

# El automatismo en la accesión inmobiliaria

por

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

*Profesor Titular de Derecho Civil*

*Universidad de Sevilla*

## SUMARIO

- I. *QUAESTIO IURIS*: EL MOMENTO OPERATIVO DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA COMO MODO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD DE LO ACCEDIDO. Y SU INNEGABLE REPERCUSIÓN PRÁCTICA:
  1. LA DISPARIDAD DE CRITERIO EN NUESTRA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA COMUNES EN ATENCIÓN AL TIPO DE ACCESIÓN INMOBILIARIA: SEGÚN LA CONSTRUCCIÓN SE HAGA EN SUELO PROPIO O AJENO, O EXTRALIMITADAMENTE, Y SEGÚN LA BUENA O MALA FE DE LOS QUE EN ELLA INTERVIENEN.
  2. FUNDAMENTO DE LA TESIS MAYORITARIA QUE ENTIENDE LA ACCESIÓN DIFERIDA A LA DECISIÓN DEL *DOMINUS SOLI* Y CONDICIONADA AL PAGO, EN EL CASO DE CONSTRUCCIÓN HECHA DE BUENA FE EN SUELO AJENO, FRENTE A LA AUTOMATICIDAD DE LOS DEMÁS CASOS DE ACCESIÓN: EN SÍNTESIS, LA LETRA DEL ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL, EN SÍ Y COMPARADA CON LA DE OTRAS NORMAS QUE LA CIRCUNDAN.
- II. NUESTRA TESIS EN DEFENSA DE LA AUTOMATICIDAD DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA DEL ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL, Y DE TODA ACCESIÓN INMOBILIARIA EN GENERAL:
  1. OBJECIONES A LA TEORÍA MAYORITARIA SOBRE LA ACCESIÓN DEL ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL:
    - A) *Primera objeción: la necesidad de una interpretación sistemática de todos los artículos 360 a 365 del Código Civil (que regulan los efectos jurídico-obligacionales de la accesión), desde la única base lógica y natural del artículo 358 del Código Civil (del principio superficies solo cedit que determina su principal efecto jurídico-real).*
    - B) *Segunda objeción: la necesidad de una interpretación histórica de los artículos 360 y siguientes del Código Civil, desde su gestación interna*

- y sus propios precedentes más remotos, para justificar, respectivamente, las expresiones en tales normas empleadas y su respeto a la tradicional automaticidad de la accesión inmobiliaria.
- C) *Imprescindible aclaración acerca de la verdadera ratio del inciso final del artículo 361 del Código Civil (que introduce la opción a favor del dominus soli), en contraste con el artículo 360 del Código Civil (carente de tal opción).*
  - D) *A modo conclusivo: sentido de la opción contenida en los artículos 361 a 363 del Código Civil desde una interpretación conjunta y radicada en el artículo 358 del Código Civil.*
2. REPERCUSIÓN PRÁCTICA —MÁS VENTAJOSA— DE LA OPERATIVIDAD *EX LEGE* Y AUTOMÁTICA DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA FRENTE A LA TESIS DE LA ACCESIÓN DIFERIDA O CONDICIONADA:
- A) *La sencillez y certeza de la tesis de la automaticidad en cuanto a la titularidad jurídico-real y la tenencia posesoria —incluso ad usucapionem— del edificio y del suelo en lid, frente a la complejidad e incertidumbre que al respecto provoca la teoría de la accesión condicionada y diferida.*
  - B) *Las opciones que el Código Civil concede a favor del dominus soli según la tesis de la automaticidad: naturaleza jurídica, titularidad ob rem, capacidad, plazos y posible eficacia erga omnes en su ejercicio.*
  - C) *Amplia legitimación en la solicitud de cualquier accesión, normal o invertida, y su declarabilidad casi ex officio iudicis, según nuestra actual jurisprudencia.*
3. OTROS EFECTOS JURÍDICO-REALES DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA: ADQUISITIVOS COLATERALES, EXTINTIVOS Y TAMBIÉN REGISTRALES. UNA ÚLTIMA DEFENSA DE LA AUTOMATICIDAD DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA A PROPÓSITO DE LOS ARTÍCULOS 109 Y SIGUIENTES LH.
4. EFECTOS JURÍDICO-OBLIGACIONALES DE LA ACCESIÓN: UNA ÚLTIMA REPERCUSIÓN PRÁCTICA DE LA TEORÍA DE LA ACCESIÓN AUTOMÁTICA FRENTE A LA DIFERIDA:
- A) *Naturaleza, fundamento y exigibilidad de las obligaciones pecuniarias —de compensación y de posible resarcimiento— nacidas de la accesión inmobiliaria.*
  - B) *Eficacia de las obligaciones pecuniarias —de compensación y de indemnización— derivadas de la accesión: ¿obligaciones personales ratione rei o estrictos deberes propter rem?*

#### CONCLUSIONES, BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA.

#### I. *QUAESTIO IURIS*: EL MOMENTO OPERATIVO DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA COMO MODO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD DE LO ACCEDIDO. Y SU INNEGABLE REPERCUSIÓN PRÁCTICA

*¿Quid* si quien construyendo en suelo propio emplea materiales ajenos sin saberlo, o incluso sabiendo que no son suyos?; o ¿qué sucede si quien, aun

construyendo con materiales propios, edifica en suelo ajeno, creyéndolo como propio o con derecho para hacerlo?; ¿a quién en tales u otros casos pertenece la obra construida, cuando esta ya está unida, incorporada al suelo: a quien la hizo, al dueño del suelo, o al de los materiales? En parte, recuerda tal disputa a la salomónica. Y como en ella, injusto, y antieconómico también, resultaría solucionar el problema como si se tratara de un nudo gordiano que, según el dicho quijotesco, solo la Parca podría desatar, o más bien cortar de tajo. Porque: o bien la separación es materialmente imposible, o bien, aun siendo posible, resulta económicamente inviable.

Aunque pudiera resultar justa, antieconómica para el tráfico jurídico también sería pensar en la copropiedad, siempre sometida en su gestión a la decisión mayoritaria o unánime de los copropietarios. *Communio est mater discordiarum*.

No queda, pues, otra solución, más justa y económica, que la impuesta por la lógica del *accessorium sequitur principale*: lo accesorio sigue a lo principal; de este modo, cuando dos cosas de diferente dueño se unen o se incorpora una a la otra, la accesoria seguirá a la principal; *accessorium cedit principali*: lo accesorio cede a lo principal; el dueño de la cosa principal se convertirá en dueño de la cosa accesoria.

Para cuando se trate de la unión o de la incorporación de cosas inmuebles (o de mueble a inmueble), dejando al margen las accesiones naturales, la decisión es tomada por el artículo 358 del Código Civil. A su vista queda que el suelo es el bien principal y la obra o la plantación en él hecha lo accesorio. Desde el Derecho romano este ha sido siempre el criterio: *quidquid inaedificatur solo cedit, superficies solo cedit*, se decía en multitud de textos romanos, especialmente gayanos. *La superficie cede al suelo*.

Siendo tal la solución al problema jurídico-real, de atribución de la propiedad, solo restaría fijar las consecuencias jurídico-obligacionales, de compensación del valor del bien accesorio accedido y, en su caso, de reparación del daño ocasionado. Es ahí donde nuestro Derecho, aunque no todo Derecho, atiende a la buena o mala fe del dueño del suelo y a la del constructor. Al respecto, nuestro Código Civil, conforme a la tradición romana y a las Partidas, distingue entre varios supuestos: uno es el de construcción o plantación con materiales ajenos en suelo propio (el del art. 360 CC); otro, el de construcción o plantación con materiales propios en suelo ajeno (el de los arts. 361 a 363 CC); y el último, yuxtaposición de los dos anteriores, el de construcción o plantación con materiales ajenos en suelo también ajeno (el del art. 365 CC).

No obstante su arraigada tradición, son muchos los problemas que aún hoy suscita la accesión inmobiliaria fundada en tal principio de solución. Uno de ellos, el que aquí se va a tratar, se refiere al momento en que la accesión opera. En efecto, ¿cuándo se produce la adquisición de la propiedad por acce-

sión: inmediatamente con la incorporación de la obra al suelo, o una vez haya tomado la decisión el dueño del suelo de hacerla efectiva pagando el valor de la obra accedida?

1. LA DISPARIDAD DE CRITERIO EN NUESTRA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA COMUNES EN ATENCIÓN AL TIPO DE ACCESIÓN INMOBILIARIA: SEGÚN LA CONSTRUCCIÓN SE HAGA EN SUELO PROPIO O AJENO, O EXTRALIMITADAMENTE, Y SEGÚN LA BUENA O MALA FE DE LOS QUE EN ELLA INTERVIENEN

Práctica unanimidad hay en jurisprudencia y en doctrina, con alguna voz disonante (1), al afirmar que la accesión en la hipótesis del artículo 361 del Código Civil, la más frecuente en la realidad, no opera automáticamente tras la incorporación de la obra al suelo; entiende esta tesis mayoritaria que la accesión del 361 del Código Civil es diferida, que está «doblemente condicionada» (2): primero, a la opción contenida en dicha norma que sea elegida por el *dominus soli* invadido, y, segundo, al pago de lo finalmente accedido, sea el pago de la obra, si se ha elegido la primera opción del 361, sea el del terreno invadido, si finalmente se elige su segunda y última opción; siendo entonces constitutiva la sentencia que la concede (3).

---

(1) Que son las de don Jerónimo GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. («El derecho real de superficie», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, T. II, Madrid, 1948, págs. 258 y 259); ROCA SASTRE, R. M. («Ensayo sobre el derecho real de superficie», en *RCDI*, 1961, págs. 25 a 28); SANZ FERNÁNDEZ, A. («Edificación en suelo ajeno: sus problemas», en *Curso de Conferencias organizado por el Ilustre Colegio de Notarios de Valencia*, Valencia, 1947, págs. 139 a 150); y las del propio ALONSO PÉREZ, M. (en *Comentarios al CC*, T. V-1.º (arts. 333-381), dir.: M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 2.ª ed., 1990, pág. 377 y sigs.), corrigiendo su inicial adscripción a la tesis mayoritaria, a quien siguen DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. («La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del artículo 361 del CC», en *La Ley*, 1985-4, págs. 489 y 490); y NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (*La accesión en las edificaciones*, con Prólogo de M. ALBALADEJO GARCÍA, Barcelona, 1994, pág. 120 y sigs.). Acerca del Derecho catalán, sobre el artículo 278 Comp. Catalana, CUSI ESCOFET, W. («Accesión industrial. Derecho de retención. Comentario a la STS de 30 de mayo de 1969», en *RJC*, 1970, págs. 332 y 333); también ALONSO PÉREZ, M. (págs. 382 y 383); y PUIG FERRIOL, L. (pág. 14), quien así también opina acerca del vigente Código Civil catalán (en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, IV: Drets reals*, Valencia, 2007, págs. 219, 228, 230, 231, 234 y 235). A todos ellos nos unimos hoy nosotros.

(2) En expresión de CARRASCO PERERA, A. (*Ius aedificandi y accesión [La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos]*), con Prólogo de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1986, pág. 223), uno de tantos defensores de esta tesis.

(3) Amén de la jurisprudencia que será oportunamente referida a lo largo del presente estudio, que por entero se dedica a tal cuestión, en la doctrina propugnan esta posición mayoritaria, GARRIDO PALMA, V. M. («¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie», en *RDN*, 1969, págs. 132 a 134); SOTO NIETO, F. («La construcción extralimitada», en *Estudios Jurídicos varios*, vol. I, Madrid, 1983, págs. 138,

En cambio, para la hipótesis del artículo 360 del Código Civil, o incluso para la de los propios artículos 362 y 363, que regulan igual hipótesis a la del artículo 361, aunque referidos al caso en que el constructor actúe de mala fe, entiende esa misma doctrina común, salvo alguna opinión aislada (4), que la accesión sí opera automáticamente, pues en ninguna de ellas se habla de opción alguna, ni se exige el previo pago de indemnización ninguna, que la pueda condicionar (5).

¿Por qué en el fondo este diferente modo de proceder de la accesión inmobiliaria según se construya en suelo propio o ajeno, y según el constructor invasor en este segundo caso actúe de buena o de mala fe?

El interrogante se agudiza aún más si se atiende a la aplicación del artículo 361 del Código Civil al caso de la llamada accesión invertida (que resuelve el caso de extralimitación: de construcción en suelo en parte propio y en parte ajeno): en tal caso, la jurisprudencia, seguida del común de la doctrina, aunque no exenta tampoco de alguna voz disonante, estima que la accesión opera automáticamente por aplicación forzosa del artículo 361 del Código Civil *in fine*, a modo de venta forzosa *ex officio judicis*: puesto que la accesión invertida ha supuesto la inversión del principio *superficies solo*

---

139 y 142 a 145); PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. (en Wolf, III-1.º, págs. 483 y 484); SANTOS BRIZ, J. (II, págs. 220 y 221); ALBALADEJO GARCÍA, M. (pág. 314); Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (III, pág. 180 y sigs.); y por sí solo, Díez-PICAZO en su artículo («La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», en *RCDI*, 1966, pág. 851), y en sus *Estudios Jurisprudenciales* (págs. 268 y 269); en cambio, por sí solo GULLÓN («Accesiones inmobiliarias», en *Protección del derecho de propiedad*, en *Cuadernos del CGPJ*, Madrid, 1994, págs. 224 y sigs.), solo muestra los pros y los contras de esta teoría, sin pronunciarse del todo; LACRUZ BERDEJO, J. L. (III-1.º, págs. 134 y 135); DORAL GARCÍA, J. A. y TORRES LANA, J. A. («El *ius aedificandi* y el principio de accesión», en *RGLJ*, 1981, pág. 43); ALONSO PÉREZ, M. (pág. 367), aunque después de comprobar los inconvenientes de esta tesis mayoritaria, cambia de opinión y acoge la minoritaria; CARRASCO PERERA, A. (pág. 220 y sigs.), a quien sigue LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M. («Laguna legal: derecho de accesión inmobiliaria en el supuesto de mala fe en el propietario y buena fe en el edificante», en *La Ley*, 1994-1.º, págs. 967 y 968); NAVAS NAVARRO, S. («La accesión industrial [Especial atención al Derecho catalán]», en *ADC*, 1995, pág. 118 y sigs.); MOLL DE ALBA, C. (*La edificación en suelo ajeno: La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, Barcelona, 2004, págs. 115 y 1163).

(4) ALBALADEJO GARCÍA, M. (pág. 314); CARRASCO PERERA, A. (pág. 224); MOLL DE ALBA, C. (cit.), para quienes tales hipótesis deben interpretarse también en la línea de la accesión condicionada y postergada.

(5) Lo dirá, en la jurisprudencia, la STS de 27 de diciembre de 1980, comparando en concreto el 361 con el siguiente, el 362 del Código Civil, «cuyo mandato —dice con la STS de 27 marzo 1950—, en relación con la norma directa y obligatoria del artículo 358 del mismo ordenamiento no precisa de opción ni declaración previa alguna para atribuir al propietario del terreno el dominio de lo construido sobre el mismo, con tal de que, la presunción legal de buena fe del constructor quede inequívocamente desvanecida».

*cedit* consagrado en el artículo 358 del Código Civil, lógica y necesariamente hay que aplicar el inciso final del 361 del Código Civil (6). Operando, automáticamente desde la incorporación, la sentencia que la reconozca solo puede ser declarativa (7).

La sola disparidad de opinión habida dentro de nuestra jurisprudencia según se trate de accesión normal o de accesión invertida, o según se trate de aplicar el artículo 360 o el 361 del Código Civil, justifica, por sí misma, la conveniencia de abordar la cuestión, más aún cuando —como se verá en los siguientes epígrafes— no es cuestión estéril, sino de gran repercusión práctica:

Así, por ejemplo, de admitirse la explicación más común del artículo 361 del Código Civil, ¿a quién corresponde la propiedad del edificio mientras el dueño del suelo decide y después se paga lo debido: al que lo construyó, a ninguno de ellos...?; ¿y a quién su posesión? ¿Cabe retener la obra como garantía del pago de lo accedido? ¿Cabría usucapir la propiedad de la obra levantada, o incluso la del suelo invadido, mientras transcurra el tiempo sin que el dueño del suelo reaccione de algún modo ante la invasión? Y, una vez

---

(6) Lo decía rotundamente la STS de 11 de diciembre de 1978, en su Fundamento de Derecho 1.º: que la accesión invertida «*no es sino la ejecución forzosa de esa segunda opción del tan citado artículo 361 del Código Civil*». Idéntica frase contiene la STS de 22 de noviembre de 1989, con la única salvedad de hablar de *mera* ejecución forzosa del 361 *in fine*; e igual idea se contiene en la STS de 10 de diciembre de 1980, al decir que la accesión invertida supone «*obligar al dueño del terreno a aceptar aquella opción —refiriéndose a la segunda, o última— del artículo 361 del Código Civil*». Por ello, la STS de 17 de febrero de 1992 definirá la accesión invertida como una especie de venta forzosa del *dominus soli* invadido al edificante invasor, añadiendo, como síntesis, la STS de 6 de noviembre de 1992, que estamos ante la inversión de la opción del 361 *in fine*. Así opinan también, en la doctrina, HERRERA OVIEDO, M. («Operatividad de la accesión invertida», en AC, 2006, pág. 747); DE SOLAS RAFECAS, J. M. («La construcción extralimitada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en AC, 1989-1.º, pág. 861); OROSA ROLDÁN, M. A. («Accesión invertida», en *La Ley*, 1985-2, pág. 1274); ÁLVAREZ OLALLA, P. («La accesión invertida. Líneas jurisprudenciales», en *Aranzadi Civil*, 1996-III, págs. 15 y 16); GULLÓN BALLESTEROS, A. (pág. 233), quien, como OROSA, dirá que «en realidad, la doctrina jurisprudencial no viene a ser más que una adaptación del artículo 361, invirtiendo al titular de la opción y eliminando uno de los términos de esta, para acoger el de la venta forzosa»; «lo que —dice TORRES LANA, J. A. (pág. 192)— no deja de ser curioso porque supone retornar al precepto cuya aplicación, en principio, se rechaza». En posición particular, HERNÁNDEZ CRESPO, C. («La accesión invertida», en *RCDI*, 1972, pág. 744), aunque acorde con el resultado, más que aplicar el 361 del Código Civil *in fine* por inversión e imposición, dice, es por lógica exclusión de las otras opciones (la demolición por ser el constructor de buena fe, y la inicial del 361 por ser indivisible la obra, dice).

(7) En doctrina, así opinan DE LA PLAZA, M. («Construcciones sobre suelo ajeno [Contribución al estudio de la accesión en Derecho español]», en *RDP*, 1947, pág. 447); y, siguiéndole, LATOUR BROTONS, J. («La construcción extralimitada», en *RDP*, 1966, págs. 264 y 265). En contra, Díez-Picazo, L. (en sus *Estudios Jurisprudenciales*, cit., pág. 269), estima que la sentencia es constitutiva, acorde a la teoría mayoritaria de que la accesión en general no opera automáticamente, según se habrá de ver a continuación.

tomada la decisión y pagado lo debido, ¿operará la accesión retroactivamente al momento de incorporación de la obra al suelo, al momento de la decisión, u operará irretroactivamente desde el pago?

Otra cuestión, solo en apariencia teórica, pero de indudable repercusión práctica, es la relativa a la naturaleza jurídica de la opción contenida a favor del *dominus soli* en el artículo 361 del Código Civil, y también en los artículos 362 y 363 del Código Civil. Porque fijada la *natura iuris* podrá entonces determinarse la capacidad y legitimación necesarias para el ejercicio de tal opción, el plazo —de haberlo— en que puede ejercitarse, y si es solo ejercitable frente al edificante o puede hacerse efectiva frente a posibles terceros adquirentes del edificio. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el suelo invadido fuese de varios copropietarios y que el edificio para viviendas en él levantado por una empresa constructora es vendida a muchos compradores; en tal caso: ¿habrán de actuar los copropietarios en mayoría o en unanimidad?; ¿habrán de actuar contra la empresa constructora o dirigirse contra todos los vecinos compradores de las diversas viviendas construidas sobre su suelo?; y, ¿de qué plazo dispondrán para actuar contra unos u otros?...

La relevancia práctica del problema no se limita al efecto jurídico-real de la accesión, atributivo de la propiedad de lo accedido. También alcanza a sus efectos jurídico-obligacionales. Tal vez el problema fundamental al respecto se refiera a la naturaleza jurídica de las obligaciones pecuniarias que establecen los artículos 360 y 361 del Código Civil: ¿son auténticas deudas de dinero, regidas por el principio nominalista, o son deudas de valor, sometidas, por tanto, al sistema valorista? Es una cuestión directamente conectada con la del momento en que habrán de valorarse los elementos a abonar (sea el suelo edificado, la obra sobre él levantada, o sean los propios materiales empleados para la construcción): ¿será ese momento el de la incorporación o el del efectivo pago?

Asimismo, ¿qué sucede, por ejemplo, si el suelo invadido o el edificio invasor son transmitidos a un tercero sin haberse aún saldado las deudas pecuniarias de la accesión? ¿Quiénes son acreedores y deudores en tales casos: los originarios dueños y constructor o los posteriores adquirentes? Los deberes pecuniarios nacidos de la accesión: ¿tienen eficacia personal o trascendencia real; son obligaciones estrictamente personales o son deberes *ob rem*?



2. FUNDAMENTO DE LA TESIS MAYORITARIA QUE ENTIENDE LA ACCESIÓN DIFERIDA A LA DECISIÓN DEL *DOMINUS SOLI* Y CONDICIONADA AL PAGO, EN EL CASO DE CONSTRUCCIÓN HECHA DE BUENA FE EN SUELO AJENO, FRENTE A LA AUTOMATICIDAD DE LOS DEMÁS CASOS DE ACCESIÓN: EN SÍNTESIS, LA LETRA DEL ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL, EN SÍ Y COMPARADA CON LA DE OTRAS NORMAS QUE LA CIRCUNDAN

La letra de la ley, desde luego, puede hacer creer que, en el caso de construcción realizada de buena fe en suelo ajeno, la accesión es diferida, que está condicionada a la decisión del *dominus soli* invadido y al pago de lo accedido (8). El artículo 361 del Código Civil, en efecto, presupuesta ya la incorpora-

---

(8) No es, por supuesto, el único argumento para de este modo entender la accesión, pero sí el principal. Otro argumento, probablemente el más débil y, tal vez por ello, el menos alegado por la posición mayoritaria, sea el de creer que el artículo 361 no regula una accesión que opere automáticamente, por no incluirse la accesión en la enumeración del artículo 609 del Código Civil sobre los diversos modos de adquirir la propiedad (y los derechos reales en general). Sin entrar en disquisiciones que aquí no importan (como la diferencia que hay entre accesión discreta y la continua, y que la una sea expresión de la facultad de goce y auténtico modo de adquirir el dominio la otra), en sí que el artículo 609 del Código Civil no mencione la accesión no es significativo en este punto que ahora se trata, como tampoco lo sería que la mencionara del modo en que lo hacen otros Códigos (como el art. 712 francés, el 922 italiano vigente, el 1316 portugués...). Ni lo uno niega ni lo otro afirma que la accesión sea modo de adquirir el dominio. Al respecto, nuestro 609 es neutro, incluso indiferente, cuando se trata de una norma que, con sus defectos y excesos conocidos por todos, so pretexto de una enumeración ejemplificativa y propedéutica, pretende sobre todo dejar claro desde un principio la permanencia en nuestro sistema de la teoría del título y del modo en la adquisición de los derechos reales frente al intento del artículo 981 del Proyecto CC-1851 de introducir como novedad, por influencia francesa, el sistema consensualista. Para mayor insistencia estaba también el artículo 1095 del Código Civil. Precisamente, por esa influencia francesa se puede explicar el vacío del artículo 609 del Código Civil español; no porque, como han pretendido algunos, este se plegase a la nueva tendencia coetánea al Código —antes referida— de negar a la accesión su naturaleza adquisitiva dominical. GARCÍA GOYENA, aun manteniendo en sus comentarios a aquel proyecto CC-1851 la distinción entre la accesión continua y la discreta, es consciente de que se trata de un modo de adquirir el dominio, justificando tanto su no mención en aquel elenco, como su ubicación. Sin necesidad de reproducir íntegra su opinión (que puede verse en sus *Comentarios...*, I, pág. 356, y II, pág. 31), por lo que aquí importa, permítase reproducir la reseña ya hecha por NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 64): «En ese Proyecto —del CC-1851—, la accesión figura en el libro segundo, como un derecho de la propiedad (arts. 396 y sigs.), como en el Código vigente; y también como el vigente Código, al enumerar en el libro tercero los modos de adquirir el dominio (art. 548), se omite la accesión. Pues bien, GARCÍA GOYENA comenta el artículo 396 diciendo de modo explícito que “la accesión es uno de los modos de adquirir la propiedad, bien sea continua, o por incorporación de una cosa ajena a la nuestra, bien sea discreta, por ser la cosa producto de otra nuestra, aunque existan separadas”; y al comentar el artículo 548 justifica el que ese artículo, con que se inicia el Libro tercero del proyecto, no nombre la accesión, porque su regulación está ya hecha y agotada en el libro segundo (al tratar de la propiedad); nombrarla sería repetir, “y yo no sé si esto es conforme a la claridad de las ideas y a la exacta división de las materias”, concluye» GOYENA. Pudiendo ser de interés todo lo que dijo para llegar a esa frase final sobre el artículo 548 Proyecto CC-1851 en este



ción de la obra al suelo, dispone que el *dominus soli* invadido «tendrá derecho a hacer suya la obra —dice—, previa la indemnización —sigue diciendo—, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle —termina diciendo— el valor del terreno». Se habla del derecho «a» como si nada se hubiere aún adquirido, y de la exigencia del pago, que ha de ser «previo», según se dice, quedando todo ello pendiente de la voluntad del *dominus soli* (9).

punto, tras advertir GARCÍA GOYENA (II, pág. 3), que «711 y 712 franceses —dice— mencionan también la accesión o incorporación», añadía más detenidamente: «De estos Códigos, el mas consecuente a mi entender es el holandés, pues pone su mencionado artículo —639, que también menciona la incorporación— al tratar de la propiedad en el libro 2, y habla en seguida de los medios de adquirirla por ocupación, accesión, etc.: los otros en su respectivo libro 2 no tratan de los medios o modos de adquirirla, y sin embargo, apuran toda la materia de accesión (...) Así es, que al encabezar el libro 3, como lo está el nuestro, tienen que enumerar entre los modos de adquirir la *accesión o incorporación*, que está ya agotada en el libro 2; y yo no sé —acaba ya diciendo— si esto es conforme a la claridad de las ideas y a la exacta división de las materias». Así de sencillo. Hasta tal punto la accesión es modo de adquirir el dominio, que bien pudiera considerarse no obviada en el artículo 609 del Código Civil, sino solo contenida en su más genérica referencia a «la ley» como modo de adquirir la propiedad. Como efecto natural del *accessorium sequitur principale* bien pudiera considerarse que la accesión es un modo de adquirir el dominio *ex lege*. Podría, entonces, pensarse en su automaticidad al operar por obra inmediata de la ley, *ex lege* u *ope legis*. Mas tal argumento, aisladamente considerado y solo apoyado en el artículo 609 del Código Civil, no dejaría de ser insuficiente. Porque modos de adquirir el dominio hay que no operan automáticamente y que expresamente se citan en el artículo 609 del Código Civil: a.e., la sucesión, que tratándose de herencia, para ser adquirida ha de ser aceptada por el heredero. ¿O acaso la accesión es una especie de título legal que habilita para adquirir por una especie de compraventa, en cierto modo forzosa? Así, en parte, lo entiende QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (cit.), quien prefería hablar del derecho de accesión, no de accesión a secas, dada la expresión al respecto del propio artículo 353 del Código Civil (en su «*da derecho por accesión*»); abundando en ello, recientemente, CARRASCO PERERA, A. (cit.), quien también se apoya en otras expresiones legales (como «*hacer suyo*», «*derecho de*»..., que emplea el CC), y que CARRASCO emplea, no solo para defender la no automaticidad de la accesión, sino también para ver en ella un derecho, un título, no un modo de adquirir, que a veces cede para resolver el caso frente a otros títulos, v.gr., el de venta *ex* 361 del Código Civil, el de prescripción abreviada, o el de ocupación previo ficticio abandono (el caso del 369 CC)... Se incluiría entonces más bien la accesión en la teoría del título y del modo. Fantásico, sin embargo, parece creerlo, pero a ello podría llevar aquella interpretación.

