismo, el recurrente, no ha dejado de alegar, en reiteradas actuaciones procesales, una situación de condominio sobre el inmueble incompatible con cualquier posesión excluyente de buena fe frente a los demás condominios».

sino un derecho sobre cuotas ideales, no sobre trozos de terreno, una buena fe resultante de la aplicación del artículo 364-1.^º del Código Civil, y la lógica indemnización a quienes no consintieron la edificación, *solución basada en el principio interpretativo de la eficacia*, preferible a la artificiosa de indemnizar a la comunidad y detraer de la indemnización la parte correspondiente a quienes han de pagarla, *con lo que se produce, finalmente, una solución justa y de total claridad en la ejecución*».

Dicha sentencia además plantea —aunque no se contienen en ella afirmaciones expresas de relevancia— la cuestión de la valoración económica en casos de comunidad, y da por buena la solución dada por la Audiencia Territorial de obligar a aquellos comuneros que no autorizaron las obras a pagar su parte proporcional en el coste de las mismas, pero a la vez les asigna a estos, como indemnización, una renta proporcional a su cuota a computar desde la fecha de realización de las obras hasta la liquidación final del valor de lo edificado.

A la misma conclusión anterior sobre la aplicación del artículo 364 del Código Civil parece llegar también la *STS de 3 de diciembre de 1986*, que afirma:

«...Por último, tampoco es exacto el argumento contenido en el motivo tercero en orden a la que se dice declarada buena fe de la actora en el segundo considerando de la sentencia recurrida, dado que lo en él expresado es que si frente a lo que se deja indicado en el apartado precedente se admite que la recurrente edificó en la otra parte del solar, a la existencia de buena fe por su parte “se opone en principio el saber que el mismo figuraba inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de los restantes copropietarios, o bien excluyendo esa buena fe, tanto para la constructora y sus oponentes, teniendo en cuenta que la edificación se realizó a la vista, ciencia y paciencia de los restantes condeños, sin oponerse, lo que por aplicación del artículo 364 del Código Civil, compensándose las culpas, cual si todos hubieran procedido de buena fe, habría que entrar de nuevo, para el caso de autos en la aplicación del artículo trescientos sesenta y uno”».

Por su parte, la *STS de 30 de septiembre de 1982* viene a reconocer el derecho de propiedad del comunero (titular de una cuota dominical del 50 por 100 de la propiedad) que edificó en terreno común, sobreponiendo incluso una superficie superior al 50 por 100 del total del terreno, frente a la pretensión del otro comunero (demandado) titular del restante 50 por 100 de cuota de que se declarase que tanto el suelo como la edificación son de propiedad común de ambos en el mismo porcentaje. En la base de esta sentencia se halla igualmente la idea de que no tiene por qué considerarse como edificador de mala fe al comunero que construye en terreno común.

Finalmente, también a favor de la admisión al comunero como constructor de buena fe, cabe citar la *STS de 13 de diciembre de 1985*, en cuanto obliga a una Comunidad de propietarios a indemnizar a varios comuneros que habían efectuado obras de acondicionamiento de un pozo de propiedad común, sito en el suelo de uno de estos comuneros.

Tratando de dar una respuesta a las dudas generadas por una jurisprudencia un tanto vacilante en este asunto, aunque mayoritariamente inclinada a admitir la aplicación de los artículos 361 y siguientes del Código Civil a las obras de construcción de un comunero, podemos concluir lo siguiente:

- En primer lugar, debe separarse netamente lo que es la cuestión estrictamente dominical de lo que es el aspecto indemnizatorio.
- Respecto de la propiedad, no existen razones para hacer de peor condición al comunero o copropietario que cualquier otro tercero que edifica en terreno ajeno, por lo que, en la medida en que actúe de buena fe, se le deben aplicar las normas sobre accesión, manteniendo que el comunero ostenta una propiedad provisional sobre lo edificado, mientras no se pague el valor de lo construido por los otros comuneros, y cuando así suceda, se constituirá una copropiedad por las mismas cuotas sobre todo el conjunto. No parece tampoco razonable que se excluya la aplicación de los artículos 361-364 del Código Civil, por faltar hipotéticamente el presupuesto de que el terreno construido sea de propiedad «ajena» (en este caso, parcialmente ajena).
- Por otro lado, entendemos que el artículo 397 del Código Civil debe ser relevante a otros efectos distintos de los dominicales sobre asignación del dominio sobre lo edificado, propios de los artículos 361 y siguientes del Código Civil, en cuanto regulador de la exigencia de unanimidad para la toma de acuerdos previos sobre modificación de la cosa común. Pero dicha norma no puede considerarse prevalente en todo caso, para la resolución de una cuestión dominical como la derivada de las normas sobre accesión.
- A efectos de valorar la buena o mala fe del comunero, resultará especialmente relevante, en los casos de copropiedad, la actitud que de forma inmediata, en los días o semanas posteriores al inicio de las obras, adopten los demás comuneros, en cuanto que una falta de diligencia de estos últimos, llevaría a aplicar el artículo 364 del Código Civil, y por tanto, la compensación allí prevista, remitiendo a la regla del artículo 361 del Código Civil (constructor de buena fe).
- En supuestos de propiedad horizontal, la situación debe ser aún más estricta, por cuanto existen órganos específicamente destinados al control y supervisión del estado de los elementos comunes (Administrador, Presidente), de modo tal que una falta mínima de diligencia, conlleve la aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 364 del Código Civil.
- Del mismo modo, aun habiendo oposición de alguno de los condueños, será muy relevante la conducta de los mismos previa al comienzo de la edificación, en cuanto una negativa u oposición a la misma, cuando

antes había habido un cierto reparto o asignación de usos, podría ser un *venire contra factum proprium*, que no justificaría una hipotética mala fe del comunero edificador. Y respecto de aquel comunero que no consintió la alteración, ni expresa ni tácitamente, no parece razonable concederle un derecho a alegar la posible mala fe del edificador, con base en la aplicación del artículo 397 del Código Civil, como sostiene algún autor¹⁷, si resulta que tuvo en todo momento posibilidad de conocer la obra, y de oponerse a la misma, y dejó que se siguiera adelante.

- Finalmente, existiendo buena fe del comunero edificador (o mala fe de ambas partes), aquél tendrá derecho al pago por los restantes comuneros de la parte proporcional del coste de las obras acometidas, con posibilidad de estos, como se vio más arriba, de obtener una compensación en renta del uso que el comunero edificador haya hecho de suelo y edificio durante el tiempo anterior a la liquidación de la situación.
- Lo que no ha resuelto la jurisprudencia en los casos en que se ha planteado, es cómo se decide la opción a ejercitarse por los comuneros entre las dos que concede el artículo 361 del Código Civil, si por unanimidad o por mayoría de cuotas. Todo parece indicar que debe ser por mayoría, precisamente porque las obras las hizo uno de ellos, quien además no debe participar en la toma de decisión, por existir conflicto de intereses con los restantes comuneros.

2.8. ASPECTOS PROCESALES EN LA ACCESIÓN INDUSTRIAL INMOBILIARIA: IMPOSIBILIDAD DEL *DOMINUS SOLI* DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA MIENTRAS NO EJERCITE LA OPCIÓN

- a) *Jurisprudencia que niega la posibilidad de ejercicio de acción reivindicatoria del dominus soli, frente al tercero edificador de buena fe, si no ejercita previamente alguna de las opciones previstas en el artículo 361 del Código Civil*

Es usual que la jurisprudencia reconozca que el *dominus soli* no puede reivindicar el inmueble junto con lo edificado frente al tercero constructor, si en la misma demanda no ha ejercitado la opción concreta del artículo 361 del Código Civil de quedarse con lo edificado pagando su valor.

En esta línea, se manifiestan las *SSTS de 27 de diciembre de 1980, 23 de noviembre de 1981* (aunque *obiter*), *3 de abril de 1992* y *18 de mayo de 1999*. Esta última, la *STS de 18 de mayo de 1999*, afirma literalmente:

¹⁷ CARRASCO PERERA, CCJC, núm. 19, pág. 71.

«...En el presente supuesto no procede estimar... la ejercitada acción reivindicatoria cuando la cuestión litigiosa es constitutiva de una situación de accesión prevista y regulada en el artículo 361 del Código Civil, que requiere el previo ejercicio por la actora de la opción que dicho precepto establece».

Dicha STS de 18 de mayo de 1999, todavía conforme a la anterior legislación procesal, consideró que, mientras no se ejercite la opción, no cabe el ejercicio de una acción reivindicatoria respecto de lo accedido.

Se trata de *una solución en parte discutible*, puesto que *la opción podría ir ya implícita en el ejercicio de la acción reivindicatoria, en la medida que se entendiese por parte del actor que el edificador había obrado de mala fe*, y por tanto, no tendría derecho a nada, conforme al artículo 362 del Código Civil. No obstante, sí es cierto que, en tales circunstancias, *debería cuando menos alegar en su fundamentación jurídica el artículo 362 del Código Civil y la consideración del edificador como de mala fe*, ya que de otro modo el tercero demandado no tendría medio de conocer el origen o causa del derecho de propiedad esgrimido por el reivindicante sobre la edificación, y por tanto si considera al demandado como edificador de buena o de mala fe, *causándole de ese modo una grave indefensión*.

Reiterando el mismo criterio de la STS de 18 de mayo de 1999, cabe citar también la *STS de 19 de julio de 1999*.

Por su parte, la *STS de 3 de abril de 1992* (en un caso de extralimitación sobre el vuelo ajeno), aplicando la anterior normativa procesal, admite excepcionalmente, por razones de economía procesal, que, habiendo ejercitado el *dominus* una acción reivindicatoria y no habiendo reconvenido el edificador de buena fe, pueda no obstante declararse por la sentencia el derecho de este último a quedarse con el vuelo ajeno con pago de indemnización, que se fijará en ejecución de sentencia.

Esta posibilidad queda hoy vetada con la vigente LEC, al excluirse por la misma las reconveniones implícitas y exigirse por la misma que se concrete en la demanda la cuantía de lo reclamado (aquí, el valor del vuelo invadido), con base en los artículos 406 y 219.1 de la LEC.

En un sentido algo distinto, y también antes de la vigente LEC, la *STS de 16 de junio de 1998* admitió en parte la demanda de reivindicación ejercitada por una Comunidad de propietarios frente a la empresa constructora del edificio, que, con posterioridad a la terminación y enajenación de las viviendas, hizo obras en el subsuelo para construir determinados locales comerciales. En la demanda se alude a que el suelo es elemento común y no tenía derecho a construir en el subsuelo, pero en ningún momento se ejercita la opción del artículo 361 del Código Civil. La sentencia del TS, concediendo cosa distinta de lo solicitado en la demanda (como se comprueba comparando el Suplico de la demanda con el Fallo de la sentencia de Casación), estima la demanda de reivindicación, pero

no alude a la mala fe del constructor, ni aplica directamente ni el artículo 361 del Código Civil ni tampoco el artículo 362 del Código Civil, ya que considera que hubo mala fe por parte de la Comunidad de propietarios actora, al acometerse las obras a su vista, ciencia y paciencia, sin impedirlas, con lo que finalmente resuelve con base en el artículo 364 del Código Civil (cuando la actora en ningún momento pedía, ni de forma principal ni subsidiaria, que se le permitiese quedar con lo construido, previo pago de su valor).

Por su parte, también de forma excepcional, la *STS de 29 de octubre de 2007* parece admitir la procedencia de una demanda de reivindicación por parte del *dominus soli* (en el caso, había adquirido el terreno en subasta pública, estando ya realizada la edificación, aun cuando al parecer no se valoró la misma), a pesar de la posible aplicación de las reglas de la accesión, cuando resultó que el demandado (edificador) sólo se opuso a la demanda y no interpuso reconvenCIÓN para solicitar del Juzgado que se obligase al *dominus* a abonar el valor de la edificación:

«No obstante, interpretando que la cita se refiere exclusivamente al artículo 361 del Código Civil, tampoco podría ser estimado el motivo tercero. Dicha norma establece que “el dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente”, lo que comporta el reconocimiento de un derecho de opción a favor del dueño del terreno en uno u otro sentido que, si se dieran los presupuestos necesarios para ello, podría haber permitido al hoy recurrente ejercer frente a la parte demandante la oportuna acción para exigirle el ejercicio de tal opción, lo que no se ha efectuado en el presente caso. Lo que no permite la indicada norma es que, al amparo de la misma y alegando simplemente la concurrencia de buena fe en la edificación, se pueda impedir la entrega material de la finca a quien por título de compra en subasta judicial la ha adquirido».

En el caso, parece deducirse que el edificador lo fue quien era con anterioridad propietario de la finca finalmente vendida en subasta, lo que impediría la aplicación del artículo 361 del Código Civil en todo caso, al faltar uno de sus presupuestos más arriba señalados, a saber, que un sujeto no dueño construyera en suelo ajeno, y no en suelo propio, como en este caso. A lo sumo, en tales circunstancias, el edificador propietario podría ejercitar una acción de enriquecimiento, en la medida en que se demostrase que no se tuvo en cuenta la valoración de lo edificado, al tasar el terreno para la subasta.

En todo caso, sean cuales sean las circunstancias, nada impide al *dominus soli* limitar su acción a pedir (como acción meramente declarativa, o como declaración previa de la reivindicatoria) la declaración de su dominio sobre su finca en general, o sobre el suelo ocupado por la edificación ajena, e incluso pedir la adopción de medidas restitutorias de la posesión, en tanto se trate de

aspectos que no estén condicionados por el ejercicio de la opción adquisitiva, pero debe ser una demanda dirigida frente a un tercero distinto del edificador. Si se dirige frente a este último, debe siempre y en todo caso ejercitarse expresa o implícitamente alguna de las opciones del artículo 361 del Código Civil.

b) *Cuestiones de cosa juzgada*

La *STS de 11 de marzo de 1985*, en un caso *a priori* de accesión invertida luego calificada por el Tribunal Supremo como accesión inmobiliaria general por haberse edificado las 2/3 partes en terreno ajeno, analizaba, conforme a la antigua normativa procesal, la cuestión de si había o no eficacia de cosa juzgada cuando en un primer procedimiento se solicitó no sólo la declaración de dominio sobre el terreno edificado por el tercero, sino también la pretensión de demolición de lo edificado, a lo que se accedió mediante sentencia judicial firme; con posterioridad se interpone por parte del edificador una demanda declarativa aduciendo que no se había ejercitado la opción prevista en el artículo 361 del Código Civil, y por tanto solicitaba el pago de la indemnización del valor de lo construido. El TS, con buen criterio, entiende que hay cosa juzgada material, por entender que la cuestión es la misma al del primero de los procedimientos, y por ello desestima el recurso de casación interpuesto.

Esta sentencia plantea en buena medida las posibilidades que pueden plantearse en cuanto a posibles pretensiones de las partes, pero nos obliga a la adaptación a la vigente legislación procesal:

1. En primer lugar, la citada STS parece admitir, según la antigua normativa, una demanda en la que se pretenda por hipótesis, de manera independiente, la sola declaración de dominio del propietario del terreno frente al edificador, dejando para un juicio posterior el ejercicio de la opción. Planteada en estos términos, creemos que no es una vía correcta, en cuanto que entendemos que no es posible la sola declaración, sin ejercitarse alguna de las dos opciones que concede el artículo 361 del Código Civil: si el *dominus soli* admite la edificación en su terreno por tercero no dueño, entonces sólo le cabe solicitar la declaración de dominio sobre el conjunto, ejercitando la alternativa de quedarse con lo construido, pero a la vez ofreciendo una indemnización concreta, con una cuantía determinada, que no pueda quedar para ejecución de sentencia, ni para un procedimiento posterior. De otro modo, no se podría estimar la demanda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 219 de LEC. Sólo excepcionalmente, podría estimarse esa demanda si se considerase por el juzgador que la pretensión procesal limitaba su eficacia a una declaración genérica del dominio sobre el solar en su conjunto —esto es, no limitado a la franja o zona edificada—, pero sin que ello tenga

ninguna virtualidad real en cuanto al destino de la edificación, y siempre que no hubiera reconvención por parte del constructor forzando al dueño a elegir una de las opciones del artículo 361. Téngase en cuenta el carácter imprescriptible de la facultad de elección que el artículo 361 del Código Civil concede al *dominus*. En tales casos, sería factible un segundo y ulterior procedimiento reclamando ya bien el edificio, bien la venta forzosa del terreno, sin que hubiera cosa juzgada material.