(9) En nuestro TS así lo creyó por primera vez, siendo precursora en esta línea jurisprudencial hoy casi unánime, la STS de 2 de enero de 1928, al decir: «*Considerando que con relación a estos últimos casos, cuando ha intervenido la buena fe, si bien en el artículo 361 se establece el derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, dispone que ha de ser previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, lo cual, interpretado, no solo en su sentido literal, sino atendiendo al espíritu que lo informa, conduce a estimar que mientras esa indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado, sembrado o plantado, y está en el caso de optar por adquirirlo mediante esa indemnización, o por obligar al que construyó o al que de él traiga causa a pagarle el precio del terreno ocupado, según dicho artículo*». La seguirán, calcándola en su afirmación, las SSTs de 18 de marzo de 1948, de 17 de diciembre de 1957, y de 2 de diciembre de 1960, añadiendo esta «*que la edificación en terreno ajeno no provoca, en caso de buena fe declarada, sin más y por la sola constancia de lo edificado*

Se entenderá, entonces, que tras la incorporación de la obra al suelo el *dominus soli* solo ostenta un derecho de opción, la opción contenida en el artículo 361, que para él supone un derecho potestativo o de configuración jurídica entre comprar la obra —aún— ajena a su edificante o venderle el terreno propio, en ambos casos sin que este pueda oponerse, pues así lo impone la ley, siendo su actitud la de mera sujeción a la elección que haga el *dominus soli* (10). Demuestra esa mera opción el por dos veces citado derecho *a* del 361, en consonancia, además, con el también *da derecho...* del artículo 353 del Código Civil, que, no en vano, es la norma que, a modo de preámbulo, define la accesión y abre su régimen legal en general.

La interpretación sistemática, en que se apoya esta tesis mayoritaria, no se limita a confrontar el 361 con aquella norma introductoria (el 353 CC); también compara su letra con la de otras normas (como son los arts. 366 y 370 CC, sobre accesión mobiliaria, el 360 CC sobre accesión por incorporación de material ajeno en suelo propio, o los propios artículos 362 y 363, que regulan igual hipótesis a la del artículo 361, aunque referidos al caso en que el constructor actúe de mala fe). En todas estas otras normas, se dice, la accesión sí opera automáticamente, pues en ninguna de ellas se habla de opción alguna, ni se exige el previo pago de indemnización ninguna, que la pueda condicionar (11).

---

*un desplazamiento patrimonial, sino mediante la opción previa determinada en el artículo 361». Siguiendo, y reproduciendo, a estas tres últimas, la STS de 17 de diciembre de 1987, y a esta última secundarán las SSTS de 22 de julio de 1993 y, más recientemente, la de 9 de febrero de 2006, concluyendo aquella como algo bastante consolidado en que «ha de mantenerse la doctrina uniforme sobre la materia con relación al artículo 361 del Código Civil y por ende ha de proclamarse que esta disposición legal no admite la accesión automática en beneficio del dueño del terreno». En la misma línea, presuponiendo la no automaticidad de la accesión del artículo 361 del Código Civil y extrayendo de ello las oportunas consecuencias —que luego se verán—, pueden citarse las SSTS de 23 de marzo de 1943 —emblemática en esta sede, tanto como la primera de 1928—, o las de 18 de marzo de 1948, de 27 de diciembre de 1980, de 31 de diciembre de 1987, de 15 de febrero de 1999, o el Auto de 22 de julio de 1997. Hasta en Italia, hace tiempo BERLIRI, L. V. («Obbiezioni al dogma *superficies solo cedit* nel diritto odierno», en *Temì Emiliana*, 1932-II, pág. 26, nota 41), se apoyaba en la redacción de nuestro 361, para apoyar su tesis —minoritaria allí— de la no automaticidad de la accesión en el artículo 450 *Codice*-1865.*

(10) Tal calificación del derecho de opción del 361 como derecho potestativo es hecha, entre otras, en las SSTS de 15 de junio de 1981, de 24 de enero de 1986, de 31 de diciembre de 1987, de 17 de febrero de 1992, de 22 de julio de 1993, de 15 de febrero de 1999, y, recientemente, en la de 6 de febrero de 2006; y en la doctrina, DÍEZ-PICAZO, L. (en su artículo, pág. 850 y en sus *Estudios jurisprudenciales*, págs. 271 y 280); SANTOS BRIZ, J. (II, pág. 221); SERRANO ALONSO, E. («La accesión de bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 del Código Civil», en *RDP*, 1981, pág. 681); SOTO NIETO, F. (pág. 138); HERNÁNDEZ CRESPO, C. (pág. 732 y sigs.); ALONSO PÉREZ, M. (pág. 369).

(11) Lo dirá, en la jurisprudencia, la STS de 27 de diciembre de 1980, comparando en concreto el 361 con el siguiente, el 362 del Código Civil, «cuyo mandato —dice con la STS de 27 de marzo de 1950—, en relación con la norma directa y obligatoria del artículo 358 del mismo ordenamiento no precisa de opción ni declaración previa alguna para atribuir al

Esta es la tesis de la accesión diferida, condicionada o aplazada, como quiera llamársela, del artículo 361 del Código Civil, de la que, aun siendo la mayoritaria, hay que discrepar, pues frente a la interpretación extremadamente literal y solo en parte sistemática en que se apoya se oponen otras muchas razones. Veámoslas.

## II. NUESTRA TESIS EN DEFENSA DE LA AUTOMATICIDAD DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA DEL ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL Y DE TODA ACCESIÓN INMOBILIARIA EN GENERAL

### 1. OBJECIONES A LA TEORÍA MAYORITARIA SOBRE LA ACCESIÓN DEL ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL

- A) *Primera objeción: la necesidad de una interpretación sistemática de todos los artículos 360 a 365 del Código Civil (que regulan los efectos jurídico-obligacionales de la accesión), desde la única base lógica y natural del artículo 358 del Código Civil (del principio superficies solo cedit que determina su principal efecto jurídico-real)*

Para empezar, el artículo 353 del Código Civil estaba ya de idéntica forma redactado desde el Proyecto de CC-1836, cuando entonces, también por su redacción, la automaticidad del actual 361 era evidente (según luego se verá). Y amén de su valor meramente introductor, rectamente interpretado solo quiere dejar claro, a la vista de sus anteriores artículos 348 y 350 del Código Civil —este referido a la propiedad inmobiliaria—, que la propiedad es la causa, la fuente principal de la accesión, tanto por producción (la discreta, que no es verdadera accesión), como por incorporación. Nada más dice en lo cual pudiera apoyarse la teoría de la no automaticidad del artículo 361, ¿o acaso la accesión por producción de frutos es también diferida, no automática, por el *da derecho* del artículo 353 del Código Civil? Si condicionada está, lo será al solo hecho natural de la manifestación del fruto (art. 357 CC), como la accesión inmobiliaria artificial lo está a la incorporación indivisible de la obra al suelo.

En cualquier caso, siendo el artículo 353 del Código Civil una norma tan genérica, no parece prudente fundar en ella ninguna interpretación del artículo 361 del Código Civil.

Tampoco parece convincente la confrontación entre el artículo 361 del Código Civil y prácticamente todos los demás sobre accesión inmobiliaria artificial, que son los que aquí importan (arts. 360, 362 y 363 CC), para creer que

---

*propietario del terreno el dominio de lo construido sobre el mismo, con tal de que, la presunción legal de buena fe del constructor quede inequívocamente desvanecida».*

solo y nada más que el 361 contiene una accesión no automática, no derivada inmediatamente y *ex lege* de la unión inseparable de la obra al suelo. ¿Qué razón, amén de la literal, conduce a tal interpretación aislada y opuesta a la del resto del sistema legal? No parece que sea esa suficiente razón como para interpretar de contraria forma un mismo fenómeno adquisitivo —el de la accesión— cuando el fundamento elemental es idéntico —el del art. 358 CC con su máxima *superficies solo cedit*— y simplemente varían las hipótesis, según se construya en suelo propio con materiales ajenos, o al revés, y según ello se haga con buena o mala fe. Tales variantes tienen su repercusión en materia compensatoria e indemnizatoria, pero en cuanto al efecto adquisitivo en sí, la base, única y común, es aquella del artículo 358 del Código Civil. Esta es, en verdad, la única que resuelve la cuestión jurídico-real en materia de accesión; el resto de normas se dedica a precisar sus efectos obligacionales tendentes a evitar el enriquecimiento injusto o a resarcir al dueño en caso de mala fe. Conviene, al respecto, no olvidar lo que el artículo 358 del Código Civil dice: «*Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos* —dice, terminantemente; para acabar diciendo— *con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*»; no «*salvo lo que...*», sino «*con sujeción a lo que...*» (12).

Siendo indiscutible —al menos nadie lo discute— que la regla de que la superficie cede al suelo es manifestación o concreción, a modo de aplicación, de la más amplia de que lo accesorio sigue a lo principal, no hay nada más simple que concluir que tanto esta como aquella tienen un fundamento lógico, meta-jurídico; y tratándose de cosas reales, como son el suelo y las construcciones, dicho fundamento lógico se explica sin duda por la naturaleza de las cosas (13). Aunque GAYO no incluía la accesión al enumerar los modos de adquirir el dominio (14), al consagrar la famosa máxima de que la superficie cede al suelo, dirá: *Praetera id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est,*

---

(12) Como advierte y destaca NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 123).

(13) Como «Ley de la creación» estimaba PROUDHON el principio *accessorium sequitur principale* (según se toma aquí de GORLA, G. («L'accessione nel Diritto Civile Italiano [Contributo alla doctrina dei modi d'acquisto Della proprietà]», en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1931, pág. 105).

(14) Así lo advierte PACIFICI-MAZZONI, E. (*Il Codice Civile Italiano commentato*, vol. I: *Trattato della distinzione dei beni, della proprietà e delle servitù personali, usufrutto, uso e abitazione* [artt. 406-530], Turín, 1927, pág. 174). Pero claramente lo será ya en el Derecho medieval, donde por obra de romanistas y glosadores la accesión será calificada como modo natural, originario y *secundum quid* de adquirir la propiedad. Entre los nuestros, SALA, J. (*Ilustración del Derecho Real de España*, T. I, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1820, págs. 102 y 103); ÁLVAREZ, J. M. (*Instituciones de Derecho Real de España*, T. I, Madrid, 1829, págs. 154 y 155); DE ASSO, I. y DE MANUEL, M. (*Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, 5.<sup>a</sup> ed., 1792, reimpresión de Valladolid, 1975, pág. 98 y sigs.). Para todo esto, vid. GORLA, G. (págs. 93 a 99).

*quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum* —decía (15)— *fit, quia superficies solo cedit* (Instituciones de GAYO, 2, 73) (16). A diferencia de otros mecanismos adquisitivos (como la usucapión, la tradición...), la accesión, igual que sucede con otros (como la ocupación...), siempre se ha estimado como un modo de adquirir el dominio que deriva del Derecho Natural, de la Naturaleza; de ahí que siempre y en todo lugar haya existido, aunque justificada en diferentes razones y prevista con diversos matices. Y esa universalidad, derivada de su naturalidad, se explica por la regla, también lógica y natural, de la accesoriedad —del *accessorium sequitur principale*— en que se funda; y que *ex natura rerum* se explica porque cuando dos cosas de diverso dueño se unen inseparablemente, o de modo indivisible, es porque una se une o incorpora a la otra, siendo la incorporada precisamente la que no puede subsistir independientemente. Es pura ley natural, o física; es casi la ley del más fuerte. La cosa que puede existir independientemente es la más fuerte, es la cosa principal, siéndolo precisamente porque es la que ejerce hacia la otra una fuerza atractiva, atrayente, o centrípeta (una *vi ac potestate rei nostrae*) que la hace dependiente de ella (17). Esa fuerza atractiva, que puede serlo teleológica o funcional (v.gr., en el art. 377.II CC), en la mayoría de los casos es real, física

(15) Por eso no puede ser más que una errata la afirmación de TRAVIESAS, M. («Ocupación, accesión y especificación», en *RD*, 1919, pág. 294, nota 1), cuando dice que tan arraigado principio en Roma estaba fundado *et civile et naturali iure*; como la posterior de ALONSO PÉREZ, M. (pág. 328), en el mismo sentido.

(16) Luego ya en las Instituciones de Justiniano, en § 29: «*Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse intelligitur dominus aedificii, quia omne quod inaedificatur, solo cedit*» (que sería el caso del actual art. 360 CC); y en § 30 de las Instituciones de Justiniano, se dirá: «*Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus cujus et solum est*» (que sería el caso del actual 361 CC). Y así en Digesto 41, 1.7, §§ 10 y 12. Y en tantos otros lugares, para otras cuestiones, al tratarse de una regla lógica y natural; v.gr.: «*Solo cedere solent ea qua aedificantur aut seruntur*» (Gayo, D. 41.1.9.1); «*Superficies solo cedit*» (Ulpiano, D. 43.17.3.7); «*Ius soli sequetur aedificium*» (Paulo, D. 13.7.21)...

(17) Es la forma en que siempre se ha definido en primer lugar la distinción entre cosa principal y accesorio; así, entre los nuestros, ÁLVAREZ, J. M. (I, pág. 138); BURÓN GARCÍA, G. (II, pág. 20); OYUELOS, R. (*Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al del Código Civil español*, T. II [arts. 333-608], Madrid, pág. 82). En particular, refiriéndose a la accesión industrial, decían GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J. (*Febrero...*, T. I, Madrid, 1841, pág. 171): «Las leyes en este modo de adquirir no han hecho mas que seguir los preceptos del derecho natural, estableciendo algunos principios, que como emanados de la equidad natural habrán siempre de consultarse», añadiendo que «la primera regla que debe tenerse presente es que lo *accesorio sigue a lo principal*». Probablemente mucha influencia en entender de aquel modo qué es lo principal y qué es lo accesorio, se deba a POTHIER, J. (VIII, pág. 123), quien «para conocer cuál es la cosa que, en un todo compuesto de muchas cosas, forma la parte principal, y las que son solamente accesorias del mismo», establecía como «regla primera: Cuando de dos cosas que componen un todo, la una no puede subsistir sin la otra, y la otra puede subsistir separadamente, la que puede subsistir separadamente es considerada como parte principal, y la otra como accesorio; *Necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest*».

o estructural (18). Es, precisamente, ese el fundamento del *superficies solo cedit*, en cuya virtud el suelo es cosa principal, al menos frente a lo que se construya en él, no tanto porque generalmente sea de valor económico mayor, sino sobre todo porque comparados ambos elementos —suelo y edificación— el suelo es cosa independiente, que puede existir por sí sola, mientras que no cabe edificio sin suelo en que apoyarse, en que sostenerse (19). Es la propia fuerza de la gravedad, si se apura, la que explica tal regla (20); por supuesto, los romanos desconocían la ley gravitatoria, como tal formulada, pero ya sabían, por ser de sentido común, o natural, que el suelo es la savia o fuente nutriente de las plantaciones y el sostén o apoyo de los pilares y cimientos de cualquier edificación. Tal es el poder de atracción, que por dicha incorporación al suelo, el edificio, que separado de él no es más que un conjunto de materiales, o bienes muebles, se «inmoviliza» —permítasenos la barbarie lingüística—, se convierte en inmueble por incorporación al suelo (cfr., art. 334.1.º CC).

Difícil, pues, parece admitir que en nuestro artículo 361, y solo en él, se vaya a excepcionar la norma general del 358 del Código Civil. ¿Por qué no, entonces, en lugar de aquella interpretación literal y solitaria del 361, aislada en su redacción, se opta mejor por una interpretación sistemática, y, por tan-

---

(18) En esta distinción se sigue aquí a NUTI, G. (*Accessio, datio, translatio materiae*, en *Riv. Dir. Priv.*, 1940, págs. 301 y 302), no ya en su crítica por apriorística a la regla *superficies solo cedit*. Y luego (en págs. 309 y 310), hablará del doble poder, de expansión (o producción) y de atracción, del suelo; idea que también aquí se sigue. En cambio, para ALONSO PÉREZ, M. (nota 17, pág. 280), en general para la determinación de lo principal y lo accesorio en materia de accesión el criterio es más estructural (y económico, hay que decirlo) que funcional. En verdad, rigen ambas dimensiones siendo aplicable una u otra según cada caso.

(19) Y más detenidamente lo decía POTHIER (cit.), dando buena explicación de lo que luego serían los artículos 555 y 554 del Código Civil francés (nuestros 361 y 360, respectivamente); tras indicar POTHIER la primera regla, antes reproducida, añade: «Puede citarse, como primer ejemplo de esta regla, el caso en que alguno hubiese construido un edificio sobre un solar de mi propiedad. El edificio y mi solar forman un solo todo del que mi solar es la parte principal, y el edificio la parte accesoria; porque el solar puede subsistir sin el edificio, y al contrario el edificio no puede subsistir sin el solar sobre el que se ha levantado. Por cuya razón el dominio que yo tengo de mi solar me hace adquirir por derecho de accesión, *vi ac potestate rei meae*, el edificio que ha sido construido, esto mismo dice GAIUS: *Si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium cuius et solum est* (...) Igual puede decirse en caso contrario. Cuando yo he construido sobre mi terreno un edificio con materiales ajenos, el dominio de mi terreno me hace adquirir por derecho de accesión, *vi ac potestate rei meae*, el de todos los materiales empleados, como cosas que son necesarias: *quin aliquis in suo loco aliena materia aedificaverit, ipse dominus intelligitur aedificii*. Y es regla general, que el dominio del edificio sigue siempre al del terreno sobre el cual está edificado: *Omne quod inaedificatur solo cedit*». Entre los nuestros, también lo destacaba sintéticamente, ESCRICHE (en su voz «Accesión industrial», pág. 44): «En la edificación, el suelo es lo principal y el edificio lo accesorio; y como el edificio no puede separarse del suelo sin su destrucción, es regla constante que el dueño del suelo adquiere el dominio del edificio, cualquiera que sea el que lo hubiere construido, y así en el caso de buena como en el de mala fe».

(20) Como dice OYUELOS, R. (pág. 89), se funda la regla romana en «una especie de ley de gravedad jurídica que atrae hacia la tierra».



to, homogénea y coherente de todo el sistema desde su raíz contenida en el artículo 358 del Código Civil?

No puede, por supuesto, pretenderse en ese sentido, como algunos hacen (21), una interpretación sistemática desde el artículo 361 del Código Civil, como si esta fuera la norma eje, para entender que también los demás preceptos regulan una accesión inmobiliaria no automática. Se llegaría a un resultado homogéneo, desde luego, pero desde una interpretación sistemática tiránica, que por ello no sería realmente sistemática, ni comparativa.

De mantenerse, en cambio, la tesis mayoritaria, ¿qué justifica la no automaticidad en el artículo 361 y la automaticidad en los artículos 362 y 363? ¿O acaso es la buena o mala fe del constructor la que marca la operatividad efectiva de la accesión en lugar de regir, desde el artículo 358 del Código Civil, el principio *superficies solo cedit*?

La más acertada interpretación sistemática de las normas del Código Civil que regulan la accesión artificial inmobiliaria debe hacerse, al contrario, desde la mayoría de las normas, porque en esa mayoría se refleja el verdadero espíritu de la ley.

Desde esa visión global y ordenada, de sistema, el espíritu, la *ratio legis*, es la de una accesión automática derivada, por una razón lógica y natural, de la unión indivisible de dos cosas (en el caso de la accesión que aquí se trata, por la incorporación inseparable de la obra al suelo) (22). Es la propia Ley la que aquí funciona como fuente directa en la adquisición de la propiedad (*ex art. 609 CC*) y como fuente directa también de sus efectos obligacionales (*ex art. 1089 CC*); ambos efectos se encuentran íntimamente relacionados (23)

---

(21) Es el caso, sobre todo, de CARRASCO PERERA, A. (cit.), y de otros que se verán luego.

(22) En la letra del Código Civil, pareciéndose partir de que todo es separable, jurídicamente solo admite la separación (no habiendo, por tanto, inseparabilidad), cuando la misma no implique deterioro, detrimento o menoscabo, bien de la propia cosa principal (cfr., art. 378.II CC), de la accesorio (cfr., art. 360 *in fine* —introducido en el Proyecto CC-1882—), o bien —como es más lógico— de las dos cosas unidas, estimándose en tal caso su posible deterioro, no en la unión o conjunción que ambas conforman, sino en cada una de ellas separada e individualmente (cfr., arts. 378.I y 381 CC). Y para apreciar tal separabilidad, o inseparabilidad (esa posible separación con o sin merma), no solo valen criterios físicos o materiales, sino también económicos y funcionales. Y es aquí donde tiene acomodo en materia de accesión inmobiliaria la idea de indivisibilidad que para otras materias contempla el Código Civil (cfr., sus arts. 401.I, 1062, 1139, 1151...). Lo ha dicho, recientemente, la STS de 27 de enero de 2000, que habla de indivisibilidad física (o arquitectónica, dice) y funcional. De este modo, la unión será inseparable bien cuando la separación —la división— sea física o materialmente imposible, o bien cuando aún siendo posible, desde esa perspectiva física, la separación —o llámese división— sea antieconómica, que podrá serlo: por la inutilidad o inservibilidad de las cosas tras su desunión o su demolición, o por el gran coste —o la excesiva onerosidad— que supondría realizar tal división. Por eso, no es imprescindible —casi nunca lo es— para que opere la incorporación (la «inmovilización» inseparable), que la obra esté del todo finalizada.

(23) Siendo ahí únicamente donde hay disociación según GOUBEAUX, G. (*La règle de l'accessoire en Droit Privé*, París, 1969, pág. 300), entre la adquisición de la propiedad y



y ambos son por igual renunciabiles (*ex arts. 361 in fine y 363 CC*). Como la hipoteca que no sigue a la finca no merece llamarse hipoteca, según decía la LH-1861, la accesión que no actúa inmediatamente desde la unión indivisible no es verdadera accesión, no merece llamarse accesión. Pretender lo contrario, sea por obra de la doctrina, de la jurisprudencia o de la propia ley, sería desnaturalizar la accesión.

B) *Segunda objeción: la necesidad de una interpretación histórica de los artículos 360 y siguientes del Código Civil, desde su gestación interna y sus propios precedentes más remotos, para justificar, respectivamente, las expresiones en tales normas empleadas y su respeto a la tradicional automaticidad de la accesión inmobiliaria*

La letra de nuestro Código Civil en materia de accesión probablemente también obedezca a uno de los idearios formales al que todo Código civil aspiraba en su redacción decimonónica: al de la sencillez y la concisión (24):

El artículo 361 del Código Civil, prácticamente así redactado desde el artículo 404 del Proyecto CC-1851, y con algún retoque hecho en el artículo 364 del Proyecto CC-1882 (cuya redacción es casi la actual), supuso la refundición de cuatro normas, nada menos, que al respecto contenía su modelo del Proyecto CC-1836 (25), en sus artículos 676, 677, 680 y 681, cuya redacción resultaba ser reiterativa y muy afrancesada. Y el artículo 360, por su parte, que para algunos debe interpretarse también en la línea de la accesión condicionada y postergada (26), experimentó en su redacción una progresiva simplificación desde su originaria redacción en el Proyecto de CC-1836 hasta el vigente; precisamente de él se eliminaría una parte de vital importancia en esta cuestión:

---

los efectos obligacionales, poniendo como ejemplo (en págs. 302 y 303), el caso en que la obra haya sido hecha por el inquilino, en cuyo caso las cuentas serán saldadas a la extinción del arriendo con la salida de dicho inquilino. En la misma línea la SCCassazione italiana de 20-8-86: «L'accertamento della proprietà dell'immobile acquistato per accessione non presuppone l'avvenuto pagamento ovvero l'offerta dell'indennità di cui all'articolo 936 c.c. da parte dal proprietario del suolo, costituendo la relativa prestazione oggetto di una obbligazione autonoma rispetto all'acquisto del bene, che si attua *ipso iure* per effetto della costruzione eseguita dal terzo».

(24) En lo que a continuación, en el siguiente párrafo se diga, se sigue a NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 98).

(25) Téngase, además, en cuenta que la gestación en el Proyecto CC-1851 de toda la materia relativa a la accesión fue encargada a VIZMANOS, quien precisamente se había ya encargado de ella en la elaboración del Proyecto de CC-1836.

(26) ALBALADEJO GARCÍA, M. (pág. 314); CARRASCO PERERA, A. (pág. 224); MOLL DE ALBA, C. (cit.).

En su primera redacción, en la del artículo 679 del Proyecto CC-1836, se decía que «*si alguno plantase o edificase en terreno propio con semillas o materiales ajenos, aquellos y estos le pertenecerán por accesión* —decía, añadiendo—, *pero habrá de pagar el valor de ellos y además podrá ser condenado al resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiere causado*». Con redacción similar se mantiene en el artículo 403 del Proyecto CC-1851, cuyo primer párrafo disponía: «*El que sembrare, plantare o edificare en finca propia, con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de unas y otras* —decía, tal vez más marcadamente en lo relativo al efecto adquisitivo de la accesión; añadiendo también como la anterior—; *pero estará obligado a pagar su valor, y además será condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, si hubiere procedido de mala fe*». Y vendrá, por fin, el artículo 363 del Proyecto CC-1882 a simplificar definitivamente la redacción, mas con ello eliminando aquella referencia a la fuerza adquisitiva de la accesión: «*El propietario del suelo que hiciere en él plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor; y si hubiere obrado de mala fe, estará además obligado al resarcimiento de daños y perjuicios*».