2. Por otra parte, también podría estimarse la demanda puramente declarativa, sin ejercicio de opción alguna, y sin oferta de pago de indemnización, cuando el actor propietario del suelo estuviese ejercitando su pretensión derivada del artículo 362 del Código Civil, por entender que hubo mala fe del edificador. Esto es lo que de forma implícita sucedió en la antes citada STS de 11 de marzo de 1985, ya que en primer procedimiento se declaró el derecho a quedarse con lo edificado, sin pago de su valor, por calificarse expresa o implícitamente como de mala fe la conducta del edificador. Pero el actor debería alegar y fundamentar su derecho en la mala fe del constructor para evitar la indefensión de éste. Como es obvio, en tales circunstancias, una segunda demanda del edificador pidiendo que se declarase su derecho a adquirir el terreno, debería ser inadmitida, por proceder la excepción de cosa juzgada y ser incompatible la estimación de esa demanda con lo resuelto en procedimiento anterior.
3. Finalmente, cabe imaginar una demanda ejercitada ahora por el edificador, reclamando del *dominus* una concreta de las opciones del artículo 361 del Código Civil, y que éste simplemente se oponga a la misma, sin reconvenir, alegando, por ejemplo, que la elección le corresponde a él, y no al actor. Dicha demanda podría ser desestimada, y no impediría al dueño del suelo ejercitar una segunda en la que ya manifestase su concreta opción *ex* artículo 361 del Código Civil.
4. Fuera de los casos anteriores, en la actualidad, con la vigente normativa procesal (arts. 219, 222 y 406 LEC), si el actor es el *dominus soli*, su demanda deberá articularse de forma unitaria, reclamando alguna de las dos opciones del artículo 361 del Código Civil, de modo que, siendo la primera, debe por fuerza solicitar la declaración de su dominio sobre suelo y sobre vuelo, con ofrecimiento y subsiguiente consignación del valor de lo edificado (en tanto no se niegue la buena fe del edificador); y siendo la segunda, debe solicitar que se declare el dominio de este último sobre suelo y vuelo, previo pago por el constructor del valor de la finca (o al menos del terreno ocupado por el nuevo edificio). Dicho de otro modo, parece hoy día bastante difícil admitir un ejercicio separado, en dos procedimientos sucesivos, de una pretensión de declaración de dominio —ya sea por parte del *dominus soli*, o incluso por parte del

edificante, en demanda o en reconvención— sobre el conjunto formado por suelo y vuelo, y una posterior de fijación de indemnización del valor de lo edificado, o del valor del suelo ocupado.

- c) *¿Puede el edificante de buena fe ser quien ejercite como demandante alguna de las opciones del artículo 361 del Código Civil?*

Como en parte se ha avanzado ya, la posibilidad de interposición, por parte del propio edificante de buena fe, de demanda principal reclamando la opción prevista en el artículo 361 del Código Civil de que el *dominus soli* se quede con lo edificado, abonando una previa indemnización a aquél, está expresamente admitida en la jurisprudencia.

Manifestación clara de esta posibilidad es la *STS de 29 de abril de 1986*, en la que los constructores son los que demandan a los propietarios que les abonen el valor de lo edificado de buena fe por los primeros. La demanda fue, sin embargo, finalmente desestimada, por haberse acreditado que hubo un acuerdo de la propietaria y su marido con los edificantes para instalar en la nueva construcción un negocio de explotación avícola; en suma, porque los materiales no eran propiamente ajenos, sino también en parte de la propietaria del terreno, lo que impedía la aplicación del artículo 361 del Código Civil.

Lo admiten también las *SSTS de 21 de mayo de 1928 y 15 de octubre de 1962*, y algunos autores citan también la *STS de 31 diciembre de 1987*, a favor de esta legitimación, aunque lo cierto es que nada dice ni expresa ni implícitamente la misma al respecto.

Más recientemente, la *STS de 30 de enero de 2007* examina el supuesto de demanda iniciada por el edificante de buena fe, quien en un primer procedimiento había reclamado la adquisición del terreno sobre el que edificó, lo que fue desestimado por el Juzgado y la Audiencia con base en que la facultad de opción no le correspondía a él, sino a los propietarios del suelo. En segundo procedimiento, el mismo edificante reclamó de los propietarios que le abonasen el precio de la edificación, a lo que estos opusieron la excepción de cosa juzgada. El Tribunal Supremo da la razón al demandante (edificante de buena fe), al considerar que no había cosa juzgada, aun cuando las partes fuesen las mismas en los dos procedimientos, pero eran distintos el *petitum* y la causa de pedir. Del mismo modo, alegándose por los propietarios del suelo la vulneración del artículo 361 del Código Civil, en cuanto entendían que debería haberse solicitado la condena a los propietarios de que ejercitaran alguna de las opciones del artículo 361 del Código Civil, el Supremo concluye que no era necesario tal cosa, puesto que en anterior procedimiento ya se había planteado una de las dos opciones, y fue rechazada, por lo que es correcto el planteamiento de ejercitar la otra alternativa en este procedimiento, sin que a los propietarios del suelo les quepa ya optar

por la primera de las opciones, al haberse opuesto expresamente a ella, en la contestación a la demanda del primero de los procedimientos.

- d) *Cuestiones de legitimación pasiva derivadas del ejercicio de la acción por edificador de buena fe, vía demanda o vía reconvención, cuando el inmueble ha sido transmitido a tercer adquirente*

La problemática la ha planteado la *STS de 10 de diciembre de 2004*. En ella se afirma:

«Al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por transgresión del artículo 361 del Código Civil, aplicable para la resolución de la pretensión principal objeto del debate, así como de la doctrina jurisprudencial sobre la prohibición del enriquecimiento injusto, ya que, según denuncia, la sentencia de instancia viene a establecer, al negar la legitimación pasiva en las acciones que reconoce al constructor de buena fe con cobertura en el mencionado precepto, a quien, habiendo sido dueño del suelo, transmite éste y el vuelo construido sobre el mismo a terceros, un vaciamiento de la finalidad protectora de la norma y una consagración del enriquecimiento injusto del dueño del suelo, debido a que si a éste le basta para conseguir quedar indemne de la indemnización al constructor de buena fe prevista por el artículo 361 con optar por hacer suyo lo construido, declarándolo como obra nueva a su favor, y acto seguido, antes de que el constructor de buena fe ejercite sus acciones, transmitirlo a un tercero que resulta amparado por el efecto protector del Registro, se producirían, como ocurre en el presente caso, los siguientes efectos: a) el dueño del suelo quedaría enriquecido con el valor de la obra (en este caso, más de treinta y cuatro millones de pesetas cuando por la adquisición del suelo pagó sólo cuatro), b) el constructor de buena fe resultaría empobrecido en el valor real de su perdida inversión, y c) el tercer adquirente, en la medida en que ha adquirido y pagado, tanto el suelo como el vuelo, de quien aparecía como titular registral de los mismos, quedaría en posición neutral se desestima porque, amén de que no concurren en aquí los presupuestos para la aplicación del citado artículo 361, la demanda se presentó el 8 de mayo de 1991 contra quien no era dueño, pues ha sido acreditado en las actuaciones, mediante la certificación registral aportada, que "Cocatra" transmitió la finca, mediante escritura pública otorgada el 26 de marzo de 1997, a don Cosme, con la subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad en 5 de mayo de 1997».