¿Acaso en tal eliminación, o simplificación, tenía el codificador la intención de establecer una accesión no automática también para el actual 360 del Código Civil? Aunque algunos lo crean, en el fondo, ¿qué sentido tendría aquí diferir la accesión si quien supuestamente tiene que decidir es el propio *dominus soli* que, por sí o por otro, construye? Y —lo más importante ahora— en la forma, de haber sido aquella la intención del codificador, ¿no debería esta haber quedado más claramente reflejada en la norma? ¿No será que solo se trataba de abreviar su redacción omitiendo la repetición de lo ya dicho en el 358 (actual)?

Por eso mismo, tampoco hay que conceder excesiva importancia, menos aún para desvirtuar la naturaleza de la accesión, a ciertas expresiones que emplea el artículo 361 del Código Civil, tales como el *derecho a hacer suya la obra* siempre *previa la indemnización* correspondiente. En efecto, en nada condiciona la accesión la exigencia de pagar *previa la indemnización*, como dice el artículo 361. Con la común opinión hay que convenir —aquí sí— en que tal norma, a diferencia del artículo 360 del Código Civil, menciona la indemnización en sentido lato, como equivalente a compensación, o a contraprestación —o a precio, según algunos como, en efecto, dice el 361 en su inciso final—. Aun admitiendo tal calificación, y viendo en el artículo 361 del Código Civil una especie de compraventa forzosa, el obstáculo a la tesis de la accesión no automática brota por sí solo; lo advierte GULLÓN (27): ¿cuándo el precio es condición de adquisición de la propiedad, salvo que haya pacto de reserva de dominio?; ¿o acaso la hay *ex lege*?; ¿o acaso, al modo tradicional de venta con aplazamiento del precio, aquí también el pago del precio equivale a la *traditio* de la cosa cuya propiedad se adquiere?

---

(27) GULLÓN BALLESTEROS, A. (pág. 227).

Ni siquiera se trata de verdadero precio, sino más bien de reintegración (28). ¿No es consabido que los efectos pecuniarios compensatorios contenidos en el artículo 361 del Código Civil se justifican por evitar el enriquecimiento injusto? Esa idea de compensación la demuestra la remisión que el propio artículo 361 del Código Civil hace a los artículos 453 y 454 del Código Civil, que, precisamente, regulan en general la liquidación de cualquier estado posesorio, como así, conforme a la tesis de la automaticidad, acontece en la accesión, ya que tras el pago es cuando se restituye la posesión que ostentaba el edificante de la obra que ya era del dominio del dueño del suelo. He ahí la razón del *hacer suya* del artículo 361 del Código Civil.

Ni siquiera, en fin, es relevante que el pago deba ser *previo*, según reza el 361 del Código Civil. Para entender tal exigencia hay que situarla en su contexto histórico, cuando entonces aquella exigencia del artículo 361 del Código Civil coincidía con la que contenía, y aún contiene, el artículo 349 del Código Civil, sobre expropiación forzosa, acorde al artículo 10 de nuestra Constitución de entonces, la de 1876 (no ya así a la actual que, no casualmente, ha eliminado aquello de que la indemnización haya de ser *previa*; vid. STC de 19 de diciembre de 1986). Eran por aquel entonces tiempos de desamortizaciones, de confiscaciones... Mas ni antes ni ahora la adquisición de la propiedad expropiada por razón de interés público ha estado condicionada al pago. Estando aún hoy vigente la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, es doctrina pacífica en Derecho Administrativo la de que aunque se requiera por regla general del previo pago del justiprecio (o de su consignación), la efectiva adquisición de lo expropiado se condiciona a su entrega, conforme a las reglas del Derecho Común (el civil), esto es, conforme a la teoría del título y del modo (29); y si bien

---

(28) Lo reconoce LIVIE, P. (*Traité théorique et pratique des Constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Louvain, 1951, pág. 148), con apoyo en la STCass. Francés de 14-12-1921, uno de los pocos franceses defensores de la no automaticidad de la accesión.

(29) En efecto, aunque genéricamente, dice la STC de 19 de diciembre de 1986: «El artículo 33.3 CE no exige el previo pago de la indemnización, y esto, unido a la garantía de que la expropiación se realice de conformidad con lo dispuesto por las leyes, hace que dicho precepto consienta tanto las expropiaciones en que la ley impone el previo pago de la indemnización como las que no lo exigen, no siendo por tanto inconstitucional la ley que relega el pago de la indemnización a la última fase del procedimiento expropiatorio; en esta clase de expropiaciones, de las que son prototipo las urgentes, el momento en que se produzca el efecto traslativo de la propiedad no depende del previo pago de la indemnización, careciendo por tanto de relevancia constitucional el momento en que se opere dicha transmisión y, en consecuencia, que esta se produzca de manera inmediata, en el mismo momento en que se acuerda la transmisión». Más en particular, dirá la STS de 19 de julio de 1997 que «el sistema fijado por la Ley de Expropiación para la adquisición forzosa de la propiedad se corresponde con el civil, exigiendo inexcusablemente para ello la toma de posesión sus artículos 51 y 52.6.º, que no consideran esta... como un acto meramente formal, sino como requisito imprescindible para la transmisión del dominio, según los artículos 53 de dicha Ley y 52.2 y 55 de su Reglamento, de manera que, si no se ocupa el bien objeto de expropiación no cabe considerar consumada esta».

por ley el pago debe ser previo a la ocupación, la práctica se ha encargado de constatar lo contrario (30), mostrando como habitual que sea primero ocupada la finca expropiada y luego pagado el justiprecio (como permite el artículo 33.3 CE, al no exigir la *previa* indemnización, y ratifica la STC antes citada). En el fondo, la expropiación forzosa no es más que una venta forzosa.

Lo mismo puede decirse del artículo 361 en donde el previo pago de la restitución debida solo condiciona la entrega de la posesión de lo accedido, no la de su propiedad que ya ostentaba el *dominus soli* desde la incorporación de la obra al suelo (31).

Sin salir de esa interpretación histórica, aunque remontando el precedente a tiempos pretéritos, una reforma de tal índole, difiriendo y condicionando la accesión, hubiera sido más advertida dada su gran trascendencia; porque hubiese supuesto una fractura histórica en la institución de la accesión, que a lo largo de toda su historia siempre ha operado automáticamente (32). No cabe,

---

(30) Me refiero a lo que en la Ley es expropiación excepcional, pero en la práctica lo más usual (v.gr., requisas, ocupaciones temporales, expropiaciones legislativas, y expropiaciones urgentes).

(31) De este modo lo ha dicho la STS de 6 de diciembre de 1985, en su Fundamento Jurídico 7.º: «en cuanto a la segunda —alegación del recurrente— referente a la necesidad de haber “pagado” la indemnización para declarar la accesión, carece de consistencia habida cuenta de que la declaración de la procedencia de la accesión es condición previa para que nazca la obligación del dueño de la cosa principal a indemnizar al poseedor que de buena fe constituyó sobre la misma una industria», en el caso; habiendo dicho, en el anterior fundamento, que está «asistido el que construyó de buena fe sobre cosa ajena del derecho de retención a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo 453 del Código Civil y conservando —dice en lo que ahora importa— la posesión de la cosa que no adquiere el propietario de la cosa principal hasta que se consuma el derecho que ejercitó mediante la entrega material de la misma». Y ya hace tiempo lo dijo SANZ FERNÁNDEZ, A. (pág. 148): «el dueño del suelo no puede tomar la posesión de lo edificado en tanto no indemnice, pues el edificante puede ejercitar el derecho de retención». Critica tal consideración NAVAS NAVARRO, S. (pág. 121), pues si el constructor es de mala fe, entonces perdería la posesión de la obra *ab initio*, cuando en el artículo 460 del Código Civil, que contiene un listado de *numerus clausus*, no se contiene tal causa de pérdida de la posesión. Sin más confunde esta autora propiedad y posesión, y que la accesión es un modo de adquirir la propiedad, no necesariamente con ella la posesión. Una vez adquirida la propiedad por accesión, vendrá ya el mecanismo más oportuno para tomar la posesión (interdicto), o incluso para derruir la obra.

(32) No obstante, NAVAS NAVARRO, S. (pág. 120), crítica el apoyo histórico a favor de la automaticidad de la accesión: por un lado, porque si el constructor era de mala fe se presumía donación de la edificación y de sus materiales, de modo que antes no cabía entender que hubiese accesión; y, por otro lado, como también advierte en Francia con igual intención LIVIE, P. (págs. 132 a 135), si en el caso de buena fe adquiría la obra el *dominus soli* pero luego recobraba su anterior dueño los materiales con que se hizo si la obra se destruía, era porque la propiedad adquirida hasta entonces por el dueño del suelo era latente. Ambas razones, en realidad, no contradicen la automaticidad de la accesión en la Historia del Derecho. En cuanto al supuesto *animus donandi* del constructor de mala fe, fue una idea sobre todo admitida en Derecho romano, no para condicionar la operatividad de la accesión (de lo contrario, se estaría ante una donación, con su régimen propio, no ante la accesión, con el suyo propio), sino para justificar que en tal caso el edificante no tuviera derecho a indemnización

por tanto, deducir tan trascendente cambio de una mera simplificación en la redacción del artículo 360, ni tampoco, a pesar del contenido y de las palabras en él empleadas, en la del artículo 361 del Código Civil, cuando en general, en su elaboración y en la de todas las demás del Código Civil sobre accesión, la Base 10.<sup>a</sup> de la Ley de bases de 11 de mayo de 1888 no contemplaba ningún cambio de especial relevancia. Al contrario, en ella se decía: «*Se mantendrán el concepto de la propiedad y la división de las cosas, el principio de la accesión y de copropiedad con arreglo a los fundamentos capitales del derecho patrio*». Y nadie puede dudar, aunque los critique por anacrónicos, de que fundamentos capitales del Derecho histórico en sede de accesión inmobiliaria eran el principio *superficies solo cedit* y que la accesión operaba inmediatamente, con la incorporación del edificio al suelo.

Descendiendo ya, por fin, a la entraña del artículo 361 del Código Civil, la opción, innegable desde luego, que en él se contiene a favor del *dominus soli* tampoco es argumento definitivo para negar la automaticidad de la accesión inmobiliaria. Tampoco para afirmarla. Es, en esta cuestión, un dato absolutamente irrelevante. Veámoslo.

C) *Imprescindible aclaración acerca de la verdadera ratio del inciso final del artículo 361 del Código Civil (que introduce la opción a favor del dominus soli), en contraste con el artículo 360 del Código Civil (carente de tal opción)*

En efecto, nuestro artículo 361 contiene una opción de la que muchos otros Códigos carecen, residiendo su novedad en la alternativa que contiene en su inciso final. ¿Tal vez radique ahí el *quid* de la cuestión?

---

alguna y, sobre todo, tampoco lo tuviera para poder retirar los materiales con que había sido hecha la obra si esta era demolida o se destruía. Tal derecho de retirada de materiales solo lo tenía el constructor de buena fe. Y, precisamente, por lo que concierne a tal derecho de retirada que ostentaba el de buena fe, aun admitiendo la explicación que de ello dan NAVAS y antes LIVIE, solo cabe extraer de ello el carácter revocable, o resoluble si se quiere, de la accesión, pero no que no operase automáticamente desde la incorporación. Tanto era así, que desaparecida tal unión inseparable con su destrucción la propiedad retornaba a su originario dueño, también automáticamente. No con esto quiere decirse, ni mucho menos, que subsista hoy tal derecho a la vista del inciso final del artículo 360 del Código Civil. Es cuestión que excede con mucho de la que aquí importa. Aunque tal vez al respecto convenga no olvidar que la justificación de este régimen, y con ello la imposibilidad de su traslado al actual, no obedece a una determinada concepción de la accesión, diversa de la actual, sino a la del propio edificio, estimado en Roma más como cosa compuesta (frente al suelo, que era cosa simple), y, por tanto, no como un estricto inmueble (que *natura sua* y estrictamente solo lo era la tierra —el *fundus*—), distinguiéndose, por tanto, tras la accesión entre la propiedad del edificio y la propiedad de sus materiales, permaneciendo esta latente, como «durmiente» (*dominium dormiens*) en manos de su originario dueño a la espera de la posible demolición del edificio.

Sorprendentemente, un autor proclive a la tesis de la automaticidad, DE ÁNGEL YAGÜEZ, ve en la *ratio legis* de tal inciso final, en su gestación histórica, un dato que tal vez apoye la tesis mayoritaria del no automatismo de la accesión:

«Se trata del hecho —dice tal autor (33)— de que el artículo 361 tiene su antecedente inmediato (aparte del art. 364 del Proyecto de 1882) en el artículo 404 del de GARCÍA GOYENA —ya antes, en parte, en el art. 677 del Proyecto de CC-1836, habría que precisar (34)—, que en sus *Concordancias* —cit.—, después de decir que el precepto “coincide en el fondo” con las Instituciones y las Partidas (lo que abonaría la tesis minoritaria de la accesión automática), añade, sin embargo, algo que creemos sustancioso. Dice el comentarista que “la elección que en él (el artículo) se da al dueño del terreno salva lo dispuesto por regla general en los artículos 396 y 401”». Siendo estos correlativos a los actuales 353 y 359 del Código Civil, respectivamente, dirá entonces DE ÁNGEL que «las citadas palabras de GARCÍA GOYENA permiten sostener que, en su opinión, el precepto antecedente del artículo 361 se considera *una excepción a la regla general de la accesión* (que como tal, en principio, es automática)». Pero a renglón seguido titubea DE ÁNGEL diciendo: «Aunque desde luego también hay lugar a pensar que la excepción consiste en que el dueño del suelo, si bien dueño automático, de lo edificado, puede hacer lo que en otros casos no cabe, es decir, obligar al que edificó a comprarle el terreno».

Con esta idea vacilante ha quedado extrapolada y sesgada la explicación completa de GARCÍA GOYENA, que, por ello, merece ser reproducida. Decía GOYENA de su precedente el artículo 404 Proyecto CC-1851 (35):

«Es diferente del 555 francés, y mucho más sencillo y equitativo, como puede verse por su cotejo. Coincide en el fondo con el párrafo 30, título 1, libro 2, Instituciones, y las leyes 41 y 42, título 28, Partida 3, que niegan toda repetición al que edificó ó plantó de mala fe en suelo ageno y la conceden al que lo hizo de buena (...). El artículo adopta esta diferencia capital y equitativa, desembrázandola de las distinciones injustificables de si el dueño del terreno es o no muy pobre, si el que edificó ó plantó está o no en posesión, si han de abonarse los frutos percibidos entretanto; disposiciones con que el Derecho Romano y Patrio embrollaron y desnaturalizaron la sencillez y equidad de su pensamiento en lo principal... El accidente de poseer ó no el edificante ó plantante, de ser rico ó pobre el dueño del suelo, ¿puede cambiar la justicia en el fondo? (...) El artículo descansa en la regla de derecho civil ó principio del natural, que nadie debe enriquecerse con detrimento de otro que ha procedido de buena fé; y la elección que en él se da al dueño del terreno salva lo dispuesto por regla general en los artículos 396 y 401».

(33) DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (págs. 489 y 490).

(34) Que decía: «*El propietario del terreno en donde se hubiere edificado o plantado con buena fe, tendrá opción a reintegrar al plantador o constructor, en la forma expresada en el artículo anterior, o a exigir que le pague el valor del terreno a justa tasación de peritos*».

(35) GARCÍA GOYENA, F. (I, págs. 361 y 362).

Así queda claro: se parte de que la accesión siempre opera *pro domino soli*, por el principio *superficies solo cedit*, ex artículos 396 y 401 del Proyecto (actuales 353 y 358 CC), pero se considera que puede resultar dañina o indeseable para él una obra que no hizo por su propia voluntad, pudiendo ser que no quiera, o peor aún, que no pueda pagarle al constructor —siempre de buena fe— el valor de tal obra. Para eso está entonces el inciso final del 361, que si bien protege al dueño del solar, en nada perjudica al constructor que al ser de buena fe creía poder hacer la obra, que deseaba hacerla para sí por creer estar legitimado para ello, no pudiéndose admitir, entonces, como algunos en cambio pretenden (36), su rechazo a tal venta impuesta. Por su buena fe hay que presumir que esa es su voluntad (37). En cambio, para el dueño del suelo invadido la ley es consciente de que por el mecanismo de la accesión se le impone una obra que no hizo ni adquirió *ex voluntate*. Justo, o proporcional, es que pueda deshacerse de tal obra vendiéndola (u ordenando su demolición en el caso del 363) de un modo forzoso al constructor en justa proporción a la forzosa accesión que a aquel impuso la ley.

Por eso, el artículo 361 del Código Civil contrasta con la falta de opción contenida en el artículo 360, norma esta que casi por unanimidad se estima reguladora de una accesión automática, porque en este caso la accesión opera a favor del propio *dominus soli* que ya demostró su voluntad de querer los materiales —en verdad, ajenos— que empleó en la realización de la obra en su propio suelo, bien por creer que eran suyos, o bien por lo contrario, porque sabiendo que no lo eran, sin embargo los empleó para su obra, siendo presumible, entonces, su voluntad de apoderamiento.

Nada hay, pues, que justifique introducir *ex novo*, frente a la historia, una accesión condicionada.

---

(36) FALCÓN, M. (II, pág. 143): «Esta solución es nueva, no estaba en las leyes antiguas; y su justicia no resplandece tanto, que pueda ser fácilmente distinguida por todos. No se ve claro el porqué de esa especie de pena que la ley impone al que obró de buena fe, obligándole a quedarse con el edificio o la plantación, y a que pague el valor del terreno que ocupó, porque si bien es verdad que cuanto edificó o plantó, demostró que quería para sí un edificio o un plantío, también es verdad que el que edificó o plantó lo hizo en la errónea inteligencia de creerse dueño del terreno. Posible es que a saber lo contrario, y a tener noticia de que había de comprar y pagar el terreno, no se habría decidido a plantar ni edificar. La ley, obligándole a hacerlo, fuerza su voluntad; y le fuerza por un hecho inocente, de que no debe ser responsable».

(37) Así, entre los clásicos, SÁNCHEZ ROMÁN, F. (III, págs. 158 y 159); siguiéndole, SANZ FERNÁNDEZ, A. (pág. 147); y entre los actuales, NÚÑEZ BOLUDA (pág. 120); y BASOZÁBAL ARRUE, X. (*Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, 1998, págs. 304 y 306). Afirma sintéticamente NÚÑEZ BOLUDA (cit.), que «la discutida frase del artículo 361 sirve, no para que el dueño del suelo pueda adquirir, sino más bien para que pueda no aceptar la adquisición de lo construido y librarse así del pago de la indemnización por lo edificado, que puede alcanzar cuotas muy elevadas».



D) *A modo conclusivo: sentido de la opción contenida en los artículos 361 a 363 del Código Civil desde una interpretación conjunta y radicada en el artículo 358 del Código Civil*

Hay, en efecto, como novedad una opción en el 361, que juega a favor del dueño del suelo a modo de derecho potestativo, al cual el edificante está sometido. Mas en verdad la opción no es solo entre pagar la obra o vender el terreno. Esto sería limitar las miras interpretativas al artículo 361, que no es el único que se refiere al caso de construcción en suelo ajeno. Ahí están los artículos 362 y 363 del Código Civil, donde en cambio mayoritariamente se estima como automática su accesión, salvo alguna opinión (como la de CARRASCO), que también ve en ellos espera para la accesión al ser necesaria una previa decisión acerca de si aceptar el edificio sin pagar nada, haciendo así efectiva la accesión, o la de demolerlo, en cuyo caso no habrá accesión ninguna. Tampoco es esta la opción. Aislada y separadamente vistas ambas opciones, ni explican en general la operatividad de la accesión, ni mucho menos sirven para apoyar la tesis de la no automaticidad:

Atendiendo al artículo 361 del Código Civil, si la accesión se hace depender, según la tesis mayoritaria, de la voluntad del dueño del terreno, y este se inclina finalmente por la segunda opción (la de vender el terreno), operando entonces la accesión, ¿acaso nadie ha visto que ahí estaba desde hace mucho tiempo la accesión invertida (38)? Por supuesto, no es así (39), pues la accesión invertida, según es doctrina de nuestra jurisprudencia, opera automáticamente, como la ordinaria en nuestra opinión.

Si, en cambio, se atiende aisladamente a los artículos 362 y 363 del Código Civil, tampoco cabe concluir a favor de una accesión diferida. Obsérvese, sobre

---

(38) Alguno hay, como MOLL DE ALBA, C. (pág. 169 y sigs. 236 y sigs.), que, en efecto, lo ha visto ahí.

(39) En efecto, rotundamente ha negado, con razón, tal interpretación la STS de 24 de enero de 1986, en su Fundamento 2.º: «A tenor de este precepto —el 361 CC— el dueño del terreno ostenta un derecho potestativo o de configuración jurídica para decidir mediante un acto de su voluntad la situación final del fundo, optando bien por aplicar el principio de accesión, haciendo suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización ordenada en los artículos 453 y 454, o decidirse por la enajenación del suelo y su adquisición por el constructor, en el bien entendido que esta segunda hipótesis entraña una compraventa unilateralmente forzosa, en cuanto que voluntaria para el vendedor y necesaria para el comprador, de manera que en tal caso, como apunta la más autorizada doctrina —con toda seguridad, se refiere a ALONSO PÉREZ, M. (págs. 372, 373, 382 y 383—, no se trata de modalidad alguna de accesión invertida, pues la incorporación del suelo al suelo, no se produce por la vis atractiva y automática de la cosa más importante y principal —lo edificado—, sino que la adquisición dimana de un acto del propietario del suelo, traducido en la compra obligada y consiguiente transmisión operada por el título que la venta comporta y el modo reflejado en la tradición».

todo, que el 363, en su línea sancionadora iniciada con el 362, impone que los gastos de destrucción de la obra y de reposición del suelo a su estado originario, previo a la construcción, son de cargo del constructor de mala fe. ¿Para qué exige tal cosa la ley si según la tesis mayoritaria el edificante es el propietario o, cuando menos, el poseedor de la obra que, al menos en su posesión, se ha de liquidar? Tal exigencia es congruente con una accesión que opere directamente con la unión inseparable de la obra al suelo, esto es, con la idea de que aun siendo la obra ya del dueño del terreno, este renuncie a ella imponiéndose al constructor de mala fe la sanción de costear tal demolición. No cabe, en cambio, decir en contra de esta última interpretación que se estaría presumiendo en dicho constructor el *animus donandi* de algo que ya no se tiene. Tal presunción solo tuvo sentido en el pasado para negarle la reivindicación de los materiales al constructor de mala fe, salvo en determinados casos, y que hoy, en cambio, se justifica el artículo 363 del Código Civil, como la norma que le precede, en la idea de sanción. Mas incluso prescindiendo de que este sea su fundamento, o admitiendo que lo sea aquel supuesto *animus donandi*, ¿no se ve que el castigo o la donación no va referido a la propiedad de la obra, que ya es del dueño del terreno, sino al derecho a ser reintegrado?

En cambio, CARRASCO PERERA, desde su singular idea de que toda obra en sede de accesión es estimada por el Código como mejora del suelo y como inmisión de la propiedad ajena, en defensa de la tesis de la accesión no automática, que él refiere a todos los casos (no solo al del 361), ofrece otra explicación del artículo 363 del Código Civil (40):

«La acción del artículo 363 —dice— no es nunca una acción que esté legitimada en una previa adquisición de lo construido; no es un derecho resultante del *derecho de accesión*, ni tampoco es contenido de tal derecho. Es la pura acción de reintegración *in natura* que trae causa de que el dueño es el propietario del suelo invadido, no el propietario de lo edificado. Su derecho a hacer demoler a costa del constructor no es un derecho de *uso y abuso* que le concede la propiedad de lo edificado, sino el derecho de eliminación de toda inmisión en su terreno. Para el propietario, en sede del artículo 363, el ordenamiento le reconoce la posibilidad de liquidar una situación posesoria, como si la mejora fuese una *Eingriff*. Puesto que en el artículo 363 nunca adquirió, la propiedad de los materiales derribados pertenece al constructor, no al propietario del suelo».

Si se admite que la *ratio* del artículo 363 del Código Civil, y la de las otras normas, como cree Carrasco, es la idea de mejora, ¿por qué admite la ley la demolición de una mejora? Y si la *ratio* es la protección de la propiedad inmobiliaria ante las inmisiones sufridas, ¿por qué no es el artículo 363 del Código Civil la solución general en sede de accesión —como alguno ha

---

(40) CARRASCO PERERA, A. (pág. 238).

deseado, precisamente por mostrarse crítico con el verdadero fundamento de todos los Códigos (41)—? Sencillamente, porque aunque algunos la estimen desfasada, la *ratio legis* en materia de accesión inmobiliaria no reside en el artículo 363 del Código Civil, sino en la que no en vano es la primera norma sistemática: el artículo 358 del Código Civil, con su principio *superficies solo cedit*.

Desechada, así pues, una visión sesgada de las tres normas que regulan el mismo caso de construcción en suelo ajeno, es necesaria —como se advirtió arriba— una interpretación sistemática, de conjunto, de la opción en tales preceptos contenida. Y, para ello, el punto de partida sigue siendo —como se dijo al principio— el artículo 358 del Código Civil, que consagra el consabido principio de que la superficie cede al suelo. En su aplicación, conforme a la tradición histórica y comparada de influencia latina, es de mantener la automaticidad de la accesión, que esta opera desde la incorporación inseparable de la obra al suelo tratándose de la accesión inmobiliaria.

Por eso, la opción que en general para la construcción en suelo ajeno disponen esos artículos 361 a 363 del Código Civil es la siguiente: o bien aceptar la accesión ya ganada, ya operada desde la incorporación, pagando la obra ajena solo si el obrante fue de buena fe (art. 361 CC), o gratuitamente si lo fue de mala fe (art. 362 CC); o bien renunciar a la acción ganada, ya producida, pudiendo hacerlo vendiendo el suelo y entregando la obra —naturalmente sin cobrar nada por ella— (42), solo si el edificante obró de buena fe (art. 361 *in fine*), o bien ordenando la demolición de la obra a costa del propio constructor, si este actuó de mala fe (art. 363 CC).

---

(41) Por ejemplo, LIVIE, P. (págs. 25 y 26).

(42) En contra de la automaticidad opone NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 148), como hace tiempo oponía ya en Italia STOLFI, G. («In tema di acquisto delle costruzioni elevate sul suolo altrui», en *FI*, 1936, I, pág. 235), que «el *dominus soli* solo vende al edificante el suelo; sobre lo construido no llegó a aceptar la adquisición de propiedad operada a su favor, porque renunció a tal adquisición (...) Si aceptáramos la teoría de la adquisición automática, el dueño del terreno vendería no solamente el suelo, sino también la construcción, si bien solo podría cobrar el valor del suelo, lo que no deja de ser un tanto extraño». Ciertamente, extraño es si no se cae en la cuenta de que se trata de simple compensación. ¿Cómo cobrar una obra que él no costeó a quien precisamente sí la costeó? Ni siquiera habría que liquidar el estado posesorio de la obra, pues seguramente hasta tal momento de renuncia fuese el constructor quien poseyese la obra. Del suelo, pues, es renuncia onerosa, pero del edificio (cuyo valor no ha pagado), la renuncia es abdicativa, pues de ser onerosa entonces habría enriquecimiento injusto a favor del *dominus soli*. El único problema práctico es que por el artículo 359 del Código Civil se presume que la realización de la obra ha sido costeada por el dueño del suelo, mas no se olvide que tal presunción es *iuris tantum*.

2. REPERCUSIÓN PRÁCTICA —MÁS VENTAJOSA— DE LA OPERATIVIDAD *EX LEGE* Y AUTOMÁTICA DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA FRENTE A LA TESIS DE LA ACCESIÓN DIFERIDA O CONDICIONADA

No solo razones dogmáticas y meramente hermenéuticas aconsejan concebir una accesión automática en su operatividad. También lo hacen razones puramente pragmáticas. De aceptarse la tesis opuesta, que condiciona la accesión a la voluntad del dueño de lo principal y al efectivo pago del valor de lo accedido, se origina un problema fundamental, germen de muchos otros que derivan en cadena, y que, precisamente, con la tesis que aquí se defiende ni siquiera se plantea (43): ¿qué sucede, según la teoría que aquí se combate, mientras el dueño de lo principal toma una decisión y luego, una vez esta tomada, finalmente se paga lo accedido? ¿*Quid* en el ínterin que transcurre entre la incorporación y el pago: a quién corresponde la propiedad de la obra? Y, una vez tomada la decisión y pagado lo debido, ¿operará la accesión retroactivamente al momento de incorporación de la obra al suelo, al momento de la decisión, u operará irretroactivamente desde el pago? Probablemente, en la lógica interna de la tesis mayoritaria será esta última la respuesta a un interrogante que con la tesis minoritaria de la automaticidad tampoco se plantea.

A) *La sencillez y certeza de la tesis de la automaticidad en cuanto a la titularidad jurídico-real y la tenencia posesoria—incluso ad usucapionem—del edificio y del suelo en lid, frente a la complejidad e incertidumbre que al respecto provoca la teoría de la accesión condicionada y diferida*

Al principal enigma que plantea la tesis de la accesión condicionada (expuesto en la introducción al presente epígrafe), la jurisprudencia, y con ella buena parte de la doctrina (44), responde diciendo que desde la incorporación hasta que el dueño del suelo decide y se paga lo debido, nadie ostenta la propiedad del edificio, ni nadie, por tanto, puede reivindicarla: por una parte, el edificante únicamente ostenta la posesión de la obra que ha ejecutado, con derecho a retenerla en garantía del cobro del gasto hecho para su realización; y, por su parte,

---

(43) Suele ser afirmación común entre quienes combaten la tesis mayoritaria aducir como una de las razones en contra la de la propia inseguridad jurídica que la misma genera.

(44) Así, SANTOS BRIZ, J. (II, pág. 222); PUIG PEÑA, F. (III-1.º, págs. 169 y 170); ALBALADEJO GARCÍA, M. (III, págs. 301 y 302); DORAL Y GARCÍA, J. A. y TORRES LANA, J. A. (pág. 43); HERNÁNDEZ CRESPO, C. (pág. 732 y sigs.), aunque también plantea (en pág. 735 y sigs.), la posibilidad de inscribir actos dispositivos de cada dueño sobre lo que puede ser suyo, aunque haciéndose mención registral, *ex* artículo 29 LH, de lo construido sobre el suelo y de la ajeneidad del suelo y de que la opción del artículo 361 del Código Civil está latente, expectante.

el dueño del suelo tan solo ostenta, mientras decide, una expectativa jurídico-real de adquisición del edificio levantado sobre su propiedad (45).

Con esta explicación se huye de unos fantasmas (el de la propiedad separada, o el de la superficie, el de la copropiedad...) (46) que solo existen en la mente de quien al amparo de la sola letra del artículo 361 del Código Civil cree que la accesión no opera automáticamente desde la incorporación de la obra al suelo.

Siendo tal interpretación un elemento canceroso, por extraño, a la naturaleza propia de la accesión, aceptada aquella la metástasis es inevitable:

---

(45) Así lo dijo por primera vez nuestro más alto Tribunal en la STS de 23 de marzo de 1943, en coherencia con lo que ya había dicho antes la STS de 1928, pionera en esta tesis: *«el juego de la accesión denominada industrial —decía aquella—, mientras subsiste la opción que al dueño del terreno se concede, que puede fácilmente provocarse por el ejercicio de acciones adecuadas, ni el dueño del suelo ni de lo edificado sobre él gozan de la situación de plenitud jurídica que implica la titularidad de la acción reivindicatoria, que es lo que indirectamente dijo la jurisprudencia de este tribunal al resolver los casos contemplados por sus sentencias de 2 de enero y 21 de mayo de 1928 —arriba reproducida al exponer en general esta tesis—, y el modo sagaz como se acudió a su protección mediante el ejercicio de acciones interdictales o útiles, cuando precisaba conjugarlo con la concepción originaria del derecho de accesión y pretendía amortiguarse su primitivo rigor; y teniendo presente, además, que la doctrina más general y autorizada, perfectamente acomodada al espíritu de nuestro ordenamiento legal, se niega a reconocer, justificadamente, la coexistencia de dos derechos susceptibles de ejercitarse separadamente por el dueño del suelo y de lo edificado y aun rehuye la hipótesis de un condominio; y por el deseo de cohonestar los intereses eventualmente contrapuestos, mantiene el rigor del principio de accesión, pero mitiga sus consecuencias económicas, sin atribuir entre tanto al dueño del suelo la plenitud de facultades sobre lo edificado y aun permitiéndole imponer al constructor la adquisición del fondo que es sustentáculo del edificio construido, sin el cual este tampoco puede concebirse»*. La apoyan las SSTS de 18 de marzo de 1948 y de 17 de diciembre de 1957, en cuyo Considerando 3.º se asevera que *«en este precepto —el 361 del CC— se reconoce al dueño del terreno un derecho de elección..., pero hasta que no la haga efectiva, dada la referencia que el citado artículo hace a los artículos 453 y 454 de él se desprende el derecho de retención que asiste al que edificó, plantó y sembró de buena fe, mientras no se le indemnice del valor correspondiente, según doctrina de la sentencia de 21 de mayo de 1928; sin que hasta que no se haga efectiva la indemnización, el dueño del predio ostente el dominio de lo edificado o plantado y si solo el derecho de opción conforme al artículo 361 —sentencia de 2 de enero de 1928— y como dice la sentencia de 23 de marzo de 1943»,* terminando así reproduciéndola en un leve fragmento. Así también la STS de 2 de diciembre de 1960, que tras decir aquello —arriba transcrito— de *«que la edificación en terreno ajeno 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 previa determinada en el artículo 361»,* añade que *«por ello, ni el que realizó la edificación, ni el dueño del terreno les compete la reivindicación, lo mismo al que edificó por lo edificado, que el dueño del terreno sobre el que se edificó»*. Niegan igualmente la reivindicación, las SSTS de 31 de diciembre de 1987, de 22 de julio de 1993, y de 9 de febrero de 2006. Y apostillará por todo ello el Auto del TS de 22 de julio de 1997 que el 361 *«no atribuye el dominio por sí sino solamente una expectativa de dominio»*.

(46) Reléase, si no, el Considerando 2.º de la STS de 23 de marzo de 1943, en la nota anterior transcrito.

Si durante aquel intervalo —que transcurre entre la unión y el pago— nadie es dueño del edificio, siendo solo su poseedor quien lo construyó, ¿cómo es posible poseer y retener algo de nadie sin ocuparlo? Entiéndase en tal pregunta la ocupación en sentido técnico. Mas aquí surge también *ipso facto* otra duda: si no hay dueño actual, a lo más solo potencialmente, ¿es el edificio *res nullius* (47) o al ser inmueble vacante no cabe adquirirlo por ocupación debiéndose, en cambio, entender que automáticamente —¡quién iba a decirlo!— es del Estado por aplicación del artículo 21 de la Ley de Patrimonio del Estado? ¿Cabría, entonces, su usucapión por el constructor-no dueño al amparo del artículo 25.2 de dicha ley? En general, la tesis mayoritaria niega la posibilidad de usucapión, al negar la propiedad misma (48), pues hay un vacío —que podrá estimarse— existencial.

Innecesario es responder a estas cuestiones (salvo a la última, aunque se hará en su momento); su formulación se hace aquí con la intención de llevar a la *reductio ad absurdum* aquella tesis mayoritaria y demostrar la inseguridad, e incluso la iniquidad, que la misma contiene, pues antes que resolver problemas los provoca.

Hay, no obstante, quien responde, evitando —o intentando evitar— algunos de tales inconvenientes, diciendo que el edificio es de propiedad de su autor, del edificante (a modo de propiedad intelectual, parece, aunque con objeto material). Quien así responde, en realidad se separa de la jurisprudencia, hasta contrariarla, pues en contra de ella se defiende que, tras la incorporación de la obra al suelo, hay concurrencia y división física de dos propiedades separadas: una del suelo, que sigue siéndolo de quien lo era, y otra del edificio a favor del constructor (49).

Tal tesis de la propiedad separada prácticamente supone un retorno —aunque anacrónico— al Derecho Romano, cuando en la *inaedificatio* la adquisición del edificio por el *dominus soli*, aun operando automáticamente, no implicaba sin embargo la adquisición de los materiales, separadamente estimados, con que se había levantado la construcción. Se entendía que su propiedad seguía perteneciendo a su dueño anterior a que fuera realizada la obra, de modo que podía reivindicarlos ora a través de la *actio ad exhibendum* (cuando la separación de los materiales fuera posible y no afectara a la estructura del edificio), ora tras la destrucción de la obra o tras la renuncia por el *dominus soli* a la accesión

---

(47) Así lo dijo la SCCassazione italiana de 18-2-87, mas porque, en efecto, se trataba de bienes muebles amontonados y abandonados en parte de la finca vecina, sin que, por tanto, hubiera habido aún incorporación, cuando ni siquiera se habían comenzado las obras.

(48) Así, CARRASCO PERERA, A. (págs. 232 y 233).

(49) Así, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (III, pág. 183); siguiéndoles LACRUZ, J. L. (III-1.º, págs. 134 y 135); GARRIDO PALMA, V. M. (págs. 133 y 134), quien habla de «propiedad superficiaria sujeta a condición resolutoria»; en parte HERNÁNDEZ CRESPO, C. (cit.); ALONSO PÉREZ, M. (antes, pág. 373 y sigs.); MOLL DE ALBA, C. (pág. 163).

ganada. Se distinguía, pues, tras la accesión entre la propiedad del edificio y la propiedad de sus materiales, permaneciendo esta latente, como «durmiente» (*dominium dormiens*), en manos de su originario dueño quien quedaba a su espera (50).

Tal vez algún vestigio de todo ello pueda verse, apurando la raigambre histórica, en el actual 360 *in fine*, donde, realmente, al haber separabilidad no hay accesión; y podría, entonces, discutirse si queda, aún hoy, la posibilidad de recuperación de los materiales en caso de que el *dominus soli* renuncie a su accesión o que la obra sea destruida (probablemente, sí *ex* 363 del Código Civil, y menos claro *ex* art. 360 CC) (51). En cualquier caso, la justificación del régimen romano, y con ello la imposibilidad de su traslado al actual, no obedece a una determinada concepción de la accesión, diversa de la actual, sino a la del propio edificio, estimado en Roma más como cosa compuesta (frente al suelo, que era cosa simple), y, por tanto, no como un estricto inmueble (que *natura sua* y estrictamente solo lo era la tierra —el *fundus*—) (52). En todo caso, además, aquella separación de propiedades se hacía efectiva *ex post*, una vez demolida la obra o renunciada su propiedad por quien la obtuvo por accesión; no se producía, pues, *ex ante*, o *ab initio*, con el mero hecho de la incorporación, como hoy pretende esa vertiente de la tesis mayoritaria contraria a la tradicional accesión automática.

También como dato —hoy— histórico a favor de la tesis de la no automatidad y de la propiedad separada se ha querido aportar el artículo 107.1.º LH de 1861 (53), que, en efecto, decía:

---

(50) Es la justificación que al hecho de no adquirirse por accesión los materiales en sí durante el Derecho Romano da el común de la doctrina romanista (siendo, por ello, innecesario citarla). En cambio, para el *Codice*-1865, pensaba GORLA, G. (págs. 146 y 147), que lo que realmente se adquiere hoy con la accesión no es el edificio en sí, sino sus materiales, al ser la obra simple *pars fundi*. Refiriéndose al Derecho Romano, VOCI, P. (*Modi di acquisto della proprietà [Corso di Diritto Romano]*, Milán, 1952, págs. 256 y 257), critica tal duplicidad cuyo germen se encuentra en las XII Tablas, cuando ni siquiera existía un régimen sobre la accesión (que, en verdad, nunca existió), porque tal duplicidad, en su opinión, demostraba que no había accesión.

(51) De hecho, aunque no se comparta aquí su opinión, dentro de la tesis minoritaria, SANZ FERNÁNDEZ, A. (págs. 148 a 150), considera que el pago de la indemnización hace definitiva y total la adquisición por accesión de la obra por el dueño del suelo, pues ya el edificante deja de ser dueño separado de los materiales para el caso de destrucción de dicha obra.

(52) El edificio era puesto como ejemplo de cosa compuesta («*unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus*») en la clasificación tripartita (de cosas simples, compuestas y universalidades) de POMPONIO, y que puede verse explicada en ORTOLÁN, M. (*Explicación histórica del Emperador Justiniano*, T. I, trad. 3.ª ed., F. Pérez de Anaya, Madrid, 1847, págs. 84 y 85); en BIONDI, B. (*Los bienes*, trad. 2.ª ed., Barcelona, 2003, págs. 137 a 142); en BONFANTE, P. (págs. 242 y 243), indicando, además, las dudas acerca de si en las XII Tablas los edificios eran cosas inmuebles similares al *fundus* a los efectos de usucapión por dos años, y no por uno, que era el plazo para *ceterae res*.

(53) Lo mencionaba LACRUZ BERDEJO, J. L. (III-1.º, págs. 134 y 135).



*«Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que á continuación se expresan —sic—: (...) 1.º El edificio construido en suelo ajeno, el cual, si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno, y entendiéndose sujeto á tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado».*

El hecho de que tal norma no exista ya hoy, por haber sido derogada con la LH de 1944, podría excusar de cualquier análisis; pero es que ni siquiera pudo ser aplicada durante su vigencia, desde su redacción en 1861 hasta su desaparición en 1944, lo que en el fondo prueba que nunca pudo ser fundamento de aquella tesis:

En un principio, a pesar del contenido del artículo 107.1.º LH-1861, su espíritu pretendía ser conciliador, en nada perturbador (54). Tal vez por ello ninguna sorpresa hubo entre los comentaristas de la época, que vieron con normalidad aquella hipoteca; se partía del hecho pacífico de que había previo acuerdo ya inscrito entre el edificante y el dueño del suelo, esto es, de que cada uno tendría una titularidad jurídico-real separada: uno sobre el suelo y el otro sobre el edificio (55). Mas, ¿qué derecho real en particular tenía el constructor sobre el edificio? No podía ser un derecho de superficie, cuya hipoteca refería expresamente el propio artículo 107, en su número 5.º ¿Acaso se trataba de una propiedad, diversa de la del suelo, reveladora, por tanto, de que el principio *superficies solo cedit* no operaba en general automáticamente? En absoluto; como vino a aclarar sobre su derogación en 1944 ROCA SASTRE (56), se trataba

---

(54) En su justificación decía la Exposición de Motivos de la LH-1861: *«La primera restricción que el proyecto establece se refiere al que hipoteca el edificio que ha construido en suelo ajeno. El principio de que el edificio como accesorio cede al suelo, que es lo principal, se aplica de diferente modo, atendida la buena o mala fe del edificante, o los convenios que pueda haber entre el que es dueño de la superficie y el que lo es del alzado. Sin resolver cuestiones ajenas a una ley especial de Hipotecas, no podría la comisión entrar en tales apreciaciones; pero no debía dejar de consignar el principio de que la hipoteca del edificio construido en suelo ajeno no modifica en nada el derecho común, ni hace de peor condición al dueño del solar, sino que se entiende limitado siempre por la voluntad del hipotecante y del acreedor hipotecario al derecho que aquel tiene, como lo exigen la moral, la buena fe y el respeto que debe tenerse en todos los contratos a los derechos que existen al celebrarlos. Pasar de aquí sería autorizar al edificante a que con un hecho suyo pudiera perjudicar gravemente al dueño del terreno, que es el que tiene la presunción de serlo también del edificio».*

(55) Así puede verse en DÍAZ MORENO, E. (*Contestaciones a la parte de legislación hipotecaria*, 2.ª ed., Madrid, 1907, pág. 479), quien hablaba del artículo 107.1.º como norma elemental; GALINDO Y DE VERA, L. y DE LA ESCOSURA, R. (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, III, 2.ª ed., Madrid, 1891, págs. 162 y 163); MORELL Y TERRY, J. (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, III, Madrid, 1928, pág. 660); CAMPUZANO Y HORMA, F. (*Legislación hipotecaria*, 2.ª ed., Madrid, 1926, pág. 455), quien la refería como norma inútil.

(56) ROCA SASTRE, R. M. (*Derecho Hipotecario, IV: Hipotecas*, Barcelona, 1948, pág. 215 y sigs.), quien habla del acierto de tal derogación por las razones que a continuación en texto se indicarán. En todo ello, le sigue hoy también, NÚÑEZ BOLUDA, MD (págs. 121 y 122).

de un caso imposible, inviable, porque no había en él propiedad inscribible; previamente no había título de propiedad sobre el edificio —acaso se pretendía una especie de hipoteca de cosa ajena, según don Jerónimo GONZÁLEZ (57)—, porque según el artículo 358 del Código Civil (58) la propiedad del edificio correspondía al *dominus soli*. Tampoco, según ROCA, cabía pensar en la hipoteca del posible derecho a la indemnización, que en sí no es derecho real; ¿acaso tal vez cabría pensar en la hipoteca de una expectativa de adquisición jurídico-real del suelo por parte del constructor, cuando el actual artículo 361 *in fine* ya estaba contenido en el artículo 677 Proyecto CC-1836? Aun así, subsistiría el obstáculo mayor, también advertido por ROCA SASTRE: el tracto sucesivo, pues al no haber título, negocial o judicial, de momento atributivo de la propiedad del edificio, tampoco podía estar inscrita tal propiedad del edificio, luego tampoco podía inscribirse sobre ella hipoteca alguna (59) —al margen de que por entonces su inscripción fuese indubitadamente declarativa—.

Mas la crítica a tal teoría no solo le viene de fuera, es también congénita, como en general le sucede a esta tesis en cualquiera de sus modalidades:

De aceptarse que, en efecto, haya dos propiedades separadas y superpuestas (una del suelo y otra de la obra que es de quien la hizo), ¿cómo se le puede seguir atribuyendo al edificante un derecho de retención sobre cosa propia? Será «una figura monstruosa y disparatada», decía SANZ FERNÁNDEZ (60).

Para la tesis dominante, por su parte, el problema es que si hasta que se haga efectiva la opción del artículo 361 del Código Civil nadie es dueño del

---

(57) Lo decía, en efecto, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (*El derecho de superficie*, cit.), basándose en aquella afirmación de la Exposición de Motivos arriba reproducida de que tal artículo 107.1.º LH-1861 no alteraba el Derecho común.

(58) Norma de Derecho común a respetar según la Exposición de Motivos de la LH-1861, antes trascrita, aunque naturalmente referida a las Partidas.

(59) Lo explicaba así ROCA SASTRE, R. M. (pág. 218), con apoyo en la jurisprudencia registral: «Pero aunque no fuera así, lo difícil es inscribir en esta situación el derecho sobre el edificio, a favor de quien lo construyó, porque para ello se requiere la presentación de un título derivado del dueño del terreno o una resolución judicial y, en ambos casos, al producirse estos títulos quedaría despejada aquella situación. Según la Resolución de 24 de abril de 1913, la presunción legal de que lo edificado pertenece al propietario del terreno “no puede ser destruida por la declaración en contra, de quien en el Registro no aparece con derecho para ello y, aunque por otros motivos no procediese la aplicación de dicha presunción y se tratase de un derecho real independiente del propietario del terreno, el fundamental principio de previa inscripción impediría toda modificación hipotecaria que no hubiese sido autorizada en debida forma por la persona a cuyo favor no conste inscrito el dominio del inmueble, o decretado, en su caso, por los tribunales competentes”».

(60) SANZ FERNÁNDEZ, A. (pág. 147). Por su parte, ROCA SASTRE, R. M. (pág. 28, nota 25), decía que tal tesis «es inadmisibile porque, entre otras, razones, de no ser así, sobraría el derecho de retención a favor del constructor».

edificio, siendo solo su poseedor el que lo construyó, ¿cómo es posible poseer y retener algo que no es de nadie? (61).

Pero el ingenio no se agota: la variante de la tesis mayoritaria que defiende en aquel ínterin la concurrencia de dos propiedades separadas y superpuestas entiende que la retención no sería del edificio, que es propio, sino del suelo sobre el que está levantado, cuya propiedad es ajena (62).

Como en todo lo anterior, una vez más se adoctrina contra nuestra propia historia jurídica, cuando ya desde el Derecho romano objeto de la retención era el edificio en sí, que como cosa compuesta era ya del *dominus soli*, aunque —recuérdese— se estimase que los materiales con que estaba hecho eran aún de propiedad del constructor. Acorde con la Historia, y con la lógica natural de la accesión, en la tesis de la accesión automática, en tanto que desde la incorporación de la obra al suelo todo ello pertenece ya en propiedad al *dominus soli*, el derecho de retención del edificante recaerá también sobre todo: edificio y suelo, cuya propiedad es ya ajena pero que él aún posee.

A parte, con aquella disgregación de propiedades (del suelo, y la del edificio para el constructor) de nuevo surge la misma duda ya antes formulada: ¿cabría, entonces, usucapir el suelo? Suele decirse que sí (63), mostrándose entonces de nuevo esta variante de la tesis mayoritaria en contra de la jurisprudencia que, en principio, se defiende.

Sin necesidad, ahora, de responder tal cuestión, en general, en el fondo de esta tesis, que defiende la concurrencia de dos propiedades, se retorna a una concepción arcaica, más que de la accesión, de la idea de edificio como cosa compuesta (según lo antes advertido); y se concluye aceptando uno de los espectros de los que huía esta tesis, y también huye —resultando esto ya inadmisibile— el propio artículo 358 del Código Civil, no haciéndose con tal tesis

---

(61) Por eso mismo, algunos de los propios partidarios de la tesis de la accesión diferida en su estado más puro, como LACRUZ BERDEJO, J. L. (III-1.º, pág. 136); o como Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (III, págs. 183 y 184) —aunque estos sorprendentemente por separado defienden, se ha visto, lo contrario—, niegan la retención a favor del constructor de buena fe: primero, porque la remisión del artículo 361 a los artículos 453 y 454 es solo al *quantum* indemnizatorio, y, segundo, porque no siendo automática la accesión y permaneciendo la obra en propiedad del edificante no hay objeto que retener, sin que pueda serlo siquiera, dicen, el suelo ocupado, pues el edificante ya es poseedor del mismo por serlo de la obra con la que el suelo forma un todo inseparable. A esto último se ven abocados por su propia tesis, contraria a la automaticidad natural de la accesión, y la primera razón, extraída de una interpretación literal tergiversadora de la propia letra de la ley, aun de ser aceptada, en todo caso ignora la raigambre histórica en la concesión del derecho de retención, que de haber sido mutada por el artículo 361 del Código Civil, así debiera de haberlo advertido esta norma más claramente, y antes que ella la ley de Bases de 11 de mayo de 1888, en cuya Base 10.ª, muy al contrario, se impone la continuidad en sede de accesión.

(62) Así, Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (cit.).

(63) Así, Díez-PICAZO, L. (pág. 581); GULLÓN, A. (pág. 230); MOLL DE ALBA, C. (pág. 158).

más que vulnerar su principio fundamental de que la superficie cede al suelo. Conforme a él todo es —y debe ser— mucho más sencillo por ser mucho más lógico; la accesión opera automáticamente, desde la incorporación inseparable de la obra al suelo, y tras ella se produce, en efecto, una disociación, mas no la indicada, sino otra que se produce con bastante normalidad en muchos ámbitos del Derecho: la división se producirá entre la propiedad, que lo es de todo (suelo y edificio), y que por accesión corresponde al *dominus soli*, y la posesión que, recayendo también sobre aquel todo unitario (suelo y edificio), corresponde de momento al constructor, quien mientras siga poseyendo podría llegar a adquirir ese todo por usucapión. Esta última cuestión, y otras posibles que puedan suscitarse respecto de cualquier derecho (su plazo, eficacia...), son fácilmente resueltas desde la tesis clásica de la accesión automática. Veámoslas.

B) *Las opciones que el Código Civil concede a favor del dominus soli según la tesis de la automaticidad: naturaleza jurídica, titularidad ob rem, capacidad, plazos y posible eficacia erga omnes en su ejercicio*

Una cuestión solo en apariencia teórica, pero de indudable repercusión práctica, es la relativa a la naturaleza jurídica de la opción contenida a favor del *dominus soli* en el artículo 361 del Código Civil, y también en los artículos 362 y 363 del Código Civil. Fijada la *natura iuris* podrá entonces determinarse la capacidad y legitimación necesarias para el ejercicio de tal opción, el plazo —de haberlo— en que puede ejercitarse, y si es solo ejercitable frente al edificante o puede hacerse efectiva frente a posibles terceros adquirentes del edificio.

En lo más elemental de la cuestión, hay que coincidir con la tesis de la accesión diferida en que se trata de un derecho potestativo o de configuración jurídica (64). Aplicada tal calificación a nuestra tesis de la accesión automática, en efecto, la opción del 361 del Código Civil (o, más en general, la de los

---

(64) También así, aun defendiendo la tesis de la automaticidad de la accesión, PARADISO, M. (pág. 202 y sigs.). En posición aislada, refiriéndose al Derecho catalán, aunque bien pudiera trasladarse su idea al español, MARSAL GUILLAMET, J. (págs. 330 y 331), habla de obligación facultativa que ostenta el *dominus soli*, que le permite evitar el pago de la indemnización optando por la venta del suelo. Sin necesidad, ni posibilidad si quiera, de entrar en la naturaleza del derecho potestativo, que por sí sola podría ser objeto monográfico de estudio, se puede decir sin temor a errar que la opción del 361 del Código Civil encaja perfectamente en la idea que en general se tiene del mismo, y que puede verse en mi *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, cit., pág. 577, con apoyo, sobre todo, en autores como LARENZ, K. (págs. 259, 265, 266 y 284); o como MESSINA, G. («Diritti potestativi», en sus *Scritti Giuridici*, Tomo V: *Diritti potestativi-Diritti facoltativi. Simulazione assoluta. Usura e negozio usurario. Interpretazione dei contratti*, Milán, 1948); y, también en Italia, PULEO, S. (*I diritti potestativi [Individuazione delle fattispecie]*, Milán, 1959); y entre nosotros, sobre todo DE CASTRO, F. (págs. 603 a 606), siempre en este punto con una visión más pesimista.

arts. 361 a 363 CC), genera un derecho potestativo —una facultad jurídica— a favor del *dominus soli* que, nacido como consecuencia de la accesión producida y ganada, pasa a integrarse como parte del contenido de su derecho de propiedad, como una más de sus facultades. Ante ello, el edificante estará a su merced, sujeto, o sometido a su decisión de finalmente aceptar la accesión haciéndola entonces efectiva en sus efectos obligacionales, o bien de repudiarla con sus diversas consecuencias según la buena o mala fe del constructor, sin que en ningún caso este tenga libertad ni influencia alguna en la particular solución de tal dilema. Y como derecho potestativo que se integra dentro del derecho real por excelencia, el de propiedad, su titularidad se determina *ob rem*, lo que, por ejemplo, supone que, de no haberse aún ejercitado, es transmisible, *mortis causa* —dice la STS de 31 de diciembre de 1987— o *inter vivos*, con la propiedad (con la transmisión de la propiedad del suelo y edificio, en nuestro caso).