Lo que late debajo de esta doctrina, es si está correctamente formada la relación jurídica procesal cuando el demandante (en este caso, el edificador) se dirige contra quien ya no es propietario del suelo, por haberlo transmitido a tercero (en este caso, adjudicatario en subasta, previo embargo del *dominus*). Como consideración general, y habida cuenta que los artículos 361-364 del Código Civil resuelven cuestiones de atribución dominical, difícilmente se puede conseguir ese objetivo si no intervienen en el proceso quienes son edificador, por un lado, y *dominus soli* actual, por otro. Por tanto, si ya no es dueño quien lo

era en el momento de construir, la asignación del dominio de suelo o de vuelo, no puede resolverse. Cuestión distinta es en relación a la posible indemnización: si el demandante es quien edificó, no debería haber inconveniente en que pudiera obtener del juez una condena al pago del valor del edificio, en caso de que eso sea lo que solicite, y siempre que pueda acreditar que hubo un enriquecimiento sin causa por parte de ese concreto demandado, a costa del autor de la construcción. Lo que en ningún caso podrá obtener es una declaración judicial sobre el ejercicio de alguna de las opciones del artículo 361 del Código Civil, ya que esa elección sólo le corresponde al dueño actual (al que lo sea en el momento en que se plantee la disyuntiva).

2.9. POSIBLES PARTICULARIDADES DE LA ADQUISICIÓN DE PLANTACIONES Y SIEMBRAS

Hemos dejado para este apartado la cuestión, ya avanzada al inicio del trabajo, de la tendencia a *discernir entre los casos de accesión inmobiliaria por construcción de edificaciones, por un lado, y los de plantación y siembra*, por otro. Aun cuando la ley concede un tratamiento unitario a los tres supuestos, en la práctica no parece que sea así, al separarse el primero de los otros dos.

Prueba de lo anterior es el *tratamiento jurisprudencial diferenciado de la accesión invertida en edificaciones, y en plantaciones o siembras*. Así lo expresa con claridad la *STS de 22 de marzo de 1996*, que afirma, en un supuesto de construcción extralimitada:

«El supuesto de la accesión invertida o construcción extralimitada *en el que la regla* superficies solo cedit es sustituida por la de accessorium sequitur principalmente sólo juega en los casos de accesión inmobiliaria por edificación, no en las de plantación o siembra ya que en estos no se da la invisibilidad que se produce en la edificación entre lo construido y el suelo sobre el cual se construye, y *dada la sinonimia existente entre los vocablos construir, fabricar, edificar y hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, significado que no es atribuible al término plantación; y en este sentido es de ver como todas las resoluciones de esta Sala recaídas sobre esta materia están contemplando supuestos de edificación extralimitada*; es claro que aquella razón de indivisibilidad entre el suelo propio, el ajeno invadido y lo construido sobre ellos, no se da en el caso de la plantación ya que la separación de ambos terrenos, el propio y el ajeno invadido, no implica en modo alguno la destrucción de la plantación que no puede considerarse a estos efectos como una unidad indivisible...».

Es cierto que estos argumentos no son directamente trasladables a los supuestos generales de accesión industrial inmobiliaria, ya que no deja de presentarse el conflicto entre las partes, y la necesidad de atribuir la propiedad del terreno, o de lo plantado o sembrado, a uno de los dos propietarios afectados.

Pero tampoco es menos cierto que lo que subyace al anterior comentario jurisprudencial es el carácter indiscutible del menor valor económico y jurídico que, de forma general, supone la propiedad de las plantas o de las semillas introducidas en el suelo ajeno, en relación al valor de este último, lo que lleva a nuestros Tribunales a no dudar de que son casos susceptibles de ser tratados de forma separada e independiente (aunque ciertamente los arts. 361-364 del Código Civil no lo hagan así).

En suma, *lo que estamos planteando es si resulta razonable, en una interpretación acomodada a la ratio de los artículos 361 y siguientes del Código Civil, aplicar a las plantaciones y siembras los mismos presupuestos y los mismos efectos señalados más arriba para los casos de edificación en suelo ajeno con materiales propios, o si más bien sería defendible aplicar otros.*

En particular, quizás esté justificado —del mismo modo que se sostuvo respecto de las obras de reforma o mejora de edificios preexistentes— *un criterio más simplificador, consistente en entender que el dominus soli adquiere en todo caso, y de forma automática, la propiedad de las plantas y las semillas incorporadas al suelo por sujeto distinto del propietario*, otorgando al mismo directamente un derecho a que se le abone el valor de lo aportado o incorporado al fundo ajeno —en tanto hubiese obrado de buena fe—.

A tal efecto, en esa idea simplificadora que se defiende, *tampoco debería ser necesario, como presupuesto de aplicación del SSC a las plantaciones y siembras, que con carácter previo le sea abonado a su anterior dueño el valor de las plantas o semillas, para que se produzca el efecto transmisor al dominus soli*, de modo que éste podría esgrimir su dominio actual sobre el conjunto frente a cualquiera, sin perjuicio del derecho que ostentaría el antiguo dueño de plantas y semillas al resarcimiento de su valor, como consecuencia del enriquecimiento obtenido por aquél.

Todo ello, además, llevaría inexorablemente a mantener también que, en estos supuestos de plantaciones y siembras, *no debería concederse —por falta de justificación adecuada— la misma facultad de opción que el artículo 361 del Código Civil concede con toda lógica al dominus en casos de edificaciones (de buena fe), no habiendo posibilidad para éste de ejercer la segunda opción (obligar al que plantó o sembró a que adquiera forzosamente el terreno), quedando limitada a la primera (pago del valor de las plantas o semillas).*

De momento, no existe una base jurisprudencial para llegar a esta conclusión, aunque sí existe alguna manifestación que, en una futura aplicación, pudiera llevar a ese resultado. Así, cabe citar la *sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 27 de abril de 2010*:

«La parte actora, ÁLVAREZ FORESTAL, S. A., se alza contra la sentencia del juzgado interesando principalmente su revocación y la íntegra estimación de su demanda, lo que apoya en una pretendida infracción por la recurrida de los artículos 451, 452 y 430 del Código Civil y en las sentencias que invoca de esta

Audiencia Provincial —13 de febrero de 2001, 7 de julio de 2001, 4 de diciembre de 2001, etc.—, entendiendo que los dos preceptos citados en primer lugar deben ser de aplicación analógica al caso aquí enjuiciado. Pues bien, ocurre que las sentencias invocadas dictadas por esta Audiencia no resolvían supuestos asimilables al que aquí nos ocupa, pues en ellas se resolvió la aplicación de los artículos 431 y siguientes del Código Civil para la liquidación de las situaciones posesorias derivadas de la extinción de relaciones contractuales entre las entidades dueñas de los terrenos y la empresa ejecutante de las plantaciones, es decir, se trataba de supuestos en los que las plantaciones habían sido realizadas no ya de buena fe, sino por quien tenía transferida la posesión de las fincas en virtud de una relación contractual y reconocido por consiguiente su derecho a la explotación de la tierra y la propiedad de lo plantado durante el tiempo de vigencia del contrato, situación esencialmente diferente de la que aquí nos ocupa en que se trata, cabalmente, de un supuesto de plantación en suelo ajeno de buena fe —que no se discute siquiera de contrario ni es negada en la recurrida—. Para este caso aquí enjuiciado, el artículo 361 del Código Civil es claro al regular las consecuencias de la plantación: el dueño del terreno puede hacerlo suyo con solo indemnizar al que hizo la plantación de buena fe el importe de los gastos necesarios y los útiles (art. 453); el precepto no hace remisión a los demás preceptos que regulan las consecuencias de la posesión (arts. 451 y sigs. del CC), ni hay base para una interpretación extensiva del concepto de “frutos” de la plantación, pues no hay en este caso marco contractual alguno que permita una conclusión similar a la alcanzada en las sentencias que se invocan por la recurrente. En definitiva, el artículo 361 del Código Civil aplicado en la sentencia de instancia reconoce a favor del dueño del suelo un derecho de adquisición de lo plantado en su finca; y precisamente porque ese crecimiento se ha producido a costa de su finca y careciendo el que realiza la plantación de derecho alguno sobre ella, solo reconoce a favor de éste derecho a ser indemnizado en lo que invirtió y ha sido útil —debidamente actualizado como se verá—, no cabiendo reputar como enriquecimiento injusto la atribución patrimonial que de esa forma obtiene el dueño del suelo, pues tanto esa como otras posibles ventajas —como en este caso, el rebrote de los árboles talados—, encuentran causa jurídica bastante y justificante en el hecho de la propiedad del suelo. Por todo ello, la sentencia de instancia hace correcta aplicación del artículo 361 del Código Civil y no infringe por inaplicación los preceptos invocados ni se aparta del criterio de esta Audiencia Provincial.