Con tal cuestión surge otra, la referida al contenido de dicho derecho potestativo. En la concepción común hay derechos potestativos de constitución —o adquisición— de otras situaciones jurídicas, o modificativos de las mismas, ya sean de transmisión o de disposición, habiéndolos también de extinción (65). ¿En qué categoría de estas se ubica el derecho potestativo que aquí se trata?

Al margen de la opción de arrendamiento en caso de siembra del 361 *in fine* (66), que obedece a la provisionalidad de esta (67), a la vista de las opciones de compra (adquisición) del edificio y de venta (transmisión) del suelo invadido, la tesis mayoritaria en la doctrina considera que se trata de un derecho dispositivo, que con él se ejercita el *jus disponendi* de la cosa (68); pero no faltan quienes lo estiman de administración, o quienes estiman que la adquisición del edificio es acto de administración, y el de venta del terreno un acto de disposición (69);

---

(65) Era una clasificación que se tomaba sobre todo de MESSINA, G. (págs. 5, 7, 31, 42 a 44, 54 y 55).

(66) Sobre la cual bien puede debatirse si se trata de simple acto de administración o más bien de un acto de disposición al tratarse de un arriendo forzoso. Véanse, al respecto, Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (III, pág. 184, con nota 3), este más dubitativo por separado (pág. 230); ALONSO PÉREZ, M. (pág. 370); SERRANO, E. (pág. 681).

(67) Como decía SÁNCHEZ ROMÁN, F. (III, pág. 161), el artículo 361 prevé la venta del terreno si es plantación y la renta del mismo si en él se ha sembrado «porque la siembra es un obstáculo transitorio y temporal, y la ley presume en este caso el arrendamiento, que es de menor violencia que la venta». En la misma línea, MANRESA, J. M. (III, pág. 194); y QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (VI, pág. 379).

(68) Así, ALONSO PÉREZ, M. (pág. 370), para quien «en cuanto revela —el derecho de opción— una conducta o declaración de voluntad electiva de trascendencia real y eficacia alienatoria o para el *dominus soli* (primera solución) o para el edificante (según solución), supone un acto de disposición»; también, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (I, pág. 224); SERRANO ALONSO, E. (pág. 681).

(69) Así, sin dar explicación de la distinción, Díez-PICAZO, L. (págs. 851 y 852); y con GULLÓN, A. (III, pág. 184, con nota 3); MOLL DE ALBA, C. (pág. 116). Más particular es la posición de NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (págs. 129 y 130); según ella, si la opción es vender el terreno al edificante, en efecto será acto de disposición, pero si la opción es adquirir lo

todo ello con su oportuna repercusión, como sucede, v.gr., cuando son varios los propietarios del suelo invadido (cfr. arts. 395, 397 y 398 CC) (70); una facultad, en cualquier caso (de disposición o de mera administración), que según dicha tesis, al no formar aún contenido integrante del derecho de propiedad sobre lo accedido, pues tal derecho aún no se ha adquirido, viviría aislada como simple expectativa de dominio para el *dominus soli* —o para el edificante, habría que añadir, caso de que aquel renuncie a su expectativa—.

Ante todo, la sola posibilidad de un derecho potestativo sin derecho del que formar parte es ya rechazable —tan repugnante como imaginar un miembro amputado con vida propia—. Además, con tal concepción, más bien parece que lo que confiere el artículo 361 del Código Civil es un derecho de adquisición preferente, una suerte de *jus ad rem*. No es mera elucubración. La propia tesis se conduce por tales derroteros.

Por ejemplo, se deja traslucir esa extraña concepción en cuestiones tan relevantes como son el plazo y la eficacia, personal o *erga omnes*, del derecho de opción del artículo 361 del Código Civil: para unos, es un derecho potestativo de naturaleza personal, por ver en la aptitud de sujeción del obrante una obligación negativa que constituye el objeto inmediato de aquel derecho, siendo la cosa su objeto indirecto, como lo demuestra el *a hacer suyo* del 361; de ahí que, en esta explicación, el plazo para su ejercicio sea el plazo general para ejercitar cualquier derecho de crédito carente de plazo singular, esto es, el de quince años *ex* artículo 1964 del Código Civil; y como derecho personal, la acción para su ejercicio presentaría una eficacia relativa o *inter partes*, únicamente ejercitable contra el edificante (o sus causahabientes) (71). Otros, al contrario, centrados en el aspecto adquisitivo o transmisivo de la opción del 361 del Código Civil más que en el sometimiento debido del constructor, consideran que se trata de un derecho potestativo de naturaleza jurídico-real, ejercitable, por tanto, *erga omnes*, no solo frente al edificante, sino también frente a cualquier tercero adquirente del edificio; y que el plazo para ejercitar la opción del 361, a falta de plazo singular, será el general de las acciones reales inmobiliarias, el de treinta

---

edificado, hay que distinguir: será también acto de disposición si la obra es de envergadura, pues supondría una alteración o modificación sustancial del solar, y, en cambio, será acto de administración si la obra es menor (v.gr., reparación, mejoras leves...).

(70) HERNÁNDEZ CRESPO, C. (pág. 737), malinterpretando la STS de 28 de abril de 1923, dice que en caso de copropiedad del suelo, puede ejercitar la opción del 361 cualquier condueño, no siendo necesaria la previa unanimidad. En cambio, para MOLL DE ALBA, C. (cit.), se exige mayoría *ex* artículo 398 del Código Civil, cuando se trata de comprar la obra, pues se trata de administrar, mientras que se requiere de unanimidad *ex* artículo 397 del Código Civil cuando se trata de vender el suelo.

(71) Así, DORAL GARCÍA, J. A. y TORRES LANA, J. A. (pág. 43). Y aunque no entró al fondo de esta cuestión, la STS de 15 febrero 1999 dijo que el derecho de opción es ejercitable frente al edificante y frente a sus herederos (como, en efecto, sucedió en el caso).

años *ex* artículo 1963 del Código Civil (72), considerando, no obstante, algunos dentro de esta posición que, dada su grande semejanza con los derechos de adquisición preferente, sería más preciso aplicar el plazo que para el retracto legal de comuneros contiene el artículo 1522 del Código Civil (73).

Y cualquiera que sea el plazo, de quince, treinta años o menos (74), luego se plantea el problema de su cómputo (75).

Frente a estas dos explicaciones defendidas dentro de la tesis mayoritaria acerca de la naturaleza, plazo y eficacia del derecho de opción del artículo 361, hay todavía una tercera explicación, en la que no se plantea la cuestión del plazo, ni, por tanto, la de su cómputo, porque al tratarse de un derecho potestativo, de una simple facultad jurídica que no se integra en propiedad ninguna, sencillamente es imprescriptible, tanto para el *dominus soli* en su ejercicio, como para el edificante en su posible pretensión de usucapión. Como es sabido, *in facultativis non datur praescriptio* (76).

Aunque pueda sorprender, esta última explicación es, desde luego, la más coherente con la tesis mayoritaria —sobre todo con la jurisprudencial— acerca de la accesión no automática antes explicada que estima al edificio sin propietario y, por tanto, sin nadie que pueda reivindicarlo. Pero, precisamente por

---

(72) Así, DÍEZ-PICAZO, L. (pág. 851); ZORRILLA RUIZ (en *Carbonnier*, pág. 408); SERRANO ALONSO, E. (pág. 681); SOTO NIETO, F. (pág. 139); MOLL DE ALBA, C. (pág. 158); y, en parte, aunque negando la prescripción adquisitiva, CARRASCO PERERA, A. (págs. 232, 233, 336 y 337).

(73) El propio SERRANO, E. (cit.), después de unirse a la opinión mayoritaria (en pág. 681), y con ella estimar el plazo de prescripción de treinta años, a continuación (en pág. 682), titubea y sin alegar razón insinúa aplicar el plazo del retracto legal de comuneros del artículo 1522 del Código Civil.

(74) A ALONSO PÉREZ, M. (pág. 375), cualquiera de ellos le parecen excesivos, pues conceden demasiado tiempo para la incertidumbre, y de ventaja para el constructor que es el que posee la obra. No obstante, conviene no olvidar que tales riesgos lo son sobre todo para el *dominus soli*, quien precisamente tiene la iniciativa en este asunto.

(75) Amén de la solución que va de suyo implícita en el 1522 de estimarse aplicable, hace tiempo la STS de 4 de julio de 1928 dijo que el plazo se ha de contar desde que por sentencia firme se hayan deslindado los derechos del dueño del suelo y de la superficie. No es de extrañar que tal pronunciamiento —único— haya sido objeto de múltiples críticas. Entre las más recientes, la de CARRASCO PERERA, A. (págs. 336 y 337), para quien el plazo prescriptivo (que para él es el treintaañal), no empieza desde el deslinde, ni siquiera desde la incorporación, sino desde el inicio de la desposesión, siendo entonces ejercitable, dice, la reivindicatoria (que estrictamente es diversa de la acción del 361 CC). Por su parte, NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 133), dirá de aquella STS de 1928 que es «oscura; —y que— tal vez permita interpretar que hasta tanto el dueño del suelo no conozca o pueda conocer lo edificado, no empieza el plazo de su opción».

(76) Así, en la doctrina, LACRUZ BERDEJO, J. L. (III-1.º, pág. 134), aunque recuerdese que él se incluye entre aquellos para quienes hay concurrencia de dos propiedades, alegando, entonces, que la imprescriptibilidad se fundamenta en el artículo 1965 del Código Civil, mas olvidando que la idea que defiende del artículo 361 no es la de una copropiedad en sentido estricto, sino la de dos propiedades separadas, o divididas físicamente.



ello, es a su vez la explicación más expresiva de la inseguridad que provoca tal teoría (77), proclive a una provisionalidad e indefinición *in eternum*.

Tal incertidumbre desaparece si aquella idea es trasladada a nuestra tesis minoritaria de la accesión automática; ya lo defendió tiempo ha SANZ FERNÁNDEZ (78), para quien la acción del 361, al no tener plazo especial, es imprescriptible, lo que no impide la posibilidad en su contra de la usucapión por parte del edificante, o del tercero adquirente. Al operar automáticamente la accesión y al contener, en efecto, la opción del artículo 361 del Código Civil (o de los arts. 361 a 363 CC en general), un derecho potestativo, integrante del dominio ya adquirido por accesión, su ejercicio no puede estar sometido a plazo ninguno, como tampoco lo está la facultad de vender, de hipotecar, de usufructuar... el dominio. Efectivamente, *in facultativis non datur praescriptio*.

Distinta de la opción del artículo 361 del Código Civil es la posibilidad de que el *dominus soli* accedente interponga un interdicto posesorio para adquirir la posesión de lo que ya, en propiedad, es suyo, en cuyo caso dispone del plazo de un año para realizar aquella interposición (*ex art. 1968.1.º CC*), o que decida interponer una acción reivindicatoria en el plazo general de prescripción de las acciones reales inmobiliarias de treinta años, siendo así posible el ejercicio de tales acciones pues tanto en el caso del 361 como en el 362 del Código Civil el edificante —sea de buena o de mala fe, respectivamente— es poseedor sin título, o ilegítimo: es, en efecto, un poseedor que en el caso del 361 cree ser dueño, y que en el 362 desea serlo, aunque en ambos casos sin serlo. Pero estas alternativas, u otras, que quiera emplear el dueño del suelo invadido (v.gr., acción declarativa, o de deslinde...), serían acciones típicas, específicas, diversas de la opción, del ejercicio del derecho potestativo del artículo 361 del Código Civil.

Y que el ejercicio de dicha opción sea imprescriptible no genera inseguridad jurídica ninguna. A diferencia de la indefinición, que sin límite de tiempo, permite la tesis jurisprudencial de la accesión no automática sin atribución de la propiedad del edificio, en la tesis minoritaria de la accesión automática no cabe tal provisionalidad, porque desde un principio, tras la unión inseparable, suelo y obra pasan a ser propiedad del *dominus soli*.

Resuelto, así, que el derecho potestativo del artículo 361 del Código Civil (de los arts. 361 a 363 CC), es imprescriptible, no pierde, por ello, importancia el saber cuál es su naturaleza jurídica —de gestión o de disposición—; importa, *a.e.*, a los efectos de capacidad, legitimación y eficacia; a saber:

En principio, el *dominus soli* invadido, dueño de todo y titular del derecho potestativo, tiene dos opciones: reclamar y adquirir la posesión de la propiedad ya adquirida por accesión, o bien renunciar a esa propiedad ganada por accesión.

(77) Así lo advierte NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (págs. 132 y 133).

(78) En págs. 153 y 154; y en la misma línea, NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 133).

Si, en efecto, el dueño del solar invadido decide adquirir la posesión de lo que ya es suyo, para ello no estará sometido a ninguna condición previa si el constructor actuó de mala fe, pues en tal caso, según el artículo 362 del Código Civil, nada le debe. Pero si el edificante construyó de buena fe, entonces, por aplicación del artículo 361 del Código Civil, para adquirir la posesión de su dominio, para *hacer suya la obra*, como dice dicha norma, ha de pagar el valor de lo accedido, en este caso, el edificio. Al ser el pago de una deuda, su realización ha de estimarse como simple acto de gestión, de administración del dominio (no de disposición); ciertamente, no se trata de pagar una deuda libre y voluntariamente asumida, sino impuesta *ex lege*, *ex* artículo 1089 del Código Civil, para evitar el enriquecimiento injusto del *dominus soli* adquirente de la obra hecha por otro de buena fe, mas tampoco deja de ser el pago de una deuda ordinaria, aunque nacida de la ley, que por ello merezca alcanzar la trascendencia de acto de disposición. Es lógico que en la tesis mayoritaria el acto de pagar pueda entenderse como acto dispositivo, porque antes de él aún no hay adquisición de la obra por el dueño del suelo; en dicha tesis tal adquisición se produce *ex voluntate*, por decisión del *dominus soli*. En cambio, al operar en nuestra tesis la accesión automáticamente, adquiriéndose la propiedad de la obra *ex lege*, el acto de pagar al *dominus soli* es simple gestión de una disposición previa y legalmente producida.

Así las cosas, en el caso concreto de que el suelo invadido estuviese en copropiedad, la opción primera del 361, al ser de mera administración, es ejercitable por el acuerdo mayoritario de los copropietarios (*ex* art. 398 CC), o puede que cada uno de ellos gestione el pago individualmente según su cuota (art. 395 CC). Y para reclamar la posesión cualquiera de ellos puede actuar individualmente en beneficio de los demás, como así considera en general consolidada jurisprudencia al respecto (79).

---

(79) Como recuerda, de pasada, refiriéndose a un caso de accesión, la STS de 9 de febrero de 1991, «la doctrina de esta sala mantiene de siempre la correcta legitimación del copropietario para actuar en beneficio de los intereses de la comunidad, y dado que forzosamente el edificio —en el caso— está enclavado en un terreno que por definición (art. 396-1.º CC) constituye objeto o elemento común del que son partícipes los propietarios de cada uno de los pisos o locales de dicho edificio que figuran ya en el Registro de la Propiedad con la debida separación e independencia, es evidente que la existencia de una Comunidad al amparo de la Ley de 21 de julio de 1960, no coarta ni constriñe en modo alguno que cualquiera de ellos pueda, en legítima defensa de sus intereses, promover acciones o excepcionar cuantos medios jurídicos a su alcance puedan asistirle, habida cuenta de que a tenor de esa misma doctrina los resultados perjudiciales no vinculan a los demás copropietarios, respecto de los que no se consumaría nunca la irreversibilidad que comporta la presunción de cosa juzgada». A *sensu contrario*, acerca de la legitimación pasiva, la STS de 23 de febrero de 1988, sobre un caso de accesión invertida que denegó por mala fe del constructor (que era, además, uno de los copropietarios del suelo), exige, en su Fundamento de Derecho 5.º, tal litisconsorcio pasivo necesario de demandar a todos los comuneros por exigencia de los artículos 394, 397 y 399 del Código Civil.

En cualquiera de los casos, al nacer tal pago de la propiedad ya adquirida por accesión, tal opción habrá de ser *natura sua* eficaz *erga omnes*, frente a cualquier tercero que adquiera el edificio, con independencia de a quien deba corresponder el pago de lo establecido en el 361 *ab initio* y de la posible reclamación que pueda hacer aquel tercero al constructor que le transmitió la obra (que se verá en el último epígrafe).

La otra hipótesis, recuérdese, es que el *dominus soli* invadido no quiera la accesión ganada, que desee renunciar a la propiedad ganada por accesión. En tal caso, se está ante un claro acto dispositivo del dominio, de pura renuncia, que es altruista —gratuita— en el caso del 363 (incluso puede que atributiva de los materiales al constructor de mala fe, que ha de costear la demolición), o que es renuncia atributiva, onerosa y forzosa en el caso del 361 *in fine*. Como acto dispositivo integrado en el *jus disponendi* de la propiedad, su ejercicio es eficaz *erga omnes*. Pero como acto de renuncia que es, si la opción elegida es la destrucción de la obra, por haber actuado de mala fe el edificante, en virtud del artículo 6.2 del Código Civil tal decisión no puede perjudicar, no puede afectar a los terceros adquirentes del edificio que lo sean de buena fe (80), debiendo aquí entenderse la buena fe, no como la de la accesión, sino como la de las adquisiciones *a non domino*, dado que efectivamente el edificante no es dueño (81).

Aplicando también estas ideas al caso de copropiedad invadida, si se trata de vender el terreno invadido o de destruir la obra, se requiere de unanimidad (art. 397 CC), pero si se trata de vender la cuota recayente ya sobre suelos y obra o de renunciar a ella, solo importa la decisión individual de cada comunero (art. 399), con la posibilidad del retracto legal de comuneros del 1522 del Código Civil en caso de venta de cuota (82). De ahí que, si

---

(80) Como ya advertía hace tiempo, refiriéndose por entonces al artículo 4 del Código Civil, SANZ FERNÁNDEZ (págs. 167 y 168). Siguiéndole ALONSO PÉREZ, M. (págs. 391 y 392), proponiendo que no cabría exigir la demolición de la obra cuando en general sea de mayor valor que el suelo pues permitirlo iría en contra del Orden Público, olvidando que según la común doctrina, incluida su opinión, el régimen del Código Civil es disponible, entre otras razones, por no abordar materia de Orden Público.

(81) Así lo revela la propia práctica: la STS de 5 de julio de 1966 advirtió que la buena o mala fe del 361 del Código Civil es diversa de la del 34 LH, pudiendo ser, como sucedió en el caso (de construcción hecha por la compradora del terreno siendo luego resuelta la compraventa por ejercicio de un retracto), que haya mala fe *ex artículo 34 LH* y buena fe *ex artículo 361 del Código Civil*. En la doctrina, NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (págs. 140 y 141), dice que es prácticamente imposible aplicar el artículo 34 LH en materia de accesión porque el edificante no habrá podido aún inscribir su dominio sobre la obra, sencillamente porque se lo impide la exigencia de tracto sucesivo *ex artículo 20 LH*.

(82) Sorprende en este sentido que SANZ FERNÁNDEZ, A. (págs. 208 y 210), prefiera aplicar el artículo 395 del Código Civil en tal caso, obligando así a todos los comuneros a pagar la obra, pareciendo olvidar que tal norma se refiere a obras de conservación, no a

decide vender su cuota, tenga razón la STS de 24 de enero de 1986 que, al estimar la opción final del artículo 361 del Código Civil como de compraventa (unilateral y forzosa), admitió la aplicación del artículo 1522 del Código Civil, sobre el retracto legal de comuneros. Y, por eso mismo, tanta razón llevaba aquella STS de 28 de abril de 1923, tan injustamente criticada por malentendida (83), al decir que el ejercicio del derecho de opción del artículo 361 del Código Civil no se subsume en el artículo 397 para el caso de copropiedad del suelo, pues en el caso que resolvía se trataba de vender cada comunero su cuota al constructor, y sabido es, como dice el artículo 399 del Código Civil, que cada copropietario tiene la propiedad individual y separada respecto de su cuota (84).

Ante todas estas alternativas que tiene el *dominus soli*, el edificante está sometido a su decisión, está sujeto al ejercicio de su derecho potestativo. Mas entretanto también tiene su espacio de actuación:

Por ejemplo, en tanto que poseedor del todo (del edificio y del suelo ajenos que aquel ocupa), puede usucapirlo. En teoría cabe tanto la usucapión extraordinaria como la ordinaria (85), aunque en la práctica será menos probable la ordinaria, debiéndose advertir al respecto que la buena o mala fe en materia de accesión es ideada de forma más amplia que la buena o mala fe posesoria

---

las alteraciones sustanciales a las que se refiere el artículo 397, en el cual, también SANZ incluye el acto de edificar. El fundamento que alega parece apurado, al decir: «Es cierto que el artículo 395 en su letra se refiere a gastos de conservación de la cosa común. Mas si lo interpretamos conforme a su espíritu, observamos que la razón de obligar a todos a pagar estos gastos de conservación, se halla en la circunstancia de ser gastos que legítimamente puede hacer cualquier de los condueños. Los demás gastos no pueden ser hechos en principio por uno solo condueño, y si los hace, son gastos ilegítimos y no deben ser abonables. La diferencia, pues, debe establecerse más que entre actos de conservación, por una parte, y actos de administración o alteración, por otra, entre gastos legítimos e ilegítimos». Con tal interpretación, realmente se aparta con mucho de la letra y también del espíritu de la ley.

(83) Entre otros, por BORRELL, M. A. (II, pág. 235); HERNÁNDEZ CRESPO, C. (pág. 737); ALONSO PÉREZ, M. (pág. 374); MOLL DE ALBA, C. (pág. 116).

(84) Decía tal STS que «*es evidente que conforme a lo establecido en el artículo 392 en relación con el 348 del Código Civil, los condóminos son en realidad propietarios de toda la cosa común, al mismo tiempo que de una parte abstracta de ella y les corresponden por imperio de la ley todos los derechos derivados de la propiedad con la amplitud que abarca el concepto jurídico del dominio*», diciendo por ello que «*el artículo 397 del Código Civil no es aplicable a este caso, puesto que lejos de propender la demanda a alterar la cosa común, conduce a reintegrarla al estado que tenía al producirse las alteraciones en ella realizadas por la sociedad demandada*».

(85) Entendiendo que la accesión es justo título para usucapir *ex* artículo 1952 del Código Civil, ALONSO PÉREZ, M. (pág. 375), entiende aplicable la usucapión decenal del artículo 1957 del Código Civil. Mas, habría que preguntarle, si ese pretendido justo título —que habrá de ser, no se olvide, *a non domino*—, que se pretende sea la accesión, juega a favor del edificante o también —más bien tal vez— a favor del *dominus soli*.

general del artículo 433 del Código Civil, y más amplia aún que la más estricta en materia de usucapión, que el artículo 1950 del Código Civil restringe, frente a la del 433, a la ignorancia de un vicio en particular: que la adquisición sea *a non domino*. El *dies a quo* para computar la posible usucapión, será el momento en que la incorporación sea ya visible: con la incorporación de la obra invasora al suelo invadido se inicia la posesión, y con la visibilidad de la obra se asegura la publicidad posesoria, conservándose ininterrumpida la posesión con la mera tenencia y posesión de la obra. Ahora, a diferencia de lo que sucede con el artículo 364 del Código Civil, a los efectos de computar el plazo de prescripción, no es necesario el efectivo conocimiento de la invasión por el *dominus soli*, bastando con su sola cognoscibilidad, con que ya sea apreciable la construcción.

Otra posibilidad que tiene el edificante es la de reclamar el pago de lo que se le debe al amparo del artículo 361 *ab initio*, siendo viable tal reclamación en nuestra tesis, pues desde un principio el dueño del suelo principal adquirió la propiedad del todo. Por supuesto, no cabe que aquel le reclame a este la renuncia a la accesión ganada, ni la destrucción de la obra si actuó de mala fe (rarísimo será que lo desee), ni tampoco podrá presionar, o accionar para que el dueño del terreno principal se lo venda, que opte por el 361 *in fine*.

C) *Amplia legitimación en la solicitud de cualquier accesión, normal o invertida, y su declarabilidad casi ex officio iudicis, según nuestra actual jurisprudencia*

Desde una pulcra distinción entre la accesión y la reivindicación, en donde solo era posible la acumulación de aquella con la acción declarativa de dominio (o con la acción de deslinde en las construcciones extralimitadas para así determinar los límites de los suelos), y desde la sola concesión de la acción ordinaria del 361 *in fine* por vía de acción interpuesta por el *dominus soli* invadido y de la accesión invertida a instancia del edificante invasor, se ha pasado a una permisividad en la acumulación de peticiones y a una inversión también en lo relativo a la legitimación procesal activa; en esto último, primero se permitió la accesión ordinaria del artículo 361 a instancia del edificante, luego incluso pasaría a deducirla el propio juez de los hechos, y, al final, se ha terminado concediendo la accesión invertida a instancia del dueño del suelo invadido, no solo por decisión propia favorable a tal accesión, sino incluso también cuando en su demanda reivindicaba su parte de suelo ocupado y pedía la demolición de la obra en la parte que lo invadía; en esa dirección se ha movido nuestra jurisprudencia —que se detalla en nota— hasta

terminar declarando que la accesión, sobre todo la invertida, es prácticamente declarable de oficio (86).

(86) Que la accesión normal o común del artículo 361 del Código Civil pudiera ser instada a petición del edificante, sin oportuna oposición o elección del *dominus soli*, cuando en su demanda reclamase el pago de la indemnización que en el primer inciso de aquel 361 se contiene, lo insinuó, al menos, la STS de 15 de octubre de 1962 al decir en su Considerando 2.º que «*la acusación que en —el recurso de casación interpuesto por el dominus soli— se vierte de haber aplicado indebidamente e interpretado con error el artículo 361 del Código Civil al no haber respetado la actora el derecho de opción que concede al dueño del terreno en que se edifica, no puede ser acogida, porque la mera lectura del precepto pone de manifiesto que en él se reconoce al que edificó de buena fe el derecho a ser indemnizado a lo que ha de ceñirse la acción que pueda ejercitar y sobre cuyo cumplimiento, en su caso, puede optar el dueño al ser interpelado, haciendo uso del derecho de opción que el artículo le concede, mas no de forma subrepticia, sino en el momento procesal en que se invoca la aplicación del repetido artículo 361 que se señala infringido*». La reproduce la STS de 31 de diciembre de 1987, y la sigue la STS de 27 de junio de 1997. En la doctrina admiten la concesión de accesión a instancia del edificante, Díez-PICAZO, L. (en sus *Estudios Jurisprudenciales*, cit., págs. 271 y 280); y NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 153), quien con CUSI ESCOFET, W. (pág. 330), considera improbable que el *dominus soli* tome la iniciativa, para no tener que pagar nada. «Por eso —dice NÚÑEZ BOLUDA—, se admite que el edificante pueda tomar la iniciativa y exigir del dueño del suelo que decida y que, si opta por hacer suya la propiedad de lo edificado, pague la correspondiente indemnización». Mas también cabe el reverso de la misma moneda, pues se olvida que en tanto no se resuelva la cuestión, la posesión de la obra es del edificante; ¿no tendrá entonces un interés cierto el *dominus soli* en poseer lo que es suyo y, sin embargo, posee otro?

Un segundo aperturismo se producirá ya en materia de accesión invertida, consistiendo en concederla, o, mejor dicho, en imponerla, no cuando es instada por el edificante invasor (que sería lo lógico en la tesis de la inversión), sino a instancia del propio dueño del suelo invadido, bien cuando lo que pide es el pago del valor del suelo invadido, o bien incluso cuando lo que pide sea la reivindicación del suelo o la destrucción de la obra. Tal vez abre la puerta a este camino la STS de 12 de diciembre de 1908 al negar «*que la falta de expresión del derecho implica la tácita renuncia al de opción cuando —en el caso, el dueño del solar— solicita la demolición de la pared —invasora— para hacer posible la reivindicación, incompatible con el pago del precio y opuesta a la deducción que saca la sala sentenciadora para presumir la renuncia a lo edificado*». Más rectamente, la también antigua STS de 30 de junio de 1923, precedente confesado por la STS de 31 de mayo de 1949 de la accesión invertida, sobre un caso en que la extralimitación fue de la vía pública, decía íntegramente en su «*Considerando —2.º— que el Tribunal a quo no ha infringido tampoco los artículos 361, 362 y 363 del Código Civil, como en el recurso se pretende, toda vez que en el primero de dichos artículos se establece que los que de buena fe edifican, plantan o siembran en terreno ajeno pueden quedarse con lo edificado, plantado o sembrado, pagando indemnización, y los otros dos se refieren a quienes de mala fe realizan cualquiera de los actos expresados, y como por la sala sentenciadora se ha declarado, apreciando en conjunto toda la prueba practicada, que los demandados habían procedido de buena fe al ejecutar las obras aludidas, cuya demolición interesaba al Municipio y ocupar la faja de terreno que el Ayuntamiento pretendía reivindicar, habiendo condenado a los repetidos demandados a pagar el precio del terreno ocupado, lo cual en la ampliación de la demanda y siquiera fuera en forma alternativa, pedía dicha Corporación, es visto que no se han infringido los artículos del Código civil antes citados*». Y más recientemente, la STS de 12 de diciembre de 1995 admite la accesión invertida solicitada por el dueño del terreno invadido al amparo del derecho que tiene a cobrar aquello que le ha sido invadido, advirtiendo que la única forma de eludir el pago de la indemnización por

En su momento vino a darle al TS una llamada de atención la STC 222/1994, de 18 de julio, que si bien admitía fundamentar en el principio *iura novit curia* el rechazo a la acción reivindicatoria y a la petición de demolición cuando en efecto se cumplían todos los requisitos de la accesión invertida, en cambio negaba que el tribunal, además, concediese la accesión invertida cuando esta no había sido expresamente solicitada, pues de lo contrario se alteraría *ex officio judicis* la *causa petendi*.

---

el constructor invasor es demoliendo la obra y devolviendo el solar a su dueño en su estado originario, anterior a la obra.

Así ha derivado la jurisprudencia hasta dar el paso más importante al admitir la apreciación prácticamente de oficio de la accesión invertida con base en la equidad, en la economía procesal y en el principio general *iura novit curia* en tanto su concesión sea extraíble de la *causa petendi* y deducible de los hechos probados, cuando, en efecto, se den todos los requisitos —objetivos y subjetivos— de la accesión invertida; por ello, llegan incluso a decir algunas Audiencias Provinciales que el *dominus soli* abusa de su derecho cuando, no obstante concurrir tales requisitos, insta la reivindicación de su suelo o la destrucción de la obra. Salvo la STS de 17 de junio de 1961 (situada más bien, por su fecha, en un estadio anterior de la evolución), así lo han dicho, entre otras, las SSTS de 9 de febrero de 1981, de 28 de mayo, de 12 de noviembre y de 13 de diciembre, las tres de 1985, de 6 de noviembre de 1992, y de 8 de febrero de 1994. Como síntesis de todas ellas, la STS de 12 de noviembre de 1985, sobre un caso de leve extralimitación (de 4 m<sup>2</sup> de superficie ajena), decía, en su Fundamento de Derecho 2.º: «...y no se oculta que centrada la controversia sobre la reivindicación y su alcance, el Tribunal sentenciador pudo, sin incurrir en exceso y por evidentes razones de equidad, excluir los efectos restitutorios que en otro caso conllevaría la declaración de dominio, atendiendo al juego específico de la accesión invertida, pues aunque no ha sido invocada nominatim por el edificante, la contienda versó también sobre todos los requisitos (invasión parcial y buena fe, indivisibilidad de la construcción y notoria plusvalía de lo construido respecto del suelo ocupado) y resultaría gravemente injusta la decisión recuperatoria, con demolición de la obra cuando concurren todos los presupuestos que permiten alterar el principio superficies solo cedit, alcanzando una solución al conflicto (“carísima aventura procesal para tan mínimo objeto”, aunque se haya seguido el proceso más solemne, como acertadamente hace ver la Sala de instancia), sin menoscabo económico alguno para los reivindicantes». Y tal apreciación de oficio de la accesión invertida ha terminado encontrando puerto también en la accesión ordinaria del 361 del Código Civil, cuando la obra es construida en suelo totalmente ajeno. Es lo que ha dicho, recientemente, la STS de 9 de febrero de 2006, en el cuerpo de su Fundamento de Derecho 4.º: que «ha sido reconocido en reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, de ociosa cita, que, en atención al principio *iura novit curia*, en relación con el de *da mihi factum*, dabo tibi ius, el Juzgador pueda aplicar normas distintas e, incluso no invocadas por los litigantes, a los hechos por los mismos establecidos, sin que la observancia de esos principios quepa entenderla de manera absolutamente libre e ilimitada, ya que siempre ha de estar condicionada al “componente fáctico esencial de la acción ejercitada”, es decir, a los hechos alegados por las partes y que resulten probados, así como a la inalterabilidad de la causa petendi, pues lo contrario entrañaría una violación del principio de contradicción y, por consiguiente, del derecho de defensa». Y concluye diciendo: «En este caso, la aplicación del artículo 361 por el Tribunal de Instancia, en virtud del relato fáctico, no supone una alteración de la causa petendi, ni transforma el problema litigioso en otro distinto del planteado, y tampoco produce indefensión, e, inclusive, la solución facilitada en la instancia es más beneficiosa para el recurrente».



En cualquier caso, por lo que aquí importa, esta evolución habida en nuestra jurisprudencia, en nuestra opinión, demuestra que en el fondo toda accesión inmobiliaria en realidad opera, y ha de operar, automáticamente, siendo entonces la sentencia declarativa de tal fenómeno (como también acontece con otras materias: v.gr., la nulidad del contrato...).

En sentir contrario a la operatividad automática de la propia accesión invertida se muestra ARCOS VIEIRA, para quien al presuponer esta teoría la inversión del principio *superficies solo cedit*, debiera también invertirse en ella el resultado, no aplicando directa e imperativamente la segunda opción del 361, sino dejando que sea ahora el constructor quien elija (87).

No obstante llevar parte de razón tal observación de ARCOS, no cabe admitir su objeción a la accesión invertida por prescindir esta absolutamente de la voluntad del edificante invasor; como tal vez tampoco prescinda de la del propio invadido. Dados los presupuestos exigidos para la aplicación de la accesión invertida, entre otros, que el elemento principal sea el invasor por su mayor valor e importancia que el suelo invadido, cabría entender lógicamente aplicable el 361 *in fine*, como hace el TS en coherencia con su propia tesis, aunque, en nuestra opinión, no tanto ya porque se invierta la máxima *superficies solo cedit*, sino más bien porque cabe presumir, por un lado, que esa es la voluntad del constructor, quien —no se olvide— al ser de buena fe creía que obraba en suelo propio con la creencia, también, de que la obra sobre él hecha sería suya. Además, concederle la libertad de elegir la primera opción del 361 del Código Civil, podría poner incluso en riesgo —entre otros, de solvencia para hacer frente al pago— al propio *dominus soli* invadido al imponerle la compra de lo principal. El dueño de lo accesorio invadido saldría doblemente perjudicado: primero con la invasión de su propiedad, y luego con la imposición de la compra del elemento principal, cuando muy probablemente no quiera o, peor aún, no pueda hacer frente a ello, porque la posible desproporción de valores se lo impida. Difícil, no obstante, que así sea en la práctica, pues lo que presumiblemente querrá el constructor invasor será lo contrario, como lo demuestra la práctica, cuando en la demanda casi siempre el constructor invasor insta la accesión invertida a su favor.

---

(87) ARCOS VIEIRA, M. L. («Accesión invertida y régimen de luces y vistas del Código Civil», Aranzadi Civil, 1996-III, tomado de Internet: Westlaw, pág. 11). Parece incluso decir tal cosa, aunque lo hace en *obiter dictum*, la STS de 28 de mayo de 1985, cuando afirma que con la accesión invertida «se termina corrigiendo el artículo 361 del Código Civil en el único sentido de privar al dueño del terreno invadido de buena fe, del derecho a hacer suya la obra, atribuyendo para ello a quien ejecutó la inmisión de buena fe, el derecho de hacer suyo el terreno ocupado en propiedad ajena previa la correspondiente indemnización».

3. OTROS EFECTOS JURÍDICO-REALES DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA: ADQUISITIVOS COLATERALES, EXTINTIVOS Y TAMBIÉN REGISTRALES. UNA ÚLTIMA DEFENSA DE LA AUTOMATICIDAD DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA A PROPÓSITO DE LOS ARTÍCULOS 109 Y SIGUIENTES LH

Con la adquisición de la propiedad de lo accedido se van a producir también unos efectos colaterales, unos sustantivos y otros registrales:

Centrada la atención en los aspectos estrictamente civiles (y dejando fuera otros, como los fiscales), como reverso de la adquisición de lo accesorio, correlativamente se producirá la extinción de tal propiedad del antiguo dueño.

Ello podrá tener su consecuente reflejo en el Registro de la Propiedad (88): entre otros, la declaración de obra nueva de la totalidad de la superficie construida *ex* artículos 208 LH y 308 RH. Como paso previo, en coherencia con la tesis mayoritaria de la accesión no automática, hay quien insinúa que, mientras se decide el *dominus soli* invadido, se proceda a practicar la mención registral, *ex* artículo 29 LH, de lo construido sobre el suelo y de la expectativa jurídico-real adquisitiva que sobre el mismo existe a la espera de ejercitar la opción del artículo 361 del Código Civil (89). Otra razón más se añade a todas las ya vistas para negar tal tesis mayoritaria opuesta a la operatividad de la accesión desde la incorporación inseparable de la obra al suelo. Ahora es el recurso a la mención registral para dar constancia en el Registro de una propiedad que, según tal teoría, no existe, o no es de nadie, o que lo es pero solo provisionalmente en manos del constructor. Tan inexistente o inviable, e impotente, es tal propiedad como lo es su mención registral, que absolutamente nada vale frente a terceros (cfr. arts. 29, 98 LH, y 355 RH) (90).

Junto a los indicados efectos principales, sustantivos y registrales, que produce la accesión, los hay colaterales o secundarios, que acrecen como efecto de su adhesión a la propiedad principal que ahora se ha visto incrementada por accesión. En efecto, los derechos y cargas reales que ya existían antes de la accesión sobre la propiedad principal se extenderán a lo accedido (cfr. arts. 479, 1632, 1877 del CC...). Del mismo modo, como reverso también de

---

(88) Una cuestión que ya abordan HERNÁNDEZ CRESPO, C. (pág. 735 y sigs. y 744); y SERRANO ALONSO, E. (págs. 687 y 688), siguiendo a CAMY-SÁNCHEZ CAÑETE, B. (II, págs. 442 y 443).

(89) Así, el propio HERNÁNDEZ CRESPO, C. (cit.).

(90) Al ser la propiedad un derecho susceptible de inscripción especial y separada, ninguna fuerza registral tendrá su mención a la vista de tales preceptos hipotecarios citados en texto y, con ellos, de la práctica unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia. Puede verse, al respecto, para mayor detalle, mi estudio sobre «La mención registral: su justificación y contenido», en *RCDI*, 1999, págs. 833 a 896 (especialmente las págs. 877 a 885, sobre la ineficacia, registral y sustantiva, de tales menciones registrales).

la misma moneda, los derechos y cargas reales existentes sobre la propiedad de lo accesorio que con la accesión se extingue también fenecen con ella.

Toda esta fuerza expansiva adquisitiva y extintiva colateral se justifica por la adhesión o inseparabilidad de los derechos reales limitados y de las cargas reales a la propiedad que gravan, a su objeto sobre el que recaen. Esta es la razón de los artículos 479, 1632 y 1877 del Código Civil antes citados. Hay, no obstante, quienes refiriéndose a los artículos 1877 del Código Civil, 109 y sigs. LH, sobre hipoteca, no fundamentan en aquella razón su extensión en caso de que acrezca por accesión la propiedad hipotecada. Al margen de una posible razón subjetiva —apuntada por la propia Exposición de Motivos de la LH-1861, pero que suele ser negada (91)—, y amén de otras opiniones —que ahora no vienen al caso—, hay quienes justifican los artículos 1877 del Código Civil y 109 LH en la máxima *superficies solo cedit* (92). Por ello, en su lógica interna, las excepciones a la extensión objetiva de la hipoteca contenidas en los artículos 110.1.º *in fine* y 112 LH (esta a favor del tercer poseedor), serían a su vez excepciones en sede de accesión a tal máxima (93), o, según otros, buena prueba de que la accesión artificial inmobiliaria no opera automáticamente, siendo justificable, v.gr., que las nuevas construcciones —entiéndanse las hechas por un tercero— no sean alcanzadas por la hipoteca previamente constituida entre tanto el *dominus soli* hipotecante no decida hacer suya la edificación, o en tanto haya sido hecha la obra por un arrendatario o por un usufructuario. Estaría, pues, pensando el artículo 110.1.º *in fine* LH en el caso de construcción en suelo hipotecado ajeno. Así, recientemente, lo creen algunos (94), que conectan el *siempre que correspondan al propietario* del artículo 110 LH con los artículos 361 y 363 del Código Civil. Pero, ¿cómo se explica entonces que la excepción del artículo 110 LH también actúe cuando la construcción es obra del propio dueño del solar que lo hipotecó? (95).

---

(91) Para una reciente y compiladora crítica al respecto, puede verse LLOPIS GINER, J. M. (en *Comentarios a la LH*, Edersa, T. VII-6.º, Madrid, 2000, págs. 207 a 209).

(92) Por ejemplo, GALINDO Y DE VERA (III, págs. 205 y 208); MORELL Y TERRY (pág. 719); en parte, MONTES PENADES (pág. 514 y sigs.).

(93) Así, GALINDO Y DE LA ESCOSURA (cit.), criticando por ello las excepciones legales por considerar injustificadamente sacrificada la regla *accessorium sequitur principale* en materia de bienes inmuebles (en págs. 209, 212 y 215 a 220); LLOPIS GINER, J. M. (pág. 249).

(94) RUIZ-RICO RUIZ («Algunas ideas en torno a la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones», en *RDP*, 1993, pág. 910 y sigs.); y MONTES PENADES («La extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras. Una idea de propiedad», en *Historia de la propiedad. Crédito y garantía*. V Encuentro Interdisciplinar, Madrid, 2007, págs. 517 y 518).

(95) MONTES silencia la cuestión; y RUIZ-RICO (en pág. 911 y sigs.), con muy variopintos argumentos, intentando convencer de que, frente a la literalidad del 110 LH, no hay excepción a la extensión si la construcción es realizada por el propio *dominus soli* hipotecante, pues según él, en tal caso la hipoteca sí se extiende *ex lege* a tal construcción.

Cualquiera de tales explicaciones sobre la regla y sus salvedades no nos parece, sin embargo, aceptable, como tampoco lo son las críticas que muchos hacen a tales excepciones legales, que ya hace tiempo se hicieron en la misma gestación de la LH-1861 (96).

La razón de la extensión de la hipoteca no es la accesión, ni tampoco lo es el principio *superficies solo cedit*. Tanto la una como el otro son única y exclusivamente referibles a la propiedad (cfr. arts. 348, 350 y 358 CC). Si la propiedad aumenta por accesión y con ella también los derechos y cargas reales preexistentes sobre ella, no es porque estos se extiendan por accesión (a lo más, esta sería su causa final o remota), sino porque tales derechos y cargas son inseparables del dominio sobre el que recaen, porque a través de él se adhieren a la cosa, objeto inmediato de la propiedad. Es su inherencia real, pues, la causa (al menos, la más directa e inmediata) de su extensión. De este modo lo advertía ya la propia LH-1861 en su Exposición de Motivos, aunque también alegase como razón un presunto fundamento subjetivo (97):

*«Las leyes de Partidas, siguiendo á las romanas, establecieron que el derecho de hipoteca no se limitara á la cosa hipotecada, sino que fuera también estensivo á las accesiones naturales, á las mejoras y á los frutos y rentas no percibidos al vencimiento de la obligación. Sirvióles de fundamento —decía— que todas las agregaciones eran parte de la finca, y que todas pertenecían á la clase de bienes inmuebles, ó bien por su naturaleza, ó bien —añadía— por su adherencia á las que lo eran».*

(96) Son las fuertes objeciones que hizo en el debate parlamentario de la LH-1861 el señor ORTIZ DE ZÁRATE sobre el actual artículo 110.1.º *in fine* LH, que por entonces era el artículo 111.2.º *in fine* LH-1861 (tomadas de las *LLHH de España*, I, págs. 169 y 170): «Y lleva esta ley la protección á las mejoras al extremo de dejarlas libres de hipoteca siempre que consistan en nuevas edificaciones. El dueño de un terreno lo hipoteca por una cantidad determinada; levanta en seguida sobre ese terreno edificios, y ya esos edificios son libres de hipoteca. Y pregunto yo: en semejantes circunstancias, ¿cómo puede hacerse efectiva la responsabilidad de la hipoteca sobre el terreno? ¿Cómo se vende el terreno en que se han levantado edificios que valen mucho más que el suelo? Y aunque valgan menos, ¿cómo se vende? ¿Se va á destruir lo edificado?». Insistirá luego en ello, aunque ya muy brevemente (en *LLHH de España*, I, pág. 344). Y entre los comentaristas, muy influidos por ORTIZ DE ZÁRATE, GALINDO Y DE VERA, L. y DE LA ESCOSURA, R. (págs. 206, 209, 212 y 215 a 220), hacen una feroz crítica de todas las excepciones a la extensión objetiva de la hipoteca.

(97) En efecto, se decía: «*Esta estension —sic— de la hipoteca encuentra tambien apoyo en la presuncion de que tal fué la voluntad del dueño de la cosa al constituir sobre ella un derecho real*». Y por eso añadía a renglón seguido: «*No sucede así en el caso de que la finca hipotecada pase á manos de un tercer poseedor; la voluntad no puede presumirse en él de la misma manera*». Pero cáigase en la cuenta de que dicha razón alegada era «*tambien*» —según dice— razón de la extensión, pues antes había otra, a nuestro juicio la única; la que no en vano la Exposición alega en primer lugar, antes de lo transcrito, cuando comienza diciendo, lo que a continuación en texto se reproduce de ella.

Habrá a quien esta explicación no convenza (98), entre otras cosas, porque no justifica, en su opinión, la excepción del artículo 110.1.  LH *in fine* (99), como si en tal supuesto faltara el dato de la inherencia real en la hipoteca, que resulta esencial en toda hipoteca: como decía la Exposición de Motivos de la LH-1861, hipoteca que no sigue a la cosa hipotecada no merece llamarse hipoteca. No es, desde luego, la del artículo 110.1.  *in fine* una excepción a la regla *superficies solo cedit*, mas tampoco a la automaticidad de la accesión, pues si bien los artículos de la LH de 1861 sobre extensión de la hipoteca se apoyan —según se dice en su propia Exposición de Motivos— en el Proyecto del Código Civil de 1851, en su intención —según se vio— no estuvo introducir una accesión diferida y condicionada, no automática, a pesar de la redacción de su artículo 404 (precedente del actual artículo 361 del Código Civil, base de la tesis de la no automaticidad).

Tampoco puede estimarse al artículo 111.1.  LH *in fine* como salvedad a la inherencia real que tiene, y ha de tener, toda hipoteca. No es excepción a la accesión (ni a su automaticidad, ni al *superficies solo cedit*, ni al más general *accessorium sequitur principale*), porque la salvedad alcanza a la hipoteca, no a la propiedad, que s  se expande a esos elementos a los que no llega la hipoteca.  Por qué esto último? Frente a lo que suele aducirse al respecto, si la razón de la regla, la de la inherencia real, es sustancial, de Derecho material, la de su excepción, que la tiene, es eminentemente registral, de Derecho Hipotecario,

---

(98) Así, BLASCO GASCO, F. P. (*Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria...*, Valencia, 1994, págs. 15, 24, 29...); MONTES PENADES, V. (pág. 508).

(99) O bien porque no explica la razón de la extensión a las indemnizaciones ex artículo 110.2.  LH. Para nosotros, en cambio, esta norma es fácil de justificar: en general, el acreedor hipotecario no realiza directamente su crédito con el bien hipotecado, sino por su representación pecuniaria y a través de la prestación del rematante que es quien paga y entrega el dinero. Aunque el objeto material de la hipoteca sea la finca o parte de sus cualidades y utilidades, según que lo gravado sea la propiedad o una situación jurídico-real —de poder o de gravamen— menor (arts. 1874 CC, 106 y 107 LH), lo que verdaderamente se vincula y sujeta al pago del crédito es el valor económico, o pecuniario, que el bien materialmente hipotecado contiene y puede proporcionar; un valor que primero, durante la etapa de seguridad, se sujeta y conserva (arts. 117 LH y 219.2.  RH), y que luego, en la fase ejecutiva de la hipoteca y satisfactoria del crédito, se realiza (art. 1858 CC). Al acreedor hipotecario no le interesa el bien hipotecado por su materialidad, sino por el valor en cambio que representa y que será traducido en una suma dineraria (cfr. arts. 1858 y 1859 CC). No es, pues, de extrañar el contenido del artículo 110.2.  LH, que lejos de ser subrogado del objeto hipotecado, como comúnmente suele decirse, es el destino final natural de la hipoteca en cuanto especie de *jus ad pecuniam*. De hecho, en la Exposición de Motivos de la LH-1861, tras indicarse también la posibilidad de cambiar la hipoteca por otra o por una prenda, en caso de expropiación del bien hipotecado, y de afirmarse que en este caso «*las indemnizaciones —dice— reemplazan a la cosa hipotecada*», se termina diciendo que «*lo más frecuente será que al hacerse la expropiación perciba el acreedor lo que se le debe, quedando de este modo mas completamente consultados los derechos de todos*» (tomado de *LLHH de España*, T. I, págs. 274 y 275). Más interesa justificar, haciéndolo ya en texto, aunque sea brevemente, la excepción del artículo 110.1.  LH *in fine*.

la misma que también justifica la excepción del artículo 112 LH (a favor del tercer poseedor): son los principios de especialidad y de publicidad registrales, coadyuvados por el de tracto sucesivo, los que explican tal excepción (100), porque expandiéndose la propiedad a las agregaciones de terrenos y a las nuevas construcciones desde un punto de vista registral, la hipoteca, más sujeta que cualquier otra carga real a aquellos principios hipotecarios (de especialidad y publicidad), no puede automáticamente expandirse también con la propiedad sobre la que recae mientras registralmente no se exprese tal incremento de la propiedad (mediante las inscripciones de agregación y de obra nueva antes referidas), lo que no podrá hacerse si no es por voluntad del propio dueño. De ahí, por ejemplo, que las cláusulas tan usuales en los préstamos hipotecarios que contienen una extensión de la hipoteca en contra de la excepción del artículo 110.1.º LH —cuya validez no se va a discutir aquí—, solo tengan la fuerza de obligar, únicamente *inter partes* ex artículo 112 LH, para en el futuro, de darse la accesión de la propiedad, ampliar con ella la hipoteca mediante otra escritura, que lo será de ampliación de hipoteca, con su posterior inscripción (cfr., RDGRyN de 26 de octubre de 1987).

Por eso, hoy, se explica, v.gr., que el artículo 215 RH «extienda» la hipoteca a los excesos de cabida de la finca hipotecada en sentido amplio, o impropio incluso, pareciendo condicionarlo a que tal exceso se haga constar en la inscripción una vez ya inscrita la hipoteca, cuando en realidad la finca que experimenta en el Registro el exceso de cabida es la misma y única inicial e intencionadamente hipotecada (como la finca transformada por accesión natural), a diferencia de lo que acontece con las agregaciones —no naturales— que implican un exceso real de superficie, que al requerir de auténtica agregación también registral no son objeto de extensión legal o automática de la hipoteca. En cambio, el exceso de cabida no implica más que una rectificación registral de la medida superficial de la finca según constaba en su inicio en el Registro, sin verdadera extensión, o modificación, del objeto hipotecado (101).

O que aquel sea el fundamento de los artículos 109 y 111 LH explica que no se extienda la hipoteca en caso de sobreelevación de un edificio en régimen de propiedad horizontal con hipoteca distribuida por pisos, pues los pisos

---

(100) Lástima que tales principios los mencione ROCA SASTRE, R. M. (pág. 264), solo para justificar el artículo 112 LH; por su parte, SAAVEDRA MONTERO, E. («La extensión de la hipoteca a las agregaciones de terrenos y a los nuevos edificios donde antes no los hubiere y su ejecución», en AC, 1996-3, pág. 634), solo los refiere para justificar la excepción de las agregaciones de terreno del artículo 110.1.º LH; y LLOPIS GINER, J. M. (pág. 247), para solo justificar, apenas tímidamente por el principio de especialidad, el caso de las nuevas edificaciones.

(101) Sobre el artículo 215 RH siguen siendo interesantes la explicaciones de ROCA SASTRE, R. M. (págs. 257 y 258); BLASCO GASCO, F. P. (págs. 48 a 51); y de SAAVEDRA MONTERO, E. (págs. 68 y 69), para quienes por lo dicho sucintamente en texto, es indistinto que el exceso de cabida conste en el Registro antes o después de ser inscrita la hipoteca.

nuevos serán también fincas registrales independientes a las que la hipoteca preconstituida no puede extenderse registral, ni, por ello, naturalmente (102).