De esta sentencia se deduce con claridad que la alternativa más lógica para el dueño del terreno, cuando un tercero planta o siembra de buena fe, sin vinculación contractual con el primero, es considerar que adquiere todo lo plantado de forma automática (incluso la propiedad de los rebrotos ulteriores de los árboles talados), con derecho del plantador a ser indemnizado por sus labores.

Es interesante además la particularidad que, en cuanto a la indemnización, se plantea en esta sentencia, en el caso particular de las plantaciones, a saber, si el plantador puede reclamar no sólo el valor actualizado del coste de los gastos realizados, sino también los beneficios que esa plantación ha dado al *dominus* entre la fecha de la plantación y la de liquidación de la situación. Aunque la

sentencia parece negarlo, creemos que el plantador debe tener derecho a reclamar los beneficios obtenidos por el dueño en el periodo señalado, por constituir un enriquecimiento injustificado, sin que pueda considerarse un efecto propiamente derivado de la propiedad del suelo, como aquí se sostiene, al no tener eficacia retroactiva la sentencia que declare el derecho del *dominus*, y no estar propiamente incluido en la indemnización esa partida o concepto.

En contra de nuestra tesis, y a favor de aplicar las mismas y exactas reglas a edificación, plantación y siembra, véase *la sentencia de A. P. de La Rioja, de 28 de junio de 2000 y la sentencia de la A. P. de Granada, de 13 de mayo de 2000*, aunque ambas *obiter* (la primera, por tratarse de juicio de desahucio).

2.10. LA PRESUNCIÓN LEGAL DE QUE LAS OBRAS SON REALIZADAS POR EL *DOMINUS SOLI*: EL ARTÍCULO 359 DEL CÓDIGO CIVIL

De la *STS de 16 de marzo de 1993* se desprenden dos ideas principales en la interpretación de esta norma, a saber: una, dicho artículo «*consagra el carácter expansivo del dominio*»; y dos, se recoge una presunción *iuris tantum* favorable al propietario del suelo en confrontación con el sujeto que realizó las obras y el origen económico de las mismas.

Sin embargo, es habitual en la jurisprudencia extender el ámbito de la norma mucho más allá de lo que dice, hasta el punto de usarse como norma presuntiva del dominio sobre cualquier edificación o plantación a favor del propietario actual. Ejemplo claro es la antes citada sentencia, en la que, con base en el artículo 359 del Código Civil, se niega el derecho de propiedad del ocupante de un inmueble, al no haber aportado título fehaciente (sólo un documento privado, anterior a la adquisición del dominio por su madre), frente al del actor (hermano del demandado), que trae causa del de su madre, y de la partición hereditaria de ésta, en la que participó el demandado sin oposición.

En esa línea expansiva de la citada presunción del artículo 359 del Código Civil, resulta que puede ser relevante a todos los efectos, incluso si van en contra de los intereses del propietario mismo. Así, la *STS de 7 de noviembre de 1961* recurre al artículo 359 del Código Civil, en un caso de arrendamiento en el que, con bastante probabilidad, el arrendatario había hecho obras de reconstrucción y de sobreedificación (levantó una planta más) en una de las edificaciones existentes en la finca arrendada, *para acabar condenando al propietario a reparar los desperfectos en las cubiertas de esa construcción*, sobre la base de presumir que él la había hecho, y por tanto debía pechar con su conservación, y no el arrendatario.

Este precepto es usado correctamente en la *STS de 23 de mayo de 1989*, dando la razón a la actora sobre los demandados, que alegaban haber levantado nueva planta sobre edificio ya construido, sin demostrarlo (además aducían, sin

pruebas, que eran dueños por existir copropiedad o una sociedad con la actora). Aplica, sin embargo, dicha presunción la *STS de 6 de febrero de 2007* cuando se trata de una copropiedad del solar y edificación, respecto de una vivienda construida sobre nave por uno de los comuneros, pero sin que éste llegase a probar que la construyó exclusivamente él.

Además, señala la *STS de 1 de febrero de 2000* que el título respecto de lo construido deriva del título del dominio sobre la finca, sin que para nada importe el que no conste en el Registro de la Propiedad la existencia de la edificación. En el mismo sentido, véase la *sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de junio de 2005*.

La *STS de 26 de septiembre de 2002* señala que la presunción de este artículo no es derogada en absoluto por el párrafo 2.º del artículo 1359 del Código Civil respecto a la liquidación de los gananciales, si la plantación se debió a la inversión de fondos comunes, admitiéndose que dicho precepto «*se limita a regular los efectos de la plantación en fincas privativas de un cónyuge financiadas con dinero ganancial, sin derogar la presunción a favor del dueño del suelo establecida en citado artículo 359 del Código Civil*».

En sentido similar, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 16 de enero de 1998*, en un caso de obras realizadas por el marido de la propietaria de la vivienda, en régimen de separación de bienes, siendo dicho marido el administrador de los bienes de la esposa, y no habiendo logrado acreditar el origen de las cantidades entregadas a terceros para la adquisición de los materiales.

La *STS de 14 de abril de 1952* aplica el artículo 359 para negar la presunción del actor (arrendatario), que había construido en suelo arrendado una edificación adicional, de que se declarara su derecho de vuelo. El argumento empleado fue la presunción del artículo 359 del Código Civil (no se probó que el actor hubiese sido el constructor).

Finalmente, la *STS de 12 de noviembre de 1960* aplica el criterio de negar el derecho sobre las construcciones industriales o maquinarias levantadas a quienes las usaban, considerando que eran del dueño de la finca y a ellas además se extendía, por pacto, la hipoteca constituida en favor de entidad bancaria.

Otras sentencias en las que se alega este precepto, pero sin apenas relevancia práctica son: la *STS de 1 de octubre de 1991* (se trataba de «cuestión nueva» no alegada en la instancia).

3. LA ADQUISICIÓN DE EDIFICACIONES, PLANTACIONES O SIEMBRAS EN CASOS DE MALA FE DEL TERCERO

Para que proceda la aplicación del artículo 362 del Código Civil es preciso que el inmueble sea de propiedad ajena *al constructor* (sembrador o plantador) *en el momento de la edificación*.

Así lo reconoce la *STS de 27 de abril de 1983*. En ella se deniega la condena al constructor que edificó en terreno propio (todavía propio), después de haberse obligado a entregarlo a un tercero, quien se lo había comprado y pagado; el terreno era todavía del constructor-vendedor, porque aún no había habido *traditio*. La solución del Tribunal Supremo, con ser en principio correcta técnicamente, en cuanto que no puede haber accesión del edificio en favor de quien era dueño del solar en el momento de edificar, resulta dudosa desde la perspectiva de su resultado, al menos en el caso de que, en el precio pactado en el contrato de compra, no se hubiese tenido ya en cuenta el valor de la edificación (actual o inminente). Todo parece indicar que no se tuvo en cuenta, por lo que le correspondería una indemnización por enriquecimiento injustificado, no siendo de aplicación el artículo 362 del Código Civil.

Por otro lado, respecto de la apreciación de la mala fe, la *STS de 17 de junio de 1961* la decreta cuando el edificador admite que el terreno estaba *abandonado y baldío*, lo cual «*acredita por sí* —dice el TS— *la plena conciencia de no pertenecerle por título idóneo en derecho*» (en el caso, además, había sido advertido por tercera persona, con expectativas de derecho sucesorio sobre la finca, de la abusiva ocupación del solar).

Para la *STS de 2 de junio de 1978* hay mala fe en el demandado (copropietario de la finca) por iniciar, proseguir y concluir unas obras de transformación sin contar con el beneplácito de los restantes copropietarios en la propiedad horizontal.