Y por eso, antes, en el Proyecto de CC-1851, en el que, sin embargo, los artículos 109 y siguientes LH dicen apoyarse [según su Exposición de Motivos de 1861 (103)], sí se permitía con alcance absoluto, sin excepción, la extensión de la hipoteca; mas así era por mala y errónea influencia francesa en sede de hipotecas, no ya en la cuestión registral, donde por influencia germana aquel proyecto sí imponía los principios de especialidad y de publicidad, también para las hipotecas (104). Por eso, contradictoriamente con su regulación registral, en lo referente a hipotecas, para proteger al tercer poseedor de posibles sorpresas (por haber adquirido un bien cuyas hipotecas ignoraba por no estar inscritas), el Proyecto CC-1851 disponía de mecanismos como la excusión (similar a la del fiador) (105), pero *grosso modo* no impedía la extensión de la hipoteca cuando la finca hipotecada pasare a manos de un tercero (según sus arts. 1800 y 1808) (106). Era lo mismo que hacía, en su primera redacción, el *Code* en sede de hipotecas, donde al no regir los principios de publicidad y especialidad registrales, la extensión objetiva de la hipoteca apenas tenía límites, en protección del tercer poseedor, y ninguna salvedad (cfr. arts. 2133 y 2175 CC francés) (107). En cambio, en las Partidas, donde lógicamente por entonces aún no regían aquellos principios registrales de especialidad y publicidad, en defensa

---

(102) Véanse, al respecto, BLASCO GASCO, F. P. (págs. 56 a 58); y MONTES PENADES, V. (pág. 512, nota 18), con cita de doctrina y jurisprudencia.

(103) En efecto, decía que el proyecto, en lo referente a la extensión de hipotecas, amén de inspirarse en las Partidas y en el Derecho romano, «*ha imitado en esto á los redactores del proyecto de Código Civil, si bien dando mayor extensión á sus aplicaciones, pero huyendo siempre de un casuismo peligroso*». Por su parte, BLASCO GASCO, F. P. (págs. 20 a 23); y MONTES PENADES, V. (pág. 506, nota 4), se limitan a señalar la diferencia.

(104) Acerca del Título XIX del Proyecto CC-1851 (sobre hipotecas), explicará LUZURIAGA (en GARCÍA GOYENA, IV, págs. 183, 184 y 186-190), que para fomentar el crédito y el tráfico inmobiliarios, se consagran para las hipotecas los principios de publicidad y de especialidad, ambos, dice, tomados del sistema hipotecario alemán (de Baviera, Prusia, Ginebra y Wurtemberg). A idénticos principios de publicidad y de especialidad se referirá luego LUZURIAGA (en GOYENA, IV, págs. 209 y 210), como preámbulo al comentario del Título XX del Proyecto CC-1851 (Sobre el Registro Público), para extenderlos a la propiedad y a todo derecho y carga real inmobiliario. Así seguirá imponiéndose en el Real Decreto de 8-8-1855 (que puede verse en las *LLHH de España, I-1.º*, pág. 111), que mandaba redactar la LH, la que será de 1861. Y así ya lo recogía la Ley de Bases de 1858 para el Proyecto de la LH-1861 (que también puede verse en las *LLHH de España, I-1.º*, págs. 118-120, 123 y 124).

(105) Como decía en mi estudio sobre «El hipotecante no deudor: ¿Un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?», en *ADC*, 2006, págs. 1754 a 1756, con cita y transcripción de autores y normas a las que me remito.

(106) De la primera norma, se limitará a decir LUZURIAGA (pág. 205): «El artículo 1800 está de acuerdo con todas las legislaciones».

(107) De nuevo, nos remitimos a mi trabajo en *ADC*, 2006, págs. 1751 a 1754, acerca de la existencia en la codificación francesa de hipotecas generales y ocultas, y la concesión, por ello, del beneficio de excusión a favor del tercer poseedor (arts. 2170 y 2171 *Code*).



del tercer poseedor no solo se le otorgaba aquel beneficio de excusión —solo para hipotecas legales, todas ellas generales y ocultas, precisamente— (108), sino también la excepción de la extensión objetiva de la hipoteca; al menos es lo que, comentando la Ley 15, Tít. 13, P. 5.<sup>a</sup>, sobre extensión de la hipoteca, nos decía Gregorio LÓPEZ, en su Glosa [69]: «Empero si la mejora proviene de un tercero poseedor que adquirió la cosa á título de venta ú otro semejante, no quedará sujeta á hipoteca».

Impuestos ya plenamente los principios de publicidad y de especialidad en materia de hipotecas, y de Registro, se explican de igual modo el artículo 110.1.º *in fine*, como el artículo 112 LH. Podría hasta decirse que ambas normas resultan hoy prescindibles; su contenido regiría aunque no existieran; son, puede decirse, rémora histórica de cuando su expresión era necesaria al no regir aquellos principios hipotecarios, pues, sencillamente, ni siquiera aún existía un Registro inmobiliario. Y esa igualdad en su *ratio* justifica —solucionándose así otra de las cuestiones discutidas— la igualdad en el modo de ejecutar una hipoteca que no se ha expandido a pesar de haberlo hecho la propiedad que grava (109).

---

(108) Acerca del beneficio de excusión a favor del tercer poseedor de finca hipotecada (tanto en la Historia del Derecho, como en la actualidad), cabe una nueva remisión a nuestro trabajo sobre *El hipotecante no deudor: ¿Un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?*, cit., pág. 1740 y sigs.

(109) Confróntese, para su demostración, el artículo 113 LH (sobre ejecución hipotecaria frente al tercer poseedor en aras de respetar el 112 LH), con la explicación que sobre el artículo 110.1.º LH *in fine* —cuando era el art. 111.2.º *in fine* LH-1861— dio el señor PERMANYER en el debate parlamentario de la LH-1861, ante las críticas del señor ORTIZ DE ZÁRATE (tomadas de las *LLHH de España, I*, págs. 188 y 189): «Sobre la *extensión de las hipotecas* tal como la formula y define el proyecto de ley, nos decía el señor ORTIZ DE ZÁRATE que, según uno de los artículos de la misma ley, constituida la hipoteca sobre un solar, un terreno, si se construye en él un edificio, ese edificio no queda sujeto á la hipoteca por más que pertenezca al mismo deudor, por más que este sea quien haya verificado la construcción. ¿Y qué encuentra en esto el señor ORTIZ DE ZÁRATE de inconveniente? Es cierto que así lo declara la Ley; pero si el terreno y el edificio son dos cosas esencialmente distintas, aunque buenamente inseparables; si para los efectos de la hipoteca puede respetarse esa exigencia independiente ó individual de cada una de las dos cosas, dado que el acreedor, al tiempo de constituir la hipoteca, al tiempo de estipular la garantía, se dio por contento con el gravamen impuesto sobre el terreno, ¿con qué título, preguntaré yo al señor ORTIZ DE ZÁRATE, podía el acreedor reclamar esa mayor extensión de su hipoteca, por más que fuera el mismo deudor quien hubiera construido el edificio? No hay razon para declarar este caso de extensión de hipoteca como de lo principal á lo accesorio, ni tampoco la hay bajo el punto de vista de que el terreno, una vez edificado, pudiese ser más invendible, pudiese ser menos susceptible de realizarse su valor y ser aplicado al pago del crédito hipotecario. No señores; porque el terreno, cuando este y la construcción pertenecen al mismo deudor, se venderá, deberá venderse á instancia del acreedor hipotecario, ya que al vencimiento del plazo no se haya pagado la deuda, y será más fácil su venta y será más fácil la realización del valor que el terreno representa; no solo será de más fácil realización, sino que ese valor habrá realmente aumentado desde el instante en que el solar, antes ineditificado, ha vendido á ser parte integrante de un edificio; de manera que sin necesidad de incurrir en un contra-principio, sin necesidad de hacer extensiva la hipoteca á una cosa, á la cual el acreedor no

Así son las cosas, porque si hipotecaria —o registralmente— no cabe la extensión de la hipoteca, materialmente, fuera del Registro, ello no ha impedido el juego de la accesión, que por el principio *superficies solo cedit* la propiedad inmobiliaria hipotecada se haya extendido, aun sin la hipoteca (por su imposibilidad registral), al terreno o al edificio accedido. No hay, por tanto, separación entre propiedades (del suelo y del vuelo), sino entre realidades (la registral y la extrarregistral), que se reajustan al final de la ejecución hipotecaria cuando con parte del dinero se cubre el crédito y el resto —con preferencia— queda para el dueño, sea este un tercer poseedor o el propio hipotecante a la vista de la *eadem ratio* que inspira los artículos 110.1.º *in fine* y 112 LH.

#### 4. EFECTOS JURÍDICO-OBLIGACIONALES DE LA ACCESIÓN: UNA ÚLTIMA REPERCUSIÓN PRÁCTICA DE LA TEORÍA DE LA ACCESIÓN AUTOMÁTICA FRENTE A LA DIFERIDA

##### A) *Naturaleza, fundamento y exigibilidad de las obligaciones pecuniarias —de compensación y de posible resarcimiento— nacidas de la accesión inmobiliaria*

En las construcciones en suelo ajeno, si el constructor invasor actuó de mala fe, en principio, no tendrá este derecho a indemnización (art. 362 CC), menos aún en caso de demolición, pues incluso será él, el propio edificante, quien deberá sufragar los gastos de la demolición y, también, los necesarios para dejar el suelo invadido en su estado anterior a la invasión (art. 363 CC). Todo ello, al margen de que si ha causado algún daño adicional asuma además una obligación resarcitoria (art. 1902 CC).

Mayor complejidad presentan, en cambio, los efectos debitorios de la accesión cuando resulta aplicable el artículo 360 o el 361 del Código Civil. En ambos se regulan obligaciones, evidentemente, pecuniarias, no siendo posible la restitución *in natura*, pues ello, en principio, supondría la propia destrucción del edificio.

De entre los múltiples problemas que se plantean, tal vez el fundamental, clave para resolver los demás, es el relativo al fundamento y a la naturaleza jurídica de estas obligaciones pecuniarias que establecen los artículos 360 y

---

tiene derecho, el proyecto actual ha conseguido sin embargo otra ventaja a favor del acreedor, que es el hacerle partícipe naturalmente del mayor valor que indudablemente ha de haber adquirido el terreno después de haberse edificado, siendo así que no lo estaba al tiempo de constituirse la hipoteca; mayor valor que producirá al ponerse en venta junto con el edificio». No por casualidad, se trataba del mismo proceder ejecutivo para el antiguo artículo 107.1.º LH-1861 —arriba visto (en el epígrafe 2.1)— y que PERMANYER acababa de justificar justo antes de afirmar lo aquí trascrito.

361 del Código Civil: ¿son auténticas deudas de dinero, regidas por el principio nominalista, o son deudas de valor, sometidas, por tanto, al sistema valorista?

Y he aquí que resurge el debate acerca de la automaticidad en la accesión, directamente conectado con el momento en que habrán de valorarse los elementos a abonar (sea el suelo edificado, la obra sobre él levantada, o sean los propios materiales empleados para la construcción): ¿será ese momento el de la incorporación o el del efectivo pago?

Para la tesis mayoritaria, que retrasa la accesión condicionándola, precisamente, al pago del valor de lo accedido, en principio, no ha lugar a problema ninguno, pues será en ese momento de pago, en que hay efectiva adquisición del dominio, cuando hayan de valorarse los gastos hechos, el valor de la obra, y de sus materiales, sin necesidad de actualización. Así, según parece, se elude el problema que sí provoca la tesis minoritaria de la accesión automática, que al operar en el momento en que la obra se incorpora al suelo, sí suscita la cuestión si en el momento de pago, que es siempre posterior al adquisitivo de la propiedad, la deuda pecuniaria debe o no actualizarse (110).

Realmente, en esta crítica a la tesis minoritaria hay un apego —este sí que anacrónico— al nominalismo decimonónico triunfante en la codificación de la época, que incluso se observa en la opinión de los primeros comentaristas y también en las primeras SSTs defensoras de la automaticidad que se enfrentaban —es verdad— con el indicado problema. Pero hoy, superado tal nominalismo, al menos en la cuestión relativa a la accesión, ni siquiera cabe admitir que exista ya el problema.

Para comprobarlo, ante todo, hay que distinguir, pues en los artículos 360 y 361 del Código Civil se regulan dos tipos de deudas pecuniarias: la una resolutiva y la otra indemnizatoria (111); ambas son de igual naturaleza, aunque por diversas razones.

Respecto a la deuda indemnizatoria, su naturaleza y calificación como deuda de valor resulta innegable, dado que la función que en ella desempeña el dinero no es la de contraprestación, sino la de funcionar como medida de valor, en equivalencia de los bienes dañados con la construcción y con la consiguiente accesión. Por eso, si probablemente la deuda indemnizatoria nace con la incorporación, esto es, con la accesión, la valoración del daño no se hará referida a aquel momento, sino al posterior en que sea reclamado su pago, siendo entonces cuando se procede a su liquidación (a su conversión en deuda líquida), rigiendo, ahora sí, a partir de entonces el nominalismo.

---

(110) Así lo destaca, como ventaja de la tesis mayoritaria a la que se adscribe, CARRASCO PERERA, A. (págs. 236 y 237).

(111) Es la distinción que en Italia se hace entre la *indennità* y el *risarcimento del danno*. Y entre los nuestros, vid., por todos, BASOZÁBAL ARRUE, X. (*Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, 1998, págs. 284 y 285, entre otras).

Tratándose, en cambio, de reintegrar lo que uno ha perdido y otro ha ganado por accesión, no de reparar un daño, sin necesidad de acudir a la norma general del artículo 1901 del Código Civil, antes y específicamente en los artículos 360 y 361 del Código Civil el principio general del enriquecimiento injusto encuentra su fundamento:

Aunque el artículo 361 del Código Civil habla, en su primera parte, de *indemnización*, como lo hace también el artículo 362 del Código Civil al exonerar al *dominus soli* de su pago, en ambos casos, como *a.e.* en el artículo 487 del Código Civil, la expresión es lata, o impropia si se quiere, pues no se refiere al resarcimiento de un daño, sino a la compensación o la reintegración del valor del bien accesorio adquirido por accesión y que su anterior dueño pierde. Que esa sea su naturaleza lo prueba también la remisión expresa que el artículo 361 del Código Civil hace —haciéndolo también, aunque implícitamente, el 362— a los artículos 453 y 454 del Código Civil, que se refieren, precisamente, a la liquidación del estado posesorio. Se pretende, así, abonar los gastos necesarios y útiles realizados en la obra. Porque en el fondo del artículo 361 del Código Civil, como en el de los artículos 453 y 454 del Código Civil, palpita la idea de compensación, la de evitar el enriquecimiento injusto, la de obligar al *dominus soli* beneficiado, enriquecido —no voluntariamente, desde luego, sino por la accesión operada por otro (aunque, por ello, sin esfuerzo y sin coste alguno)—, a que compense, o restituya, al empobrecido, a quien por esa misma accesión pierde lo que con su dinero y esfuerzo construyó.

Lo mismo puede decirse del artículo 360 del Código Civil en su referencia al *valor* de los materiales ajenos empleados en la obra hecha en suelo propio, al margen de la posible estricta indemnización en caso de mala fe.

Y lo mismo también puede decirse del artículo 361 del Código Civil *in fine*. En su aplicación normal (no al caso de la accesión invertida), comúnmente se suele calificar esta segunda opción como de compraventa forzosa unilateralmente impuesta por el *dominus soli* invadido al constructor. No en vano, el artículo 361 habla del *precio* del terreno. Y ciertamente es un privilegio, un beneficio que la ley otorga a quien, no obstante adquirir la obra por accesión, no quiere o no puede restituir el valor de lo adquirido y desea renunciar a tal accesión.

Así pues, en cualquiera de los casos típicos de accesión inmobiliaria se está siempre en presencia de una acción de enriquecimiento injusto aplicada a diferentes hipótesis. Al tratarse de una deuda compensatoria, fundada en la evitación del enriquecimiento sin causa, se está, también aquí, ante una deuda de valor, en la que, como en las deudas indemnizatorias, el dinero funciona —aquí por excelencia— como medida de valor de las cosas (en nuestro caso, de la cosa accesorio accedida), y no como contraprestación por el intercambio de bienes. También rige aquí, por tanto, el valorismo. Y aunque, mediante una interpretación excesivamente literal, se quisiera ver una indemnización en el

artículo 361 *ab initio* y una compraventa, aunque forzosa, en su inciso final, también regiría el valorismo (cfr. arts. 482, 1307 CC..., sobre resarcimiento, y el art. 1478.1.º CC, sobre compraventa).

Por eso, en coherencia con la tesis de la automaticidad, y de conformidad con la práctica y con la jurisprudencia más reciente sobre accesión, normal e invertida, el bien accesorio accedido habrá de valorarse, no atendiendo al momento de la incorporación, sino al de interposición de la acción de enriquecimiento injusto. Esto no se contradice con la tesis de la accesión automática; por el contrario, se amolda perfectamente a ella: con la incorporación se produce, automáticamente y *ex lege* (ex 609 CC), la accesión (la adquisición de la propiedad de lo accesorio), y también en ese mismo instante nace, siempre *ex lege* (ex arts. 360 y 361 como ejemplos de fuente legal ex art. 1089 CC), la obligación de restitución *in pecuniam*. Es una obligación legal que nace con la accesión, pero que no vence aún, que todavía no se hace líquida. Su vencimiento, y su liquidación, vendrán *a posteriori*, como sucede con toda deuda de valor, que coincidirá con el momento efectivo del pago tras su reclamación (tras la fijación de la cuantía por acuerdo o, como suele ser más habitual cuando hay desacuerdo, en ejecución de sentencia) (112).

Evidentemente, esa asincronía temporal entre nacimiento y exigibilidad de la obligación no se producirá en el caso del artículo 361 *in fine*, pues siendo también deuda de valor, la decisión tomada de renunciar a la accesión y de

---

(112) Así, la STS de 28 de octubre de 1931, que condena en el caso al edificante-demandante en terreno ajeno a pagar su valor, dice (en su Considerando 4.º): «...pago que naturalmente ha de hacerse al precio que tenía —el terreno— cuando verificó la tasación pericial como se acuerda en la sentencia de instancia, porque ahora es cuando el actor —constructor en suelo ajeno— recibe legalmente el terreno y el demandado —dueño del terreno— el precio del mismo, y además porque con arreglo al artículo 456 del Código Civil las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión». Basándose en esta sentencia, la STS de 20 de mayo de 1977, ya con alcance más general, aunque hablando de indemnización, dirá en su Considerando 1.º: «Que, por otro lado, en materia de indemnización de daños y perjuicios en general, el órgano jurisdiccional, cualquiera que asea su grado, ha de estar, en orden a la determinación de sus elementos intrínsecos, a la prueba de su existencia al tiempo del ejercicio de la acción... pero en cuanto a la fijación de su cuantía, cuando lo que se pida sea su reparación pecuniaria, no ha de situarse, en los casos de alteración del valor monetario, ni en la fecha indicada ni en la de causación de aquellos, sino en el día en que recaiga la condena definitiva a la reparación, o, en su caso, a la posterior en que se liquide su importe en el periodo de ejecución de sentencia, toda vez que se trata, no de una deuda pecuniaria simple, sino de una obligación de pagar en dinero un valor determinado, esto es, de una deuda de valor». A partir de entonces, lo dicho en estas dos SSTs, sobre todo, se hará afirmación común en la doctrina, en la práctica forense y, por supuesto, en la posterior jurisprudencia. Ahí están las SSTs de 17 de febrero y de 25 de abril, ambas de 1992 (la primera sobre accesión invertida), la de 16 de junio 1998, y la de 17 de junio de 1999. También es la opinión en la doctrina: LACRUZ BERDEJO, J. L. (III-1.º, pág. 136); SANTOS BRIZ, J. (II, pág. 222); PUIG PEÑA, F. (III-1.º, págs. 169 y 170).

transmitir con la obra el suelo invadido se hará simultáneamente al reclamar el pago de su valor.

Así las cosas, pierde en todo ello su apoyo la tesis de la accesión diferida ante su pretendida ventaja de evitar los rigores del nominalismo haciendo coincidir todos los efectos adquisitivos (jurídico-reales y obligacionales) y liquidatorios *a posteriori*, con la decisión del afectado y no con el momento de la incorporación. Con la calificación de los efectos debitorios pecuniarios como valoristas la actualización del valor del bien accedido al momento de pago va de suyo.

B) *Eficacia de las obligaciones pecuniarias —de compensación y de indemnización— derivadas de la accesión: ¿obligaciones personales ratione rei o estrictos deberes propter rem?*

¿*Quid* si el suelo invadido o el edificio invasor son transmitidos a un tercero sin haberse aún saldado las deudas pecuniarias de la accesión? ¿Quiénes son acreedores y deudores en tales casos: los originarios dueños y constructor o los posteriores adquirentes? Los deberes pecuniarios nacidos de la accesión: ¿tienen eficacia personal o trascendencia real; son obligaciones estrictamente personales o son deberes *ob rem* (113)?

Todas ellas son cuestiones cuya solución encuentra su raíz en el propio fundamento —antes visto— que las obligaciones compensatoria e indemnizatoria presentan en sede de accesión: la restitutoria recae sobre el que adquiere la cosa accesoria por accesión en evitación de su enriquecimiento sin causa; la de reparación sobre el que provoca la accesión, cuando con ello causa perjuicio a quien la padece.

Hay, no obstante, quien habla al respecto de obligación real o *propter rem*, incluso refiriéndose a aquel 361 *in fine*, aunque en este caso no sea posible la renuncia liberatoria al no permitirlo expresamente la ley (a diferencia de las obligaciones reales de los arts. 395, 460, 544, 575, 599, 1625, 1631, 1659, 1660, 1664 y 1889 CC, entre otros) (114). ¿Acaso, entonces, sería auténtico deber *propter rem* el del primer inciso del artículo 361, al ser exonerable por renuncia

---

(113) Adviértase, ante todo, que la cuestión va referida al caso en que la accesión se haga efectiva, en que sea aceptada con el consiguiente deber de pago. No se trata, pues, de la eficacia de las opciones que en concreto conceden el 361 *in fine* y el 363 del Código Civil que como actos de renuncia que son, según se vio, no pueden perjudicar a terceros, sobre todo de buena fe (art. 6.2 CC). Incluso de haberse optado adecuadamente por la venta del terreno, *ex 361 in fine*, como dice su propia letra, dicha venta solo se hará frente al que construyó.

(114) Así, GULLÓN BALLESTEROS, A. (pág. 229); y NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 150). Por su parte, la STS de 2 de enero de 1928 se limitaba a hablar, ex artículo 361 del Código Civil *in fine*, de la particularidad del *dominus soli* de «obligar al que construyó o al que de él traiga causa a pagarle el precio del terreno ocupado»; aunque probablemente se refiriera al de cuius, y, por ende, a sus herederos (lo cual no es singularidad de los deberes jurídico-reales);

de la propiedad del suelo *ex* 361 *in fine*? ¿Se están refiriendo verdaderamente el artículo 361, o el 360 del Código Civil, a un deber real con eficacia *erga omnes* que moldea naturalmente el contenido pasivo de un derecho real, o más bien a una auténtica obligación personal, de eficacia solo *inter partes*, en la que simplemente sus sujetos —acreedor y deudor— se determinan *ratione rei*?

Desde luego, no es este el lugar para tratar la diferencia entre cargas reales, deberes reales y obligaciones personales cuyos sujetos simplemente se determinan *ob rem* (115). Ni falta que hace. Porque, yendo al meollo, cabe clara y fácilmente advertir que en los artículos 360 y 361 del Código Civil no se está en presencia de verdaderos deberes *propter rem*; ni lo es el deber de pago del valor del material ajeno empleado en la construcción (en el caso del 360 CC), o el del edificio y suelo ajeno invasor (en el caso del 361 CC), ni lo es el posible deber de indemnización (*ex* art. 360 CC, o *ex* art. 1902 CC para el caso del 361 CC). Y no lo son, sobre todo, porque mientras la función de los verdaderos deberes *propter rem* es garantizar una convivencia pacífica entre los derechos reales concurrentes o colindantes, la finalidad de las deudas que en los artículos 360 y sigs. del Código Civil se contienen es la de reparar el daño causado y la de compensar un enriquecimiento injusto producido.

Muy al contrario de lo que sucede con los deberes reales, que en su espíritu se muestran conformes al *neminem laedere*, las obligaciones de los artículos 360 y 361 del Código Civil nacen, precisamente, de haberse incumplido ese deber general de respeto que merece todo derecho real, nacen de la violación de un derecho real, al obrar con material o en suelo de propiedad ajenos (116).

Dicha diferencia teleológica explica la diferencia estructural y con ella la de régimen, y el diferente significado que tiene que el deber sea en uno y otro caso *propter rem*:

En el caso de los artículos 360 y siguientes del Código Civil, la posibilidad deambulatoria de la acción obligacional no será ya *ratione rei* o *propter rem*, no es la ambulatoriedad, ni la exigibilidad real o *erga omnes* propias de los verdaderos deberes jurídico-reales, sino la propia variabilidad o fungibilidad —en nuestro caso— del valor a pagar o del daño a resarcir. Algo parecido a lo que sucede a la obligación personal insita en un título-valor, que aunque mutable, no deja de ser por ello deuda verdadera, cuya titularidad activa simplemente se determina *ob rem*, pero sin convertirse en deber *propter rem*.

---

o a lo más se podría estar refiriendo al arquitecto, constructor o mandatario que hubiese hecho la obra por orden de otro.

(115) Así se hizo hace justamente diez años en nuestra obra *Derecho o carga real*, cit., págs. 182 a 207, en cuyas más detenidas explicaciones se basa lo que a continuación se diga.

(116) Así lo advierte en Francia, JOURDAIN, P. («Empiètement sur le terrain d'autrui: une responsabilité *propter rem*», en *Rev. Trim. Droit Civ.*, 1999, pág. 638 y sigs.), que es difícil pensar en una obligación real que nazca de la violación de un derecho real, cuando precisamente lo que surge en tal caso es una obligación personal reparatoria.



La obligación de pago del valor de lo accedido, en efecto, no es un genuino deber *propter rem*, que sea eficaz *erga omnes* o que transite con la cosa como formando parte natural de la propiedad transmitida. Al ser su fundamento el enriquecimiento injusto es una acción personal, solo eficaz *inter partes*; y tales partes serán, precisamente, el efectivamente empobrecido (como acreedor) y el efectivamente enriquecido (como su deudor). Y por eso es transmisible la deuda con la propia cesión de tal condición. No se refiere solo tal cesión, naturalmente, a la *mortis causa*, como ya preveían las Partidas (117) (y hoy, en general, los arts. 661 y 1112 CC). Refiérase también a una transmisión *inter vivos*, que depende de la posible transmisión del beneficio y del empobrecimiento que pueda acompañar a la transmisión de la cosa. Aunque antes, no sin previo debate, algunos en Francia e Italia ya habían advertido dicha «ambulatoriedad», por su síntesis y acierto, merece traerse a texto la explicación que, sobre el inciso inicial del artículo 361 del Código Civil, pero extensible adecuadamente a todos los casos, ofrece NÚÑEZ BOLUDA, con algún antecedente en MANRESA (118):

«La acción —dice aquella— ha de dirigirse por el empobrecido, el edificante, contra el enriquecido, el dueño del terreno. A este, pues, se le exigirá el pago (...) Si el terreno se va transmitiendo como tal, sin incluir en el precio lo edificado, cada sucesivo adquirente habrá de soportar la reclamación, no porque la acción sea de naturaleza real, sino porque cada uno va recibiendo el enriquecimiento, está personalmente enriquecido; ha de considerársele subrogado en el puesto de quien era dueño del suelo cuando se efectuó la obra, y al recibir la reclamación del edificante podrá, o pagar o exigir del edificante que le compre el terreno (...) pero si el dueño del terreno al tiempo de la construcción, sin haber pagado al empobrecido, transmite a tercero que paga todo lo que le vale la entidad formada por suelo y construcción, este adquirente no ha de pagar la indemnización, sino aquel dueño que es quien se enriqueció. Así lo declara la STS de 15 de noviembre de 1990, que invoca de modo expreso la doctrina del enriquecimiento sin causa en defensa del edificante de buena fe». Así también, la STS de 28 de febrero de 2007 (119).

---

(117) En efecto, la Ley 16, Tít. 2, P. 3.<sup>a</sup>, al establecer la deuda indemnizatoria a saldar para el caso que hoy contempla el artículo 360, terminaba diciendo: «*E por quanto el quisiere jurar con aprecioamiento del Judgador, tanto le deve fazer pechar al que fizo la labor de las cosas ajenas, o a sus herederos*».

(118) NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (págs. 155 y 156). Por su parte, MANRESA, J. M. (III, pág. 192), quien a su vez reproducía al italiano RICCI, decía: «Con la ayuda de los principios —dice este, según aquel reproduce— la cuestión es fácil de resolver. Cuando el tercero construye en suelo de otro, hace obra en provecho y utilidad de aquel que en tal momento es el propietario del suelo; de ahí que la indemnización debe ser cosa suya y de nadie más. Debe advertirse, además, que el nuevo propietario adquiere la cosa en el estado en que se encuentre, y por tanto ha pagado por ella al adquirirla todo lo construido; ¿cómo obligarle entonces a pagar de nuevo?»; y a esto añadía ya el propio MANRESA: «Sin duda, pues, aunque el tercero puede dirigirse contra el dueño actual del terreno, la indemnización debe correr a cargo de quien se ha aprovechado de la accesión».

(119) En cuyo Fundamento Jurídico 3.º dice: «...es lo cierto que falta un requisito esencial que se encuentra insito en la propia formulación de la norma —refiriéndose al

*Mutatis mutandis*, aplíquese lo dicho también al lado activo, a la condición de acreedor (que en el caso del 361 CC es el constructor), a toda accesión en general, incluida la invertida, al 360 del Código Civil también, y ya sea transmitido el suelo invadido o lo sea incluso el edificio invasor.

Es algo parecido a lo que acontece según dicen los propios artículos 360 —en su *por otro*— y 365 del Código Civil, cuando, siendo un tercero quien construye, el deber de pagar el valor de lo accedido corresponde al *dominus soli*; no es —ya se ha dicho— por la eficacia real o *propter rem* de tal obligación pecuniaria, sino porque, en virtud de la accesión (del principio *superficies solo cedit*), el verdadero y único enriquecido finalmente es el dueño del suelo; todo ello al margen de cómo se resuelva la relación interna entre ellos (el tercero constructor y el *dominus soli*).

No puede, en cambio, decirse lo mismo de la obligación de indemnización por daños y perjuicios; aquí, aun siendo tal vez posible la fungibilidad en el lado activo (en la condición acreedora), resulta difícil la cesión en el lado pasivo (en la condición deudora). Porque deudor de la indemnización será siempre su autor. Tan difícil será ceder la deuda resarcitoria (salvo con el consentimiento del acreedor, claro es), como difícil es transmitir la que asume el dueño de un animal causante del daño por el solo hecho de luego dar o vender dicho animal; también la suya es una deuda personal determinada *ob rem* (cfr. art. 1905 CC). Solo será transmisible tal deuda, si la obra es transmitida *mortis causa* a título universal, como efecto de haber aceptado la herencia (cfr. arts. 661 y 1112 CC).

Advertida esta diferencia entre la eficacia de la obligación de pagar el valor de lo accedido y la puramente indemnizatoria, son muchos, en Italia sobre todo, quienes creen que mientras la deuda resarcitoria es puramente personal, *erga debitorem* (como, en efecto, lo es), la otra es auténtico deber jurídico-real, porque prácticamente se ejerce contra el tercero adquirente, quien, tras en efecto pagar lo que se le reclama, podrá dirigirse contra el transmitente exigiéndole la responsabilidad pertinente por evicción, esto es, por defecto de cabida o, en su caso, por vicio oculto (120). Así también cabría entenderlo en nuestro Derecho

---

art. 361 CC— y que impide su aplicación a favor del constructor —del caso—, *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*».

(120) Así, FAVARA, E. («Legittimazione passiva alla domanda di accessione invertita», en *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1962, págs. 597 a 600); PARADISO, M. (*L'accessione al suolo: artt. 934-938*, Milán, 1994, pág. 290); MARTINI, R. («Accessione invertita e occupazione acquistiva», en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1988, II, pág. 251); QUARANTA, A. y PREDEN, R. (*Commentario teorico-prattico al Codice Civile, Lib. III: Della proprietà*, dir. V. De Martino, Roma, 1971, págs. 517 y 518).

(cfr. arts. 1469 y sigs., y 1484 y sigs. CC) (121). Mas de suceder así, será porque el tercero adquirente-*solvens* no ha opuesto al reclamante su no enriquecimiento; de ahí que, como cualquiera que paga una deuda ajena, deba dirigirse contra el transmitente, el verdadero deudor por ser el único enriquecido. Pues, ¿en qué deber *propter rem*, *natura sua* ambulatorio con la cesión de la cosa, se fundaría tal reintegro o reembolso? Más que al mecanismo del deber *ob rem* recuerda, en cambio, tal reintegro a lo que podrá hacer el comprador de un piso después de pagar a la comunidad de vecinos cuotas que dejó pendientes el antiguo dueño vendedor y que aquel ignoraba o no asumió en el contrato de compraventa. A la evicción no se llegará en tal caso, pero sí al reintegro. Y lo mismo puede decirse —del supuesto antes indicado— de quien adquiere un animal y salda el daño que este causó antes de adquirirlo cuando otro era su dueño, y único responsable de la indemnización. Porque en todos estos casos (de la accesión, de la cuota comunitaria, y en el del animal), se trataba de verdaderas obligaciones personales, aunque determinadas *ratione rei*.

Quizá reste un último apunte, aunque referido al caso en que no hay deber pecuniario ninguno, esto es, al caso en que habiendo mala fe en el constructor invasor, luego, acabada o no la obra, este la haya transmitido —onerosamente, desde luego— a un tercero que posteriormente se ve privado de ella, sin pago ninguno, por decisión del *dominus soli* invadido al amparo del artículo 362 del Código Civil. A ese tercero adquirente de la obra invasora, que por accesión es ajena, solo le queda exigirle al constructor la responsabilidad pertinente (como mínimo, la restitución del precio), anulándose la compraventa por defecto de legitimación, al no ser dicho constructor el dueño de la obra (arts. 1303 y sigs. CC) (122).

## CONCLUSIONES

- I. Apegándose a la letra del artículo 361 del Código Civil, y en contraste con las demás normas (los arts. 360, 362 y sigs. CC), que regulan una accesión que opera automáticamente con la incorporación de la obra al suelo, práctica unánimidad hay en jurisprudencia y en doctrina, con solo alguna voz disonante, al afirmar que la accesión en la hipótesis del artículo 361 del Código Civil, la más frecuente en la realidad, no opera automáticamente tras la incorporación de la obra al suelo; que está doblemente condicionada: primero, a la opción contenida en dicha norma que sea elegida por el *dominus soli*

---

(121) Y así lo plantea, entre interrogantes, CARRASCO PERERA, A. (pág. 72), cuando quien transmite es de mala fe, y quien adquiere de buena fe.

(122) Así ya, NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 140).

invadido, y, segundo, al pago de lo finalmente accedido. Entretanto se decida y pague lo debido, dentro de esta tesis mayoritaria, hay quienes estiman el edificio sin dueño, y hay quienes lo consideran del constructor, estando de momento separadas las propiedades del suelo y de la obra.

- II. En contra de dicha tesis mayoritaria, en este trabajo se aboga por una interpretación sistemática de todos los artículos 360 a 365 del Código Civil (que regulan los efectos jurídico-obligacionales de la accesión), desde la única base lógica y natural del artículo 358 del Código Civil (del principio *superficies solo cedit* que determina su principal efecto jurídico-real).
- III. Conforme al tradicional principio *superficies solo cedit* toda accesión inmobiliaria opera —ha operado siempre— automáticamente, por una razón lógica y natural, tras la incorporación inseparable de la obra al suelo. Es la propia Ley la que aquí funciona como fuente directa en la adquisición de la propiedad (*ex art. 609 CC*).
- IV. La opción contenida originalmente en nuestro artículo 361 *in fine* del Código Civil no fue introducir sin precedentes una accesión diferida, sino otra: para el dueño del suelo invadido la ley es consciente de que por el mecanismo de la accesión se le impone una obra que no hizo ni adquirió por su propia voluntad, y que incluso puede resultarle dañina o indeseable. Justo, o proporcional, es que, pudiendo ser que no quiera, o peor aún, que no pueda pagarle al constructor el valor de tal obra, pueda deshacerse de ella vendiéndola (u ordenando su demolición en el caso del 363) de un modo forzoso al constructor en justa proporción a la forzosa accesión que a aquel impuso la ley.
- V. En una visión unitaria, la opción que en general para la construcción en suelo ajeno disponen esos artículos 361 a 363 del Código Civil es la siguiente: o bien aceptar la accesión ya ganada, ya operada desde la incorporación, pagando la obra ajena solo si el obrante fue de buena fe (art. 361 CC), o gratuitamente si lo fue de mala fe (art. 362 CC); o bien renunciar a la acción ganada, ya producida, pudiendo hacerlo vendiendo el suelo y entregando la obra —naturalmente sin cobrar nada por ella—, solo si el edificante obró de buena fe (art. 361 *in fine*), o bien ordenando la demolición de la obra a costa del propio constructor, si este actuó de mala fe (art. 363 CC).
- VI. Frente a los fantasmas teóricos y los inconvenientes prácticos de la tesis mayoritaria de la accesión diferida y condicionada (que habla de edificio sin dueño, o de propiedades separadas de suelo y obra entretanto el *dominus soli* decide y actúa), en la tesis de la accesión automática, que en este trabajo se defiende, todo es mucho más sencillo por ser mucho más lógico, más acorde al *superficies solo*

*cedit*: la accesión opera automáticamente, desde la incorporación inseparable de la obra al suelo, y tras ella se produce, en efecto, una disociación —bastante normal en muchos ámbitos del Derecho— entre la propiedad, que lo es de todo (suelo y edificio), y que por accesión corresponde al *dominus soli*, y la posesión que, recayendo también sobre aquel todo unitario (suelo y edificio), corresponde de momento al constructor, quien mientras siga poseyendo podrá retenerlo en garantía del valor de la obra que se le debe, y que podría llegar a adquirir ese todo por usucapión.

VII. Frente al debate interno habido dentro de la tesis mayoritaria acerca de la naturaleza, plazo y eficacia del derecho de opción del artículo 361 del Código Civil (que si de gestión o de disposición, que si a ejercitar en treinta, quince años o menos...), en la tesis que aquí se defiende, al operar automáticamente la accesión y al contener, en efecto, la opción del artículo 361 del Código Civil (o de los arts. 361 a 363 CC en general), un derecho potestativo, integrante del dominio ya adquirido por accesión, su ejercicio no puede estar sometido a plazo ninguno, como tampoco lo está la facultad de vender, de hipotecar, de usufructuar... el dominio. *In facultativis non datur praescriptio*. El que sea imprescriptible no impide la posibilidad en su contra de la usucapión por parte del edificante, o del tercero adquirente.

VIII. Una vez incorporada la obra al suelo, el *dominus soli* invadido, dueño de todo y titular del derecho potestativo, tiene dos opciones: reclamar y adquirir la posesión de la propiedad ya adquirida por accesión, o bien renunciar a esa propiedad ganada por accesión:

A) Si, en efecto, el dueño del solar invadido decide adquirir la posesión de lo que ya es suyo, para ello no estará sometido a ninguna condición previa si el constructor actuó de mala fe, pues en tal caso, según el artículo 362 del Código Civil, nada le debe. Pero si el edificante construyó de buena fe, entonces, por aplicación del artículo 361 del Código Civil, para adquirir la posesión de su dominio, para *hacer suya la obra*, como dice dicha norma, ha de pagar el valor del edificio. Al ser el pago de una deuda, su realización ha de estimarse como simple acto de gestión, de administración del dominio previa y legalmente adquirido. Tal acto habrá de ser *natura sua* eficaz *erga omnes*, frente a cualquier tercero que adquiera el edificio, con independencia de a quien deba corresponder el pago de lo establecido en el 361 *ab initio* y de la posible reclamación que pueda hacer aquel tercero al constructor que le transmitió la obra.

- B) Si el *dominus soli* invadido desea renunciar a la propiedad ganada por accesión, se estará en tal caso ante un claro acto dispositivo del dominio, de pura renuncia, que es altruista —gratuita— en el caso del 363, o atributiva, onerosa y forzosa en el caso del 361 *in fine*. Como acto dispositivo integrado en el *jus disponendi* de la propiedad, su ejercicio es eficaz *erga omnes*. Pero como acto de renuncia que es, si la opción elegida es la destrucción de la obra, por haber actuado de mala fe el edificante, en virtud del artículo 6.2 del Código Civil tal decisión no puede afectar a los terceros adquirentes del edificio que lo sean de buena fe.
- IX. En cuanto a si rige el principio nominalista o el valorista en las deudas pecuniarias —restitutoria e indemnizatoria— que recogen los artículos 360 y 361 del Código Civil (en el fondo, si los elementos a abonar —suelo u obra— se valoran en el momento de la incorporación o en el de su efectivo pago—), no debe haber problema ninguno en la tesis de la accesión automática al ser ambas deudas de valor: con la incorporación de la obra al suelo se produce, automáticamente y *ex lege* (ex 609 CC), la accesión (la adquisición de la propiedad de lo accesorio), y también en ese mismo instante nace, siempre *ex lege* (ex arts. 360 y 361 como ejemplos de fuente legal ex art. 1089 CC), la obligación de restitución y, en su caso, de indemnización, cuyo vencimiento, y liquidación, vendrán *a posteriori*, como sucede con toda deuda de valor, coincidiendo con el momento efectivo del pago tras su reclamación.
- X. En los artículos 360 y 361 del Código Civil no se está en presencia de verdaderos deberes *propter rem*; su función no es la de garantizar, conforme al *neminem laedere*, una convivencia pacífica entre los derechos reales concurrentes o colindantes, sino la de reparar el daño causado y la de compensar un enriquecimiento injusto producido, precisamente, por haberse incumplido ese deber general de respeto que merece todo derecho real, al obrar con material o en suelo de propiedad ajenos. En ellos, la posibilidad de ambulatoria de la acción obligacional no será ya *ratione rei* o *propter rem*, no es la ambulatoriedad, ni la exigibilidad real o *erga omnes* propias de los verdaderos deberes jurídico-reales, sino la propia variabilidad o fungibilidad —en nuestro caso— del valor a pagar o del daño a resarcir.

## BIBLIOGRAFÍA (ESPECÍFICA, AMÉN DE LA MANUALÍSTICA, PATRIA Y EXTRANJERA)

- ALONSO PÉREZ, M.: *Comentarios al Código Civil, T. V-I.º (arts. 333-381)*, dir.: M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 2.ª ed., 1990.
- ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La accesión invertida. Líneas jurisprudenciales», en *Aranzadi Civil*, 1996-III, pág. 87 y sigs.
- ARCOS VIEIRA, M. L.: «Accesión invertida y régimen de luces y vistas del Código Civil», en *Aranzadi Civil*, 1996-III, pág. 47 y sigs. (tomado de Internet: Westlaw).
- BERLIRI, L. V.: «Obbiezioni al dogma *superficies solo cedit* nel Diritto odierno», en *Temì Emiliana*, 1932-II, págs. 1-61.
- BRANCA, G.: Voz «Accessione», en *ED*, I, págs. 261-272.
- CARRASCO PERERA, A.: *Ius aedificandi y accesión (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, con prólogo de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1986.
- «La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica», en *RDP*, 1996, págs. 886-912.
- CUSI ESCOFET, W.: «Accesión industrial. Derecho de retención. Comentario a la STS de 30 de mayo de 1969», en *RJC*, 1970, págs. 323-338.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del artículo 361 del Código Civil», en *La Ley*, 1985-4, págs. 477-500.
- DE LA PLAZA, M.: «Construcciones sobre suelo ajeno (Contribución al estudio de la accesión en Derecho español)», en *RDP*, 1947, págs. 439-448.
- DE SOLAS RAFECAS, J. M.: «La construcción extralimitada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *AC*, 1989-I, págs. 857-866.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», en *RCDI*, 1966, págs. 829-861.
- DORAL GARCÍA, J. A., y TORRES LANA, J. A.: «El *ius aedificandi* y el principio de accesión», en *RGLJ*, 1981, págs. 27-44.
- GARRIDO PALMA, V. M.: «¿*Superficies solo cedit*? El principio de accesión y el principio de superficie», en *RDN*, 1969, págs. 89-164.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: «El derecho real de superficie», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, T. II, Madrid, 1948.
- GORLA, G.: «L'accessione nel Diritto Civile Italiano (Contributo alla doctrina dei modi d'acquisto Della proprietà)», en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1931, págs. 87-162.
- GOUBEAUX, G.: *La règle de l'accessoire en Droit Privé*, París, 1969.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Accesiones inmobiliarias», en *Protección del derecho de propiedad*, en *Cuadernos del CGPJ*, Madrid, 1994, págs. 217-236.
- HERNÁNDEZ CRESPO, C.: «La accesión invertida», en *RCDI*, 1972, págs. 729-765.
- HERRERA OVIEDO, M.: «Operatividad de la accesión invertida», en *AC*, 2006, págs. 743-749.
- JOURDAIN, P.: «Empiètement sur le terrain d'autrui: une responsabilité *propter rem*», en *Rev. Trim. Droit Civ.*, 1999, págs. 638-640.
- LATOUR BROTONS, J.: «La construcción extralimitada», en *RDP*, 1966, 261-265.



- LIVIE, P.: *Traité théorique et pratique des Constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Louvain, 1951.
- LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M.: «Laguna legal: derecho de accesión inmobiliaria en el supuesto de mala fe en el propietario y buena fe en el edificante», en *La Ley*, 1994-1.º, págs. 964-972.
- MOLL DE ALBA LACUVE, C.: *La edificación en suelo ajeno: La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, Barcelona, 2004.
- NAVAS NAVARRO, S.: «La accesión industrial (Especial atención al Derecho catalán)», en *ADC*, 1995, págs. 85-162.
- NÚÑEZ BOLUDA, M. D.: *La accesión en las edificaciones*, con prólogo de M. ALBALA-DEJO GARCÍA, Barcelona, 1994.
- NUTI, G.: «Accessio, datio, translatio materiae», en *Riv. Dir. Priv.*, 1940, págs. 289-329.
- OROSA ROLDÁN, M. A.: «Accesión invertida», en *La Ley*, 1985-2, págs. 1270-1286.
- PARADISO, M.: *L'accessione al suolo: artt. 934-938*, Milán, 1994.
- PASQUALI, G.: Voz: «Accessione (Dir. di)», en *DI*, págs. 286-322.
- ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario, T. III y IV*, Barcelona, 1948 y 1968, respectivamente.
- «Ensayo sobre el derecho real de superficie», en *RCDI*, 1961, págs. 25 a 28, especialmente.
- SANZ FERNÁNDEZ, A.: «Edificación en suelo ajeno: sus problemas», en *Curso de Conferencias organizado por el Ilmo. Colegio de Notarios de Valencia*, Valencia, 1947, págs. 111-213.
- SERRANO ALONSO, E.: «La accesión de bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 del Código Civil », en *RDP*, 1981, págs. 669-688.
- SOTO NIETO, F.: «La construcción extralimitada», en *Estudios Jurídicos varios*, vol. I, Madrid, 1983, págs. 129-190.
- STOLFI, G.: «In tema di acquisto delle costruzioni elevate sul suolo altrui», en *FI*, 1936, I, pág. 235.
- TRAVIESAS, M.: «Ocupación, accesión y especificación», en *RDP*, 1919, págs. 289-303.
- VOCI, P.: *Modi di acquisto della proprietà* (Corso di Diritto Romano), Milán, 1952.

## ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- STS de 12 de diciembre de 1908 (*JC* 120).
- STS de 28 de abril de 1923 (tomada de Alcubilla, Apéndice de 1924).
- STS de 30 de junio de 1923 (*JC* 115).
- STS de 2 de enero de 1928 (*JC* 1).
- STS de 21 de mayo de 1928 (*JC* 137).
- STS de 28 de octubre de 1931 (*RJ* 1930-1931, 2215).
- STS de 23 de marzo de 1943 (*RJ* 1943, 405).
- STS de 18 de marzo de 1948 (*RJ* 1948, 467).
- STS de 31 de mayo de 1949 (*RJ* 1949, 721).
- STS de 17 de diciembre de 1957 (*RJ* 1958, 535).

STS de 2 de diciembre de 1960 (*RJ* 1960, 3782).  
STS de 17 de junio de 1961 (*RJ* 1961, 2728).  
STS de 15 de octubre de 1962 (*RJ* 1962, 3870).  
STS de 5 de julio de 1966 (*RJ* 1966, 3670).  
STS de 20 de mayo de 1977 (*RJ* 1977, 2132).  
STS de 11 de diciembre de 1978 (*RJ* 1978, 4357).  
STS de 10 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980, 4742).  
STS de 27 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980, 4759).  
STS de 9 de febrero de 1981 (*RJ* 1981, 388).  
STS de 15 de junio de 1981 (*RJ* 1981, 2524).  
STS de 28 de mayo de 1985 (*RJ* 1985, 2831).  
STS de 12 de noviembre de 1985 (*RJ* 1985, 5582).  
STS de 6 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985, 6520).  
STS de 13 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985, 6526).  
STS de 24 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 117).  
STS de 31 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9715).  
STS de 23 de febrero de 1988 (*RJ* 1988, 1277).  
STS de 22 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989, 7900).  
STS de 9 de febrero de 1991 (*RJ* 1991, 1160).  
STS de 17 de febrero de 1992 (*RJ* 1992, 1261).  
STSJ de Cataluña de 25 de abril de 1992 (*RJ* 1992, 10276).  
STS de 6 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992, 9229).  
STS de 22 de julio de 1993 (*RJ* 1993, 6275).  
STS de 8 de febrero de 1994 (*RJ* 1994, 833).  
STS de 12 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995, 9601).  
STS de 27 de junio de 1997 (*RJ* 1997, 5398).  
Auto TS de 22 de julio de 1997 (*RJ* 1997, 9373).  
STS de 16 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 5056).  
STS de 15 de febrero de 1999 (*RJ* 1999, 1240).  
STS de 17 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4387).  
STS de 27 de enero de 2000 (*RJ* 2000, 126).  
STS de 9 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 547).  
SSTS de 28 de febrero de 2007 (*RJ* 2007, 821 y *RJ* 2007, 1627).

#### RESUMEN

##### ACCESIÓN PROPIEDAD

*Frente a la tesis doctrinal mayoritaria  
y unánime de nuestra jurisprudencia que*

#### ABSTRACT

##### ACCESSION OWNERSHIP

*The unanimous majority doctrinal the-  
sis of our case-law deems accession under*

entiende la accesión del artículo 361 del Código Civil, sobre construcción en suelo ajeno, condicionada a la opción elegida por el dueño del suelo invadido y al pago efectivo de lo accedido (sea la obra o el suelo), en este trabajo se entiende que la del artículo 361 del Código Civil, como toda accesión inmobiliaria en general, opera automáticamente con la incorporación de la obra al suelo, de conformidad con el tradicional principio superficies solo cedit que para toda accesión inmobiliaria consagra el artículo 358 del Código Civil.

Las ventajas prácticas que ofrece esta tesis —que aquí no se van a desvelar, como tampoco se descubre su fundamento jurídico— contrastan con los innumerables inconvenientes que en la realidad provoca el diferir y condicionar de aquel modo la accesión: así, por ejemplo, ¿a quién corresponde la propiedad del edificio mientras el dueño del suelo decide y después se paga lo debido: al que lo construyó, al dominus soli, o tal vez a ninguno de ellos?; ¿y a quién su posesión? ¿Cabe retener la obra como garantía del pago de lo accedido? ¿Cabría usucapir la propiedad de la obra levantada, o incluso la del suelo invadido, mientras transcurra el tiempo sin que el dueño del suelo reaccione de algún modo ante la invasión? Y, una vez tomada la decisión y pagado lo debido, ¿operará la accesión retroactivamente al momento de incorporación de la obra al suelo, al momento de la decisión, u operará irretroactivamente desde el pago? Son casi todos interrogantes, como tantos otros, que en la tesis de la accesión automática ni siquiera se suscitan o se resuelven de un modo muy sencillo.

article 361 of the Civil Code (concerning construction on third-party ground) to hinge upon the option chosen by the owner of the invaded land and actual payment for the object of accession (be it the construction or the land). This paper takes the opposite view. It deems accession under article 361, like all real property accession in general, to operate automatically with the addition of the construction to the ground, in conformity with the traditional rule of superficies solo cedit, which is established for all real property accessions by article 358 of the Civil Code.

This thesis's practical advantages (which, with the legal foundations of the thesis, will not be revealed here) contrast with the innumerable drawbacks that crop up in actual practice when accession is deferred and predicated as described above. For example, who holds ownership of the building while the land owner is deciding and until the land owner pays what is due, the person who built it, the dominus soli, or perhaps neither? Who holds possession of the building? Can the building be withheld as security for payment on the object to which the land owner wishes to accede? Would ownership of the raised construction, or even ownership of the invaded land, be liable to usucaption until and unless the landowner reacts somehow to the invasion? And, once the decision has been taken and the sum due has been paid, will accession apply retroactively as of the time when the construction was put on the land or the time when the decision was made, or will it apply non-retroactively as of the time of payment? These and many other questions are almost all issues that either do not even arise or are settled very simply under the thesis of automatic accession.

(Trabajo recibido el 28-9-2010 y aceptado  
Para su publicación el 29-11-2011)