En cuanto a la apreciación de la mala fe, como antes se dijo al comentar el artículo 361, *la mala fe concierne sólo al edificador, no a terceros subadquirentes, máxime si estos tienen la consideración de terceros hipotecarios del artículo 34 LH*. Así lo afirma al efecto la *STS de 12 de abril de 1980*:

«*Que lo prevenido en los precedentes considerandos, unido a que las tantas veces aludidos recurrentes don José Antonio A. L., don Severino B. B., don Antonio A. A. y don Antonio S. A., no hubiesen sido los constructores de las viviendas de que se viene haciendo mención, sino sus adquirentes con la consideración de terceros hipotecarios protegidos, excluye que les sea aplicable lo normado en los artículos 362 y 363 del Código Civil, ya que la figura de accesión que estos preceptos contemplan parten del indeclinable presupuesto de que sus efectos se proyecten con relación al edificador —en caso como el presente de afectar a edificación— y que además haya actuado de mala fe, pero no con alcance a adquirentes con carácter de terceros hipotecarios protegidos, y en consecuencia con aspecto de buena fe inherente, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora de instancia revela la aplicación indebida de dichos artículos 362 y 363 del Código Civil, cuya infracción se denuncia al amparo del número 7.º de la tan repetida Ley de Enjuiciamiento Civil».*

En cuanto a sus efectos, el artículo 362 del Código Civil no concede al *dominus* un derecho de opción, sino que *hay a su favor una adquisición auto-*

mática de la propiedad de lo edificado. A diferencia del artículo 361, en casos de mala fe del edificador, el artículo 362 no otorga al propietario del suelo un derecho de opción, sino que le atribuye directamente el dominio de lo construido sobre el mismo. Lo dice con toda claridad la *STS de 27 de diciembre de 1980*.

No obstante, la *STS de 17 de junio de 1961* yerra al afirmar que el artículo 362 «*entra en función... por no ejercitar la actora el derecho establecido en el siguiente artículo 363...*». Esta afirmación del TS parece incorrecta, en cuanto que el artículo 362 del Código Civil no supedita sus efectos adquisitivos al hecho de no haberse recurrido al artículo 363 del Código Civil, pues ambas normas regulan efectos distintos y no excluyentes.

Sobre aplicación de los artículos 362 y 363 en el ámbito de la accesión invertida, véanse las *SSTS de 11 de marzo de 1985* y *10 de abril de 2002*.

4. LA ADQUISICIÓN DE EDIFICACIONES, PLANTACIONES O SIEMBRAS EN CASOS DE MALA FE DEL *DOMINUS SOLI* Y DEL EDIFICANTE, O DE BUENA FE DEL EDIFICANTE Y MALA FE DEL *DOMINUS SOLI*

La *STS de 17 de marzo de 1973* es la sentencia que más claramente recoge y desarrolla el mandato del artículo 364 del Código Civil, cuando señala que «*la mala fe recíproca es la determinante de la solución que da el artículo, y que el precepto establece un criterio de compensación, por estimar que la mala fe de uno, neutraliza en justa reciprocidad la del otro, para siempre, quedando patentemente fijado que lo que hay es mala fe recíproca y siendo así ésta se neutraliza a los solos efectos de la accesión*». A continuación, esta misma sentencia señala que, puesto que en el caso ambas partes habían aceptado su mala fe, ello constituye base suficiente para condenar por mala fe de los mismos a otros efectos, v.gr., de la aplicación de las reglas de la posesión de mala fe: es decir, que *el hecho de que haya «compensación» de mala fe de ambos y transmutación en buena fe, lo es a los solos efectos de la accesión, pero no a los restantes, en los que jugará la mala fe con toda normalidad*.

La *STS de 13 de julio de 2000* tomó en cuenta, para aplicar el artículo 364 del Código Civil a un supuesto de construcción de pabellón en terreno ajeno, el hecho de que *los socios de las dos entidades implicadas como propietaria del suelo y edificador, eran familiares*, y que incluso la contabilidad de la segunda empresa se llevó durante algún tiempo por la primera, por lo que ambas conocían de la existencia de la actividad de edificación.

Casos frecuentes de aplicación del artículo 364 del Código Civil, son los de existencia de una *comunidad de bienes o propiedad horizontal*, con edificación o alteración de inmueble por uno o varios de los comuneros, pues suele ser frecuente que los restantes tengan conocimiento de la realización de la obra. Al

efecto, véanse la *STS de 30 de septiembre de 1981*, donde ambos comuneros actúan de mala fe, porque *inicialmente* (mala fe desde el inicio de las obras) solicitaron ambos la licencia municipal para construir, aunque finalmente sólo uno de ellos lo hizo; la *STS de 16 de diciembre de 1988*, o la *STS de 20 de junio de 1995* (relativa a obras de *mejora* en pajar y cochera hecho por comunero a la vista, ciencia y paciencia de los otros, declarando la mala fe de ambos en cuanto a la realización de las obras sólo; sin que haya repercusiones negativas sobre la indemnización por pagar al comunero constructor).

Por su parte, la *STS de 16 de junio de 1998* plantea un supuesto de mala fe por ambas partes (inmobiliaria constructora y *comunidad de propietarios*), en relación a las obras hechas en el *subsuelo* del edificio por aquélla, con apertura de locales, hechas a la vista, ciencia y paciencia de la comunidad, sin oponerse en ningún momento. Así, señala expresamente lo que sigue:

«...Los artículos 361 a 364 contemplan el supuesto que atañe al presente caso: la construcción de locales y garaje por “S.., Promociones y Construcciones, S. L.” con capital y materiales propios en suelo (mejor dicho, en subsuelo) ajeno. “S...” construyó con mala fe, knowing que el subsuelo no era ya de su propiedad, pues ya había vendido las viviendas de los bloques y había constituido estos en propiedad horizontal, siendo evidente que el suelo y subsuelo es elemento común y pertenece a los propietarios, *como propiedad inherente a su propiedad individual* (art. 396 del CC). A su vez, los propietarios de las viviendas en propiedad horizontal las habían adquirido antes de la construcción de los locales y garaje en los sótanos de sus propias viviendas, por lo que es indiscutible que tal construcción se hizo a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse, ya que no consta oposición alguna en el tiempo en que se hacía, y el artículo 364 del Código Civil califica esta situación como de mala fe. Por tanto, débese entender que unos y otra —propietarios del subsuelo y constructora— actuaron, jurídicamente, con mala fe. *El citado artículo 364 dispone que si en ambos ha habido mala fe, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubiesen procedido ambos de buena fe.* Y este supuesto lo contempla el artículo 361 que da al dueño del terreno, es decir, a los propietarios de las viviendas en propiedad horizontal de los bloques A a H, la opción de hacer suya la obra (locales y garaje) previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 o a obligar al que construyó (“Sancar”) a pagarle el precio del terreno. *Este no es aquel precio que tuviera en 1969 (como dice la sentencia de instancia) sino que se trata de una deuda de valor, es decir, obligación de pagar en dinero determinado valor, el del terreno; se debe pagar el valor, lo que significa el valor que tiene el terreno en dinero, prestación pecunaria, en el momento en que se cumpla, cuando se pague en dinero tal valor. Por tanto, en ejecución de sentencia, deberá la parte demandante optar por hacer suya la obra indemnizando a la constructora “S...” o percibir en dinero el valor actual del terreno (subsuelo) en el que se construyó».*

En la misma línea de esta sentencia, cabe señalar la *STS de 15 de diciembre de 2006*, con la que crea jurisprudencia. En el caso, se trataba de colocación en finca ajena, por parte de Comunidad Autónoma de La Rioja, de distintas

instalaciones para la extracción de agua y canalización de la misma, hecha al parecer a la vista, ciencia y paciencia del dueño, sin su oposición expresa.

Si bien se piensa, *son divergentes y no parangonables la mala fe del constructor y la del dominus soli*. Respecto a la primera, ya ha sido abordada más arriba en este trabajo, y hemos comprobado que se centra básicamente en el campo del conocimiento de la realidad jurídica, matizada en ocasiones con exigencias de conducta diligente. En cambio, *la mala fe del dueño del inmueble resulta especial, en cuanto que no afecta a un posible conocimiento o desconocimiento jurídico* (sobre la titularidad de la obra, o la licitud de la actividad constructiva), *sino más bien al simple conocimiento de que un tercero está edificando en su terreno*, lo que acarrea en suma consentir tácitamente la construcción, pudiendo y debiendo evitar la continuación de la misma.

Véase al efecto también la *STS de 4 de octubre de 1996*, sobre edificante de mala fe (antiguo alcalde de la localidad y secretario, que se habían adjudicado parcelas del Ayuntamiento de forma fraudulenta, luego anulada, y había construido en dicho terreno), siendo el recurrente en casación el Ayuntamiento afectado, frente al cual se declaró su mala fe también, por haberse construido a su vista, ciencia y paciencia, terminando por aplicarse el efecto previsto en el artículo 364 del Código Civil. Esta sentencia citada plantea el caso curioso y discutible de mala fe tanto por parte del constructor como por parte de un Ayuntamiento, dueño del suelo, sobre la base de que el primero, Secretario del dicho Ayuntamiento, junto con el mismo alcalde, habían adquirido de forma flagrantemente ilegal esos inmuebles luego edificados, de modo que, al anularse el contrato, se les consideró constructores de mala fe. Lo mismo se concluyó respecto del Ayuntamiento, al considerársele de mala fe, ya que la Corporación, presidida por aquel alcalde y asesorada por aquel secretario, pudo y debió evitar la construcción, y al no hacerlo consintió la misma, concurriendo mala fe por su parte.

El artículo 364 del Código Civil suele ser utilizado como último recurso para evitar la demolición —por razones de orden social o económico— de las obras solicitadas por el demandante (*dominus soli*) en la demanda, *sobre la base de entender en sentido amplio la mala fe del dueño del suelo, al no exigirse una prueba fehaciente del conocimiento por éste de la realización de las obras*. Vid. la *STS de 18 de diciembre de 1980* sobre este tema.

La norma contenida en este artículo 364 concierne exclusivamente a la accesión por incorporación. No obstante, la *STS de 7 de julio de 1997, por analogía, la aplica a un caso de accesión discreta o por producción de frutos* (concretamente, era un caso de extracción de áridos de la finca vecina, con conocimiento del dueño de ésta). El TS condena al abono, por quien se aprovechó de la extracción, de un «*canon arrendaticio de concesión minera*».

En otros casos, para la aplicación del artículo 364 a los casos de accesión invertida, véase la *STS de 3 de diciembre de 1986*.

Respecto de sentencias de Audiencias, véanse las *SAP de Ourense, de 22 de junio de 2000; SAP de Jaén, de 19 de septiembre de 2000 y SAP de Cantabria, de 17 de abril de 2003*.

Respecto de *supuestos especiales de concurrencia de buena fe del edificante y mala fe del dominus soli*, no regulados expresamente por la ley, cabe citar la singular *STS de 29 de abril de 1986*, que plantea el supuesto de inmueble (torreón) de propiedad de un particular (que lo había adquirido del Estado), y del Estado mismo como constructor-reparador del torreón (lo hacía un Departamento administrativo diferente del que vendió), y *declaró que había buena fe del edificante y mala fe del dominus soli, y acaba aplicando a este último el artículo 364 del Código Civil*. Se trata, además, de un caso peculiar de mala fe sobrevenida del *dominus*, quien, desconociendo las obras al principio, lo supo después y dejó continuar las obras hasta su conclusión. Transcribimos la sentencia:

«...Los términos en que se ha formalizado el presente recurso obligan a esta Sala a rechazar el único motivo alegado porque, como es bien sabido, criterio reiterado de la misma es que la estimación de la buena o mala fe es una cuestión de hecho reservada a la soberana resolución del Tribunal sentenciador... Y como quiera que la sentencia recurrida, en la valoración de la prueba, ha estimado la buena fe por parte del Estado, no debe entrar este Tribunal de casación a emitir juicio acerca de tal extremo habida cuenta de los términos en los que está formulado el motivo único del recurso *al amparo del número 5 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, por más que de lo actuado existan elementos suficientes para apreciar esa buena fe, según ha hecho acertadamente la Sala sentenciadora de instancia al “aceptar totalmente el segundo Considerando de la resolución apelada, en el que se analiza la existencia de buena fe por el Estado”; resolución apelada en la que el Juzgador de instancia, a su vez, había razonado atinadamente que el hecho recogido en Autos relativo a la reconstrucción de un Torreón por un Departamento administrativo después de haber sido enajenado por otro en subasta pública, “es fruto de la lamentable y tradicional descoordinación de la Administración Pública española, sin que sea verosímil una improbadamente torticera”, afirmaciones categóricas con las que en ambas instancias se ha negado inequívocamente la existencia de mala fe por parte del Estado; calificación que, a juicio de esta Sala, sí podría en su caso merecer la actitud del recurrente, el cual según sus propias alegaciones, en una de sus visitas al castillo, ya avanzadas las obras de reconstrucción, se limitó a comunicar a los operarios que las realizaba en su condición de propietario, circunstancia que —según él— puso posteriormente en conocimiento de la Dirección General de Arquitectura, sin que conste que tal conocimiento, de existir, fuera acompañado o seguido de ninguna actuación escrita por parte del propietario del Torreón, el cual en todo caso no utilizó ni persistió en ninguno de los medios jurídicos que tenía a su alcance. Todo lo cual permitiría subsumir su actitud pasiva y negligente en el supuesto del dueño de mala fe previsto en el párrafo 2.º del artículo 364 del Código Civil, ya que a partir del momento en que el recurrente tuvo conocimiento de las obras de reconstrucción que él no había ordenado, dichas obras habrían sido ejecutadas “a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse”».

5. EL ARTÍCULO 360 DEL CÓDIGO CIVIL: LA ADQUISICIÓN DE MATERIALES POR EL *DOMINUS SOLI* EN CASO DE OBRAS O PLANTACIONES EFECTUADAS POR ÉL MISMO

El artículo 360 del Código Civil regula el supuesto contrario al del artículo 361 del Código Civil, esto es, *ahora se trata del mismo dominus soli quien construye, por sí o por otro, pero utilizando materiales de propiedad ajena*. El citado artículo 360 del Código Civil exige como condición imprescindible para su aplicación, *que la obra o plantación sea realizada siempre y en todo caso por el dominus soli, o por otro bajo el control de éste*.

Sobre este precepto legal no existe apenas doctrina jurisprudencial. Tan sólo cabe citar las siguientes sentencias:

La STS de 20 de septiembre de 1989 niega su aplicación al caso porque las obras fueron contratadas por el arrendatario del local, y no por el propietario; no procede, en consecuencia, la reclamación del precio de la obra al dueño del local, por no ser él quien la contrató. Señala además dicha sentencia que el artículo 360 del Código Civil regula esta forma peculiar de adquirir el dominio «para el supuesto de ausencia de una convención al respecto» (aquí la hubo: un contrato de obra). Por último, excluye dicha resolución la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, alegada subsidiariamente por el constructor, por considerarse que no se ha probado el enriquecimiento del propietario, siendo lo lógico considerar enriquecido al arrendatario del local, al haber incumplido su parte en un contrato sinalagmático.

En sentido similar a la anterior, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2.º), de 21 de febrero de 2001, niega al arrendatario de unos inmuebles la aplicación del artículo 360 del Código Civil y por tanto el derecho a que se le abone el valor de lo edificado*, por considerar que *el propio contrato de arrendamiento daba respuesta a esa cuestión, en cuanto otorgaba expresamente al propietario el derecho de hacer suyo, sin indemnización, todo lo que construyese el arrendatario*.

En realidad, las dos sentencias antes citadas no se corresponden con el supuesto de hecho del artículo 360 del Código Civil, que más bien regula el caso de construcción por el *dominus soli* o por alguien dependiente de éste (v.gr., un contratista de obras o en general un servidor de la posesión), pero no es trasladable al caso de obras realizadas por un arrendatario de la finca, que en su caso entraña dentro del artículo 361 del Código Civil, o de los supuestos de exclusión del mismo por existencia de pacto *ad hoc* entre las partes.

En esta dirección, resulta clarificadora la *sentencia de la A. P. de Lleida (Sección 2.º) de 1 de julio de 1998*, que expresamente afirma, en un caso en que la arrendataria de una finca encarga obras de construcción a empresa constructora, y ésta, ante el impago por la primera, pretende reclamar a la propiedad,

con base en el artículo 360 del Código Civil, y subsidiariamente, una acción de enriquecimiento injusto:

«En primer lugar, se dice que se dan las circunstancias para la aplicación del artículo 360 del Código Civil. Este artículo obliga al propietario del suelo que hiciere en él, por sí o por otro, plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, deberá de abonar su valor. Este precepto parece va dirigido a que será el propietario del terreno el que incorpore los materiales, bien personalmente o valiéndose de auxiliares, dependientes o empleados, es decir, que haya provenido de él o por orden del mismo la incorporación de los materiales, obligándose a satisfacerlos por esta actuación personal, pero no cuando lo ha hecho una persona independiente de él, contratando la obra con un tercero y si existe responsabilidad como propietario sería no como tal accesión en sí, sino en virtud de otra causa, como pudiera ser el enriquecimiento injusto, si se dan los requisitos necesarios».

Por otro lado, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2.ª), de 21 de febrero de 2001*, parece exigir que quien reclame el pago del valor de lo construido *identifique de manera precisa qué se ha construido*, más exactamente, los materiales que han sido efectivamente utilizados por el *dominus*, ya que, en caso contrario, sería de imposible aplicación, por no poderse materialmente valorar lo utilizado e incorporado por aquél.

Aunque la redacción del artículo 360 del Código Civil no es especialmente esclarecedora en cuanto a los *efectos* que atribuye dicha norma, debe afirmarse que, para el caso de concurrencia del supuesto de hecho de la misma (construcción por parte del *dominus soli* con materiales ajenos), *la consecuencia es la atribución automática al dominus de la propiedad de los materiales que se hubieran unido al terreno*. El hecho de que la norma disponga que debe abonarse el valor de los materiales da a entender que *el propietario de los mismos sólo adquiere un derecho de crédito a reclamarlos (o su valor) del propietario de la cosa principal*.

Ello es así *incluso aunque hubiere mala fe por parte del dominus soli en la incorporación de los materiales*: no por eso se producirá una inversión en el criterio general, ya que el único efecto señalado en la ley es la adquisición de un nuevo derecho de crédito por parte del titular de los materiales, de obtener un resarcimiento, aparte de la posibilidad de retirar aquellos cuando pudiera hacerse sin menoscabo de la cosa principal.

La *STS de 26 de mayo de 1995* niega la aplicación de los efectos del artículo 360 del Código Civil alegado por la recurrente en casación, en un caso en que los elementos muebles incorporados lo fueron por una entidad concesionaria del Ayuntamiento de Madrid que a su vez los había contratado con empresa suministradora con pacto de reserva de dominio a favor de esta última. La sentencia considera que no hubo accesión indebida por parte del Ayuntamiento, sino que el pacto de reserva de dominio no estaba inscrito ni era conocido por la Corporación Municipal, por lo que, al aplicarse lo pactado en la concesión

administrativa sobre reversión a favor de aquélla, debía prevalecer sobre el hipotético derecho de la empresa suministradora.

Conviene finalmente hacer alguna matización sobre el alcance del *artículo 365 del Código Civil*, sobre el que parece existir cierta confusión en cuanto a sus presupuestos de aplicación, ya que *dicha norma es continuación de los artículos anteriores (arts. 361 a 364 CC)*, pero *no propiamente del artículo 360 del Código Civil (con el que sería incompatible)*. Por tanto, su supuesto de hecho sería la construcción por tercero no dueño en finca ajena, con materiales propios, y además, *en parte, con materiales de un sujeto distinto de los dos anteriores*. En tales casos, la ley no resuelve un problema dominical, sino sólo concede un derecho a este último sujeto a reclamar al *dominus soli*, de forma subsidiaria, para el caso de que el edificador no pudiera hacer frente a su pago.

En efecto, la antes citada *sentencia de la A. P. de Lleida (Sección 2.º), de 1 de julio de 1998*, es buen ejemplo de la confusión anterior, ya que se refiere a un supuesto en el que la totalidad de los materiales son de un tercero, al afirmar:

«Alega también el apelante con carácter subsidiario la aplicación del artículo 365 del Código Civil que dice que si los materiales pertenecen a un tercero que no ha procedido de mala fe, el dueño del terreno deberá de responder sólo en el caso de que el que los empleó no tenga bienes con que pagar, es decir que sólo se podrá recurrir a esta responsabilidad subsidiaria en el supuesto de probar que no puede cobrar del que los empleó en este caso que “Canalizaciones Valls” no tuviera bienes para pagarla, es decir, sea insolvente, lo que la actora no ha demostrado».

RESUMEN

*ACCESIÓN
PROPIEDAD
EDIFICACIONES*

ABSTRACT

*ACCESSION
PROPERTY
BUILDINGS*

El presente trabajo se ocupa de analizar el estado actual de la jurisprudencia acerca de la llamada accesión industrial inmobiliaria, esto es, los supuestos de construcción exclusivamente en terreno ajeno, con o sin buena fe, excluyendo los casos de accesión invertida o construcciones extralimitadas. No obstante, la jurisprudencia pone de manifiesto la dificultad de deslindar estos dos supuestos, en casos concretos, y la conveniencia de reconducir las soluciones a las previstas expresamente en la ley, para evitar inseguridad jurídica. Por otro lado, es importante clarificar los presupuestos exactos de aplicación del

This paper looks at the current state of case-law on what is called «industrial accession,» i.e., construction entirely on another person's land, built in good faith or otherwise, but not including cases of inverted accession and cases of construction extending onto third-party land. Nevertheless, case-law makes it clear that it can sometimes be hard to draw a hard and fast line between the two, and it may be advisable to guide proceedings toward the solutions expressly stated in the law, to avoid legal uncertainty. Furthermore, it is important to clarify exactly what situations article 361 of the Civil Code applies to, so

artículo 361 del Código Civil, para evitar aplicar las soluciones legales a casos que no son propiamente de accesión, tales como la edificación por el propietario del terreno mismo, o por otro encargado o autorizado por él, con posterior venta o adjudicación en subasta a tercero del terreno solamente. Se hace igualmente un repaso de los títulos en virtud de los cuales el tercero puede acometer las obras en terreno ajeno, comprobándose cómo frecuentemente la jurisprudencia considera muchos de ellos como supuestos de accesión, a pesar de que doctrinalmente se estima que las normas sobre accesión sólo funcionan en defecto de título para edificar. Igualmente, se examinan los efectos previstos en cada supuesto de accesión, con toda la problemática práctica que se presenta. También se analizan múltiples problemas de orden procesal que se suscitan en los procedimientos judiciales sobre accesión, de gran trascendencia, y que casi nunca se analizan por los estudiosos de la materia. En definitiva, se ofrece un panorama general actual de una figura jurídica enormemente trascendente en el ámbito inmobiliario como la construcción, plantación y siembra en terreno ajeno, así como los supuestos de mejora, transformación o reparación de edificios preexistentes.

as to avoid applying the solutions outlined by law to cases that are not, strictly speaking, cases of accession, such as building by the land's own owner or by a person commissioned or authorized by the land-owner, followed by the sale or auction of the land alone to a third party. The types of title under which a party may begin construction on third-party land are reviewed. Case-law is found frequently to regard many such cases as accession, despite the fact that, according to legal thought, the rules of accession operate only where the builder holds no title at all. The effects anticipated for each case of accession are examined, with all the practical problems they present. Legal battles over accession also pose multiple procedural problems that are critically important and yet are almost never analyzed by scholars specializing in the matter. In short, a general overall picture is painted of a concept of law that is of enormous importance in real estate, one that embraces construction, planting and sowing on third-party land and the improvement, conversion and repair of pre-existing buildings.

(Trabajo recibido el 27-9-2012 y aceptado para su publicación el 7-10-2013)